

MIROSŁAW GRANAT

Pytania o przyszłość konstytucjonalizmu. Siła i słabość komparatystyki prawniczej

Na początku chcę oddać szacunek komparatystom, a w szczególności Profesorom Marianowi Grzybowskiemu i Piotrowi Mikulemu oraz pracownikom Katedry Prawa Ustrojowego Porównawczego UJ w dwudziestolecie jej powstania. Dziękuję za zaproszenie na to spotkanie. Przyznam, że kontakt z komparatystami trochę mnie peszy, ale mam nadzieję, że zdołam powiedzieć coś, co będzie miało znaczenie dla osób zajmujących się komparatystyką.

Moja „komparatystyka” jest amatorska. Uprawiam ją z konieczności, gdyż otwiera mi szerzej oczy i pozwala zobaczyć świat z różnych punktów widzenia. Nie muszę odwoływać się do wyobraźni, ponieważ mogę dysponować gotowym wzorcem realnie istniejącego systemu prawnego. Na tym polega, jak sądzę, siła komparatystyki. Natomiast badania prawno-porównawcze obarczone są ryzykiem „wyciągnięcia z kontekstu” lub błędem powierzchowności. W tym przejawia się pewna ich słabość.

Znaczenie podejścia porównawczego chciałbym pokazać praktycznie, na tle próby ustalenia pewnych „punktów zapalnych”, wokół których, moim zdaniem, na naszych oczach rozgrywa się przyszłość konstytucjonalizmu. Podejście porównawcze jest dla mnie rodzajem soczewki, przez którą chciałbym zobaczyć perspektywy konstytucjonalizmu.

A. Pierwszy problem wiąże z pytaniem, czy utrzyma się konstytucjonalizm, który nazywam „sądowym”¹, w starciu z konstytucjonalizmem „politycznym”, a to na tle kryzysu demokracji liberalnej. Kategoriami Marka Tushneta posługuję się dlatego, gdyż autor ten znajduje się jakby w samym tyglu zalet i wad komparatystyki. Porusza się bowiem po różnych (odległych) systemach, co wydaje się niespójne, ale jego ustalenia mają tę zaletę, że zawierają globalne wnioski.

Konstytucjonalizm, który określam mianem „sądowego”, zakłada silną rolę sądów w ustroju demokratycznym. Jego kwintesencją jest kontrola hierarchiczności norm (jak u Hansa Kelsena) celem ochrony praw człowieka. Cień rzucany przez Kelsena na ten rodzaj konstytucjonalizmu wydaje się olbrzymi. Naturalnie silną kontrolę konstytucyjności prawa wyraża nie tylko model Kelsena. Taką kontrolę zakłada także *judicial review*.

Konstytucjonalizm, który nazywam „politycznym”, jest oczywiście również oparty na prawie (nie wychodzi poza prawo), ale nie odwołuje się do roli sądów, tak jak to jest w pierwszym przypadku. W konstytucjonalizmie „politycznym” władza ustawodawcza przesądza o tym, co jest konstytucyjne, nawet jeśli następuje to w trybie kontroli „dialogicznej” (gdy izba uchwała ustawę, która po orzeczeniu sądu wraca do izby). Zdaniem Jeremy’ego Waldrona jeśli zostaną zachowane określone zasady ustrojowe, takie jak pluralizm polityczny lub rządy przedstawicielskie, to kontrola sądowa konstytucyjności prawa traci na znaczeniu. Parlament, dzięki swojej deliberatywności, jest predestynowany do rozstrzygania wielkich sporów społecznych. Jego deliberatywność jest rodzajem racjonalności, a ta wynika z oddania głosu wszystkim obywatelom. Parlament, w takim znaczeniu, pozostaje sercem demokracji. Obywatele (a nie sędziowie) powinni mieć podstawowy głos w sprawie konstytucji. Jest ona zakorzeniona w życiu społecznym, nie jest zaś sprawą prawników. Zatem na gruncie tak rozumianego konstytucjonalizmu pozycja kontroli sądowej staje się nabrzmiałym problemem. Dobra demokracja może obyć się bez sądowej kontroli konstytucyjności prawa. Ten typ konstytucjonalizmu charakteryzuję poprzez tytuł książki Tushneta – *Taking the Constitution Away the Courts*.

Rywalizacja między konstytucjonalizmami wydaje się – mimo że jest matrycą współczesnych dylematów ustrojowych – przedmiotem odległych dyskusji w gronie komparatystów. Jestem jednak przekonany, że przy wychodzeniu z kryzysu konstytucyjnego w Polsce wpadniemy w sam środek

¹ M. Tushnet nazywa go „legalnym” lub „legalistycznym”.

sporów o konstytucjonalizm. Komparatystyka prawna jest mi niezbędna, gdy próbuję odpowiedzieć sobie na pytanie o wzorce ustrojowe możliwe do wykorzystania w Polsce. A zatem który wzorzec konstytucjonalizmu jest relewantny dla Polski? W jaki sposób spór między światowymi modelami, wypracowanymi przez Tushneta i Waldrona, przenosi się do polskiego konstytucjonalizmu?

W ostatnim trzydziestoleciu mieliśmy do czynienia z konstytucjonalizmem, w którym wielką rolę odgrywał Trybunał Konstytucyjny. Jego orzecznictwo było jak gorset stawiający człowieka do pionu, trzymając w ryzach i system prawa, i podglebie polskiej demokracji. Przykładem tego są wyroki o traktatach europejskich lub o niekonstytucyjności stanu wojennego. Organ ten nie pełnił jedynie funkcji „kontrolera czystości prawa” (jak u Kelsen), ale wiódł nas do Europy lub pełnił funkcję mentora dla legislacji. Po 2016 r. Trybunał Konstytucyjny został upolityczniony. Sprawuje on funkcję ochronną nad domniemaniem konstytucyjności ustaw, opiekuje się nim i je potwierdza. Relacja między tym organem a władzą prawodawczą uległa odwróceniu. Nie dość, że parlament uchwała ustawę, to Trybunał jeszcze ją „przyklepuje”. Domniemanie konstytucyjności prawa uległo autonomizacji wobec zasady konstytucjonalizmu z art. 8 ust. 1. Centralne znaczenie dla konstytucyjności ma obecnie pochodzenie prawa z sejmowej większości, nie zaś orzecznictwo Trybunału².

Gdybym mógł spotkać Marka Tushneta na Harvardzie lub Jeremy’ego Waldrona na New York University, to zapytałbym tych komparatystów, czy można uznać, że spełniło się założenie z publikacji *Weak Courts, Strong Rights* lub z *The Core of the Case Against Judicial Review*. W kilku państwach naszego regionu nie ma już niezależnej sądowej kontroli konstytucyjności prawa. Pozycja polskiego Trybunału coraz bardziej przypomina organ w rodzaju Rady Państwa z PRL. Z systemu ustrojowego został usunięty „bolący ząb”, ale „czy jest lepiej?” lub „czy o to chodziło?”. Czy istotnie jest tak, że parlament, jak pisze Waldron, jest bardziej racjonalny aniżeli sądy? Czy rzeczywiście konstytucjonalizm „polityczny” oddaje głos obywatelom w ważnych sprawach? Naturalnie zdaję sobie sprawę z tego, że wizja „słabych sądów, a silnych praw” jest adekwatna do stanu, gdy nie mamy do czynienia z ustrojem autorytarnym lub gdy istnieje silna przewaga jednej partii nad innymi. Nie odnoszę więc wprost tego, co dzieje się z sądami konstytucyjnymi w kilku państwach europejskich, do wielkich dylematów

² Por. szerzej: M. Granat, *Prawo konstytucyjne...*, s. 58–59.

podnoszonych przez wspomnianych autorów. Inaczej przenoszenie 1 : 1 dyematów Waldrona i Tushneta byłoby uprawianiem antykomparatystyki.

Zwróciłem uwagę na termin, jakim posługuje się profesor Piotr Mikuli, a mianowicie „kryzysowy konstytucjonalizm”³. Jest to stan *emergency*, który może być zastosowany w „samoobronie konstytucyjnej” celem usprawiedliwienia rozproszenia kontroli konstytucyjności prawa. W sytuacji ekstraordynaryjnej droga od „negacji” do „aprobaty” wobec rozproszenia kontroli jest krótka. Profesor Mikuli (zwolennik kontroli scentralizowanej) nie „nawrócił się” na kontrolę rozproszoną, ale jako komparatysta pokazał następstwa wypowiedzi typu: „przechodzimy na kontrolę rozproszoną”. W sytuacjach kryzysowych możemy i czasem musimy importować cudze rozwiązania, ale operacja jest niebezpieczna i wymaga uważnego, komparatystycznego spojrzenia. Posługiwanie się komparatystyką nie polega na byciu filatelistą z klaserem pełnym znaczków z różnych państw świata, ale na rozważeniu, jaką wartość mają one w kontekście, w konkretnych warunkach.

B. Drugi problem wiąże z pytaniem, gdzie znajdują się granice konstytucjonalizmu. Inaczej mówiąc, jak dalece „sięga” konstytucja, zwłaszcza wolności i prawa człowieka, w erze cyfrowej? W szczególności – czy wyodrębnił się już cyfrowy konstytucjonalizm?

Aby przedstawić tę kwestię, zwróciłem uwagę na cechy naszego życia, które wskazują na *digital constitutionalism*. Otóż świat realny i świat wirtualny przenikają się wzajemnie, przez co życie ludzi przenosi się do Internetu. W 2013 r. w Krakowie ktoś zwołał przez Internet ludzi na prywatną imprezę w Zakrzówku, w wyjątkowo niebezpiecznym miejscu, nad stromym kamiennym łodem. Zamiast kilkunastu osób „zaprosiło się” około 23 tysięcy ludzi. Jedna z osób spadła z dużej wysokości, odnosząc ciężkie obrażenia. Jak się okazało, zgromadzenie nie miało konkretnego organizatora. Władze miasta i policja bezradnie rozkładały ręce, twierdząc, że nie mogły zapobiec temu zgromadzeniu. Nie ustalono osoby odpowiedzialnej za zwołanie w Internecie owego *eventu*⁴. Zmierzam do tego, że świat realny jest słabo oddzielony od świata wirtualnego. Kilkadziesiąt lat temu to, co „publiczne”, było oddzielone od „prywatnego” (to, co działo się w domu, było prywatne). Jeszcze przed 20 laty świat cyfrowy był dodatkiem do „normalnego” życia. Obecnie świat realny splótł się ze światem wirtualnym lub świat cyfrowy wyprzedza świat realny. Tymczasem prawnik, bez znajomości granic między

³ Por. P. Mikuli, *Doktryna konieczności...*

⁴ Por. bliżej: M. Warszawski, G. Skowron, *22 tysiące...*

prawem prywatnym a prawem publicznym, staje się trochę bezradny. Czuje się tak, jakby tracił grunt pod nogami.

Wydaje się, że konstytucjonalizm cyfrowy rozgrywa się głównie w sferze stosunków prywatnoprawnych. Chodzi mi o to, że w świecie wirtualnym „rządzą” podmioty prywatne, wielkie korporacje typu Google lub Facebook, oraz uczestniczą w nim anonimowi użytkownicy sieci (najczęściej awatary). Przepisy, jakie wykorzystuje cyfrowość, mają charakter prywatny (np. regulaminy oddolnie ustalone przez Google). Istnieją w sieci przestrzenie nieregulowane przez prawo publiczne, przez co prawa człowieka są tu słabiej chronione. Anonimowość w Internecie ułatwia wypowiedanie się, ale z wolności tej korzystają także hejter i stalker. Funkcjonuje w nim również cenzura algorytmiczna, stosowana przez korporacje prywatne. Nie chodzi mi o przypadek Donalda Trumpa (Google może zawiesić na Twitterze konto podmiotu tak silnego jak były prezydent Stanów Zjednoczonych). Naturalnie Trump obroni swoją pozycję, ale warto zauważyć, że w przestrzeni Internetu można „uciszyć” każdego. „Zbanowanie” przez podmiot prywatny oznacza tu zaś praktycznie odcięcie danej osoby od swoistej „światowej autostrady”, do jakiej można przyrównać rolę Internetu.

Stawiam więc sobie pytanie, co to jest cyfrowy konstytucjonalizm. Czy mamy do czynienia z tradycyjnym konstytucjonalizmem, jedynie tylko nakierowanym na świat wirtualny? Jeśli tak, to czy za pomocą dotychczasowych pojęć prawa konstytucyjnego mogę opisać zjawiska ery cyfrowej? Na przykład gdzie, na jakim terytorium mieści się „chmura cyfrowa”? Czy władza może przeszukać „chmurę”, czy wymaga to zachowania legalności, jak przy przeszukaniu mieszkania? Czy kradzież w Internecie oznacza to samo co kradzież w realnym świecie? W konsekwencji – czy tradycyjne mechanizmy ochrony praw człowieka (takie jak prawo do sądu lub skarga konstytucyjna) zachowują swoje znaczenie? Czy też w przestrzeni cyfrowej rozpoczyna się budowa nowego konstytucjonalizmu? Myślę, że w istocie mamy tu do czynienia z kombinacją dwóch wspomnianych podejść czy stanowisk.

Na charakter podmiotów, jakie dominują w świecie cyfrowym, i na charakter praw człowieka ery cyfrowej zwracam uwagę dlatego, że prawa te mają cechy praw pochodnych od podstawowych praw człowieka. Na przykład prawo dostępu do Internetu Trybunał Konstytucyjny wyprowadził w swoim czasie z prawa dostępu do informacji publicznej. Skoro tak jest, to i przypuszczalnie konstytucja ustanawia narzędzia celem ochrony praw człowieka w przestrzeni cyfrowej. Wobec tego znaczenia nabiera sprawa horyzontalnego działania przepisów konstytucji o prawach człowieka. Wydaje

się, że jest to płaszczyzna, na której możemy „dotrzeć” do praw jednostki w erze cyfrowej. Horyzontalność umożliwia włączenie konstytucji do regulacji stosunków społecznych ery cyfrowej. Jeśli przestrzeń cyfrowa podlega konstytucjonalizacji, to horyzontalne działanie przepisów konstytucji o prawach człowieka ma tutaj szczególne miejsce. Wydaje się więc, że *digital constitutionalism* stanowi „wodę na młyn” dla horyzontalnego działania przepisów konstytucji, gdyż „społeczeństwo informatyczne” składa się głównie z podmiotów prywatnych (taka jest jego natura), które funkcjonują na gruncie prawa prywatnego. Horyzontalność nie stanowi „wysepki” na morzu posługiwania się konstytucją w sposób wertykalny, lecz z racji wielości stosunków prawnych między ludźmi i innymi podmiotami prywatnymi dotyczy rozległego obszaru prawa. Horyzontalność pokazuje wizję tego, jak działa konstytucja we współczesnym świecie. Horyzontalne stosowanie przepisów konstytucji o prawach człowieka jest szansą na zwiększenie zakresu oddziaływania konstytucji w świecie wirtualnym.

Podsumowanie

Podniosłem problemy, do których dyskusowania komparatyści są niezbędni. Są Państwo niezbędni do rozważania odpowiedzi na pytania o przyszłość konstytucjonalizmu. Oczywiście przyszłość nie zależy od Państwa (to byłoby pochlebstwo), ale dyskusja ta wymaga zdecydowanie udziału komparatystów.

Pierwszy punkt zapalny sprowadza się do tego, że podział na dwa rodzaje konstytucjonalizmu r o z r y w a dzisiaj konstytucjonalizm na pół. Spór między wizją „sądową” a „polityczną” nabiera rozpędu. Jest tak dlatego, że demokracja liberalna jest niestabilna. Musi stale zachowywać równowagę między władzami, a instytucje na jej gruncie są kruche. Dyskutując o sporze między „sądowym” a „politycznym” konstytucjonalizmem, znajdujemy się w samym r d z e n i u tego, o co chodzi w konstytucjonalizmie. Kontrola konstytucyjności prawa wydaje się bowiem sednem konstytucjonalizmu. Wspomniany spór jest chyba w istocie nierozstrzygalny, ale przyglądanie się mu jest bardzo pouczające. Konstytucjonalista jest w nim potrzebny, aby niepokoić pytaniem, czy w Polsce możliwe byłoby „popuszczenie lejców” w modelu kontroli Kelsena (swoiste „rozcieńczenie” go) i sprawowanie kontroli rozproszonej przez sądy, pod auspicjami na przykład Trybunału Konstytucyjnego. Jak dalece mogą być otwierane „furtki” w modelu Kelsena? Albo inaczej: czy model konstytucjonalizmu „sądowego” (z jednym

centralnym sądem) jest jeszcze skuteczny? Czy też taki jego kształt nie był jedną z przyczyn ułatwiających demontaż demokracji – w myśl reguły: „uderz w pasterza, owce się rozproszą”? Udział komparatystów w dyskusji jest niezbędny także w celu badania mozaiki sposobów kontroli sądowej i określania warunków ich ewentualnej recepcji. Jeśli komparatysta zaniedba badania przesłanek do wykorzystania innych rozwiązań, to taka komparatystyka przypomina wspomnianego filatelistę, który kolekcjonuje ustroje (tak jak znaczki), ale nie robi użytku z różnorodnej zawartości swego klasera.

Drugi punkt zapalny wiąże z *digital constitutionalism*. Wydawało mi się pierwotnie, że komparatysta może być tu mniej przydatny, gdyż konstytucjonalizm ten ma charakter uniwersalny. Nie funkcjonuje na zasadzie terytorialnej (jak konstytucjonalizm państwowy), gdyż Internet stanowi przestrzeń ponadnarodową. Radzenie sobie zatem z Twitterem lub włamanie się do „chmury” nie jest wyłącznie „polskie” lub „niemieckie”, lecz ma wymiar uniwersalny. Powszechność sieci wydaje się wymuszać jednolite rozwiązania na całym świecie. Wówczas komparatysta mógłby mieć niewiele do powiedzenia, gdyż żyje on z napięć między konstytucjonalizmami państwowymi. Tak jednak nie jest. Wydaje się, że w każdym z państw regulacje, takie jak na przykład prawo dostępu do sieci, są jednak indywidualizowane. Moje przekonanie o jednolitości przestrzeni cyfrowej wynika z logicznego punktu widzenia. Natomiast z materialnego punktu widzenia istnieją różnice między poszczególnymi państwami⁵.

* * *

Przygotowując się do tej wypowiedzi, myślałem, że w naszych warunkach komparatystyka ma już za sobą „złote czasy”. Istniały one mniej więcej wtedy, gdy powstawała Katedra Prawa Ustrojowego Porównawczego Uniwersytetu Jagiellońskiego. Był to okres stosunkowo łatwych analogii ustrojowych, jakby „pączkowania” lub „klonowania” konstytucji. Na przykład uczeni z Francji przemierzali Europę Środkową i Wschodnią, oferując pisanie konstytucji „pod wymiar” („Robi się konstytucję tak, jak zegarmistrz pracuje nad zegarkiem”). Czas tego rodzaju analogii nie jest już dziś możliwy. Obecnie „posadzenie kwiatka” na innym gruncie stało się o wiele trudniejsze.

⁵ Nawiązuję tu do debaty przeprowadzonej podczas 37 ème Table Ronde Internationale de l'Institut Louis Favoreu, Constitution, Libertés et numérique, 10–11 Septembre 2021, Aix-en-Provence.

Jest tak, między innymi, z powodu różnic w znaczeniu tożsamości konstytucyjnej i tożsamości narodowej. Jestem jednak przekonany, że spór dwóch wizji konstytucjonalizmów oraz rozszerzanie się granic konstytucjonalizmu lub cyfrowy konstytucjonalizm są doskonałym „poligonem” dla komparatystów. Jest to także wezwanie do dynamicznego dialogu konstytucjonalistów i komparatystów.

Abstract

Questions about the Future of Constitutionalism. The Strength and the Weakness of Comparative Law

The future of constitutionalism revolves around two critical issues which we see against the backdrop of the crisis of liberal democracy. The first issue concerns the conflict between the “judicial” constitutionalism and “political” constitutionalism. The “judicial” constitutionalism assumes a strong role of courts in a democratic system. Only courts can decide on compatibility of law with the constitution. In turn, the “political” constitutionalism assumes that the parliament decides on constitutional law. The rivalry between these two constitutionalisms seems to be the matrix of contemporary political dilemmas. The result of this rivalry is important for the efforts to end Polish constitutional crisis, as we will have to decide on the constitutional benchmarks applicable after the crisis. The second issue concerns the limits of constitutionalism. The author argues that the current digital era created a new phenomenon of digital constitutionalism. It operates in the sphere of private law relationships, dominated by private entities (big corporations). The relevant provisions for the digital world are the private law provisions. Comparative law and comparativists are crucial for answering the questions on the future of constitutionalism. The conflict of the two visions of constitutionalism and the extension of its limits are a great “training ground” for the comparativists.

Keywords: comparative law, constitutionalism, limits of constitutionalism, constitutional crisis, Constitutional Tribunal

MIROSŁAW GRANAT  <https://orcid.org/0000-0002-8439-6940>

Prof. dr hab., kierownik Katedry Prawa Konstytucyjnego UKSW, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku.

Bibliografia

- Celeste E., *Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation*, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1562604>.
- Granat M., *Prawo konstytucyjne. Pytania i odpowiedzi*, Warszawa 2021.
- Mikuli P., *Doktryna konieczności jako uzasadnienie dla rozproszonej kontroli konstytucyjności ustaw w Polsce*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. 40.
- Mikuli P., *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.
- Tushnet M., *Taking the Constitution Away the Courts*, Princeton 1999.
- Tushnet M., *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008.
- Waldron J., *The Core of the Case Against Judicial Review*, „The Yale Law Journal” 2006, Vol. 115, No. 6, <https://doi.org/10.1017/S1352325211000073>.
- Warszawski M., Skowron G., *22 tysiące osób to nie zgromadzenie*, „Dziennik Polski” 2013, 30.04, <https://dziennikpolski24.pl/22-tysiace-osob-to-nie-zgromadzenie/ar/3241512> (dostęp: 21.09.2022).