

Nr 1



cena
40 zł
(w tym 5% VAT)

PRAWO i WIĘZ

LAW & SOCIAL BONDS

KWARTALNIK NAUKOWY ROK I NUMER 1 (1) JESIEŃ 2012 ROK

ISSN 1506-7513
ISSN 2299-405X



SPÓDZIELCZY  INSTYTUT NAUKOWY

www.prawoiwiedz.edu.pl • www.sin.edu.pl

PRAWO i WIĘŹ

LAW & SOCIAL BONDS

Journal in Legal and Social Studies

KWARTALNIK NAUKOWY POŚWIĘCONY PRAWU I BADANIOM SPOŁECZNYM

DODATEK KWARTALNIKA NAUKOWEGO PIENIĄDZE i WIĘŹ

ISSN 1506-7513

ROK I NUMER 1 (1) JESIEŃ 2012

ISSN 2299-405X

Rada Programowa:

prof. **C. Mik** (UKSW) –
przewodniczący
dr **B. Banaszkiewicz**
prof. **J. Bońca-Jabłońska**
(Akademia Kozłmińskiego)
prof. **Z. Cieślak** (UKSW)
prof. **H. Cioch** (KUL, SIN)
ks. prof. **A. Dębiński** (KUL)
ks. abp. **prof. A. Dzięga** (KUL, SIN)
prof. **T. Jasudowicz** (UMK)
prof. **R. Kwiecień** (UMCS)
prof. **J. Majewski** (UKSW)
prof. **M. Michalski** (UKSW)
prof. **K. Pietrzykowski** (UW, SIN)
dr **J. Potrzeuszcz** (KUL)
prof. **Z. Rau** (UŁ)
dr **R. Romanowski** (UKSW)
dr **K. Ujazdowski** (UŁ)
ks. prof. **A. Warchałowski** (UKSW)
prof. **K. Wojtyczek** (UJ)

International Board:

prof. **A. Czarnota** (Australia) –
przewodniczący
prof. **Z. Bankowski** (Wielka Brytania)
prof. **G.A. Doederlein Schwartz**
(Brazylia)
prof. **Ch. Hillgruber** (Niemcy)
prof. **H. Hydén** (Szwecja)
dr **B. Iancu** (Rumunia)
dr hab. **Z. Koudelka** (Republika Czeska)
prof. **M. Krygier** (Australia)
prof. **H. Tarumoto** (Japonia)

Zespół redakcyjny:

prof. **Lech Morawski** - redaktor naczelny
prof. **Krystyna Pawłowicz** - z-ca redaktora
naczelnego
prof. **Adam Jedliński** - z-ca redaktora
naczelnego
Agata Miętek - sekretarz
Janusz Ossowski - redaktor zarządzający
Alina Bagińska - redaktor językowy
Andrzej Kozakowski - skład

Prenumerata roczna 160 zł,
cena za jeden zeszyt 40 zł (w tym 5 % VAT),
nakład 200 egz.

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

Okładka: Luigi Ademollo, *Przeniesienie Arki
Przymierza z Tablicami Prawa*
Źródło: Web Gallery of Art, Węgry (www.wga.hu)

Wersja pierwotna jest wersją papierową

Wydawca:

SPÓŁDZIELCZY



INSTYTUT NAUKOWY

Adres:

Redakcja Wydawnictwa
Spółdzielczego Instytutu Naukowego Sp. z o.o.
ul. Władysława IV 22, 81-743 Sopot
tel. 58 550 97 50, fax 58 550 96 90
www.sin.edu.pl; redakcja_piww@skok.pl

Adres do korespondencji:

Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu
Mikołaja Kopernika
ul. Władysława Bojarskiego 3, 87-100 Toruń
tel. 503 839 374, 606 285 765
www.prawoiwiedz.edu.pl
e-mail: prawoiwiedz@gmail.com

Okładka: Luigi Ademollo, *Przeniesienie Arki Przymierza z Tablicami Prawa*

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

Luigi Ademollo (1764–1849) – malarz włoski, autor licznych fresków, podejmujący w swojej twórczości m.in. tematykę biblijną. Ilustracja przedstawia fragment fresku (z r. 1816) zdobiącego Salę Arki w Palazzo Pitti we Florencji. (Inny fresk Ademolla o tej samej tematyce, tytułowany najczęściej Święta Arka, zdobi Bazylikę Zwiastowania we Florencji).

Tematyka dzieła nawiązuje do wydarzenia opisanego m.in. w 1 Księdze Kronik (15,28), kiedy to w uroczystej procesji Dawid i „cały Izrael prowadził Arkę Przymierza Jahwe wśród radosnych okrzyków, grania na trąbach, cymbałach, harfach i cytrach” do Jerozolimy. W Arce złożone były dwie kamienne tablice z przykazaniami.



Spis treści

Lech Morawski
Zamiast programu..... 5

ARTYKUŁY

Lech Morawski
O tożsamości konstytucyjnej Polaków 9

Adam Czarnota
Dylematy sprawiedliwości okresu przejściowego.
Próba socjologiczno-prawnej analizy..... 26

Renata Almeida da Costa
Germano Schwartz
The Culture of Fear and Urban Space:
Thoughts on the Social Sensation of Insecurity in Brazil..... 43

Artur Kokoszkiwicz
Świadczenie pielęgnacyjne – potrzeba zmian..... 58

ARTYKUŁ RECENZYJNY

Jadwiga Potrzebszcz
Jaka Konstytucja dla Polski?
(artykuł recenzyjny Konferencji Konstytucyjnej Prawa i Sprawiedliwości:
„O nowoczesną Konstytucję Rzeczypospolitej w 15 lat po uchwaleniu
Konstytucji RP”)..... 67

GLOSA

Przemysław Czarnek
Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego
w Lublinie z dnia 8 września 2011 r.
(sygn. akt I ACz 708/11) 87

AUTORZY

O autorach numeru..... 99

Zamiast programu

SZANOWNI PAŃSTWO

Oddajemy do Waszych rąk nowe czasopismo. Nasz kwartalnik ma być czasopismem naukowym. Zamierzamy rygorystycznie przestrzegać najwyższych standardów pracy naukowej. W czasopiśmie mogą być publikowane opracowania z wszystkich dziedzin prawa, zarówno w języku polskim, jak i angielskim. Szczególnie zainteresowani jesteśmy publikacjami dotyczącymi ważnych i kontrowersyjnych spraw życia publicznego. Nazwa naszego czasopisma nie jest przypadkowa. Chcemy być pismem opowiadającym się za krzewieniem wartości propaństwowych i prorepublikańskich, takich jak patriotyzm, solidarność, przywiązanie do tradycji, religii i rodziny, propagującym ideały samoorganizacji i samopomocy w życiu społecznym, szukającym inspiracji w etosie Solidarności, z którym twórcy Kas Stefcyka są bardzo głęboko związani. O naszym profilu ideowym niech zaświadczą zresztą zawarte w tym numerze publikacje.

Lech Morawski



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

*prof. zw. dr hab.,
Katedra Teorii Prawa i Państwa na Wydziale
Prawa i Administracji
Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu*

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 przekonań charakteryzujących **zbiór** obywateli poddanych temu samemu panowaniu politycznemu. W drugim znaczeniu, które możemy nazwać tożsamością konstytucyjną w sensie

* 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.

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 stoimy 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 ideę 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 rękojmie 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

1 J. Shapiro, *Introduction*; J. Hampton, *Democracy and the Rule of Law* — obie prace [w:] *The Rule of Law*, New York 1994.

przekonaniu system ustrojowy każdego państwa prawa, a więc także państwa opar-
tego 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 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

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. Olgiami, Dartmouth 1996, s. 261, S. Courtois, *Zbrodnie komunizmu*, tenże, *Dlaczego? Obie prace* [w:] *Czarna księga komunizmu*, Warszawa 1999, R.G.Teitel, *Transitional Justice*, Oxford 2000, s. 97.

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*, vol. III, Bologna 1995, W. Theodore de Bary, *Konfucjanizm i społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Europa i społeczeństwo obywatelskie...*, s. 193, Ch. Taylor, *Kiedy mówimy: społeczeństwo obywatelskie*, [w:] *Europa i społeczeństwo obywatelskie*, [w:] „Europa i społeczeństwo obywatelskie. Rozmowy w Castel Gandolfo”, wyd. K. Michalski, 1994, s. 61.

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 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

5 S. Katz, *Konstytucjonalizm w Europie Środkowo-Wschodniej. Kilka negatywnych lekcji* (<http://www.h-net.org/~copolska/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*, J. Monnet, „Working Paper” 5/02, New York and Princeton University 2004, s.14 i n.).

7 J. Isensee, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, [w:] „Verfassungstheorie”, hrsg. O. Depenheuer, Ch. Grabenwarter, Mohr Siebeck 2010, s. 224, 263.

8 G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, „The Review of Politics” 68/2006, s. 374, W. Sadurski, *European Constitutional Identity*, EUJ Working Paper, Law 2006/33, s. 8.

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, 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 miała na uwadze UE, gdy w Traktacie Lizbońskim (art. 4.2 TUE) zobowiązała się do szanowania tożsamości narodowej państw członkowskich *nierozerwalnie 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

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

10 J. Isensee, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, [w:] „Verfassungstheorie”, hrsg. O. Depenheuer, Ch. Grabenwarter, Mohr Siebeck 2010, s. 269, J. Pernice, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, Archiv der öffentlichen Rechts 2011/Band 36, s. 221.

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 staje 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 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.

-
- 11 P. Arnn, *Constitution, Character, and National Identity*, „Heritage Lectures”, No 891 (b.m. i d.), G. J. Jacobsohn, op. cit., s. 368. Już E. 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”, The University of Michigan 1960, s.102.
- 12 J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main 1999, s. 141, tenże, *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 2011/Band 36. Podobnie zdaje się uważać nasz TK (por. wyr. z 24.1.2010, K32/09).
- 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* [w:] „Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective”, Kluwer 2002, S. Katz, *Konstytucjonalizm w Europie Środkowo-Wschodniej. Kilka negatywnych lekcji* (<http://www.hnet.org/-eopolska/Konstytucjonalizm/Roz1/konstytucjonalizm.htm>).

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 konstytucji z 1958 roku. Zgodnie z zasadą preskrytywizmu 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. Dworkina, 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 ustroj 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 zaborami, zwłaszcza po klęsce powstania listopadowego i styczniowego, stanowi przykład konstruktywizmu obcego panowania, to Rosja sowiecka po Rewolucji Październikowej to klasyczny przykład konstruktywizmu nowego porządku.

15 The Philosophy of E. Burke, *Selection from his Speeches and Writings*, „The University of Michigan” 1960, 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. s. 210). Znakomitym stadium konstytucjonalizmu preskryptywnego jest praca G. J. Jacobsohna, *Constitutional Identity*, „The Review of Politics” 68/2006.

16 Nie zajmujemy się tutaj preskrytywizmem 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 F. Hayeka por. *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Idea*, London 1982, s. 82.

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 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:

1. okres Konstytucji 3 maja,
2. okres zaborów z Konstytucją Księstwa Warszawskiego z 1807, a następnie Królestwa Polskiego z 1815 roku,

18 Można oczywiście polemizować z tym stanowiskiem i twierdzić, że załóżki 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. Kallasa, Warszawa 1990, s. 20, A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, Wyd. UMCS 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 nie-naruszalnością 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, op. cit., s. 58, W. Uruszczak, *Konstytucja 3 maja 1791 r. Testament polityczny I RP*, „Przeгляд Sejmowy” 2(103)2011.

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 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, opowiedziały 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

-
- 19 Przedstawiona periodyzacja jest dość powszechnie przyjmowana w literaturze, por. A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, Wyd. UMCS Lublin 1996, czy *Konstytucje Polskie*, T. I i II, red. M. Kallasa, Warszawa 1990.
 - 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, red. M. Kallasa, Warszawa 1990.
 - 21 Szeroko na ten temat A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, Wyd. UMCS Lublin 1996, „Konstytucje Polskie”, T. I, red. M. Kallasa, Warszawa 1990, H. Izdebski, *Ustawa Konstytucyjna Królestwa Polskiego z 1815 roku* [w:] *Konstytucje Polskie*, T. I, red. M. Kallasa, Warszawa 1990, s.181 i n.
 - 22 Ogólnie na ten temat A. Korobowicz, R. Mojak, W. Skrzydło, *Zarys dziejów konstytucjonalizmu polskiego*, Wyd. UMCS Lublin 1996, s. 69 i n., S. Krukowski, *Konstytucja RP z 1921 roku*, [w:] „Konstytucje Polskie”, T. II, red. M. Kallasa, Warszawa 1990.

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 dźwięku, 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 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 **rozszczępienia społeczeństwa** na tych, którzy 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

23 Trafnie podnosi to m.in. J. Czajkowski, por. *Senat w Konstytucji z 23 kwietnia 1935 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2(67)2005, s.65. W tym numerze Przeglądu Sejmowego znajduje się szereg innych studiów poświęconych Konstytucji kwietniowej.

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

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.

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 uchylały 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

25 J. Rymkiewicz, *Polskość to nasze szczęście*, „Uważam Rze” z 4.07 2011 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 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, tenże, *Polish Communist and Post-Communist Nomenclaturas*, [w:] „Totalitarian and Posttotalitarian Law”, ed. A. Podgórecki, V. Olgiate, Dartmouth 1996. Na ten temat także A. Czarnota, *Constitutionalism, Nationalism and the Law. Reflections on Law and Collective Identities in Central European Transformation*, *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawo i prawoznawstwo*, Toruń 1998, M. Łoś, A. Zybortowicz, *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”, ed. A. Podgórecki, V. Olgiate, Dartmouth 1996.

28 Najbardziej radykalnym potępieniem rządów komunistycznych w polskim prawodawstwie była niewątpliwie uchwała Senatu z 16. 04. 1998 roku, w której uznano PRL za państwo totalitarne, a jego konstytucję za nielegalną.

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 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 wszystko, 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 zniósła 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 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

29 A. Podgórecki, *Polish Society*, Westpoint, Connecticut, London 1994, s.109.

również przyzwyczajając 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 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 parlamentarno-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

30 J. Gray, *Po liberalizmie*, Warszawa 2001, s. 371 i n., L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 2005, s. 167 i cyt. tam literatura.

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

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 ustrój 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 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 do zdecydowania 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

32 W. Sadurski, *Prawo przed sądem*, Warszawa 2008, s. 78, A. Młynarska-Sobaczewska, *Autoritet państwa. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s. 158.

europiejskiej. 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 marcowa 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

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 siłę 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. Legitymizacyjne znaczenie prawa w państwie transformacji ustrojowej*, Toruń 2010, s.203.

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 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 kulturowania 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 r³⁸. 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 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

36 J. Rawls, *Prawo ludów*, Warszawa 2001, s. 19, tenże, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 2001, s. 284, J. Raz, *Multiculturalism*, „Ratio Juris” 1998/11, 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”, hrsg. B. Van den Brink, W. Van Reijen, Suhrkamp Verlag, 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” 2011/4–5 (6–7), o prawie do samostanowienia tenże Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów, *Forum Prawnicze* 2011/1 (3).

38 Podkreślają to z naciskiem Lóránt Csink and Johanna Fröhlich, *The new Hungarian Basic Law – Preliminaries and Consequences*, FP 2012 (w druku).

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”.

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 podzielą 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.

Dylematy sprawiedliwości okresu przejściowego. Próba socjologiczno- -prawnej analizy

Dilemmas of transitional justice. An attempt of socio-legal interpretation

The paper is an exercise in the normative socio-legal approach to the issue of transitional justice.

In the paper the problems and dilemmas connected with transitional justice are discussed. One of the main issues not yet successfully addressed in transitional justice is the problem of sources of new normativity.

Growing field of transitional justice is located between politics and law. The choices made in the period of transition are not politically free and they influence the operation of legal institutions.

In the paper two different approaches to relationship between law and politics (from the point of view of new normativity) are discussed namely liberal and conservative ideologies. Also limitation of legalistic model of approach to transitional justice is highlighted.

The issue of moral legitimacy of transitional justice is also discussed. The first often promoted argument about forgetting the past is dismissed and the moral claims of the victims are presented as crucial justification for adoption of some policies to deal with the past.

In the conclusion the specific role of legal institutions and law, in the transitional justice is understood as a constitutive process for new normative structure of society, is presented.

Adam Czarnota

*doktor nauk prawnych,
profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu
Nowej Południowej Walii w Sydney
i Uniwersytetu w Białymstoku*

„– Nie możemy zawsze robić tego, co się nam podoba – zacząłem pouczająco. –Wszystkim rządzi prawo (...). Wiem, czujesz się skrzywdzony (...). Wiem również, co myślisz; wydaje ci się, że sam wiesz, co jest słuszne, a co nie. Wszyscy tak myślimy. – Kiedy to mówiłem, istotnie wierzyłem, że każdy

mężczyzna, kobieta czy dziecko, a kto wie, może nawet stary zabiedzony koń w kieracie obracający koło młyńskie rozumie, co jest słuszne: wszystko co żywe, przynosi ze sobą na świat instynktowne poczucie sprawiedliwości. – Żyjemy jednak w świecie, którym rządzi prawo – mówiłem do nieszczęsnego przestępcy. – W świecie niedoskonałym, który oddalił się od praw natury. Nic na to nie możemy poradzić. Człowiek jest istotą ułomną. Jedyne, co możemy zrobić, każdy z nas, to szanować normy prawne i przestrzegać ich, nie dopuszczać do tego, by zatracił się w nas instynkt sprawiedliwości”¹.

Wprowadzenie

Społeczeństwo okresu przejściowego, a więc społeczeństwo w okresie transformacji to takie, które przekształca samo siebie. Stary, opresyjny, totalitarny czy też autorytarny reżim polityczny, niczym gorset krępujący i ściskający tkankę społeczną zostaje zdjęty i nowy reżim, zazwyczaj z nadzieją nazywany liberalno-demokratycznym, właśnie się kształtuje. W literaturze tranzytologicznej głównie poświęconej tylko i wyłącznie sprawie budowania nowych instytucji utrwalających ustrój liberalno-demokratyczny nazywa się ten okres „okresem przejścia” (*transition*)². Takie określenie zakłada jednak pewną teleologię i wydaje mi się błędne. Jednym z największych wyzwań stojących przed społeczeństwami okresu transformacji jest wykreowanie nowej normatywności: jak uruchomić mechanizmy uwalniające albo tworzące źródła normatywności respektującej godność człowieka, prawa człowieka i gwarantującej rządu prawa? Pytanie to nie jest łatwe i różni badacze, jeżeli już je sobie postawią, wskazują na różne źródła nowej normatywności. Społeczeństwo okresu transformacji charakteryzuje się nadzieją, dużym kapitałem społecznym, jego uwaga skierowana jest ku lepszej przyszłości, a więc ku budowie nowego, lepszego ładu społecznego, politycznego oraz moralnego. Główny wysiłek ukierunkowany jest na przyszłość, na budowę nowego systemu, co stanowi podstawę kapitału społecznego. Jednakże w sytuacji zmiany, pomimo nadziei oraz wiary w przyszłość, pomimo olbrzymich pokładów kapitału społecznego nie cała odpowiedzialność jest odpowiedzialnością za przeszłość.

W okresie zmiany wiele osób albo nawet całych grup społecznych żyje obciążonych, jeżeli nie przygniecionych, traumatycznym balastem doświadczeń z przeszłości. Tak więc w tym okresie zmiany i wiary w przyszłość mamy do czynienia z pewną odpowiedzialnością moralną za przeszłość. Przestępstwa zostały popełnione w imieniu poprzedniego reżimu przez jego funkcjonariuszy. Często ludzie, którzy je popełnili, nadal są u władzy lub też zajmują eksponowane stanowiska polityczne czy uprzywilejowaną pozycję ekonomiczną w społeczeństwie. Nawet zwyczajni funkcjonariusze, wykonawcy poleceń kryminogennych reżimów politycznych, w nowych warunkach mają się dobrze i za wszelką cenę usiłują dostosować się do nowych okoliczności politycznych oraz społecznych. Z drugiej strony również wiele ofiar ich działalności usiłuje się odnaleźć się w nowym systemie społeczno-politycznym. To

1 J. M. Coetzee, *Czekając na barbarzyńców*, Znak, Kraków 2003, s. 215–216.

2 Zobacz omówienie i lokalizację problemu w: Chandra Lekha Siriam, *Transitional justice comes of ages; Enduring lessons and challenges*, „Berkeley Journal of International Law”, vol 23:2, s.101–118. Omówienie historii, jak i struktury problemu zawarte jest w: Jon Elster, *Closing the books. Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge 2004. Jego książka pozwala zrozumieć głębię tego problemu.

ci ludzie noszą blizny, często niezagojone rany psychiczne i moralne utrudniające odnalezienie swego miejsca w nowym systemie. Wziąć pod uwagę należy także rodziny ofiar. Moralne cele i priorytety ofiar oraz ich rodzin nie zawsze są tożsame z priorytetami elit politycznych. Często mogą być w konflikcie. Część priorytetów i celów ofiar poprzedniego reżimu ukierunkowana jest na przyszłość, chociażby po to, aby nadać sens poniesionym cierpieniom. Znaczna część jednak wiąże się z pociągnięciem do odpowiedzialności osób, które są winne deprywacji, upokorzeń i cierpień związanych z przestępstwami popełnionymi w imieniu poprzedniego reżimu. Dla większości tych, którzy cierpieli, sama świadomość, że osoby odpowiedzialne za ich ból nie tylko są wolne i żyją, ale że ich życie jest lepsze niż ich ofiar, dodaje dodatkowego wymiaru ich cierpieniom. Sama zmiana systemu politycznego nie rozwiąże problemu braku zaufania, resentymetu czy wręcz nienawiści do funkcjonariuszy poprzedniego reżimu. Społeczeństwo okresu transformacji chcąc zbudować lepszą przyszłość, musi zmierzyć się z tymi zaszczościami i wyjść poza generowane przez nie podziały. Nowe elity polityczne muszą zastanowić się, w jaki sposób uwolnić ofiary i przestępców od balastu przeszłości i pozwolić im odnaleźć swoje miejsce w nowym społeczeństwie.

Przeszłość odgrywa niesłychanie istotną rolę w postkomunistycznej terażniejszości okresu transformacji. Wszelkie próby maskowania przeszłości stanowią ostrzeżenie. Przykładami procesu, który nie jest moralnie neutralny, lecz powoduje spustoszenie normatywne, są manipulacje przeszłością opisane przez Istvana Reva w jego doskonalej książce zatytułowanej „Sprawiedliwość retroakcyjna. Prehistoria postkomunizmu” (*Retroactive Justice. Prehistory of post-communism*). Przedstawia rolę przeszłości i jej ciężar. Píše: „przedmiotem moich studiów jest przerabianie: przerabianie zmarłych, przekształcanie męczennika w nieznanego żołnierza i na powrót w męczennika, kryminalisty w niewinnego, banalizacja świata, rekonstrukcja cmentarzy, przedstawianie nieznanych postaci jako historyczne monstra, zwyczajnych miejsc odbudowanych jako miejsca kaźni. Moja książka nie jest poświęcona śledzeniu czasów przeszłych czy też prezentacji wydarzeń z przeszłości, ale poświęcona jest fantomom. Zajmuje się ciałami i obiektami, które są obecne i widoczne a nawet namacalne, reinkarnowane. Zamiast pojęcia substytucji zajmuję się badaniem ręcznej manipulacji: powrotu do stanu poprzedniego przez przerabianie”³. Książka Reva dotyczy Węgier, lecz jego obserwacje dotyczące sposobów, w jakie przeszłość zaangażowana jest w tworzenie i przeważanie postkomunistycznej terażniejszości odnosi się do całego regionu postkomunistycznego.

Problem ciężaru, jakim jest przeszłość, dobrze ujął Jürgen Habermas, który stwierdził, że „dominacja przeszłości, która powraca i wisi jak nocna zmora nad terażniejszością, może zostać zdruzgotana jedynie przez analityczną siłę formy pamięci, patrzącą spokojnie na to, co się stało, bez ujmowania przeszłości w kategoriach moralnie neutralnych”⁴.

3 Istvan Rev, *Retroactive Justice. A Prehistory of Post-Communism*, Stanford University Press, Stanford 2006, s. 7–8.

4 Jürgen Habermas, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22. 11. 1985 r.

Powyżej przedstawione dylematy określane są łącznie mianem sprawiedliwości okresu przejściowego (*transitional justice*)⁵. Czasami określa się je mianem „rozliczeń z przeszłością” (*dealing with the past*). Pojęcia te nie są ostre, a często mają te same desygnaty. Przedmiotem zainteresowania są tutaj strategie oraz praktyka prawna, a także prawne problemy stojące przed państwami i społeczeństwami w okresie transformacji. Problemy prawne okresu przejściowego wynikają z faktu, że prawo ma funkcjonować jako stabilna struktura transformacji oraz jednocześnie jako środek do osiągnięcia tejże struktury⁶. Niektórzy, a może nawet spora część teoretyków prawa potępia i odrzuca ustawodawstwo retrospektywne, odwołując się do argumentu z pewności i stabilności prawa. Z punktu widzenia „sprawiedliwości okresu przejściowego” takie podejście jest naiwne i mylące, ponieważ większość zbrodni poprzedniego reżimu została popełniona właśnie pod przykrywką prawa.

W przypadku transformacji postkomunistycznej problem rozliczeń z przeszłością jest niezwykle żywy i obejmuje wiele obszarów życia społecznego oraz niesłusznie sprowadzany jest głównie do problemu tak zwanych „teczek”.

Prawne strategie rozliczeń z komunistyczną przeszłością stanowią poważny problem dla społeczeństw zaangażowanych w próbę uwolnienia się z żelaznego uścisku instytucji komunistycznych. Z takimi strategiami nie mamy do czynienia w Federacji Rosyjskiej, Kazachstanie, Kirgizstanie, Azerbejdżanie, a nawet w Gruzji. Dlaczego tak się dzieje? To poważne pytanie, na które trudno udzielić odpowiedzi w kilku zdaniach. Niemniej można wskazać na społeczne przesłanki takiego stanu rzeczy. Są to mianowicie: długi okres funkcjonowania komunizmu, głęboka penetracja społeczeństwa przez instytucje i praktyki komunistyczne. Należy wskazać także na sposoby myślenia charakterystyczne dla mentalności komunistycznej, głęboko zakorzenione w tychże społeczeństwach. Inną grupę przesłanek stanowią skomplikowane problemy narodowościowe. W republikach środkowoazjatyckich szczególną rolę w strukturze organizacji państwa oraz w procesie sprawowania władzy politycznej odgrywają lojalności i powiązania plemienne. Rosja, jak prawie zawsze, odgrywa szczególną rolę. Poza krótkim okresem bezpośrednio po 1992 roku, kiedy to problem rozliczeń z komunistyczną przeszłością był przynajmniej obecny w oficjalnym dyskursie, po przejściu władzy przez Władimira Putina nastąpił okres „normalizacji”, w którym problem ten został całkowicie usunięty z przestrzeni publicznej. Komunistyczna przeszłość podlegała za to pozytywnej rewaluacji. W wymiarze symbolicznym putinowska Rosja podkreśla ciągłość pomiędzy nią a Związkiem Radzieckim. Symboliczna kontynuacja nie jest aż tak głęboka jak na Białorusi reżimu Łukaszenki, ale jest wyraźnie obecna. Nie świadczy to o powrocie do komunizmu jako systemu społeczno-politycznego, ale jest odzwierciedleniem starej rosyjskiej tradycji autorytaryzmu państwowego, który tylko czasami przyjmował pewne instytucjonalne rozwiązania z Zachodu przy jednoczesnym jednak zachowaniu odmienności systemu politycznego i społecznego Rosji. Marc Raeff określił te ambicje z czasów modernizacji Rosji jako „dobrze zorganizowane państwo policyjne” (*well-organised*

5 Zobacz np. Kieran McEvoy, *Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice*, „Journal of Law and Society”, vol. 34, No 4, grudzień 2007 s. 411–440.

6 Zobacz Ruti Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York 2000.

police state)⁷. Obecna polityka wpisuje się znakomicie w tę tradycję. W tym kontekście bardzo interesująco przedstawia się sytuacja Ukrainy. Prawdziwą rewolucją antykomunistyczną na Ukrainie była Pomarańczowa Rewolucja z końca 2005 roku. Po moralnym przebudzeniu społeczeństwa, odzwierciedlonym właśnie przez Pomarańczową Rewolucję, problem rozliczeń z przeszłością, a właściwie problem konieczności rozliczeń z komunistyczną przeszłością zaczął funkcjonować w świadomości i dyskursie publicznym. Można by sformułować hipotezę, że efektywna transformacja postkomunistyczna czy zmiana systemu komunistycznego w coś przypominającego system liberalno-demokratyczny zależy co najmniej od możliwości publicznej dyskusji i oceny komunistycznej przeszłości. W przypadku Ukrainy nie jest wciąż jasne, czy coś takiego będzie miało miejsce⁸, choć w prasie można zauważyć coraz więcej artykułów o tragicznych zaszłościach na Ukrainie w okresie budowy komunizmu. Wspomniany na wstępie tego artykułu problem źródeł nowej normatywności potrzebnej do budowania rządów prawa i kultury przestrzegania praw człowieka wymaga otwartej publicznej debaty o zbrodniach przeszłości.

Problem rozliczeń z przeszłością nie ogranicza się tylko do problemu rozliczeń z pozostałościami systemu komunistycznego, niemniej w tych ostatnich przykładach widać skomplikowaną zależność między polityką a problemem zadośćuczynienia za zbrodnie z przeszłości. Sprawiedliwość transformacyjna (*transitional justice*), odmienna od sprawiedliwości okresu przejściowego (*transitional justice*), to również problem konstytutywny dla każdego społeczeństwa okresu transformacji, w tym także dla nowego postkomunistycznego systemu społecznego, politycznego i prawnego. Rozliczenia z przeszłością jako problem konstytutywny to kwestia tworzenia społecznych podstaw dla nowego porządku społeczno-politycznego, a także problem regenerowania zniszczonej tkanki moralnej społeczeństwa. Wszystko to czyni problem rozliczeń z przeszłością – albo też niemożność zaistnienia rozliczeń – problemem społeczno-polityczno-prawnym *par excellence*. Problem sprawiedliwości transformacyjnej w krajach postkomunistycznych, które podjęły pewne kroki w kierunku rozliczeń z przeszłością może być podzielony na dwa szczegółowe problemy:

- problem relacji między nowym a starym systemem (problem ciągłości prawnej),
- problem dekomunizacji (środków prawnych służących usunięciu pozostałości komunizmu z państwa i społeczeństwa). Ten problem z kolei może być podzielony na trzy następujące problemy szczegółowe:
- problem sprawiedliwości retrybucyjnej w stosunku do przestępstw popełnionych przez funkcjonariuszy poprzedniego reżimu;
- problem rehabilitacji i rekompensat dla ofiar reżimu komunistycznego;
- problem restytucji mienia przejętego przez władze komunistyczne.

W niniejszym tekście chcę skoncentrować się na problemach stosowania sprawiedliwości w społeczeństwach okresu przejściowego w sposób ogólny, a więc nie ograniczając się tylko do społeczeństw postkomunistycznych ani nie biorąc wyłącznie ich za przykład. Chcę więc wziąć pod uwagę nie wszystkie rozliczenia z przeszłością, ale skupić się na tych, które dotyczą zmian politycznych i czasami

7 Mark Raeff, *Well Organised Police-State. Social and Institutional Change Through Law in Germany and Russia, 1600–1800*, Yale University Press, New Haven 1983.

8 Mykola Riabczuk, *Dwie Ukrainy*, Kolegium Europy Wschodniej, Wrocław 2006, s. 136–149.

społecznych, a nie na przykład przeprosin i zadośćuczynienia za zbrodnie popełnione w okresie kolonializmu (Australia) czy za zbrodnie wojenne (Niemcy, Japonia).

Najprostszym rozwiązaniem problemów z przeszłością w okresie transformacji byłoby zidentyfikowanie osób odpowiedzialnych za zbrodnie, postawienie ich przed sądem i po procesie skazanie na odpowiednią karę. Z wielu bardzo istotnych powodów nowe elity polityczne nie podążają drogą aplikacji sprawiedliwości retributywnej albo też stosują ją w bardzo selektywny sposób. Bardzo często nowe reżimy nie są w stanie zastosować sprawiedliwości retributywnej z tego powodu, że przedstawiciele dawnego reżimu zajmują odpowiednio wysokie i kluczowe stanowiska, w szczególności w aparacie przymusu, a wiele przestępstw popełnianych było przez policję albo też przedstawiciele sił zbrojnych, którzy zagwarantowali sobie amnestię jako warunek zgody na transformację, jak i warunek uczestnictwa w niej. Każda próba doprowadzenia podejrzanych o zbrodnie poprzedniego reżimu przed oblicze sprawiedliwości grozić może odnowieniem konfliktu zbrojnego i zaprzepaszczeniem szans na pokojową przyszłość. Ciekawe byłoby przeanalizowanie przypadku Republiki Południowej Afryki, gdzie ustępujący przedstawiciele apartheidu zagwarantowali sobie tzw. *sunset clauses*, czyli niemożliwość usunięcia z posad przez odpowiednio długi czas. Wart rozpatrzenia jest też przypadek Kambodży po obaleniu reżimu Czerwonych Khmerów, gdzie rządzący premier sam był uprzednio czerwonym Khmerem uwikłanym w zbrodniczą działalność reżimu i to on przez całe lata blokował jakąkolwiek możliwość pociągnięcia zbrodniarzy do odpowiedzialności. Dopiero niedawno uległ presji wspólnoty międzynarodowej i w ten sposób doszło do powstania trybunału o mieszanym składzie, składającego się z sędziów nominowanych przez ONZ, jak i sędziów z Kambodży. Można też wskazać na przykład presji wywieranej przez Międzynarodowy Trybunał Karny, działający od niedawna w Hadze na podstawie Statutu Rzymskiego oraz pomoc okazywaną przez tenże Trybunał w pociągnięciu do odpowiedzialności sprawców zbrodni w Sierra Leone (na przykład w postawieniu przed sądem byłego prezydenta Liberii Charlesa Tylora).

Często nowe reżimy nie są zainteresowane pociągnięciem do odpowiedzialności przedstawicieli starego reżimu z tego powodu, że nie mają zaplecza kadrowego w administracji czy w sferze biznesu, wymagających odpowiedniego rodzaju wiedzy, niezbędnego do zapewnienia postępu ekonomicznego. Nawet jeśli nowe elity posiadają względnie duży margines swobody, to koszty administracyjne, śledcze i sądowe byłyby tak wielkie, że jedyne, co są w stanie zrobić, to selektywnie pociągnąć do odpowiedzialności przedstawicieli starego reżimu.

Niemniej procedury prawne, procesy sądowe i sprawiedliwe ukaranie sprawców zawsze stanowią ideał. A skoro tak jest, to co zrobić, jeżeli nie można zastosować reguł sprawiedliwości? Obserwując, nawet powierzchownie, próby rozwiązania problemu podejmowane w różnych częściach świata nietrudno zauważyć, że alternatywne rozwiązania również mają charakter formalno-prawny⁹. Tak zwane *quasi-sądowe* instytucje, jak na przykład komisje prawdy¹⁰, oparte są na prawniczym

9 Zobacz na przykład: *Traditional Justice and Reconciliation after Violent Conflict. Learning from African Experiences*, ed. Luc Huyse i Mark Salter, International IDEA, Stockholm 2008.

10 Zobacz P. B. Hayner, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Routledge, New York – London 2001.

założeniu, że prawo i sprawiedliwość idą ręką w rękę, że są ze sobą nierozłącznie powiązane¹¹.

Prawne strategie rozliczeń z przeszłością: krótki przegląd

Prawo jako system norm i instytucji jest mechanizmem systematycznego zapamiętywania i zapominania. W ciągu dwóch tysięcy lat zachodniej tradycji prawnej został stworzony imponujący arsenał technik zapamiętywania i zapominania. Wystarczy wspomnieć instytucje przedawnienia, *nulla poena sine legem*, *nulla crimen sine legem*, zasady rządów prawa czy w przypadku *common law* koncepcje *natural justice*.

Prawo posiada pewną szczególną cechę pomimo tego, że oparte jest na fikcyjnych założeniach. Tą cechą jest autorytet prawa. Gdyby nie ona, trudno by było stwierdzić, jaka zachodzi różnica pomiędzy społeczną doniosłością prawa opartego na fikcyjnych założeniach a na przykład krasnoludkiem, skoro ten ostatni ma również fikcyjny charakter. Proces zapominania i zapamiętywania w ramach systemu prawnego dokonuje się dzięki autorytetowi prawa. To charakter prawa decyduje o jego szczególnym miejscu w przypadku rozliczeń z przeszłością.

Po zmianie systemu politycznego z powodu wojny czy negocjacji nowe elity polityczne zawsze stają przed problemem: Co zrobić z przeszłością? Jak rozliczyć pewne czyny dokonane w przeszłości? Problem ten nie jest aż tak dramatyczny w sytuacji, gdy upadek reżimu nastąpił w wyniku rewolucji albo klęski wojennej spowodowanej przez siły zewnętrzne. W tych przypadkach następuje zawsze potępienie przeszłości i wcielenie w życie „sprawiedliwości zwycięzców”¹². Z reguły następuje odwołanie się do prawa karnego jako głównego sposobu rozliczeń z przeszłością. To poprzez jego użycie następuje podkreślenie kryminalnego charakteru poprzedniego reżimu. Także procesy pokazowe pełnią funkcje wychowawczo-edukacyjne dla wspólnoty politycznej nowego typu.

Z bardziej złożonym problemem mamy do czynienia w sytuacji, gdy zmiana reżimu nastąpiła w wyniku negocjacji. Z jednej strony stare elity polityczne zostają uznane przez nowe elity za partnerów w negocjacjach. Ustupujące elity zainteresowane są z kolei prawnymi gwarancjami bezkarności zapewnionymi dzięki systemowi powszechnej amnestii. Z drugiej zaś strony mamy do czynienia z oddolnymi naciskami, by zapewnić sprawiedliwości czy nawet rewanż.

We wszystkich krajach stosowane strategie rozliczeń z przeszłością są połączeniem sprawiedliwości retributywnej (procesy karne, lustracja czy/i dekomunizacja) z elementami sprawiedliwości restaurującej (rehabilitacja ofiar, rekompensaty, reprivatyzacja majątku). Takie mieszane strategie prawnych rozliczeń z przeszłością odpowiadają na określone zapotrzebowanie społeczne. Posiadają jednak pewne swoje ograniczenie, w szczególności jeżeli chodzi o edukację i publiczną dyskusję na temat mechanizmu działania reżimów takich jak komunizm czy reżim apartheidu w Południowej Afryce. Każdy, kto wie jak działają reżimy totalitarne, doskonale zdaje sobie sprawę z uwikłania każdego obywatela w tryby działania reżimu i w konsekwencji podtrzymywania go przy życiu. W przejściu do nowego reżimu konieczne

11 Zobacz moje omówienie problemu w: *Radykalne zło a prawo. Jak zmierzyć się z trudną przeszłością. Przewodnik po literaturze*, „Ius et Lex”, Nr 9 1/2003, s. 351–363.

12 Zobacz G. J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Trials*, Princeton University Press, Princeton 2000.

jest wypracowanie takiej strategii prawnej dla rozliczeń z przeszłością, która byłaby skoncentrowana nie na rewanżu i stygmatyzacji, ale na publicznej dyskusji i mówieniu prawdy o systemie działania reżimu oraz na pojednaniu społeczeństwa z samym sobą i wypracowaniu nowej tożsamości zapewnionej przez rzetelne i publiczne ujawnienie prawdy.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że osoby, które popełniły przestępstwa i zbrodnie w imieniu poprzedniego reżimu, powinny zostać postawione przed sądem i ukarane. Jednakże prawo generalnie, a prawo karne w szczególności, nie jest dobrym instrumentem publicznego mówienia prawdy. Do pewnego stopnia zastosowanie prawa karnego jest niezbędne do budowania podstaw pojednania rozumianego jako budowa nowego typu wspólnoty politycznej opartej na aktywności obywateli. Amerykański socjolog prawa Mark Osiel analizując przykład argentyński, próbował dowieść, że procesy pokazowe (nie w sensie stalinowskim, ale publiczne procesy *lege artis*) są w stanie zaimplementować nową normatywność pod postacią liberalnych wartości, w szczególności szacunku dla praw człowieka, w społeczeństwie po upadku dyktatury¹³. Odwoływał się do argentyńskiego filozofa prawa Carlosa Niño¹⁴ – doradcy Alfonsina, pierwszego demokratycznie wybranego prezydenta po upadku junty wojskowej – który opierając się na teorii społecznej Emila Durkheima, usiłował dowieść, że prawo karne w pewnych okolicznościach może wprowadzać do świadomości społecznej pewne podstawowe wartości i w ten sposób umacniać mechaniczną i organiczną solidarność. Nawet Osiel twierdził jednak, że prawo karne posiada ograniczone możliwości. Poza tym w tego typu procesach politycznych zawsze istnieje niebezpieczeństwo nadużycia prawa. Z prac Carlosa Niño, jak i Marka Osieła wynika ograniczona, ale istotna rola, jaką prawo i to prawo karne pełni w rozliczeniach z trudną przeszłością. W szczególności wskazują oni na rolę strategii prawno-karnej w budowaniu podstaw normatywności społeczeństwa okresu transformacji.

To, że prawo powinno odgrywać istotną rolę w realizacji sprawiedliwości w okresie transformacji, nie powinno przesłaniać nam faktu, że samo prawo posiada daleko idące ograniczenie wpisane w same normy prawne, w instytucje prawne i że podstawowym narzędziem do realizacji sprawiedliwości w okresie przejściowym jest polityka. Przede wszystkim bowiem mamy do czynienia tutaj z problemem *par excellence* politycznym.

Sama myśl, że prawo powinno być podporządkowane polityce, budzi wątpliwości. W końcu idea rządów, niezależnie jak się ją pojmuje, zakłada podporządkowanie polityki prawu w taki sposób, że władza sprawowana jest w granicach prawa i poprzez prawo. Taka idea relacji między prawem a polityką leży u podstaw porządku liberalno-demokratycznego współczesnych państw. Wydaje się jednak, że sprawa nie jest aż tak prosta i że prosta relacja podporządkowania polityce prawa być może opiera się na schematycznym podejściu do prawa, jak i do polityki.

Polityka a prawo

Od pewnego czasu w rozwiniętych krajach liberalno-demokratycznych decyzje sądowe w tzw. – używając określenia Ronalda Dworkina – *hard cases* (trudnych

13 Mark Osiel, *Law and Collective Memories*, „Transaction Publishers”, New Brunswick (USA) and London (UK), 1997.

14 Carlos S. Nino, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, 1996.

sprawach) stały się głównym mechanizmem wprowadzania zmian społecznych i politycznych. Dworkin twierdził, że sędziowie „usiłują odnaleźć spójny system zasad dotyczących praw i obowiązków, najlepszą konstruktywną interpretację struktury politycznej oraz doktryny prawnej wspólnoty politycznej”¹⁵. Także od pewnego czasu wybitni teoretycy prawa wskazują na zagrożenia związane z „rządami sędziów”. Jako przykład takiego zagrożenia podać można słynną decyzję australijskiego Sądu Najwyższego w tzw. sprawie Mabo, w której uznano istnienie tradycyjnego tytułu własności do ziemi. Była to decyzja, która otworzyła możliwość choćby częściowego oddania sprawiedliwości przez restytucję części tytułów własności do ziemi plemionom Aborygenów. Ta decyzja najwyższego sadu federalnego otworzyła możliwość rozpoczęcia „rozliczeń z kolonialną przeszłością”, które być może doprowadzą do jakiejś formy pojednania między Aborygenami a resztą mieszkańców Australii. Krokiem ku temu były formalne przeprosiny wystosowane przez nowo wybranego premiera rządu federalnego Kevina Rudda na forum Parlamentu Federalnego.

Z moralnego punktu widzenia można ocenić decyzję Sadu Najwyższego jako słuszną. Niemniej jednak, pomijając kwestie moralnej oceny tejże decyzji, zastanawia fakt, że coraz więcej istotnych politycznie kwestii i problemów rozstrzyganych jest przez instytucje sądowe. Za przykład takiego podejścia niech posłużą słowa sędziego Sadu Najwyższego Federacji Australijskiej, Murraya Gleesona, który na 32 Australijskiej Konwencji Prawników powiedział: „Stosowanie i przestrzeganie prawa, włączając w to prawo podstawowe, a więc również konstytucję, oznacza czasami, że wola demokratycznie wybranego parlamentu zostanie przewyżczona, a decyzje władzy wykonawczej posiadające poparcie większości w parlamencie i większości obywateli zostaną ograniczone bądź wstrzymane. Jest to konieczna konsekwencja rządów prawa w demokracji”¹⁶. Czy nie oznacza to anihilacji sfery politycznej? Małej wagi sfery polityki? Czy nie żyjemy już w epoce *le gouvernement des juges*? Czy nie jest to przykład dominacji prawa nad społeczeństwem?

Wspomniane przez Maxa Webera skutki dominacji prawa nad polityką oznaczają: utratę legitymizacji (moralnej) przez prawo oraz stymulowanie konfliktogennej roli prawa. Innymi słowy, gdy prawo odgrywa w życiu społeczno-politycznym rolę dominującą, to obywatele zamiast argumentować w obronie swoich wartości i próbować osiągnąć kompromis, udają się do sądu. Tego rodzaju zjawisko prowadzi w krótkim okresie do wzrostu anomii społecznej, a to jest szczególnie niebezpieczne w czasie transformacji, gdy ryzyko wzrostu anomii jest wysokie.

Zobaczmy, jak kwestia relacji między prawem a polityką ujmowana jest w dwóch dominujących filozofiach politycznych, wyznaczających normatywne ramy dla praktyki politycznej.

W podejściu konserwatywnym rola prawa jest raczej ograniczona, a za główny cele sądów uznaje się administrowanie sprawiedliwością rozumianą przede wszystkim jako sprawiedliwość retributywną, związaną z prawem karnym. Prawo ma działać tak, aby zapewnić ład i porządek społeczny oraz polityczny. Sędziowie nie powinni wychodzić poza literalną wykładnię prawa.

Według liberałów prawo nie sprowadza się do litery prawa – przypisują mu większą rolę. Podkreślają, jak na przykład wspomniany wcześniej Ronald Dworkin,

15 Ronad Dworkin, *Law's Empire*, London 1986, s. 255.

16 *The Sydney Morning Herald* z 15. 10. 2001.

że sędziowie odgrywają szczególną rolę i że w prawie jest miejsce na kreatywną działalność sądów i sędziów. Dostrzegają oni, że prawo pełni funkcje edukacyjne, co stanowi podstawę solidarności społecznej, jak nauczał stary, ale zacny Emil Durkheim. Prawo w koncepcjach liberalnych pełni w życiu społecznym i politycznym funkcje włączające a nie wykluczające czy ograniczające. Wszelkie ograniczenia prawne muszą podlegać uzasadnieniu i to uzasadnieniu o charakterze uniwersalnym. W życiu społecznym i politycznym prawo pełni funkcje komunikacyjne, edukacyjne i symboliczno-ekspresyjne. Jednak nawet przy tak szerokim ujęciu funkcji i roli prawa należy podkreślić, że prawo posiada swoje ograniczenia i nie nadaje się do spełniania funkcji przynależnych światu polityki, chociaż we współczesnym świecie taką rolę mu się przypisuje.

W myśleniu opartym na założeniu dominacji prawa nad polityką można zauważyć dwa aspekty określające ten sposób rozumowania. Pierwsze to założenie, że sfera normatywna, a w szczególności normatywność o charakterze publicznym, jest zasadniczo wewnętrzną sprawą prawa. Zgodnie z takim rozumowaniem polityka pojmowana jest jako poszukiwanie najlepszego kompromisu między rywalizującymi interesami. Tak więc wartości leżą poza światem polityki, w naszym wypadku lokują się w sferze prawa, skoro polityka to brudna sfera gry interesów. Takie podejście do polityki zakłada zubożone pojęcie moralności publicznej. Już Judith Shklar pokazała, jak zubożona jest koncepcja moralności zredukowana do modelu legalistycznego¹⁷.

Drugi aspekt myślenia o dominacji prawa nad polityką dotyczy kwestii ograniczenia możliwości epistemologicznych prawa. Prawo jako praktyka społeczna oparta jest na wygenerowanej przez prawo formie wiedzy. W codziennej, rutynowej działalności instytucji prawnych skoncentrowana jest ona na indywidualnym przypisywaniu odpowiedzialności za czyny. Jak opowiedział mi kiedyś pewien historyk występujący jako ekspert przed sądem anglosaskim rozpatrującym przestępstwo z okresu II wojny światowej popełnione na terytorium obecnej Ukrainy: „sędzia chciał tylko odpowiedzi «tak» lub «nie» w sytuacji, gdy historyk używał innego języka «może», «prawdopodobnie»”.

Nie oznacza to, że wiedza prawna jest złą wiedzą. Oznacza to raczej, że nie jest ona jedyną wiedzą potrzebną do zrozumienia skomplikowanych problemów współczesnego świata społecznego¹⁸. Niklas Luhman twierdził, że system prawa jest kognitywnie otwarty a operacyjnie zamknięty. To owa operacyjność systemu prawa wpływa na ograniczenie modelu legalistycznego w rozwiązywaniu problemów *par excellence* politycznych.

Problemy modelu legalistycznego

Każdy socjolog prawa powie, że prawo jest dobrym instrumentem w okresie stabilizacji, kiedy jego stosowanie opiera się na rutynowych działaniach. Przecież w zasadzie prawo to pewnego rodzaju rutynowa praktyka społeczna. Tylko niewielką ilość spraw tworzą tak zwane *hard cases*. Stanowią one tylko czubek a nie

17 Judith N. Shklar, *Legalism: Law, Morals and Political Trials*, Cambridge 1986. Podaje ona następującą definicję legalizmu: jest to *the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships consists of duties and rights determined by rules*, s. 1.

18 Zobacz Scott Veitch, *Moral Conflict and Legal Reasoning*, Hart Publishing, Oxford 1999.

wierzchołek góry lodowej, zaś poniżej poziomu wody znajdują się miliardy relacji prawnych rutynowo powtarzanych dzień po dniu. Relacji, które zwykle nie wymagają nawet prawników ani sądów.

Transformacja czy okres zmiany społecznej i politycznej nie są okresem rutynowego stosowania pewnych praktyk społecznych. W okresie poprzedniego reżimu z reguły ustanawiano złe, niesprawiedliwe prawa. Prawa te zostały wprowadzone w życie. Oprawcy często dokonywali zabójstw, tortur w imieniu tegoż właśnie prawa. Instytucje prawne były uwikłane w nadużycia i łamanie praw człowieka w poprzednim reżimie.

W nowej sytuacji, a więc po zmianie reżimu politycznego, to właśnie sądy są instytucjami, które zajmują się wymierzaniem sprawiedliwości. Na jakiej jednak podstawie, skoro zazwyczaj w poprzednim okresie były one skompromitowane udziałem w brutalnych praktykach? Bardzo często sędziowie, zdając sobie sprawę z brutalnego charakteru prawa, stosowali je z całą surowością, głosząc, że są jedynie „ustami prawa”, że są przez prawo zmuszani do jego rygorystycznego stosowania. Generalnie wydaje się, że można wskazać dwie racje, dla których przyjmuje się wyższość sądowego stosowania prawa. Po pierwsze, sądy są opiekunami prawa, które istniało zawsze, nawet za poprzedniego reżimu, ale było pomijane czy lekceważone przez jego funkcjonariuszy. Tak więc prawa, które są retrospekcyjnie wprowadzane w życie po zmianie politycznej, są prawami pozytywnymi, które powinny obowiązywać, ale z różnych przyczyn nie obowiązywały. Po drugie, często twierdzi się, że sądy są opiekunami praw człowieka. Sądy powinny za poprzedniego reżimu pełnić tę rolę.

Powyższe rozumowanie oparte jest na założeniu, że zadaniem sądów jest administracja sprawiedliwością na podstawie prawa, które powinno obowiązywać i niby obowiązywało, ale nie zostało wprowadzone w życie z powodów politycznych. Zakłada się także, że istnieje porządek moralny, który został w przeszłości pogwałcony i teraz jest wprowadzany w życie. Normatywność istniała, lecz była zdeformowana przez poprzedni reżim. Należy jednak postawić pytanie, dlaczego to właśnie sądy mają zadanie odgrywać jakąś specjalną rolę we wprowadzaniu moralności, jako głosy moralności społeczeństwa?

Paradoks w tym rozumowaniu polega na tym, że przecież prawo okresu transformacji ma za zadanie wprowadzić praktyki sprawiedliwości do społeczeństwa, w którym prawo to zostało naruszone. Należy zapytać, jak można odwoływać się do prawa, które w poprzednim reżimie ponoć istniało, ale było przezeń naruszone. Jak ma ono wprowadzić coś nowego? Jaka jest ontologiczna podstawa tego prawa? Gdzie są źródła normatywności, do których odwołujemy się przy budowie nowego porządku?

Prawo okresu transformacji musi wykazać się niezwykłą kreatywnością w uzasadnieniu, dlaczego pewne kategorie osób, czasami nawet większość populacji, nie zostanie postawiona przed trybunałem sprawiedliwości. Pojawia się pytanie, czy w takim przypadku mamy wciąż do czynienia z realizacją prawa i sprawiedliwości, czy też raczej sprawiedliwość i prawo podporządkowane zostają interesem polityki? W ramach istniejących teorii prawa chyba tylko ekonomiczne teorie prawa twierdziłyby, że niekoniecznie mamy do czynienia z uległością wobec polityki, lecz z uwzględnieniem społeczno-ekonomicznych kosztów wymiaru sprawiedliwości. Inne szkoły zapewne twierdziłyby, że prawo nie powinno zostać podporządkowane polityce, bo przecież nowożytne prawo jest autonomiczne i za wszelką cenę

należy ten stan rzeczy utrzymać. Wszystko to brzmi całkiem słusznie, ale pozostaje pytanie, jak osiągnąć autonomię prawa, skoro nie istniała ona w poprzednim reżimie, a w okresie transformacji mamy do czynienia z dominacją polityki nad prawem.

W okresie transformacji, kiedy ograniczone zostają kategorie osób pociąganych do odpowiedzialności, należy szczególnie starannie określać te kategorie, które postawione zostaną przed trybunałem sprawiedliwości. Jednak nawet wtedy część z nich uniknie skazania. Tak więc wiele z tych osób, które domagały się sprawiedliwości, nigdy się jej nie doczekają. Z drugiej strony, wiele osób uwikłanych w działania poprzedniego reżimu, które jednak zostawiły za sobą swoją przeszłość i zaangażowały się w budowanie nowego porządku, na skutek działań aparatu sprawiedliwości okresu przejściowego odsuniętych zostanie na pozycje wrogie nowemu porządkowi. Wiele takich dylematów i paradoksów stoi przed osobami, których zadaniem będzie stosowanie prawa w okresie przejściowym.

Jeżeli prawo jest obrońcą sprawiedliwości, wtedy każde ograniczenie w stosowaniu prawa postrzegane jest jako zwycięstwo doraźnych celów politycznych nad sprawiedliwością. Jeżeli jednak ograniczenia stosowania sprawiedliwości w okresie przejściowym przedstawiane są jako szersza koncepcja sprawiedliwości, wtedy prawo traci swój specjalny związek ze sprawiedliwością.

Być może więc należałoby całkowicie zaprzestać stosowania prawa w okresie zmiany reżimu i zadekretować powszechną amnezję?

Dlaczego nie powszechna amnezja?

Skoro nie można w okresie przejściowym zastosować takiej samej sprawiedliwości dla wszystkich oprawców poprzedniego reżimu, to dlaczego nie przyjąć zasady, że puszcza się w zapomnienie wszelkie zło popełnione w okresie poprzedniego reżimu i w jego imieniu? Nie chodzi tu nawet o powszechną amnestię, ale o coś więcej: o całkowite zapomnienie. W historii można znaleźć przykłady takiego podejścia. Tak więc np. w art. 14 Karty z 1814 roku ustanawiającej okres Restauracji we Francji czytamy: „Wszelkie badania opinii i głosów z okresu sprzed Restauracji są ściśle zakazane. Sądom jak i obywatelom nakazuje się zapomnieć”¹⁹. Wcześniej już wielokrotnie usiłowano prawnie nakazać zapomnienie, ale bez wielkich sukcesów. W debacie na ten temat wielokrotnie wskazywano na Hiszpanię jako przykład przejścia od dyktatury do demokracji przy jednoczesnym spuszczeniu jeżeli nie rawlsowskiej zasłony niewiedzy, to przynajmniej zasłony milczenia czy też amnezji na ciężką przeszłość z okresu wojny domowej i zbrodni zarówno sił frankistowskich, jak i republikańskich. Tak się złożyło, że pokolenie później rząd socjalistyczny premiera Jose Luis Zapatero potępił zbrodnicze ekscesy, a skomplikowane problemy przeszłości odżyły w debacie publicznej. Za przykład niech służy popularność literatury grzebiącej w przeszłości i budzone przez nią emocje: hiszpańska powieść Javier Cercasa, a następnie film nakręcony na jej podstawie „Soldados de Salamina” czy powieść katalońskiego pisarza Lluisa-Antona Baulenasa „Za worek kości”.

Wielu współczesnych liberałów skoncentrowanych na *institutional design* czy *institution building* reprezentuje pogląd, że należy zapomnieć o przeszłości. Liberalizm jest w pewnym stopniu ideologią antypolityczną, nieszczególnie przywiązaną do tożsamości, czy może raczej powinienem powiedzieć do silnej tożsamości grup

19 Cytowane przez Cathy Caruth, *The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law* „Critical Inquire”, Vol.28 (2002), s. 423.

społecznych. Również z kręgów dysydenckich w krajach postkomunistycznej Europy Środkowo-Wschodniej padały propozycje, aby zniszczyć wszystkie zasoby archiwalne i usunąć w ten sposób ciężar przeszłości i skoncentrować się na budowaniu przyszłości. Takie podejście – zarówno sugerowane przez przedstawicieli post-rawłowskiego liberalizmu, jak i niektórych dysydentów z czasów komunizmu – oparte jest w gruncie rzeczy na tych samych zasadach, mówiących że w społeczeństwie opartym na niezgodzie, w którym mamy do czynienia z pluralizmem wartości, tematy kontrowersyjne powinny być raczej usuwane ze sfery publicznej dyskusji.

Niemniej nie można od razu całkowicie zignorować świadomej polityki zapomnienia. W końcu świadomość oraz tożsamość zbiorowa oparte są na pamięci zbiorowej, a ta z kolei jest sztuką pamiętania, ale też i zapominania. Reżimy okresu transformacji są natomiast zainteresowane likwidacją podziałów i budowaniem nowego społeczeństwa oraz jego instytucji. Często przywoływana ideologia „pojednania” (*reconciliation*) ma na celu zasypywanie społecznych podziałów, eliminację barier wykluczenia, nie zaś petryfikację starych podziałów z przeszłości czy też budowanie nowych i wykluczanie pewnej kategorii obywateli z udziału w kreowaniu nowego ładu społeczno-politycznego. Nie ulega wątpliwości, że taka polityka może być pociągająca, bo przecież każdy, kto chce sprawiedliwości dla przeszłości, wpada w konflikt z wypełnianiem obowiązków moralnych w stosunku do przyszłości.

Wiele osób twierdzi, że tylko teraźniejszość i przyszłość się liczą i że konflikty z przeszłości podobnie jak wydarzenia z przeszłości pamiętane są tylko o tyle, o ile istnieją przez pryzmat teraźniejszych konfliktów. Avishai Margalit w swojej książce o etyce pamięci²⁰ wskazał na przyszłą wspólnotę moralną, dla której należy zachować w pamięci pewne wydarzenia z przeszłości. Tak więc może nie wszystkie wydarzenia z przeszłości pamiętane są tylko dzięki teraźniejszym konfliktom, ale część z nich, w zależności od wagi moralnej, posiada szczególny charakter. Charakter niepozwalający o nich zapomnieć. Jeżeli tak, to pewne działania pamiętamy także dla przyszłości, dla przyszłej wspólnoty moralnej. Ta pamięć stanowi normatywną podstawę przeszłego społeczeństwa.

Dlatego też pomimo swojej atrakcyjności polityka zapomnienia, całkowitej amnezji nie jest dobrym rozwiązaniem, bo jedyne uzasadnienie dla nowego reżimu stanowi pamięć o przeszłych wydarzeniach. Tak więc przeszłość jest konstytutywna dla budowanego nowego ładu społeczno-politycznego. Pewne rozwiązania, strategie, polityki i instytucje rozliczające przeszłość są konieczne z punktu widzenia budowania przyszłości.

Inną podstawę dla argumentu, że rozliczenie z przeszłością jest konieczne, stanowią uzasadnione moralnie żądania ofiar poprzedniego reżimu. Prawo z reguły broni praw ofiar. Pytanie, jakie można postawić, to czy zawsze roszczenia ofiar, a więc tych, którzy byli torturowani oraz rodzin tych, którzy zaginęli bez wieści czy zostali zamordowani, zawsze powinny być dochodzone na drodze sprawiedliwości retributywnej i czy nie ma innej możliwości zadośćuczynienia roszczeniom ofiar z jednoczesnym ukierunkowaniem na przyszłość. Podstawą jakiegokolwiek sprawiedliwości, nawet najbardziej kulawej, jak i bliskiej ideału w stosunku do przeszłości, jest pamięć o niej. Pamięć odgrywa niezwykle istotną rolę w sprawiedliwości transformatywnej, a więc w budowaniu podstaw nowej normatywności.

20 Avishai Margalit, *The Ethics of Memory*, Harvard University Press 2004.

Uprawnienia ofiar

W ramach dyscyplin nauk prawnych albo związanych z prawem wiktymologia zajmuje się ofiarami przestępstw. Zadziwiające jest, jak mało uwagi poświęca się ofiarom w ramach filozofii i teorii prawa. We współczesnym podejściu do karania za zbrodnie nadal dominuje podejście postdurkheimowskie, według którego społeczeństwo wymierza sprawiedliwość przestępcom, ponieważ jest głęboko poruszone charakterem przestępstwa²¹. Dyskusje nad uprawnieniami ofiar do karania przestępców raczej nie funkcjonują we współczesnych teoriach kary. Z reguły utożsamia się je z odwetem, z prawem tallionu. Ludzkość w postępie moralnym odeszła od tej niecywilizowanej zasady karania.

W potocznym myśleniu mówienie o prawie odwetu kojarzy się z pragnieniem zadania bólu oprawcom. Jest jednak i druga strona medalu. Uprawnienia ofiar do karania wcale nie muszą ograniczać się do zadawania bólu. Ofiary poniosły cierpienia fizyczne i psychiczne. Często kwestia karania nie sprowadzała się do zadawania cierpienia fizycznego, ale wiązała się z „zaleceniem” ran (*healing process*), z przywróceniem godności moralnej ofiarom, rekonstrukcją ofiary jako podmiotu moralnego oraz nosiciela uprawnień pogwałconych w trakcie uprzedmiotowienia, jakim było zredukowanie do roli ofiary²². Sądy wymierzając karę przestępcom w imieniu społeczeństwa, powinny też afirmować moralne prawa i osobowość ofiar. W społeczeństwach cywilizowanych, a więc opartych na stosunkach społecznych pozbawionych przemocy ochrona moralnych praw ofiar, jak i afirmacja ich osobowości moralnej powinna być dokonywana przez całe społeczeństwo. Siła i podmiotowość ofiary zostaje przywrócona dzięki decyzjom wymiaru sprawiedliwości nie jako atrybut jednostki, ale jako atrybut tejże jednostki będącej członkiem wspólnoty politycznej. W tym znaczeniu powinniśmy uznać prawo ofiar do wymierzenia sprawiedliwości.

Niewątpliwie pewnych ran nie da się zagoić przez decyzje wymiaru sprawiedliwości. Hegel twierdził, że zadaniem prawa jest naprawienie tego, co uniwersalne w zbrodni, a więc naruszenie czyichś uprawnień czy straty materialne, zaś prawo ze swojej natury nie jest w stanie oddać tego, co szczególne, partykularne w konkretnej zbrodni czy przestępstwie. Konsekwencją tego jest fakt, że przestępca po odbyciu kary przywracany jest na łono wspólnoty politycznej. Sądy są więc w stanie oddać ofiarom tylko to, do czego mają uprawnienia, a nie to, czego ofiary chcą.

Rola i zadania prawa

Każdy wyrok sądowy jest nie tylko karą, jak ma to miejsce w przypadku prawa karnego, ale jest także swoistego rodzaju wypowiedzią publiczną, w której zawarte jest społeczne potępienie czynu popełnionego przez sprawcę. Jeżeli tak jest, to postawienie przed sądem liderów poprzedniego reżimu i skazanie ich za popełnione przestępstwa nie sprowadza się tylko do ukarania indywidualów, ale stanowi również niesłychanie silny przekaz skierowany do całego społeczeństwa, że poprzez skazanie potępia się czyny popełnione przez te osoby, ale również potępia się popełnione uprzednio czyny jako takie. Poza tym jest to również silny sygnał, że osoby, które w poprzednim reżimie uważały się za stojące ponad prawem, teraz zostają mu

21 Zobacz doskonałą książkę Davida Garlanda, *Punishment and Modern Society. A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago 1993.

22 Na to wskazują kryminolodzy w ramach *restitutive justice*. Zobacz np. John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive regulations*, Oxford University Press, Oxford 2002.

podporządkowane i skazane w całym jego majestacie. Z punktu widzenia ofiar skazanie stanowi przesłanie, w którym wyraża się to, że ofiary, które uprzednio były niejako poza prawem, teraz znajdują się pod jego ochroną i że właściwie ich uprawnienia zawsze powinny być chronione przez prawo. Wydaje się, że niezbędną przesłanką budowy prestiżu prawa, jak i podstawą rządów prawa jest to, aby prawo zmierzyło się z bezprawną przeszłością poprzedniego reżimu.

Jedną z bardzo istotnych funkcji prawa jest funkcja ekspresyjna. Zadaniem prawa jest wysłanie sygnału społeczeństwu i współuczestniczenie w budowaniu jego normatywności. Prawo aktywnie uczestniczy w budowaniu kultury obywatelskiej. Większość społeczeństwa to osoby nieheroiczne, a raczej obywatele oportunistyczni, poddający się dyktatowi kolejnych reżimów. Podstawą demokracji i wolności jest kultura obywatelska oparta na świadomości bycia podmiotem prawnym, obywatelem jako posiadaczem uprawnień i to obywatelem potrafiącym i chcącym bronić przed instytucjami swoich uprawnień. Taką kulturę publiczną opartą na świadomej obywatelskości tworzy się poprzez świadome stawienie czoła reżimowi przeszłości, poprzez ukaranie sprawców i to sprawców kluczowych w systemie sprawowania władzy, a nie tylko kozłów ofiarnych. Gesine Schwan opisała tzw. syndrom „zagłuszania winy” (*guilt silencing*): „Oprawcy i pasywni widzowie (*bystanders*), którzy stłumili swoją winę, zostali zmuszeni do zasklepienia swojego życia emocjonalnego, zaprzeczenia części swojej przeszłości oraz obecnej rzeczywistości. Ich uznanie wartości samych siebie oraz pewność siebie zostały poważnie zniszczone. Ich osobiste kontakty z innymi ludźmi stały się chłodne i bezosobowe, ponieważ musieli zdusić swoją spontaniczność”²³. Autorka wskazuje na fatalne skutki funkcjonowania syndromu „zagłuszania winy dla demokracji oraz kultury obywatelskiej”.

Nie będzie chyba przesadą stwierdzenie, że funkcją prawa w rozliczeniach z przeszłością jest funkcja konstytutywna dla budowy nowego układu normatywnego w okresie transformacji. Sam fakt, że przedstawiciele poprzedniego reżimu, osoby personifikujące bezprawie postawione zostają przed sądem, stanowi silny sygnał, mówiący o tym, jak głębokie zaszyły w prawie zmiany w stosunku do poprzedniego reżimu. Proces karny zaś w przypadku tego typu zbrodni stanowić może nie tyle namiastkę co kwintesencję debaty publicznej nad charakterem poprzedniego reżimu. Sprzyjać może też ustaleniu prawdy o poprzednim reżimie. Debata na sali sądowej posiada swoje ograniczenia proceduralne, związane z rolą stron, jak i prawem dowodowym, niemniej to właśnie sala sądowa może zagwarantować powagę, rzeczowość i utrzymanie emocji występujących przy tego typu sytuacjach w pewnych korbach cywilizowanych manier. Proces sądowy pokazuje również, że różnice stanowisk niekoniecznie muszą być rozstrzygane przez argumenty siły, a więc morderstwa, porwania czy tortury, a w miarę cywilizowana debata jest możliwa. O ile fakt ukarania sprawców mówi o sile państwa, to fakt, że poprzedzone to zostaje procesem z poszanowaniem praworządności, mówi o autorytecie nowego prawa, jak i nadaje procesowi karania siłę autorytetu prawa. Prawne procedury w sprawach związanych z poprzednim reżimem służą budowaniu nowej tożsamości społeczeństwa. To sądy poprzez ukaranie sprawców przyczyniają się do budowy nowej pamięci zbiorowej, wskazując, jakie narracje historyczne posiadają autorytet prawa. Pamiętajmy też, że każdy system prawny oparty jest na nadającej mu sens narracji historycznej, bardzo

23 Gesine Schwan w artykule *The 'Healing' Value of Truth-telling: Chances and Social Conditions in Secularized World*, „Social Research”, vol. xvii, s. 23.

często mitycznej. Narracja historyczna systemu prawnego jest podstawą normatywności i służy budowaniu wspomnianej wyżej kultury obywatelskości oraz prestiżowi i godności prawa, a także rządowi prawa.

Sądy mają swoją rolę do odegrania, nie powinno się jednak jej przeceniać. Zadania edukacyjne sądów są ograniczone przez procedury. Prestiż prawa, a więc i wpływ na opinię publiczną zależy od ścisłego przestrzegania standardów procedury sądowej. Europejska tradycja prawa oparta jest na indywidualnej alokacji winy i odpowiedzialności. Nietrudno sobie wyobrazić, że w przypadku przywódców poprzedniego reżimu pojawią się oni przed sądem jako osoby indywidualne, odpowiedzialne za swoje działania, jak i jako przedstawiciele reżimu – symbole popełnionych zbrodni. To, co przystoi literaturze czy sztuce, nie przystoi sądowi. Aby przesłanie sądu posiadało autorytet moralny i sprzyjało budowaniu nowej normatywności i kultury obywatelskości, sądy muszą w procedurze stosować ściśle literę, jak i ducha prawa i sprawiedliwości. Nie można podporządkować – jakby nazwał to Leon Fuller – „wewnętrznej moralności prawa” doraźnym celom politycznym. Funkcja ochronna, przesłanie, że prawo broni uprawnień, oparta jest na stosowaniu prawa *lege artis*.

Zaangażowanie prawa karnego w problemy rozliczeń z przeszłością wiąże się z problemem pewnego rodzaju ograniczeń prawa będących konsekwencją faktu, że prawo karne opiera się na szczególnej wiedzy dotyczącej indywidualnej alokacji odpowiedzialności. Sąd ustala zakres odpowiedzialności osoby za popełnione przestępstwa. Postępowanie opiera się na założeniu, że oskarżony potrafił odróżnić dobro od zła, a więc że był wolny w swych wyborach moralnych. Procedury sądowe wypracowane przez ponad 2 tysiące lat tradycji prawnej Zachodu mają swoje uzasadnienie i zdają egzamin w normalnego typu przypadkach. W sytuacji problemów odpowiedzialności za zbrodnie poprzedniego reżimu popełnionych w imieniu państwa tego typu procedury ukazują swoje ograniczenia. Z punktu widzenia ofiar istotne pytanie dotyczy nie kwestii, dlaczego oficer tajnej policji nie postępował zgodnie z nakazami moralności, ale tego, jak wytłumaczyć to, że w pewnym kontekście polityczno-społecznym tak wiele w zasadzie normalnych osób postępowало w sposób niemoralny. Prawo z całym arsenałem procedur i technik indywidualnego ustalania winy oraz odpowiedzialności nie jest w stanie zbudować swobodnego rodzaju zwierciadła moralnego, w którym mogliby przyjrzeć się sobie przeciętni obywatele, którzy nigdy nie zostaną postawieni przed sądem ani uznani winnymi – obywatele, którzy poprzez poparcie aktywne lub pasywne, przez działanie lub zaniechanie, przez codzienne korzystanie z przywilejów ofiarowanych przez reżim byli moralnie uwikłani w udzielanie mu poparcia niezbędnego także i do jego zbrodniczego działania. Innymi słowy, przy całym szacunku dla prawa i jego instytucji, powinniśmy zdawać sobie sprawę z jego ograniczonej mocy w zakresie przemiany moralnej społeczeństwa w okresie transformacji.

Transformacja, pamięć zbiorowa i *transitional justice*

Podstawowym zadaniem stojącym przed społeczeństwami w procesie transformacji jest budowanie instytucji i norm dla lepszej przyszłości. Budowanie przyszłości nie jest oparte na zasadzie *tabula rasa*, lecz buduje się ją na doświadczeniach i pokładach przeszłości, z których część to negatywne doświadczenia oraz zasady odziedziczone z okresu poprzedniego reżimu. Balast przeszłości zawsze wyznacza granice możliwości wyborów normatywnych, a nawet instytucjonalnych. Częścią

rozwiązania problemu jest konieczność zmierzenia się z trudną przeszłością. Wyzwaniem stojącym przed społeczeństwem okresu transformacji jest skonstruowanie pamięci zbiorowej, która oddaje sprawiedliwość zaszłościom z przeszłości, ale która nie wyklucza także tych, którzy w uprzednim reżimie byli opresorami. Społeczeństwa okresu transformacji znajdują się w dużo trudniejszej sytuacji niż narody, które mogą odwołać się w swojej pamięci zbiorowej do fundacyjnego mitu walki o wolność czy mitu antykolonialnego, a to z tego powodu, że nowe społeczeństwo musi budować swoją tożsamość nie w okresie transformacji, ale odwołać się do okresu poprzedniego jako okresu fundacyjnego: okresu podziałów, walki, przemocy. Nowe społeczeństwo przedstawia się jako istniejące już w poprzednim okresie, za starego reżimu, stąd ten nacisk na „pojednanie” (*reconciliation*). Podejście to zakłada istnienie wspólnoty, która teraz ma zostać jedynie zjednoczona. Podejście to ma charakter teleologiczny, lecz zdaje się, że nie ma od niego ucieczki.

Wydaje się, że pamięć zbiorowa potrzebna do budowy nowego społeczeństwa musi oddać sprawiedliwość ofiarom poprzedniego reżimu, a jednocześnie nie może wykluczać grup społecznych związanych z poprzednim reżimem. Musi być pamięcią pozwalającą na budowanie wspólnoty obywatelskiej wokół pewnych wartości. Instytucje prawne budowane na tradycji prawa karnego i sprawiedliwości retributywnej tylko częściowo są w stanie sprostać temu zadaniu. Pamięć zbiorowa zbudowana musi zostać na uznaniu z jednej strony odpowiedzialności indywidualnej, a z drugiej na budowaniu społecznego zrozumienia skomplikowanych mechanizmów funkcjonowania systemu społecznego i poszczególnych grup a nawet jednostek w okresie poprzedniego reżimu.

Procesy znanych przywódców uprzedniego reżimu, odpowiedzialnych za jęgo zbrodnie, wpłynąć mogą na zmianę krajobrazu moralnego. Pokażą całemu społeczeństwu, że zbrodnie zostały ukarane, a to z kolei zapewne utrwali się w pamięci zbiorowej społeczeństwa. Pamięć zbiorowa spełnia istotną rolę nie tylko jako źródło tożsamości narodowej, ale również jako rezerwuar odpowiedzialności moralnej. Pamięć zbiorowa to pewne pojmowanie narodu przez siebie samego w oparciu o narracje pamięci zbiorowej dostarczającej tożsamości. Ta tożsamość przekłada się na zbiór norm, które dostarczają drogowskazu moralnego dla danego narodu. Dlatego procesy karne są tak istotne. Nie można jednak całego problemu sprowadzić do sprawiedliwości retributywnej. Jak pisałem powyżej, pamięć zbiorowa nie może wykluczać całych i wielkich grup związanych z poprzednim reżimem. Pamięć zbiorowa jest zawsze kontestowana przez wydarzenia bieżącej polityki, jak i na poziomie epistemicznym przez historiografię. Pamięć zbiorowa może i powinna włączyć zrozumienie dla problemów funkcjonowania w poprzednim reżimie. Nie wiemy, jak to zrobić, ale wiemy, że miejsca pamięci opisywane przez Pierra Nora odgrywają istotną rolę w tym procesie. Rozwijające się ostatnio w niektórych krajach instytucje pamięci narodowej mogą odegrać ważną rolę w ukazywaniu prawdy o skomplikowanym charakterze życia za uprzednich reżimów.

Renata Almeida da Costa
Germano Schwartz

The Culture of Fear and Urban Space: Thoughts on the Social Sensation of Insecurity in Brazil

Kultura strachu a przestrzeń miejska: rozważania nt. społecznego poczucia braku bezpieczeństwa w Brazylii

Od początków cywilizacji grupy społeczne chroniły swoich członków. W czasach postmodernistycznych jednakże stały się one źródłem niepewności, braku poczucia bezpieczeństwa, wreszcie – strachu. Autorzy artykułu pochodzenie tych odczuć a także prób ich kontroli społecznej umiejscawiają w obszarach miejskich. Charakteryzują oni również poczucie strachu oraz jego wzajemne związki z prawnymi i karnymi działaniami państwa, a także zachowaniami przestępczymi.

Renata Almeida da Costa

doktor prawa, profesor w Centro Universitario Ritter dos Reis (UniRitter), Brazylia

Germano Schwartz

doktor prawa, profesor w La Salle University College (Unilasalle), FADERGS i FSG, Brazylia

Introduction

Urban living and a feeling of insecurity: a paradox. Social groups, established since the dawn of civilization as mechanisms for protection against adversity, in post modern times consist of a source of indeterminacy. Insecurity. Uncertainty. Fear. It is about the urban ground, a space that is more private than public, the location where insecurity is produced and attempts of formal social control are made (constant surveillance, legal and extralegal obstacles, armed response, criminal repression – to name just a few exponents). Currently, the fear of personal and professional victimization determines choices for medieval models of urban construction, whereas these same constructions contribute to increasing the sensation of insecurity.

In this sense, and first of all, facing the characteristics of this fear, as well as its presence in contemporary urban society, demands one question, first off: can one affirm fear's existence or inexistence? In other words, has there ever been a time in history when civilization has been absolutely disconnected from the sensation of fear? Might it be the propelling force towards a society's evolution or involution? Would not said marks become registered, for example, in regulatory documents?

The following argument has been defended: that governmental agencies employ Criminal Law as a formal social control mechanism and instrument for reducing complexity, which, for its part, uses fear as a form of neutralizing its own presence in society. This is the central thesis of punishment's traditional functions, especially general prevention.

In other words, the State employs fear of punishment, seeking to inhibit the fear of crime. This is where the paradox and problem arise. As we know, a paradox always has a counterpoint that makes solving the problem impossible. In the case of fear, no adequate definition exists to describe its opposite. To begin with, the best definition of its meaning appears to be given by its absence¹. On the other hand, it is possible to understand fear as a feeling of dread produced by one's own awareness of finitude. Its non-acceptance implies indisposition, discomfort that leads to impatience and disorients cohabitation.

Thus, how does one factually demonstrate fear or its absence in collectivity? One possible analysis might be that the larger the volume of criminal legislation, the larger a society's feeling of dread. However less the degree of fear, the less the degree of criminalization of behavior. This would prove that fear is not a controllable concrete fact that can be avoided by government intervention. As a feeling, it is subject to countless variables that, for their part, influence it and define it according to the social environment in which it is inserted. Or, as Bauman puts it, "Fear' is the name we give our 'uncertainty': *Our 'ignorance' of the threat and what should be done – of what can and cannot be done – to make it stop or confront it, if halting it is out of our reach*².

As you can see, fear constitutes a feeling that is invariably inseparable from a sensation: that of danger. It develops as a response to it. Starting from individual experiences, said personal impressions become characteristics of (and common to) several social groups. Subjective experimentation transmutes into collective, and the symbolic effects culminate in characterization of a social group's way of life.

1. Fear and (urban) *locus* of sociological-criminal experimentation

The phenomenon of fear, or better said, its feeling, is not stagnant or limited to a specific nationality or group of citizens. Much to the contrary. As something that can be seen in different cultures, it is observed from a common factor: the time in which it develops. Nevertheless, locations both distant and very different from each other like Guatemala, Mexico, the United States and Brazil have been the *loci*

1 In English, the word *fear's* antonym is *fearless*. In a lexical translation, in Portuguese *fearless* represents the absence of fear. And even in English, the antonym of fear continues to be identified by adjectives. In the Oxford dictionary, published by Oxford University Press, 4th edition, 2007, synonym for *fearless* include: "brave", "courageous", "audacious", "intrepid", "heroic" and "unfraid", among others.

2 Bauman, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 8.

of experimentation for many researchers. If, on the one hand, a sociological-criminal perspective that begins with observation of the urban environment and its relationship with the practice of crimes is nothing new (even outdated), on the other hand it is in the urban territory³ that the main consequences of the fears (if not the fears themselves) come to the surface.

The assimilation of the sensation of fear on the part of managers of public⁴ and private urban spaces has taken place by way of very specific actions. The first seek to identify the so-called "at-risk groups" (employing the well known "Zero Tolerance" ideology) and operate the criminalization of a portion of the population previously identified as undesirable or dangerous, at the same time as they legitimize surveillance of said population in increasingly intense and oppressive ways. As a result, spatial segregation policies are intensified, exteriorized by the formation of ghettos and the appearance of so-called secure areas, in other words, spaces supplied with protective measures that intend to isolate them from their surroundings⁵.

On the other hand, managers of private spaces (here, defined as contractors, builders, building managers and administrators) become specialists in the very policies of spatial segregation originating from the processes of criminalization and practices of surveillance operated by government managers. In this sense, they approach urban space planning from the point of view of another portion of the population understood as being desirable and trustworthy. In other words: potential consumers of private products and services. Thus, it is not implausible to say that real estate speculation benefits and is potentialized by the fragmentation (and stigmatization) of public spaces.

Considering that defining fear (in the context of scientific sociological, criminological or legal research) is no simple task, nor is it irrefutable, as referred to at the beginning of the chapter, the search for a possible concept demands the "translation" of subjective impressions regarding a determined factual situation. Said impressions are, for their part, derived from a personal elaboration of that specific reality. This is what makes it necessary and opportune to look at the phenomenon from the point of view of those observing crime and urbanism themselves, in the realm of the context of insecurity, indetermination.

3 *According to Fraile, it appears clear that a long tradition has existed of thinking dedicated to investigating the relationship between spatial-territorial organization and the possibilities of intervention regarding the will of individuals or the management of public order and, in part, the effectiveness of the territorial activities based on that, until a certain point, passed by unnoticed or masked themselves under other discourses.* Fraile, Pedro. Introducción. *El paisaje urbano y el conflicto*. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 21.

4 The discourse of fear and insecurity, frequently proclaimed by public administrators, is used to hide other more complex realities. In Peixoto's opinion: *Poverty and exclusion, which society continually produces, are oftentimes absent in the rhetoric that alludes to this mediatic problem.* Peixoto, Paulo. Anatomía y percepción de la falta de seguridad urbana en tres ciudades de dimensión media. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 117.

5 Fraile, Pedro. Op. cit., p. 23.

With this intention, let us examine the results of several published studies that associate the phenomenon of “citizen insecurity” with crimes and urban space⁶.

2. Specific loci

The observation of the social space towards delimitation of fear and its relationships with the establishment of social control mechanisms appears to find its justification in Green⁷. After all, for her, in Guatemala, more than being merely a subjective personal experience, fear constitutes an element that is intrinsic to social memory. And more than an acute reaction of subjects, it is a chronic collective condition. From her point-of-view, fear destabilizes social relations by bringing suspicion into families, at the same time as it insinuates itself among neighbors and friends. As a result, it divides communities through distrust and suspicion, not only of foreigners, but of people in general. In her words:

Fear thrives on ambiguities. Denunciations, gossip, innuendos, and rumors of death lists create a climate of suspicion. No one can be sure who is who. The spectacle of torture and death and of massacres and disappearances in the recent past have become more deeply inscribed in individual bodies and the collective imagination through a constant sense of threat. In the *altiplano* fear has become a way of life. Fear, the arbiter of power-invisible, indeterminate, and silent⁸.

In an ethnography in which violence is part of the daily lives of the people being studied, fear (or its feeling) adds another level of difficulty to writing research results. That is potentialized when another manifestation of fear is mentioned: the sensation of terror.

Said truth led Green to include her own experiences in her bibliographic production, instead of separating them from the narrative as an observer. According to her, remaining indifferent is impossible⁹. In addition, from her point of view, sharing experiences makes understanding possible. This perception led her to conclude:

6 The construction of the items that make up this approach was not done through a methodological selection specific to this thesis. Much to the contrary. The bibliographic survey used for this chapter made it possible to discover the texts and authors referred to herein. The studies were brought to the thesis because they have the same subject in common: facing the sensation of fear in urban space, the impact that it has on the establishment of criminal policies. In all of the locations examined (located both in first and third world countries), there is a closure of public spaces and the commercial exploitation of those identified as “safer”.

7 Green, Linda. Fear as a Way of Life. In: *Cultural Anthropology*, Vol. 9, No. 2. American Anthropological Association (May, 1994), pp. 227–256. In this article, the author examines the invisible violence generated by fear and intimidation through the daily experiences of the Xe'caj people. As she does this, she tries to capture the feeling of insecurity that permeates the individual lives of the women, who are distressed by the need to survive, physically and emotionally, and who suffer on account of memories of grotesque suffering, through experiences with the militarized State.

8 Green, Linda. Op. cit., p. 227.

9 In spite of the daily practice, which she herself recognizes. According to her analysis, the main problem for social scientists working in Guatemala is that, to survive, they first have to train themselves not to react, and later, to not feel

Fear is elusive as a concept; yet you know it when it has you in its grips. Fear, like pain, is overwhelmingly present to the person experiencing it, but it may be barely perceptible to anyone else and almost defies objectification. Subjectively, the mundane experience of chronic fear wears down one's sensibility to it. The routinization of fear undermines one's confidence in interpreting the world. My own experiences of fear and those of the women I know are much like what Taussig aptly describes as a state of 'stringing out the nervous system one way toward hysteria, the other way numbing and apparent acceptance'.¹⁰

From this experience, it can be deduced that the "routinization" of terror¹¹ is what feeds it. This situation allows people to live in a "chronic state" of fear, which comes to appear normal. Meanwhile, terror permeates the social fabric¹².

The reality experienced by Linda Green, when she cohabitated with a small Xe'caj community in Guatemala, led her to these perceptions. According to her, they live under constant surveillance. There is a military camp (outpost) located on the hills overlooking the city, a point from which all blocks and streets can be observed. And there are spies (*orejas*), military commissioners and civil patrols that control their neighbors' activities and communicate them to the Army.

In this context, even the observer herself needed to interact with the local authorities. She pointed out the impact of the civil patrols that subordinate the local government itself, as being the reason for the need to obtain permission from the Army to enter this *locus* of experimentation, since without it, the civil patrols that take care of entrances to the city would not have allowed her access. This fact is very symbolic. In her words:

One of the ways terror becomes diffused is through subtle messages. Much as Carol Cohn describes in her unsettling 1987 account of the use of language by nuclear scientists to sanitize their involvement in nuclear weaponry, in Guatemala language and symbols are utilized to normalize a continual army presence¹³.

For its part, the symbolism is complex. The justification for maintaining military presence in the village was to provide protection from subversion and "communists". The argumentative emblems used were simplistic and dualistic: "black and white," "good and evil" and "friend and enemy". As a consequence, these stigmas were assimilated and internalized by local inhabitants, arriving at the following conclusion:

In El Salvador, Martin-Baro analyzed the subjective internalization of war and militarization among a group of 203 children in an effort to understand to what extent they have assimilated the

the violence. They forget the context in which the people live, including themselves. Self-censorship becomes second nature – Bentham's panoptic internalization.

10 Green, *Fear as a Way of Life*, 1994, p.

11 For Green, terror from said perspective is identified as the fear people from that community live with. They are translated into rumors of being on the list of those who might be killed.

12 Green, *Op.cit.*, fl. 231.

13 Green, *Fear as a Way of Life*, 1994, fl. 232.

efficacy of violence in solving personal and social problems (1989). While generalizations cannot be drawn from such a limited study, what Martin-Baro found to be significant was that the majority of the children interviewed stated that the best way to end the war and attain peace was to eliminate the enemy (whether understood as the Salvadoran army or the FMLN [Farabundo Manti National Liberation Front]) through violent means. This tendency to internalize violence is what Martin-Baro has referred to as the “militarization of the mind” (1990). The presence of soldiers and ex-soldiers in communities is illustrative of lived contradictions in the altiplano and provides another example of how the routinization of terror functions. The foot soldiers of the army are almost exclusively young rural Mayas, many still boys of 14 and 15 years, rounded up on army “sweeps” through rural towns¹⁴.

This study provides evidence that the sensation of insecurity and fear originates from the actions promoted by government agents. The actions of violence that give rise to fear come from the military force exercised by the State itself against its citizens. One might add that this is common in States where civil liberties are reduced and formal social control is taken to extremes.

Nevertheless, the genesis of the “culture of fear” lived in Guatemala has much deeper roots. It can be found in the dread of the Spanish invasions. As such, the duration of the feeling is long: five centuries. This perception is present in the work of Green, who as she studied violence in Guatemala in the Nineteen-eighties, observed that many people referred to the matter by using the invasion as a metaphor. From this perception, it can be deduced that in that country, fear is a motor for the fear that is perpetuated to this day. Termed differently:

The elite, dominant classes are driven by racist fears of „indios“ and in more recent decades by the ‘red menace’ of communists to perform the most brutish acts to protect the status quo. There are upper-class ladinos in Guatemala City who deny that the massacres in rural areas ever really happened. In one interview, a ladina journalist noted that one of the reasons why repression did not cause too big a commotion among Guatemalans in the capital was because it was mainly Indians that were affected. All the suffering that took place was not really suffering because it happened to Indians. The Guatemalan upper class believes that Indians cannot really feel, that an Indian woman will not truly suffer if her husband or children are killed because she is not ‘the same as us’¹⁵.

The dichotomy or state of being out of step with the “nature” of other human beings, (and often times “dehumanized”, considered to be lacking in qualities, as mentioned by Jock Young and Jayne Mooney¹⁶) feeds the distancing between

14 Green, Linda. Op. cit., p. 233.

15 Green, Linda. Op. cit., p. 236.

16 Young, Jock. Mooney, Jayne. El Terror tras el terror: después del 9/11. In: Böhm, María Laura. Gutiérrez, Mariano H. (comps.). *Políticas de seguridad: peligros e desafíos para la criminología del nuevo siglo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 295.

people belonging to different social classes. And, as seen, the origin of this situation would dwell in “racist fear,” currently under the guise of “indifference”.

In the same sense, there is the Terance Miethe approach¹⁷ to fear associated with crimes (here, those practiced by civilians), observed in North American society. For him, crime and the dread of becoming a victim have become big problems in that nation. As a consequence, citizens react to crime through the practice of different actions, including mistrust of others, avoiding specific places, adopting protective measures, changing daily activities and taking part in collective actions.

This characteristic is so striking in North American society that Miethe goes as far as to state that the fear of victimization represents the biggest contemporary social problem. According to his research (conducted in the Nineteen-nineties, before the “attack on the Twin Towers,” the event that came to be known as “September 11, 2001”) approximately 1/4 of North American homes were affected by crime. That might bring one to the conclusion that nearly half the population would be touched by violent crime during their lives.

After the “September 11th” event, the sensation of insecurity intensified in the Northern Hemisphere. Nevertheless, the context is not exclusively determined by the “terrorist” attack attributed to Osama Bin Laden. Much to the contrary. Growing levels of social inequality, associated with labor insecurity, the weakening of communities and conjugal instability, give rise to a society replete with relative privation and a feeling of social injustice. This phenomenon is not produced in isolation. Along with that, there is ontological insecurity and the identity crisis. Illustrating this focus, Young and Mooney state that:

In the United States, said process can be seen in the extension of religious fundamentalism, excessive patriotism and flag-waving (see WELCH, 2000), punitive criminal policies and the construction of a Gulag-size prison population (see WACQUANT, 2000), and the support of foreign wars that seek to punish enemies and export United States values¹⁸.

For these reasons, crime is frequently the main subject of mass media and political campaigns. Despite this, perceptions regarding insecurity and the dimensions of fear are non-linear. They do not obey pre-determined or predictable patterns. Psychological and behavioral reactions are variable and can result in personal identity changes, as well as reorganization of some people’s lives, while others can become less trusting, go to great lengths to avoid crimes and even change their lifestyle¹⁹.

17 Miethe, Terance D. Reactions to Crime and Violence. In: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 539, (May, 1995), p. 14–27. In this text, the authors review the psychological and behavioral reactions of subjects regarding crimes, summarizing current trends associated with the phenomenon and problematizing the consequences of fear of crime for urban life.

18 Young, Jock. Mooney, Jayne. El Terror tras el terror: después del 9/11. In: Böhm, María Laura. Gutiérrez, Mariano H. (comps.). Políticas de seguridad: peligros e desafíos para la criminología del nuevo siglo. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 295.

19 These same effects are present in Spanish communities, showing signs that fear the perception of insecurity are globalized, current phenomena. In this regard, we can see that: *The sensation of insecurity among citizens is as important as the level of criminality because, in effect, people modify their behavior or habits according to their perception of the risk of being a passive subject to crime.* Arnau, Meritxell. Planes, Santi. Tàpies, Rubén. La delincuencia

Wiltz²⁰ also shares this point-of-view. He emphasizes that crime has been identified as the United States' biggest social problem for decades. As a response to this, the members of the middle and upper classes have begun abandoning the city as a place of residence, in such a way that the population inhabiting urban centers has now come to be composed primarily of poor black residents. In the author's opinion, this would be one of the factors justifying victimization of blacks. Economically at a disadvantage, not easily able to change their address, they end up becoming crime victims. Nevertheless, among them, there is another minority, considered even harder hit: the elderly²¹.

What is interesting is the association of fear with an abandonment of cities as living choice. After all, in a criminological context, the studies regarding the relationship between urbanism and criminality are well known²². More specifically,

en la ciudad de Lleida. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 72.

20 Wiltz, C. J., Fear of Crime, Criminal Victimization and Elderly Blacks. In: *Phylon* (1960), Vol. 43, No. 4. (4th Oct., 1982), p. 283–294. In this study, the author seeks to build a portrait of a typical black elderly woman in the United States. To this end, the author compares elderly black women and non-victims with specific characteristics, with the aim to demonstrate the probability of the victimization process.

21 The elderly, women, ethnic and racial minorities and their relationship with fear are frequent subjects in criminological studies.

22 In Criminology, the so-called Chicago School delimited a format for observing the incidence of crimes in determined urban zones. In Brazil, Davi Tangerino approached the subject in a recent doctoral thesis defended at the University of São Paulo. For him, the choice of the Chicago School was justified by: a) since the city was the central object of study; b) due to the comprehension of crime as the product of an absence of social ties; c) due to the preventionist possibility offered by the School. And, as well, according to the author's description of their own work, entitled "O Crime e a Cidade" (Crime and the City), "Urban criminality is the central subject of Brazilians' daily agenda. *The news is full of headlines that refer to the fear of living in Brazil's big cities. The work intends to search for the roots of this phenomenon and locate the social processes that give rise to criminality in the heart of the city's own management.*

*Going against the grain of usual Criminal Law, in other words, that of prevention by way of the so-called formal social control (exercised by the agencies that make up the government punitive system), which has as its central element the threat of punishment, the work explores the practices of informal social control, that is, the kind exercised by social groups towards their members (family, school, community etc.). This choice has an impact at the time of interventionist proposals: to the exact extent that one defends that urban criminality is directly related to the city's processes of growth and formation, it becomes important for prevention to be thought of on this level: recovery of urban space and strategies to reinforce community ties are the key of what is proposed as intervention. The central theoretical reference for the initial reflections is the Chicago School (criminological), always contrasting and validating assertions with the Brazilian reality, above all in the city of São Paulo, chosen as the analytical parameter." (Tangerino, Davi de Paiva Costa. *Crime e Cidade: Violência Urbana e a Escola de Chicago*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.)*

cities became the object of “criminological studies”, given credence by the Chicago School during the first half of the XX century²³.

Under the pretext of greater efficiency in the articulation of preventive policies and social intervention, empirical studies are still being conducted to search to identify urban spaces where crimes occur, thereby creating cartographic representations²⁴.

The fast moving process of modernization that Mexico underwent during the second half of the Twentieth century has been described by Guerrien²⁵ as the cause of the fragmentation of urban space, as well as growing perceptions of insecurity in that country and also: the flows of immigration considered “intranational” are described as being responsible for population explosions in some areas. In this sense, the isolation of the middle and upper classes is considered to be a consequence of the arrival in the urban space of a population lacking in financial resources and characterized by social practices understood as being different.

Therefore, for Guerrien, the perception of insecurity is “nothing more than a deferred result of the socio-cultural heterogenization of contemporary metropolises. It can be seen as an effect of the crisis of destabilization generated by the brutal ‘urban transitions’”²⁶.

Mexico’s urban population density (which consists of nearly the entire population) and the close proximity between groups on entirely opposite sides of the social scale are possible factors to be cited, in that country, as being responsible for generating denser feelings of insecurity.

23 “Chicago School” is, obviously, associated with the studies developed at the University of Chicago in the United States, where, in 1892, that country’s first large Sociology Department was created. In the Nineteen-thirties, the department had already become America’s largest and most thriving center for ethnographic-sociological studies. At that time, Chicago was the second largest city in the United States and researchers like Walter Reckless, Frederick Thrasher, Everett Hughes, Robert Park, Edwin Sutherland, Clifford Shaw, Henry McKay, Louis Wirth and Gerald Suttles studied immigrants, minority communities, organized crime and the so-called “homeless”, as well as the “appearance” of the city. Despite the fact that the sociological studies of the Chicago School cannot be defined as “uniform” or “particularly systematized”, the nomenclature “Chicago School” gained visibility as a result of the ethnographic analysis of the city and crime. At the core of the research regarding urban development was the “zonal hypothesis”, which consisted in the idea that the city was surrounded by a series of concentric circles, each one consisting of a zone of social and cultural life. (Newburn, Tim. *Criminology*. Devon, UK: Willan Publishing, 2007, p. 188–190.)

24 The results of said study can be verified in: Arnau, Meritxell. Planes, Santi. Tàpies, Rubén. La delincuencia en la ciudad de Lleida. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, (117–143), p.71.

25 Guerrien, Marc. Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 112.

26 Guerrien, Marc. *Op. cit.*, p. 112.

In this context, the fragmentation of urban space is presented as the most significant factor in producing the sensation of insecurity. Exemplifying that which he called “architecture of insecurity,” Guerrien situated his approach in the construction, during the Nineteen-eighties, of gated residential communities and “protected” urban forms destined to the consumption of the middle and upper classes. The lack of connection and fragmentation produced by this real estate planning did not contribute to reducing sensations of social insecurity. Much to the contrary. The search for safety via urban “refuges”, characterized by private protection circuits and networks, feeds the social tension that according to the author, allows for the maintenance of high levels of delinquency. In Guerrien’s words:

In Mexico, you can separate “the protected city” in two large sub-groups, considering that each is dispersed from the other, forming an archipelago in the metropolitan urban ocean. The first consists of closed residential spaces protected by private guard services and essentially inhabited by members of the upper classes. The second is composed of a series of private urban spaces (schools, sports and recreation clubs, health services etc.), which are also closed and essentially frequented by the same population²⁷.

In this scenario, neighborhoods called “security zones” stand apart from the rest. Such spaces, traditionally public, have been closed by the inhabitants themselves through the use of walls, networks, fences and other devices. These are monitored by private security companies.

Said reality is not, in contemporaneity, observed only by academics. In 2007, the film “La Zona” was released worldwide²⁸. Set in a gated condominium complex, the film²⁹ portrays the social abyss separating the rich and poor in the midst of tumultuous Mexico City.

The advertising poster for the filmographic³⁰ work shows an image of a fence that separates the condominium’s interior (security zone) from the outside, the shantytown (crime zone). Certain elements in the image are interesting. One notes that the security camera is pointed towards the security zone itself, or from another

27 Guerrien, *Arquitectura de la inseguridad*, 2006, p. 94.

28 Credits: a) Title in Brazil: *Zona do Crime*; b) Original title: *La Zona*; c) Country of origin: Mexico; d) Genre: Drama; e) Age classification: 16; f) Length: 97 minutes; g) Release Year: 2007; h) Official Website: <http://www.lazona-lefilm.com>; i) Studio/Distrib.: Dreamland; j) Director: Rodrigo Plá.

29 The joining of Art & Law is one of the newest areas of legal research. The opportunity to seek the essence of Law in works of Art like films is especially conceived by Warat in what he called cinesophy, a branch of philoesthetics at the service of rescuing what is sacred in Law (Law as an essential art towards the development of life). in this sense, see warat, Luis alberto. *el cine y el horror del olvido*. buscalegis, américa do norte, 0 1 03 2009. in the same way, Warat, Luis Alberto; Rocha, Leonel Severo. *o direito e sua linguagem*. porto alegre: safe, 1984. this last one, for its part, in collaboration with Germano Schwartz, organizes the *Série Direito & Arte* (Law and Art Series), by Livraria do Advogado Editora publishing house. As an example of the possibility of a cinesophic analysis in Law, consult García-Amado, Juan Antonio. *A Lista de Schindler. Sobre Abismos que o Direito Difícilmente Alcança*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.

30 Annex A – Poster for film “A zona do crime”.

er perspective, towards the spectator (the one observing the image). Paradox reigns absolute. The image successfully reproduces the dichotomies open/closed, safety/criminality and certainty/risk. Above the fence delimiting the border, a light and free, but immobile winged being hovers. Or, from another perspective, the aforementioned being balances out the camera's mechanical nature. While the technology directs its gaze towards the "security zone" the biological being turns towards the "crime zone" where there is freedom.

With that, the film's director, Rodrigo Plá, intended to address "modern paranoia", saying that although private security might seem to be a solution, it is nevertheless a partial and not a definitive solution. The presence of armed personnel creates other dangers³¹. In an interview given to a Brazilian online media source, the filmmaker answered the question "Is *La Zona* based on a real story?" as follows:

It's fiction, but we strove to develop it based on elements that really exist, such as paranoia, the weakening of Justice institutions, social polarization and fear. From this invented world, we tried to open up space for thinking, which is the best we can do as filmmakers: for the film to encourage some debate on these subjects, for it to show a point of view³².

As can be seen, fear is, in this way, a constant in social relations. It has been observed by several segments that take it upon themselves to describe the facts, either empirically or fictitiously.

3. A Brazilian situation

An analogy to Mexican reality can be made regarding the recent real estate developments being advertised and sold in Brazil as well. Even though neither this item, nor this chapter intend to discuss the sensation of insecurity in Brazil, the association of the Mexican context (and its import) to this region is inevitable.

A situation analogous to foreign observations is also increasingly revealing itself in our own country. See the example of the implantation of a "planned neighborhood" in the city of Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brazil. The contractor proposes living in housing in a single space planned by private initiative, with choices for leisure and services offered in a single complex. The venture's sales appeal lies in the concentration of these attractions in a single terrain, all with the guarantee of security provided by private companies.

Announced as Brazil's largest real estate venture, the project "creates" a new neighborhood within the city of Porto Alegre. The complex has "private parks on every block." According to the *general release for the neighborhood*, the security system will be unique. With this objective, the announcement boasts the participation of a specialized company with international experience. According to the document promoting the undertaking, this is understood as the planning of a "specific system":

The project will include characteristics of the location and the unique features of Rio Grande do Sul's capital city. World recognized advanced processes, techniques and technology will be used.

31 <http://www.comunidadessegura.org/pt-br/node/39210>, accessed on August 10, 2009, at 11 pm. The transcription of this interview is Annex 2 of this work.

32 Idem.

Human and organizational factors and social insertions will be considered towards transforming the neighborhood into one of Porto Alegre's safest regions (my bold).

By reading the document, one arrives at the conclusion that the company will use surveillance technology (what other kind of technology is recognized worldwide to such an extent that consumers need no explanation?). The dualism arises from another promise: "convenience and leisure for *all*". Pools, sports areas, gardens, game rooms and much more, are promised to be within reach of the venture's consumers.

Their proposal is profitable. According to the contractor's advertisement, they had already sold 85% of the units, even before media announcements. The model, as advertised, seems to be successful with consumers. The venture's inspiration comes from the United States and European markets. In times of real estate globalization, from what can be seen, fear has been the motivator for projects and a creator of wealth³³.

With this in mind, one can see that the Brazilian architectural project does nothing more than what Guerrien called "The privatization and protection of the urban territory of the middle and upper classes"³⁴. According to him:

Residential closure is merely one aspect of a more general aspect of the separation of the middle and upper classes from the lower classes within the metropolitan area. In parallel with the development of gated communities, private infrastructure has multiplied (schools and universities, sports and recreation clubs, health services etc.). The architecture of these private spaces is characterized, like those of the residential zones, through closure and isolation from the urban spaces that surround them: the multiplication of barriers and closures (...) ³⁵.

As can be seen through the architectonic sketch of the local plan, apparently the commercial spaces are open to all. But as advertised by the planner, these locations will be strictly controlled and frequented by a selected group. Thus, the "for all" in the advertisement applies to a restricted portion of the population. After all, both in Mexico and in Brazil, the prices practiced for complexes of this nature are not accessible to the majority of the population, reinforcing the selective character of the consumer audience.

Beyond the commercialization of safety, the commercialization of increasingly privatized urban spaces leads to distancing from the city's own characteristics.

33 According to the venture's release (Annex 4), investments of approximately BRL 500 million are planned, creating nearly two thousand jobs. *The time of execution for the entire neighborhood is 10 years. The (...) is the contractor with the most experience in implantation of planned neighborhoods in Brazil. Central Parque has come to consolidate a 10-year solo operation in the state, where the company has launched work on 5,200 housing units, having already delivered 2,200 units and is building another 3,000. Porto Alegre is headquarters to the Southern Region, centralizing operations in RS, SC and PR. The market in the capital city of Rio Grande do Sul is the region's largest and today is responsible for 20% of the company's business.*

34 Guerrien, *Arquitectura de la inseguridad*, 2006, p. 101.

35 *Idem.*

Said in another fashion, it results in a “disconnection from public space and the rest of the population that, paradoxically, appears to increase the perception of danger.”³⁶

Mass media channels play an important role in this. After all, they contribute to the formation of a so-called “at-risk group”, by spreading images of specific locations and emphasizing others. Similarly, *they can and often do stigmatize certain urban areas, placing labels like dangerous, pleasant, elegant or picturesque, thus conditioning the relationship a specific area has with a portion of the citizenry.*³⁷ Along this route, perceptions and uses of territory are guided, and at the same time social control strategies based on the use of space are reinforced.

Drifting towards urban segregation and its stigmas the reproduction of a sensation of insecurity and fear perpetuates itself in a vicious cycle: fear of criminality leads to fragmentation of public spaces and the “flight” of a neighborhood’s residents to gated communities. This situation gives rise to a disconnection of the middle and upper classes from the lower classes. For its part, the disconnection creates mutual misunderstanding; the misunderstandings produce social tension; and tension promotes feelings of fear of delinquency. And everything at once creating an apparently never-ending cycle.

On the contrary of what one might think, the process of urbanization or formation of cities, culminated by modernity (the fall of feudalism and consolidation of the burgs) did not evolve in the cities of Latin America, the United States and some European countries to maintain public spaces. The current architectural models are consolidating into “more of the same,” very similar to medieval cities: walls, private security, internal leisure spaces (all as a result of expected invasions), have acquired, in contemporaneity, the mere trappings of development. That is, technology. How can we avoid seeing the traditional in these new developments?

As can be seen, the process of uniformization and the establishment of security (at least a feeling of security) encounters an obstacle in the social segregation caused by urban defenses. As emphasized by Guerrien, *The danger lies in seeing social frontiers intensify within the city, multiplication of urban tensions and the reinforcement of discourses asking for repressive policies*³⁸. In contrast, there remains another, non-confronted reality: the choice of government policies that might contain or dissuade fragmentation and/or privatization of urban spaces.

Final Considerations

The identification of insecurity as one product characteristic of contemporaneity and the model of traditional urban socialization demands an associative gaze. In other words, one of reciprocity. No dissociation exists between social insecurity and the urban environment. No dissociation exists between the phenomenon and temporality.

Though it has not traditionally been considered part of Law studies, the analysis of fear and “citizen” risk favors understanding of the whys and wherefores

36 Guerrien, *Arquitectura de la inseguridad*, 2006, p. 111.

37 Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 24.

38 Guerrien, *Op. cit.*, p. 113.

of norms or at least the motivation behind punitive legislative actions. Where it can be seen that the sensation of insecurity translates into a characteristic that is indissociable from contemporary urban models, especially those of large Brazilian cities, the invocation of more Law continues to be the contumacious tool towards establishment and maintenance of security expectations.

Nevertheless, laws of a punitive nature adopted to provide security are transformed into symbolic mechanisms. Such mechanisms reinforce the practice of power and strength, generating stigmas and social segregation, which for their part compose the same face of the urban paradox: in common spaces, dissent and segmentation are produced; geographic, economic and social differences are inflamed.

In short, it is more than obvious: in urban spaces, inequality is produced. In a society that tends to deny inequality, spatial seclusion (urban and architectural, for example) produces fear. Sensations of insecurity arise from the fear. Insecurity inspires formal claims for its opposite. And Laws are produced based on these claims. And criminal sentences. And punishment. And selectivity. And stigma. And fear. And insecurity. And Law. And criminal sentences. And punishment. And selectivity...And...

Bibliography:

1. Arnau, Meritxell. Planes, Santi. Tàpies, Rubén. La delincuencia en la ciudad de Lleida. In: Fraile, Pedro. Quim, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006, (117–143).
2. Bauman, Zygmunt. *Medo Líquido*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
3. Fraile, Pedro. Introducción. El paisaje urbano y el conflicto. In: FRAILE, Pedro. QUIM, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006.
4. García-Amado, Juan Antonio. *A Lista de Schindler. Sobre Abismos que o Direito Difícilmente Alcança*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2009.
5. Guerrien, Marc. Arquitectura de la inseguridad, percepción del crimen y fragmentación del espacio urbano en la zona metropolitana del valle de México. In: FRAILE, Pedro. QUIM, Bonastra. Rodríguez, Gabriela. Arella, Celeste (Editores). *Paisaje ciudadano, delito y percepción de la inseguridad: investigación interdisciplinaria del medio urbano*. Madrid: Dykinson, 2006.
6. Green, Linda. Fear as a Way of Life. In: *Cultural Anthropology*, Vol. 9, No. 2. American Anthropological Association (May, 1994), pp. 227–256
7. Young, Jock. Mooney, Jayne. El Terror tras el terror: después del 9/11. In: Böhm, María Laura. Gutiérrez, Mariano H. (comps.). *Políticas de seguridad: peligros e desafíos para la criminología del nuevo siglo*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
8. Miethe, Terance D. Reactions to Crime and Violence. In: *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 539, (May, 1995), p. 14–27.
9. Newburn, Tim. *Criminology*. Devon, UK: Willan Publishing, 2007, p. 188–190.

10. Tangerino, Davi de Paiva Costa. *Crime e Cidade: Violência Urbana e a Escola de Chicago*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
11. Warat, Luis Alberto. *El Cine y el Horror del Olvido*. Buscalegis, América do Norte, 2009.
12. Warat, Luis Alberto; Rocha, Leonel Severo. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: SAFE, 1984.
13. Wiltz, C. J., Fear of Crime, Criminal Victimization and Elderly Blacks. In: *Phylon* (1960), Vol. 43, No. 4. (4th Octr., 1982), p. 283–294.

Świadczenie pielęgnacyjne – potrzeba zmian

Artur Kokoszkiewicz

*prawnik, etatowy członek Samorządowego
Kolegium Odwoławczego w Tarnowie*

Słowo wstępne

Artkuł dotyczy instytucji świadczenia pielęgnacyjnego, przewidzianego na gruncie ustawy o świadczeniach rodzinnych¹. Przedstawiam w nim w głównej mierze propozycje *de lege ferenda*. Uważam, że potrzeba zmian jest w tej kwestii wyjątkowo pilna. Struktura artykułu składa się z czterech części: niniejszego słowa wstępnego, wprowadzenia, w którym zawarłem krótki rys historyczny omawianego świadczenia oraz nakreśliłem problemy związane z jego stosowaniem. Następnie przedstawiłem propozycje zmian i ich uzasadnienie, a całość kończy podsumowanie. Napisałem ten artykuł z nadzieją, że moje przemyślenia okażą się chociaż w części pomocne w polityce legislacyjnej państwa, dotyczącej wrażliwego i zarazem ważnego obszaru, jakim jest szeroko rozumiana pomoc społeczna.

1 Ustawa z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, tj. w Dz. U. z 2006 r., Nr 139, poz. 992, ze zm., dalej „uśr”.

Wprowadzenie

Instytucja świadczenia pielęgnacyjnego została faktycznie wprowadzona do polskiego systemu świadczeń rodzinnych w dniu 1 maja 2004 r.² Jej pierwotnym założeniem, które zachowało swoje znaczenie do dnia dzisiejszego, było zapewnienie osobom, które dla sprawowania opieki nad niepełnosprawną osobą bliską rezygnują z zatrudnienia bądź takiego zatrudnienia nie podejmują, swoistej rekompensaty finansowej. Zatem świadczenie pielęgnacyjne w swojej istocie nie jest nagrodą za sprawowanie opieki nad bliską osobą niepełnosprawną, lecz jest instytucją pomocy ze strony państwa w sytuacjach, w których choroba, a w konsekwencji niepełnosprawność osoby bliskiej, wymuszają rezygnację albo niepodjęcie zatrudnienia³.

Świadczenie pielęgnacyjne było przedmiotem wielu działań nowelizacyjnych – na chwilę obecną, w siedmioletnim okresie jego funkcjonowania – dziesięciu⁴. Doprowadziło to do sytuacji, w której przepisy prawa dotyczące materii świadczenia pielęgnacyjnego są niespójne same ze sobą, jak i z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego oraz sądów administracyjnych. Co więcej, nieprecyzyjne przepisy budzą bardzo wiele kontrowersji w organach administracji pierwszej instancji, które zajmują się w pierwszej kolejności sprawami o ustalenie prawa do takich świadczeń. Konsekwentnie, część spraw z pierwszej instancji, wskutek wniesionych odwołań przechodzi do rozpoznania przez Samorządowe Kolegia Odwoławcze oraz w przypadku skarg na decyzje Kolegiów – przez Wojewódzkie Sądy Administracyjne oraz Naczelny Sąd Administracyjny. W następstwie prowadzi to do znacznego obciążenia powyższych instytucji sprawami, które w przypadku precyzyjnych regulacji nie powinny zawisnąć przed nimi.

Świadczenie pielęgnacyjne stało się, począwszy od około połowy 2010 r., obiektem znacznej części wniosków osób fizycznych o udzielenie pomocy ze strony organów administracji. Wynika to po części z faktu nagłośnienia wyroków Trybunału Konstytucyjnego⁵, jak i stosunkowo wysokiej, jak na świadczenia rodzinne, kwoty comiesięcznego wsparcia (520 zł), skorelowanego z opłacanymi z budżetu państwa składkami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne. Duże zainteresowanie tym świadczeniem oraz nieprecyzyjne przepisy doprowadziły w konsekwencji do sytuacji, w których wiele spraw o ustalenie prawa zostało rozpoznanych przez organy I instancji zgodnie z literalnym brzmieniem przepisów prawa, co z kolei budziło sprzeciw tak wnioskodawców, jak i samorządowych kolegiów odwoławczych oraz sądów administracyjnych. W rezultacie po dziś dzień prowadzonych jest tysiące postępowań administracyjnych w sprawach, w których mogłoby być to zbyteczne.

Ostatnia nowelizacja ustawy o świadczeniach rodzinnych⁶ wprowadzająca pewne zmiany w odniesieniu do świadczenia pielęgnacyjnego, począwszy od 15

2 Zob. Dz. U. z 2003 r. Nr 228, poz. 2255.

3 Por. Wojciech Maciejko, Aneta, Korcz-Maciejko Świadczenia rodzinne. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 292–296.

4 Były to nowelizacje z: 1 maja 2004 r., 1 września 2005 r., 6 lipca 2007 r., dwukrotna z 31 lipca 2008 r., 2 stycznia 2009 r., 1 lipca 2009 r., 1 listopada 2009 r., 1 stycznia 2010 r. i 14 października 2011 r.

5 Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 lipca 2008 r., sygn. akt P 27/07 i z dnia 22 lipca 2008 r., sygn. akt P 41/07.

6 Nowelizacja dokonana ustawą z dnia 19 sierpnia 2011 r., Dz. U. z 2011 r., Nr 205, poz. 1212.

września 2011 r., jest z całą pewnością niewystarczająca, a idąc dalej, w pewnej części sprzeczna z ugruntowanym już orzecznictwem tak Trybunału Konstytucyjnego, jak i sądowniczym.

Ten stan rzeczy można z całą pewnością zmienić, wprowadzając jednolite i precyzyjne brzmienie art. 17, które zaproponuję w dalszej części niniejszego artykułu. U podstaw takiego przekonania leży z jednej strony to, że rolą państwa jest wsparcie osób, które znalazły się w szczególnie ciężkiej sytuacji życiowej i wskutek choroby najbliższych zmuszone są do rezygnacji albo niepodjęcia zatrudnienia, z drugiej strony zaś to, że materia prawna regulująca tego typu sytuacje winna być maksymalnie precyzyjna, wskazująca na konkretne rozstrzygnięcia, do poczynienia których zobowiązane będą tak organy administracji, jak i sądy administracyjne, bez konieczności dokonywania indywidualnych interpretacji przepisów.

Proponowane propozycje regulacji instytucji świadczenia pielęgnacyjnego wynikają z praktyki organów administracji tak pierwszej, jak i drugiej instancji, ugruntowanego orzecznictwa oraz doktryny oraz ukierunkowane są na opisane wyżej cele.

Nie bez znaczenia są także, w moim przekonaniu, koszty, jakie ponosi rokrocznie budżet państwa na finansowanie świadczenia pielęgnacyjnego. Wydatki bezpośrednio związane z wypłatami tego świadczenia kształtowały się w sposób następujący⁷: w 2009 r. – 0,35 miliarda złotych, w 2010 r. – 0,67 miliarda złotych, w 2011 r. – 1,27 miliarda złotych. Według prognoz wydatki na świadczenie w 2012 r. sięgną kwoty 1,72 miliarda złotych. Niepoliczalne są wydatki ponoszone pośrednio, przykładowo na prowadzenie postępowań wyjaśniających przez organy obydwu instancji, druk formularzy czy koszty korespondencji – z całą jednak pewnością są to kwoty niebagatelne.

Propozycje zmian z uzasadnieniem

Pierwsza zmiana dotyczy art. 17 ust. 1 pkt 2 uśr, i polega na tym, że w miejsce: „innym osobom, na których, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.), ciąży obowiązek alimentacyjny, z wyjątkiem osób o znacznym stopniu niepełnosprawności”, proponuje się: „innym osobom, na których, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, z późn. zm.), ciąży obowiązek alimentacyjny, z wyjątkiem osób legitymujących się znacznym stopniem niepełnosprawności”. Zmiana prowadzi do ujednoczenia terminologii stosowanej dotychczas dosyć dowolnie. Kluczowe jest tu pojęcie osoby legitymującej się znacznym stopniem niepełnosprawności. Legitymacja wskazuje tutaj na obiektywny charakter niepełnosprawności, potwierdzony orzeczeniem lekarskim (słowniczek ustawy znajduje się w art. 3 uśr), nie zaś np. subiektywnym przekonaniem strony o znacznej niepełnosprawności.

Druga ze zmian związana jest z art. 17 ust. 1a uśr i – w miejsce: „osobie innej niż spokrewniona w pierwszym stopniu, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, przysługuje świadczenie pielęgnacyjne, w przypadku, gdy nie ma osoby spokrewnionej w pierwszym stopniu albo gdy osoba ta nie jest w stanie sprawować opieki,

7 Michalina Topolewska, *Fikcyjni opiekunowie bez pomocy gminy*, „Dziennik Gazeta Prawna” 2011 r., nr 21.

o której mowa w ust. 1.” proponuje się: „osobie innej niż spokrewniona w pierwszym stopniu, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, przysługuje świadczenie pielęgnacyjne, w przypadku gdy nie ma osoby spokrewnionej w pierwszym stopniu, albo gdy ta osoba legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności”. Praktyka organów administracji oraz sądów administracyjnych prowadzi do jednej konkluzji – bardzo duża swoboda wykreowana przez ustawodawcę w poprzednim brzmieniu przepisu, a przejawiająca się w sformułowaniu: „gdy osoba ta nie jest w stanie sprawować opieki”, prowadzi do zbędnego przedłużania czasu postępowania, jak i mnożenia jego kosztów. W przekonaniu wielu wnioskodawców zwracających się o ustalenie prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, przyczyn niemożności sprawowania opieki nad osobą bliską jest nieskończenie wiele: począwszy od podejmowania pracy, złego samopoczucia, stanu zdrowia, zamieszkiwania w innej miejscowości czy na innej ulicy. Celem proponowanej zmiany jest wykluczenie tej dowolności i przesądzenie o tym, że na gruncie uśr, w odniesieniu do instytucji świadczenia pielęgnacyjnego, jedyną przyczyną niemożności sprawowania opieki przez osobę zobowiązaną do sprawowania takiej opieki – jest legitymowanie się przez nią orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, nie zaś subiektywne przekonania o niemożności sprawowania takiej opieki. W tym miejscu należy wskazać na następujące przepisy ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy: art. 128 i 129. Zgodnie z nimi obowiązek dostarczania środków utrzymania, a w miarę potrzeby także środków wychowania (obowiązek alimentacyjny), obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo. Obowiązek alimentacyjny obciąża zstępnych przed wstępnymi, a wstępnych przed rodzeństwem; jeżeli jest kilku zstępnych lub wstępnych – obciąża bliższych stopniem przed dalszymi. Konsekwentnie należy zatem przyjąć, że nie można zwolnić się z obowiązku alimentacyjnego wobec swojego niepełnosprawnego bliskiego, poprzez cytowane wyżej przyczyny, co jednocześnie prowadziłoby do nieuzasadnionego przerzucenia na barki Skarbu Państwa ciężaru dostarczania tych środków w pośredniej formie świadczenia pielęgnacyjnego. Podsumowując, zasadne jest, aby przyjmować wyłączenie z kręgu osób zobowiązanych do alimentacji względem osoby wymagającej opieki, a co za tym idzie, dopuszczenie do ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego osób spokrewnionych w dalszym stopniu, tylko i wyłącznie w sytuacjach, gdy nie ma osoby spokrewnionej w pierwszym stopniu albo gdy ta osoba legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności. Taka regulacja przyczyni się do sprawniejszego rozpoznawania spraw administracyjnych, ukróci także możliwość swobodnej interpretacji pojęcia „niemożności sprawowania opieki”.

Trzecia ze zmian związana jest z art. 17 ust. 3 uśr. Brzmienie: „świadczenie pielęgnacyjne przysługuje w wysokości 420,00 zł miesięcznie” mogłoby zostać bowiem zastąpione przez: „świadczenie pielęgnacyjne przysługuje w wysokości 520,00 zł miesięcznie”. Zmiana ma charakter dostosowujący przepis do jego rzeczywistego znaczenia; począwszy do 1 listopada 2009 r. wysokość świadczenia pielęgnacyjnego została ustalona na poziomie 520 zł miesięcznie, nie ma więc jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny, aby funkcjonował przepis w nieaktualnym już brzmieniu.

Kolejna ze zmian związana jest z art. 17 ust. 4 uśr i polega na następującej zmianie: w miejsce „świadczenie pielęgnacyjne przysługuje za niepełne miesiące kalendarzowe wypłaca się w wysokości 1/30 świadczenia pielęgnacyjnego za każdy dzień. Należną kwotę świadczenia zaokrągla się do 10 groszy w górę” – proponuje

się: „świadczenie pielęgnacyjne przysługujące za niepełne miesiące kalendarzowe wypłaca się w wysokości 1/30 świadczenia pielęgnacyjnego za każdy dzień, zaś należną kwotę świadczenia zaokrąglą się do 10 groszy w górę, z zastrzeżeniem art. 24 i 24a”.

Przepis w pierwotnie obowiązującym brzmieniu budzi w praktyce orzeczniczej wiele kontrowersji odnośnie daty początkowej, od której ustalane było prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Według jednej koncepcji ust. 4 stanowił swoisty *lex specialis*, w stosunku do ogólnej zasady wyrażonej w przepisach art. 24 i 24a, co w konsekwencji prowadziło do przekonania, że prawo do świadczenia pielęgnacyjnego ustala się od dnia złożenia wniosku o ustalenie tego prawa. W dalszej kolejności, ustalając to prawo, należało kwotę świadczenia pielęgnacyjnego przysługującą za niepełne miesiące kalendarzowe ustalić w wysokości 1/30 świadczenia pielęgnacyjnego za każdy dzień, czyli 17,33 zł za każdy dzień miesiąca, począwszy od dnia złożenia wniosku. Druga z koncepcji, mająca umocowanie w przepisach⁸, do których odsyła obecne zastrzeżenie, wskazuje na ogólną zasadę, że prawo do świadczenia pielęgnacyjnego ma swoją datę początkową w pierwszym dniu miesiąca, w którym wpłynął wniosek o ustalenie tego prawa. Proponowana nowelizacja jednoznacznie wskazuje na zasadność drugiej koncepcji, zamykając spory w tej kwestii oraz upraszczając postępowania administracyjne w tego typu sprawach, poprzez jasne i precyzyjne wskazania, od kiedy należy ustalić prawo do wnioskowanego świadczenia.

Piąta zmiana dotyczy art. 17 ust. 5 pkt 1a uśr, i polega na tym, że w miejsce: „osoba sprawująca opiekę ma ustalone prawo do świadczenia pielęgnacyjnego na inną osobę w rodzinie lub poza rodziną”, proponuje się: „w rodzinie osoby wymagającej opieki zostało ustalone prawo do świadczenia pielęgnacyjnego”. W literaturze przedmiotu⁹ oraz orzecznictwie silnie rysuje się teza, że dla rodziny (w rozumieniu art. 3 pkt 16 uśr¹⁰), należne mogło być maksymalnie jedno prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Obecne brzmienie przepisu jednakże nie wprowadza tej tezy do systemu prawa, konstruując zupełnie inną zasadę: „jednego świadczenia pielęgnacyjnego na jedną osobę sprawującą opiekę”. W konsekwencji prowadzi to do zaakceptowania i objęcia wsparciem finansowym sytuacji, w których w rodzinie może

8 Por. z art. 24 ust. 2 uśr w brzmieniu: „prawo do świadczeń rodzinnych ustala się, począwszy od miesiąca, w którym wpłynął wniosek z prawidłowo wypełnionymi dokumentami, do końca okresu zasiłkowego, który *notabene* w zakresie, w jakim stanowi, że w wypadku wniosku o przyznanie zasiłku pielęgnacyjnego osobie niepełnosprawnej w wieku powyżej 16 lat, legitymującej się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności uzyskanym w wyniku rozpoznania przez wojewódzki zespół do spraw orzekania o niepełnosprawności jej odwołania od orzeczenia powiatowego zespołu do spraw orzekania o niepełnosprawności, prawo do świadczeń rodzinnych ustala się, począwszy od miesiąca, w którym wpłynął wniosek, jest niezgodny z art. 2 w związku z art. 69 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 października 2007 r., sygn. akt P 28/07).

9 Przykładowo: *Świadczenia rodzinne. Komentarz*, op. cit., s. 303.

10 Rodzina oznacza odpowiednio następujących członków rodziny: małżonków, rodziców dzieci, opiekuna faktycznego dziecka oraz pozostające na utrzymaniu dzieci w wieku do ukończenia 25 roku życia, a także dziecko, które ukończyło 25. rok życia legitymujące się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, jeżeli w związku z tą niepełnosprawnością rodzinie przysługuje świadczenie pielęgnacyjne; do członków rodziny nie zalicza się dziecka pozostającego pod opieką opiekuna prawnego, dziecka pozostającego w związku małżeńskim, a także pełnoletniego dziecka posiadającego własne dziecko.

zostać ustalone więcej niż jedno prawo do świadczenia pielęgnacyjnego. Przykładowo, w stosunkowo często występującej sytuacji, gdy dwójka starszych wiekiem małżonków, legitymujących się znacznym stopniem niepełnosprawności, posiada kilkoro dzieci, dwójka z nich może skutecznie ubiegać się o ustalenie prawa do świadczenia na jednego z rodziców. Jednocześnie pozostali nadal są hipotetycznie uprawnieni do ustalenia takiego prawa, np. na swoje dzieci lub rodzeństwo. Uznając zatem, że pomoc państwa powinna w tym zakresie być incydentalna, pomagając przeżywać trudne sytuacje, w których znalazła się rodzina, jednocześnie mobilizując do znalezienia sytuacji, w których możliwe byłoby samodzielne wypracowanie możliwości finansowania rodziny, proponuje się wprowadzenie zasady: „jedno świadczenie pielęgnacyjne na rodzinę”, która sformułowana została w brzmieniu nowelizowanego przepisu.

Kluczowa w moim przekonaniu, szósta zmiana związana jest z pozostawianiem w związku małżeńskim. Proponowana zmiana dotyczy najbardziej kontrowersyjnej kwestii prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, a mianowicie możliwości ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w sytuacji, gdy osoba wymagająca opieki pozostaje w związku małżeńskim. Obowiązująca przed dniem 15 września 2011 r. regulacja prawna w tej materii wskazywała, że (zgodnie z brzmieniem art. 17 ust. 5 pkt 3 lit. a uśr) świadczenia pielęgnacyjne nie przysługują, jeżeli osoba wymagająca opieki pozostaje w związku małżeńskim. Takie stanowisko spotkało się z liczną krytyką Trybunału Konstytucyjnego jak i sądów administracyjnych¹¹.

Konkluzją wskazanego orzecznictwa było przyjęcie, że małżonek należy do kręgu osób obciążonych powinnością o cechach obowiązku alimentacyjnego, co w konsekwencji łączy się z prawem do świadczenia pielęgnacyjnego. Skoro bowiem to małżonek w pierwszej kolejności obciążony jest obowiązkiem alimentacyjnym względem swojego małżonka i znajdzie się w sytuacji, w której dla dalszego realizowania takiego obowiązku względem niepełnosprawnego małżonka musi zrezygnować z zatrudnienia albo też go nie podejmować, to z całą pewnością zasadne będzie przyznanie mu wsparcia ze strony państwa¹². Niemniej ostatnia nowelizacja ustawy nie usunęła wytykanych sprzeczności, a idąc dalej, jeszcze je pogłębiła. W obecnie obowiązującym stanie prawnym sformułowana bowiem została zasada, że świadczenie pielęgnacyjne nie przysługuje, jeżeli osoba wymagająca opieki pozostaje w związku małżeńskim, chyba że współmałżonek legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności. Zatem potwierdzona została zasada nieprzysługiwania prawa do świadczenia pielęgnacyjnego, jeżeli osoba niepełnosprawna pozostaje w związku małżeńskim, z jednym jednak wyłomem – w sytuacji, gdy obydwójce

11 Przejawem takiej krytyki są w szczególności cytowane już uprzednio wyroki Trybunału Konstytucyjnego czy też następujące wyroki sądów administracyjnych: WSA w Olsztynie z dnia 11 marca 2009 r., sygn. akt: II SA/Ol 60/09, WSA w Łodzi z dnia 6 listopada 2008 r., sygn. akt II SA/Łd 814/08, NSA z dnia 7 grudnia 2009 r. sygn. akt: I OSK 723/09, NSA z dnia 12 stycznia 2010 r. sygn. akt: I OSK 1105/09, WSA w Szczecinie z dnia 17 lutego 2010 r. sygn. akt: II SA/Sz 947/09, WSA w Poznaniu z dnia 6 listopada 2009 r. sygn. akt: II SA/Po 513/09, WSA w Warszawie z dnia 4 marca 2009 r., sygn. akt I SA/Wa 7/09, wszystkie opubl. na stronie internetowej NSA: orzeczenia.nsa.gov.pl.

12 Zob. także: Artur Kokoszkiwicz, Polemika z artykułem p. Michaliny Topolewskiej – „Kto i w jaki sposób może się ubiegać o świadczenie pielęgnacyjne” - Dziennik Gazeta Prawna z 16 maja 2011 r., nr 93, opubl. na: http://www.efp.org.pl/images/stories/polemika_z_artykułem_GP.pdf - odczyt z dnia 14 marca 2012 r.

małżonkowie pozostają w znacznym stopniu niepełnosprawnymi. Takie brzmienie ustawy z całą pewnością zostanie zakwestionowane przez samorządowe kolegia odwoławcze, sądy administracyjne oraz Trybunał Konstytucyjny. W moim przekonaniu z całą pewnością zachowują aktualność krytyczne tezy z orzecznictwa odnoszącego się do przepisu prawa sprzed nowelizacji, a wytykające niezasadność swoistego „penalizowania” pozostawania w związku z małżeńskim. Proponowana nowelizacja dostosowuje przepis do ugruntowanego i wypracowanego już orzecznictwa sądowego i administracyjnego, dopuszczając możliwość ustalenia prawa do świadczenia pielęgnacyjnego w sytuacjach, gdy osoba legitymująca się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności pozostaje w związku małżeńskim.

Konsekwentnie, w odniesieniu do przepisu art. 17 ust. 5 pkt 2 uśr w miejsce: „ a) pozostaje w związku małżeńskim, chyba że współmałżonek legitymuje się orzeczeniem o znacznym stopniu niepełnosprawności, b) została umieszczona w rodzinie zastępczej, z wyjątkiem rodziny zastępczej spokrewnionej z dzieckiem, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, albo w związku z koniecznością kształcenia, rewalidacji lub rehabilitacji, w placówce zapewniającej całodobową opiekę, w tym w specjalnym ośrodku szkolno-wychowawczym, i korzysta w niej z całodobowej opieki przez więcej niż 5 dni w tygodniu, z wyjątkiem zakładów opieki zdrowotnej”, proponuje się całkowite wykreślenie podpunktu „a” oraz sformułowanie przepisu w następujący sposób: „2) osoba wymagająca opieki została umieszczona w rodzinie zastępczej, z wyjątkiem rodziny zastępczej spokrewnionej z dzieckiem, na której ciąży obowiązek alimentacyjny, albo w związku z koniecznością kształcenia, rewalidacji lub rehabilitacji, w placówce zapewniającej całodobową opiekę, w tym w specjalnym ośrodku szkolno-wychowawczym, i korzysta w niej z całodobowej opieki przez więcej niż 5 dni w tygodniu, z wyjątkiem zakładów opieki zdrowotnej”.

Ostatnia z proponowanych zmian, siódma, związana jest z art. 17 ust. 5 pkt 3 uśr i polega na tym, że w miejsce: „osoba w rodzinie ma ustalone prawo do wcześniejszej emerytury na to dziecko”, proponuje się: „osoba w rodzinie ma ustalone prawo do wcześniejszej emerytury na osobę wymagającą opieki”. Proponowana zmiana prowadzi do ujednoczenia terminologii stosowanej na gruncie nowelizowanego przepisu. Pierwotnie, w 2004 roku, zamierzeniem ustawodawcy było ukierunkowanie świadczenia pielęgnacyjnego jako środka wsparcia dla rodziców niepełnosprawnych dzieci, niemniej instytucja ta ulegała wielu ewolucjom, zatem zasadne jest ujednoczenie stosowanej terminologii w proponowany sposób.

Podsumowanie

Na koniec chciałbym podkreślić raz jeszcze, że jestem przekonany o pilnej potrzebie zmian w odniesieniu do instytucji świadczenia pielęgnacyjnego. Jeżeli takowe zmiany przyjęłyby proponowaną przeze mnie formę, wydaje się, że pozwoliłyby one w pierwszej kolejności na ograniczenie wysokich wydatków budżetowych przeznaczanych na realizację tego świadczenia, odciążąły organy administracji, jak i sądy administracyjne zobligowane do rozstrzygania w tych sprawach a także, co jest być może zagadnieniem najważniejszym, pozwoliłyby obywatelom zrozumieć, jaka jest tak naprawdę istota pomocy, którą oferuje państwo i jakie są zasady tej pomocy. Takie zaś zrozumienie jest kluczowe dla budowy nowoczesnego społeczeństwa państwa prawa, którym, jak się wydaje, wszyscy jesteśmy bezpośrednio zainteresowani.



ARTYKUŁ RECENZYJNY

Jaka Konstytucja dla Polski?

(artykuł recenzyjny Konferencji
Konstytucyjnej Prawa i Sprawiedliwości:
„O nowoczesną Konstytucję
Rzeczypospolitej w 15 lat po uchwaleniu
Konstytucji RP”)

Konstytucja, co do znaczenia wyrazu, nic innego nie jest, tylko postanowienie albo spółstanowienie wielu około jakiegokolwiek bądź przedmiotu, który dla szczególnego dobra wszystkich uchwalono i którym się nawzajem obowiązano.

Hugo Kołłątaj,
„O konstytucji w ogólności”

Jadwiga Potrzeszcz

*doktor nauk prawnych,
Katedra Teorii i Filozofii Prawa
na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego
i Administracji Katolickiego
Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II*

Klub Parlamentarny Prawo i Sprawiedliwość zorganizował konferencję naukową na temat kształtu nowoczesnej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w kontekście członkostwa Polski w Unii Europejskiej oraz obecnej sytuacji społeczno-politycznej i ekonomicznej kraju. Obrady miały miejsce w Budynku Senatu przy ul. Wiejskiej 4/6/8 w Warszawie w dniu 31 marca 2012 roku.

Konferencja ta jest wydarzeniem bezprecedensowym. Po raz pierwszy grupa uczonych i polityków zjednoczona wokół idei dobra wspólnego i obrony polskiej racji stanu tak jasno i stanowczo wyraziła swoją opinię na temat zastanej sytuacji oraz sformułowała szereg argumentów przemawiających za koniecznością dokonania zmian w Konstytucji oraz w świadomości

społeczeństwa polskiego. Uczestniczący w Konferencji prelegenci to osoby pełniące ważne role w nauce i polityce, mające znaczny dorobek i wybitne osiągnięcia w dziedzinach swojej aktywności. Wymieniając w kolejności wystąpień są to: dr Jarosław Kaczyński, prawnik, prezes Prawa i Sprawiedliwości; prof. Jadwiga Staniszkis (UW); prof. Lech Morawski (UMK); dr Kazimierz Michał Ujazdowski, poseł Prawa i Sprawiedliwości (UŁ); prof. Krystyna Pawłowicz, posłanka Prawa i Sprawiedliwości (UKSW); dr hab. Karol Karski, poseł Prawa i Sprawiedliwości (UW).

Wyrażone na Konferencji poglądy są bardzo ważne i dotyczą kwestii tak zasadniczych, że każdy, kto odważy się być mądry (niezależnie od sympatii politycznych), będzie musiał się do nich ustosunkować, zwłaszcza jeśli prawo do wolności słowa weźmiemy poważnie. Chodzi oczywiście o ustosunkowanie się na tym samym poziomie racjonalności argumentacji, nie zaś proste skwitowanie kilkoma lub nawet jednym słowem – etykietką typu „mohery”. Szczególnie cenne są głosy krytyczne, o które wręcz apelują niektórzy prelegenci, mając świadomość radykalności własnych poglądów.

Moim zdaniem podjęcie szeroko zakrojonego, racjonalnego dyskursu wokół problemów zasygnalizowanych przez prelegentów ożywi życie intelektualne społeczeństwa i obudzi go z marazmu obojętności na sprawy życia publicznego. Będzie to stanowiło ważny krok w kierunku kształtowania społeczeństwa obywatelskiego.

Przystępując do zreferowania wyrażonych na Konferencji poglądów¹ w kolejności chronologicznej wystąpień, należy rozpocząć od wprowadzenia wygłoszonego przez J. Kaczyńskiego. W swoim wystąpieniu określił on cel Konferencji jako stworzenie intelektualnych przesłanek do działań zmierzających w kierunku zmiany Konstytucji. Chociaż, jego zdaniem, aktualne szanse na dokonanie tej zmiany przy obecnym składzie obu izb parlamentu nie skłaniają do takiego przedsięwzięcia, jednak należy zasygnalizować społeczeństwu potrzebę takiej zmiany i zachęcić do odważnego podejmowania wyzwań, które niesie rzeczywistość społeczno-polityczna. J. Kaczyński wyróżnił dwie płaszczyzny tych wyzwań.

Pierwsza odnosi się do wszystkich tych czynników, które określają naszą sytuację prawną i polityczną w ramach Unii Europejskiej. Zmiany następujące w Unii ocenił jako negatywne. Zarzucając bierność wobec tych zmian polskiej legislatywie, wskazał na wzory reakcji w niektórych państwach członkowskich UE. Przede wszystkim niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 czerwca 2009 roku dał przykład, w jaki sposób można przywracać mechanizmy demokratyczne i gwarantować wpływ parlamentu (tu: niemieckiego) na procedury decyzyjne UE, a także zapewniać możliwość oceny legalności regulacji wspólnotowych z niemiecką Ustawą Zasadniczą. Przykład niemiecki stanowi precedens umożliwiający podejmowanie także w Polsce próby doprowadzenia do tego, aby zasada najbardziej generalna i podstawowa dla naszego odrębnego, państwowego bytu, czyli zwierzchni charakter Konstytucji, była podtrzymana w ramach tego wszystkiego, co określa naszą obecność w UE. W Polsce wymaga to zmian w przepisach Konstytucji. Jak podkreślił J. Kaczyński, sprawa jest tak aktualna i paląca, ponieważ odnosi się do tego, co jest samym fundamentem naszych narodowych interesów. Trzeba bardzo

1 Zamieszczone w tej części artykułu zreferowanie wygłoszonych przez poszczególnych prelegentów poglądów zostało opracowane na podstawie stenogramu wystąpień, z zachowaniem szczególnej dbałości o przekazanie sensu wypowiedzi, jednakże bez ścisłego trzymania się brzmienia wypowiedzianych słów oraz z dokonaniem skrótów.

mocno tę sprawę stawiać nawet wtedy, kiedy wydaje się, że szanse są niewielkie. Należy społeczeństwu dać sygnał, który z początku może wydawać się jeszcze słaby, ale z czasem będzie coraz mocniejszy i będzie budował nową świadomość społeczną, za którą – jak żywi nadzieję J. Kaczyński – z czasem stanie jakiś społeczny ruch.

Druga płaszczyzna wyzwań jest, zdaniem J. Kaczyńskiego, równie ważna, choć odnosząca się nie do tego, co zdarzyło się w ciągu ostatnich kilku lat, ale do tego, co zdarzyło się w ciągu tego już prawie 23-lecia. W tym czasie powstał system, który J. Staniszkis opisała jako postkomunizm. Zdaniem J. Kaczyńskiego, ten system ewoluje na różne sposoby, miał swoje różne etapy, co do których można się spierać, ale z pewnością trwa on nadal i jest systemem antyrozwojowym. Wzrost PKB nie jest zasługą tego systemu, lecz wynikiem wyjątkowo dużego potencjału przedsiębiorczości Polaków. System ten J. Kaczyński porównał do worka kamieni na plecach kogoś, kto wspina się pod górę. Gdyby udało się ten worek odrzucić, wspinacz mógłby z mniejszym wysiłkiem iść znacznie szybciej. System ten, jak podkreślił J. Kaczyński, to jest coś znacznie szerszego niż Konstytucja. Jest to system nie tylko życia politycznego, choć życie polityczne odgrywa w tym systemie bardzo ważną rolę, ale jest to również system społeczny i ekonomiczny. Został on przez obecną Konstytucję spetryfikowany w bardzo wysokim stopniu.

Wprawdzie J. Kaczyński nie wymienił wprost art. 20 Konstytucji RP, ale z kontekstu jego wypowiedzi można sądzić, że mając na myśli system ekonomiczny, który petryfikuje Konstytucja, chodzi właśnie o ten artykuł ustanawiający zasadę społecznej gospodarki rynkowej. Warto w tym miejscu podkreślić, że krytykę tego modelu systemu ekonomicznego, jako trzeciej drogi pomiędzy gospodarką centralnie planowaną a czystą gospodarką rynkową liberalizmu, przeprowadził w odniesieniu do współczesnych Niemiec znany szwajcarski filozof i etyk gospodarki i społeczeństwa, Arthur F. Utz (1908–2001)². W konkluzji A. F. Utz stwierdził, że „aby zaproponować prawdziwy trzeci system, potrzebujemy filozofii, która wychodzi od odnoszącego się do osoby pojęcia dobra wspólnego. To dokonuje się na obszarze gospodarki poprzez definicję społecznych celów, pierwszorzędną w stosunku do konkurencji interesów, do których [to celów – J. P.] obok pełnego zatrudnienia należy również uwzględnienie naturalnych struktur społeczeństwa, jak np. rodziny, oraz cały rozwój w kierunku zachowania form życia stabilizujących społeczeństwo. Również społecznej gospodarce rynkowej brakuje do skonstruowania trzeciej drogi koniecznej filozofii. Jej same w sobie godne uznania społeczne dodatki są wciąż jeszcze za bardzo zanurzone w koncepcji liberalnej. Jej patos wolności, który szczególnie manifestuje się w uzasadnianiu własności i w przejściu starej wolności zrzeszania się partnerów społecznych, przeszkadza stawianiu na pierwszym miejscu programu społeczno-politycznego przed konkurencją. Następstwem jest to, że różne gospodarczo-rynkowe roszczenia, jak np. prywatna inicjatywa, nie mogą być wystarczająco wzięte pod uwagę, a to powoduje wzrost kosztów pobocznych wynagrodzeń”³.

2 Zob. na ten temat: A. Kość, J. Potrzezsch, *W poszukiwaniu trzeciej drogi Arthura F. Utza na obszarze gospodarki*, [w:] J. Oniszczyk (red.), *Normalność i kryzys – jedność czy różnorodność. Refleksje filozoficzno-prawne i ekonomiczno-społeczne w ujęciu aksjologicznym*, Oficyna Wydawnicza SGH w Warszawie, Warszawa 2010, s. 459–475.

3 A. F. Utz, *Die Philosophie des Dritten Weges*, [w:] tenże, *Ethik des Gemeinwohls. Gesammelte Aufsätze 1983–1997*, red. W. Ockenfels, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn-München-Wien-Zürich 1998, s. 427–428.

Wśród innych konstrukcji ustrojowych, utrudniających rozwój, J. Kaczyński wymienił specyficzny kształt władzy wykonawczej, konstytucyjne gwarancje dla różnych negatywnych cech systemu antyrozwojowego, tak charakterystycznych, jak np. korporacjonizacja społeczeństwa, którą petryfikuje art. 17 Konstytucji RP, przewidujący możliwość tworzenia samorządów zawodowych. Ponadto J. Kaczyński stwierdził, że mamy też do czynienia z bardzo daleko idącymi sprzecznościami funkcjonalnymi wewnątrz Konstytucji. Z jednej strony deklaruje ona różnego rodzaju prawa o charakterze społecznym, a z drugiej strony sam kształt Konstytucji, jeśli nie uniemożliwia, to w znacznym stopniu utrudnia realizację tych praw. Zatem pewna część Konstytucji staje się fikcją. J. Kaczyński zarzucił też, że usytuowanie Trybunału Konstytucyjnego uskraśnia te cechy Konstytucji, które określił jako petryfikacyjne. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, zdaniem J. Kaczyńskiego, generalnie sprzyja podtrzymywaniu tego, co w naszym życiu społecznym powinno być zmienione, tego, co jest patologiczne.

Moim zdaniem z tak negatywną oceną orzecznictwa polskiego TK nie można się zgodzić. Chociaż rzeczywiście nie jest ono jednolite i całkowicie jednokierunkowe, to jednak odegrało i wciąż odgrywa bardzo ważną i pozytywną rolę w polskim porządku prawnym. Niejednokrotnie w wypowiedziach TK odzwierciedlało się personalistyczne nastawienie do jednostki oraz wysoki standard państwa prawa ukierunkowany na wartości ogólnoludzkie. Państwo prawa, w rozumieniu TK, powinno być lojalne wobec obywateli, aby zasłużyć na zaufanie z ich strony. Z punktu widzenia filozofii prawa pozytywnie należy ocenić, że TK z racji swej pozycji w demokratycznym państwie prawa ma możliwość łączenia w swoim orzecznictwie elementów pozytywnoprawnych i prawnonaturalnych. Jako „strażnik Konstytucji”, jej interpretator, któremu przysługuje ostatnie słowo, może odwołać się do wartości ponadkonstytucyjnych, wartości, które może wyprowadzić z prawa naturalnego. Wartości prawnonaturalne TK może wprowadzić do sformułowanych w prawie pozytywnym (w Konstytucji) przepisów o charakterze klauzul generalnych i wypełnić nimi ich treść. Zatem kierując się prawem naturalnym, może zakwestionować moc wiążącą prawa pozytywnego (tj. badanych aktów normatywnych) i usunąć z obrotu prawnego przepisy aktu normatywnego niezgodne z prawem naturalnym. Jako oczywisty przykład takiego działania można podać orzeczenie TK o sygnaturze akt K 26/96. Pozytywnie należy ocenić, że TK może być (i bywa) łącznikiem pomiędzy *ius* i *lex*. Pozwala to na urzeczywistnienie wartości ponadpozytywnych i ich ochronę poprzez porządek pozytywnoprawny. Zabezpiecza to również przed zburzeniem porządku prawa stanowionego, który to porządek jako taki jest wartością konieczną w życiu społecznym człowieka⁴. Należy także zauważyć, że to dzięki swojej pozycji ustrojowej niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, który wykazuje się jeszcze większym aktywizmem niż polski TK, był w stanie podjąć działania, które według J. Kaczyńskiego stanowią wzorzec reakcji na zmieniającą się w ramach UE sytuację polityczną.

4 Szerzej na ten temat zob. J. Potrzebszcz, *Idea prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, Towarzystwo Naukowe KUL, Lublin 2007, passim; też, *Przydatność niepozytywistycznej koncepcji prawa w procesie dochodzenia do słusznego prawa przez Trybunał Konstytucyjny*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 5, s. 53–70.

W podsumowaniu swojego wystąpienia J. Kaczyński podkreślił, że Polska potrzebuje innej, nowej Konstytucji. W świadomości parlamentarzystów powinno zrodzić się przeświadczenie, że Konstytucję można zmienić.

Następnie zabrała głos J. Staniszkis, wypowiadając się na temat stanu instytucji polskiego państwa – Anno Domini 2012. Już na początku zaznaczyła jako socjolog polityki, że problemy konstytucyjne są także problemami pewnej tkanki społecznej, nastawień społecznych. Jej zdaniem zmiany konstytucyjne po upadku komunizmu rozpoczęły się od upokorzenia, ponieważ poprzez wprowadzenie Małej Konstytucji jako aneksu do Konstytucji PRL-owskiej legalizowano jak gdyby PRL. Na tym tle można wyjaśnić uderzającą obojętność społeczeństwa na podejmowane przez Prawo i Sprawiedliwość dyskusje o jakości i godności państwa. W wymiarze międzynarodowym odpowiednie próby podejmował także Prezydent Lech Kaczyński. J. Staniszkis podkreśliła, że poprawa jakości i godności państwa wymaga zmian konstytucyjnych. Należy przeciwstawić się „luzactwu” czyli nagminnemu nieegzekwowaniu odpowiedzialności i nieefektywności działania instytucji państwowych. To „luzactwo” widoczne w praktyce obecnych struktur państwa, zdaniem J. Staniszkis, koresponduje z antyinstytucjonalną kulturą autonomicznych mikrostrategii indywidualnego przetrwania. Strategii stanowiących przeciwieństwo zarówno kultury kontraktu, jak i nawet przeciwieństwo republikanizmu. Tych strategii wolności nie rozumie się bowiem na sposób republikański jako wypadkowej mechanizmów politycznych praw obywatelskich, zagwarantowanych przez jakość państwa, ale jako obszar indywidualnej swobody działania, w której nawet współpracę z innymi wymagającą elementarnego zaufania, a tym bardziej instytucje państwowe i prawne traktuje się jako niepożądane ograniczenie. Jak podkreśliła dalej J. Staniszkis, to odkrycie własnego indywidualizmu i zdolności do działania nie docenia ani instytucji, ani jakości i godności państwa. Dlatego krytyka, którą prowadzi prezes Kaczyński i Prawo i Sprawiedliwość często trafia w próżnię. Reakcja następuje dopiero wtedy, gdy państwo wkracza w obszar wolności albo gdy cynicznie zrzuca z siebie ryzyko i odpowiedzialność na pewne grupy zawodowe, jak np. w sprawach refundacji recept, czy też jak w sprawie emerytur przerzuca na społeczeństwo koszty braku polityki rozwojowej. Nie wykazuje przy tym potrzeby innowacyjnego budowania instytucji. Wprawdzie pojawiają się takie elementy, jak ruch smoleński czy ruch solidarności z Wiktorem Orbanem, występujący przeciwko podwójnym standardom, stosowanym przez UE, jednak – zdaniem J. Staniszkis – brakuje wciąż np. ruchu oburzenia wokół sposobu, w jaki Polska weszła w międzynarodowy podział pracy, bez gwarancji reinwestycji w badania, czy części zysków i bez normalnych warunków współpracy, jakie poprzez instytucje gwarantują sobie inne kraje. Obojętności wobec państwa towarzyszą, zdaniem J. Staniszkis, dwa wyraźnie zaznaczające się syndromy. Pierwszym syndromem jest umiłowanie indywidualnej wolności, nieograniczonej przez państwo, prawo, a nawet kulturę kontraktu, któremu towarzyszy sceptycyzm co do sprawczej roli polityki. Skala tego zjawiska jest szokująca. Jak pokazują badania naukowe, prowadzone bardzo systematycznie, ponad połowa osób rozczarowanych sposobem rządzenia nie zaczyna popierać opozycji, ale wycofuje się z polityki i deklaruje, że w ogóle nie weźmie udziału w kolejnych wyborach.

Moim zdaniem to postępujące zniechęcenie społeczeństwa do polityków i polityki związane jest także z samym sposobem działania polityków w ogólności, niezależnie od tego, z jakiej partii się wywodzą. Wydaje się, że u nas w życiu

politycznym przeważający jest element walki politycznej, która to walka jednak nie może być mylona z właściwą treścią i sensem polityki. Jako osoba niezaangażowana w politykę i niezajmująca się polityką, potrafiłam lepiej zrozumieć mechanizmy rządzące na scenie politycznej dopiero po zapoznaniu się z poglądami Carla Schmitta⁵, który uważa, że u podstaw wszelkich działań politycznych leży przeciwieństwo: my – oni. Jego zdaniem działanie polityczne jest działaniem wobec innych jako wrogów, które podejmuje się wspólnie z tymi, których uważamy za sojuszników. Sama ocena sytuacji społecznej w aspekcie: wróg – przyjaciel jest już oceną polityczną. Pojęcie wroga stanowi – według Schmitta – nieredukowalny element tego, co polityczne. Jednak dla mnie taki pogląd jest nie do zaakceptowania. Jak słusznie podkreśla Antoni Kość, „jeśli moment napięcia, sprzeczności i decyzji uznamy za esencjalny element polityki, będzie to wówczas zaprzeczenie sensu polityki, ponieważ takie wyznaczenie celu wewnątrz społeczeństwa musi prowadzić do wojny domowej pomiędzy grupami politycznymi, a na zewnątrz, jako ostateczna konsekwencja, do wojny pomiędzy państwami. Dlatego też celem trafnej polityki może być tylko łagodzenie powstających sprzeczności, aby w konsekwencji doprowadzić do zachowania pokoju. Nie rozdział więc i przeciwstawienie, nie niszczenie politycznego przeciwnika, lecz ugoda w granicach możliwego i wspólnego znalezienia rozwiązania powinny być wyznacznikiem trafnej polityki. Polityka bowiem nie może degenerować się do polityki partyjnej w tym sensie, że grupy polityczne swoje partyjne interesy będą stawiać ponad wspólny interes zachowania i utrzymania jedności życia społeczeństwa. [...] Polityka więc, chcąc posiadać legitymację społecznie słusznego działania, musi być związana dobrem wspólnym jako znamieniem określającym ją normatywnie”⁶. Myślę, że może być tak, że większość społeczeństwa, obserwując zachowania polityków, nie dostrzega odpowiedniej dbałości o dobro wspólne, widzi natomiast tylko walkę polityczną.

Drugim syndromem, który wymieniła J. Staniszkis, jest fakt opowiadania się „za” lub „przeciw” aktualnej władzy poprzez pryzmat oceny społecznej sytuacji w skali mikro – osobistej i rodzinnej, nie zaś przez pryzmat analizy jakości rządzenia i długofalowych szans Polski. Jedynie dzięki indywidualnej zaradności, przejawiającej się m.in. w emigracji zarobkowej, sytuacja społeczeństwa jest lepsza niż szanse dekapitalizowanej i przeżywającej regres technologiczny Polski. Ludzie wychodząc od sytuacji społecznej, są obojętni na wymiar instytucjonalny. Ta obojętność, zdaniem J. Staniszkis, jest także pewną strategią obronną: ludzie bronią swojej małej stabilizacji, bo przyjęcie radykalnej interpretacji, choćby w kwestii smoleńskiej, która wydaje się coraz bardziej sensowna, musiałoby zmusić ludzi do odrzucenia przekonania, że żyjemy w sytuacji normalnej. Cena, jaką ktoś w małej społeczności czy w grupie zawodowej musiałby zapłacić za aktywną zmianę orientacji, konstatacje, że nie jest zupełnie normalnie, byłaby wysoka. Z drugiej strony – jak podkreśla J. Staniszkis – przekonanie, że istnieją realne szanse, że partia opozycyjna byłaby w stanie radykalnie zmienić sytuację, wiara w to jest dosyć płytka. Nie oczekuje się zbyt wiele, bo uwierzono, że zależność Polski od mechanizmów zewnętrznych jest bardzo wysoka. W tej sytuacji to wycofanie, masowa frustracja obecnym stylem rządzenia,

5 Zob. J. Potrzebszcz, *Schmitt Carl*, [w:] *Powszechna Encyklopedia Filozofii*, t. 8, Polskie Towarzystwo Tomasza z Akwinu, Lublin 2007, s. 961–963 oraz powołana tam literatura.

6 A. Kość, *Podstawy filozofii prawa*, wyd. 3, „petit” s.c., Lublin 2005, s. 127–128.

niszą jakością państwa, wydaje się racjonalna, ponieważ pozwala nie podejmować ryzyka, zachować złudzenie, że to jeszcze nie ten moment, aby coś zrobić. Jednak to wycofanie stabilizuje i reprodukuje to samo *status quo*, które jest źródłem frustracji.

A zatem, jak podkreśla J. Staniszkis, z jednej strony obserwujemy taką kulturę „luzactwa” i braku odpowiedzialności w państwie i w polityce, z drugiej zaś pozostawia się luz pozwalający na te indywidualne strategie przetrwania, a ludzie nie ufają instytucjom, nie widzą potrzeby agregacji swoich wysiłków poprzez przekształcenie państwa, poprzez innowacyjne pomysły instytucjonalne i prawdę. Obserwujemy następującą dwoistość: 1) pełne energii, choć zatamizowane społeczeństwo, niedoceniające instytucji, ale pełne inicjatywy i zdolne do przetrwania; 2) państwo, które działa poniżej tych standardów, które odpowiadają jego godności. A właśnie istotne jest zrozumienie, że wolność jest możliwa poprzez radykalną poprawę instytucji, poprzez radykalną poprawę jakości państwa. Jeśli chodzi o deregulację różni się – mówi J. Staniszkis – z J. Kaczyńskim, bo wydaje mi się, że reforma deregulacyjna oprócz otwierania zawodów ma też inne aspekty. Znosi kontrolę jakości działania prowadzoną przez korporacje i to jest kolejny krok do dopasowywania do byle jakiego państwa byle jakich zawodów i byle jakiej edukacji. Ludzie żyjący pod taką presją nie mają siły ani wiary, że warto marzyć i jeżeli ta sytuacja równania w dół i presji na społeczeństwo utrwali się, to rzeczywiście – argumentuje J. Staniszkis – marne państwo dopasuje do siebie społeczeństwo, obniży jego aspiracje i będzie potrafiło ustabilizować system władzy przez misterny system uzależnień, strachu i kontroli. Wtedy jakkolwiek zmiana rzeczywiście będzie bardzo trudna.

Zdaniem J. Staniszkis teraz jesteśmy w takim punkcie zwrotnym, w którym zadaniem opozycji politycznej jest pokazanie alternatywy, a jest nią podniesienie jakości państwa, jego instytucji, zarysowanie radykalnie prorozwojowej polityki i przekonanie ludzi, że energia przetrwania nie wystarcza, że trzeba ją zagregować, odpowiadając na wyzwania naszej fazy kapitalizmu. Przykład działań Orbana jest heroiczny. Jednak Polska jako największy kraj w regionie powinna walczyć o to, aby nie było dwóch prędkości w jednej logice, lecz dwie logiki. Nasz region wymaga innych działań. Należy także pokazać ludziom, że instytucje są potrzebne i że jest możliwe przejście od energii przetrwania do republikanizmu i do innowacyjnej polityki rozwojowej.

Jako następny prelegent zabrał głos L. Morawski, wygłaszając wykład na temat wspólnotowości jako wartości konstytucyjnej. Nie będę w tym miejscu referować przedstawionych przez niego poglądów, ponieważ zostały one opublikowane w niniejszym numerze „Prawa i Więzi” w artykule pt. *O tożsamości konstytucyjnej Polaków*. Pragnę natomiast zwrócić uwagę na fakt, że zaproponowana przez L. Morawskiego republikańska wizja państwa – państwa, dla którego naczelną wartością jest dobro wspólne wszystkich obywateli, wizja zakładająca, że społeczeństwo powinno stanowić wspólnotę skupioną wokół pewnych łączących je wartości, zwanych cnotami republikańskimi, jak patriotyzm, solidaryzm i empatia, szacunek wobec tradycji, religii, wspieranie zdolności do samoorganizacji, do skupiania się wokół wspólnych ideałów, do poświęcania się dla innych ludzi – jest konkretną propozycją wyjścia z obecnego impasu i stanowi przeciwwagę dla skutkującej alienacją jednostki liberalnej wizji państwa oraz wyznacza kierunek, w którym powinniśmy podążać. Republikańska wizja państwa daje nadzieję, że jednak możemy jako społeczeństwo wspólnie coś pożytecznego zrobić dla naszego własnego dobra i dla rozwoju następnych

pokoleń. To jest bardzo pozytywny przykład kreatywnego myślenia, przykład idei, która może zachęcić do działania wielu dotychczas biernych i obojętnych na sprawy życia publicznego obywateli. Myśl republikańska jest nie tylko idealną na dzisiejsze czasy receptą na wyjście Polski z wielopłaszczyznowego kryzysu, ale także doskonale wpisuje się w ogólnosiwiatową tendencję, gdzie republikanizm przeżywa swoje prawdziwe odrodzenie.

Warto także podkreślić, że L. Morawski w innym miejscu zaprezentował projekt republikański UE, który przeciwstawił projektowi liberalnemu⁷. Spośród wielu bardzo cennych myśli tam wyrażonych warto podkreślić tę, która w szczególności wiąże się z dyskutowanymi na Konferencji problemami. Mianowicie L. Morawski wymienił jako jeden z instrumentów realizacji idei „Zjednoczeni w różnorodności” „przyznanie trybunałom konstytucyjnym lub innym organom państwowym funkcji strażnika konstytucji, który może zakazać stosowania tych norm prawa unijnego, które naruszają porządek konstytucyjny danego państwa”⁸. Za oczywistą wadę Konstytucji RP słusznie uznał brak analogicznego do postanowień niemieckiej Konstytucji, zawartych w art. 23 w związku z art. 79 ust. 3 określenia, jak to nazwał niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, „nienaruszalnego jądra Konstytucji”, czyli pojęcia tożsamości konstytucyjnej⁹. Jak zaznaczył L. Morawski, do tego pojęcia odwołuje się także polski Trybunał Konstytucyjny, który w wyroku z 11 maja 2005 r. (K 18/04) stwierdził, że w razie nieusuwalnej sprzeczności między normą prawa unijnego a naszą Konstytucją pierwszeństwo należy przyznać Konstytucji. Podobnie w wyroku z 24 listopada 2010 r. (K 32/09) TK przyjął, że Konstytucja „korzysta na terytorium RP z pierwszeństwa obowiązywania i stosowania”.

7 Zob. L. Morawski, *Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 4–5 (6–7), s. 3–18.

8 Tamże, s. 8.

9 Tamże, s. 16. Przypomnijmy, art. 23 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN głosi: „Dla urzeczywistnienia zjednoczonej Europy Republika Federalna Niemiec współdziałała w rozwoju Unii Europejskiej, która zobligowana jest zasadami demokratycznymi, państwowoprawnymi, socjalnymi i federacyjnymi i zasadą subsydiarności oraz zapewnia porównywalną co do istoty z niniejszą Ustawą Zasadniczą ochronę praw podstawowych. Federacja może nadto przekazać ustawą za zgodą Rady Federalnej prawa zwierzchnie. Do umocowania Unii Europejskiej, jak również do zmian jej traktatowych podstaw i porównywalnych uregulowań, w których wyniku niniejsza Ustawa Zasadnicza ulega w swej treści zmianie lub uzupełnieniu albo takie zmiany lub uzupełnienia staną się możliwe, stosuje się artykuł 79 ustępy 2 i 3”. W art. 79 ust. 2 czytamy: „Taka ustawa [tj. zmieniająca Ustawę Zasadniczą – J. P.] wymaga zgody dwóch trzecich członków Parlamentu Federalnego i dwóch trzecich głosów Rady Federalnej”. Art. 79 ust. 3 głosi: „Zmiana Ustawy Zasadniczej, która narusza podział Federacji na kraje, zasadnicze współdziałanie krajów w zakresie ustawodawstwa albo zasady zawarte w artykułach 1 i 20, jest niedopuszczalna”. Idąc dalej przytoczmy brzmienie art. 1: „(1) Godność człowieka jest nienaruszalna. Jej poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem całej władzy państwowej. (2) Naród Niemiecki uznaje przeto nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka za podstawę każdej ludzkiej społeczności, pokoju i sprawiedliwości na świecie”. Art. 20: „(1) Republika Federalna Niemiec jest demokratycznym i socjalnym państwem federalnym. (2) Wszelka władza państwowa pochodzi od narodu. Naród sprawuje ją poprzez wybory, głosowania oraz poprzez specjalne organy ustawodawstwa, władzy wykonawczej i wymiaru sprawiedliwości. (3) Ustawodawstwo jest związane porządkiem konstytucyjnym, zaś władza wykonawcza i wymiar sprawiedliwości ustawą i prawem. (4) Wobec każdego, kto usiłuje obalić ten porządek, wszyscy Niemcy mają prawo do oporu, jeśli inne przeciwdziałanie nie jest możliwe”.

Ponadto TK stwierdził, że suwerenność RP wyraża się w nieprzekazywalnych kompetencjach organów władzy państwa, które stanowią o tożsamości konstytucyjnej państwa. Jak słusznie zauważył L. Morawski, „problem polega jednak na tym, że art. 90 ust. 1, który mówi o przekazywaniu kompetencji «w niektórych sprawach» na rzecz organizacji międzynarodowych jest w istocie rzeczą pojęciem blankietowym i na jego podstawie nie sposób dociec, jakie kompetencje mogą, a jakie nie mogą być przekazane”¹⁰. L. Morawski odniósł się także krytycznie do narzucanej przez TSUE (ETS) zasady bezwzględnego prymatu prawa unijnego nad prawem państw członkowskich¹¹.

Następnie wystąpił K. M. Ujazdowski, wygłaszając poglądy na temat warunków tworzenia dobrej Konstytucji. W swoim wystąpieniu wyartykułował zarówno zasady tworzenia dobrej Konstytucji, jak i propozycje Prawa i Sprawiedliwości na urzeczywistnienie tych zasad w pracach obecnej kadencji Sejmu i Senatu. Wymienił i scharakteryzował siedem warunków tworzenia dobrej Konstytucji.

Pierwszym warunkiem jest to, że dobra Konstytucja powstaje jako efekt myśli państwowej, jako efekt spójnej wizji. Jako pozytywny przykład takiej Konstytucji K. M. Ujazdowski wskazał na Konstytucję 3 Maja, która jego zdaniem była aktem wzmocnienia państwa jako narzędzia wolności i narzędzia dobra wspólnego. Według tego kryterium K. M. Ujazdowski ocenił aktualnie obowiązującą Konstytucję RP jako akt doraźny, który niesie ze sobą wszystkie wady transformacji lat 90., a mianowicie: nieufność wobec państwa, korporacjonizm, wyprowadzanie instytucji państwowych poza państwo (co odnosi się szczególnie do sądownictwa znajdującego się w rękach korporacji poza kontrolą demokratyczną), nieufność wobec suwerena, a nawet kradzież suwerenności, polegająca na tym, że chociaż Konstytucja powiada, iż naród wykonuje swą władzę zwierzchnią albo przez przedstawicieli, albo bezpośrednio, to jednak wszystkie przepisy dotyczące referendum i ludowej inicjatywy ustawodawczej są tak skonstruowane, że obóz rządzący może w każdej chwili te przepisy zablokować.

Drugim warunkiem tworzenia dobrej Konstytucji jest potrzeba podejścia państwowego. Jak przekonywał K. M. Ujazdowski, cała aparatura nauki prawa konstytucyjnego od początku konstytucjonalizmu była polemiczna wobec władzy. Nowożytnie Konstytucje wzięły się z polemiki z monarchią absolutną. Jednakże silne państwo nie jest wrogiem wolności. Ład jest tej wolności podstawą. Dlatego też, zdaniem K. M. Ujazdowskiego, musimy myśleć o syntezie ładu i wolności. Nie możemy kontynuować tej tradycji nieufności wobec państwa, państwa jako wroga.

Trzeci warunek odnosi się do wskazywanego już przez Arystotelesa w *Polityce* ustroju mieszanego jako najlepszego. Zdaniem K. M. Ujazdowskiego, ustrój mieszany to jest taki ustrój, który ufa odpowiedzialnej i efektywnej władzy, ufa kontroli parlamentarnej i ufa suwerenowi, czyli ufa narodowi. My mamy – argumentuje Ujazdowski – system władzy zablokowanej. Każda z władz jest zablokowana, władza wykonawcza jest dwugłowa i pomyślana tak, żeby niemożliwe było efektywne działanie. Kontrola parlamentarna jest iluzoryczna. Prawo i Sprawiedliwość chce ten system odblokować przede wszystkim poprzez nadanie formule prezydencko-parlamentarnej najbardziej efektywnego kształtu. Stąd w naszym projekcie Konstytucji

10 L. Morawski, *Dwie wizje Unii Europejskiej a problem tożsamości narodowej*, s. 17.

11 Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2010, s. 308.

– mówi Ujazdowski – jest możliwość wydawania dekretów, rozporządzeń z mocą ustaw z inicjatywy premiera, za zgodą prezydenta, czyli jest możliwość efektywnego rządu. Będzie więcej miejsca na kontrolę parlamentarną. Chcemy także poluzować ten gorset, który dzisiaj krępuje suwerena, który nie pozwala na urzeczywistnienie ludowej inicjatywy ustawodawczej i w gruncie rzeczy tworzy z referendum fikcję.

Jako czwarty warunek K. M. Ujazdowski wymienił potrzebę zidentyfikowania głównej wady kultury politycznej, którą według niego jest ucieczka od odpowiedzialności uwidaczniająca się najdokładniej w procesie legislacyjnym. Nikt nie odpowiada – twierdzi Ujazdowski – za projekty rządowe, ministrowie przychodzą do parlamentu i poprawiają projekty rządowe poprzez posłów, najczęściej unikając autorstwa tych poprawek. Zdaniem K. M. Ujazdowskiego cały proces legislacyjny jest skonstruowany w myśl zasady przerzucania odpowiedzialności na innych. Prawo i Sprawiedliwość będzie dążyć do zmiany tej sytuacji.

Piątym warunkiem jest to, że Konstytucja musi być nowoczesna w tym sensie, że musi reagować na zmiany, musi np. dawać nam nowoczesne instrumentarium reagowania na sytuację w UE. Nie może być tak – mówi Ujazdowski – że parlamenty Francji, Niemiec i Wielkiej Brytanii mają instrumenty kontroli nad polityką europejską, a my ich nie mamy. Musimy walczyć o to krok po kroku w Komisji Regulaminowej, w Komisji do Spraw Unii Europejskiej.

Szósty warunek tworzenia dobrej Konstytucji wymaga, aby Konstytucja była spójna. Natomiast obecnie obowiązująca Konstytucja RP, zdaniem K. M. Ujazdowskiego, jest pod wieloma względami niespójna: deklaruje rzeczy nie do wykonania, na przykład deklaruje bardzo szeroki zakres praw społecznych i gospodarczych, które nie są urzeczywistniane. My jako pierwsza partia polityczna – mówi Ujazdowski – zaproponowaliśmy wprowadzenie do polskiego systemu prawnego ustaw organicznych, czyli ustaw między Konstytucją a ustawami zwykłymi. Konstytucja w tej sytuacji powinna być bardziej zwięzła, nieprzegadana. Powinna być też prewencyjna kontrola Trybunału Konstytucyjnego, polegająca na tym, że TK powinien przynajmniej w przypadku ustaw organicznych badać przed ich wejściem w życie zgodność z Konstytucją. Ale to wymaga przezwyciężenia kultury unikania odpowiedzialności. Próbowaliśmy – mówi Ujazdowski – wprowadzić kontrolę prewencyjną zobowiązań międzynarodowych w zeszłej kadencji i przeważająca część elity prawniczej była przeciwko temu. Przeciwko temu, żeby TK kontrolował zobowiązania międzynarodowe przed ratyfikacją. Nasz Trybunał rozstrzyga natomiast po fakcie, to znaczy wydaje właściwie decyzję dokumentacyjną, bo orzeczenie po ratyfikacji jest czysto historyczne, nie ma żadnej mocy wiążącej.

Siódmym warunkiem tworzenia dobrej Konstytucji, wymienionym przez K. M. Ujazdowskiego, jest jej oszczędność. Konstytucja nie musi liczyć ponad 200 artykułów, ona może zamknąć się w 100 artykułach. Zazwyczaj Konstytucje oszczędne są trwałe.

Komentując zaprezentowane przez K. M. Ujazdowskiego warunki tworzenia dobrej Konstytucji należy tylko życzyć powodzenia w realizacji zaprojektowanych zmian.

Następnie głos zabrała K. Pawłowicz, wypowiadając się na temat Konstytucji po akcesji do Unii Europejskiej. Już na początku zaznaczyła swój radykalny eurosceptycyzm oraz swoje uwrażliwienie na wszelkie przejawy działań na forum UE,

które ograniczają suwerenność Polski¹². Zasadnicze pytanie, które postawiła i na które starała się znaleźć odpowiedź, brzmi: Czy nasza Konstytucja po akcesji Polski do UE nadal obowiązuje w swoich głównych postanowieniach, czy nie?

Zdaniem K. Pawłowicz po akcesji Polski do UE mamy do czynienia z funkcjonowaniem niejasnej konkurencji dwóch systemów prawnych: polskiego systemu prawnego, na którego szczycie stoi Konstytucja RP, której art. 8 ust. 1 głosi: „Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej”, oraz systemu prawnego UE, który obowiązuje na terytorium państwa członkowskiego równolegle, niezależnie, autonomicznie nawet bez konieczności wprowadzania poprzez polskie procedury, np. poprzez publikację w Dzienniku Ustaw.

K. Pawłowicz bardzo krytycznie oceniła wyrok polskiego TK z dnia 11 maja 2005 roku (sygn. akt K 18/04), stwierdzający zgodność z Konstytucją RP m.in. Traktatu o przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej. W szczególności zarzuciła Trybunałowi, że mimo świadomości stanowiska TSUE (ETS), który narzuca państwom członkowskim zasadę pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym, wydał pozytywny wyrok. Teraz zaś do Polski szerokim strumieniem napływają nowe regulacje unijne, których nikt nie jest w stanie kontrolować. Zdaniem K. Pawłowicz sytuacja obecna jest taka, że z jednej strony jest Konstytucja, która realizuje cele narodowe, cele dośrodkowe, z drugiej zaś na terytorium Polski funkcjonuje blok przepisów unijnych, który ma charakter odśrodkowy, rozbijający, przejmujący kompetencje państwa polskiego.

Chciałabym jednakże zauważyć, że po akcesji Polski do UE system prawny UE staje częścią prawa polskiego. Wprawdzie na terenie Polski mamy porządek, który obejmuje zarówno system prawa narodowego, jak i całe *acquis communautaire*, ale współczesny porządek prawny państwa demokratycznego ma otwartą strukturę. Wiąże się to z faktem, że do krajowego porządku prawnego wchodzi także prawo współtworzone na poziomie międzynarodowym. System prawa unijnego jest systemem własnym Polski jako członka UE, a nie zewnętrznym prawem międzynarodowym¹³. Jak podkreślają J. Helios i W. Jedlecka, prawo UE zrasta się z prawem krajowym, zderzając się z ciągle dominującą monocentryczną strukturą krajowego porządku prawnego. Włączenie prawa UE do porządku krajowego następuje w wyniku decyzji podjętej przez państwo, które osadza je w swoim porządku¹⁴.

-
- 12 K. Pawłowicz wielokrotnie radykalnie krytycznie wypowiadała się na temat sytuacji Polski po akcesji do UE; zob. np. K. Pawłowicz, *Czy polska konstytucja jest jeszcze ważna?*, „Rzeczpospolita”, 25 marca 2008; też, *Wspólnotowy dorobek prawny a standardy państwa demokratycznego*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 2 (2), s. 3–18. Krytykę poglądów wyrażonych w tym ostatnim artykule przeprowadził R. Ostrihansky, *Stanowienie i stosowanie prawa Unii Europejskiej – czy rzeczywiście niezgodne ze standardami państwa demokratycznego?*, „Forum Prawnicze” 2010, nr 2 (2), s. 19–33.
- 13 J. Helios, W. Jedlecka, *Interpretacja prawa wobec wyzwań multicentryzmu*, [w:] P. Kaczmarek (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Lokalny a uniwersalny charakter interpretacji prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2009, s. 141.
- 14 Por. C. Mik, *Powierzenie Unii Europejskiej władzy przez państwa członkowskie i jego podstawowe konsekwencje prawne*, [w:] J. Kranz (red.), *Suwerenność i ponadnarodowość a integracja europejska*, Warszawa 2006, s. 133; zob. także: tenże, *Przekazanie kompetencji przez Rzeczpospolitą Polską na rzecz Unii Europejskiej i jej następstwa prawne (uwagi na tle art. 90 ust. 1 Konstytucji)*, [w:] C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. a członkostwo w Unii Europejskiej*, Toruń 1999.

Za sprzeczne z art. 8 ust. 1 Konstytucji RP oraz jej aksjologią jako państwa suwerennego K. Pawłowicz uznaje art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, zgodnie z którym: „Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami”, oraz art. 90 ust. 1 Konstytucji RP w brzmieniu: „Rzeczpospolita Polska może na podstawie umowy międzynarodowej przekazać organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”. Zdaniem K. Pawłowicz oznacza to przekazanie suwerenności¹⁵, na co życzliwie zgadza się polski TK. W przyszłej, nowej Konstytucji K. Pawłowicz proponuje tak określić rolę TK, aby pilnował polskich interesów, a nie interesów unijnych.

K. Pawłowicz poddała także ostrej krytyce koncepcję multicentryczności systemu polskiego prawa, która jej zdaniem polega na tym, że jako członek UE przekazaliśmy UE i nadal przekazujemy kolejnymi traktatami kompetencje suwerenne państwa polskiego. Zatem zgodziliśmy się, aby w Polsce obowiązywało prawo unijne, czyli mamy teraz spluralizowane centra tworzenia prawa. K. Pawłowicz wyraziła swój zdecydowany sprzeciw wobec dzielenia suwerenności oraz dawania na mocy art. 91 Konstytucji RP pierwszeństwa prawu unijnemu przed polską ustawą.

Kolejnym punktem krytyki wyrażonej przez K. Pawłowicz było pojęcie wspólnotowego dorobku prawnego. Zdaniem K. Pawłowicz, UE zastąpiła tym pojęciem pojęcie prawa, a – jak przekonuje Pawłowicz – pojęcie „wspólnotowy dorobek prawny” jest pojęciem sprzecznym z tradycyjnym rozumieniem prawa, to znaczy takim, które odnosi się do systemu norm tworzonych w procedurach demokratycznych i które posługuje się jasną terminologią, jasną tradycyjną siatką pojęciową i definicjami. Pojęcie „wspólnego dorobku prawnego” stanowi zakwestionowanie tych wszystkich cech.

Moim zdaniem K. Pawłowicz w sposób celowy radykalizuje swoją krytykę, prowokując oponentów do polemiki. Ma to bardzo dobry, ożywczy efekt, ponieważ zmusza do myślenia i pogłębiania refleksji a także poszukiwania ewentualnych lepszych rozwiązań. Jej krytyka dotyczy kwestii, które rzeczywiście są kontrowersyjne i wymagają gruntownego namysłu. Jednak jeśli chodzi o kwestię wspólnotowego dorobku prawnego, który – zdaniem K. Pawłowicz – nie jest prawem, to należy przypomnieć, że nieco inna jest rola tekstu prawnego w porządku prawa unijnego

15 Zdaniem r. Kwietnia, nietrafna jest teza o ograniczonej suwerenności państw członkowskich UE: „Państwa członkowskie przyjęły na obecnym etapie integracji jedynie zobowiązanie do wspólnego wykonywania funkcji państwowych w dziedzinach objętych współpracą ponadnarodową. Zachowały przy tym pełną zdolność do określania form wykonywania funkcji państwowych, ponieważ ciągle posiadają kompetencję określania własnych kompetencji. Dopóki ją utrzymają, dopóty pozostaną w świetle prawa międzynarodowego podmiotami suwerennymi” – r. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 145; zob. także: tenże, *Suwerenność państwa w Unii Europejskiej: aspekty prawnomiędzynarodowe*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 2, s. 25. Zdaniem B. Banaszaka „ograniczenie wykonywania suwerenności, którego możliwość przewidziana jest w art. 90, nie jest równoznaczne w żadnym wypadku z ograniczeniem suwerenności” – B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 447.

i polskiego¹⁶. Przewaga wykładni funkcjonalnej w UE wynika z faktu, że UE nie jest federacją, lecz swoistym podmiotem w stałym procesie integracji. Jak słusznie zauważył M. Zirk-Sadowski, „polscy prawnicy stosunkowo rzadko posługują się tym typem wykładni. Jest ona uznawana za najbardziej podatną na naruszanie zasady legalizmu. Wynika to z bardzo wąskiego, pozytywistycznego rozumienia prawa w Polsce, które zakłada, że treść prawa pierwotnie jest wyrażona przez prawodawcę i jest jedynie odczytywana przez prawników w procesie stosowania prawa. W porządku wspólnotowym takie przekonanie jest nieobecne”¹⁷. Zdaniem M. Zirk-Sadowskiego prawo wspólnotowe jest przede wszystkim faktem interpretacyjnym, pozostającym w interakcjach ze znaczeniami zawartymi w kulturze i jej podukładach¹⁸. Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie przekształcił fragmentaryczne uregulowania w zbiór ogólnych zasad prawnych. Podobnie polski TK wyartykułował podstawowe zasady prawne, składające się na doktrynę państwa prawa. Prowadzi to do wniosku, że dyskurs prawny odbywający się w instytucjach sądowych wywiera znacznie większy wpływ na określenie podstaw aksjologicznych polskiego porządku prawnego niż legislatywa¹⁹. Jak podkreślił M. Zirk-Sadowski „na płaszczyźnie normatywnej wyposażenie instytucjonalne prawa polskiego jest wystarczające do stwierdzenia, że jesteśmy zdolni do integracji z kulturą prawa europejskiego dzięki podobnemu rozumieniu prawa”²⁰, chociaż „w prawie polskim dominuje zasada wąsko rozumianego legalizmu, prowadząca do postrzegania prawa jako instrukcji suwerena. W prawie unijnym zasadniczą rolę odgrywa aktywne, adaptacyjne rozumienie prawa oparte na odwoływaniu się do zasad. Racjonalny dyskurs tocący się w ramach instytucji europejskich służy «ważeniu» zasad, a nie stosowaniu reguł”²¹.

Zdaniem K. Pawłowicz sam akt akcesji Polski do UE jeśli nie obalił, to znacznie zmarginalizował polską Konstytucję, której rozdział I określający ogólne zasady właściwie już nie obowiązuje. W szczególności – jej zdaniem – naruszona została zasada trójpodziału władzy i zasada zwierzchności Narodu. Odnosząc się krytycznie do projektu zmiany Konstytucji przedstawionego w ubiegłym roku przez Prezydenta B. Komorowskiego, K. Pawłowicz ze szczególną dozą sceptycyzmu zwróciła uwagę na pomysł wpisania rozdziału dotyczącego członkostwa w UE. Stwierdziła, że nie może być takiego rozdziału, ponieważ nigdy nie używa się w Konstytucji nazw własnych, nie określa się przynależności do żadnej konkretnej, czasowej instytucji, która może przecież przestać istnieć. Jednak nie można zgodzić się z tą

16 Por. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, Zakamycze, Kraków 2005, s. 98.

17 Tamże, s. 102.

18 M. Zirk-Sadowski, *Prawo a uczestniczenie w kulturze*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 117; zob. także: J. Helios, *Pojmowanie wykładni prawa europejskiego w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości*, Wrocław 2002; P. Justyńska, *Rola Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w procesie interpretacji prawa wspólnotowego i prawa krajowego państw członkowskich*, [w:] L. Morawski (red.), *Wykładnia prawa i inne problemy filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 2005, s. 85–110.

19 Por. M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do Unii Europejskiej*, s. 104.

20 Tamże, s. 105.

21 Tamże, s. 111.

opinią, ponieważ rzeczy mają się inaczej. Jako przykład może posłużyć treść art. 23 niemieckiej Ustawy Zasadniczej, którego ustęp 1 cytowany był w przypisie 9.

Natomiast należy zgodzić się z opinią K. Pawłowicz, że zburzona została hierarchia systemu prawa poprzez równoległe obowiązywanie Konstytucji określającej pewną hierarchię źródeł prawa oraz regulacji unijnych. Spory o nadrzędność prawa UE nad konstytucjami państw członkowskich uniemożliwiają jednoznaczne uporządkowanie hierarchii systemu prawa²².

Na zakończenie swojego wystąpienia K. Pawłowicz podkreśliła, że nową Konstytucję należy uwolnić od przepisów takich jak art. 90 i 91 Konstytucji RP, ponieważ nie może być tak, że obowiązuje przepis, który zezwala, po pierwsze, na w gruncie rzeczy nieograniczone przekazywanie kompetencji na rzecz Unii, po drugie, który dopuszcza, żeby w razie konfliktu z polskimi ustawami, z wolą suwerena polskiego, prawo polskie było podporządkowane regulacjom unijnym. Chciałabym jednak zauważyć, że Niemcy, których przykład jest tak często przywoływany w kontekście ochrony zasady nadrzędności Konstytucji, mają w swojej Ustawie Zasadniczej postanowienia dotyczące przekazania praw zwierzchnich²³. Niewątpliwie jednak niesprecyzowany przepis art. 90 ust. 1 Konstytucji RP powinien zostać uszczegółowiony²⁴. Zwrócił na to uwagę także polski TK w wyroku z 24 listopada 2010 r. (K 32/09), którego zdaniem konieczne jest precyzyjne określenie dziedzin i wskazanie zakresu kompetencji objętych przekazaniem.

Jako ostatni prelegent przemówił K. Karski, wygłaszając wykład nt. *Prawnomiędzynarodowy status UE – konsekwencje konstytucyjne*. Rozpoczął od sformułowania – jak sam określił – truizmu, że są państwa będące członkami UE, które korzystają na członkostwie, wręcz kierują UE i są państwa, które nie potrafią wykorzystać tej przynależności. Dla polskiej Konstytucji członkostwo w UE jest ważnym wyzwaniem. K. Karski zwrócił uwagę na ekspansję elementów federacyjnych, wypierających model konfederacyjny. Spektakularnym przykładem jest wspólny rynek i polityka monetarna.

Odwolując się do poglądów doktryny, K. Karski przytoczył poglądy T. G. Grossego, który wskazał dwa alternatywne dla obecnej UE modele ustrojowe: 1) kondominium technokratyczne, zbudowane w oparciu o unijną technokrację

22 Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 318.

23 Zob. cytowany w przypisie 9, art. 23 ust. 1 Ustawy Zasadniczej RFN oraz art. 24 ust. 1, w brzmieniu: „Federacja może przekazać w drodze ustawy prawa zwierzchnie instytucjom międzynarodowym”.

24 Zwracano już na to wielokrotnie uwagę, zob. np. R. Balicki, *Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej a funkcjonowanie parlamentu – kilka uwag wstępnych*, [w:] L. Garlicki, A. Szymt (red.), *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Doświadczenia i inspiracje*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003, s. 11 oraz powołana tam literatura. Wskazuje się na brak szczegółowych postanowień dotyczących materii niepodlegających przekazaniu, chociaż w literaturze wyrażane są poglądy na temat określenia materialnych granic przekazania kompetencji. Jak wskazuje R. Balicki, zdaniem C. Mika, materialnych granic przekazania należy szukać głównie w rozdziale I i II Konstytucji RP (por. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 2000, s. 812), zaś zdaniem S. Biernata nie mogą zostać naruszone postanowienia art. 1, 2, 3, 5, 20, 30–86 Konstytucji RP (por. S. Biernat, *Constitutional Aspects of Poland's Future Membership in the European Union*, „Archiv des Völkerrechts” 1998, nr 36/4, s. 406).

i system prawa europejskiego oraz przez stworzone przez administrację sieci zarządzania politykami europejskimi; 2) federację demokratyczną, opartą na instytucjach wyłanianych z wyniku wyborów powszechnych. Natomiast zgodnie z przytoczonymi przez K. Karskiego poglądami R. Watta można wyróżnić kilka typów federacyjnych: Unia scentralizowana i zdecentralizowana, federacja i konfederacja, forma stowarzyszeniowa państw, kondominium oraz liga. R. Watts UE zalicza do hybryd, czyli systemów łączących charakterystyki wszystkich typów.

Zdaniem K. Karskiego do dziś pokutują pseudonaukowe twierdzenia, że członkostwo w UE jest drogą w jedną stronę, a integrację można tylko zacieśniać, mimo iż przewidujący wprost federacyjny model UE przepis pierwotnej wersji Traktatu z Maastricht z 1993 r. został usunięty pod wpływem rządu brytyjskiego. Przykład Grenlandii podważa przekonania, jakoby wzajemne powiązania gospodarcze i polityczne były tak wielkie, że nikt ze szkodą dla siebie nie byłby ich w stanie nie tylko rozzerwać, ale nawet osłabić. K. Karski wskazał także na fakt, iż idea federacyjna napotyka na liczne przeszkody, czego najlepszym przykładem jest fiasko procesu przyjmowania tzw. Konstytucji dla Europy. Istotne jest, że proces dekonstytucjonalizacji objął także zapis traktatowy potwierdzający zasadę pierwszeństwa prawa UE przed prawem krajowym państw członkowskich. Teraz jest to nieposiadająca mocy prawnej załączona do Traktatu z Lizbony deklaracja, w której przypomina się, że służby prawne Sekretariatu Generalnego Rady Unii zauważają, iż TSUE formułuje ją w swoim orzecznictwie.

Warto podkreślić, że K. Karski sformułował postulaty pod adresem polskiego TK, aby postępował bardziej odważnie i podejmował się badania konstytucyjności rozporządzeń UE, podejmując także decyzje derogujące, aby badał nie tylko prawo wtórne UE, ale także orzecznictwo TSUE, idąc za przykładem choćby czeskiego TK.

Wśród wielu ważnych konstatacji wyrażonych przez K. Karskiego należy zwrócić uwagę na jego opinię, że federalizacja dokonuje się często bez zgody lub nawet uczestnictwa państw członkowskich UE. Jest to zjawisko nazwane przez jednego z euroentuzjastów pełzającą federalizacją. Coraz mniej liczy się wola społeczeństw. Aby zmienić tę sytuację, należy wspierać obowiązywanie Konstytucji krajowych, w tym Konstytucji RP, która wspiera rząd i gwarantuje niepodległość. Zdaniem K. Karskiego, Konstytucja Francji i Ustawa Zasadnicza Niemiec są aktami wspierającymi i tak silną pozycję tych państw w UE. W Polsce nie udało się wprowadzić w ubiegłym roku nowelizacji Konstytucji wzmacniającej pozycję Polski w UE na skutek – jak przekonuje Karski – zablokowania tej możliwości przez D. Tuska. Nie udało się – zdaniem Karskiego – przeprowadzić takich oczywistych kwestii jak podkreślenie nadrzędności polskiej Konstytucji wobec prawa unijnego; określenie zasad stosowania procedury kładki, czyli zmiany traktatów bez formalnego wdrażania procedury ich nowelizacji; określenie granic integracji europejskiej; umożliwienie opozycji składania skarg do TSUE; wyposażenie TK w prawo kontroli aktów prawa UE na takich samych zasadach, jak kontroluje konstytucyjność aktów prawa polskiego.

Na zakończenie swojego wystąpienia K. Karski zwrócił uwagę, że suwerenność jest synonimem niepodległości. Należy ją rozważać w dwóch aspektach: 1) w aspekcie zewnętrznym suwerenność jest niezależnością od jakiegokolwiek władzy zewnętrznej i oznacza niemożliwość podlegania jakiegokolwiek zewnętrznej władzy,

o ile ten podmiot, który chce być suwerenny, nie wyraża na to zgody; wtedy, kiedy istnieje jeszcze możliwość wycofania się z tej zgody, mamy do czynienia jeszcze z suwerennością; kiedy nie mamy już takiej możliwości, tracimy suwerenność; 2) w aspekcie wewnętrznym suwerenność jest to możliwość stanowienia prawa do wewnątrz, możliwość stanowienia prawa obowiązującego na danym terytorium, wobec danej ludności. Moim zdaniem wskazana przez K. Karskiego suwerenność w aspekcie zewnętrznym oznacza posiadanie przez dane państwo „kompetencji kompetencji”, jak to określa doktryna prawa międzynarodowego²⁵. Jak słusznie zauważył R. Kwiecień często podaje się jako przykład ograniczenia suwerenności państwowej, sytuację prawną państw członkowskich UE, zapominając o stanowisku samych zainteresowanych. Państwa pozostają suwerenne, chociaż wiążą je zobowiązania wynikające z członkostwa w UE, czego przykładem jest Dania, która w 1992 r. odmówiła udziału w kolejnym etapie budowania Unii Gospodarczej i Walutowej i wspólnej polityce obronnej. Zatem dopóki państwo posiada „kompetencję kompetencji”, dopóty posiada status suwerennego podmiotu prawa międzynarodowego²⁶.

W podsumowaniu wystąpień prowadzący Konferencję K. M. Ujazdowski podkreślił m.in., że Prawo i Sprawiedliwość uważa, że politykę polską z prawdziwego zdarzenia stać na to, by być podmiotem w UE, by nadawać jej kierunek i sens. I taki był – mówi Ujazdowski – wielki dorobek państwowy ś.p. Prezydenta Lecha Kaczyńskiego, który spierał się o strategię państwową i podejmował udane próby aktywnej polityki polskiej, takiej polityki, która kształtuje UE. Wśród różnych propozycji koniecznych zmian K. M. Ujazdowski wskazał na potrzebę zbudowania nowoczesnego instrumentarium prawnego, która mogłaby służyć temu celowi. Takie instrumentarium udało się wypracować we Francji, Niemczech i W. Brytanii. K. M. Ujazdowski zadeklarował, że rząd Prawa i Sprawiedliwości, jeśli uda się przejąć władzę, zbuduje takie nowoczesne instytucje na poziomie rządowym i na poziomie parlamentarnym, ponieważ takie instytucje są warunkiem kompetentnej polityki, która panuje nad rzeczywistością i losem wspólnoty.

Następnie przemówił J. Kaczyński, podkreślając m.in., że J. Staniszkis sformułowała pewną diagnozę obecnego stanu naszego społeczeństwa. Diagnoza ta jest wprawdzie smutna, ale z perspektywami. W sugerowaną przez J. Staniszkis perspektywę doskonale wpisuje się propozycja przedstawiona przez L. Morawskiego. Jak podkreślił J. Kaczyński, republikanizm jest sposobem wyjścia z tej sytuacji, w której obecnie znaleźliśmy się. J. Kaczyński aprobując odniósł się także do wystąpień pozostałych prelegentów. Podkreślił również, że odejście od mikromanii jest pierwszym warunkiem, który trzeba spełnić, aby podjąć na poziomie praktycznym wszystkie zaproponowane przedsięwzięcia, które mają nas chronić przed patologią anty-suwerennościową, tym wszystkim, co płynie w tej chwili do nas z UE, bez naszej zgody i wiedzy. Powinniśmy się chronić przed strategiami, które sprowadzają nas do „zasobów”, z których mogą dowolnie korzystać bogatsze kraje Europy. Poza realizacją proponowanych na Konferencji przedsięwzięć należy także – zdaniem J. Kaczyńskiego – dokonać subtelnego zanalizowania współczesnych mechanizmów europejskich, tak żeby grać nimi na korzyść Polski. To jest sprawa zabiegania o powrót

25 Zob. R. Kwiecień, *Suwerenność państwa. Rekonstrukcja i znaczenie idei w prawie międzynarodowym*, s. 103.

26 Tamże.

do funkcjonowania UE na podstawie prawa i na podstawie podstawowych traktatów, w tym także nie najlepszego – ale nieporównywalnie lepszego niż istniejąca praktyka – Traktatu Lizbońskiego. To jest także sprawa umiejętności wykorzystywania innych instytucji, także funkcjonujących formalnie poza strukturą UE.

Konferencja Konstytucyjna Prawa i Sprawiedliwości: „O nowoczesną Konstytucję Rzeczypospolitej w 15 lat po uchwaleniu Konstytucji RP”, wyraziła potrzebę prowadzenia społecznego dialogu na tematy zasadnicze dla naszego bytu narodowego, aby następnie móc realizować najlepsze dla Polski rozwiązania. Należy mieć nadzieję, że taki dialog będzie kontynuowany i włączą się do niego także w szerszym zakresie konstytucjoniści, inni parlamentarzyści oraz szerokie kręgi społeczeństwa. Taki dialog powinien być prowadzony ponad podziałami politycznymi, ponieważ chodzi o Polskę jako dobro wspólne wszystkich obywateli.



GLOSA

Przemysław Czarnek

Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 8 września 2011 r. (sygn. akt I ACz 708/11)

Przemysław Czarnek

*doktor nauk prawnych,
Katedra Prawa Konstytucyjnego
na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego
i Administracji Katolickiego Uniwersytetu
Lubelskiego Jana Pawła II*

Tezy postanowienia

1. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Lublinie, pod rządami ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza, prezydenta miasta (j.t. Dz. U. z 2010 r. nr 176 poz. 1191) oraz ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw (j.t. Dz. U. z 2010 r., Nr 176, poz. 1190), dopuszczalna była aktualizacja spisu wyborców w okresie pomiędzy pierwszą a drugą turą wyborów wójta, burmistrza, prezydenta miasta, i dotyczy to również sytuacji wpisywania osób na ich wniosek z uwagi na miejsce zamieszkania, bowiem żaden z przepisów nie wyłączał takiej możliwości.

2. Sąd Apelacyjny stoi jednak na stanowisku, że zasada równości wyborów wyklucza z udziału w ponownym głosowaniu tego wyborcę, który w okresie między pierwszym a ponownym głosowaniem w wyborach wójta, na swój wniosek został wpisany do stałego rejestru wyborców danej gminy i na tej podstawie został umieszczony w spisie wyborców tej gminy, jeśli w czasie pierwszego głosowania w tych samych wyborach był ujęty w rejestrze i spisie wyborców w innej gminie, w której pierwsze głosowanie zakończyło się wyborem wójta¹.

Powyższe tezy zachowują swą pełną aktualność również dziś, ponieważ przepisy ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy (Dz. U. Nr 21, poz. 112 z późn. zm.) co do zasady powielają w tym zakresie przepisy wcześniej zawarte w ww. aktach prawa wyborczego.

I. Sąd Apelacyjny w Lublinie orzekł w sprawie o następującym stanie faktycznym. W wyborach na wójta gminy S. w 2010 r. udział wziął m.in. dotychczasowy wójt tej gminy Waldemar R. oraz jego kontrkandydatka Jadwiga K. W pierwszym głosowaniu w dniu 21 listopada 2010 r. większą liczbę głosów, 1235, tj. 43,21% uzyskała Jadwiga K.. Waldemar R. osiągnął wynik nieco gorszy – 1160 głosów, tj. 40,59%. W wyniku ponownego głosowania, przeprowadzonego w dniu 5 grudnia 2010 r., Waldemar R. uzyskał 1476 głosów, podczas gdy Jadwiga K. otrzymała 36 głosów mniej – 1440.

W okresie pomiędzy pierwszym głosowaniem w dniu 21 listopada 2010 r., a drugim głosowaniem, do stałego rejestru wyborców, na wniosek w trybie art. 12 ust. 2 ustawy z dnia 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej i do Senatu Rzeczypospolitej Polskiej (j.t. Dz. U. z 2007 r., Nr 190, poz. 1360) dopisanych zostało 35 osób². Wszystkie z dopisanych osób głosowały w drugiej turze wyborów samorządowych w gminie S. Fakt ten stał się jednym z podstawowych argumentów dla Sądu Okręgowego w Zamościu, który w dniu 27 czerwca 2011 r. (sygn. akt I Ns 7/11) orzekł o nieważności wyboru wójta gminy S. Sąd uczynił to w odpowiedzi na protest pełnomocnika wyborczego jednego z komitetów, którego kandydatem na wójta gminy S. była Jadwiga K.

Głosowanym postanowieniem Sąd Apelacyjny uchylił ww. orzeczenie i sprawę przekazał Sądowi Okręgowemu w Zamościu do ponownego rozpatrzenia. Ostatecznie Sąd Okręgowy w Zamościu w dniu 27 grudnia 2011 r. oddalił protest wyborczy, a Sąd Apelacyjny, w dniu 19 kwietnia 2012 r., w odpowiedzi na zażalenie pełnomocnika wyborczego komitetu, którego kandydatem na wójta gminy S. była Jadwiga K., utrzymał to postanowienie w mocy.

1 Powyższe tezy zostały zrekonstruowane na podstawie uzasadnienia do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 8 września 2011 r. (sygn. akt I ACz 708/11). Druga z tych tez sformułowana była jednak także w kilku innych orzeczeniach Sądu Apelacyjnego w Lublinie: zarówno przed pięcioma laty w postanowieniu z dnia 20 marca 2007 r. (sygn. akt I ACz 240/07) jak i w niedawnym postanowieniu z dnia 13 lipca 2011 r. (sygn. akt I ACz 568/11). Stanowisko to uwzględniane było także w orzecznictwie Sądów Okręgowych – m.in. postanowienie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 28 lutego 2011 r. (sygn. akt I Ns 324/10).

2 Dziś tryb ten w niemal identyczny sposób reguluje art. 19 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy.

Nie negując samego rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 8 września 2011 r.³ analizie należy jednak poddać dwie tezy zawarte w uzasadnieniu do ww. postanowienia, wskazane na wstępie niniejszego opracowania. Stanowisko Sądu, zawarte w tych tezach, pozwala bowiem na trwanie szkodliwego zjawiska, które występuje w niektórych, zwłaszcza wiejskich, gminach na terenie kraju. Zjawisko to polega po pierwsze, na różnego rodzaju niedociągnięciach wynikłych ze zwykłego niedbalstwa związanego z prowadzeniem i aktualizacją stałych rejestrów wyborców według obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, a po drugie, na świadomej nierzetelności, ukierunkowanej na osiągnięcie zamierzonego rezultatu wyborczego. Zjawisko to prowadzi w efekcie do patologii wyborczej, polegającej na świadomym przemieszczaniu się części elektoratu pomiędzy pierwszą i drugą turą głosowania po to tylko, by poprzeć zaprzyjaźnionego kandydata na wójta, który kandyduje w innej gminie, aniżeli gmina miejsca faktycznego zamieszkiwania tegoż elektoratu⁴.

W końcowej części opracowania dodatkowej analizie zostaną poddane same przesłanki stwierdzenia nieważności wyboru wójta, burmistrza, prezydenta miasta, w kontekście dopisywania wyborców do spisu wyborców pomiędzy dwiema turami wyborów wójta, burmistrza, prezydenta miasta.

II. Analiza istoty wyborów wójta, burmistrza i prezydenta miasta, jak i wykładnia językowa przepisów prawa wyborczego w tym zakresie, wskazuje, że teza zawarta w głosowanym orzeczeniu Sądu Apelacyjnego w Lublinie jakoby dopuszczalna była aktualizacja spisu wyborców w okresie pomiędzy pierwszym a ponownym głosowaniem w wyborach wójta, burmistrza, prezydenta miasta, i dotyczy to również sytuacji wpisywania osób na ich wnioszek z uwagi na miejsce zamieszkania, jest niezasadna⁵.

Wybory na urząd wójta, burmistrza, prezydenta miasta, w myśl przepisu art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta, odbywały się według wskazanych w tym przepisie zasad wyborczych, a wśród nich wg zasady równości wyborów⁶. Równość ta występuje w dwojakim aspekcie: formalnym i materialnym. Pomijając w tym miejscu rozważania na temat równości w sensie materialnym, polegającej na tym, że siła głosu

3 Sąd słusznie przychylił się do argumentów skarżących, w tym Komisarza Wyborczego w Zamościu i stwierdził, że sprawa nie została rozpoznana przez Sąd Okręgowy co do istoty.

4 Zob. J. Kotłowska-Rudnik, *Omówienie raportu NIK*, „Gazeta Prawna” z dnia 22–24 kwietnia 2005 r., nr 79, s. 1: kontrola NIK dokonana w 55 gminach na terenie Polski wykazała, że w 63,6% zbadanych gmin zostały stwierdzone nieprawidłowości w sporządzonych stałych rejestrach wyborców i instrumentalne manipulacje spisami wyborców, polegające na wpisywaniu do nich krewnych i znajomych kandydatów; zob. także M. Sagan, *Głosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 marca 2007 r.* (sygn. akt I ACz 240/07), Przegląd Sejmowy nr 6(83)/2007, s. 192.

5 Chociaż w tym zakresie przepisy prawa wyborczego uległy obecnie zmianie, bowiem zgodnie z § 15 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie spisu wyborców (Dz. U. Nr 158, poz. 942) pomiędzy pierwszą i drugą turą głosowania w wyborach na wójta, burmistrza, prezydenta miasta spisy wyborców podlegają standardowej aktualizacji. Przepis ten poddany zostanie jednak krytyce w dalszej części opracowania.

6 Dziś reguluje to przepis art. 471 Kodeksu wyborczego.

każdego wyborcy jest taka sama, należy wskazać, że równość formalna oznacza, iż każdemu wyborcy w tych samych wyborach przysługuje taka sama liczba głosów.

Z kolei zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy prawo wybierania wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w danej gminie ma każdy, kto posiada prawo wybierania do rady tej gminy – w identyczny sposób kwestia ta została uregulowana w art. 10 § 1 pkt 4 obowiązującego dziś Kodeksu wyborczego. Należy w tym miejscu zauważyć, że skoro w wyborach samorządowych zarządzonych na 21 listopada 2010 r. wyborca miał prawo wybierania radnych gminy X – bo stale zamieszkiwał na terenie tej gminy i ujęty był w prowadzonym przez nią rejestrze wyborców – to miał również prawo do wybierania wójta w tej gminie. Zmiana miejsca zamieszkania pomiędzy pierwszą i drugą turą wyborów nie powoduje nabycia prawa do głosowania w drugiej turze wyborów na wójta gminy nowego miejsca zamieszkania (w analizowanej sprawie wójta gminy S.), bowiem wyborca ten nie miał prawa wybierania do rady tej gminy (gminy S.) w tych wyborach – prawo to skonsumował w wyborach do Rady Gminy „starego” miejsca zamieszkania. Argumentację tę utwierdzał przepis art. 33 ust. 2 Ordynacji wyborczej do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, do której powołana na wstępie ustawa odsyłała. Zgodnie z tym przepisem wyborca może być wpisany tylko do jednego spisu⁷. Dodatkowo należy zauważyć, że zarówno wybory do rad gmin, jak i wybory na wójta (burmistrza, prezydenta) odbywają się na podstawie tego samego spisu wyborców. Nie jest zatem możliwe wykreślenie ze spisu wyborców osoby, która na podstawie tego spisu oddała przecież skutecznie głos w wyborach do rady gminy i na wójta (burmistrza, prezydenta) w I turze, w gminie „starego” miejsca zamieszkania. Tym samym nie jest także możliwe zgodne z art. 33 ust. 2 Ordynacji (i dzisiejszym art. 26 § 2 Kodeksu wyborczego) dopisanie tej osoby do innego spisu wyborców w tych samych przecież wyborach samorządowych.

W dalszej kolejności należy wskazać na istotę prawa do głosowania w wyborach wójta, burmistrza, prezydenta miasta (czynnego prawa wyborczego). Prawo to oznacza możliwość wpływu wyborcy na wynik wyborów w konkretnej gminie. Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż czynne prawo wyborcze na gruncie prawa polskiego jest prawem obywatela, nie zaś jego obowiązkiem. Obywatel, który posiada czynne prawo wyborcze, ma zatem możliwość dwojakiemu zachowaniu się w dniu wyborów: (1) oddania głosu na wybranego przez siebie kandydata, lub (2) nieoddania głosu na żadnego z kandydatów. W obydwu przypadkach wpływa jednak na wynik wyborów, przez co należy uznać, że jego czynne prawo wyborcze konsumuje się przez sam fakt ujęcia go w spisie wyborców. W tym kontekście jego bezpośredni udział w wyborach, przejawiający się w obecności w lokalu wyborczym i pobraniu karty do głosowania nie ma znaczenia dla konsumpcji prawa do głosowania – tak czy inaczej prawo to ulega skonsumowaniu.

III. Wybory samorządowe zarządzane są przez Prezesa Rady Ministrów na obszarze całego kraju w tym samym terminie. Podkreślenia wymaga fakt, że są to jedne wybory samorządowe, w których mieszkańcy określonej jednostki samorządu terytorialnego mają prawo wybierania radnych Rad Gmin, Rad Powiatów, Sejmików Województw oraz wójtów, burmistrzów i prezydentów miast. Nawiązując do powołanej wcześniej zasady równości wyborów, należy raz jeszcze podkreślić w tym miejscu, że

7 Dokładnie taki sam przepis zawarty jest dziś w art. 26 § 2 Kodeksu wyborczego.

jej aspekt formalny oznacza, iż mieszkańcy określonej jednostki samorządu terytorialnego mają prawo wpływu na wynik wyborów radnych Rady Gminy, na terenie której zamieszkują i w konsekwencji także wójta tej gminy. Wyborca, uczestnicząc w wyborach, przyczynia się do wyboru konkretnego kandydata na radnego gminy X, zaś nie uczestnicząc w nich, ułatwia wybór tego kandydata, na którego oddała głos większość wyborców. Podobnie w wyborach na wójta tej samej gminy X przyczynia się do wyboru (lub co najmniej zwycięstwa w I turze) konkretnego kandydata, na którego oddaje swój głos, zaś nie uczestnicząc w wyborach, ułatwia wybór (lub co najmniej zwycięstwo w I turze – czyli w praktyce zajęcie jednego z dwóch pierwszych miejsc) kandydata, na którego oddała głos większość wyborców – tak w przypadku, gdy żaden z kandydatów w I turze nie uzyskał wymaganej bezwzględnej większości głosów.

W tym kontekście sytuacja, w której ta sama osoba pomiędzy pierwszą a drugą turą wyborów dopisywana jest do spisu wyborców w innej gminie, jawi się jako sprzeczna z zasadą równości wyborów, i to – wbrew stanowisku Sądu Apelacyjnego w Lublinie – bez względu na to, czy wybory w gminie pierwotnego miejsca zamieszkania tego obywatela zakończyły się w I turze głosowania czy też nie. Oznacza bowiem wpływ na wynik wyborów na wójta w dwóch różnych gminach w tych samych wyborach samorządowych. *De facto* zatem osoba ta ma podwójną liczbę głosów w stosunku do innych wyborców, niezmiwiających miejsca zamieszkania pomiędzy pierwszą i drugą turą wyborów, bowiem wywiera wpływ na obsadę stanowiska wójta w dwóch różnych gminnych jednostkach samorządu terytorialnego.

Dodatkowo należy raz jeszcze podkreślić, że w istocie rzeczy osoba taka wpisana jest do dwóch różnych spisów wyborców w tych samych wyborach – w gminie „starego” miejsca zamieszkania (w wyborach do Rady Gminy i I turze wyborów na wójta, burmistrza, prezydenta miasta) i w wyborach na wójta, burmistrza, prezydenta miasta w gminie „nowego” miejsca zamieszkania w II turze tych samych wyborów, co jest sprzeczne z literalnym brzmieniem powołanego wyżej przepisu art. 33 ust. 2 Ordynacji (dziś art. 26 § 2 Kodeksu wyborczego).

IV. W dalszej kolejności analizie należy poddać zagadnienie sporządzania i aktualizowania spisu wyborców. Zgodnie z art. 34 ust. 2 Ordynacji „samorządowej” spis ten sporządzać należało najpóźniej na 14 dni przed dniem wyborów. Zauważyć należy jednak, iż spis ten może ulegać dalszej aktualizacji do dnia jego przekazania obwodowym komisjom wyborczym, czyli do dnia poprzedzającego dzień głosowania – regulował to przepis §7 i §8 Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 października 2006 r. w sprawie spisu wyborców do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw⁸. Analizując ten aspekt sprawy należy podkreślić jednak w tym miejscu, że przez dzień wyborów należy rozumieć datę wyborów do rad gmin, powiatów i sejmików województw, tj. w analizowanej sprawie datę 21 listopada 2010 r. W tym kontekście dzień II tury głosowania na wójta, burmistrza, prezydenta miasta, tj. 4 grudnia 2010 r., był tylko datą ponownego głosowania w tych samych wyborach zarządzonych na dzień 21 listopada 2010 r. Stąd wszelkie modyfikacje w spisie wyborców, w oparciu o tę czy inną podstawę prawną zawartą w Ordynacji (poza przypadkami pominięcia osoby w spisie wyborców, ukończenia

8 Dziś kwestie te nieco odmiennie reguluje przepis art. 26 i n. Kodeksu wyborczego oraz rozporządzenie powołane w przypisie nr 5.

18 roku życia itp.), mogły mieć miejsce wyłącznie do dnia I tury wyborów, tj. w analizowanej sprawie do dnia wyborów zarządzonych na 21 listopada 2010 r.

Też taką stawia m.in. M. Sagan w Głosie do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 marca 2007 r. (sygn. akt I ACz 240/07). I choć stan prawny w tej materii uległ zmianie, to jednak w zasadniczej części argumentacja autora pozostaje w pełni aktualna także dziś: „Aktualizacja spisu wyborców przed ponownym głosowaniem, (...) pozostaje bowiem w kolizji z art. 63 ust. 1a ordynacji wyborczej do rad gmin. Ten jedyny przepis ordynacji, odnoszący się wprawdzie do ponownych wyborów, ma jednak analogiczne zastosowanie do ponownego głosowania, które jest najważniejszym elementem wyborów. W pierwotnym zakresie przepis ten stanowi, że ponowne wybory, po ich unieważnieniu przez sąd, przeprowadzają te same komisje, na podstawie tych samych spisów wyborców. Istota tego rozwiązania polega nie tylko na powtórzeniu unieważnionych wyborów, aby doprowadziły one do wyboru radnych lub radnego w sposób wolny od tych wad, które spowodowały ich nieważność, ale także na tym, aby powtórzone wybory odbywały się możliwie w tych samych warunkach, a więc aby taka sama liczba wyborców w danym okręgu wybierała tę samą liczbę przedstawicieli. O te same warunki chodzi – *mutatis mutandis* – w ponownym głosowaniu w wyborach wójta, jeżeli wyboru nie dokonano w pierwszym głosowaniu. (...) Wynik interpretacji systemowej jest zbliżony także z wykładnią funkcjonalną. Wszak celem analizowanych przepisów jest zachowanie standardów demokratycznych wyborów samorządowych, polegających m.in. na tym, aby ponowne głosowanie w wyborach wójta odzwierciedlało preferencje tylko członków wspólnoty samorządowej i eliminowało możliwość dwukrotnego głosowania przez wyborcę w tych samych wyborach wójta, na kandydatów aspirujących do tego stanowiska w dwóch gminach. (...) aktualizacja spisu wyborców pomiędzy głosowaniami jest dopuszczalna jednakże w takim zakresie, który uwzględnia innego rodzaju zaszczości (...) warunkujące zachowanie lub nabycie prawa do wybierania albo jego utratę w tym okresie”⁹.

Tytułem komentarza do powyższego cytatu można dodać, że choć dzisiejsze przepisy dotyczące przeprowadzenia ponownych wyborów w wyniku wcześniejszego ich unieważnienia pozwalają na przeprowadzenie tych wyborów na podstawie zaktualizowanego spisu wyborców (art. 396 § 2 Kodeksu wyborczego) i podobnie obowiązujące dziś przepisy rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji w sprawie spisu wyborców pozwalają na pełną aktualizację spisu pomiędzy dwiema turami wyborów, to jednak w dalszym ciągu celem zasadniczym przepisów prawa wyborczego jest „zachowanie standardów demokratycznych wyborów samorządowych, polegających m.in. na tym, aby ponowne głosowanie w wyborach wójta odzwierciedlało preferencje tylko członków wspólnoty samorządowej i eliminowało możliwość dwukrotnego głosowania przez wyborcę w tych samych wyborach wójta, na kandydatów aspirujących do tego stanowiska w dwóch gminach”¹⁰. Tym samym

9 M. Sagan, dz. cyt., s. 197–198.

10 Z tego właśnie powodu grupa posłów złożyła do łaski marszałkowskiej projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks wyborczy, w którym proponowane jest wykluczenie możliwości aktualizacji spisu wyborców o te osoby, które zmieniły miejsce zamieszkania pomiędzy pierwszą i drugą turą wyborów – krótka analiza tego projektu znajduje się w ostatnim punkcie niniejszego opracowania.

obecnie obowiązujące w tym zakresie przepisy jawią się jako co najmniej kontrowersyjne.

Na zasadność powyższych argumentów wskazywał również przepis art. 2 ust. 2 ustawy o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza, prezydenta miasta, zgodnie z którym wszystkie wymienione powyżej przepisy Ordynacji (a także wydane na ich podstawie akty wykonawcze) stosować należało nie wprost, ale odpowiednio, a zatem z uwzględnieniem różnic pomiędzy stanem faktycznym objętym normą odesłaną, a stanami faktycznymi, do których norma odesłana na podstawie normy odsyłającej ma znaleźć zastosowanie. W zgodnej opinii zawartej w orzecznictwie i w doktrynie oznacza to, iż niektóre normy odesłane będą stosowane bez jakichkolwiek modyfikacji, inne po odpowiednim zmodyfikowaniu, a jeszcze inne w ogóle nie znajdą zastosowania z uwagi na zupełną odmienność stanu faktycznego, w porównaniu ze stanem, do którego odnosi się wprost norma odesłana. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w analizowanej sprawie, tj. w drugiej turze wyborów wójta, burmistrza, prezydenta miasta. Jest bowiem rzeczą oczywistą, że wybory do rad gmin, powiatów i sejmików województw są jednostopniowe i nie występuje w nich druga tura. Przepisy Ordynacji (i wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych), dotyczące spisu wyborców miały zatem zastosowanie do drugiej tury wyborów na urząd wójta (burmistrza, prezydenta), ale tylko w ograniczonym zakresie (do spisu należało dopisać jedynie osoby wymienione §7 ust. 1 pkt 2–4 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 października 2006 r. w sprawie spisu wyborców w wyborach do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw – Dz.U. Nr 191, poz. 1417, zaś nie należało dopisywać osób zmieniających w tym czasie – prawdziwie lub fikcyjnie – swoje miejsce zamieszkania) bowiem ich zastosowanie wprost, lub nawet w zmodyfikowanym zakresie, naruszałoby zasadę równości wyborów w jej formalnym aspekcie, co wykazane zostało we wcześniejszym fragmencie niniejszego opracowania. Raz jeszcze warto powtórzyć w tym miejscu, że wobec powyższego jako co najmniej kontrowersyjny należy uznać przepis § 15 powołanego wcześniej i obowiązującego dziś rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie spisu wyborców.

V. Problemem pozostaje także kwestia możliwości stwierdzenia nieważności wyborów w sytuacji, gdy główny bądź jedyny zarzut protestu dotyczy dopisania nowych wyborców do spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania w wyborach wójta, burmistrza, prezydenta miasta. Zgodnie z przepisami art. 58–61 ustawy z dnia 16 lipca 1998 r. Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, Sąd Okręgowy orzekł o nieważności wyborów wójta, burmistrza, prezydenta miasta, jeżeli spełnione były łącznie dwie przesłanki: po pierwsze, dopuszczono się przestępstwa przeciwko wyborom, określonego w rozdziale XXXI Kodeksu karnego lub naruszenia przepisów ordynacji wyborczej dotyczących głosowania, ustalenia wyników głosowania lub wyników wyborów; po drugie zaś, jeżeli powyższe okoliczności miały wpływ na wynik wyborów (art. 61 ust. 1a).

Pomijając w tym miejscu rozważania na temat przestępstw przeciwko wyborom¹¹ i naruszeń ordynacji wyborczej, o których mowa w art. 58 ust. 1 ustawy,

11 Dziś zgodnie z przepisem art. 394 § 2 Kodeksu wyborczego Sąd Okręgowy orzeka o nieważności wyborów wójta, jeśli jakiegokolwiek okoliczności stanowiące podstawę protestu (nie tylko przestępstwo przeciwko wyborom) miały wpływ na wynik wyborów.

podkreślić należy, że ów „wpływ na wynik wyborów” (a nie na wynik głosowania!!) oznacza taką sytuację, w której gdyby nie przestępstwo przeciwko wyborom lub naruszenie przepisów ordynacji (a dziś jakiegokolwiek okoliczności stanowiące podstawę protestu), na wójta wybrany zostałby inny kandydat aniżeli ten, który formalnie otrzymał większość głosów i objął tę funkcję. Tym samym w żaden sposób nie można określić mianem „wpływu na wynik wyborów” sytuacji, w której zmianie uległyby tylko proporcje uzyskanych głosów, ale ostatecznie wybranym na wójta byłby i tak ten sam kandydat – taka sytuacja, co należy jeszcze raz podkreślić, to wpływ na wynik głosowania, ale nie na wynik wyborów, o którym mowa w art. 61 ust. 1a.

Powyższe rozważania należy odnieść do wyborów na wójta gminy S. W ponownym głosowaniu Waldemar R. uzyskał 1476 głosów, zaś jego kontrkandydat, Jadwiga K., uzyskała 1440 głosów. Przewaga Waldemara R. nad jego kontrkandydatem wyniosła zatem 36 głosów. Jeśli podzielić pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Okręgowego w Zamościu z dnia 27 czerwca 2011 r., zgodnie z którym w ponownym głosowaniu przeprowadzonym w dniu 5 grudnia 2010 r. uczestniczyło łącznie 36 osób nieuprawnionych (35 osób dopisanych na ich wnioski do rejestru pomiędzy I i II turą głosowania oraz jeden pełnomocnik, który jednocześnie był członkiem komisji wyborczej), to i tak należy zakwestionować rozstrzygnięcie polegające na unieważnieniu wyborów. Udział tych osób w ponownym głosowaniu nie miał bowiem wpływu na wynik wyborów. Nawet gdyby bowiem przyjąć, że wszystkie te osoby głosowały na Waldemara R. (trzeba jednak podkreślić, że dowodu na tę okoliczność nie da się przeprowadzić z uwagi na zasadę tajności głosowania!! – o czym w dalszej części opracowania) to końcowy wynik głosowania (bez uwzględnienia tych 36 głosów) oznaczałby remis – zarówno Waldemar R. jak i Jadwiga K. otrzymaliby po 1440 głosów.

W tej sytuacji zastosowanie znalazłby przepis art. 4 ust. 8 ustawy z dnia 20 czerwca 2002 r. o bezpośrednim wyborze wójta, burmistrza i prezydenta miasta. Zgodnie z nim, w przypadku gdy dwóch kandydatów w ponownym głosowaniu otrzyma tę samą liczbę głosów, za wybranego uważa się tego kandydata, który w większej liczbie obwodów głosowania otrzymał więcej głosów niż drugi kandydat. Wyniki głosowania w ponownych wyborach na wójta gminy S., przeprowadzonych w dniu 5 grudnia 2010 r. wskazują, że Waldemar R. otrzymał większą liczbę głosów w czterech obwodach głosowania, zaś jego kontrkandydat, Jadwiga K., otrzymała większą liczbę głosów zaledwie w dwóch obwodach głosowania. Tym samym udział w ponownym głosowaniu dodatkowo 36 osób nie miał wpływu na wynik wyborów, a jedynie miał wpływ na wynik głosowania. To jednak nie pozwalało na stwierdzenie nieważności wyborów w gminie S.

Ważniejszy jednak od błędu Sądu Okręgowego w Zamościu, który wykazany został w głosowanym postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Lublinie, jest fakt, iż ów „wpływ na wynik wyborów” jest praktycznie nie do udowodnienia, jeśli rozważać go mamy w oparciu o fakt dopisania nowych wyborców do spisu wyborców pomiędzy I i II turą głosowania. Załóżmy, że w analizowanej sprawie do spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania dopisano by więcej, aniżeli 36 osób i osoby te dopisane zostałyby niezgodnie z prawem. Czy automatycznie można byłoby przyjąć, że osoby te głosowały na kandydata, który wygrał wybory? W żadnym wypadku takie domniemanie nie miałyby podstaw prawnych, a mogłoby to być tylko domniemanie, bowiem dowodu na to kto na kogo głosował przeprowadzić się nie

da z uwagi na zasadę tajności głosowania – Sąd nie ma prawa pytać o to wyborcy, a wyborca nie ma obowiązku odpowiadać na takie pytanie. Tym samym stwierdzenie nieważności wyborów tylko w oparciu o fakt, iż nielegalnie dopisano do spisu wyborców więcej osób, aniżeli różnica głosów oddanych na poszczególnych kandydatów w drugiej turze głosowania, byłoby wówczas i jest również dzisiaj niemożliwe. Nie da się bowiem udowodnić, na kogo te osoby głosowały, przez co nie da się również udowodnić wpływu owej nielegalnej aktualizacji spisu wyborców na wynik wyborów. Udział tych osób w wyborach miałby tylko wpływ na wynik głosowania, i to nie wymaga dowodu, ale nie wystarczy to jednak do stwierdzenia nieważności wyboru.

VI. Konkludując, należy stwierdzić, że Sąd Apelacyjny w Lublinie w głosowanym orzeczeniu dopatrył się co prawda złamania zasady równości wyborów, ale zauważył tę nieprawidłowość tylko w przypadkach dopisywania do spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania w wyborach na wójta tych osób, które w dniu pierwszej tury głosowania zamieszkiwali na terenie gminy, w której wybory zakończyły się elekcją wójta już w pierwszej turze. Takie stanowisko Sądu jest zbyt asekuuracyjne i nie znajduje podstaw w obowiązującym wówczas prawie wyborczym, co zostało wykazane w treści niniejszego opracowania.

Po drugie, obowiązujące dziś przepisy Kodeksu wyborczego nie uwzględniają nawet tak asekuuracyjnego stanowiska Sądu Apelacyjnego w Lublinie, nie rozstrzygając, czy możliwa jest aktualizacja spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania poprzez dopisanie do tego spisu osób, które w tym czasie zmieniły miejsce zamieszkania i złożyły wniosek o dopisanie do rejestru wyborców lub też dokonały obowiązku meldunkowego. Rozstrzyga tę wątpliwość przepis § 15 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 27 lipca 2011 r. w sprawie spisu wyborców, pozwalając na pełną aktualizację spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania w wyborach na wójta, burmistrza, prezydenta miasta. Taka regulacja w ewidentny sposób narusza jednak zasadę równości wyborów i pozwala na patologię wyborczą, polegającą na nierzetelnym sporządzaniu tych spisów poprzez dopisywanie do nich krewnych i znajomych kandydatów zamieszkujących *de facto* w innych gminach, tylko po to, by wsparły tych kandydatów w drugiej turze głosowania.

W tym kontekście na pełną aprobatę zasługuje rozwiązanie zaproponowane przez grupę posłów w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks wyborczy¹². Projekt ten w sposób jednoznaczny wyklucza możliwość aktualizacji spisu wyborców pomiędzy dwiema turami głosowania poprzez dopisywanie do tego spisu osób, które w tym czasie zmieniają miejsce zamieszkania. Proponuje się bowiem następującą nowelizację: „w art. 473 po § 2 dodaje się §2a w następującym brzmieniu: »§2a. Prawo głosowania w ponownym głosowaniu mają wyborcy ujęci w spisie wyborców, na podstawie którego przeprowadzono pierwsze głosowanie. Przepis art. 26 § 3 stosuje się odpowiednio«”.

Nowelizacja powyższa, jak wskazują na to wyniki głosowania w I czytaniu, ma duże szanse na wejście w życie. Tym samym są też duże szanse na ostateczne wyeliminowanie patologii wyborczych, polegających na celowej migracji elektoratu pomiędzy dwiema turami głosowania i na urzeczywistnienie w pełni zasady równości wyborów w jej formalnym aspekcie.

12 Druk sejmowy nr 318.



AUTORZY

O autorach numeru

Renata Almeida da Costa – doktor nauk prawnych, profesor w Centro Universitario Ritter dos Reis (UniRitter) i La Salle University College (Unilasalle) w Brazylii, specjalistka z zakresu antropologii prawa, prawa karnego i kryminologii, a także przestępczości zorganizowanej i terroryzmu.

Przemysław Czarnek – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Uniwersytetu Katolickiego Jana Pawła II, autor wielu artykułów oraz haseł encyklopedycznych i leksykograficznych.

Adam Czarnota – profesor na Wydziale Prawa Uniwersytetu Nowej Południowej Walii w Sydney i Uniwersytetu w Białymstoku. Jest „recurring visiting professor” w Akademii Koźmińskiego, jak również przewodniczącym International Advisory Board Kolegium Prawa ALK w Warszawie. Jest co-dyrektorem Network for the Interdisciplinary Studies on Law. Członek wielu towarzystw naukowych, m.in.: International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Australian Society for Legal Philosophy, International Sociological Association; Przewodniczący International Board kwartalnika „Prawo i Więź”.

Artur Kokoszkiwicz – magister prawa, absolwent Wydziału Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II. Od stycznia 2009 r. etatowy członek Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Tarnowie.

Lech Morawski – profesor zwyczajny, specjalista w zakresie teorii państwa i prawa oraz filozofii prawa; autor kilkudziesięciu rozpraw naukowych; kierownik Katedry Teorii Prawa i Państwa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu; członek m.in. International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR), Rady Naukowej Spółdzielczego Instytutu Naukowego; redaktor naczelny kwartalnika „Prawo i Więź”.

Jadwiga Potrzebacz – doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II, magister filologii polskiej, członek IVR, TN KUL i Komisji Prawniczej Oddziału PAN w Lublinie. Autorka kilkudziesięciu publikacji z zakresu teorii i filozofii prawa. Członek Rady Programowej kwartalnika „Prawo i Więź”.

Germano Schwartz – doktor nauk prawnych, profesor w La Salle University College (Unilasalle), FADERGS i FSG. Aktualnie jest również sekretarzem komitetu naukowego socjologii prawa Międzynarodowego Stowarzyszenia Socjologicznego i przewodniczącym sekcji socjologii prawa Państwowego Brazylijskiego Stowarzyszenia Badaczy. Członek International Board kwartalnika „Prawo i Więź”.

