

MICHAŁ PAŹDZIORA¹

Konstytucjonalizm w postkonwencyjnym społeczeństwie²

Streszczenie

Nowoczesność, rozumiana jako permanentny kryzys legitymizacji i autorytetu, jest stałym wyzwaniem dla konstytucjonalizmu. Artykuł rekonstruuje niebezpieczeństwo, jakie niesie ze sobą zastępowanie polityczności przez imperatywy moralne. We współczesnych społeczeństwach spory polityczne przeradzają się w tzw. wojny kulturowe, a linie podziału wyznaczają dwie zwalczające się moralności: liberalna i konserwatywna. Na wybranych przykładach z sądownictwa konstytucyjnego proponuję na nowo przemyśleć definicję polityczności w konstytucjonalizmie, by uporać się z trapiącym go kryzysem legitymizacji i autorytetu.

Słowa kluczowe: konstytucjonalizm, polityczność, moralność, legitymizacja, struktura autorytetu

¹ Michał Paździora – Uniwersytet Wrocławski, Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, e-mail: pazedziora.m@gmail.com; ORCID: 0000-0001-5739-5283.

² Niniejszy tekst powstał w ramach realizowania grantu *badawczego Konstytucjonalizm. Rządy prawa, polityczność i sfera publiczna*, UMO-2015/17/B/HS5/00768.

MICHAŁ PAŹDZIORA

Constitutionalism in a Post-Conventional Society

Abstract

Modernity understood as a permanent crisis of legitimacy and authority is a constant challenge for constitutionalism. The article reconstructs the danger of substituting political nature with moral imperatives. In modern societies, political disputes turn into so-called culture wars, and the dividing lines are marked by two moralities fighting each other: a liberal morality and a conservative morality. Using selected examples from the constitutional judiciary, I put forward a proposal of rethinking the definition of political nature in constitutionalism to deal with the crisis of legitimacy and authority that plagues it.

Keywords: constitutionalism, political nature, morality, legitimacy, structure of authority

Rozważając problem funkcjonowania legitymizacji w demokratycznych systemach politycznych, Seymour Martin Lipset podkreśla, że „Stabilność danej demokracji zależy nie tylko od rozwoju gospodarczego, ale także od skuteczności i legitymizacji systemu politycznego. Skutecznością nazywamy faktyczne dokonania, to, w jaki sposób system spełnia podstawowe funkcje rządu w opinii większej części ludności oraz takich silnych grup, jak na przykład wielki kapitał lub siły polityczne. Legitymizacja obejmuje zdolność systemu do wytworzenia i podtrzymania przekonania, że istniejące instytucje polityczne są dla społeczeństwa najlepsze. Stopień legitymacji posiadanej przez systemy polityczne zależy w dużej mierze od sposobu, w jaki rozwiązano sprawy kluczowe, które przez wiele lat dzieliły społeczeństwo”³. Tym samym Lipset zwraca uwagę na kryzys legitymizacji, który pojawia się w okresach przechodzenia do nowej struktury społecznej, gdy status funkcjonujących instytucji nie potrafi sprostać politycznym oczekiwaniom głównych grup społecznych.

Celem artykułu jest prześledzenie natury kryzysu legitymizacji na przykładzie polskiego sądownictwa konstytucyjnego. Badając trzy decyzje polskiego Trybunału Konstytucyjnego, chcę pokazać, że obecny kryzys nie jest niczym nowym i nie należy go wiązać wyłącznie ze zmianami w sądownictwie zapoczątkowanymi przez rządzącą większość – Prawo i Sprawiedliwość po wygranych wyborach w 2015 r. W szerszym – filozoficznym i politycznym – kontekście kryzys legitymizacji jest związany z nieodwracalnymi zmianami, które zapoczątkowała epoka nowoczesności (I) oraz powstaniem społeczeństwa postkonwencjonalnego (II), a tym samym koniecznością zmiany struktury autorytetu prawa (III). Tym trzem aspektom będą poświęcone kolejne części artykułu.

Nowoczesność i kryzys autorytetu

Niemiecki filozof Herbert Schnädelbach wyróżnia cztery różne płaszczyzny użycia predykatu nowoczesność (nowoczesny): chronologiczną, historyczną, strukturalną, wartościującą⁴. W zależności od tego, które znaczenia słowa nowoczesność mamy na myśli, zmienia nam się obszar prowadzonych sporów. Chcę jednocześnie pod-

³ S.M. Lipset, *Homo politicus. Społeczne podstawy polityki*, Warszawa 1995, s. 81.

⁴ Por. H. Schnädelbäch, *Próba rehabilitacji animal rationale*, Warszawa 2001, s. 328–334.

kreślić, że używając słowa nowoczesność rzeczownikowo, mam w intencji zawsze użycie tego słowa jako predykatu. Mówiąc inaczej, nie wiąże znaczenia słowa z jakąś obiektywną rzeczywistością czy też subiektywnym odczuciem. Nowoczesność oznacza dla mnie zespół cech, które pozwalają określić pewien stan rzeczy mianem „nowoczesny”. Poniższe rozróżnienie, tak jak każda typologia, wprowadza duże uproszczenia. Często bowiem ktoś używa predykatu nowoczesny w kilku, a być może nawet we wszystkich znaczeniach jednocześnie. Sądzę jednak, że poniższe rozróżnienie ma sens, gdyż rzuca światło na wielopłaszczyznowość sporu o modernę.

Chronologiczne użycie predykatu nowoczesny wyznaczone jest przez podkreślanie odmienności czasów, w których przyszło nam żyć. Termin nowoczesność, w tym ujęciu, oznacza więc to, co jednoznacznie odcina się od przeszłości, podkreślając stale to, co nowe, co jeszcze nie odkryte. Teraźniejszość ujęta jest jako moment stałego dialektycznego znoszenia zastanych, zużytych już obrazów świata. W tym sensie możemy mówić o trwaniu w nowoczesności. Trwaniu w czasach, w których „w modzie” jest pozostawanie w ciągłym ruchu, w ciągłym napięciu pomiędzy tym, co jest, a tym, co przed nami. Owo otwarcie moderny, samoświadomość zwrócenia się ku przyszłości podkreśla przede wszystkim chronologiczne użycie predykatu nowoczesność.

W kontekście historycznym mówimy o nowoczesności, gdy odnosimy się do epoki. Wśród autorów odnoszących się do nowoczesności nie ma zgodności co do tego, kiedy owa epoka się zaczęła. Adorno i Horkheimer początek moderny widzą w Baconowskim programie zapanowania nauki nad przyrodą, inni za datę graniczną uważają Wielką Rewolucję Francuską oraz Oświecenie, czasy wielkich industrializacji, schyłek klasycyzmu, romantyzmu, czy też początek modernizmu estetycznego 1950 roku. Z punktu widzenia historycznego ujęcia moderny ważne wydaje się jednak to, że jak wskazuje H. Schnädelbach, moderna rozumiana jako epoka ma swój początek i koniec – musi istnieć historia ją poprzedzająca oraz historia po niej. Nowoczesność w historycznym znaczeniu zawsze będzie opisywana jako ruch rządzący się własną dynamiką.

W bardzo silnym związku z ujęciem chronologicznym pozostaje ujęcie wartościujące. Nowe czasy – bycie nowoczesnym – staje się zasadą normatywną. Silnie związany z ideą postępu modernizm odcina się od dyktatu tradycji. Nowoczesność jest koncepcją normatywną gdzie to, co nowe, określane jest jako racjonalne. Ujęcie wartościujące jest afirmatywnym wyrazem ujęcia chronologicznego.

Strukturalne ujęcie nowoczesności ma związek z jej teoretyczną charakterystyką. W tym sensie możemy mówić o teoriach nowoczesności wskazujących na ogólne powtarzające się właściwości. Nowoczesność jest w tym przypadku pojęciem abstrakcyjnym, Weberowskim typem idealnym, tworzonym przez nauki humanistyczne. Możemy powiedzieć, że strukturalne użycie predykatu nowoczesność jest wynikiem

naukowej obiektywizacji. Teoretyczne opracowanie nowoczesności może wskazywać zarówno na fałszywość potocznych wyobrażeń, ukryte założenia, pozorną powierzchnię, co wzmacniać nasze potoczne wyobrażenia. Tym, co ważne w strukturalnym ujęciu nowoczesności, jest brak w wyjaśnianiu struktury narracyjnej. Nowoczesność jest czymś, co nie odnosi się już tylko do pewnych obszarów wiedzy czy kultury, może wydarzyć się wszędzie, o ile zajdą konieczne przesłanki. Nowoczesność nie może być więc zredukowana do określonego czasu historycznego – ujęcie historyczne. Celem analizy strukturalnie opisanej nowoczesności jest uchwycenie zobiektywizowanych, powtarzalnych form jej przejawiania się. Nie znaczy to bynajmniej, że nowoczesność nie ma związku z historycznymi wydarzeniami. Wprost przeciwnie, kształt nowoczesności podyktowany jest w głównej mierze procesami rewolucyjnymi, a współcześnie globalizacją. Momenty dziejowe, takie jak rewolucja francuska oraz rewolucja przemysłowa w Anglii, jak każde momenty radykalnych przemian, świadczą o „starzeniu się” jądra tradycji, która do tej pory z powodzeniem odgrywała funkcję koordynującą i uzasadniającą trwanie instytucji społecznych.

„Nowoczesność pojawia się za każdym razem, gdy teraźniejszość jest traktowana jak drzwi otwarte na przyszłość”⁵. Cytat ten doskonale ilustruje stosunek nowoczesności do przeszłości, autorytetu oraz związanym z nim problemem legitymizacji odziedziczonych porządków. Każdy nowoczesny podmiot powinien rozumieć swoje czasy niezależnie od tego, co zostało mu przekazane przez autorytety z przeszłości. Odpowiedzialność za dokonane wybory i działania spoczywa wyłącznie na nim⁶. Tym samym nowoczesność jest strukturą, w której uświadamiamy sobie, że ponosimy odpowiedzialność za kształt porządku, w którym przyszło i przyjdzie nam żyć. Mając świadomość swojego oderwania od przeszłości i zwrócenia ku przyszłości, w kierunku tego, co jest wyczekiwane, nowoczesność musi sama dla siebie stać się źródłem normatywnych odniesień⁷. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że relacja rozum–autorytet jest stałym odniesieniem czasów, w którym żyjemy. Szczególnie użyteczna w tym kontekście jest dyskusja, którą zapoczątkował Jürgen Habermas, dla którego nowoczesność pojawia się za każdym razem, gdy teraźniejszość jest traktowana jak drzwi otwarte na przyszłość. W pismach niemieckiego filozofa relacja rozumu i autorytetu zostaje związana z problemem racjonalnego uzasadniania naszych działań i twierdzeń, a wzrost racjonalności w wymiarze społecznym polega na przejściu przez działanie komunikacyjne

⁵ G. Borradori, *Filozofia w czasach terroru. Rozmowy z Jurgenem Habermasem i Jacques'em Derridą*, Warszawa 2008, s. 107.

⁶ Por. H. Schnadelbäch, op. cit., s. 241.

⁷ A.M. Kaniowski, *Jürgen Habermas wobec sporów filozoficznych wokół epoki nowoczesności*, „Colloquia Communia” 1986, 4–5(27–28), s. 41.

koordynacji działań, których uzasadnienie do tej pory opierało się na bezkrytycznie przyjmowanym autorytecie tradycji. Zdaniem Habermasa, w najwyższej postkonwencjonalnej fazie społecznego rozwoju następuje ostateczne uwolnienie się od autorytetu. Nietrudno dostrzec, że autorytet jest w teorii krytycznej Habermasa rozumiany w kategoriach władzy oraz przedstawiany jako pionowa struktura hierarchicznych zależności, która blokuje autonomię jednostki. Skłoniło to Hansa-Georga Gadamera do filozoficznej interwencji. Debata między dwoma filozofami⁸ dotyczyła głównie kwestii konieczności zaniku autorytetu. Zdaniem Gadamera autorytet nie musi polegać wyłącznie na kontroli i utracie autonomii, ale jest oparty na relacji uznania. Innymi słowy, w naukach humanistycznych nie sposób jest zrezygnować z autorytetu tradycji i nie ma on nic wspólnego ze ślepyim posłuszeństwem. Przeciwnie, w związku z tym, że autorytet tworzy relacja uznania, jest on wynikiem działania samego rozumu. Niezwykle owocnym jest trzeci głos w tej dyskusji. Paul Ricoeur, który wyraźnie sprzeciwił się redukcynemu rozumieniu autorytetu do hierarchicznych zależności i obok struktury pionowej wyraźnie postulował istnienie struktury poziomej. „Pozostaje jednak faktem, że wertykalna relacja autorytetu, nawet jeśli rozpatrywana w granicach dyskursywnej lub pisemnej władzy, stanowi cierń w ciele takiego przedsięwzięcia jak moje własne, celowo ograniczone do wzajemnych form obopólnego uznania”⁹. Zdaniem francuskiego filozofa autorytet nie znika, gdy w trybie uznania go jednostka jest w stanie z nim dyskutować, dzięki czemu może umieścić autorytet w procesie samoidentyfikacji. Ambiwalencja autorytetu ściśle wiąże się z jego podwójną strukturą. W działaniu autorytet to z jednej strony władza jednych nad drugimi (struktura pionowa), a z drugiej poszanowanie dla wzajemnej autonomii (struktura pozioma).

W projekcie nowoczesności autorytet tradycji powinien zostać zastąpiony autorytetem rozumu. Zdaniem brytyjskiego socjologa Franka Furediego silne naciski kulturowe spowodowały jednak przekształcenie twierdzeń naukowych w niezbywalne prawdy¹⁰. Powstałe kultury eksperckie nie dostrzegają, że termin „nauka” jest kategorią silnie upolitycznioną i moralną. Wysuwane żądania, by podporządkować się autorytetowi, raczej kojarzą się z uznaniem papieskiej nieomyłności. Paradoksalnie rozszerzenie autorytetu eksperckiego na pole prawne i polityczne doprowadza do podwójnej delegitymizacji: pierwsza faza związana jest z odpolitycznieniem obywateli w wyniku przetrucenia części podejmowanych decyzji na zespoły eksperckie; w drugiej fazie monopol systemów eksperckich doprowadził do podważenia ich własnego autorytetu, gdyż systemy eksperckie nie

⁸ Por. A. How, *The Habermas–Gadamer debate and the nature of the social: back to Bedrock*, Aldershot 1995.

⁹ P. Ricoeur, *The Course of Recognition*, Cambridge MA–London 2005, s. 212.

¹⁰ F. Furedi, *On Tolerance: A Defence of Moral Independence*, London 2011, s. 186–188.

są w stanie wykształcić dostatecznych podstaw normatywnych do powstrzymania ekspansji roszczeń politycznych oraz przekonania społeczeństwa, że istniejące instytucje polityczne są dla społeczeństwa najlepsze. Innymi słowy, otoczenie społeczne zaczęło postrzegać systemy eksperckie w kategoriach autorytetu pionowego, związanego z narzuceniem nowej hierarchii epistemologicznej i moralnej, natomiast systemy eksperckie często nie widzą potrzeby w artykulacji treści w strukturze horyzontalnej – uznaniu dialogu i perswazji.

Spółeczeństwo postkonwencjonalne

Zdaniem Gertrude Himmelfarb (*One Nation, Two Cultures*) obecne konflikty społeczne są ściśle związane z kryzysem legitymizacji i autorytetu. Badając społeczeństwo amerykańskie, zauważyła, że w wyniku rewolucji lat 60. minionego wieku między obywatelami Stanów Zjednoczonych pojawiła się nowa linia podziału, która nie przebiega zgodnie z tradycyjnym podziałem na bogatych i biednych, wykształconych i niewykształconych, ale niejako w poprzek „klas, jak również w poprzek religii, ras, płci, grup etnicznych i politycznych”. O współczesnych sporach ideowych decydują raczej wartości moralne i kulturowe, a nie *stricte* ekonomiczne¹¹. Tradycyjne w liberalnym społeczeństwie spory między bogatymi i biednymi, wykształconymi i niewykształconymi, zostały zastąpione sporami kulturowymi, które pod pewnymi względami determinują jeszcze większe podziały niż polaryzacja klasowa, którą Karl Marx uznał za kluczowy fakt życia pod kapitalizmem. „Polaryzacja jest najbardziej widoczna w tak gorąco dyskutowanych kwestiach jak aborcja, małżeństwa homoseksualistów, kupony szkolne i modlitwy w szkołach publicznych. Ma jednak większe konsekwencje, wpływając na przekonania, postawy, wartości i praktyki w wielu dziedzinach, od moralności prywatnej do polityki publicznej, od kultury popularnej do kultury wysokiej, od przestępczości do edukacji, opieki społecznej i rodziny”¹². W każdej kampanii politycznej oraz procesie tworzenia prawa podziały te przekształcają się w postulaty polityczne takiej czy innej partii. Zwrot w definiowaniu sprawiedliwości w kategoriach moralnych został również opisany przez Lindę Skitka w artykule *Exploring the „Lost and Found” of Justice Theory and Research*¹³. Prowadząc badania z psychologii społecznej nad zmieniającą się koncepcją sprawiedliwości, dowiodła, że społeczne wyobrażenie

¹¹ E. Ciszewska, *Konflikt w amerykańskiej duszy*, „Znak” 2008, 636.

¹² G. Himmelfarb, *One Nation, Two Cultures*, New York 1999, s. 197.

¹³ L.J. Skitka, *Exploring the “lost and found” of justice theory and research*, „Social Justice Research” 2009, 22, s. 98–116.

sprawiedliwości znacząco zmieniło się na przestrzeni ostatnich lat. Począwszy od lat 70. minionego wieku pojęcie sprawiedliwości definiowano wokół trzech różnych kategorii, którym przypisała następującą typologię. *Homo oeconomicus*, czyli sprawiedliwość opartą na kategorii interesu. Właściwe dla lat 70. rozumienie pojęcia sprawiedliwości ogniskowało się wokół zasady zapewnienia równowagi między ponoszonymi przez jednostki kosztami, a rezultatami ich aktywności. *Homo Socialis* wyznacza zasadę sprawiedliwości skupioną na potrzebie zrozumienia mechanizmów wykluczenia ekonomicznego oraz społecznego i sposobach odpowiedzi na niesprawiedliwość ekonomiczną. Natomiast ostatni typ sprawiedliwości charakteryzujący obecne czasy uosabia *Homo Moralis*, w którym zasada sprawiedliwości jest definiowana w imię własnego interesu moralnego. To, co ja lub moja grupa postrzega jako moralne, to, co uważam, że powinno być, jest rozumiane jako sprawiedliwe. Współczesne nam postrzeganie sprawiedliwości Skitka streszcza następująco „Oceny preferencji są definiowane jako sprawy o subiektywnym smaku. Ludzie mogą różnić się tym, czy preferują na przykład jabłka, czy pomarańcze. Sprawy preferencji są postrzegane jako autonomiczne, subiektywne i dość specyficzne dla odbiorców. Natomiast konwencje są społecznie lub kulturowo podzielanymi poglądami na temat tego, w jaki sposób sprawy są normalnie załatwiane w danej grupie. Konwencje są często formalnie sankcjonowane przez władze, przepisy i prawo. Chociaż każdy w obrębie grupy ma rozumieć i stosować się do spraw konwencji, osoby spoza grupy nie muszą. Natomiast sprawy imperatywu moralnego, przeciwnie, uogólniają i mają zastosowanie niezależnie od granic grupy. Co więcej, kluczowym rozróżnieniem pomiędzy konwencjami normatywnymi a imperatywami moralnymi jest ich względny stopień niezależności autorytetu. Ludzie mogą ignorować autorytety, zasady i prawa, jeśli uważają, że są one sprzeczne z osobistymi normami moralnymi”¹⁴. Tezę tę potwierdzają również wyniki badań polskiej badaczki Anny Macko, która, badając poglądy oraz postawy członków młodzieżówek partyjnych: PO, PiS i SLD, doszła do wniosku, że linie sporu politycznego w Polsce są obecnie definiowane głównie przez różnice w postawach moralnych¹⁵. Tendencją współczesnych czasów jest kolonizowanie dialogu politycznego przez imperatywy moralne. Zdaniem wrocławskiego filozofa Leszka Koczanowicza dialog polityczny w Polsce przybrał postać wojny kulturowej, która jest „walką między obrońcami kanonu a zwolennikami różnicy”¹⁶. Poglądy moralne definiują konflikty w kon-

¹⁴ Ibidem, s. 103.

¹⁵ A. Macko, *Umysł moralny. Jak powstają oceny moralne?*, Warszawa 2018.

¹⁶ L. Koczanowicz, *Post-postkomunizm a kulturowe wojny*, [w:] R. Nycz (red.), *Kultura po przejściach, osoby z przeszłością. Polski dyskurs postzależnościowy – konteksty i perspektywy badawcze*, Kraków 2011, s. 15.

tekście prywatności, religii, a nawet polityki publicznej czy kształtu publicznych instytucji. Dodatkowo, stale postępująca jurydyzacja naszego życia sprawia, że dzielące społeczeństwo ideologiczne konflikty przekształcają się w spory prawne. Zaobserwowana ze zdumieniem przez Alexisa de Tocqueville'a skłonność amerykańskiego społeczeństwa do rozstrzygania wszelkich konfliktów na forum prawnym staje się również naszym udziałem.

Wielu badaczy podkreśla, że proces polityczno-prawnej transformacji w Europie Środkowo-Wschodniej związany jest z zastąpieniem tradycyjnych podziałów społecznych narzuconych przez ustrój socjalistyczny – lud pracujący i burżuazja, lub zwolennicy autorytarnego reżimu a prowolnościowi opozycjoniści – podziałem charakterystycznym dla zachodnich demokracji: zwolenników opcji liberalnej, w opozycji do zwolenników opcji konserwatywnej. Pierwszych cechować ma moralność nowoczesna, drugich – moralność tradycyjna. Rozwiązanie panujących konfliktów jest niemożliwe bez zrozumienia ich moralnego podłoża oraz kondycji czasów, w których żyjemy. Recepta musi uwzględniać pytanie: jak zachować możliwość koordynacji działań politycznych, wiedząc jednocześnie, że nie dysponujemy żadną zewnętrzną i bezstronną konwencją porządkującą, która będzie niezależna od toczonych wojen kulturowych.

Tradycyjnie termin „postkonwencjonalny” jest łączony z projektem działania komunikacyjnego Habermasa. Społeczeństwo postkonwencjonalne w ujęciu niemieckiego filozofa jest postulatem normatywnym, z którego wyprowadzane są główne założenia publicznego rozumu: bezstronność, inkluzyjność sfery publicznej oraz racjonalność argumentów. Odmienne rozumienie terminu „postkonwencjonalny” przedstawia Leszek Koczanowicz. W jego ujęciu społeczeństwo postkonwencjonalne nie jest postulatem normatywnym, ale kategorią, która opisuje naturę polityczną współczesnych społeczeństw. Powracając do poprzedzających rozważań odnośnie permanentnego kryzysu nowoczesności, kondycję społeczeństwa postkonwencjonalnego określają dwie sprzeczne tendencje: z jednej strony konieczność współdziałania, z drugiej strony coraz mocniejsze tendencje i procesy światopoglądowego zróżnicowania. „Demokratyczne społeczeństwo, uruchamiając potencjał emancypacyjny, czerpać musi jednocześnie z zasobów wspólnoty, aby nie stać się jedynie zespołem jednostek połączonych zewnętrzną więzią przepisów prawa i instytucji społecznych”¹⁷.

Inaczej mówiąc, we współczesnych, nowoczesnych społeczeństwach nie mamy możliwości ustanowienia zewnętrznej i bezstronnej zasady porządkującej. Z uwagi na nieusuwalność różnicy systemu wartości, sam proces ustalania zasady porządkującej jest w centrum walki politycznej. Skoro nie możemy już uzasadnić naszych

¹⁷ Idem, *Wspólnota i emancypacje. Spór o społeczeństwo postkonwencjonalne*, Wrocław 2005, s. 206–207.

działań opierać na społecznym lub kulturowym *a priori*, konieczność koordynacji działań wymusza postawę dialogiczną. Z jednej strony jednostka nie może bezkrytycznie podchodzić do rezerwuaru wzorców przekazywanych przez tradycję, z drugiej strony zmuszona jest stale konfrontować własne propozycje z innymi. W społeczeństwach postkonwencyjnych wszystkie rozwiązania są tylko zwykłym *modus vivendi*, a nie bezstronnym i beczasowym konsensusem. Oczywiście rozwiązania pojawiających się problemów same mogą stać się problemami do rozwiązania w przyszłości.

Przykład 1. Aborcja

1 marca 1989 r. posłowie Polskiego Związku Katolicko-Społecznego złożyli projekt ustawy o prawnej ochronie dziecka poczętego, który był wynikiem konsultacji wyłącznie z Episkopatem Polski. Skala protestów uruchomiła akcję zbierania podpisów za zorganizowaniem ogólnokrajowego referendum. Mimo zebrania prawie 1,7 milionów podpisów, władze państwowe referendum nigdy nie zorganizowały. 7 stycznia 1993 uchwalono ustawę o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, która wprowadziła przepis o prawnej ochronie życia ludzkiego od momentu poczęcia, a w miejsce pojęć „płodu” oraz „przerwanie ciąży” wprowadziła pojęcie „dziecka poczętego”. 30 sierpnia 1996 r. sejm, w którym większość miała koalicja SLD-PSL wprowadził nowelizację do ustawy o planowaniu rodziny, wprowadzając dodatkową przesłankę przerywania ciąży, tzw. z powodów społecznych. Natomiast już w grudniu tego samego roku grupa senatorów złożyła wniosek do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie zgodności ustawy z 1996 r. z obowiązującą wówczas tzw. Małą Konstytucją, a Trybunał Konstytucyjny uznał przepis art. 4a. 1. 4) dopuszczający aborcję, gdy kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej, za niekonstytucyjny¹⁸.

Przykład 2. Wolność sumienia

30 kwietnia 1990 r. Minister Zdrowia i Opieki Społecznej wydał rozporządzenie do ustawy o przerywaniu ciąży z 1956 r., w którym znalazły się przepisy o klauzuli sumienia dla lekarza, który mógł odmówić dokonania aborcji. Natomiast w grudniu 1996 r. uchwalono nową ustawę o zawodzie lekarza, która w artykule 39 na stałe wprowadziła klauzulę sumienia do polskiego porządku prawnego. Wprowadzenie klauzuli sumienia dla zawodu lekarza wywołało trwającą do dziś dyskusję o tym,

¹⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K. 26/96.

czyje sumienie w przypadku legalnej aborcji ma mieć pierwszeństwo – lekarza, czy pacjentki. Naczelna Rada Lekarska zaskarżyła przepisy o klauzuli sumienia w zakresie obowiązku wskazania innego lekarza lub placówki kobiecie, której lekarz prowadzący odmawia wykonania zabiegu aborcji, powołując się na klauzulę sumienia. Orzeczeniem z 7 października 2015 r. Trybunał Konstytucyjny uznał ten przepis za niekonstytucyjny¹⁹.

Przykład 3. Zgromadzenia cykliczne

13 grudnia 2016 r. weszła w życie nowelizacja ustawy Prawo o zgromadzeniach, która wprowadziła nieznaną dotąd kategorię w Polskim porządku prawnym – zgromadzenie cykliczne, Art. 26a. 1. Jeżeli zgromadzenia są organizowane przez tego samego organizatora w tym samym miejscu lub na tej samej trasie co najmniej 4 razy w roku według opracowanego terminarza lub co najmniej raz w roku w dniach świąt państwowych i narodowych, a tego rodzaju wydarzenia odbywały się w ciągu ostatnich 3 lat, chociażby nie w formie zgromadzeń i miały na celu w szczególności uczczenie doniosłych i istotnych dla historii Rzeczypospolitej Polskiej wydarzeń, organizator może zwrócić się z wnioskiem do wojewody o wyrażenie zgody na cykliczne organizowanie tych zgromadzeń. Zwolennicy opozycji widzieli w tym ruch zamach na wolności obywatelskie i ograniczenia prawa do wyrażania swoich poglądów. Strona rządowa przedstawiała to jako uporządkowanie prawa oraz zwiększenie gwarancji bezpieczeństwa obywateli i porządku publicznego. Na Wniosek Prezydenta RP Trybunał Konstytucyjny zbadał nowelizację między innymi w zakresie Art. 26a. 1. i orzekł o jej zgodności z konstytucją²⁰.

Relacjonując powyższe sprawy starałem przedstawić je jak najbardziej obiektywnie, używając języka do przesady opisowego. Nie trudno jednak odgadnąć jak silne społeczne emocje im towarzyszyły. Za każdym razem spór polityczny przybierał postać wojny kulturowej między zwolennikami tzw. moralności nowoczesnej a zwolennikami moralności konserwatywnej. Ciężko mówić o dialogicznej postawie w polityce, w momencie gdy polityka definiowana jest ona przez moralność. Jak już było wspomniane, logika sporu politycznego zdefiniowana przez imperatywy nigdy nie prowadzi do kompromisu. Ostateczna konfrontacja przybiera wtedy postać batalii prawnej o uniwersalną hierarchię wartości.

¹⁹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2015 r., K 12/14.

²⁰ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 marca 2017 r., Kp 1/17.

Polityczność, moralność, autorytet prawa

W przypadku wojen kulturowych prawo jest w bardzo niekorzystnej sytuacji – niezależnie bowiem od skomplikowanej materii konstytucyjnej z punktu widzenia zaangażowanych stron spór jest bardzo prosty – każda ze stron jest przekonana, że ma rację. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej składa się z 243 artykułów, czyli jest bardzo obszerną regulacją. Jednak kiedy mówimy o konkretnych prawach podmiotowych, o określonych gwarancjach, okazuje się, że dookreśla je zwykła ustawa. Konstytucja w ok. 150 przypadkach odsyła do ustaw zwykłych. Dodatkowo w rodzimym systemie prawnym Trybunał Konstytucyjny ma prawo do przeprowadzania abstrakcyjnej kontroli sądowej oraz dominującym modelem kontroli konstytucyjnej jest kontrola *ex-post*. Wszystko to sprawia, że stwierdzając zgodność albo niezgodność aktów niższych hierarchicznie z konstytucją, sądownictwo konstytucyjne jest czynnym aktorem politycznym. Jak mawia amerykański politolog Andrew Heywood, „nie ma polityki tam, gdzie panuje spontaniczna zgoda i naturalna harmonia”. Trudno natomiast o spontaniczną zgodę i harmonię w przypadku konfliktów o dopuszczalność aborcji, miejsce i znaczenie swobody sumienia lub kwestię swobody głosu poglądów. Przeciwdziałając arbitralności innych władz, sądownictwo samo nie może narazić się na zarzut, że działa arbitralnie, co zwłaszcza w sytuacji ostateczności orzeczeń nie daje żadnej możliwości kontroli i zapobieżenia błędności oceny. Stąd uzasadniania orzeczeń oraz zdania odrębne nadają się doskonale do badania i rewidowania obecnych w sądownictwie konstytucyjnym polityk konfliktu.

Jednym z narzędzi, który posłużyły do badania uzasadnień, jest śledzenie tzw. wypowiedzi hybrydowych. Metafora została zaczerpnięta z pracy Rafała Włodarczyka, gdzie służyła wyjaśnieniu działania ukrytego programu w edukacji. Włodarczyk, badając elementy ideologiczne w edukacji zauważył, że działanie ideologii „(...) przypomina sytuację, w której nasze wypowiedzi w języku obcym sporadycznie zakłócają się, niepostrzeżenie dla nas, strukturami gramatyki naszego rodzimego języka, to znaczy tworzą rodzaj hybrydy. Zaburza to zamierzony sens przekazu, zniekształca go czy wypacza. Hybrydyczne wypowiedzi wskazują na pewną wyuczoną formę porządkowania treści, która wywołuje efekty stojące w sprzeczności z zamierzeniami”²¹. W badanym kontekście oznacza to szczególne zwrócenie uwagi na fragmenty uzasadnień, w których deklarowana „obiektywność i neutralność” badania hierarchii wartości w konflikcie praw konstytucyjnie chronionych jest zniekształcana przez hierarchizację wartości *a priori*. W szczególności interesujące

²¹ R. Włodarczyk, *Ideologia, teoria, edukacja. Myśl Ericha Fromma jako inspiracja dla pedagogiki współczesnej*, Kraków 2016, s. 275.

wydają się momenty, w których Trybunał Konstytucyjny usilnie próbuje uzasadniać przyjętą hierarchię wartości obiektywistyczną, racjonalistyczną, i moralną epistemologią. W ustroju demokratycznym osiągnięcie stałej hierarchii lub równowagi wartości jest fikcją. Fikcja ta staje się tym bardziej widoczna, gdy staramy się zapewnić harmonię wartości bez uwzględnienia konfliktu praw konstytucyjnych, które są przedmiotem sprawy. Podobnie jak Sanne Taekema uważam, że „(...) można jedynie *a priori* wyróżnić niewspółmierność wartości z konieczności dokonania uzasadnionego wyboru między wartościami w konkretnej sytuacji”²².

Zwrócenie uwagi na wskazane elementy uzasadnień pozwala wyprowadzić wniosek, że konstytucjonalizm w Polsce nadal jest zakładnikiem formalizmu prawniczego. Formalizm nie oznacza tu tylko ślepej wiary w metody prawniczej analizy. Wspólnym punktem różnych wersji formalizmu jest akceptacja tezy, że orzekanie ma na celu znalezienie z góry określonej odpowiedzi na pytanie prawne za pomocą prawniczych metod, kanonów oraz form argumentacji. Jeśli proces orzekania jest rozumiany w ten sposób, wówczas głównym zagrożeniem dla powodzenia tego procesu jest niezdeterminowanie tekstu prawnego. W przypadku badanych spraw zarzut niedookreśloności zwrotów ustawowych jest głównym narzędziem polityki konfliktu kreowanej przez Trybunał Konstytucyjny. Uważne czytanie fragmentów uzasadnień, w których pojawia się zarzut niedookreśloności prawa, pozwala postawić tezę, że są to fragmenty najbardziej apodyktyczne i arbitralne. Ukryte dziedzictwo formalizmu widoczne jest szczególnie w przypadku dokonywania abstrakcyjnej hierarchizacji wartości konstytucyjnych.

Posłużmy się fragmentem uzasadnienia do wyroku w sprawie dotyczącej aborcji. „Jak już wielokrotnie podkreślano, próba zróżnicowania wartości życia ludzkiego w oparciu o racjonalne przesłanki musi określić kryterium, z którego owo zróżnicowanie miałyby wynikać. Nie wystarczy w tym celu odwołanie się wyłącznie do określonych regulacji ustawowych, różnicujących w szczególności prawa majątkowe dziecka przed i po urodzeniu. Niezależnie od tego, że w tym przypadku dotyczy to innej kategorii praw, ustawodawstwo zwykle nie może rzutować w sposób bezpośredni na ustalanie zakresu ochrony wyznaczanego przepisami konstytucyjnymi, choćby z tego powodu, iż mylnie może rozpoznawać hierarchię wartości ustaloną w konstytucji”²³. W przytoczonym fragmencie uzasadnienia wyroku uderzające jest to, że Trybunał Konstytucyjny nie dopuszcza do pojawienia się sporu między prawami konstytucyjnie chronionymi „Prawo do odpowiedzialnego decydowania o posiadaniu dzieci sprowadza się więc w aspekcie negatywnym wyłącznie do

²² S. Taekema, *What should be transparent in law? A pragmatist strategy to justify legal decisions*. IVR2003paper. doc 30.07.2003, s. 7 (<http://ssrn.com/abstract=1542068>).

²³ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., K. 26/96, s. 20.

prawa odmowy poczęcia dziecka. Wówczas wszakże, gdy dziecko zostało już poczęte, prawo to możliwe jest do realizacji wyłącznie w aspekcie pozytywnym, jako m.in. prawo urodzenia dziecka i jego wychowania”²⁴. Wcześniej możemy przeczytać, że „Niedookreśloność zwrotu trudna sytuacja osobista dyskwalifikuje z punktu widzenia wymogów konstytucyjnych art. 4a ust. 1 pkt 4 ustawy z 7 stycznia 1996 r. w brzmieniu po nowelizacji. Pozwala on bowiem na wyprowadzenie z niego normy zezwalającej na pozbawienie życia bez uwzględnienia innych wartości konstytucyjnych”²⁵. Należy przy tym pamiętać, że obowiązywała wtedy tzw. Mała Konstytucja, która nic nie mówiła o aborcji, a Trybunał w uzasadnieniu oparł się głównie na zasadzie demokratycznego państwa prawa.

Analizowane orzeczenia pokazują jeszcze inny, bardzo niebezpieczny aspekt formalizmu, który trapi konstytucjonalizm. Często orzeczenia krytykowane są za ich polityczność, ale tym, co powinno przykuć naszą uwagę, jest podporządkowanie w decyzjach sądowych logiki sporu politycznego imperatywom moralnym. Gdy dwie osoby umawiają się co do pewnych zasad postępowania, wówczas ich wzajemne zobowiązanie ma charakter moralny. O polityce możemy mówić, gdy w grę wchodzi trzecia osoba. W polityce musimy zdać sobie sprawę, że konsekwencje naszej umowy poniesie ktoś inny. Polityczność wyznacza warunki brzegowe umowy w demokracji. Związując umowę, powinniśmy interpretować ją w taki sposób, aby uwzględniała kogoś, kto nie jest obecny przy jej zawieraniu i może się z nami nie zgadzać. Tak rozumiana polityczność jest w stanie zbudować dostateczne podstawy normatywne do legitymizacji instytucji sądownictwa konstytucyjnego.

We wszystkich trzech wymienionych uzasadnieniach dominuje pionowa struktura autorytetu. Na próżno jest szukać elementów dialogicznych, rzeczywistego wazenia wartości konstytucyjnych, uwzględniania wyjątkowości sporu politycznego lub konieczności uwzględnienia tych, którzy nie mają na tyle siły społecznej, by być równoważnym partnerem sporu politycznego. Bez troski o zbudowanie struktury poziomej wyroki Trybunału Konstytucyjnego będą podgrzewać spór polityczny, zamiast go łagodzić. Sądownictwo konstytucyjne nie uniknie wplątania w wojny kulturowe. Nie może być jednak ich zakładnikiem. Jest zbyt cenne dla demokracji, gdyż obiecuje to, czego polityka spełnić nigdy nie może: zobowiązanie do wydania decyzji, przymus uzasadnienia oraz rolę obserwatora. Francuski filozof polityki, Pierre Rosanvallon zauważył, że w „działaniu sądu tkwi coś w rodzaju politycznej pedagogiki”. Niestety, niewiele uczymy się na błędach.

²⁴ Ibidem, s. 19.

²⁵ Ibidem, s. 18.

Bibliografia

- Borradori G., *Filozofia w czasach terroru. Rozmowy z Jurgenem Habermasem i Jacques'em Derridą*, Warszawa 2008.
- Ciszewska E., *Konflikt w amerykańskiej duszy, „Znak”* 2008, 636.
- Furedi F., *On Tolerance: A Defence of Moral Independence*, London 2011.
- Himmelfarb G., *One Nation, Two Cultures*, New York 1999.
- How A., *The Habermas–Gadamer debate and the nature of the social: back to Bedrock*, Aldershot 1995.
- Kaniowski A.M., *Jürgen Habermas wobec sporów filozoficznych wokół epoki nowoczesności, „Colloquia Communia”* 1986, 4–5(27–28).
- Koczanowicz L., *Post-postkomunizm a kulturowe wojny*, [w:] R. Nycz (red.), *Kultura po przejściach, osoby z przeszłością. Polski dyskurs postzależnościowy – konteksty i perspektywy badawcze*, Kraków 2011, s. 15–30.
- Koczanowicz L., *Wspólnota i emancypacje. Spór o społeczeństwo postkonwencyjne*, Wrocław 2005.
- Lipset S.M., *Homo politicus. Społeczne podstawy polityki*, Warszawa 1995.
- Macko A., *Umysł moralny. Jak powstają oceny moralne?*, Warszawa 2018.
- Ricouer P., *The Course of Recognition*, Cambridge MA–London 2005.
- Schnadelbäch H., *Próba rehabilitacji animal rationale*, Warszawa 2001.
- Skitka L.J., *Exploring the “lost and found” of justice theory and research, „Social Justice Research”*, 2009, 22, s. 98–116.
- Taekema S., *What should be transparent in law? A pragmatist strategy to justify legal decisions. IVR2003paper.doc 30.07.2003, s. 7* (<http://ssrn.com/abstract=1542068>).
- Włodarczyk R., *Ideologia, teoria, edukacja. Myśl Ericha Fromma jako inspiracja dla pedagogiki współczesnej*, Kraków 2016.