

## O RELACJACH MIĘDZY DEMOKRACJĄ A PRAWEM, CZYLI KILKA UWAG O ISTOCIE DEMOKRACJI KONSTYTUCYJNEJ

Od pewnego czasu w publicznej debacie z wielką intensywnością analizowana jest normatywna charakterystyka współczesnego państwa polskiego ujęta w art. 2 Konstytucji RP. Zwroty „demokratyczne państwo prawne”, „demokracja konstytucyjna”, „demokratyczna legitymacja” używane są jako wyrażenia, które w syntetycznej formie mają określać najgłębsze podstawy funkcjonowania państwa, w którym przedstawiciele władzy publicznej uzyskują mandat do jej sprawowania w wyniku demokratycznych wyborów, reprezentowane zaś przez wybranych w sposób demokratyczny przedstawiciele władze publiczne działają na podstawie i w granicach prawa. Przytoczone wyżej sformułowania są jednak rozumiane w sposób skrajnie przeciwstawny. Wedle części uczestników debaty zasadnicze znaczenie z punktu widzenia wymienionych wyżej złożonych zwrotów ma element odwołujący się do demokracji, jako zasady wyłaniania przedstawicieli władzy publicznej. To on określa reguły, w oparciu o które uzyskuje się kompetencję do sprawowania władzy publicznej. Jest zarazem jedynym elementem legitymizującym i wyznaczającym granice jej działania. Władza

pochodząca z demokratycznych wyborów jest w tym ujęciu legitymowana do podejmowania wszelkich działań uznawanych przez nią za słuszne, weryfikatorem jej aktywności są zaś kolejne demokratyczne wybory. Ograniczeniem działań demokratycznie wybranych przedstawicieli władzy publicznej jest zatem jedynie przyszła ocena wyborców. Do czasu aktualizacji tego mechanizmu kontrolnego władza korzysta w tym ujęciu z pełnej swobody w kreowaniu prawnej i politycznej rzeczywistości w oparciu o uzyskaną w wyborach legitymację. W ten sposób interpretowana jest zasada zwierzchnictwa narodu<sup>1</sup>, który wyraża swoje stanowisko w powszechnych i demokratycznych wyborach, opowiadając się większością za określonym programem politycznym i prawnym, którego realizacja powierzona zostaje wyłonionym przedstawicielom władzy publicznej<sup>2</sup>. W podejściu przeciwstawnym elementy związane z demokratycznymi wyborami oraz rządami prawa traktowane są jako równorzędne, współwyznaczające istotę współczesnych systemów demokratycznych. Prawo w tym ujęciu określa zasady demokratycznych wyborów oraz wyznacza nieprzekra-

<sup>1</sup> Co do zasady zwierzchnictwa narodu oraz jej konstytucyjnego kontekstu i ograniczeń zob. w szczególności rozważania P. Tulei, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 295 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu. Por. też M. Gulczyński, *Zasada zwierzchnictwa narodu, (w:) Zasady podstawowe polskiej Konstytucji*, red. W. Sokolewicz, Warszawa 1998, s. 116 i n.; M. Granat, *Od klasycznego przedstawicielstwa do demokracji konstytucyjnej (ewolucja prawa i doktryny we Francji)*, Lublin 1994, s. 122 i n. Zob. też P. Tuleja, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań 2016, s. 23 i n.

<sup>2</sup> Stanowisko to interesująco charakteryzują M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, wskazując, że w szczególności „(...) bieżące wydarzenia polityczno-prawne, (...) niebezpiecznie nadwyrażają kondycję polskiej debaty konstytucyjnej, powodując ryzyko jej zdominowania przez znane z historii tendencje, w najlepszym przypadku legicentryczne, zorientowane na prawo ustawowe (swego rodzaju absolutyzm władzy parlamentu), tj. sprowadzające Konstytucję do roli pewnego zbioru deklaracji polityczno-ustrojowych” – *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016, nr 5 (68), s. 15.

czalne granice działania władzy publicznej<sup>3</sup>. Działania przedstawicieli władzy publicznej nie są zatem dowolne w zakresie uzyskanej legitymacji oraz przedstawionego programu, lecz ograniczane przez obowiązujące przepisy prawa. Mechanizm wyborczy pełni w tym podejściu jedynie funkcję weryfikatora politycznego.

Na tle zarysowanych wyżej rozbieżności co do sposobu rozumienia istoty współczesnej demokracji rozgorzał i prowadzony jest z wielką, czasami emocjonalną, intensywnością spór o zasady funkcjonowania państwa. W istocie zaś o to, czy demokratycznie wyłonieni przedstawiciele władzy publicznej podlegają jakimś dodatkowym, poza wynikającymi z wyborów, ograniczeniom. W szczególności zaś o to, czy poza demokratyczną legitymacją oraz uzyskującym akceptację społeczną programem istnieją jeszcze jakieś zasady, reguły, wartości i cele, które mają nadrzędny charakter, wyznaczają ramy działania władzy publicznej, a także zakres realizacji zaaprobowanego w demokratycznych wyborach politycznego i prawnego programu jej działania<sup>4</sup>.

Spór dotyczy relacji demokracji i prawa, w szczególności zaś tego, czy prawo może, a jeśli tak, to w jakim zakresie, ograniczać działania demokratycznie wybranych przedstawicieli społeczeństwa, w tym działania ustawodawcy. Innymi słowy o to, czy demokracja ma prymat nad prawem, czy też prawo ma prymat nad demokracją. Przez zwolenników prymatu demokracji nad prawem zasada wyłaniania przedstawicieli władzy publicznej przez obywateli

w drodze wolnych, równych i powszechnych (dokonywanych przez wszystkich uprawnionych członków społeczeństwa), a więc w tym sensie demokratycznych, wyborów przeciwstawiana jest idei rządów prawa, która niejako ze swej istoty uzupełnia zasady demokratycznego wyboru, wyznaczając nieprzekraczalne granice dla władzy publicznej<sup>5</sup>.

Choć debata dotycząca istoty współczesnego państwa demokratycznego obejmuje poza prawnikami i politykami szerokie kręgi społeczne, to w pewnym sensie prowadzona jest w teoretycznej próżni. Po prawie trzydziestu latach od transformacji ustrojowej zaskakujący jest bowiem brak poważniejszych analiz dotyczących relacji między demokracją a prawem, w tym w szczególności opartej na pogłębionej refleksji z zakresu filozofii politycznej i prawnej klarownej koncepcji wskazującej funkcje i znaczenie prawa oraz sądów we współczesnych systemach demokratycznych<sup>6</sup>. W zasadzie dopiero na kanwie sporu o funkcje, zasady funkcjonowania oraz tryb i sposób wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego pojawiło się nieco szerzej uzasadnione sformułowanie, że w istocie ustrojowe zasady współczesnego państwa określać należy za pomocą zwrotu „demokracja konstytucyjna”, który akcentuje – jak należy przypuszczać – równorzędność zasad demokratycznych wyborów oraz prawa. Zwrot „demokracja konstytucyjna” jako pojęcie dekodowany jest z treści art. 2 Konstytucji RP, stanowiącego, że Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym realizującym zasady sprawiedliwości społecznej.

<sup>3</sup> Zob. m.in. M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 9 i n.; H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny. O powołaniu naszych czasów do nauki konstytucji*, PiP 2016, z. 6, s. 5 i n.

<sup>4</sup> Zob. w tej kwestii interesujące uwagi M. Zirka-Sadowskiego, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 9 i n.; H. Izdebskiego, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny*, s. 5 i n.

<sup>5</sup> Zob. szerzej S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, New York 2015, s. 345 i n.

<sup>6</sup> Zob. w tej kwestii m.in. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP 2005, z. 4, s. 12 i n.; S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, PiP 2008, z. 10, s. 20 i n.; M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 12 i n.; H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny*, s. 7 i n.

Służyć ma do syntetycznego określenia istoty współczesnego państwa, w którym demokracja i prawo to wartości równorzędne i wzajemnie się dopełniające.

*Prima facie* w perspektywie zwolenników prymatu demokracji nad prawem w zwrocie wykorzystanym przez ustrojodawcę w art. 2 Konstytucji występuje oczywista wręcz sprzeczność. Wszak jeśli legitymacja do sprawowania władzy w państwie oparta jest na zasadzie demokratycznych wyborów, to z nich pochodzi uprawnienie do działania w sferze publicznej, w tym kompetencja do stanowienia, a w szczególności zmiany obowiązującego prawa. Skoro tak, to wydawać by się mogło, że wystarczające byłoby wskazanie, iż państwo ma charakter republiki opartej na zasadach demokratycznych. Demokratyczne wybory legitymizują władzę publiczną do działania, w tym do stanowienia i stosowania prawa. To ona wyznacza zatem samoistnie granice publicznej aktywności. Wola wyborców, a dokładniej większości przesądzającej o ukształtowaniu władzy publicznej w wyborach na podstawie prezentowanego programu politycznego i prawnego, zyskuje prymat. Lakonicznie to podejście zostało całkiem niedawno scharakteryzowane przez jednego z przedstawicieli większości parlamentarnej w stwierdzeniu, że wola narodu stoi ponad prawem. Z pewnego punktu widzenia, zwłaszcza jeśli wolę narodu wyrażać mają wybrani w wyborach jego przedstawiciele, to podejście zdaje się oddawać najgłębszy sens i istotę demokracji. Byłoby prawdziwe, gdyby Konstytucja wskazywała, że współczesne polskie państwo jest – jak zaznaczono powyżej – demokratyczną republiką.

Tymczasem Konstytucja określa Rzeczpospolitą Polską jako demokratyczne państwo

prawne. Nadto dodatkowo wskazuje w art. 7, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Tym samym już treść dwóch przywołanych przepisów przesądza, że demokracja jako forma uzyskiwania legitymacji do sprawowania władzy publicznej oraz prawo, jako podstawa wyznaczająca granice i zakres działania tej władzy, to równorzędne, komplementarne wartości<sup>7</sup>. Uzupelnieniem zasady demokratycznego wyboru jako podstawy legitymacji do sprawowania władzy oraz działania władzy publicznej na podstawie i w granicach obowiązującego prawa jest wyrażona w art. 10 Konstytucji zasada podziału i równoważenia się władzy: ustawodawczej, wykonawczej i sędowniczej. Ta zasada określa relacje między poszczególnymi rodzajami władzy publicznej, jednak nie narusza w żadnym zakresie tego, że każda z nich działać może jedynie na podstawie i w granicach prawa. Demokratyczny wybór przedstawicieli władzy publicznej dokonuje się na podstawie prawa. Zarazem wyłonione w drodze demokratycznych wyborów władze publiczne działają na podstawie i w granicach prawa, które w tym sensie wyznacza granice ich aktywności. Nie budzi wątpliwości, że zasada praworządności określona w art. 7 Konstytucji pozostaje w ścisłym związku z art. 2 Konstytucji. Oba przepisy przewidują, że wszelkie działania władzy państwowej są prawnie związane. Co istotne, zasada wyrażona w art. 7 Konstytucji ma nie tylko charakter wyłącznie formalny, lecz także znaczenie materialnoprawne<sup>8</sup>. Warto przypomnieć, że Trybunał Konstytucyjny wielokrotnie w swych wypowiedziach podkreślał, iż art. 7 Konstytucji nakłada przede wszystkim na organy władzy publicznej obowiązek działania zgodnie z obowiązującymi przepisami

<sup>7</sup> Na tę relację zwracano uwagę w uchwale w sprawie ładu konstytucyjnego KZA z 26 listopada 2016 r., podkreślając, że „Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej czerpie źródła z godności osoby, z wolności oraz z innych wartości demokratycznych, na jakich oparte jest funkcjonowanie państwa jako wspólnoty wszystkich obywateli. Z norm konstytucyjnych wynikają zasady, dzięki którym jednostka chroniona jest przed «demokratyczną» dyktaturą większości. Granice demokracji konstytucyjnej wyznacza prawo będące autonomiczną i równorzędną wartością” – *Uchwała KZA z dnia 26 listopada 2016 r.*, „Palestra” 2016, nr 12, s. 20.

<sup>8</sup> Zob. W. Sokolewicz, komentarz do art. 7 Konstytucji, (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 3.

kompetencyjnymi, a także to, że nie wypływają z niego dodatkowe uprawnienia względem tych, które wynikają z innych norm prawnych. Regulacja zawarta w art. 7 Konstytucji pełni także funkcję konstytucyjnej dyrektywy wykładniczej, nakazuje bowiem dokonywanie „interpretacji przepisów kompetencyjnych w sposób ścisły i z odrzuceniem w odniesieniu do organów władzy publicznej zasady: co nie jest zakazane, jest dozwolone”<sup>9</sup>.

Analizując nieco głębiej konstytucyjne zasady funkcjonowania współczesnego państwa, łatwo zauważyć, że bywa ono określane także jako oparte na zasadzie rządów prawa<sup>10</sup>. W tym ujęciu prawo stanowi jedyną i zasadniczą podstawę działania władzy publicznej, pełni swoistą rolę suwerena. Wszystko, co dzieje się w organizacji zbiorowości, jaką jest państwo, podporządkowane jest prawu – także działania wybranych w demokratyczny sposób przedstawicieli władzy publicznej<sup>11</sup>. W syntetycznej formie tę ideę dobrze odzwierciedla powtarzana wielokrotnie myśl towarzysząca ojcom założycielom demokracji amerykańskiej, dla których różnica między tworzonymi Stanami Zjednoczonymi Ameryki a kontynentalną Europą sprowadzała się przede wszystkim do tego, że w Ameryce to *Ius* miał być zarazem *Rex*<sup>12</sup>. W osiemnasto- i dziewiętnastowiecznej Europie sprawa relacji *ius* i *rex* nie przedstawiała się bynajmniej tak jednoznacznie. Demokracja amerykańska ufundowana została na idei rządów prawa. Europa do idei tej zmierzała w sposób nieco bardziej skomplikowany.

Idea rządów prawa jako podstawowej zasady funkcjonowania państwa powstawała na przestrzeni stuleci. Nie została jednorazowo zadeklarowana przez twórców jakiegokolwiek państwa, nie została też w sposób kompleksowy i zamknięty opisana w żadnym dziele. Stanowiła efekt ewolucyjnego rozwoju, namysłu wybitnych umysłów, kolejnych prób przedstawienia jej coraz pełniejszej charakterystyki, w której jedną z najistotniejszych kwestii było znalezienie formuły ograniczającej dowolność działań suwerena, sprawiającej, że istniałyby gwarancje zapobiegające woluntaryzmowi legitymowanego władcy (jednoosobowego lub zbiorowego), gwarantujące, iż nie dochodziłoby do nadużywania kompetencji do sprawowania władzy publicznej w sposób naruszający istotę zorganizowania zbiorowości w państwo, postrzegane jako twór służący do zapewnienia bezpieczeństwa, wolności, równości i sprawiedliwości dla wszystkich obywateli państwa tworzących i państwu podporządkowanych<sup>13</sup>. Spoglądając z powyższej perspektywy, rządy prawa rozumiane były od początku jako idea nadrzędności prawa nad suwerenem. Z oczywistych względów chodzi także o nadrzędność prawa nad obywatelami. Idea rządów prawa oznacza zatem podporządkowanie wszystkich obywateli, w tym suwerena, prawu. Jeśli legitymacja suwerena do sprawowania władzy pochodzi z demokratycznych wyborów, prawo w rozumieniu idei rządów prawa stanowi ograniczenie suwerena, związanego prawem niezależnie od granic demokratycznej legitymacji<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Wyrok TK z 27 maja 2002 r., K 20/01, OTK ZU 2002, nr 3/A, poz. 34.

<sup>10</sup> Zob. w tej kwestii m.in. D. Lyons, *Etyka i rządy prawa*, Warszawa 2001, *passim*; L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 11 i n.; R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2004. Por. też A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 56 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>11</sup> O ograniczeniu suwerena przez prawo, w tym w szczególności postanowienia Konstytucji, interesująco pisał przed laty P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 295 i n. Zob. też w tej kwestii M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 9 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>12</sup> Por. szerzej S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>13</sup> Tamże.

<sup>14</sup> Syntetycznie zagadnienie to ujmuje S. Breyer, wskazując, że „That rule of law prevents its opposite – namely the arbitrary, the capricious, the autocratic, the despotic, the unreasonable, the dictatorial, the illegal, the unjust, and the tyrannical” – S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345.

Poszukiwaniu formy realizacji idei rządów prawa towarzyszyło poszukiwanie „istoty prawa”, które choć „od zawsze” postrzegane było jako ujęte w określoną formę językową zbiór reguł służących do społecznego sterowania i kontroli, w zasadzie nigdy nie było ograniczane do aspektu formalnego<sup>15</sup>. Powiązanie ze sobą obu aspektów, tj. zasady rządów prawa, wiążącego i ograniczającego także suwerena, oraz istoty i sensu prawa, nie powinno dziwić<sup>16</sup>. Prawo jest bowiem w tej koncepcji elementem nadrzędnym, wyrażającym wartości i cele, których realizacji podporządkowana jest organizacja społeczności, jaką jest państwo, oraz każdy z obywateli. Skoro tak, to odkrycie „istoty prawa”, wskazanie sposobów jego rozumienia, wreszcie mechanizmów kontroli i zapewnienia jego przestrzegania na wszystkich poziomach, odgrywa w tym modelu rolę podstawową<sup>17</sup>. Bez odpowiedzi na pytanie, czym jest prawo i jakie jest jego znaczenie oraz treść, a także jak funkcjonują i na czym oparte są mechanizmy jego kontroli, koncepcja rządów prawa byłaby jedynie pozbawioną treści deklaracją<sup>18</sup>.

Stąd też zawsze myśląc o prawie, poszukiwano jego najgłębszej istoty, nawiązującej do antycznej formuły, wedle której „prawo jest sztuką dobrego i sprawiedliwego”<sup>19</sup>. Prawo postrzegane było zatem jako forma służąca realizacji sprawiedliwości, jako wartości stanowiącej dobro wspólne. Ujęte w sformalizowane reguły prawo w istocie wyrażać miało to, co z punktu widzenia powszechnie uznawanych wartości jest dobre i sprawiedliwe – służyć zapewnieniu bezpieczeństwa obywateli oraz realizacji zasady równości i wolności jednostki. Chronić jednostkę przed autodestrukcyjnymi zachowaniami, przed destrukcyjnymi zamachami ze strony innych jednostek oraz gwarantować ochronę jednostki przed państwem, dysponującym publicznym władztwem i zorganizowanym przymusem<sup>20</sup>.

Choć na przestrzeni wieków zmieniało się, w sposób bez mała sinusoidalny, podejście do prawa, które raz traktowano jako mniej lub bardziej adekwatny wyraz (odzwierciedlenie) ponadprawnych, naturalnych czy też boskich idei sprawiedliwości, równości i wolności, innym zaś razem jako zestaw bezwzględnie wią-

<sup>15</sup> Zob. w szczególności A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 31 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>16</sup> Por. J. Wróblewski, *Z zagadnień pojęcia i ideologii demokratycznego państwa prawnego (analiza teoretyczna)*, PiP 1990, z. 6, s. 12 i n.; M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 15 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>17</sup> Spośród prac poświęconych temu zagadnieniu wskazać można jedynie przykładowo kilka wykorzystywanych w aktualnie prowadzonej debacie: H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998; L. L. Fuller, *Moralność prawa*; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998; R. Dworkin, *Imperium prawa*.

<sup>18</sup> W tym sensie w istocie chodzi o zdefiniowanie prawa w taki sposób, który ujmował będzie jego istotę adekwatnie do obowiązku zachowania wierności wobec prawa w każdych okolicznościach, zwłaszcza zaś tych, które związane są z poważnymi problemami i kryzysami. W ten sposób ujmował sens poszukiwania istoty prawa L. L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, „Harvard Law Review” 1958, vol. 71, s. 633 i n. Co do zakresu związania sędziego ustawą oraz sposobu kontroli konstytucyjności prawa w procesie jego sądowego stosowania zob. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 303 i n.

<sup>19</sup> Ujęcie to nawiązuje do formuły L. L. Fullera, wskazującego, że systemy prawne są zawsze powiązane z moralnością, samo zaś prawo nie jest nigdy wolne od wartości. Prawo jest w istocie celowym przedsięwzięciem mającym na celu podporządkowanie każdego ludzkiego działania określonym zasadom. Zob. szerzej L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, s. 141 i n.; tenże, *Positivism and Fidelity to Law*, s. 657 i n. Zob. też A. Grabowski, (w:) T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie. Krytyka pozytywistycznych teorii prawa*, Warszawa 2016, s. 402 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 1 (15).

<sup>20</sup> W tym sensie rozumiemy prawo jako narzędzie kontroli społecznych zachowań, wykazujące zarazem liczne relacje i związki z moralnością. Zob. szerzej co do takiego sposobu podejścia do prawa H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 5 i n. Co do funkcji prawa zob. też P. Kardas, *Determinanty ciężaru dowodu i obowiązku dowodzenia w procesie karnym*, (w:) *Ciężar dowodu i obowiązek dowodzenia w procesie karnym*, red. J. Skorupka, W. Jasiński (w druku).

jących formalnie ujętych reguł, których należy przestrzegać dlatego, że zostały we właściwy sposób ustanowione, nie zaś z tego powodu, że wyrażają idee, reguły i zasady słuszne, sprawiedliwe i dobre z punktu widzenia powszechnie akceptowanej aksjologii i wartości, to jednak zawsze starano się poszukiwać takich sposobów wykładni i stosowania prawa, które gwarantowałyby w największym z możliwych stopni zgodność prawa z powszechną moralnością. Czy to w ujęciu skrajnie formalistycznym (pozytywistycznym)<sup>21</sup>, czy to w podejściu prawnonaturalnym lub funkcjonalnym, czy wreszcie rozumiejąc prawo realistycznie<sup>22</sup>, jako wynik konkretnej działalności sądów, zawsze poszukiwano odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób zagwarantować to, by prawo, ustanowione w określony sposób, nie stawało się w perspektywie powszechnie przyjmowanej aksjologii „ustawowym bezprawiem”<sup>23</sup>. Z innej perspektywy, przyjmując za punkt wyjścia stanowisko pozytywistyczne, formalistyczne, prawnonaturalne lub funkcjonalne, starano się znaleźć odpowiedź na pytanie o skuteczny sposób zagwarantowania „wewnętrznej moral-

ności prawa”<sup>24</sup>, minimum jego zawartości treściowej odpowiadającej „prawu natury”<sup>25</sup>. Szukano ujęcia, w którym prawo chronić będzie, nie zaś naruszać, prawa podstawowe jednostki oraz gwarantować jej ochronę w sporach z innymi jednostkami oraz państwem, zapewniając przestrzeganie przyrodzonej jej godności i wynikających z niej praw podstawowych, a więc służyć realizacji powszechnie uznawanych wartości, nie zaś stanowić podstawę do ich naruszania.

Z oczywistych powodów wskazane wyżej zagadnienie związane z poszukiwaniem „istoty prawa” jako mechanizmu sterującego i ograniczającego władzę publiczną oraz jednostki łączy się w sposób konieczny z problematyką stanowienia i stosowania prawa<sup>26</sup>, w szczególności zaś z systemem złożonej wzajemnej kontroli i współoddziaływania przedstawicieli władzy publicznej uprawnionych do stanowienia prawa, zobowiązanych do jego stosowania, oraz posiadających kompetencje do bieżącego zarządzania państwem jako organizacją zbiorowości<sup>27</sup>. Skoro bowiem przyjmuje się, że prawo ma stanowić instrument realizacji

<sup>21</sup> Co do sposobów rozumienia pozytywizmu prawniczego zob. w szczególności J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 31 i n.; A. Grabowski, *Prawnicze pojęcie obowiązywania prawa stanowionego. Krytyka niepozytywistycznych koncepcji prawa*, Kraków 2009, s. 13 i n.; T. Gizbert-Studnicki, *Pozytywistyczny park jurajski*, s. 4 i n.; T. Gizbert-Studnicki, A. Grabowski, A. Dyrda, *Metodologiczne dychotomie*, s. 402 i n. O wiązanych z tym podejściem ryzykach interesująco piszą H. Izdebski, *Konstytucjonalizm – legicentryzm – ustawowy nihilizm prawny*, s. 5 i n.; M. Zirka-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10 i n.

<sup>22</sup> Co do sposobów podejścia do prawa zob. w ujęciu podręcznikowym B. Brożek, J. Stelmach, *Metody prawnicze*, Kraków 2004, s. 37 i n. Zob. też interesujące ujęcie T. Widłaka, *Fuller*, Sopot 2016, s. 108 i n.; J. Stelmacha, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 23 i n.; M. A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1986, s. 25 i n. W kontekście wykładni konstytucji zob. interesujące uwagi P. Tulei, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Poznań 2016, s. 23 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>23</sup> Zob. w tej kwestii w szczególności G. Radbruch, *Wybór pism*, Sopot 2016, s. 13–31; J. Zajadło, *Filozofia Gustawa Radbrucha*, (w:) J. Zajadło, *Radbruch*, Sopot 2016, s. 63 i n.; tenże, *Dziedzictwo przeszłości. Gustaw Radbruch: portret filozofa, prawnika i humanisty*, Gdańsk 2007, *passim*; H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*; L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, *passim*; R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*; J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, *passim*. W ujęciu polskim W. Sadurski, *Teoria sprawiedliwości. Podstawowe zagadnienia*, Warszawa 1988, *passim*; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>24</sup> Zob. w szczególności L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. 81 i n.

<sup>25</sup> Zob. w szczególności H. L. A. Hart, *Pojęcie prawa*, s. 251 i n.

<sup>26</sup> O. W. Holmes, *The Common Law*, Toronto 2011, *passim*. Zob. też interesujące uwagi T. Widłaka, *Fuller*, s. 11 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>27</sup> Por. też stanowisko M. Zirka-Sadowskiego, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10 i n.; S. Wronkowskiej, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, s. 21 i n. Zob. też uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

powszechnie akceptowanych wartości, to kluczowe znaczenie ma wypracowanie takich mechanizmów jego stanowienia i stosowania, które zapewnią będą jak najoptymalniejsze pełnienie tej funkcji<sup>28</sup>. Ustalenie wspólnych i akceptowanych przez zbiorowość zorganizowaną w państwo wartości i celów wymaga konsensualnego procesu<sup>29</sup>. Stanowienie i stosowanie prawa wartości te wyrażającego musi także opierać się na adekwatnych mechanizmach, służących także na tej płaszczyźnie do poszukiwania konsensu i społecznej akceptacji<sup>30</sup>, nie zaś opartych na przeświadczeniu o słuszności określonego sposobu rozumienia prawa przez jedną tylko grupę<sup>31</sup>. Prawo może bowiem skutecznie pełnić swoje funkcje jedy-

nie w oparciu o społeczną akceptację<sup>32</sup>. Staje się wcześniej lub później dysfunkcjonalne, jeśli działa jedynie w oparciu o państwowy przymus<sup>33</sup>. Jeśli zatem w punkcie wyjścia procesu dochodzenia do rozbudowanej koncepcji rządów prawa przyjmowano zasadę związania i ograniczenia suwerena przez prawo, to konieczne stało się stworzenie mechanizmów zapobiegających stosowaniu ustanowionego prawa przez suwerena wedle jego przekonania, pozostającego poza kontrolą i możliwością weryfikacji. W tym kontekście pojawia się koncepcja podziału władzy publicznej jako sposobu obiektywizacji i intersubiektywnej weryfikacji stosowania prawa<sup>34</sup>.

Idea podziału władzy publicznej najpierw

<sup>28</sup> Z innej zupełnie perspektywy trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że „sama zasada podziału władzy nie daje podstaw do wytyczenia ścisłego rozdziału między stanowieniem a stosowaniem prawa. Współcześnie ma ona przede wszystkim znaczenie organizacyjne, a jej normatywna treść wynika ze sposobu ukształtowania kompetencji poszczególnych władz oraz wskazania ich funkcji wynikających z przepisów konstytucji” – P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 298.

<sup>29</sup> O sposobach konsensualnego modelu stanowienia oraz stosowania prawa, opartego na współdziałaniu wszystkich konstytucyjnych rodzajów władzy oraz udziale przedstawicieli społeczeństwa obywatelskiego w USA, zob. m.in. B. Obama, *The President's Role in Advancing Criminal Reform*, „Harvard Law Review”, JAN 5, 2017. Zob. też uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>30</sup> Trafnie wskazują M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, że „aktualny konflikt dotyczący Trybunału Konstytucyjnego odsłonił (...) nagłą potrzebę odbudowy społecznej zgody wokół idei prawa. Głośniejsz niż kiedykolwiek po 1989 r. artykułowane jest żądanie przedstawienia przez nas prawników odpowiedzi na pytanie: «Skąd czerpiesz upoważnienie do tego, co robisz?»” – *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 15. Zasadnie stwierdza także A. Kozak, że „rozziw między powszechnością działania prawa a ekskluzywnością umiejętności pozwalających zachować wpływ na owo działanie generuje silne polityczne napięcie, które musi być w jakiś sposób rozładowane” – *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wrocław 2010, s. 50 i n.

<sup>31</sup> Zob. w tej kwestii w szczególności stanowiska prezentowane w ramach nurtu określonego mianem teorii argumentacji prawniczej: J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 113 i n.; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. The Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1978, s. 90 i n.; Ch. Perelman, *Justice, Law and Argument*, Boston 1908, *passim*; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>32</sup> Zob. w tej kwestii w szczególności analizy dotyczące koncepcji sędziowskiego nieposłuszeństwa – H. L. Laurence, J. P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drivers*, „Law and Society Review” 1987, t. 21, s. 315 i n.; J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, PiP 2016, z. 1, s. 18 i n.; H. P. Graver, *Judges Against Justice. On Judge When the Rule of Law is Under Attack*, Berlin–Heidelberg 2015, *passim*; T. Widłak, *Fuller*, s. 133 i n.; M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10 i n.

<sup>33</sup> Zob. w tej kwestii m.in. niezwykle interesujące prace związane z koncepcją sędziowskiego nieposłuszeństwa H. L. Laurence, J. P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drivers*, s. 315 i n.; J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, s. 18 i n.; H. P. Graver, *Judges Against Justice. On Judge When the Rule of Law is Under Attack*, *passim*; T. Widłak, *Fuller*, s. 133 i n. Por. też M. Wierzbicki, *Cywilne nieposłuszeństwo*, (w:) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa. 100 podstawowych pojęć*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 36–38.

<sup>34</sup> Zob. w tej kwestii uwagi J. Stelmacha odnoszące się do teorii argumentacyjnych, których zasadniczym celem jest zapewnienie rozstrzygnięciom prawniczym intersubiektywnej kontroli i sprawdzalności, a także realizację zasady racjonalności i słuszności rozstrzygnięć – *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, s. 114 i n., w szczególności zaś

na dwa, później zaś na trzy rodzaje wyrastała na gruncie poszukiwania sposobu ograniczenia suwerena, związanego regułami prawnymi oraz poddania kontroli. Stąd pojawiła się koncepcja wyodrębnienia i samodzielności władzy sądowniczej jako mechanizmu służącego ograniczeniu dowolności działania suwerena, który choć sam powoływał sądy i stanowił prawo, to następnie był tym prawem oraz decyzjami niezależnych od siebie sądów związany<sup>35</sup>. Koncepcja trójpodziału i równoważenia się władzy ustawodawczej, sądowniczej i wykonawczej może być traktowana jako kolejny krok w kierunku stworzenia systemu, w którym przedstawiciele władzy publicznej są wzajemnie od siebie niezależni i jednocześnie bezwzględnie ze sobą związani. Realizując powierzone im funkcje, wzajemnie na siebie oddziałują, wzajem się kontrolują i równoważą, gwarantując tym samym to, że żadna z wyodrębnionych władz publicznych nie zyskuje przewagi nad inną, a przez to nie może działać dowolnie<sup>36</sup>. Prawo w tym modelu stanowione jest i stosowane w ramach społecznego konsensu, wynikającego z różnorodnego wzajemnego oddziaływania niezależnych, równorzędnych i kontrolujących się władz<sup>37</sup>. W idealistycznie rozumianym modelu opartym na zasadzie podziału i równoważenia się władz poprzez wzajemne relacje i powiązania między nimi realizuje się mechanizm wzajemnej kontroli. Tym samym nie pojawia się w sposób radykalny problem, który w ostatnim czasie trafił do postaci łacińskiej formuły *quis custodiet*

*custodes ipsos*<sup>38</sup>. O istocie i sensie prawa przesądza się w ramach złożonego dyskursu między władzami, choć tylko jedna z nich z formalnego punktu widzenia posiada kompetencje do odpowiedzi na pytanie, czym jest prawo i jaka jest jego treść w procesie jego stosowania<sup>39</sup>. Nie ma w prawidłowo skonstruowanym systemie podziału i równoważenia się władz miejsca na dominację jednej z nich nad innymi<sup>40</sup>. W prawidłowo skonstruowanym systemie opartym na zasadzie podziału i równoważenia się władzy nie ma potrzeby poszukiwania odpowiedzi na pytanie, kto skontroluje kontrolujących w zakresie odpowiedzi na pytanie, czym jest prawo. Na tak pomyślanej zasadzie podziału i równoważenia się władz, z których żadna nie dysponuje przewagą nad pozostałymi, oparta została lakoniczna regulacja zawarta w amerykańskiej konstytucji. Inną kwestią jest rozważanie, w jakim stopniu koncepcja ta skutecznie gwarantuje konsensualny sposób rozstrzygania, czym jest prawo, oraz służy realizacji idei rządów prawa, ograniczającej także suwerena<sup>41</sup>.

W perspektywie europejskiej te same zasady były realizowane na przestrzeni ostatnich dwustu lat w nieco inny sposób. Na ukształtowany przez stulecia system władzy publicznej, wywodzący się zasadniczo ze struktury opartej na władztwie królewskiego suwerena, nabudowywano stopniowo regulacje tego suwerena ograniczające, poddające go regułom prawnym i kontroli niezależnych sądów. Poszukując zwornika dla tak pomyślanego syste-

s. 122 i s. 128. Por. też rozważania P. Tulei dotyczące względnego związania sędziego ustawą oraz znaczenia i funkcji konstytucji w procesie sądowego stosowania prawa – *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 303 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>35</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>36</sup> Zob. też uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>37</sup> Tamże.

<sup>38</sup> Zob. w tym zakresie interesujące rozważania A. Dziadzio, *Quis custodiet custodes ipsos. Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji. Uwagi na kanwie orzeczenia K 34/15 Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 grudnia 2015 roku*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 5 (31), s. 12 i n.

<sup>39</sup> Znaczenie dyskursywnego modelu odkrywania istoty i treści prawa zasadnie wskazują M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 16 i n.

<sup>40</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>41</sup> Por. M. Zirk-Sadowski, *Rządność sądów a zarządzanie przez sądy*, „Zarządzanie Publiczne” 2009, nr 1, s. 12 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

mu, wskazywano zasadniczy, fundamentalny i wyznaczający granice zbiór reguł prawnych, konstytucyjnych dla państwa i obywateli. Takie podejście już tylko mały krok dzielił od postrzegania konstytucji jako nadrzędnego aktu prawnego, któremu podporządkowane jest wszystko, zarówno prawo stanowione w określony sposób, jak i działania publicznej władzy.

W obu modelach, amerykańskim i kontynentalnym, konstytucja jako zbiór praw zasadniczych i podstawowych dla państwa i obywateli odgrywa podobną rolę. Jest wypracowanym w drodze konsensu aktem prawnym wyrażającym aksjologiczną podstawę państwa oraz obowiązującego w nim systemu prawnego. Stanowi jego kościć, wyrażający w sformalizowanej i syntetycznie ujętej formie system hierarchicznie uporządkowanych, aprobowanych społecznie wartości, któremu podporządkowane być muszą wszystkie pozostałe regulacje prawne i przejawy stosowania prawa. W początkowym okresie funkcję regulacji określającej podstawowe wartości, aksjologię, zasady, reguły i cele funkcjonowania państwa oraz jednostek, określającej minimalne standardy odpowiadających zasadzie słuszności i sprawiedliwości relacji między jednostką a państwem, wyznaczającej granice działalności suwerena (jednoosobowego lub zbiorowego) pełniła wyłącznie konstytucja. W istocie systemy prawa miały charakter monolityczny, oparty na zasadzie zhierarchizowanej struktury, w której funkcję zwornika, zamykającego na szczycie złożony i wielopłaszczyznowy system prawny, pełniła właśnie konstytucja. Z tego założenia wynikało, że skoro konstytucja wyznacza system wartości, aksjologię, zasady i reguły systemu stanowienia i stosowania pra-

wa, to z konstytucji wynikają nieprzekraczalne ograniczenia działalności podmiotów uprawnionych do jego stanowienia i stosowania<sup>42</sup>. Zapewnienie realizacji wyrażonych w konstytucji wartości, aksjologii, zasad i reguł<sup>43</sup> opierać się zatem powinno na stworzeniu mechanizmu umożliwiającego kontrolę zgodności działalności władz publicznych z konstytucją. Gwarancją realizacji idei rządów prawa jest zatem istnienie systemu kontroli konstytucyjności stanowienia i stosowania prawa<sup>44</sup>.

W ujęciu kontynentalnym konstytucja tradycyjnie postrzegana jest jako zbiór norm podstawowych, z którymi zgodne powinny być normy zawarte w aktach podkonstytucyjnych. Stąd też uznając konstytucję za akt zamykający „na szczycie” zhierarchizowany system prawny, mechanizmów gwarantujących zgodność z konstytucją poszukiwano w istnieniu organu badającego stanowione w taki czy inny sposób prawo z punktu widzenia jego relacji do wartości, aksjologii, zasad i reguł wyrażonych w konstytucji. Kelsenowska (a raczej przedstawiona przez G. Jellinka<sup>45</sup>) idea kontroli konstytucyjności oparta jest na tej właśnie koncepcji. Opiera się na teorii abstrakcyjnego badania zgodności stanowionego przez legitymowanego prawodawcę prawa z konstytucją. I do tej kontroli, na poziomie stanowienia prawa, w istocie pierwotnie się ograniczała. W kontynentalnym modelu zakładano bowiem, że w procesie badania zgodności prawa z konstytucją oraz ewentualnego uzgadniania prawa z konstytucyjnymi wzorcami nie biorą udziału ani sądy powszechne, ani władza wykonawcza. Kompetencje w tym zakresie posiada jeden, wybrany i szczególny organ. To on decyduje o sposobie rozumienia konstytucji, rozstrzyga o zgodności z konstytucją stanowionego przez ustawodawcę prawa

<sup>42</sup> Zob. interesujące rozważania A. Dziadzio o korzeniach i genezie austriackiego sądownictwa konstytucyjnego – A. Dziadzio, *Quis custodiet custodes ipsos. Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji*, s. 12 i n.

<sup>43</sup> Zob. m.in. T. Gizbert-Studnicki, *Reguły i zasady prawne*, PiP 1988, z. 3, s. 16 i n.; tenże, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, RPEiS 1989, nr 1, s. 5 i n.; P. Tuleja, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, s. 25 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>44</sup> Por. S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>45</sup> Zob. szerzej A. Dziadzio, *Quis custodiet custodes ipsos. Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji*, s. 12 i n.

oraz w razie stwierdzenia niezgodności prawa z konstytucją orzeka o jego usunięciu z systemu. Szczególny organ powołany do strzeżenia zgodności prawa z konstytucją jest w tym modelu w istocie elementem dopełniającym władzę ustawodawczą, o tyle tylko specyficznym, że niewyłanianym w demokratycznych wyborach i dysponującym kompetencjami negatywnymi<sup>46</sup>. Sąd lub Trybunał Konstytucyjny jako organ uprawniony do oceny zgodności stanowionego prawa z konstytucją na płaszczyźnie abstrakcyjnie rozumianych norm (przepisów) nie może bowiem stanowić prawa, może jednak orzekać o utracie mocy obowiązującej prawa we właściwy sposób ustanowionego. Zarazem sąd lub Trybunał Konstytucyjny nie jest uprawniony do stosowania prawa w sensie rozstrzygania jednostkowych przypadków. W tym zakresie stosowne kompetencje posiadają sądy powszechne lub sądy szczególne, związane przepisami obowiązującego prawa. Sądy i inne organy władzy publicznej w tym modelu ograniczone są do stosowania obowiązującego prawa<sup>47</sup>. W ujęciu przedstawianego modelu nie jest rolą sądów dokonywanie oceny zgodności prawa z konstytucją. Konstytucja w świetle tego sposobu badania konstytucyjności prawa nie wpływa na proces stosowania prawa w jednostkowych przypadkach, te bowiem oparte są na obowiązujących i wiążących sądy oraz inne organy przepisach. Ujawniające się w procesie stosowania wątpliwości co do zgodności poszczególnych przepi-

sów z konstytucją stanowić mogą ewentualnie podstawę do wszczęcia, o ile zostały stworzone w tym zakresie stosowne mechanizmy, procedury kontroli konstytucyjności w oparciu o abstrakcyjny sposób oceny realizowany przez jedyny uprawniony organ, tj. sąd lub Trybunał Konstytucyjny. Łatwo zauważyć, że w tak pomyślanym modelu nie ma w zasadzie miejsca na zasadę nadrzędności, a przede wszystkim bezpośredniego stosowania konstytucji przez sądy lub inne organy władzy publicznej<sup>48</sup>. Ta sfera jest bowiem zastrzeżona dla jednego organu, tj. sądu lub Trybunału Konstytucyjnego<sup>49</sup>. Nie trzeba szerzej uzasadniać twierdzenia, że taki sposób postrzegania roli i funkcji konstytucji oraz modelu badania konstytucyjności prawa jest w znacznym stopniu nieadekwatny w perspektywie współczesnej rzeczywistości normatywnej. W istocie stanowi mocno zapóźnioną reminiscencję dziewiętnastowiecznego sposobu podejścia do funkcji i roli prawa, znaczenia konstytucji oraz sposobów zapewniania zgodności z konstytucją stanowienia i stosowania prawa, a także odkodowywania zasad, reguł i norm ograniczających działania władzy publicznej. Niezrozumienie istoty współczesnej demokracji konstytucyjnej stanowiło podstawę niewłaściwie sformatowanego i nad wyraz szkodliwego sporu kompetencyjnego między Trybunałem Konstytucyjnym a Sądem Najwyższym, którego przedmiotem było rozstrzygnięcie, czy sądy mogą w indywidualnych sprawach samodzielnie odmówić

<sup>46</sup> Zob. S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, s. 23 i n.

<sup>47</sup> Pozycja i zakres kompetencji sądów opiera się w tym ujęciu na monteskuszowskiej idei sędziego będącego ustami ustawy, a więc podmiotu, który działa na zasadach wstrzemięźliwości, nie zaś sędziowskiego aktywizmu. Rola władzy sądowniczej jest postrzegana raczej jako pasywna, w przeciwieństwie do aktywnej roli władzy ustawodawczej i wykonawczej. Zob. szerzej M. La Torre, *Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory*, (w:) *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, „Ius Gentium Comparative Perspectives on Law and Justice” 2015, nr 44, s. 3 i n.

<sup>48</sup> Z takim podejściem związane było postrzeganie Konstytucji jako aktu wyrażającego normy programowe o charakterze niewiążącym, co sprawiało, że „wykładnia ustaw w zgodzie z konstytucją odgrywała rolę niewielką albo nie odgrywała żadnej roli w procesie sądowego stosowania prawa” – P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 308.

<sup>49</sup> Trafnie podkreślają M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, że europejski, a raczej austriacki model kontroli konstytucyjności prawa oparty był na „klasycznym układzie stosunków między władzą ustawodawczą a sądowniczą”, w którym rolę sądów pojmowano w ujęciu dualistycznym, w którym prawo stanowione jest przez ustawodawcę, a implementowane przez sądy – *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10.

stosowania sprzecznego z konstytucją prawa, czy też mają obowiązek wystąpić z pytaniem do Trybunału<sup>50</sup>. W sporze tym, z dzisiejszej perspektywy, w sposób oczywisty rację przyznać należy Sądowi Najwyższemu, gdyż kontrola konstytucyjności prawa w sprawach indywidualnych nie tylko zwiększa operatywność systemu w następstwie realizacji obowiązku bezpośredniego stosowania konstytucji, lecz również zapewnia możliwość wykorzystania bezcennej wiedzy specjalistycznej poszczególnych sądów do zapewnienia wielopłaszczyznowej i szerokoperspektywicznej wykładni konstytucji.

W ujęciu amerykańskim konstytucja wyznacza aksjologiczne i prawne podstawy systemu w tym znaczeniu, że każdy akt działania władzy publicznej – ustawodawczej, wykonawczej lub sądowniczej – musi być z konstytucją zgodny. W kontekście zasady podziału i równoważenia się władz konstytucja jest miernikiem poprawności każdego rozstrzygnięcia, sąd zaś podmiotem uprawnionym i zobowiązanym do dokonywania w tym zakresie stosownych ocen. Wynika to z konstytucyjnych zasad funkcjonowania państwa, w tym także z zasady podziału i równoważenia się władz<sup>51</sup>. Opiera się także na założeniu, że o tym, czym jest i co stanowi prawo, decydują z mocy konstytucji sądy. Na tym założeniu opiera się sławne i przywoływane także w ostatnim czasie rozstrzygnięcie amerykańskiego sądu najwyższego w sprawie *Marbury vs Madison*, w którym ufundowano, jak się powszechnie przyjmuje, podstawy kontroli zgodności działania każdej władzy publicznej z konstytucją przez sądy<sup>52</sup>.

W konsekwencji europejski system badania zgodności prawa, ale przecież w istocie zgodności działania państwa z konstytucją, określa się mianem systemu scentralizowanego, system amerykański zaś mianem modelu kontroli rozproszonej.

Niezależnie od różnic między oboma systemami wspólnym elementem jest rozumienie funkcji i znaczenia konstytucji oraz sposób poszukiwania odpowiedzi na pytanie o treść prawa. W ujęciu modelowym różnią się zasadniczo określeniem podmiotu uprawnionego do ostatecznego i wiążącego ustalenia, czym jest prawo, oraz określenia konsekwencji jego naruszenia. Odmienne kształtują w nim również znaczenie i funkcję konstytucji, która w modelu europejskim służy jako wzorzec do abstrakcyjnego badania treści prawa przez szczególny organ – sąd lub Trybunał Konstytucyjny, i nie ma znaczenia dla procesu stosowania prawa przez sądy, w modelu amerykańskim zaś ma określoną normatywną treść, stanowi bazę systemu prawa oraz funkcjonowania państwa – zarówno w sensie normatywnym, jak i aksjologicznym – i jest źródłem prawa stosowanym przez sąd w każdym jednostkowym przypadku. Z tych względów w systemie amerykańskim uprawnienie do odczytywania konstytucji i ustalania zgodności prawa z konstytucją, a także oceny zgodności działania organów władzy publicznej z konstytucją przysługuje sądom, pozostającym jednak w określonej, opartej na zasadzie podziału i równoważenia się, relacji z władzą ustawodawczą i wykonawczą<sup>53</sup>. W systemie

<sup>50</sup> Krytycznie o możliwości dokonywania kontroli konstytucyjności przepisów przez sądy pisał P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 313 i n. Podobne stanowisko prezentował w sposób kategoryczny A. Zoll, *Związanie sędziego ustawą*, (w:) *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. J. Zakrzewskiej*, red. J. Trzeciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 241 i n.

<sup>51</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>52</sup> W rzeczywistości orzeczenie *Marbury vs Madison* stanowiło pierwszy spektakularny przejaw sędziowskiego aktywizmu, którego wyrazem było wyinterpretowanie z Konstytucji USA wyraźnie w niej niezapisanego prawa do kontroli przez Sąd Najwyższy konstytucyjności aktów prawnych Kongresu. Kompetencje Sądu Najwyższego do sprawowania funkcji kontroli konstytucyjności zostały potwierdzone w kolejnych judykatach, w szczególności zaś w sprawach *Fletcher vs Peck* (1810) oraz *McCulloch vs Maryland* (1819). Zob. w tej kwestii szerzej A. Zorea, *Federal Government, Judicial Branch*, (w:) *The Oxford Encyclopedia of American Political and Legal History*, ed. D. T. Critchlow, P. R. Vandermeer, Oxford University Press, Oxford–New York 2012, s. 358–363. Por. też uwagi T. Widłaka, *Fuller*, s. 121 i n.

<sup>53</sup> Zob. uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

kontynentalnym, choć wydawać by się *prima facie* mogło, że kompetencja ta także należeć mogłaby lub wręcz powinna do sądów, to jednak głębsze tylko wejrzenie w model scentralizowanej kontroli konstytucyjności wskazuje, iż sądy traktowane były raczej jako „usta ustawy”, odpowiedź zaś na pytanie, czym jest prawo, należała zasadniczo do suwerennej władzy ustawodawczej oraz ostatecznie w sytuacjach spornych do kompetencji wybranego organu uprawnionego i zobowiązanego do kontroli konstytucyjności<sup>54</sup>.

W modelu amerykańskim pytanie *quis custodiet custodes ipsos* odnosi się do weryfikacji i kontroli sposobu rozumienia prawa przez sądy i wykorzystywania go jako podstawy wydawania konkretnych jednostkowych orzeczeń. To one bowiem rozstrzygają, czym jest prawo. W modelu europejskim pytanie to odnosi się w istocie do organu uprawnionego do badania zgodności prawa z konstytucją<sup>55</sup>.

Tak czy inaczej w każdym z nich podstawową kwestią jest odpowiedź na pytanie, co stanowi ustanowione w określony sposób prawo, a także kto i w jaki sposób oraz w oparciu o jak określone metody i mechanizmy jest uprawniony do wiążącego wszystkich, tj. obywateli oraz organy władzy publicznej, rozstrzygania o tym.

Choć z punktu widzenia modelowego między systemem amerykańskim a systemami przyjmowanymi w Europie ujawniają się w zakresie zarysowanego powyżej zagadnienia fundamentalne wręcz odmienności, to jednak odnoszą się one raczej do momentu kształtowania systemu badania konstytucyjności prawa oraz zgodności z konstytucją przypadków jego stosowania przez organy władzy publicznej. Nie oddają zarazem istoty funkcji i znaczenia konstytucji oraz innych aktów prawnych wyznaczających aksjologiczne

podstawy systemu prawa oraz zasady i reguły działania organów władzy publicznej we współczesnych systemach prawa. Współczesne systemy prawa z uwagi na różnorodne czynniki odbiegają bowiem w zasadniczy sposób od klasycznego modelu prawa stanowionego czy też prawa w systemie *common law*, stanowiącego punkt odniesienia dla wypracowywania zasady podziału władzy oraz określonych modeli badania konstytucyjności prawa i zgodności z konstytucją działalności organów władzy publicznej. Cechuje je przede wszystkim akceptacja poglądu o normatywnej treści konstytucji, multicentryczność i multikonstytucjonalizm<sup>56</sup>. Współczesne systemy prawa charakteryzuje pluralizm źródeł określających podstawowe wartości, aksjologię, zasady i normy, które wyznaczają granice prawa oraz działalności organów władzy publicznej. Innymi słowy – które wyznaczają nienaruszalne podstawy rządów prawa.

Takie podejście do systemu prawa w znacznej części wynika z doświadczenia przeszłości, w której demokratycznie wybrani przedstawiciele władzy publicznej wykorzystywali uzyskane kompetencje do stanowienia i stosowania prawa w sposób rażąco naruszający jego podstawowe funkcje (tj. gwarantowanie realizacji idei słuszności i sprawiedliwości). Doświadczenia z przerażającymi przypadkami nadużycia prawa i lekceważenia zasady rządów prawa jako instrumentu ograniczającego władze publiczne wskazują, że niezbywalnym warunkiem tego, by prawo pełniło w sposób skuteczny przypisywane mu społeczne funkcje – a więc było przede wszystkim adekwatnym i sprawnym mechanizmem społecznej kontroli i sterowania – jest to, że musi wyrażać akceptowane społecznie wartości, zasady, aksjologię i opierać się na nich. Te wartości, aksjologia i zasady wynikają ze wspólnego dziedzictwa

<sup>54</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>55</sup> Zob. A. Dziadzio, *Quis custodiet custodes ipsos. Trybunał Konstytucyjny jako (nie) obiektywny strażnik konstytucji*, s. 12 i n.

<sup>56</sup> Zob. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, s. 5 i n.; M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

kulturowego cywilizowanego świata, oparte są na europejskiej tradycji i wartościach i mają powszechny charakter<sup>57</sup>. To zaś sprawia, że nie tylko mogą, ale powinny być wyrażone zarówno w konstytucji, pełniącej funkcję aktu nadrzędnego w konkretnych systemach prawnych poszczególnych państw, jak i w aktach o szerszym znaczeniu, opartych na ponadnarodowym konsensie, tworzących podstawy i wyznaczających granice działania władzy publicznej, określających prawa podstawowe jednostki o charakterze zasadniczym, wynikające z godności jednostki ludzkiej, które nie mogą być stanowione, a jedynie potwierdzone w systemie obowiązującego prawa<sup>58</sup>.

Niezależnie od przyjmowanej koncepcji państwa – opartego na koncepcji konstytucyjnej monarchii czy konstytucyjnej republiki – prawo musi być stanowione w drodze społecznego konsensusu i poddawane skutecznej kontroli<sup>59</sup>. To zaś sprawia, że niezależnie od

przyjmowanego modelu stanowienia i stosowania prawa zasadniczym elementem jest to, by zagwarantować odpowiedni wpływ na każdy etap, to jest zarówno stanowienia, jak i stosowania prawa, wszystkich przedstawicieli społeczności, co do zasady reprezentowanych przez wyłonionych w odpowiedni sposób przedstawicieli<sup>60</sup>. Kształtowanie prawa w określonej formie, a także jego stosowanie – powiązane z sposób immanentny z poszukiwaniem odpowiedzi na pytanie, czym prawo jest i jaka jest jego treść, musi zatem dokonywać się w procesie publicznego dyskursu, w oparciu o określone argumenty, odwołujące się do społecznie akceptowanej moralności, aksjologii i wartości<sup>61</sup>. Prawo ma być bowiem sformalizowanym odzwierciedleniem dobra wspólnego, zbiorem reguł, zasad i norm kompetencyjnych określających najlepsze sposoby jego realizacji. W perspektywie europejskiej aksjologiczną podstawę współczesnych syste-

<sup>57</sup> M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski wskazują, że dla współczesnych systemów prawa „charakterystyczny jest (...) zbliżony poziom ochrony zapewniany przez standardy konstytucyjne i ponadnarodowe, wskazujący na transgraniczny wymiar wartości stanowiących podstawę europejskiej kultury prawnej” – *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>58</sup> W piśmiennictwie wskazuje się, że art. 30 Konstytucji RP, wskazujący godność jako źródło praw człowieka, stanowi wyraz samoograniczenia się suwerena – P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 295–296.

<sup>59</sup> Por. E. Łętowska, *Pozaprocesowe znaczenie uzasadnienia sądowego*, PiP 1997, z. 5, s. 8 i n.; też, *Prawo w „płynnej nowoczesności”*, PiP 2014, z. 3, s. 16 i n.; A. Kozak, *Dylematy prawniczej dyskrecjonalności. Między ideologią polityki a teorią prawa*, (w:) *Dyskrecjonalność w prawie*, red. W. Staškiewicz, T. Stawecki, Warszawa 2010, s. 62 i n.; S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>60</sup> Zasadnie podkreśla się w piśmiennictwie, że społeczeństwo obywatelskie to historycznie uwarunkowana autonomiczna zbiorowość zdolna do artykułowania potrzeb za pomocą dyskursu społecznego, a także wyłaniania reprezentacji politycznej dla tak skonkretyzowanych interesów. „W społeczeństwie demokratycznym (...) sądy są aktywnym uczestnikiem tego procesu, a nawet pewną dźwignią owych przemian. Można mieć jednak wątpliwości, czy udało się przekonać do tej wizji wspólnotę obywatelską” – M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 21.

<sup>61</sup> W tym sensie podzielamy pogląd, że współcześnie istotą działalności sądów jest z jednej strony konkluzywność dyskursu sądowego, z drugiej posadowienie go na aksjologicznych fundamentach prawa. Przyjmuje się także, że „wymóg otwartości nakłada na sądy obowiązek legitymizowania swoich decyzji, zwłaszcza tych odwołujących się do oceny konstytucyjności prawa. Oznacza to położenie nacisku na ową zewnętrzną funkcję motywów orzeczenia, tj. wykazania w procesie argumentacyjnym, że sądowi przysługiwała kompetencja (władza) pozwalająca na wydanie wyroku o określonej treści. (...) W warunkach sądowego stosowania prawa oznacza to obowiązek poddania się przez sądy Dworkinowskiemu testowi argumentacji. W przeciwnym razie sędzia traci okazję zdobycia społecznego zaufania do swej działalności, do wymiaru sprawiedliwości jako takiego” – M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 14 oraz s. 18–19. Zob. też I. Rzucidło-Grochowska, *Uzasadnienie jako instrument budowy zaufania*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2016, nr 5 (698), s. 101 i n.

mów prawa wyznaczają konstytucja oraz akty prawa Unii Europejskiej, a także międzynarodowe akty prawne określające minimum praw człowieka, określanych współcześnie mianem praw podstawowych<sup>62</sup>. Regulacje te, ujmując rzecz w pewnym uproszczeniu, stanowią wyraz dorobku historycznie zdeterminowanego procesu kształtowania zasad podstawowych, których przestrzeganie zapobiegać ma, wedle naszego najgłębszego przekonania, temu, by ustawowe prawo nie stało się, ani w procesie jego stanowienia, ani w procesie jego stosowania, ustawowym bezprawiem.

Realizacji tej zasady służyć mają przede wszystkim zasada nadrzędności, bezpośredniego stosowania oraz bezpośredniego skutku przez nadrzędne akty multicentrycznego i multikonstytucyjnego systemu. Ich istnienie przesądza, że zarówno w procesie stanowienia prawa, jak i w szczególności w procesie jego stosowania, odpowiednie organy są uprawnione i zobowiązane do tego, by badać, czy konkretna regulacja nie narusza reguł i zasad w nich ustanowionych. Z perspektywy konstytucyjnej zasady podziału i równoważenia się władz zasadniczo zadanie oceny zgodności prawa z akceptowaną społecznie aksjologią, wartościami i prawami podstawowymi wyrażonymi w konstytucji oraz aktach prawa Unii Europejskiej i aktach prawa międzynarodowego statuujących prawa podstawowe, spoczywa

na sądach<sup>63</sup>. To one bowiem z uwagi na zasadę podziału i równoważenia się władz oraz nadrzędności i bezpośredniego stosowania konstytucji i innych aktów nadrzędnych są zobowiązane do poszukiwania takich sposobów interpretacji obowiązującego prawa, które najlepiej zagwarantują jego zgodność z konstytucją. Służyć będą zatem realizacji konstytucyjnej aksjologii, gwarantować przestrzeganie praw podstawowych oraz realizację zasady sprawiedliwości, równości, wolności i bezpieczeństwa. Taki sposób postrzegania roli i zadań sądów odnosi się aktualnie zarówno do systemu amerykańskiego, opartego od powstania na zasadzie przyznania sądom uprawnienia i obowiązku do badania konstytucyjności prawa w każdym przypadku jego jednostkowego stosowania, jak i do systemu kontynentalnego, opartego nominalnie na modelu scentralizowanej kontroli konstytucyjności<sup>64</sup>. Konieczność uwzględniania konstytucji przez sądy w procesie wydawania konkretnych rozstrzygnięć wynika z powszechnie przyjmowanej w państwach kontynentalnych zasady zamieszczenia w konstytucji treści normatywnych, powiązanej z zasadą jej nadrzędności i bezpośredniego stosowania<sup>65</sup>. To przesądza, że sądy zobowiązane są do uwzględniania treści właściwych norm konstytucyjnych w każdym przypadku stosowania prawa. Do badania, czy ustawowa lub podustawowa regulacja stanowiąca pod-

<sup>62</sup> W tym sensie nawiązujemy do koncepcji postpozytywizmu oraz neokonstytucjonalizmu, jako teoretyczno-prawnej i metodologicznej podstawy prezentowanego ujęcia. Zob. szerzej w tej kwestii A. Grabowski, (w:) T. Gizbert-Studnicki, A. Dyrda, A. Grabowski, *Metodologiczne dychotomie*, s. 402 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>63</sup> Konstytucja określa warunki wyrażenia woli suwerena działającego poprzez przedstawicieli w formie ustawy. Ta zasada jest nie tylko źródłem legitymizacji kontroli konstytucyjności ustaw, ale także przesądza, że „(...) sądy są związane wolą narodu wyrażoną przez przedstawicieli w ustawach, o ile sformułowana jest ona w sposób zgodny z Konstytucją”. W konsekwencji ustaleń dotyczących norm prawnych gwarantujących prawa jednostki dokonują sądy i w ten sposób są gwarantem realizacji zasady samoograniczenia się suwerena. Zob. szerzej P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 295 i n.

<sup>64</sup> Tak też P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 294 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu. Por. też uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>65</sup> Nie ma wątpliwości, że normy prawa konstytucyjnego stały się we współczesnych systemach prawnych źródłem standardów gwarancyjnych. Zgodność regulacji ustawowych z tymi standardami stała się warunkiem stosowania przez sądy ustawy, z tego przede wszystkim powodu, że normy konstytucyjne zaczęto postrzegać nie jako normy o charakterze politycznym, lecz jako systemowe normy uniwersalne, wyznaczające treści i sposób stosowania wszystkich szczegółowych dziedzin ustawodawstwa zwykłego. Zob. też M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 10.

stawę decyzji sądowej nie pozostaje w sprzeczności z regułami lub zasadami konstytucyjnymi. Do dokonywania wykładni składających się na system prawny przepisów w sposób konstytucji przyjazny, zgodny z wyrażonymi w niej zasadami i regułami oraz aksjologią. Pominięcie przez sąd w procesie stosowania prawa konstytucji uznawane jest za działanie *contra legem*, podobnie jak za działanie *contra legem* uznaje się zastosowanie przepisu z konstytucją ewidentnie sprzecznego<sup>66</sup>. Obowiązek uwzględnienia przez sąd w każdym przypadku jednostkowego stosowania prawa reguł, zasad, wartości i aksjologii konstytucyjnej przesądza, że w istocie dokonują one oceny konstytucyjności prawa stanowiącego podstawę wydawanych przez nie rozstrzygnięć. Przesądza, że sądy mają nie tylko możliwość, ale są z mocy samej konstytucji zobowiązane do badania konstytucyjności prawa. Są także zobowiązane do nasączenia prawa konstytucyjną aksjologią i wartościami w drodze prokonstytucyjnej wykładni. To zaś pozwala twierdzić, że mimo kelsenowskiej genezy system kontroli konstytucyjności prawa ma aktualnie z uwagi na zmiany, w tym uznanie normatywnej treści konstytucji oraz multicentryczność i multikonstytucjonalizm systemów prawa w Europie kontynentalnej, charakter mieszany<sup>67</sup>. Dokonuje się w drodze kontroli rozproszonej w związku z koniecznością oceny stanowiącego podstawę rozstrzygnięć w jednostkowych przypadkach prawa z zasadami, regułami, wartościami i aksjologią konstytucyjną oraz

w związku z obowiązkiem dokonywania przez sądy wykładni prokonstytucyjnej<sup>68</sup>. Dokonuje się zarazem w pewnych wypadkach w ramach scentralizowanej kontroli abstrakcyjnej. To zaś pozwala twierdzić, że o istocie prawa, jego treści i znaczeniu decydują sądy.

Jednocześnie z uwagi na konstytucyjną funkcję sądy są także uprawnione i zobowiązane do badania zgodności działalności organów władzy publicznej z konstytucją, aktami prawa Unii Europejskiej oraz aktami prawa międzynarodowego statuującymi prawa podstawowe<sup>69</sup>. Zarazem to właśnie sądy rozpoznają sprawy dla jednostek najważniejsze, bezpośrednio oparte na naruszeniach praw istotnych tak bardzo, że jednostka poszukuje sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Obowiązek posiadającego te cechy sądu do udzielenia odpowiadającej powyższemu standardowi ochrony jednostce wynika wprost z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Minimalny standard ochrony sprawiedliwej, zważywszy obowiązek bezpośredniego stosowania konstytucji przez sąd, wymaga wydania rozstrzygnięcia słusznego, opartego na aplikacji norm z konstytucją niesprzecznych i nasączonych konstytucyjną aksjologią. Wydanie takiego rozstrzygnięcia wymaga zważenia okoliczności konkretnej sprawy, skali i rodzaju naruszeń praw jednostki, szczególnych okoliczności, zasad i zwyczajów tworzących kontekst faktyczny naruszeń, a dopiero w drugiej kolejności potencjalnych

<sup>66</sup> Por. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 308.

<sup>67</sup> O nieaktualności kelsenowskiej wizji prawa interesująco piszą M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 20 i n. Trzeba dodać, że nieaktualna jest także kelsenowska koncepcja badania konstytucyjności prawa. Zob. też rozważania P. Tulei, *Wyroki interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, s. 11 i n. oraz powołana tam literatura przedmiotu.

<sup>68</sup> Szerzej o modelu kontroli konstytucyjności prawa, obejmującym także elementy kontroli rozproszonej, pisaliśmy w opracowaniach: M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania Konstytucji*, „Palestra” 2016, nr 4, s. 5 i n.; M. Gutowski, P. Kardas, *Domniemanie konstytucyjności a kompetencje sądów*, „Palestra” 2016, nr 5, s. 58 i n.

<sup>69</sup> W tym kontekście działalność sądów oparta jest na ich aktywności. Trafnie podkreśla się w piśmiennictwie, że „nie jest przypadkiem, że dyskusja na temat aktywności sędziowskiej toczy się najczęściej właśnie wokół przelomowych orzeczeń o charakterze konstytucyjnym, które na ogół dotyczą proporcji uprawnień pomiędzy rodzajami władz albo kwestii ochrony praw obywatelskich i praw człowieka” – T. Widlak, *Fuller*, s. 123. Por. też M. Zirk-Sadowski, *Rządność sądów a zarządzanie przez sądy*, s. 5 i n.

środków naprawczych, możliwych na gruncie niesprzecznego z konstytucją systemu prawnego. Tak głębokiej oceny faktycznych uwarunkowań aplikacji normy prawnej oraz jej wykładni w ramach wyznaczonych realiami konkretnej sprawy może dokonać wyłącznie sąd sprawę rozpoznający. Abstrakcyjna kontrola konstytucyjności jest tu niewystarczająca z perspektywy ochrony praw jednostki. Skarga konstytucyjna jest zaś środkiem jedynie w miarę możliwości łagodzącym uprzednie zastosowanie przez sąd normy sprzecznej z konstytucją. Kontrola konstytucyjności na poziomie sądów powszechnych i administracyjnych pozwala zaś takich naruszeń praw jednostki uniknąć.

Oceny dokonywane przez sądy nie są jednak ocenami dowolnymi. Realizowane są bowiem w procesie publicznie prowadzonego dyskursu, w ramach interpretacyjnej wspólnoty prawników, w sposób społecznie transparentny i podlegający społecznej kontroli<sup>70</sup>. Charakterystyka współczesnych systemów prawa, w tym w szczególności ich multicentryczność i w pewnym zakresie multikonstytucjonalizm, sprawiają, że odczytywanie sensu i istoty prawa związane jest ze złożonym procesem interpretacji, w którym rolę źródeł, na podstawie których dokonuje się określenia podstawy rozstrzygnięcia jednostkowego przypadku, pełnią akty prawa Unii Europejskiej, akty prawa międzynarodowego w zakresie określają-

cym prawa człowieka i prawa podstawowe, konstytucja oraz pozostałe regulacje składające się na system prawa. Odczytywanie treści i sensu prawa stanowi wyraz określonych podejść argumentacyjnych<sup>71</sup>. Uzależnione jest zatem od przekonywającego i spójnego uzasadnienia. Dyskursywny sposób ustalania istoty i stosowania prawa, które obowiązuje mocą argumentów przemawiających za określonym sposobem jego rozumienia, pozwala twierdzić, że podstawą społecznej skuteczności prawa jest przedstawiana w społecznym dyskursie argumentacja, nie zaś formalne związane z przymusem władztwo<sup>72</sup>.

Tak rozumianym prawem, w tym w szczególności regułami, zasadami i wartościami naczelnymi określonymi w konstytucji, aktach prawa Unii Europejskiej i aktach prawa międzynarodowego statuującymi prawa podstawowe, związany jest także demokratycznie wyłoniony suweren. Jakkolwiek dysponuje legitymacją do zmiany prawa w określonej formie, jest mu jednak podporządkowany w zakresie wynikającym z uwzględnienia regulacji konstytucyjnych, prawa Unii Europejskiej i aktów międzynarodowych określających prawa podstawowe, które stanowią fundamentalne źródła rekonstrukcji treści obowiązującego prawa. Łatwo zauważyć, że w multicentrycznym i multikonstytucyjnym systemie prawa w zakresie podstawowych

<sup>70</sup> Podzielamy pogląd, wedle którego współcześnie niezbędne jest przewartościowanie czy też reorientacja koncepcji sądenia, ujmowanej w kategoriach dobrego rządzenia czy też rządności sądów. „Wymaga ona przede wszystkim zajęcia przez sędziów określonej postawy wobec prawa w procesie jego stosowania, wyrażającej się przyjęciem odpowiedzialności za jego treść”. Trafnie podkreślają M. Zirk-Sadowski i T. Grzybowski, że rola sędziego nie ogranicza się jedynie do formułowania deskryptywnych wypowiedzi o prawie, ale buduje je w procesie komunikacji społecznej, której sędzia jest pełnoprawnym uczestnikiem. Zadaniem sędziów jest poszukiwanie najlepszego i najpełniejszego rozumienia prawa w kontekście norm i wartości kultury. Wykładnia i stosowanie prawa nie może polegać na instrumentalnym modelu stosowania prawa, lecz opierać się na dyskursywnym podejściu, w którym poprawność rozstrzygnięcia poddawana jest weryfikacji argumentacyjnej. Prawo powinno zatem zostać „wyargumentowane” przez sędzię, odwołującego się do moralnych tradycji społeczeństwa, zaangażowanego aksjologicznie. Dyskurs prawny stanowiący podstawę i uzasadnienie stosowania prawa powinien być zakorzeniony w praktyce argumentacyjnej danego społeczeństwa. Zob. szerzej M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 16–17.

<sup>71</sup> W istocie jest to złożony proces komunikacyjny sądu ze społeczeństwem, oparty na zgodności rozstrzygnięcia z tradycją oraz akceptowaną moralnością. M. Zirk-Sadowski, T. Grzybowski, *Udział sądów najwyższych w legitymizacji polskiego porządku prawnego*, s. 17.

<sup>72</sup> S. Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

wartości, aksjologii, zasad i reguł, na których posadowiony jest system prawa, wiążący także demokratycznie wybranego suwerena, nie jest możliwe uniknięcie poddania się prawu poprzez modyfikację konstytucji. Jeśli bowiem zmiana konstytucyjna odnosiłaby się do eliminacji zasad, reguł i norm o charakterze gwarancyjnym, związanych z podstawowymi i powszechnie akceptowanymi we wszystkich cywilizowanych systemach prawa wartościami, aksjologią, zasadami i regułami, to zarówno obywatele, jak i demokratycznie wybrany suweren pozostawaliby związani bezpośrednio stosowanymi i wywołującymi skutek bezpośredni aktami prawa unii Europejskiej czy aktami prawa międzynarodowego statuującymi podstawowe wartości, aksjologię, zasady i reguły. Ocena zgodności stanowionego prawa oraz przejawów jego stosowania w zarysowanej wyżej perspektywie pozostaje podstawowym uprawnieniem i obowiązkiem sądów<sup>73</sup>.

Także zatem w zakresie zmiany konstytucji wspólnie swoboda decyzyjna demokratycznie wybranego suwerena nie jest nieograniczona. Podlega bowiem prawu wynikającemu z aktów prawa Unii Europejskiej i aktów prawa międzynarodowego statuujących prawa podstawowe, stanowiących najgłębszą podstawę współczesnej koncepcji rządów prawa. W zakresie, w jakim prawo określa relacje jednostki do państwa, kształtując uprawnienia o charakterze gwarancyjnym, zmiana konstytucji jest uwarunkowana zasadami podstawowymi określonymi w aktach prawa Unii Europejskiej i aktach prawa międzynarodowego statuujących prawa podstawowe. Podobnie uwarunkowana jest zmiana konstytucji w za-

kresie regulacji fundamentalnych z punktu widzenia republikańskiej konstrukcji państwa opartego na zasadzie rządów prawa.

Konkludując, można zatem stwierdzić, że w odniesieniu do zarysowanego w ramach publicznej debaty dylematu co do prymatu demokracji nad prawem czy też prawa nad demokracją przedstawione powyżej uwagi pozwalają na stwierdzenie, że współczesne demokratyczne państwo prawa oparte jest na zasadzie równorzędności obu wskazanych zasad, jako komplementarnych, wyznaczających ramy i granice działania państwa oraz organów władzy publicznej<sup>74</sup>. W zakresie podstawowych z punktu widzenia współczesnych demokracji konstytucyjnych wartości, aksjologii, zasad i reguł, prawo – w tym w szczególności regulacje zawarte w aktach prawa Unii Europejskiej, aktach prawa międzynarodowego statuujących prawa podstawowe oraz konstytucji – mają prymat nad demokracją w tym znaczeniu, że wyznaczają nieprzekraczalne granice działalności władzy publicznej. Z kolei demokratyczne zasady wyboru przedstawicieli władzy publicznej stanowią najbardziej podstawową regułę wyboru władzy, chronioną także przez wskazane wyżej regulacje prawne. W granicach wyznaczanych przez prawo władza publiczna ma wynikającą z demokratycznej legitymacji opartej na społecznej akceptacji prezentowanych programów politycznych i prawnych swobodę kształtowania systemu prawa. W każdym przypadku z uwagi na zasadę podziału i równoważenia się władz, a także powierzenie z mocy aktów prawa Unii Europejskiej, aktów prawa międzynarodowego statuujących prawa podstawowe oraz konstytucji sądom kompetencji do ustalania, czym jest pra-

<sup>73</sup> Zob. w tym kontekście w szczególności analizy dotyczące koncepcji tzw. sędziowskiego nieposłuszeństwa: H. L. Laurence, J. P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drivers*, s. 315 i n.; J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, s. 18 i n.; H. P. Graver, *Judges Against Justice. On Judge When the Rule of Law is Under Attack, passim*; T. Widłak, Fuller, s. 133 i n. Por. też M. Wierzbicki, *Cywilne nieposłuszeństwo*, (w:) *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, s. 36–38; M. La Torre, *Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory*, (w:) *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, s. 3 i n.

<sup>74</sup> W kwestii wzajemnych relacji zasady podziału władzy, państwa demokratycznego oraz zasady państwa prawnego zob. m.in. Z. A. Maciąg, *Kształtowanie się zasady państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 442 i n.; P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 299 i n.

wo, jaka jest jego treść i istota, to sądy w ramach wielopłaszczyznowego, wielopodmiotowego i wieloaspektowego dyskursu publicznego, opartego na aktualnym paradygmacie interpretacyjnym przyjmowanym przez wspólnotę prawników, przy uwzględnieniu powszechnie akceptowanej moralności i aksjologii, decydują o zgodności lub sprzeczności działania jednostki oraz władzy publicznej z prawem. W tym dyskursie na określonych zasadach mogą i powinni brać udział przedstawiciele dwóch pozostałych władz<sup>75</sup>. Odpowiednio uzasadniona decyzja sądowa, oparta na uwzględnieniu wszystkich aspektów związanych z odczytowanym sensem, treścią i istotą prawa, wynikająca z przeważających nad alternatywnymi rozwiązaniami argumentów, stanowi ostateczną podstawę rozstrzygnięcia<sup>76</sup>. Gwarancją adekwatności takiej decyzji z punktu widzenia wartości, aksjologii, zasad i reguł powszechnie akceptowanych, wynikających ze społecznego uznania, zapewnia system kontroli instancyjnej oraz kontroli społecznej. Władza sądów opiera się bowiem z jednej strony na konstytucyjnie zakorzenionej kompetencji do rozstrzygnięcia w oparciu o prawo o działaniach lub zaniechaniach jednostki oraz organów władzy publicznej, z drugiej zaś strony, równie istotnej, na argumentacyjnych fundamentach, które stanowią najistotniejszą podstawę społecznej akceptacji decyzji sądowych. Władza sądów opiera się zatem zarówno na współdziałaniu, w konstytucyjnie zakreślonym obszarze, z pozostałymi

władzami, argumentacyjnej kompetencji, aksjologicznej trafności i społecznej akceptowalności decyzji. To zapewnia, że rozstrzygających o prawie kontrolują wszyscy członkowie obywatelskiego i otwartego społeczeństwa. Utrata z pola widzenia powyższych zasad przez przedstawicieli którejkolwiek z władz oznacza, że znajduje się ona poza prawem, tym samym narusza swoimi działaniami najgłębszą istotę rządów prawa. Dylemat prymatu demokracji nad prawem lub prawa nad demokracją, jeśli postrzegać go jako alternatywę rozłączną, jest po prostu źle postawiony. Zarazem jednak twierdzenie, że demokratyczne wybory stwarzają podstawy do dowolnego działania przedstawicieli władzy publicznej, jest oczywiście nietrafne i w pewnej perspektywie bałamutne. Konstytucyjny zwrot „demokratyczne państwo prawne” oznacza relację obu członów opartą na wzajemnie sprzężonych ograniczeniach. Ograniczeniem prawnych regulacji jest fundament w postaci zasady wyłaniania władzy publicznej w demokratycznych wyborach. Ta reguła ma prymat przed ewentualnymi jej ograniczeniami ustawowymi. Zarazem prawo wyznacza nieprzekraczalne granice i podstawy działania demokratycznie wybranych władz. Ostatecznie w zakresie praw podstawowych jednostki i konstytucyjnych reguł funkcjonowania państwa prawo jest elementem ograniczającym wynikającą z demokratycznych wyborów legitymację. Na tym polega istota prawnej demokracji.

<sup>75</sup> Zob. też uwagi S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

<sup>76</sup> Co do znaczenia uzasadnienia decyzji sądowych w kontekście zasady względnego związania sędziego ustawą oraz nadrzędności i bezpośredniego stosowania konstytucji zob. m.in. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności*, s. 302 i n. Por. też I. Rzucidło-Grochowska, *Uzasadnienie jako instrument budowy zaufania*, s. 101 i n. oraz powołana tam literatura. Zob. też rozważania S. Breyera, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, s. 345 i n.

## Summary

*Piotr Kardas, Maciej Gutowski*

### ON THE RELATIONSHIPS BETWEEN DEMOCRACY AND LAW, OR A COUPLE OF REMARKS ON THE ESSENCE OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

This study is devoted to the analysis of the relationships between democratic rules of electing representatives of public authority and legal regulations, carried out in the context of the normative characteristics of contemporary constitutional democracies. It contains considerations on the functions of law, including especially the constitution, the laws of the European Union as well as the acts of international law in the sphere of fundamental rights in the contemporary constitutional democracy. Basing on the idea of the rule of law, it presents the concept which regards the legal regulations relating to fundamental rights as elements setting the limits for the activities of democratically elected representatives of public authority. In the study, the authors present and justify the concept of perceiving the principle of democratic elections and the rule of law as complementary values of contemporary constitutional democracies. The work also contains analyses concerning the American and European model of control of constitutionality of laws and the assessment of compliance with the constitution of public authority representatives. Assuming the normative content of the constitution, the multicentricity and multiconstitutionalism of contemporary law systems, the authors justify the thesis on the mixed model of control of constitutionality of laws and the assessment of compliance with the constitution of public authority representatives in European systems. As a consequence, the authors present an opinion that in contemporary constitutional democracies, the control of constitutionality of laws is carried out, on the one hand, by the court within judicial activities and, on the other hand, in the centralised form by the Constitutional Tribunal. The study contains the thesis on the complementarity of both the methods of the control of constitutionality of laws and the assessment of compliance with the constitution of public authority. It also indicates the advantages of the presented model of reconstruction of control of constitutionality of laws and the assessment of compliance with the constitution of public authority representatives, and especially its effectiveness and the merits of distributed control carried out by the courts.

**KEY WORDS:** Constitution, the law of the European Union, acts of international law in the sphere of fundamental rights, democratic rules of electing representatives of public authority, function and role of law, centralised control model of constitutionality, distributed control model of constitutionality, discursive nature of law interpretation, interpretation, justification of interpretative decisions, functions of law, social control and steering, communication function of a court's decision, communication and persuasion function of judicial reasoning, formalism, positivism, law of nature, legal realism

**POJĘCIA KLUCZOWE:** Konstytucja, prawo Unii Europejskiej, akty prawa międzynarodowego w zakresie praw podstawowych, demokratyczne zasady wyboru przedstawicieli władzy publicznej, funkcja i rola prawa, scentralizowany model kontroli konstytucyjności, rozproszony model kontroli konstytucyjności, dyskursywny charakter wykładni prawa, interpretacja, uzasadnienie decyzji interpretacyjnych, funkcje prawa, społeczna kontrola i sterowanie, komunikacyjna funkcja decyzji sądowej, komunikacyjna i perswazyjna funkcja uzasadnienia sądowego, formalizm, pozytywizm, prawo natury, realizm prawniczy