

Dobrochna Minich

Światopogląd konstytucyjny jako granica prawa i jego wykładni (aspekt filozoficzno-metodologiczny)

SŁOWA KLUCZOWE:

*światopogląd konstytucyjny, konstytucja, granice prawa,
wykładnia, poznanie*

STUDIA I ANALIZY

Musimy mieć na uwadze, że jednym z najbardziej dręczących problemów człowieka jest kwestia zakresu i granic ludzkiego poznania. Problematyka ta należy do najbardziej kontrowersyjnej w całej historii filozofii¹. Odnosi się to również do prawa, skoro jest ono, jak pisze Z. Pulka, „faktem interpretacyjnym, który nie istnieje przed czy też poza interpretacją”, a „głównym celem refleksji teoretycznej w prawoznawstwie jest dostarczenie spójnego uzasadnienia aksjologicznego dokonywanych rozstrzygnięć interpretacyjnych”², co czyni poznanie prawne bliskie a nawet tożsame z poznaniem filozoficznym. Ma się rozumieć, że chodzi w tym przypadku o „interpretację” *largissimo sensu* w znaczeniu jakie nadał temu terminowi J. Wróblewski, jako sposób poznania wszelkich „obiektów kulturowych” do jakich zalicza się również prawo³. Nie przesądza to, że prawo jako fakt kulturowy nie istnieje w znaczeniu ontologicznym „przed czy też poza interpretacją”. Jak słusznie zauważył W. Lang, „przepisy prawne istnieją niezależnie od wykładni i przed wykładnią i mogą być wstęp-

¹ Por. K. Jodkowski, *Przedmowa*, [w:] K. Jodkowski (red.), *Czy istnieją granice poznania?*, Lublin 1991, s. 9; T. Honderich (red.), *Encyklopedia filozofii*, T. 2, Poznań 1999, s. 714–715 (hasło – *Poznania granice*).

² Z. Pulka, *Struktura poznania filozoficznego w prawoznawstwie*, Wrocław 2004, s. 8.

³ Por. J. Wróblewski, [w:] W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa 1979, s. 394.

nie rozumiane bez dokonywania ich prawniczej interpretacji”⁴. Ma to miejsce na „poziomie deskryptywnym interpretacji tekstu prawnego” (tzw. opisowa warstwa tekstu prawnego). Jak pisze twórca poziomowej koncepcji interpretacji prawa, warstwa ta „obejmuje opis osób, rzeczy, zdarzeń, zachowań itp., należących do pewnego świata, o którym mówi tekst prawny. Jest to zatem opis pewnego świata, którego wizję wytwarza sobie interpretator w trakcie bezpośredniego, literalnego, dosłownego studiowania języka tekstu”⁵. Dla dogmatyka prawa istotny jest poziom normatywny tekstu prawnego i jego interpretacja.

Oba typy interpretacji (filozoficznej i prawniczej) mają charakter względny, „nie prowadzą do uzyskania ostatecznych i niedających się podważyć rozstrzygnięć”. W obu dziedzinach „nie istnieje uniwersalna metoda badawcza, której stosowanie dawałoby gwarancję pewności wiedzy”⁶. Paradygmat naturalizmu metodologicznego zakładany chociażby przez pozytywizm prawniczy, jak i również przez skrajne nurty socjologiczne, psychologiczne oraz przez marksistowską koncepcję prawa okazał się złudzeniem pewności wiedzy⁷. Podejmując zagadnienie granicy poznania już niejako z góry zakładamy – paradoksalnie – konieczność, by użyć określenia K. Mudyń, „wmyślenia się” nie tylko w to, co mamy jeszcze „przed” tymi granicami, ale również jeszcze w ten obszar, który znajduje się już „poza” nim⁸. Stawia to nas z kolei przed dylematem – jak można sensownie myśleć o czymś, co jak sugerują słowa „granice poznania”, nie można myślał przekroczyć. Jak zauważa J. Stelmach⁹, tam gdzie zawodzi nauka, gdzie brak zadowalającej na jej gruncie odpowiedzi na nurtujące człowieka problemy (w tym w zakresie prawa), a teorie nie obejmują swą mocą eksplanacyjną tego problemu, jak i nie umożliwiają przewidzenia ich następstw, pojawia się mit. „Pustka” rodzi niepewność a ta trwogę. Stąd ucieczka w myślenie mityczne. Prelogiczne, mityczne „wyjaśnienie”, w jakiś sposób pozwala nam ten stan ogarnąć.

⁴ W. Lang, *System prawa i porządek prawny*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny i porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 27.

⁵ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995, s. 67.

⁶ Z. Pulka, *Struktura poznania...*, s. 8.

⁷ O naturalizmie i antynaturalizmie jako dwu opcjach prawa – zob. J. Stelmach, *Naturalistyczny i antynaturalistyczny model teorii prawa*, „Studia Prawnicze” 1984, nr 3–4, s. 87–102; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 291–309.

⁸ K. Mudyń, *O granicach poznania. Między wiedzą, niewiedzą i antywiedzą*, Kraków 1995, s. 9.

⁹ J. Stelmach, *Mity prawnicze* (wersja elektroniczna); B. Brożek, *Normatywność. Esej z ontologii prawa*, Kraków 2009 (wersja elektroniczna), s. 250–262.

I. Berlin¹⁰ analizując relacją filozofia – nauka zauważył, że to pytania filozoficzne są nierozstrzygalne i wprawiają ludzi w taki w własnie stan niepokoju. Brak jest również ekspertów, którzy by potrafili na nie jednoznacznie odpowiedzieć. Prawo i prawoznawstwo, jak już to wielokrotnie wykazano, bliższe jest filozofii niż nauce¹¹. Rolą nauki jest przekształcanie pytań filozoficznych w pytania rozstrzygalne empirycznie lub formalnie (analiza logiczna ta „twarda” jak i „miękką”). Wprawdzie nie można całkowicie zetrzeć piętna filozoficznego z problemów prawnych (dotykają one samych podstaw egzystencji ludzkiej), to jednak nie można ich również pozostawić bez chociażby próby dokonań wyjaśnień naukowych, eliminując tym samym zastępcze „wyjaśnienia” mityczne.

Mit, jak się okazuje, może pełnić, w zależności od potrzeby, kilka różnych funkcji. Według J. Stelmacha: „Pierwszą, byłaby funkcja metafizyczna. Potrzebujemy mitu by wyjaśnić tajemnicę bytu (»Bytu Pierwszego«), tajemnicę człowieka (duszy ludzkiej), tajemnicę najwyższego dobra. Drugą, byłaby funkcja poznawcza. Mit wkracza w dziedzinę epistemologii wówczas, gdy nie wystarcza istniejące wyjaśnienie naukowe (lub go w ogóle brak). Trzecią, określiłbym mianem funkcji estetycznej. Mit pozwala na idealizację (afirmację) pewnych istniejących w realnym świecie zjawisk. Wreszcie funkcja czwarta, terapeutyczna. Mit ma nas ochronić przed lękiem jaki związany jest z pozostawianiem w »situacji granicznej«. Ma dać nam nadzieję, poczucie bezpieczeństwa i pewności”¹².

Według Autora analogiczne funkcje można również przypisać „mitom prawniczym”. „Funkcja metafizyczna wyraża się przede wszystkim w przekonaniu o istnieniu prawa absolutnego (co znajduje potwierdzenie w niezliczonych koncepcjach prawa naturalnego, w rozważaniach na temat idei oraz formy prawa, w sporach o „prawną” naturę rzeczy, czy wreszcie, w zorientowanych zwykle fenomenologicznie, teoriach mówiących o apriorycznej strukturze prawa). Z kolei funkcja poznawcza znajduje swój wyraz w tęsknocie za idealną metodą prawniczą. Funkcja estetyczna mitu polega między innymi na próbie wyidealizowania pewnych zjawisk z dziedziny prawa (na przykład tworzenia prawa) i prawniczej aktywności (kompetencji prawniczej). Chcemy wierzyć, że prawo jest, również w sensie estetycznym, akceptowalne – bo swoiście piękne, abso-

¹⁰ I. Berlin, *Concept and Categories. Philosophical Essays*, London 1999.

¹¹ Por. Z. Pulka, *Struktura poznania...*; M. Przełęcki, *Poza granicami nauki. Z semantyki poznania pozanaukowego*, Warszawa 1996; tenże, *Sens i prawda w etyce*, Warszawa 2004, rozdział III, gdzie Jego uwagi o nieokreśloności dyskursu etycznego można odnieść do prawa.

¹² J. Stelmach, *Mity...*

lutne, racjonalne oraz wewnętrznie spójne. Funkcja terapeutyczna mitu prawniczego, wiąże się z całą psychologiczną sferą istnienia i działania prawa, zwłaszcza z zaspokojeniem potrzeby bezpieczeństwa oraz co najmniej z ograniczeniem (pierwotnego) egzystencjalnego lęku związanego z byciem w »situacji granicznej«, którą »funduje« nam właśnie prawo. Jest to sytuacja cierpienia (pogłębiana narastającym konfliktem prawnym), walki (podejmowanej wbrew własnym przekonaniom), poczucia winy, czy wreszcie wyboru (w pewnej fazie sporu prawnego musimy przecież podjąć decyzję, która może wywołać szczególnego rodzaju dysonans »post-decyzyjny«)¹³.

Bez względu na to, czy nam to się podoba, czy nie, mit jest obecny w myśleniu prawniczym. Ba potrzebujemy go, by „w złożonej i niejasnej rzeczywistości prawa przetrwać. To właśnie w wyznaczonej przez mit przestrzeni prawnik spotyka się z »nie-prawnikiem«, połączeni wspólną wiarą w głębszy sens prawa”¹⁴.

Przede wszystkim to socjolodzy prawa podejmowali się trudu określenia „granic prawa”, jednak tylko w zasadzie w aspekcie funkcjonalnym¹⁵. Teoretycy prawa rozważali go akcydentalnie, zazwyczaj w kontekstach sporu pozytywizmu prawniczego z jusnaturalizmem¹⁶ oraz wykładni prawa¹⁷. Swoje rozważania ograniczę tylko do kontekstu zasady konstytucjonalizmu, w ramach której spróbuję określić granice prawa (wraz z jego wykładnią, skoro jest ono aktem interpretacyjnym).

L. Alexander w wydanej przed paru laty książce *Constitutionalism. Philosophical Foundations* we *Wprowadzeniu* pisze, że konstytucjonalizm rodzi wiele filozoficznych pytań odnoszących się np. do „pochodzenia” konstytucji, jej legitymacji i uzasadnienia. „Szczególne filozoficzne znaczenie ma relacja między konstytucją, władzą i możliwą metodologią jej

¹³ Tamże.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ Zob. K. Pałeck, *Uwagi o koncepcji „granic prawa” Roscoe Pounda*, ZN UJ – Prace z Nauk Politycznych 1984, z. 20, s. 37–45; tenże, *Prawo – polityka – władza*, Warszawa 1988, s. 62–85; M. Borucka-Arctowa, *Problemy granic prawa*, [w:] *Problemy teorii i filozofii prawa*, Lublin 1985, s. 45–56.

¹⁶ Z olbrzymiej w tej materii literatury wymienię tylko: Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 108 i n.; tenże, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, *passim*; K. Opalek, J. Wróblewski, *Prawo: metodologia, filozofia, teoria prawa*, Warszawa 1991, s. 216 i n.

¹⁷ Zob. K. Płeszka, *Językowe znaczenie tekstu jako granica wykładni*, [w:] M. Zirk-Sadowski (red.), *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*, Łódź 1997, s. 69–77; T. Spyra, *Granice wykładni prawa. Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Warszawa 2006, *passim*.

interpretacji¹⁸. Chodzi o to, że wraz ze zmianą warunków (społecznych, gospodarczych) dochodzi do zmian w interpretacji tego jakże istotnego aktu, który daje początek nowym ustrojom politycznym a nawet państwom (jak to miało miejsce w przypadku Stanów Zjednoczonych) oraz określa zasady legalnej działalności politycznej, kartę praw, prerogatyw i uprawnień. Czy istotne są tu: odniesienie do oryginalnych zamiarów ich twórców, wspólnego jej rozumienia, czy też jej odpowiedniość z moralnymi regułami? Z kolei, którą z nich należałoby ze wszech miar uznać za autorytatywną? To warunkuje również problem tożsamości konstytucji („Jaka jest różnica między konstytucją, a Hart’a regułą uznania?”)¹⁹. Z kolei Brian H. Bix podkreślając nie tylko praktyczną, ale i teoretyczną rolę sądownictwa, zwłaszcza Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych, władnego badać konstytucyjność aktów prawnych, co wg niego powoduje, że większość pytań polityki sprowadza się w końcu „do konstytucyjnych sporów, praw konstytucyjnych istotnie ważnych”, tym samym zwiększając rolę teorii konstytucyjnej. „Kiedy konstytucyjne teorie zwykle silnie są oparte na tekście i stanowią szkic historii szczególnie odnoszący się do podstaw sądownictwa osadzony w kulturze i prawnej historii kraju, to takie teorie regularnie dotyczą więcej ogólnych teoretycznych pytań (m.in. podstawowych zasad interpretacji i właściwego zrozumienia zasad moralnych powołanych w konstytucji). Dużo ważnych pytań w konstytucyjnej teorii stanowią te mające odniesienie w politycznej teorii: np. odnoszące się właściwych relacji różnych elementów władzy, jakich środków powściągnięcia należy użyć, by zapewnić ich równowagę, jakie prawa powinny być ochronione przez konstytucyjne zaopatrzenia i tak dalej”²⁰.

W świetle wypowiedzi tych autorów przez konstytucjonalizm rozumie się teorię traktującą o podstawach i regułach rządzenia w państwie. W pierwszym przypadku jej wskazania ucieleśniają zgromadzenia konstytucyjne, które dają początek nie tylko nowym ustrojom politycznym, jak to miało miejsce po II wojnie światowej, czy też po 1989 roku w okresie „trzeciej fali demokratyzacji”, ale też nawet całym państwom. W drugim przypadku konstytucjonalizm na podstawie formalnych reguł i procedur rządzenia, takich jak: rozstrzygająca moc opinii wyrażanej przez większość wyborców, a także takich norm jak karty praw czy określenie prerogatyw i uprawnień, wyznacza zasady legalnej działalności politycznej. Jak

¹⁸ L. Alexander, *Introduction*, [w:] tenże (ed.), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Cambridge 2001, s. 1.

¹⁹ Tamże.

²⁰ B.H. Bix, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford 2004, s. 40–41.

słusznie zauważa „rzecznik konstytucji wolności” koncepcja konstytucji została ściśle związana z koncepcją rządów przedstawicielskich, w której uprawnienia tego ciała przedstawicielskiego określa właśnie ten akt nadający mu określoną władzę²¹. Rodzi to z kolei złożone problemy, które w świetle wypowiedzi J.J. Rousseau prowadzą do sprzeczności („Postawić prawo ponad ludźmi – ten problem w polityce porównuję z problemem kwadratury koła w geometrii”)²².

Podobnie już od czasów „polskiej rewolucji” w naszej współczesnej literaturze prawniczej (z zakresu dogmatyki prawa konstytucyjnego jak i – teorii oraz filozofii prawa) zaczyna się konstytucjonalizm traktować jako normatywny model regulowania sfery polityki; pobrzmiwają w nich echa dyskusji i sporów z „kolebki” nowożytnego konstytucjonalizmu²³.

Wcześniej nie wychodzono poza paradygmat dogmatyczno-prawny i to tylko wówczas, gdy akceptowano normatywny charakter konstytucji, gdyż sporo autorów (mówię o tzw. konstytucjonalizmie socjalistycznym) ten „poziom” tego aktu nie przyjmowało, widząc w nim często jedynie akt polityczny (politycznej deklaracji)²⁴. Od czasu ukazania się książki S. Rozmaryna zaakceptowano na gruncie ówczesnej nauki prawa konstytucyjnego normatywny charakter Konstytucji PRL „w całości, we wszystkich [...] częściach i postanowieniach”²⁵. To założenie przesądzało o tym, że w zasadzie nie wychodzono poza analizę dogmatyczno-prawną. Posługiwano się wprawdzie frazeologią marksistowską, że „wyraża” ustawa

²¹ Por. F. A. Hayek, *Konstytucja wolności*, Warszawa 2006, s. 182.

²² J.J. Rousseau, *Uwagi o rządzie polskim*, [w:] tenże, *Umowa społeczna. Uwagi o rządzie polskim. List o widowiskach*, Warszawa 1996, s. 187; w *Umowie społecznej* wydanej dziesięć lat wcześniej pisał: „Sprzeciwia się to naturze ciała politycznego, żeby zwierzchnik narzucił sobie prawo, którego by nie mógł zmienić”; tamże, s. 25; por. W. Sadurski, *Konstytucyjna kwadratura koła? Przyczynek do teorii liberalnego konstytucjonalizmu*, „Civitas” 1997, nr 1, s. 37–70.

²³ Zob. M. Pietrzak, *Odpowiedzialność konstytucyjna w Polsce*, Warszawa 1992; A. Jamróz, *Demokracja współczesna. Wprowadzenie*, Białystok 1993; A. Pułło, *Idea konstytucjonalizmu w systemie zasad prawa konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 5; tenże, *Zasada konstytucjonalizmu (prolegomena)*, [w:] K. Działocha (red.), *Przeobrażenia we współczesnym prawie konstytucyjnym*, Wrocław 1995, s. 59–65; tenże, *Z problematyki zasad prawa: idee ogólne w prawie konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 1; P. Sarnecki, *Idee przewodnie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Sejmowy” 1997, nr 5; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Warszawa 2003; A. Wolek, *Demokracja nieformalna. Konstytucjonalizm i rzeczywiste reguły polityki w Europie Środkowej po 1989 roku*, Warszawa 2004; J. Szymanek, *Tradycje konstytucyjne. Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym*, Warszawa 2006.

²⁴ Por. S. Rozmaryn, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1967, s. 69–153.

²⁵ Tamże, s. 70 (pierwsze wyd. tej książki ukazało się w 1961 roku.).

zasadnicza „materialną treść”, którą stanowić miał nowy po rewolucji proletariackiej „rzeczywisty wzajemny stosunek sił w walce klasowej”²⁶, to jednak nie miało to nic wspólnego z rzetelną analizą filozoficzną. Nie mnie oceniać dlaczego tak się sprawy miały²⁷.

Już po zmianach jakie nastąpiły po „nowej wiosnie ludów” w Polsce i pozostałych krajach ówczesnego demo-ludu i nawet po uchwaleniu nowej Konstytucji nadal ten paradygmat utrzymywał się. Refleksja teoretyczno-filozoficzna nie mogła się „przebić”. Pewne światło rzuca na ten stan dyskusja nad potrzebą refleksji filozoficzno-prawnej na VIII Zjeździe Polskiej Filozofii²⁸. Jedną z przyczyn tego stanu jest to, że prawnicy od wielu dziesięcioleci z uporem trzymają się „pozytywistycznej siatki pojęciowej”, która już dawno się zestarzała i stała się „filozoficznym bankrutem”²⁹. Okazuje się, że mimo pojawienia się wielu nowych nurtów filozoficznych prawnicy nadal w pozytywistycznej wizji prawa widzą „sposób” na unaukowanie prawoznawstwa, dzieląc z tą wizją tezy: że ta nauka „powinna skupiać się na faktach (na zapisie ustawowym); że rozumować należy zgodnie z zasadami logiki formalnej; oraz że należy dystansować się od rozważań metafizycznych”³⁰. Nie bez winy są tu sami teoretycy i filozofowie prawa na co zwracają uwagę chociażby A. Peczenik czy J. Stelmach³¹. Według nich koncepcje teoretyczne czy filozoficzne dalekie są od potrzeb dogmatyki i praktyki prawniczej.

Dzisiaj w dogmatyce prawniczej i praktyce w prostych rutynowych przypadkach ten pozytywistyczny uproszczony paradygmat jest chyba nadal skuteczny. Jednak w tych tzw. trudnych przypadkach, które wymagają wyjścia poza pozytywistyczny arsenał argumentacyjny, gdzie trzeba zmierzyć się z ogólniejszą teoretyczną perspektywą, sprawy już się mają inaczej. Brak solidnego filozoficznego i teoretycznego spojrzenia sprawia, że często praktycy stają się bezradni i *ad hoc* odwołują się do niekiedy

²⁶ Jest to wypowiedź Lenina – cyt. za: tamże, s. 10.

²⁷ Bliżej na ten temat zob. J. Trzciniński, *Funkcja prawna konstytucji socjalistycznej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis”, Prawo LXIX, Wrocław 1978, s. 9–49.

²⁸ B. Brożek, *Komu potrzebna jest filozofia prawa? Refleksje po dyskusji okrągłego stołu. Panorama współczesnej filozofii polskiej*, [w:] J. Jadacki (red.), *Księga pamiątkowa VIII Polskiego Zjazdu filozoficznego*, Warszawa 2010, s. 201–205.

²⁹ Tamże, s. 202.

³⁰ Tamże.

³¹ Por. A. Peczenik, *Stan obecny teorii i filozofii prawa w krajach zachodnich*, [w:] J. Stelmach (red.), *Studia z filozofii prawa 2*, Kraków 2003, s. 9–14; J. Stelmach, *Dyskrecjonalność sędziowska w pozytywistycznych i niepozytywistycznych koncepcjach prawa*, [w:] W. Stańkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie. Materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i filozofii Prawa*, Warszawa 2010, s. 53–57.

przypadkowych teorii czy filozofii, które nie zawsze stanowią właściwą podstawą dla tych rozstrzygnięć³². Dzisiaj dogmatyka jak i praktyka prawnicza nie może się obejść – mimo uwag krytycznych – bez refleksji abstrakcyjnej (teoretyczno-filozoficznej). Nieodzowność więc refleksji filozoficznej oraz teoretyczno-prawnej dzisiaj już na dobrą sprawę nikt nie kwestionuje. Jednak przepaść jaka pomiędzy dogmatykami a filozofami i teoretykami prawa ma miejsce, powinna przy dobrej woli wszystkich stron maleć. Wymaga to jednak wypracowania przez teoretyków takich koncepcji, które przydałyby się w analizach obowiązującego prawa. Jak słusznie zauważył B. Brożek, dzisiaj stoimy przed koniecznością wspólnej pracy filozofów, teoretyków prawa i dogmatyków „nad wypracowaniem narzędzi do rozwiązywania konkretnych problemów *de lege lata* czy *de lege ferenda*, a także nad samymi tymi problemami”³³.

Dla nas istotnym jest coraz powszechniejsze aprobowanie tezy, że teoria i filozofia prawa w sferze konstytucjonalizmu ma coraz więcej do powiedzenia i wnosi istotny wkład w ich zrozumienie. Jak pisze J. Zajadło: „idea kontroli konstytucyjności prawa jest problemem nie tylko ustrojowym, lecz także *par excellence* teoretyczno- i filozoficznoprawnym”³⁴, a dzięki „tej opcji”, jak stwierdza z kolei M. Granat, „przy użyciu oprzyrządowania badawczego nieznanego konstytucjonalistom” w innym świetle ukazują się im ta problematyka³⁵.

Szczególna właściwość zasady konstytucjonalizmu bierze się z tego, że zapoczątkowała ona o wiele szersze i o wiele donioślejsze zjawisko niż bycie tylko dominującym modelem normatywnego uregulowania sfery polityki, a mianowicie ustanowiono szczególną rolę aktu konstytucyjnego w całym systemie porządku prawnego, czyniąc ją aktem nadrzędnym w tym porządku (systemie). Stała się więc ta zasada konstrukcją będącą „systemem założeń i wartości, które muszą być respektowane w całym działaniu państwa”³⁶. Opiera się na rudymenarnej zasadzie prioryteto-

³² Tamże, s. 204; zob. J. Zajadło, *Po co prawnikom filozofia prawa?*, Warszawa 2008, *passim*; tenże (red.), *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, Warszawa 2008.

³³ B. Brożek, *Komu potrzebna jest...*, s. 205.

³⁴ J. Zajadło, *Sędzia konstytucyjny – profil filozoficznoprawny*, [w:] *Dyskrecjonalność w prawie...*, s. 15.

³⁵ W. Granat, *Trybunał Konstytucyjny. Osiągnięcie czy zadanie?*, [w:] A. Szmyt (red.), *Trzecia władza. Sądy i Trybunały w Polsce*, Gdańsk 2008, s. 25 i n.

³⁶ M. Wyrzykowski, *Legislacja – demokratyczne państwo prawne – radykalne reformy polityczne*, [w:] H. Suchocka (red.), *Tworzenie prawa w demokratycznym państwie prawnym*, Warszawa 1992, s. 41; B. Jastrzębski, *Podstawowe zasady demokratycznego państwa prawa i administracji publicznej. Studium prawnopolityczne*, Płock 1999, s. 157.

wej roli konstytucji ze wszystkimi wynikającymi z tego konsekwencjami. Ta zasada jej priorytetu stanowi „funkcję materialnego obszaru regulacji konstytucyjnej. To bowiem od zakresu unormowań konstytucji, dalej od stopnia ich relewancji i wreszcie od kompleksowości (choć nie szczególności) tych unormowań konstytucja bierze swoje szczególne usytuowanie”³⁷. Niewątpliwie regulacja statutu organicznego państwa stanowi punkt wyjścia dla zasady konstytucjonalizmu. To one wyznaczają kolejne cechy ustawy zasadniczej i to na niej ta zasada się opiera. Musimy mieć jednak świadomość, że to nie „waga” spraw czy zasięg regulacji, jakie konstytucja normuje przesądzą o jej charakterze. Istotną jest jej pierwotność czy też „wcześniejszość” tego aktu i jej zakresu materialnego względem pozostałych praw oraz zawartych w nich dziedzin regulacji³⁸. Jak pisze J. Szymanek: „To bowiem uznanie pierwotnego charakteru konstytucji jako aktu »ponad« innymi prawami pozwoliło skonstruować zasadę nadrzędności jej materii, a w rezultacie nadrzędności samej konstytucji, co stworzyło bezpośrednią już podstawę dla idei konstytucjonalizmu”³⁹. Rzeczą więc najistotniejszą dla tej zasady jest założenie o nadrzędnej roli konstytucji. To moc prawna tegoż aktu przede wszystkim przesądza o jej charakterze, nie zaś to, że jest aktem o szczególnej treści. H. Kelsen jako „twardy” (ekskluzywny) pozytywista uważający, że ustawodawca może wszystko, tzn. że dowolna treść może być przedmiotem jego regulacji, dochodzi w swoim rozumowaniu odnoszącym się do badania ich konstytucyjności materialnej do stwierdzenia, iż w sytuacji takiej niezgodności, ta niezgodność zniknie, gdy stanie się ona częścią konstytucji (ma się rozumieć, że musi dojść zgodnie z przyjętymi w niej zasadami zmiany do jej nowelizacji). To wówczas treść tej regulacji konstytucyjnej będzie brana pod uwagę przez Sąd Konstytucyjny badający zgodność kolejnych aktów ustawodawczych z konstytucją (z tą już zmienioną)⁴⁰.

Okazuje się więc, że konstytucja nie jest tylko aktem o jakiejś szczególnej treści, chociaż każdy prawodawca konstytucyjny poprzez podjęcie decyzji legislacyjnej przez ten właśnie fakt pewną sferę wyróżnia, czyniąc ją konstytucyjną. Umieszczenie jej na samym szczycie porządku prawnego, nadaje jej najwyższą moc prawną, staje się prawem „pierwszorzędnym”, prawem stanowiącym podstawę całego prawa. Dzięki temu

³⁷ J. Szymanek, *Tradycje konstytucyjne Szkice o roli ustawy zasadniczej w społeczeństwie demokratycznym*, Warszawa 2006, s. 8.

³⁸ Tamże, s. 8 (autor ten odwołuje się w tym miejscu do pracy: G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 2002, s. 112 i n.).

³⁹ Tamże, s. 8.

⁴⁰ Por. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, s. 252.

jest prawem mającym „najwyższą moc wiążącą dla wszystkich podmiotów władzy państwowej”⁴¹, tym samym również władzy ustawodawczej, ograniczając, jak pisze D. Merten, jej „despotyzm”⁴². Jak dalej słusznie stwierdza ten Autor: „W połowie XX wieku zasada »prymatu ustawy« wiążąca przede wszystkim władzę wykonawczą i wymiar sprawiedliwości, została uzupełniona zasadą »prymatu ustawy konstytucyjnej« wiążącą wszystkie trzy władze (a więc także władzę ustawodawczą). O ile więc początkowo rozróżnienie między ustawą (zwykłą) a ustawą konstytucyjną miało charakter raczej ilościowy niż jakościowy (do uchwalenia ustawy konstytucyjnej potrzebna jest inna większość głosów), o tyle po przyjęciu zasady »pierwszeństwa ustawy konstytucyjnej« nastąpiło jeszcze silniejsze ich zróżnicowanie. Dotychczasowa supremacja ustawodawcy została zastąpiona przez supremację podmiotu uchwalającego konstytucję i ustawy konstytucyjnej”⁴³. Nie znaczy to, że podmiot, który otrzymał kompetencję do uchwalenia czy zmiany konstytucji jest w swej „mocy” nieograniczony. Nie, same konstytucje określają formalne czy też materialne ograniczenia ich działalności. Konkluduje zaś swoje wywody stwierdzeniem: „Ustawodawca przestał więc być *prima potestas*, a stał się *premier serviteur* państwa prawnego i musi troszczyć się o zachowanie prymatu konstytucji”⁴⁴.

Etapy konstytucjonalizacji przez jakie przechodziła zasada konstytucjonalności przez ponad dwa stulecia⁴⁵, jej artykulacja w myśli konstytucyjnej, która z trudem przebijała się do świadomości rządzących i rządzonych, by wyartykułować w końcu demokratyczne państwo konstytucyjne w sensie materialnym z zasadą nadrzędności konstytucji sprawiło, że zaczęto patrzeć na konstytucję nie tylko jako prawny porządek, ale zarazem jako aksjologiczny fundament życia zbiorowości politycznej. Znamienne dla takiego ujęcia konstytucji jest to, że taka postawa aksjologiczna związana jest z próbą przewyciężenia państwowo-prawnego pozytywizmu, szukania oparcia dla prawa nie tylko w aktach „wolicjal-

⁴¹ M. Wyrzykowski, *Legislacja – demokratyczne...*, s. 47; B. Jastrzębski, *Podstawowe zasady...*, s. 156–158; J. Szymanek, *Tradycje konstytucyjne...*, s. 8.

⁴² D. Merten, *Ustawodawstwo w państwie prawnym. Możliwości, wyzwania, zobowiązania*, [w:] *Tworzenie prawa...*, s. 11.

⁴³ Tamże, s. 12.

⁴⁴ Tamże, s. 13.

⁴⁵ A. Jamróz wyróżnił ich cztery etapy. Nie będę ich przedstawiała, gdyż dla obecnych potrzeb nie jest to niezbędne, więcej zob.: tenże, *Demokracja współczesna. Wprowadzenie*, Białystok 1993, s. 119–120 – wyróżnił je za J. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1987, s. 44–47.

nych” państwa, które w okresach kryzysów, rozchwiania systemów aksjologicznych, jakie przynoszą chociażby rewolucje czy wojny, okazują się bezradne. Stąd poszukiwanie „trwalszych” niż akt stanowienia „podstaw” prawa w tym konstytucji.

Tradycyjnie w literaturze przedmiotu wyróżnia się materialny i formalny aspekt konstytucji⁴⁶. Jak słusznie stwierdza F. Koja te dwa zakresy jej rozumienia (formalne i materialne) pokrywają się tylko częściowo, jednak „w żadnym razie nie pokrywają się całkowicie”⁴⁷. H. Kelsen mocno podkreślał, że w „naturze konstytucyjności” (a tym samym i – „nie-konstytucyjności”) powinno leżeć „jasne pojęcie konstytucji”. Konstytucja, bez względu jak się ją definiuje, stanowi zawsze fundament państwa, „jest zasadą, w której wyraża się prawnie równowaga władz politycznych w danym momencie, i jest normą, która reguluje tworzenie ustaw i innych norm generalnych”⁴⁸. Stąd dla niego konstytucja pojmowana w sposób właściwy wyznacza reguły dające podstawy do tworzenia norm prawnych (dzisiaj powiedzielibyśmy, że ustanawia naczelne normy kompetencji prawodawczej) oraz określa organy i procedury ustawodawcze. Sam jednak ten akt – na co wskazałam powyżej – nie opiera się na jakiejś ustanowionej normie, lecz na założonej normie podstawowej z której wyrasta pierwszy, nie wyznaczony jeszcze przez żadną normę akt ustawodawczy⁴⁹. Nie dziwny się więc, że aby uzyskać w miarę wyraziste pojęcie konstytucji w materialnym znaczeniu, a jednocześnie odpowiadające formalnym wymogom w tym wymaganiom owej normy podstawowej, która cały porządek prawny przecież wyznacza i to takie, które będzie odpowiadało zarazem jej politycznemu znaczeniu w życiu społecznym – już niezależnie od formy prawnej samej konstytucji, należy objąć nim te przepisy, które upoważniają do stanowienia generalnie obowiązujących norm prawnych⁵⁰. Stąd R. Walter określił konstytucję, jako „podstawę prawną dla tworzenia norm przymusu” w odróżnieniu od samych norm przymusu, lecz nie ogranicza jej zakresu do tworzenia norm generalnych⁵¹. Tutaj również znajdują się przepisy określające organy, jakie są powołane i postępowanie, jakie ma zastosowanie, przy tworze-

⁴⁶ Por. H. Zahorski, *Zasada badania konstytucyjności ustaw przez sądownictwo a konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 roku*, „Rocznik Prawniczy Wileński” 1931, R. V, s. 117–182; S. Bożyk, *Konstytucja*, Białystok 1995, s. 4–5.

⁴⁷ F. Koja, *Konstytucja*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, R. XXIII, s. 58.

⁴⁸ H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 249.

⁴⁹ Tamże, s. 249–252.

⁵⁰ Por. F. Koja, *Konstytucja...*, s. 56–57.

⁵¹ R. Walter, *Österreichisches Bundesverfassungsrecht*, 1972, s. 6 – cyt. za: tamże, s. 57.

niu i uchylaniu generalnych norm prawnych oraz ich stosowanie przez podmioty do tego uprawnione. „Ewentualną treść prawa konstytucyjnego w znaczeniu materialnym mogą stanowić dalsze regulacje dotyczące tworzenia generalnych norm prawnych, między innymi zobowiązanie do wydawania pewnych norm albo wytyczenia celów państwa, albo nade wszystko ustanowienie na rzecz jednostek podstawowych wolności i praw podmiotowych, które zakreślają treściowe granice procesowi tworzenia generalnych norm prawnych”⁵². Jak pisze H. Kelsen, konstytucja nie jest jedynie regułą procedury, ale jest również regułą treści⁵³.

To dało mu podstawę do wyróżnienia z jednej strony nie-konstytucyjność aktów powodowaną nieprawidłowościami w trybie ich uchwalania, z drugiej zaś – w nieadekwatności ze sferą materialną konstytucji. By im zapobiec stworzył typ gwarancji ich prawidłowości w postaci szczególnej formy badania konstytucyjności tych aktów przez Sąd Konstytucyjny. Wyszedł z założenia, że taką gwarancję może dać tylko organ, który jest różny i niezależny od tego, który dany przepis wydał. „Władza parlamentu polegająca na kreowaniu norm jest podporządkowana konstytucji, lecz z uwagi na generalność jej przepisów »swoboda ustawodawcy pozostaje relatywnie duża« i jest poddana »ograniczeniom stosunkowo słabym«. Zatem to nie na parlament można liczyć – twierdził Kelsen – aby urzeczywistnić jego podległość konstytucji”. Gwarancję zaś konstytucji nie można pozostawić w gestii „samokontroli parlamentu, gdyż anulowanie przepisu pozostaje wówczas w zakresie władzy dyskrejonalnej tego organu, którego ponadto nie kontroluje żaden organ wyższy”⁵⁴.

Ma się rozumieć, że tak pozytywistycznie określone pojęcie konstytucji nie może być wolne od odniesień politycznych. Jak pisze rzecznik pozytywizmu instytucjonalnego O. Weinberger istotą konstytucji państwa jest utworzenie podstawowej organizacji państwa. „Stąd też konstytucja jest przede wszystkim aktem normatywnym, który determinuje strukturę państwa przez to, że autoryzuje podległe instytucje i organy a relacje między nimi tak określa, że powstaje jednolita struktura systemu państwa: konstytucja tworzy jednolity system porządku państwowego”⁵⁵. Przedstawiając dalej „istotne treści konstytucji” poza wyżej omawianymi również wskazuje, że ten akt „wyraża podstawowe idee systemu spo-

⁵² F. Kojas, *Konstytucja...*, s. 57.

⁵³ H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 252.

⁵⁴ M. Granat, *Legitymacja Sądu Konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4, s. 11–12.

⁵⁵ O. Weinberger, *Teoria konstytucji w świetle pozytywizmu instytucjonalnego* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, s. 6.

łecznego”, które w istocie są tym samym co tzw. „założenia systemu politycznego, czy też zasady konstrukcji poszczególnych instytucji”⁵⁶. Są to niewątpliwie wartości i idee tkwiące „wewnątrz” danego systemu politycznego, czy poszczególnych instytucji. Nie można tu jednak mówić o prawno-naturalnych założeniach na których ten system czy też instytucje powinny się opierać. Odrzuca się aprioryczne, zewnętrzne wartości, które byłyby wyrazem jakiegoś praktycznego rozumu leżącego u ich podstaw i wyznaczającego ich „podstawność”⁵⁷.

Oczywiście należy dążyć do tego, by konstytucja w znaczeniu materialnym zwłaszcza w tych jej częściach, które odnoszą się do wyznaczania kompetencji oraz postępowania przy wydawaniu generalnych norm prawnych, były uregulowane w konstytucji w formalnym znaczeniu. Przez to te sfery pozostają poza ingerencją ustawodawcy zwyczajnego.

H. Kelsen wyróżnił jeszcze inne rozumienia konstytucji: konstytucja w prawno-logicznym i pozytywno-prawnym znaczeniu. Powyższe rozróżnienie to wyraz „stopniowej budowy” porządku prawnego i roli normy podstawowej. Jak już wiemy to ona uzasadnia jedność porządku prawnego i również to w niej zawarta jest tożsamość państwa. Jeśli ową normę podstawową „wprowadza” organ powołany do tworzenia prawa, to mamy do czynienia wówczas z konstytucją w znaczeniu prawno-logicznym. Gdy zaś ten organ ustanawia przepisy regulujące tworzenie dalszych norm, mamy do czynienia z konstytucją w znaczeniu pozytywno-prawnym⁵⁸. Okazuje się więc, że organ powołany do tworzenia prawa nie wydaje normy podstawowej. „Jej istnienie zakłada się w ramach teoretycznego procesu poznania prawa. Niemniej jednak wyraża się w niej pierwszy, żadną jeszcze pozytywno-prawną normą nie określony, akt ustawodawstwa, którego nie da się inaczej wyjaśnić”⁵⁹. To w normie podstawowej zawarta jest konieczność przestrzegania pierwszej (historycznie rzecz biorąc) konstytucji. Jej istnienie zakłada się i to ona warunkuje efektywność konstytucji w rozumieniu pozytywno-prawnym. Dopóki konstytucja w znaczeniu prawno-logicznym nie ulega zmianie, to mimo zmian konstytucji pozytywno-prawnych, o ile dokonały się one z zachowaniem normatywnych warunków w nich przewidzianych, państwo pozostaje ciągle to samo. Dopiero, gdy dochodzi do założenia innej normy podstawowej niż ta na której opierała się dotychczasowa konstytucja, możemy

⁵⁶ Tamże, s. 9.

⁵⁷ Por. A. Kozak, *Kryzys podstawności prawa*, [w:] O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawa a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 29–57.

⁵⁸ Por. H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 249–252.

⁵⁹ F. Kojan, *Konstytucja...*, s. 59.

mówić o nowym państwie i zerwaniu ciągłości jego tożsamości⁶⁰. Sama norma podstawowa nie określa treści rozstrzygnięć ustawodawczych. Z teźże normy nie wynikają żadne inne treści prawne, jak np. treści prawne wypływające z pozytywnego porządku prawnego dla którego norma podstawowa stanowi podłoże. Wyznacza tylko ich „egzystencję”, tj. moc obowiązującą norm ustanowionych na jej podstawie, a ściślej mówiąc – określa przynależność tych norm do systemu⁶¹.

Kolejny rozdział znaczeń konstytucji związany jest z funkcjonalnym rozumieniem konstytucjonalizmu, gdzie dotykamy aksjologicznych podstaw prawa⁶², w tym – konstytucji⁶³. Konkretyzując już rozważania chodzi o rozumienie konstytucji jako „narzędzia” a więc jej rozumienie „jurydyczne” oraz konstytucji jako aktu mającego ustanawiać materialny „porządek wartości” (jej „polityczne” ujęcie). Każdy twórca konstytucji staje przed dylematem i koniecznością rozstrzygnięcia: czy konstytucja „ma zawierać (przede wszystkim) reguły organizacyjne i reguły postępowania oraz ustanawiać ograniczenia dla działalności ustawodawczej i kompetencji wykonawczych (przez normowanie podstawowych wolności i praw podmiotowych jednostek), czy też ma zawierać merytoryczne polecenia, co do realizacji przez państwo pewnych celów lub nawet ustanawiać porządek wartości, wytyczający całokształt procesów społecznych”⁶⁴.

Traktowanie konstytucji jako „narzędzia” w świetle rzeczników tego podejścia ma stanowić zabezpieczenie prawne, by rozstrzygnięcia legislacyjne odbywały się z zachowaniem normatywnie określonych reguł, które mają charakter „techniczny” i ich rola ma ograniczać się tylko do instrumentu prowadzącego do słusznej decyzji (ustawodawczej, czy – stosowania prawa). Jak słusznie stwierdza F. Koja „przy takim rozumieniu konstytucji istotne jest założenie, by faktycznie można było wprowadzić w życie to, co w niej zostało ustanowione. Dlatego w konstytucji mogą być zamieszczone tylko reguły, których naruszenie rzeczywiście jest

⁶⁰ H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 249–252; tenże, *Czysta teoria prawa (Metoda i pojęcia zasadnicze)*, Warszawa 1934, s. 41–42.

⁶¹ H. Kelsen, *Allgemeine...*, s. 216; tenże, *Czysta...*, s. 41.

⁶² Por. K. Opalek, J. Wróblewski, *Aksjologia – dylemat pomiędzy pozytywizmem prawniczym a doktryną prawa natury*, „Państwo i Prawo” 1966, z. 9, s. 251–262; P. Dutkiewicz, *Problem aksjologicznych podstaw prawa we współczesnej polskiej filozofii i teorii prawa*, Kraków 1996, *passim*; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, *passim*.

⁶³ Por. Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne*, Warszawa 1993, *passim*; P. Winczorek, *Nowa Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Problem aksjologii*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 4, s. 9–19.

⁶⁴ F. Koja, *Konstytucja...*, s. 64.

obwarowane sankcjami”⁶⁵. Ma się rozumieć, że tak pojmowana konstytucja nie jest „aksjologicznie neutralna”. Przecież żadna norma nie jest sama w sobie obojętna wobec wartości. „Każda norma rozstrzyga o nich w jakiś sposób, skoro pewne zachowanie zostaje w niej nakazane albo zakazane lub norma upoważnia do pewnego działania”⁶⁶. Można mówić o neutralności konstytucji tylko w stosunku do konkretnych wartości, jeśli żądania co do nich nie są w niej kwalifikowane ani pozytywnie, ani negatywnie, a sam ustawodawca aksjologicznych dylematów nie stawia, ani na nie – nie odpowiada. Nie zawsze da się tego uniknąć. Stąd dochodzi do *hard cases* powodowanym w wielu przypadkach uwikłaniem aksjologicznym⁶⁷. „Trudne przypadki występują przede wszystkim tam, gdzie dochodzi do zderzenia prawa z innymi systemami normatywnymi”⁶⁸. Znamienne jest jego dalsze stwierdzenie, że owe trudne przypadki występują nie tylko w procesie stosowania prawa i tym samym jego wykładni, ale również odnoszą się do pozostałych „wymiarów» fenomenu prawa – tworzenia, obowiązywania i przestrzegania”⁶⁹. Okazuje się więc, że „trudności” interpretacyjne często mają swe źródła już na poziomie tworzenia prawa. To spór „wokół pojęcia »neutralności«”⁷⁰ doprowadził do użycia w art. 25 Konstytucji w wyniku protestu Episkopatu, wyrażenia „zachowania bezstronności” władz publicznych wobec „spraw przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych”. Czy we współczesnym liberalnym społeczeństwie pluralistycznym owo „zachowanie bezstronności” jest możliwe do zrealizowania przez „władzę publiczną”? Życie publiczne jest aksjologicznie uwikłane oraz oczywistą jest rzeczą, że te wartości mogą ze sobą kolidować i nie zawsze dają się ze sobą pogodzić. Nie można wykluczyć ich konfliktu, czy to na poziomie społecznym, czy indywidualnym. Często są niewspółmierne i nie da się ich porównać, hierarchizować i oceniać⁷¹. Wedle G.L. Seidlera „filozofia pluralizmu

⁶⁵ Tamże, s. 64.

⁶⁶ Tamże, s. 65.

⁶⁷ Zob. J. Zajadło (red.), *Fascynujące ścieżki...*, *passim*; o pojęciu *hard cases* por. B.H. Bix, *A Dictionary...*, s. 81–82.

⁶⁸ J. Zajadło, *Sędzia konstytucyjny – profil filozoficznoprawny*, [w:] W. Staśkiewicz, T. Stawecki (red.), *Dyskrecjonalność w prawie...*, s. 25.

⁶⁹ Tamże, s. 24; tenże, *Fascynujące ścieżki...*, s. 13.

⁷⁰ L. Garlicki, *Komentarz do art. 25 Konstytucji*, [w:] tenże (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz V*, Warszawa 2007, s. 13.

⁷¹ Por. I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, Warszawa 1991, s. 32–33; bliżej na ten temat zob. B. Polanowska-Sygulska, *Filozofia wolności Isaiaha Berlina*, Kraków 1998, s. 47–80; J. Zdybel, *Między wolnością a powinnością. Filozofia polityczna I. Berlina i A. MacIntyre’a*, Lublin 2005, s. 249–260.

Berlina mówi, że każdy rozwinięty system moralny uznaje i akceptuje wartości, które ze swej natury są różne i nie do pogodzenia ze sobą⁷². Idea ta uderza w klasyczną zachodnioeuropejską tradycję łącznie z paradygmatem Oświecenia. Był to „śmiertelny cios”⁷³ we wszelki monizm i uniwersalizm.

Pamiętajmy, że jurydycznie nastawiona konstytucja sama może „dać” istotne rozstrzygnięcia co do wartości, nasycając ją niejako nimi od wewnątrz. Podobnie jak przy formalnym rozumieniu konstytucji treści z nią niezgodne, które uznać można za nie-konstytucyjne, poprzez ich „wprowadzenie” do tego aktu uczynią je konstytucyjnymi.

Tutaj wkraczamy w spór pomiędzy pozytywizmem odrzucającym aksjologiczne „zaangażowanie” prawa, gdzie teza o rozdziale przesądza o walidacyjnej niezależności prawa i moralności (odmienna ocena moralna danego czynu nie może pozbawić obowiązywania normy prawnej – tak „twardzi” pozytywiści⁷⁴), a jusnaturalizmem, które to stanowisko odrzuca ową tezę o rozdziale, czyniąc obowiązywanie normy prawnej zależne od jej zgodności z moralną oceną i w szeregu przypadkach daje preferencje jakimś wartościom z „zewnątrz”.

Przyjrzyjmy się w kontekście określenia granic prawa podejściu jusnaturalistycznemu. Wyprowadzając normy prawne z różnie pojmowanej „natury porządku”, gdzie dla jednych (nurt teologiczny) „ten naturalny porządek może być traktowany transcendentnie jako wywodzący się od Boga” zaś dla innych „może być traktowany w kategoriach »ziemskich« w znaczeniu natury rzeczy”⁷⁵ (rzeczniczy laickiej, racjonalistycznej koncepcji prawno-naturalnych), to w obu tych wersjach prawo stanowione jest mu podporządkowane. „Zwolennicy takiego ujęcia uznają prawo natury jako pierwotne w stosunku do prawa stanowionego przez organy ustawo-

⁷² G.L. Seidler, *W poszukiwaniu idei ustrojowej*, Lublin 2000, s. 171; tenże, *On Pluralism*, Lublin 2001, s. 31 i n.

⁷³ Por. J. Grey, *Liberalizm*, Kraków 1994, s. 53; G.L. Seidler, *W poszukiwaniu idei...*, s. 176.

⁷⁴ Zob. przedstawione powyżej poglądy H. Kelsena i O. Weinbergera. Obecnie najbardziej znanym zwolennikiem takiej postawy jest J. Raz – zob. tenże, *Autorytet prawa. Eseje o prawie i moralności*, Warszawa 2000. Według niego roszczenie do autorytetu aktu prawnego w tym konstytucji wyznaczają reguły prawne. Przesłanką obowiązywania jakiejś normy zawsze jest inna norma – kompetencyjna – zawarta w akcie prawnym wyższego rzędu, itd., aż dochodzimy do pierwszej historycznie konstytucji. Ona wyznacza autorytet tego porządku.

⁷⁵ A. Zoll, *Godność człowieka jako źródło wolności i praw*, [w:] A. Dębiński, M. Gałązka, R.C. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Alicji Grześkowiak*, Lublin 2006, s. 279–280.

dawcze danego państwa”⁷⁶. Ponieważ pomiędzy tymi dwoma systemami normatywnymi powinna zachodzić relacja wskazująca na uzależnienie pojęcia prawa od jakichś innych reguł, tych o genezie naturalnej⁷⁷, to właśnie one wyznaczają granice prawa. J. Woleński tego typu koncepcję jusnaturalistyczną określił mianem „inkluzywizmu koniecznościowego” (esencjalnego), gdyż „uznaje spełnienie wymagań prawa natury jako niezbędny warunek dla prawa *quo* prawa”⁷⁸. Tenże Autor wykazał, że owa klasyczna koncepcja prawa naturalnego, czy to w wersji teistycznej, czy – racjonalistycznej, jest nie do utrzymania.

Jak już wyżej stwierdziłam, rzecznicy pozytywizmu prawniczego widzą w nim produkt życia społecznego – akty stanowienia (w systemie *civil law*), prawo zwyczajowe, precedensy sądowe (w systemie *common law*), odrzucając jako konieczny związek pomiędzy prawem natury a prawem pozytywnym, podkreślają niezależność istnienia prawa od jego moralnej wartości przejawianej w owym „naturalnym porządku”⁷⁹. Granicę prawa tym samym wyznacza sam porządek prawny, by zaś ustrzec się błędu „cyrkularności” zakładają różne koncepcje „normy najwyższej” (normy podstawowej). Rzecznicy „twardego” pozytywizmu wykluczającego (*exclusive legal positivism*), gdzie kryteria identyfikacji prawa zawsze i tylko są faktami społecznymi (stanowienie przez jakiś prawomocny autorytet, jak np. u J. Raza) a moralność jest wykluczona z pojęcia prawa (jego teza społeczna)⁸⁰ dzisiaj już stanowią mniejszość.

Wedle rzeczników „miękkiego”, inkluzywnego pozytywizmu zwanego również „inkorporacjonalizmem”, kryteria identyfikacji prawa muszą zawierać fakty społeczne, wprawdzie mogą odwoływać się do moralności, lecz nie muszą z konieczności być doń włączone⁸¹.

⁷⁶ Tamże, s. 279.

⁷⁷ Por. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, Poznań 1993, s. 34 i n.

⁷⁸ J. Woleński, *Czy prawo naturalne daje się uzasadnić?*, [w:] M. Borucka-Arctowa (red.), *Prawo – władza – społeczeństwo – polityka. Księga jubileuszowa profesora Krzysztofa Pałecznego*, Toruń 2006, s. 36.

⁷⁹ Por. Z. Ziemiński, *O pojmowaniu...*, s. 62–79; J. Woleński, *O pozytywizmie prawniczym*, [w:] J. Pawlica (red.), *Etyka a prawo i praworządność*, Kraków 1998, s. 9–16.

⁸⁰ Por. J. Raz, *Autorytet prawa...*, s. 42 i n.; szerzej na ten temat zob.: A. Marmor, *Exclusive Legal Positivism*, [w:] J. Coleman, S. Shapiro (ed.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford 2002, s. 104–124.

⁸¹ Zob. J. Coleman, *Authority and Reason*, [w:] R.P. George (ed.) *The Autonomy of Law*, Oxford 1996, s. 286–319; tenże, *Legalność a treść prawa. Uwagi wstępne*, Warszawa 2008, s. 7–31; zob. K.E. Himma, *Inclusive Legal Positivism*, [w:] *The Oxford Handbook of Jurisprudence...*, s. 125–165.

Powoływany wyżej J. Woleński stara się uzasadnić, że „miękki” pozytywizm można pogodzić ze stanowiskiem prawno-naturalnym rozumianym nie metafizycznie lecz minimalistycznie, gdzie prawo pozytywne spełnia określone wartości moralne, które nie mają charakteru uniwersalnego, lecz są powszechnie akceptowalne kulturowo, takie jak: czcij ojca swego i matkę swoją; nie zabijaj; nie cudzołóż; nie kradnij; nie mów fałszywego świadectwa przeciw bliźniemu swemu. Takie podejście jest wzajemnie koherentne, przez co umożliwia ich syntezę. Stąd proponuje dlań nazwę „minimalny pozytywizm prawniczy”, względnie „minimalizm naturalno – pozytywistyczny”. To kompromisowe ujęcie, które mnie odpowiada, sprawia, że „prawo naturalne [...] jest obiektywne i powszechne, ale nie jedyne i niezmiennie w czasie i przestrzeni, albowiem dopuszcza pluralizm zależny od konkretnych kultur”, czyniąc go na tyle stabilnym (w ramach danej kultury), że „działa na rzecz ekwilibrium społecznego w jej ramach”. Poza tym koncepcja powyższa „nie postuluje żadnych ostatecznych i nieodwołalnych uzasadnień dla minimum prawa natury. Całkowicie zadowala się typowymi justyfikacjami o charakterze empirycznym”⁸².

Prawo samo włącza (inkorporuje), o czym wyżej już wspomniałam, do swego porządku wiele z nich. Niektóre są włączone do konstytucji jako najwyższego aktu w tym porządku. Przez co granice prawa nabierają „innego wymiaru”. Tak Konstytucja RP⁸³, gdzie włączono takie fundamentalne dobra jak: stanowiącą uniwersalną wartość „godność człowieka” oraz klauzulę sprawiedliwości społecznej. To z „przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka” ustrojodawca wyprowadza wszystkie pozostałe wolności i prawa (art. 30 Konstytucji). „Godność człowieka jest więc źródłem dla wolności i praw; godność człowieka a nie ustawodawca”. W art. 30 Konstytucji polski ustrojodawca wyraźnie przyznaje, „że to nie on jest dysponentem wolności i praw człowieka. Są one bowiem związane z przyrodzoną i niezbywalną godnością człowieka”⁸⁴. Zaś zasada sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji) ma „korygować” *lex* o jej „materialny” aspekt. Konstytucja zabezpieczając spójność aksjologiczną prawa wyznacza zarazem jego minimalną zawartość prawa natury.

To kompromisowe podejście powoduje po pierwsze, że odnośnie treści co do składających się na *ius* zasad i wartości, rozbieżności oraz spory są już coraz mniejsze, zaś po drugie tak „poszerzona” zasada konstytu-

⁸² J. Woleński, *Czy prawo naturalne...*, s. 38.

⁸³ Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. Nr 78, poz. 483.

⁸⁴ A. Zoll, *Godność człowieka jako źródło...*, s. 280.

cjonalizmu otwiera porządek prawny na nowe treści, a tym samym – na nowe wartości.

Według G. Radbrucha pozytywistyczna zasada „»prawo jest prawem«, uczyniła niemieckich przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości bezbronniymi wobec ustaw o samowolnej i zbrodniczej treści”⁸⁵. To samo odnosiło się do prawa konstytucyjnego odnośnie którego słusznie zauważa, że bezsprzecznie pozytywna regulacja prawa „gwarantuje przynajmniej realizację idei bezpieczeństwa prawnego”, to jednak nie ona jest najważniejszą wartością jakie prawo ma realizować. Obok niej istnieją takie wartości jak: celowość oraz sprawiedliwość.

Według Niego „bezpieczeństwo prawne, które jest wartością przysługującej każdej ustawie” ze względu na jej pozytywność, jest tą wartością, która zajmuje „miejsce między celowością i sprawiedliwością”. Niejako zespalają się wzajemnie i korygując, czynią je wymagalnymi. „Z jednej strony dobro ogółu, z drugiej zaś sprawiedliwość wymagają bezpieczeństwa prawnego”⁸⁶. Bezpieczeństwo prawne czyni to, że prawo nie zmienia się z dnia na dzień, co jest również wymogiem sprawiedliwości. Ta uwaga prowadzi Radbrucha do następującego wniosku: „Tam, gdzie istnieje konflikt pomiędzy bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością, pomiędzy sporną pod względem treści a pozytywną ustawą, a sprawiedliwym, ale nie ujętym w formę prawem, istnieje w gruncie rzeczy konflikt sprawiedliwości z samym sobą, konflikt pomiędzy sprawiedliwością pozorną i rzeczywistą”⁸⁷.

Uzmysławia to, że praworzędność formalna nie jest jedyną wartością jaką powinien spełniać system prawa, co *implicite* uzasadnia założenie, iż nie stanowi jego wartości najistotniejszej (najwyższej). W najlepszym przypadku stanowi jego nieoznaczony element, co prowadzi do konfliktów wspomnianych przez Radbrucha – konfliktu zasad sprawiedliwości (pomiędzy sprawiedliwością pozorną i rzeczywistą). Już w 1937 r. w artykule zatytułowanym *O celu prawa* stwierdził, że pomiędzy dobrem powszechnym, sprawiedliwością i bezpieczeństwem prawnym nie ma harmonii, że są one w stanie „żywego napięcia”. Mocno podkreślał, iż „pierwszeństwo jednej lub drugiej z tych wartości przed innymi nie da się wyprowadzić z normy wszystkim trzem nadrzędnej – takiej normy nie

⁸⁵ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponad ustawowe prawo*, [w:] T. Gizbert-Studnicki, K. Pieszka, R. Sarkowicz, J. Stelmach (red.), *Współczesna teoria i filozofia prawa na zachodzie. Wybór tekstów*, Kraków 1985, s. 53.

⁸⁶ Tamże, s. 53.

⁸⁷ Tamże, s. 53–54.

ma, lecz pochodzi z odpowiedzialnej decyzji każdej epoki”⁸⁸. W przedstawionym wyżej eseju *Ustawowe bezprawie i ponad ustawowe prawo* formułuje jednak zasadę, która ma zmierzać do rozwikłania powyższego konfliktu między bezpieczeństwem prawnym, a więc między prawem pozytywnym a sprawiedliwością. Według Niego należy dać pierwszeństwo prawu pozytywnemu, ale tylko w takiej mierze w jakiej wyznacza równość „stanowiącą istotę sprawiedliwości”. Gdy świadomie w przepisach prawa równość zostaje zatajona czy też prawo ją łamie, to w takim przypadku „dana ustawa jest nie tylko »niesprawiedliwym prawem« ale nie jest prawem w ogóle (bowiem pozbawiona jest natury prawnej). Dzieje się tak dlatego, że prawa nie można inaczej zdefiniować, również prawa pozytywnego, niż jako przepis i porządek, które to zgodnie mają służyć realizacji idei sprawiedliwości”⁸⁹.

Dla G. Radbrucha konflikt ten miał charakter wewnątrz zasad sprawiedliwości (pozornej, rzeczywistej, formalnej, materialnej). Moim zdaniem polski ustawodawca, chcąc ominąć ów paradoks konfliktu sprawiedliwości, obok zasady państwa prawnego, sformułował wymóg, aby prawo realizowało postulaty sprawiedliwości społecznej. Tym samym wartość „sprawiedliwość społeczna” stała się wartością zewnętrzną, względem chociażby wartości bezpieczeństwa prawnego. Pozwala to dokonać oceny prawa pozytywnego z punktu widzenia sprawiedliwości społecznej wprawdzie wartości „zewnętrznej”, ale włączonej, inkorporowanej do systemu jako wartość konstytucyjna. Tym samym prawu takiemu można odebrać przymiot prawa „sprawiedliwego”, jednak tylko w drodze sądowej (u nas trybunałowej) kontroli jego konstytucyjności, mimo tego, że zostało wydane zgodnie z określoną procedurą i spełnia wymogi, tzw. „wewnętrznej moralności prawa”⁹⁰.

Trudno przesądzić, czy swą chęć zewnętrznej ochrony prawa z perspektywy sprawiedliwości społecznej oraz rozwiązanie antynomii Radbrucha było zamierzeniem polskiego ustrojodawcy. Faktem jest natomiast, że to jedynie Polska wprowadziła do swojego systemu prawa zasadę sprawiedliwości społecznej i wypływające z niej wartości. Inne konstytucje wyrażają konstrukcje zbliżone do niej treścią, jak zasada państwa

⁸⁸ G. Radbruch, *O celu prawa*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 1937, nr 1, s. 336.

⁸⁹ Tamże, s. 54.

⁹⁰ O wewnętrznej moralności prawa zob. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 68; por. R. Tokarczyk, *Doktryna prawa natury Lon Luvois Fullera*, Lublin 1976 s. 106 i n.; R. Tokarczyk, *Prawa wierne naturze. Krytyka doktryny L.L. Fullera*, Lublin 1980, s. 199 i n.

socjalnego, zasada bezpieczeństwa społecznego i socjalnego, to jednak nie tożsame z nią⁹¹.

Gdy pozytywizm nawet ten „miękki” (inkluzywny), może użyć prawa jako „narzędzia”, co często prowadzi do jego instrumentalizacji⁹², to z kolei jusnaturalizm pozbawia go pewności i stałości. Konflikt ten na gruncie naszego konstytucyjnego rozwiązania aprobującego zasadę konstytucjonalizmu⁹³ wraz z klauzulą sprawiedliwości społecznej (jako swoiście rozumianą formułą G. Radbrucha) pozwala te konflikty aksjologiczne rozstrzygnąć i utrzymać jedność aksjologiczną całego porządku prawnego. Tak więc to konstytucja jako wyraz zasady konstytucjonalizmu (w znaczeniu jakie tu jej nadaliśmy) wyznacza i stanowi granice prawa, bez potrzeby „wmyślenia się” co jest poza nią.

STRESZCZENIE

W eseju tym autorka stara się odpowiedzieć na postawione w tytule pytanie zwracając szczególną uwagę na ich uwarunkowania filozoficzno-metodologiczne. Problem granic prawa, jakie wyznacza konstytucja i jej wykładnia, to zagadnienie granic poznania, skoro prawo jako „byt” rozumiejący posiadający przecież „naturę językową” (przez co jest bliższe refleksji filozoficznej niż naukowej) z konieczności musi przybrać postać wyjaśnienia filozoficznego. Stąd wykorzystuje autorka narzędzia filozoficzne i teoretyczno-prawne do ich analizy.

Autorka odżegnuje się od „twardych” ujęć jusnaturalistycznych („inkluzywizmu koniecznościowego” – esencjalnego) będące wyrazem myślenia mitycznego. Stoi na gruncie postawy właściwej dla „miękkiego”, inkluzywnego pozytywizmu zwanego również „inkorporacjonalizmem”, gdzie kryteria identyfikacji prawa muszą odwoływać się do faktów społecznych, w tym mogą odwoływać się do moralności, lecz

⁹¹ A. Domańska, *Zasada sprawiedliwości społecznej we współczesnym konstytucjonalizmie*, Łódź 2001, s. 22.

⁹² Por. E. Kazak (red.), *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Instrumentalizacja prawa*, Wrocław 2000, *passim*; W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Wrocław 2000, *passim*.

⁹³ Jej egzemplifikację wyrażają: art. 1 ust. 1 – zasada priorytetu, ust. 2 – zasada bezpośredniego stosowania konstytucji, przepisy wyznaczające system źródeł prawa (Rozdział III – konstytucji), podległość niezawisłych sędziów tylko Konstytucji i ustawom (art. 178), przepisy odnoszące się do Trybunału Konstytucyjnego jako organu orzekającego o zgodności ustaw i innych aktów z konstytucją (Rozdział VIII odnoszący się do Trybunału Konstytucyjnego) oraz przepisy Rozdziału XII Zmiana Konstytucji (uszytniające jej zmiany w stosunku do ustaw zwykłych).

nie muszą z konieczności być doń włączone. Prawo samo włącza (inkorporuje) do swego porządku wiele z nich. Niektóre są wprost włączone do konstytucji najwyższego aktu w tym porządku. Przez co granice prawa nabierają „innego wymiaru”. Tak więc dlatego, że do Konstytucji RP inkorporowano takie fundamentalne dobra jak: stanowiącą uniwersalną wartość „godność człowieka” oraz klauzulę sprawiedliwości społecznej, w innym świetle można na gruncie polskiego konstytucjonalizmu określić „dylemat” Radbrucha i rolę Jego „formuły”.

Dobrochna Minich

CONSTITUTIONALISM AS THE LIMIT OF LAW AND ITS INTERPRETATION (PHILOSOPHICAL AND METHODOLOGICAL ASPECTS)

In this essay the author tries to answer the question posed in the title and pays special attention to its philosophical and methodological considerations. The problem of the limits of law determined by the Constitution and its interpretation is a problem of cognizance limits. If law is treated as understanding and having “the nature of language” “being” (by which is closer to the philosophical than scientific reflection) so must necessarily take the form of philosophical explanation. That’s way author uses the philosophical and theoretical tools to limits of cognizance analysis.

Author repudiate “hard” jusnaturalism formulations (essential inclusivism) which relate to mythical way thinking. She assume appropriate for a “soft” inclusive positivism attitude, where criteria of law identification must refer to social facts, includes refer to morality but don’t have to be necessarily incorporated into law. Law by itself includes (incorporates) many of them. Moral rules are sometimes directly incorporated into Constitution – supreme act of legal order. That’s the reason why limits of law acquire “another dimension”. Thus because of fact, to Polish Constitution goods like for example: representing universal value – human dignity and social justice clause are incorporated, in a different way we can determine “axiological dilemma” and role of “Radbruch’s formula” in polish constitutionalism.

KEY WORDS: *Constitutionalism, constitution, limits of law, interpretation, cognizance*