

ADAM SULIKOWSKI

Uniwersytet Wrocławski

KONSTYTUCJA — SYSTEM — HEGEMONIA.
„(ANTY)POLITYCZNA” FUNKCJA
ARGUMENTÓW SYSTEMOWYCH
W ORZECZNICTWIE KONSTYTUCYJNYM

Argumentacja systemowa jest niewątpliwie fundamentem uprawomocnienia orzecznictwa konstytucyjnego. Służy zarówno legitymizacji tak zwanych orzeczeń negatywnych, w których sądy konstytucyjne stwierdzają niezgodność jednych aktów normatywnych czy też zawartych w nich przepisów z aktami (przepisami) wyższego rzędu, jak i dostarczaniu uzasadnienia dla bardziej subtelnych technik orzeczniczych, polegających na „uzgadnianiu” wykładni czy praktyki stosowania określonych przepisów niższego rzędu z określonymi rozumieniami treści przepisów wyższego rzędu. W niniejszym tekście autor przyjrzy się krytycznie tej argumentacji, porzucając tak zwaną wewnętrzną perspektywę, czyli postawę wyznawcy. Odrzucona zostanie zatem już na poziomie założeń podstawowa teza tradycyjnego pozytywizmu prawnego, w myśl której system prawa jest traktowany jako kategoria ontologiczna (prawo istnieje jako system)¹. Przyjęte będzie natomiast, że założenie o systemowości prawa jest regułą większości dyskursów prawniczych, które identyfikują się, bądź są identyfikowane jako dyskursy pozytywistyczne. Innymi słowy autor założy, że prawnicy uwikłani w praktykę tych dyskursów traktują prawo tak, jakby było ono systemem, czyli zorganizowanym układem elementów, tłumiąc wszelkie doświadczenia, które przeczyłyby treści założenia. Taki stan rzeczy stanowi lokalną prawniczą wersję mechanizmu funkcjonowania wszelkich teorii afirmatywnych, opisanego onegdaj przez nestora Szkoły frankfurckiej M. Horkheimera. Afirmatywność oznacza podporządkowanie wrażeń, odczuć i wątpliwości niekwestionowanym założeniom systemu wiedzy. W procesie formułowania naukowych twierdzeń zostają z nich usunięte takie elementy, które mogą podważyć spójność, a tym samym legitymizację systemu. Ten sam mechanizm teoretycznego myślenia zdominował zarówno nauki ścisłe i przy-

¹ Z. Pulka, *Interpretacja prawnicza jako rodzaj interpretacji filozoficznej*, [w:] *Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Ponowoczesność*, red. M. Błachut, Wrocław 200, s. 126.

rodnicze, jak i społeczne². Jest on zresztą niewątpliwie przejętym przez sejentyzm legatem myślenia przednowoczesnego, które ujmowało funkcjonowanie świata w kategoriach systemowego wytworu boskiego rozumu i nakazywało kwestionowanie wszystkich obserwacji i konstatacji, które przeczyłyby dogmatycznym założeniom. Jak pisał T. Zarębski o tym (post)teologicznym mechanizmie:

człowiek okazywał swą racjonalność przez wierne trzymanie się formalnych wymogów danego systemu pojęć i wnioskowanie zgodne z tymi wymogami. Założenie o uniwersalności zasad ludzkiego myślenia zapewniało uniwersalność pojęcia racjonalności i dostarczało powszechnego, obiektywnego kryterium osądu różnych idei i systemów pojęciowych, także tych pochodzących z innych kultur i epok³.

Dogmatyka prawnicza, czyli podstawowy sposób uprawiania nowoczesnego prawoznawstwa na podstawie założeń pozytywizmu, jest bardzo zbliżona pod względem konstrukcyjnym i metodologicznym do dogmatycznej teologii⁴. Systemowość prawa to lokalna wersja teologicznego twierdzenia o istnieniu obiektywnego logosu uniwersum, który wyznacza sens wszelkich twierdzeń zarówno o charakterze opisowym, jak i normatywnym. Logos jest, z założenia, niepolityczny i nieideologiczny, chociaż niewątpliwie funduje oceniający stosunek do określonych faktów i zjawisk. Logos ujęty w karby wiedzy jest niesprzeczny i zupełny. Tym, co mu zagraża najbardziej, jest herezja, czyli odstępstwo od jego prawd będące wynikiem błędu bądź grzechu. Ten ostatni ma charakter ideologiczny i polityczny, jest bowiem świadomym i dobrowolnym odejściem od prawdy w imię fałszywie pojmowanych zachcianek bądź interesów. W ten sposób największymi wrogami systemowego obrazu świata są polityczna wola i związana z nią dowolność. Gwarantowanie systemowości jest natomiast wykonywaniem funkcji antyideologicznej i antypolitycznej.

Zmiana optyki z afirmatywnej na krytyczną wiąże się z porzuceniem systemowej wizji wiedzy i jej wytworów. Wszelka wiedza jest traktowana jako produkt mniej lub bardziej autonomicznych dyskursów, których założenia są traktowane również jako produkty określonej ideologii, a w dalszej perspektywie określonych procesów materialnych (zgodnie z duchem wyrafinowanego marskizmu w wersji Althusserowskiej bądź też Nietzscheańskiej genealogii czy Foucaultowskiej archeologii wiedzy). W niniejszym tekście autor chciałby zrelatywizować ten pogląd, przenosząc go na grunt omawianej szczegółowej problematyki argumentacji systemowej i orzecznictwa konstytucyjnego. Potraktuje on zatem zarówno sądownictwo konstytucyjne, jak i systemową argumentację jako elementy ideologiczne zarówno, gdy idzie o ich charakter oraz konsekwencje. Oczywiście, nie będzie tu prowadzona szczegółowa genealogiczna czy archeologiczna narracja w oma-

² M. Horkheimer, *Teoria tradycyjna a teoria krytyczna*, [w:] *Szkola frankfurcka*, red. J. Łoziński, Warszawa 1987, s. 142 n.

³ T. Zarębski, *Od paradygmatu do kosmopolis*, Wrocław 2005, s. 81.

⁴ Por. L. Nowak, *Metodologiczne kryterium demarkacji i problem statusu teologii*, „Nauka” 2004, nr 3, s. 126.

wianych kwestiach. Niewielka objętość opracowania i skomplikowany charakter problematyki wykluczają sensowność takich prób. Uwaga zostanie raczej skupiona na sformułowaniu pewnej autorskiej diagnozy, opartej na wcześniejszych badaniach i ujęciach teoretycznych zarówno własnych autora, jak i obecnych w filozoficznoprawnej literaturze krytycznej. Interesujące w toku rozważań będą najniebezpieczniejsze skutki (nad)używania argumentacji systemowej przez sądy konstytucyjne oraz ideologiczny charakter systemowej logiki, jaką w praktyce posługują się sądy. Innymi słowy, zostanie podjęta próba ukazania, że traktowanie przez sądy konstytucyjne *acquis constitutionnels* jako „niepolitycznego prawa” przy jednoczesnym, wpisanym niejako w systemową logikę dążeniu do „promieniowania” tego prawa na „prawo polityczne” może wywierać destrukcyjny wpływ na ustrojowe *status quo*.

Autor wyjdzie od twierdzenia, że sądownictwo konstytucyjne jest inkorporacją oświeceniowej burżuazyjnej ideologii opartej na pewnym racjonalistyczno/liberalnym kompleksie założeń o prawie. Kompleks ten można, upraszczając, przedstawić w kilku punktach:

1. Prawo powinno być narzędziem urzeczywistniania wymogów rozumu.
2. W ustalaniu wymogów rozumu uprzywilejowani poznawczo są fachowcy wykształceni w duchu scjentyzmu.

3. Prawną emanacją rozumu jest zespół podstawowych uprawnień opartych na mieszczańskich wartościach: osobistej, formalnej wolności, prywatnej własności z pewną dozą solidaryzmu (braterstwa).

4. Demokracja jako rządy większości stanowi potencjalne zagrożenie dla rozumu, gdyż przedkłada polityczne namiętności nad wymogi racjonalności, zagraża także potencjalnie funkcjonowaniu podstawowych uprawnień.

5. Parlamentaryzm, mimo że jest oparty na konstrukcji mandatu wolnego, nie stanowi wystarczającego gwaranta rozumu i praw. Potrzeba zatem kontroli prawa ze strony organów merytokratycznych, praktycznie niezależnych od aktu wyborczego.

6. Konstytucja rozumiana jako forma pisana jest tylko protezą rozumu. Jej tekst nie stanowi realnego wzorca kontroli prawa; musi podlegać zarówno rozumnej ewolucji, jak i czasem ustąpić przed zewnętrznymi wobec niej wymogami rozumu.

To ten właśnie kompleks legł u podstaw kształtowania się systemu demokracji liberalnej czy też demokracji konstytucyjnej. Ustanowił także podwaliny wykształcenia się sposobu myślenia o zadaniach i roli sądownictwa konstytucyjnego, którą we wcześniejszych pracach określono jako model Sieyèsowski⁵, gdyż to właśnie Emmanuel Joseph Sieyès pierwszy wyraził go na gruncie teoretycznym,

⁵ Por. A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8; *idem*, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec ponowoczesności*, Wrocław 2008.

żądając już w 1791 roku utworzenia jury konstytucyjnego, które byłoby organem kontrolującym posunięcia legislatury nie tyle z konstytucją pisaną, ile z pewną ideologiczną wizją racjonalnej władzy. Jak stwierdzają francuscy historycy konstytucjonalizmu, M. Morabito i J. Bourmaud, jury konstytucyjne miało być merytokratycznym organem pełniącym funkcję „sądu kasacyjnego w porządku konstytucyjnym, warsztatu w celu doskonalenia konstytucji, jurysdykcji sprawiedliwości naturalnej”⁶. Wprawdzie pomysły Sieyèsa nie doczekały się pełnej realizacji — pewną namiastką ich urzeczywistnienia była instytucja senatu w czasach Napoleona I, a potem Napoleona III, wątki oraz idee, które wyraził francuski teoretyk stanu trzeciego, na trwałe trafiły jednak do politycznych dyskursów. Oczywiście, nie ma wątpliwości, że bezpośredni fundament teoretyczny dla stworzenia w Europie scentralizowanego sądownictwa konstytucyjnego stanowiła teoria austriackiego normatywisty H. Kelsena, która przewidywała zupełnie inną rolę dla sądu konstytucyjnego — gwaranta systemowości prawa rozumianego jako niesprzeczny i zorganizowany układ norm⁷. Nieprawdziwe byłoby jednak twierdzenie, że ekspansja sądowej kontroli konstytucyjności prawa na kontynencie europejskim wiązała się z polityczną karierą normatywizmu. Pomysły wprowadzenia sądów konstytucyjnych do systemów ustrojowych państw przebiły się (z wyjątkiem Czechosłowacji i Austrii, gdzie w latach 20. XX wieku zorganizowano kontrolę konstytucyjności prawa opartą na fundamentach Kelsenowskich; instytucje te zostały zresztą zlikwidowane w wyniku działań nazistów) dopiero po II wojnie światowej w reakcji na kryzysy demokracji przedstawicielskiej, które doprowadziły do zachodnioeuropejskich autorytaryzmów i totalitaryzmów. Nie jest dziełem przypadku, że pierwsze powojenne sądy konstytucyjne powstały w Niemczech i we Włoszech⁸. Tworząc konstrukcję sądów, kierowano się wprawdzie teoriami Kelsena, gdyż zapewniały one sądom konstytucyjnym przekonującą „niepolityczną” legi-

⁶ D. Morabito, D. Bourmaud, *Historia konstytucyjna i polityczna Francji*, Białystok 1996, s. 154.

⁷ H. Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle*, „Revue du Droit Public” 1928, s. 198 n.

⁸ Jak zauważa, M. Hailbronner w odniesieniu do trybunału niemieckiego: „If we want to understand the German Constitutional Court and how it came to exercise its current authority, we are often confronted with the argument that the German Court derives its power from the reaction to the German Nazi past. Following the Nazi era, the argument runs, parliament could no longer be trusted to protect rights and so it was inevitable that a strong court would arise to play this role. This idea is rarely elaborated on in detail, but its traces can be found in passing remarks at many international conferences and sometimes in the academic literature, for example on the first page of Kommers’s and Miller’s book on German constitutional jurisprudence, and in the writings of Jed Rubenfeld, Bruce Ackerman, as well as Kim Scheppele who argues that the German Court’s strength stems from its ability “to participate in shaping the collective memory about the previous regime(s) of horror” — M. Hailbronner, *Rethinking the rise of the German Constitutional Court: from antinazism to value formalism*, „International Journal of Constitutional Law” 12, 2014, s. 628.

tymizację⁹, funkcję nowych organów postrzegano jednak diametralnie odmiennie, niż projektował ją austriacki normatywista. Sądy miały nie tyle zapewniać koherencję systemu prawa, choć oficjalnie taka była ich główna i podstawowa rola, ile raczej gwarantować trwałość systemu liberalno-demokratycznego i zapobiegać radykalizmom politycznym (stąd wprowadzenie mechanizmów kontroli partii politycznych), a jednocześnie zgodnie ze stopniowo przejętą zza oceanu doktryną *living constitutionalism*, rozwijać i aktualizować liberalne fundamenty ustroju. Będąc świadomym różnic w konstrukcji i praktyce działania trybunałów w poszczególnych państwach, można dzisiaj przekonująco twierdzić, że w Europie ukształtował się paradygmat sądownictwa konstytucyjnego, który można uznać za specyficzną emanację zarówno tradycji Kelsenowskiej, jak i Sieyèsowskiej oraz elementów doświadczeń amerykańskich, wypracowanych w ramach *judicial review*. Bez wątpienia tradycja Kelsenowska wyznacza na ogół zasady konstrukcji sądu i dominuje w warstwie retorycznej, czyli determinuje struktury mówienia o sądach konstytucyjnych oraz sposoby legitymizacji ich działalności i orzecznictwa. Sieyèsowskie jest natomiast postrzeganie przez sądy i ich dyskursywne otoczenie realnej roli i zasad czynności kontrolnych. Praktykę wyznacza także wiele importowanych rozwiązań amerykańskich¹⁰. Jak wynika z licznych badań porównawczych, trybunały uznają się i są uznawane przez demoliberalny mainstream jako elitarne i apolityczne organy kontrolujące szeroko rozumianą prawidłowość działań legislatywy, a w pewnych aspektach także egzekutywy. Oficjalnym wzorcem dla tej kontroli jest wprowadzenie konstytucja, traktowana jednak nie jako ograniczony treściowo akt normatywny, lecz raczej jako wyznacznik idealnego ustroju oraz idealnego prawa (*vide* orzecznictwo naszego TK w kwestii klauzuli państwa prawnego), w dodatku wyznacznik dynamiczny i reaktywny, mocno zmienny w czasie. Niewątpliwie głównonurtowe dyskursy konstytucyjne zaakceptowały tezę o niezbędności nomokratycznego i liberalno-racjonalistycznego nadzoru nad prawotwórstwem. Zaakceptowały na ogół także twierdzenie o niezbędności, a tym samym legitymacji aktywistycznych technik orzeczniczych sądów konstytucyjnych, takich jak: odraczanie wejścia w życie orzeczeń o niekonstytucyjności, „odkrywanie” w konstytucjach norm pozatekstowych w postaci reguł, zasad i wartości (często takie „odkryte” normy mają po prostu dostarczyć systemowego kamuflażu dla zamaskowania komunikatu o tym, że dana ustawa jest w opinii sędziów nieracjonalna, lub jej wprowadzenie byłoby niecelowe) czy też tak zwana „wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją” przybierająca często postać wykładni konstytucji w zgodzie z pewną wizją sędziowskiej racjonalności. Na ogół legitymizacja sądów konstytucyjnych nie jest podważana. Jak zauważa W. Sadurski:

⁹ M. Granat, *Legitymacja sądu konstytucyjnego na gruncie czystej teorii prawa Hansa Kelsena*, „Przegląd Sejmowy” 33, 1999, nr 4, s. 10.

¹⁰ A. Scalia, *Mullahs of the West. Judges as moral arbiters, Mullowie Zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*, wyd. ang. i pol., Warszawa 2009, s. 26 n.

Klasyyczny argument uzasadniający prawowitość kontroli konstytucyjnej wiąże się z fundamentem samego konstytucjonalizmu: kontrolę tę uznaje się za rozmyślnie wytworzone narzędzie antywiększościowe, tzn. oparty na konstytucji sposób ograniczenia rządów większości sprawowanych przez parlament lub — w niektórych przypadkach — za pomocą mechanizmów demokracji bezpośredniej. Z takiej perspektywy zewnętrzna i pozawiększościowa instytucja jest gwarancją tego, że postępowanie obieralnej władzy mieści się w ramach konstytucyjnych ograniczeń. Jeżeli chodzi o prawa konstytucyjne, argumentacja opiera się na potrzebie przestrzegania praw traktowanej jako wymóg demokratyczny sam w sobie, nie mniej istotny niż konieczność wprowadzenia w życie preferencji większości. Pogodzenie polityki większościowej z poszanowaniem uprawnień osiąga się poprzez równoważenie władzy parlamentarnej kompetencją sądów konstytucyjnych do unieważniania aktów prawnych¹¹.

Taka narracja legitymizująca i wyznaczająca sens funkcjonowania sądów konstytucyjnych wydaje się zapewniać trwałość *status quo*. Trybunały realizują swoją funkcję stabilizatora systemu liberalno-demokratycznego, *prima facie*, dość efektywnie i są przedmiotem licznych przeszczepów prawnych, które zwykle ocenia się jako udane. Dotyczy to zarówno transplantacji na grunt państw tradycyjnego Zachodu, które przyjmowały po odrzuceniu autorytaryzmu model demokracji liberalnej (Hiszpania, Portugalia¹²), jak i na grunt byłych demoludów (w kilku państwach „bloku wschodniego” sądowa kontrola konstytucyjności została wprowadzona przed transformacją ustrojową, lecz osiągnięcie przez nią „dojrzałej formy” kojarzone jest dopiero z okresem porewolucyjnym¹³). Stabilizacyjne działania sądu konstytucyjnego są na ogół niezauważane. Służą temu właśnie argumenty systemowe. Konstytucja w rękach sędziów stanowi dość plastyczny konglomerat „reguł, zasad i wartości”, który dostarcza pretekstów do promieniowania, czyli kształtowania „niższych pięt systemu prawa” zgodnie z wizjami wzorca kontroli dynamicznie i reaktywnie ustalnymi przez sędziów. Na gruncie oficjalnej retoryki każde rozstrzygnięcie jest uzasadniane argumentacją dedukcyjną, dla której punkt wyjścia stanowią powołane i odpowiednio zinterpretowane przepisy konstytucji. Prawniczy kamuflaż na ogół skutecznie maskuje nieprawnicze motywy rozstrzygnięcia (relatywnie rzadko powoływane w uzasadnieniach — albo dla uprawomocnienia szczególnie kontrowersyjnych operacji interpretacyjnych, których dedukcyjnie uzasadnić nie sposób, albo dla uzasadnienia wyboru określonej opcji dedukcji, spośród możliwych linii rozumowania). Dzięki temu motywy pragmatyczne stają się niewidoczne i w sensie Schmittowskim niepolityczne, gdyż nie są w stanie wygenerować konfliktu. Ich polityczność ujawnia się dopiero w sytuacjach, gdy siły polityczne, które w wyniku wyborów zdominowały orga-

¹¹ W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy środkowej i wschodniej*, Warszawa 2008, s. 57.

¹² W Portugalii wprowadzono dość specyficzny system oparty na częściowej dekoncentracji kontroli konstytucyjności. Por. J.M. Cardoso da Costa, *Protection des droits fondamentaux et garantie de la séparation des pouvoirs dans la justice constitutionnelle portuguese*, [w:] *Melanges Patrice Gélard*, Paris 1999, s. 266 n.

¹³ Por. W. Sadurski, *op. cit.*, s. 8.

ny przedstawicielskie, kreują rozwiązania legislacyjne zagrażające wizji porządku politycznego i racjonalności prawa, która jest petryfikowana w orzecznictwie konstytucyjnym, i są gotowe tych rozwiązań bronić z wykorzystaniem narzędzi politycznych. Dotychczas takie sytuacje występowały jednak na tyle rzadko, że można je uznać za akceptowalne wyjątki. Zwykle sądy konstytucyjne dzięki argumentacji systemowej skutecznie maskują pozaprawne motywy rozstrzygnięć. Oznacza to, że w okresach „spokoju” polityczność sądownictwa konstytucyjnego jest potencjalna, częściowo zakryta, lecz realna. Dostrzegali to rzecznicy i teoretycy ideologii radykalnych i rewolucyjnych. Przykładowo według oficjalnego stanowiska marksistowskiej nauki radzieckiej sądy konstytucyjne postrzegane w sposób abstrakcyjny, niezależnie od składu osobowego czy treści orzecznictwa, stanowią wyraz uwsteczniania się społeczeństw kapitalistycznych, gdyż petryfikują *status quo* w formy nieprzekraczalne dla organów przedstawicielskich¹⁴. Jak pisał w końcu lat 40. XX wieku nasz rodzimy marksistowski konstytucjonalista S. Rozmaryn, sądowa kontrola konstytucyjności prawa „jest instytucją reakcyjną, a nie postępową i właśnie dlatego nie ma dla niej miejsca w państwie socjalistycznym ani w państwie ludowym, które spokojnie ufają sprawiedliwości ludu i jego woli¹⁵”. Podobny pogląd, reprezentatywny dla teorii i praktyki nazistowskiej wyraził w 1935 roku J. von Ribbentrop, pisząc, że rewolucji nie można powstrzymać przed sądem, powołując się na przepisy prawa; przeciwnie — to sąd musi ustąpić przed rewolucją¹⁶. Potencjalna polityczność sądu konstytucyjnego zależy nie tyle od niego samego, od jego składu czy treści linii orzeczniczych. Zależy raczej od radykalizmu postulatów sił politycznych, które są w stanie przeprowadzać zmiany. Jeśli sąd konstytucyjny nie będzie instytucją fasadową, to bez względu na przekonania i habitusy sędziów konfrontacja z radykalnymi siłami politycznymi jest nieunikniona. Potencjalna polityczność sądu konstytucyjnego staje się chwilowo, bądź bardziej trwale, politycznością rzeczywistą, kiedy sędziowie zablokują jakieś rozwiązanie istotne z punktu widzenia dążeń jakiejś liczącej się siły politycznej, która jest w stanie zainteresować tym opinię publiczną. Polityczność zostaje wtedy ujawniona, a systemowe argumenty z (nie)konstytucyjności w orzeczeniach objawiają się jako swoisty pretekst do powstrzymywania niekorzystnych (w oczach sędziów) zmian społecznych bądź do utrzymania w mocy rozwiązań kontrowersyjnych, choć zdaniem sędziów koniecznych dla utrzymania homeostazy, porządku, właściwej ścieżki rozwoju czy po prostu racjonalnego „*status quo*”. Polityczność, która w warunkach „panowania logosu” czyli ogólnej zgody najbardziej wpływowych sił może być skutecznie maskowana argumentacją z oczywistości czy zdrowego rozsądku, uwidacznia się, w sytuacji, gdy „logos”

¹⁴ Por. M.A. Nudel, *Konstitucyonnyj kontrol w kapitalisticheskich gosudarstwach*, Moskwa 1968, s. 14–16.

¹⁵ S. Rozmaryn, *Kontrola konstytucyjności ustaw*, „Państwo i Prawo” 1948, nr 12, s. 36.

¹⁶ A.E. Steinweis, R.D. Rachlin, *The Law in Nazi Germany: Ideology, Opportunism, and the Perversion of Justice*, New York-Oxford 2013, s. 108.

jest kontestowany. W Polsce sytuacja taka miała miejsce już co najmniej kilkakrotnie: przykładowo kiedy TK w wyroku K26/96 z 28 maja 1997 roku „budował” tak zwany kompromis aborcyjny, powstrzymując nowelizację ustawy z dnia 7 stycznia 1993 roku o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 Nr 17, poz. 78 z późniejszymi zmianami), potem w przypadku tak zwanych orzeczeń lustracyjnych. Wspomniane orzeczenia i dyskusje wokół nich zdecydowanie wyjaskrawiły polityczność i ideologiczne uwikłania sędziowskiej argumentacji, która, w warunkach stabilności, w setkach orzeczeń, którymi nie interesuje się publicystyka i tak zwana opinia publiczna, uchodzi za rezultat neutralnych dedukcji i zobiektywizowanych operacji intelektualnych związanych z wykładnią istniejącego apriorycznie prawa, bądź też za rezultat promieniowania konstytucji¹⁷. Dopóki stan czystości sądów konstytucyjnych i ich *acquis* podtrzymywany przez argumentację systemową jest utrzymywany w ramach względnie stabilnego konsensu sił politycznych i mediów przy wsparciu apologetycznych dyskursów naukowych, dopóty realizowany jest teologiczno-liberalny postulat budowy prawa bez polityki, a mówiąc precyzyjniej, bez polityczności. Polityka rozumiana jako zinstytucjonalizowana walka o władzę i treść prawa jest oczywiście obecna w parlamentach i rządach, ale jej owoce podlegają „teologicznej” kontroli i cenzurze ze strony sędziowskich „rad mędrców”. Oczywiście, słowo „cenzura” ma negatywną konotację. Można je jednak zastąpić innymi, lepiej kojarzącymi się wyrażeniami, jak proponował J. Habermas, formułując swoją słynną tezę, że sądy konstytucyjne dokonują translacji założeń i reguł pewnego potencjalnego (projektowanego) racjonalnego konsensusu społecznego do postaci, w której te reguły są zrozumiałe dla administracji sterowanej przez władzę i ekonomii sterowanej przez pieniądź¹⁸. Tak realizuje się w państwach, w których funkcjonują aktywne sądy konstytucyjne, demokracja liberalna, która do niedawna, zdaniem wielu rzeczników „burżuazyjno-scjentystycznego logosu” uchodziła za ostatnie ogniwo ewolucji ustrojowej, heglowski „tryumf ducha”, koniec historii¹⁹.

Jeżeli jednak odrzucić teologiczne ze swej natury przekonanie o historiozoficznym skazaniu demokracji liberalnej na sukces i zmienić optykę na krytyczną, zastany stan rzeczy jawi się jako dość przygodny i niestabilny, a na pewno nie ostateczny. C. Lefort, francuski marksista, zwrócił uwagę na stałe napięcie między emancypacyjnym elementem demokracji liberalnej oraz jej potencjałem totalitarnym — teologiczna i egzystencjalna tęsknota za ostatecznym zajęciem

¹⁷ Promieniowanie jest zwykle definiowane jako oddziaływanie konstytucji na różne gałęzie prawa w państwie w celu zapewnienia ich zgodności ze standardem konstytucyjnym, por. J. Limbach, *Promieniowanie Konstytucji na prawo prywatne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999, nr 3, s. 404–414; M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 77.

¹⁸ J. Habermas, *Faktyczność i obowiązywanie. Teoria dyskursu wobec zagadnień prawa i demokratycznego państwa prawnego*, Warszawa 2005, s. 97.

¹⁹ F. Fukuyama, *Koniec historii*, Kraków 2009, s. 74 n.

„pustego miejsca”, wokół którego toczy się gra, nie jest obca żadnemu z uczestników politycznej gry²⁰ — sądy konstytucyjne za sprawą wpisaną niejako w ich logikę skłonności do petryfikowania i „ostatecznego” jurydyzowania swoich wizji ustrojowych są w tym kontekście szczególnie niebezpieczne. Ze względu na wysoki prestiż i, jak pisał w odniesieniu do wszystkich prawników słynny francuski socjolog krytyczny P. Bourdieu, wysoką skłonność do samooszukiwania się, do zbiorowej hipokryzji (wiary w czystość prawa, bez względu na kłujące w oczy dowody zaprzeczające temu przekonaniu), sądy działają w warunkach sprzyjających próbom zajęcia „pustego miejsca” na dłużej²¹. Próby te bywają skuteczne, o czym świadczy sakralizacja sądów konstytucyjnych w wielu tak zwanych *emerging democracies* Europy Środkowej i Wschodniej. Orzecznictwo konstytucyjne dość mocno i zdecydowanie petryfikowało ograniczenia „niebezpiecznej polityczności”, zyskując efektywny parasol ze strony większości głównonurtowych sił politycznych oraz dyskursów naukowych, dbających o niepodważalność systemowych uzasadnień i pielęgnujących społeczne przekonanie, że nie ma dla „niepolitycznego” prawa kreowanego przez rady mędrców żadnej rozsądnej alternatywy. Dla Lefortowskiej demokracji taki stan rzeczy stanowi ewidentne zagrożenie. Demokracja w ujęciu tego autora jest bowiem z zewnętrznej perspektywy antysystemowa, chaotyczna i przeciwna wszelkim petryfikacjom. Jej konceptualne wykształcenie wiąże się właśnie z niezgodą na dominację jakiejś metanarracji czy szeroko pojętej teologii, choć oczywiście postrzegana z wewnątrz demokracja funkcjonuje dzięki dążeniom do zapełnienia raz na zawsze „pustego miejsca”²².

Na skomplikowaną kwestię roli jurydyzacji i systemowej petryfikacji przestrzeni publicznej i jej konsekwencje zwrócili uwagę także Ch. Mouffe i E. Laclau, formułując w latach 80. ubiegłego wieku prognozę rychłego kryzysu demokracji liberalnej i powrotu populizmu oraz emocjonalnej polityki w konsekwencji ujawnienia się nieusuwalnej sprzeczności między komponentem liberalnym a demokratycznym w dominującym paradygmacie rządzenia²³. Sprzeczność demokracji liberalnej polega na tym, że element liberalny i demokratyczny mają zupełnie inną logikę, inne fundamenty intelektualne, a ich mariaż jest dość przygodny. Komponent liberalny nakazuje bowiem dążenie do budowy „prawa bez polityki”, czyli pewnego konsensu — korpusu reguł, który, podlegając petryfikacji i neutralizacji, wypierałby prawo oparte na woli, emocjach i opozycjach przyjacieli/wróg. Z kolei komponent demokratyczny jest umocowany na emocjonalnej polityczności, roszczeniu do urzędu po swojemu Lefortowskiego pustego miej-

²⁰ C. Lefort, P. Rosanvallon, »À l'épreuve du politique«, *dialogue entre Claude Lefort et Pierre Rosanvallon*, „Esprit” 2011, nr 12, s. 20 n.

²¹ P. Bourdieu, *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, [w:] *Normes juridiques et régulation sociale*, red. F. Chazelet, J. Commaille, Paris 1991, s. 95 n.

²² C. Lefort, *L'invention démocratique. Les limites de la domination totalitaire*, Paris 1981, s. 81.

²³ E. Laclau, Ch. Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, London 1985, *passim*.

sca władzy, czemu zagraża ekspansja komponentu liberalnego. W zdecydowanej większości państw uznawanych za demoliberalne podstawowym rzecznikiem komponentu liberalnego są właśnie sądy konstytucyjne determinowane przez teologiczno-systemowy imperatyw jurydyzacji polityki.

W procesie orzekania w konkretnych sprawach sądy konstytucyjne próbują za pomocą argumentów systemowych zamknąć dyskusję i wypełnić „raz na zawsze” konkretną treścią tak zwane puste znaczące. Jak pisał E. Laclau, puste znaczące to słowa typu „wolność”, „równość” czy „sprawiedliwość”, które teoretycznie posiadają szerokie rejestry możliwych znaczeń i „poddają się władzy”, czyli dają się wypełnić treścią jedynie poprzez działania hegemoniczne²⁴. Sądy konstytucyjne, przeprowadzając systemowe dedukcje, stają się strażnikami hegemonicznej władzy nad treścią pustych znaczących. Nadanie tym treściom charakteru prawa, w dodatku prawa o najwyższej randze, zawartego w powszechnie wiążących orzeczeniach skutkuje ograniczeniem przestrzeni możliwej walki politycznej w procesie prawotwórczym. Siły polityczne są zobowiązane do respektowania treści orzeczeń i w zakresie, jaki sąd objął jurydyzacją, tracą możliwość działania. Jeżeli przestrzeń jurydyzacji jest znaczna, partie przestają walczyć ideologicznie o hegemonizację treści pustych znaczących, rezygnują z polityczności, a w konsekwencji zlewają się w pewien względnie homogeniczny, ekspercko-zawodowy kompleks, którego głównym celem jest profesjonalna walka o stanowiska dla siebie i kolegów²⁵. Wywołuje to skutki społeczne w postaci swoistej alienacji partii politycznych od wyborców, braku partycypacji, spadku zainteresowania polityką, w której polityczność odgrywa coraz mniejszą rolę. Pisał o tym przekonująco P. Mair, wspominając o wzrastającej indyferencji wobec zinstytucjonalizowanej polityki, a także wobec samego liberalno-demokratycznego systemu²⁶. Mair cytuje wielu pierwszoplanowych polityków europejskich, którzy w aktach autorefleksji konstatują, że w zasadzie nie mają poglądów politycznych w sensie, jaki nadają temu wyrażeniu dominujące dyskursy filozofii politycznej, a nawet jeżeli osobiście takie poglądy stawiają im opór, to zwykle są one tłumione w praktyce funkcjonowania masowych, wieloskrzydłych, wielofrakcyjnych partii politycznych, skupionych na walce o władzę. Politycy konstatują, że w zjurydyzowanym świecie demokracji liberalnej, w którym sądy konstytucyjne oficjalnie zakazują politycznej nienawiści i wrogości, można mówić, że *sui generis* neutralność polityczna zostaje osiągnięta, i to w środowisku, w którym, jak się wydaje,

²⁴ E. Laclau, *Dlaczego puste znaczące mają znaczenie dla polityki?*, [w:] *idem, Emancypacje*, Wrocław 2004, *passim*.

²⁵ W Polsce ten proces jest od dawna dostrzegany przez socjologów polityki. Por. M. Grabowska, *Formowanie się partii politycznych i ich elektoratów. Przypadek Polski*, [w:] *Śląsk — Polska — Europa. Zmieniające się społeczeństwo w perspektywie lokalnej i globalnej*, red. A. Sułek, M. Szczepański, Katowice 1998, s. 174 n.

²⁶ P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing-Out Western Democracy*, London 2013, s. 20 n.

nie powinno być dla niej miejsca²⁷. Można powiedzieć, że w ten sposób liberalny oświeceniowy zachodni logos zdobywa dominację, potrafi uzasadnić sam siebie. Wydaje się, że to właśnie zachwyt nad tym procesem skłonił F. Fukuyamę do sformułowania swojej słynnej optymistycznej tezy, z której, jak się wydaje, się nie wycofał, choć, przyznał, że koniec historii jeszcze nie nastąpił, co nie zmienia faktu, że nastąpi wraz z tryumfem liberalnej demokracji²⁸. Jak się może wydawać, w świecie liberalnej demokracji konflikt polityczny zostaje (pozornie) zlikwidowany, przynajmniej wewnątrz państwa, gdyż głównonurtowe partie polityczne przestają wyrażać jakąkolwiek polityczność. Jeśli jednak wierzyć generalnym diagnozom Ch. Mouffe i Laclau, tego co demokratyczne, a raczej tego, co należy do polityczności i różnicy, nie sposób ujarzmić do końca. Polityczność jako pierwotna siła antagonizująca prowadzi określone grupy do wykreowania wroga i z czasem tworzy tożsamości, niezainteresowane konsensem, które formułują roszczenie do ważności. Towarzyszy temu zwykle poczucie rozczarowania i braku prawdziwej demokracji — zjurydyzowany „dorobek konstytucyjny” przestaje się jawić pewnym grupom społecznym jako coś czystego, nieideologicznego i obiektywnego, a zaczyna być postrzegany jako zdominowany przez wrogów albo w najlepszym przypadku zbyt dla tych wrogów tolerancyjny. Taki mechanizm jest, zdaniem Mouffe, wentylem bezpieczeństwa demokracji, której liberalna hegemonia zagraża najbardziej. „Rzeczywistym zagrożeniem dla demokracji — pisze belgijska myślicielka — jest zaprzeczenie nieusuwalności antagonizmu i dążenie do uniwersalnego, racjonalnego konsensu, co istotnie prowadzić może do nierozpoznawanej przemocy skrytej za odwołaniami do »racjonalności« i co często się zdarza w przypadku myśli liberalnej, która nieuniknione granice i wykluczenia maskuje za pomocą pozorów neutralności”²⁹. Bez względu na to, czy osiągnęte za pomocą argumentacji systemowej hegemoniczne „promieniowanie konstytucji” potraktować za Habermasem jako z pewnością ułomne, ale szczerze dążenie do zapewnienia surogatu komunikacyjnego konsensu, czy też uznać je w bardziej krytycznym duchu za formę świadomego bądź nieświadomego sędziowskiego dyktatu, to jeśli wierzyć Ch. Mouffe, budowanie „niepolitycznego prawa” prędzej czy później wywoła reakcję w postaci antysystemowego populizmu.

Zjawisko eksplozji populizmu mimo rozbieżności i problemów z jego definiowaniem jest niewątpliwie dostrzegane przez współczesnych badaczy³⁰. Zdaniem wielu populistyczne strategie wiążą się przede wszystkim z odrzuceniem idei „niepolitycznego prawa” i niekwestionowanych dotychczas przez mainstream normatywów wtłaczania procesów kształtowania poparcia społecznego dla okre-

²⁷ *Ibidem*, *passim*.

²⁸ F. Fukuyama, *Political Order and political Decay. From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*, New York 2014, rozdział 36.

²⁹ Ch. Mouffe, *Demokracja, władza i „to co polityczne”*, [w:] *eadem*, *Paradoks demokracji*, Wrocław 2005, s. 42.

³⁰ Por. artykuły zawarte w: *Populizm*, red. O. Wysocka, Warszawa 2010, *passim*.

ślonych projektów w liberalno-racjonalistyczne ramy, utożsamiane z porządkiem konstytucyjnym³¹. Populizm zdecydowanie odwołuje się do politycznych emocji, Schmittowskich konstrukcji my/oni, prostych i radykalnych rozwiązań oraz uznaje niezbędność różnie ujmowanej przemocy³². Radykalizm sił populistycznych stawia je na kursie ewidentnie kolizyjnym względem ukształtowanych w poszczególnych państwach *acquis constitutionnels*. Zderzenie populistycznej polityczności z *acquis* generuje, a raczej ujawnia ich polityczność. Oczywiście, możliwe skutki takiej konfrontacji mogą być różne — od likwidacji lub marginalizacji sądów konstytucyjnych, przez ich podporządkowanie populistycznym siłom politycznym (co w pewnym sensie także oznacza marginalizację), aż do (zapewne chwilowego, jeżeli wierzyć Ch. Mouffe i E. Laclau) umocnienia sądu konstytucyjnego jako liberalno-racjonalistycznego hegemonu. Nawet jednak ta ostatnia opcja nieodwracalnie desakralizuje sąd, uniemożliwia, a przynajmniej mocno utrudnia, przyszłą puryfikację orzecznictwa, czyli jego przedstawienie jako „niepolitycznego prawa”³³. Innymi słowy, jeżeli powyższe diagnozy są prawdziwe, powrót do *status quo* nie wydaje się możliwy — demokracja liberalna z powodu wewnętrznych sprzeczności jest skazana na porażkę. Jeżeli jednak obecnie opisywana fala populizmu nie zmiecie demokracji liberalnej, lecz doprowadzi jedynie do jej przekształceń, a sądy konstytucyjne przetrwają burzę i wciąż będą uważane za gwarantów ustroju, wydaje się, że zostaną zmuszone do ograniczenia ekspansywnej i pozornie niepolitycznej argumentacji systemowej. Dobrym pomysłem wydaje się jej zastąpienie przez argumentację pragmatyczną, która dotychczas jest stosowana relatywnie rzadko. Jeżeli bowiem uznać prawdziwość tezy o relacji pomiędzy wzrostem tendencji populistycznych a jurydyzacją przestrzeni politycznej, to antidotum na kryzys po odczarowaniu orzecznictwa może być tylko zaakceptowanie przez sędziów roli uczestników politycznej gry o uznanie, a nie krzewicieli obiektywnego liberalnego prawniczego rozumu.

CONSTITUTION — SYSTEM — HEGEMONY. ON THE “ANTI-POLITICAL” FUNCTION OF SYSTEMIC ARGUMENTS IN CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE

Summary

The main purpose of this paper is to examine the function of arguments based on so called systemic interpretation of law in constitutional jurisprudence, using methods and tools offered by the post-analytical, critical philosophy in the field of legal theory. The author notes that constitutional courts apply the systemic argumentation to hide real, political motives of their decisions. The author

³¹ E. Laclau, *Rozum populistyczny*, Wrocław 2009, s. 145 n.

³² C. Mudde, *W imię chłopów, robotników i narodu. Populizm w Europie Wschodniej*, [w:] *Demokracja w obliczu populizmu*, red. Y. Meny, Y. Surel, Warszawa 2007, s. 294.

³³ H. Dębska, *Spoleczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2016, s. 139–140.

tries to diagnose the potential impact of this phenomenon on the functioning of liberal democracy, referring to theories developed by C. Lefort, Ch. Mouffe, E. Laclau and J. Habermas. In the Author's opinion the constitutional activism, which has been masked by the systemic interpretation, is based on the liberal utopia of creation of law without "the political". The rise of populist political forces in Europe can be considered as reaction to the constitutional activism and the crisis of the "liberal dream".