

MAREK SMOLAK

ROLA TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO W OKRESIE PRZEMIAN USTROJOWYCH A PROBLEM AKTYWIZMU SĄDOWEGO

I. Jednym z najciekawszych zjawisk w krajach przechodzących transformację społeczno-polityczną jest zwiększona aktywność orzecznicza sądów konstytucyjnych. Zjawisko to w piśmiennictwie prawniczym określa się mianem „aktywizmu sądowego” (*judicial activism*)¹. Niestety, ustalenie treści tego pojęcia, jak i wskazanie, które z decyzji sądów konstytucyjnych noszą znamiona sądowego aktywizmu, nastęrcza wiele kłopotów. Proponuje się, by takim kryterium sądowego aktywizmu były dwie następujące sytuacje: doniosłość społeczna, polityczna bądź ekonomiczna przepisów prawnych uznanych przez sąd konstytucyjny za niezgodne z konstytucją oraz sposób rozumowania przyjmowany przez sądy konstytucyjne w przypadku uznania przepisu za niekonstytucyjny².

Pierwsza z wymienionych sytuacji nie daje nam jasnych wskazówek co do tego, które z przepisów mają taki właśnie charakter. Co prawda, wskazać można w orzecznictwie konstytucyjnym decyzje, które istotnie wpłynęły na sposób funkcjonowania państwa, czy też były doniosłe dla ochrony praw jednostki, to jednak wybór taki miałby oczywiście charakter w znacznym stopniu subiektywny. Co do drugiej, warto zauważyć, że kryterium to szczególnie zawodzi w sytuacji dokonywania tzw. wykładni abstrakcyjnej³.

Nie wchodząc w zawilości terminologiczne, warto zauważyć, że pojęcie „aktywizm sądowy” opisuje pewne zjawisko trwale występujące w działalności orzeczniczej sądów konstytucyjnych. Zjawisko to na potrzeby niniejszego artykułu można określić jako zwiększanie roli orzecznictwa konstytucyjnego w dystrybucji różnego rodzaju zasobów, zwłaszcza przez tworzenie prawa⁴.

Ta ostatnia charakterystyka nierozzerwalnie wiąże się z problematyką precedensów prawotwórczych. Przypomnijmy zatem, że precedensy prawotwórcze to takie decyzje sądu, które poszerzają bądź zawężają zakres czynów nakaza-

¹ L. M. Friedman twierdzi, że aktywizm sądów ma swe źródła m.in. w konwergencji różnych systemów prawnych; szerzej zob. L. M. Friedman, *Is There a Modern Legal Culture?*, „Ratio Juris” 1994, nr 7, s. 125-129.

² Patrz W. Sąderski, *Constitutional Courts, Individual Rights and the Problem of Judicial Activism*, w: *Systems of Justice in Transition*, red. J. Priban, P. Roberts, J. Young, Central European Experiences Since 1989, s. 19.

³ Powyższe kłopoty pojęciowe sprawiają, że problematyka sądowego aktywizmu traktowana jest zarówno przez praktyków, jak i dogmatyków z dystansem, a nawet z pewną podejrzliwością. Tak np. J. Rubinfeld, *Legitimacy and Interpretation*, w: *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, red. L. Alexander, Cambridge University Press, Cambridge 1998, s. 194-234.

⁴ Por. *Judicial Activism in Comparative Perspective*, red. M. Kenneth, S. Holland, Martin's Press, New York 1991.

nych, zakazanych czy dozwolonych, a tym samym zmieniają sytuację prawną jednostek, co w konsekwencji wywołuje skutki prawotwórcze. Oczywiście w systemie prawa stanowionego orzeczenia sądowe, mające charakter precedensów prawotwórczych, podejmowane są niezmiernie rzadko. Ilustracją takiego stanu rzeczy mogą być dwie sytuacje: pierwsza – w której mają miejsce fakty przez ustawę nieprzewidziane, a istnieje spór pomiędzy organami administracji a obywatelem; druga – w której decyzja organu administracji państwowej czy samorządowej jest formalnie zgodna z prawem, jednakże „narusza rażąco interes Rzeczypospolitej Polskiej”⁵.

Powyżej zarysowane problemy są interesujące z jeszcze jednego powodu. Konstytucja RP nie wskazuje jednoznacznie na takie źródła prawa, jak akty prawotwórstwa sądowego. Również na gruncie koncepcji państwa prawnego, która opiera się na zasadzie trójpodziału władzy (art. 10 ust. 2) oraz podległości sędziów Konstytucji i ustawom (art. 176 ust.1), trudno znaleźć uzasadnienie dla prawotwórstwa sądowego. Inny problem pojawia się na gruncie art. 91 ust. 3 Konstytucji, który stanowi, że w przypadku ratyfikacji przez Polskę umowy tworzącej instytucję międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami krajowymi. Powstaje pytanie, czy chodzi tu jedynie o akty normatywne prawa stanowionego owej instytucji międzynarodowej, czy też o każde jej prawo, nawet gdyby nie było ono stanowione. Gdyby zatem było to prawo zwyczajowe lub *case law*, czy również można je stosować na zasadach określonych w art. 91 ust. 3 Konstytucji?

Jak wiadomo, jednym z zamierzeń Komisji Kodyfikacyjnej było stworzenie w Konstytucji RP zamkniętego katalogu źródeł prawa. Założenie to łączono z postulatem stabilności i przejrzystości procesu tworzenia prawa. Zamiar wypełniono tylko częściowo, albowiem jedynie w odniesieniu do aktów prawa powszechnie obowiązującego (art. 87, 93, 112 i 234). Tekst Konstytucji nie zawiera przepisów regulujących tworzenie prawa na podstawie precedensu prawotwórczego, można zatem domniemywać, że rozstrzygnięcie tej kwestii pozostawia się doktrynie prawniczej⁶.

II. Już ten wysoce pobieżny przegląd problemów związanych z prawotwórstwem sądowym w Polsce pokazuje, że podłoże aktywności sądów konstytucyjnych jest znacznie głębsze, a całego problemu nie można sprowadzić jedynie do dość trywialnej tezy, że źródłem tej aktywności są zmiany systemu prawnego, tak jak miało to miejsce w przypadku wejścia w życie w 1997 r. nowej Konstytucji RP. Wskazać można cztery podstawowe przyczyny tego zjawiska⁷.

Pierwsza związana jest z potrzebą legitymizacji działalności organów władzy publicznej, a w niektórych państwach z potrzebą legitymizacji norm

⁵ J. Małecki, *Prawotwórcza rola orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach podatkowych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 4, s. 34.

⁶ Por. P. Winczorek, *Źródła prawa w projekcie konstytucji Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego*, „Przegląd Legislacyjny” 1996, nr 4, s. 16-30.

⁷ Co do pozytywnego czy też negatywnego wpływu wykładni prawa na transycję ustrojową, warto wskazać na odwołanie wewnętrzne i zewnętrzne punktu widzenia na instrumentalizację prawa. Ocena prawa z zewnętrznego punktu widzenia opiera się na ocenie, czy prawodawca zmierza do celów aprobowanych, czy też nie. Szerzej na ten temat zob. L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa*, „Państwo i Prawo” 1993, nr 6.

przedkonstytucyjnych. Sądownictwo konstytucyjne, wskazując w sposób jasny i dokładny np. sferę kompetencji poszczególnych organów władzy publicznej, ustalając zakres praw i obowiązków obywatela, odpowiada na polityczną potrzebę legitymizowania nowego porządku politycznego⁸.

Druuga dotyczy przenoszenia polityczno-społecznej roli tworzenia prawa na poziom jego stosowania. Zjawisko to może wynikać z prostego niechlujstwa legislacyjnego, niewydolności procesu legislacyjnego, często jednak ma charakter świadomy i na etapie tworzenia prawa realizowane jest przez umieszczenie w tekście prawnym klauzul generalnych czy zwrotów niedookreślonych, a po wejściu w życie aktu normatywnego realizowane jest przez skierowanie wniosku o zbadanie konstytucyjności ustawy. W ten sposób, wobec inercji legislacyjnej ustawodawcy, orzecznictwo konstytucyjne traktuje się jako jeszcze jeden środek kreowania rzeczywistości społeczno-politycznej.

Trzecia przyczyna aktywizmu sądów konstytucyjnych jest nieco odmiennej natury. Proces transformacji ustrojowych wywołuje zwiększoną aktywność legislacyjną organów władzy publicznej. Konsekwencją tego procesu jest ekspansja prawa na coraz to nowe sfery życia społeczno-politycznego, każda zaś następna regulacja prawna zazwyczaj okazuje się niewystarczająca i wymaga nowelizacji⁹. To z kolei sprawia, że ilość wadliwych aktów normatywnych rośnie bardzo szybko. Związek między tym zjawiskiem a wzmożoną aktywnością sądownictwa konstytucyjnego jest oczywisty.

Czwartą przyczyną aktywizmu sądów jest wzrastająca dyferencjacja funkcjonalna i kulturowa systemów społecznych, ich mniejsza autonomiczność i zarazem różnorodność¹⁰. Problem ten szczególnie uwidacznia się w tych państwach, w których dochodzi do radykalnych zmian społeczno-ustrojowych bez całkowitej derogacji „starego” prawa, a sądy konstytucyjne, wydając decyzje w oparciu o określony system wartości, starają się czynić to w taki sposób, by zadośćuczynić oczekiwaniom nowej formacji politycznej¹¹. Związek między dynamiką przemian społecznych i ustrojowych a wzmożoną aktywnością orzecznictwa sądów konstytucyjnych wydaje się tutaj naturalny.

III. Podstawowym środkiem aktywności sądów konstytucyjnych jest wykładnia konstytucji. W tym obszarze zagadnień można wyróżnić dwa rodzaje wykładni, a mianowicie odtwórczą i twórczą wykładnię prawa. W wykładni odtwórczej przyjmuje się, że interpretator tekstu prawnego nie tworzy pojęć w nim zawartych, a wyłącznie odtwarza jego znaczenie. Stanowisko to najlepiej wyraża się w popularnym już sformułowaniu, zawartym w uchwale Trybunału Konstytucyjnego z 7 marca 1995 r. (W.9/94), w którym Trybunał stwierdza, że nie ujmuje niczego, ani nie dodaje do systemu prawa obowiązującego, lecz jedynie ustala treść norm obowiązujących. Uogólniając tę charakterystykę, można powiedzieć, że przedstawiciele charakteryzowanego

⁸ Por. np. N. Luchmann, *The Coding of the Legal System*, w: *State, Law, Economy as Autopoietic Systems*, red. G. Teubner, A. Febraro, Milano 1986, s. 16-17.

⁹ Zob. G. Teubner, *Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, w: *Juridification of Social Spheres*, red. G. Teubner, Berlin 1987.

¹⁰ Por. U. Beck, A. Giddens, S. Lash, *Reflexive Modernization*, Oxford-Cambridge 1994; także L. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge Mass. 1990.

¹¹ Por. Z. Ziemiński, „Lex” a „ius” w okresie przemian, „Państwo i Prawo” 1991, nr 6, s. 14.

tu podejścia przyjmują, iż samo ustalanie przez sąd konstytucyjny treści norm obowiązujących jest formą jego aktywności. Na przykład sąd konstytucyjny w drodze wykładni, uznając określoną ustawę za niezgodną z konstytucją i tym samym odmawiając jakiejś grupie społecznej określonych uprawnień, jest *volens volens* organem oddziałującym na panujące w państwie stosunki polityczne. Argumentuje się, że decyzja sądu konstytucyjnego, rozstrzygająca np. zakres kompetencji organów władzy publicznej, ma ten sam efekt jak działanie strictly polityczne (na przykład przez stanowienie prawa).

Zwolennicy twórczej wykładni prawa utrzymują, że interpretator tekstu prawnego nie tylko odtwarza znaczenie zawartych w nim wyrażeń, ale również je tworzy. Podejście to zakłada, że aktywizm sądów nie jest efektem ustalania przez sąd konstytucyjny treści norm obowiązujących i przez to realizowania celów państwa, ale konstruowanie znaczeń wyrażeń języka tekstów prawnych jest instrumentem świadomej działalności sądów konstytucyjnych, polegającej na realizacji własnej wizji dystrybucji dóbr.

Jak widać, w pierwszym ujęciu przyjmuje się, że aktywizm sądów wynika z istoty samego procesu badania przez sądy konstytucyjne zgodności aktów normatywnych z konstytucją (ewentualnie ustalania treści tych norm w drodze wykładni konstytucji), natomiast w drugim – że jest rezultatem świadomie podjętej decyzji orzeczniczej sądów konstytucyjnych, mającej na celu podział dóbr w określony sposób¹². Oba stanowiska, prócz swej doniosłości poznawczej, mają również istotne znaczenie praktyczne. Zwolennicy odtwórczej wykładni prawa twierdzą, że jest ona elementem zachowującym równowagę polityczną między organami państwa. Z kolei zwolennicy wykładni twórczej, ujmowanej jako instrument świadomego podziału zasobów, argumentują, że sądy konstytucyjne są wolne od wszelkich elektoralnie-instytucjonalnych barier, które ograniczają parlament w realizacji określonych społecznych celów. Przewagą sądów konstytucyjnych jest ponadto – ich zdaniem – możliwość orzekania wbrew opinii publicznej. Parlament w większym bądź mniejszym stopniu jest świadomy politycznych reperkusji podejmowanych przez siebie decyzji i rzadko wydaje decyzje sprzeczne z powszechnym odczuciem sprawiedliwości. Co więcej, sądy konstytucyjne mogą stanowić pewien rodzaj katalizatora społecznych żądań czy też frustracji wtedy, gdy opinia publiczna nie może być wyrażona przez swych reprezentantów w parlamencie¹³.

IV. W tle sporów o rolę wykładni prawa w dystrybuowaniu różnego rodzaju dóbr pojawia się inne fundamentalne zagadnienie. Chodzi o to, czy zwiększenie roli sądów konstytucyjnych w dystrybucji dóbr zmienia w jakiś doniosły sposób funkcjonowanie demokracji parlamentarnej. Jak wiadomo, podstawową zasadą demokracji parlamentarnej jest zasada suwerenności ludu. Prawo powinno stanowić wyraz powszechnej woli narodu i dlatego tworzenie prawa winno być zastrzeżone wyłącznie dla legitymowanego wyborami parlamentu. Ten

¹² Zob. Z. Ziemiński, *Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 4; M. Zirk-Sadowski, *Precedens a tzw. decyzja prawotwórcza*, „Państwo i Prawo” 1980, nr 6; L. Morawski, *Precedens a wykładnia*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 10; idem, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, LexisNexis, Warszawa 2003, rozdz. IX.

¹³ Zob. G. N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago 1991, s. 31-35.

oczywisty z punktu widzenia demokracji przedstawicielskiej wymóg jest jednak przedmiotem wielu kontrowersji. Niektórzy argumentują, że istnieją takie podstawowe prawa jednostki, jak prawo własności, prawo do życia czy wolność słowa, które nie mogą być „ze swej natury” przedmiotem żadnego głosowania w parlamencie. Z drugiej strony wskazuje się, że również sądy nie do końca nadają się na obrońcę owych naturalnych praw jednostki. Obawa ta wyraża się w znanej paremii łacińskiej: *Quis custodiet ipsos custodes?* Powyższa uwaga nabiera szczególnego znaczenia, gdy weźmie się pod uwagę fakt, iż decyzje sądu konstytucyjnego, zmieniające sytuację prawną stron (zakres stanowienia i stosowania norm), podejmowane są przez organ, który nie ma legitymacji demokratycznej do ingerencji w sferę praw jednostki¹⁴. Argumentacja, jaka tu się pojawia, zazwyczaj sprowadza się do stwierdzenia, że warunkiem tego nie spełniają również organy władzy wykonawczej, które przecież także tworzą prawo. Warto jednak zauważyć, że argument ten nie znosi zarzutu, iż to nie sąd jest legitymowany do określania zakresu praw i wolności obywatelskich, tym bardziej że organy władzy wykonawczej działają na podstawie udzielonej im delegacji ustawowej.

Szczególnym przypadkiem tego rodzaju sytuacji jest sądowe ustanawianie przywilejów na rzecz określonej grupy społecznej (uprzywilejowanie wyróżnawcze). Szczególność ta objawia się w przyjmowanym przez sądy sposobie rozumowania. Zarówno w tworzeniu prawa, jak i w jego stosowaniu mamy do czynienia z dwoma odmiennymi procesami rozumowania: pierwszy związany jest z ustanawianiem koherentnych podstaw dystrybucji dóbr, a drugi – z rekonstrukcją owych podstaw dokonywaną przez sądy konstytucyjne w oparciu o określony katalog wartości, spotykający się – zdaniem sądu konstytucyjnego – z najwyższą aprobatą społeczną¹⁵. Sądy zatem zakładają, że ludzie cenią wybory do parlamentu jako dobro polityczne, wybór religii jako dobro moralne, zaś prawa wyborcze, wolność sumienia i wyznania są z tą oceną nierozłącznie związane. Problem w tym, że styczność tych dwóch sposobów rozumowania prowadzi do spięć natury kompetencyjnej co do tego, czy sąd konstytucyjny może, np. w drodze twórczej wykładni prawa, zmieniać przyjęte przez parlament podstawy dystrybucji dóbr, nawet wtedy gdy zmiana ta – w mniemaniu tegoż sądu – w oparciu o określony katalog wartości cieszy się najwyższą aprobatą społeczną¹⁶.

W kontekście rozważań nad sądowym aktywizmem sądowe ustanawianie przywilejów na rzecz określonych grup społecznych jest jeszcze o tyle ciekawe, że poprzez decyzje sądu konstytucyjnego ustanawiające przywileje na rzecz określonych grup społecznych czy zawodowych zazwyczaj dochodzi do pogorszenia sytuacji prawnej innych grup społecznych. Powstaje zatem kolejne pytanie: jakie znaleźć uzasadnienie dla takiego rodzaju decyzji?

¹⁴ Patrz: R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge Mass. 1985, s. 146.

¹⁵ Szerzej na ten temat zob. S. Biernat, *Problemy prawne sprawiedliwego rozdziału dóbr przez państwo*, Kraków 1985.

¹⁶ Problem ten łączyć należy z zagadnieniem legitymizacji prawa; szerzej zob. G. Skąpska, J. Stelmach, *Contemporary Problems and Models of the Legitimacy of Law*, „Rechtstheorie” 1998, nr 20, z. 2; por. także Z. Tohor, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1999, s. 76-87.

Zanim przejdziemy do omówienia tego zagadnienia, należałoby na wstępie uściślić, co rozumiemy pod pojęciem uprzywilejowania wyrównawczego. A więc są to regulacje, które przyznają określonym grupom społecznym przywileje, mające prowadzić do wyeliminowania faktycznych różnic społecznych, przy czym przyznanie przywilejów powinno być dokonywane w oparciu o zasadę równości i tylko wtedy, gdy przemawiają za tym argumenty o charakterze konstytucyjnym. Podstawowym tłem analizy uprzywilejowania wyrównawczego jest zasada równości, warto zatem bliżej określić, co termin ten w rzeczywistości oznacza.

Główną ideą zasady równości jest następujący postulat: jednostki charakteryzujące się taką samą cechą istotną mają być w tej samej sytuacji traktowane tak samo¹⁷. Warto przy tym zauważyć, że przedmiotem oceny nie są faktyczne sytuacje w danych stosunkach społecznych czy ekonomicznych, ale treść regulacji prawnych, które te stosunki normują. Oczywiście jest zatem, że zasadę równości należy rozpatrywać jako „równość wobec prawa” – jednostki charakteryzujące się taką samą cechą istotną mają być w tej samej sytuacji traktowane tak samo, sytuacje te zaś wyznaczone są przez prawo. Jeszcze inaczej wyraził tę myśl Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając: „Równe traktowanie nie oznacza otrzymania równych udziałów rozdzielanych dóbr, lecz stosowanie takiej samej miary wobec wszystkich zainteresowanych otrzymaniem rozdzielanych dóbr, a więc ocenianie ich sytuacji według tych samych kryteriów oraz poświęcanie równej uwagi ich potrzebom i interesom” (K. 4/89, K. 4/93). Zasada równości wobec prawa brzmiałaby zatem następująco: wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną (relewantną) w takim samym stopniu, mają być traktowane jednakowo, tj. według jednakowej miary, bez różnicowań dyskryminujących bądź faworyzujących.

Co to jednak znaczy, że jednostki mają być w takiej samej sytuacji traktowane tak samo? Czy chodzi o to, by posiadały te same uprawnienia? Ale przecież wymóg, by wszyscy mieli te same uprawnienia, jest niemożliwy do spełnienia i niesprawiedliwy. Ludzie różnią się między sobą, choćby ze względu na różne zdolności, inteligencję czy potrzeby. Dlatego traktowanie tak samo jednostek istotnie podobnych nie może oznaczać równych uprawnień. Chodzi o to, by różnice w traktowaniu grup czy jednostek istotnie podobnych były uzasadnione. Innymi słowy – nierówne traktowanie nie zawsze ma charakter dyskryminacji czy też uprzywilejowania. O dyskryminacji można mówić tylko wtedy, gdy różnice między podmiotami mają charakter arbitralny, nieuzasadniony i nieproporcjonalny. Dlatego równość wobec prawa to również zasadność takiego, a nie innego wyboru kryterium różnicowania podmiotów prawa (K. 17/95, U. 1/96, K. 24/96)¹⁸.

Zazwyczaj proponuje się, by argumentacja wykazująca, iż różnicowanie nie ma charakteru arbitralnego, oparte było na trzech następujących przesłankach:

– argumenty te muszą pozostawać w związku z treścią przepisów, a zwłaszcza z ich celem,

¹⁷ Zob. L. Garlicki, *Zasada równości i zakaz dyskryminacji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, w: Obywatel – jego wolności i prawa*, red. B. Oliwa-Radzikowska, Warszawa 1998, s. 62.

¹⁸ L. Garlicki, *Zasady określające działalność orzecznictw sądów konstytucyjnych*, w: *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, red. E. Zwierzchowski, Warszawa 1997, s. 139.

– różnicowanie sytuacji adresatów normy musi być proporcjonalne do wagi interesów, które zostają naruszone w wyniku nierównego traktowania podmiotów podobnych,

– argumenty muszą pozostawać w treściowym związku z innymi zasadami, normami i wartościami, a zwłaszcza z zasadą sprawiedliwości¹⁹.

Jak widać, zróżnicowania są dopuszczalne, ale chodzi o to, by oparte były na kryteriach racjonalności, proporcjonalności i sprawiedliwości społecznej. Dopiero różnicowanie arbitralne, nie oparte na wyżej wspomnianych kryteriach, może nabierać cech dyskryminacji. Zgoła odmienna sytuacja powstaje, gdy dochodzi do zróżnicowania sytuacji prawnej jednostek – przez przyznanie przywilejów – w oparciu o cechy relewantne, co do których panuje powszechna zgoda, że na ich podstawie zróżnicowanie podmiotów jest niedopuszczalne i miałyby charakter dyskryminacji. Chodzi tu o takie cechy, jak płeć, wykształcenie, zawód, narodowość, rasę, wyznanie, pochodzenie czy położenie społeczne²⁰.

Czy w tego rodzaju sytuacjach podstawową doniosłość ma dobór przekonujących argumentów o charakterze konstytucyjnym, które uzasadniałyby zróżnicowanie w oparciu o tak „wrażliwe” cechy? Problem to nie błahy, jeżeli przypomni się, że zagadnienie to jest przedmiotem zażartych sporów politycznych, dotyczących np. zasadności akcji afirmatywnej w Stanach Zjednoczonych Ameryki, sytuacji politycznej i ekonomicznej Aborygenów w Australii, czy wreszcie sposobów zadośćuczynienia za szkody poniesione przez ofiary polityki państw totalitarnych. W Polsce uprzywilejowanie wyrównawcze dotyczy w przeważającej mierze sytuacji prawnej kobiet. Swego czasu Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń zauważył, że w rzeczywistości społecznej kobiety – z uwagi na swe funkcje macierzyńskie i wychowawcze – zajmują bardzo często pozycję słabszą. Dlatego istnieje konstytucyjne uzasadnienie dla wprowadzenia regulacji przyznających im pewne przywileje w porównaniu z mężczyznami, bowiem tylko w ten sposób można osiągnąć rzeczywiste równoprawienie²¹.

W tego rodzaju sytuacjach formułuje się dwa podstawowe typy uzasadnień. W pierwszym wskazuje się, że w określonych sprawach sąd konstytucyjny może zachować się paternalistycznie i przyznawać określonym grupom społecznym przywileje. Zwolennicy takiego stanowiska mogliby szukać argumentów za zróżnicowaniem podmiotów należących do tej samej kategorii w poglądach utilitarystów, według których przyznanie grupom społecznym określonych przywilejów należy oceniać pod kątem korzyści, jakie płyną dla społeczności jako całości. Zwolennicy utilitaryzmu stoją na stanowisku, że sąd musi oceniać konieczność przyznania przywilejów, biorąc pod uwagę to, co jest użyteczne dla wspólnoty, nawet wtedy gdy oznacza to gorsze traktowanie innych. Takim dobrem wspólnoty mogłoby być zachowanie pokoju społecznego w państwie.

W drugim typie uzasadnień argumentuje się, że potrzeba prawnej rekompensaty rzeczywistych nierówności wynika z przyrodzonej godności ludzkiej.

¹⁹ Zob. L. Garlicki, *Zasada równości...*, s. 64.

²⁰ Co do zmian w wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zob. J. Falski, *Ewolucja wykładni zasady równości w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1.

²¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 5 grudnia 2000 r. (K. 35/99).

Jeżeli np. dochodzi do rzeczywistej nierówności jednostek podobnych ze względu na cechę relewantną, to na sądzie konstytucyjnym spoczywa obowiązek rekompensowania tej różnicy, jednostka bowiem ma prawo być „wolna” od nierównego traktowania przez państwo. W podejściu indywidualistycznym przyjmuje się, że zasadę równości wyznacza inna podstawowa wartość konstytucyjną, a mianowicie godność ludzką. Pozostawanie przez jednostkę w stanie faktycznej nierówności jest zarazem pogwałceniem godności ludzkiej.

Obie argumentacje wydają się przekonujące i ugruntowują społecznie i politycznie użyteczną praktykę wyrównywania szans życiowych określonym grupom społecznym czy zawodowym. Mają jednak pewną podstawową słabość. Jak wspomniałem, każde przyznanie uprawnień i przywilejów jakiejś grupie społecznej czy zawodowej zazwyczaj wiąże się z ograniczeniem uprawnień innych grup, które – w przypadku niezaskarżalnej decyzji sądu konstytucyjnego – jest ograniczeniem ostatecznym. Co więcej, jest także ostatecznym ograniczeniem ich prawa do partycypacji w demokracji parlamentarnej. Dla funkcjonowania demokracji nie ma oczywiście nic groźnego w przypadku, gdy uprzywilejowanie wyrównawcze wynika z racjonalnych przesłanek. Ale nie trudno wyobrazić sobie sytuację, w której przyznanie przez sąd konstytucyjny przywilejów wynikałoby z niechęci, uprzedzeń czy pogardy dla grupy, której położenie prawne w wyniku uprzywilejowania innych grup pogarsza się tak dalece, że stanowi pogwałcenie godności ludzkiej jej członków.

Niestety nie ma w tej kwestii gotowych rozwiązań, a i sam problem nie jest nowy i podejmowany był wiele razy w dyskusjach filozoficzno-prawnych. Wystarczy w tym miejscu przypomnieć klasyczną już pozycję Gustawa Radbrucha *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, lub choćby dyskusję o moralnych podstawach prawa, jaka swego czasu toczyła się między H. L. A. Hartem a L. Devlinem. Również utworzenie sądów konstytucyjnych w krajach Europy Środkowowschodniej wprowadziło nowe elementy do dyskusji nad legitymizacją działalności orzeczniczej sądów konstytucyjnych²².

Moim zdaniem, wśród wielu propozycji teoretycznoprawnych dotyczących problematyki aktywizmu sądowego, a w szczególności uprzywilejowania wyrównawczego, jedna zasługuje na wyjątkową uwagę. Mam na myśli zaproponowaną przez R. Dworkina ideę zasad wspólnoty politycznej. Otóż Dworkin zauważył, że wszystkie wiarygodne teorie sprawiedliwości opierają się na jednej wartości fundamentalnej, a mianowicie na równości. Myśl ta byłaby trywialna, gdyby założyć, że chodzi tu o równość rozumianą jako równe dzielenie różnego rodzaju zasobów. Dworkinowi chodziło jednak o coś więcej. Równość wyrażana jest nie tylko jako prawo do równego traktowania, ale także prawo do równej troski i poszanowania ze strony państwa. Oznacza to, że państwo zobowiązane jest do traktowania ludzi nie tylko z troską i szacunkiem, ale z r ó w n ą troską i szacunkiem²³. Nie wolno przyznawać przywilejów grupom społecznym tylko dlatego, że sposób życia tych grup jest szlachetniejszy czy lepszy. Nikt nie może być postawiony przy podziale dóbr i szans w gorszej sytu-

²² Zob. J. Priban, *Dissidents of Law. On the 1989 Velvet Revolutions, Legitimations, Fictions of Legality and Contemporary Version of the Social Contract*, Aldershot-Burlington-Singapore-Sydney 2002.

²³ R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, London 1986, s. 16, 358, 407 i n.

acji ze względu na to, kim jest, lub tylko dlatego, że inni członkowie wspólnoty darzą go mniejszą troską. Przyjęcie zatem przez większość wspólnoty politycznej, że jakaś forma życia jest gorsza bądź zasługuje na pogardę, nie stanowi podstawy do ograniczenia tym grupom społecznym równości wobec prawa²⁴.

Dworkin dodaje jeszcze jedno ważne ograniczenie. Uzasadnianie przyznania przywilejów określonej grupie społecznej zakłada istnienie wspólnoty politycznej ujmowanej jako wspólnota zasad, w której decyzje legislatywy czy orzeczenia sądowe nie są wynikiem kompromisu, ale wynikają ze spójnego systemu zasad moralnych, które swe podstawy znajdują w koncepcji sprawiedliwości, słuszności i rzetelnej procedury²⁵. Przyjęcie założenia o istnieniu wspólnoty politycznej zasad moralnych sprawia, że przyjęte kryteria moralne będą konsekwentnie stosowane w sposób bezstronny wobec wszystkich członków wspólnoty. Wyklucza to możliwość stosowania odmiennych zasad, które swe źródło mają w różnym pojmowaniu sprawiedliwości. Jak zatem widać, jedynie wtedy, gdy wspólnota polityczna jest wspólnotą zasad moralnych, decyzje legislatywy czy sądu przyznające jakiejś grupie przywileje są moralnie legitymowane. Akceptujemy takie podejście – mówi Dworkin – ponieważ chcemy traktować władzę ustawodawczą, sądowniczą, wykonawczą i obywateli jako stowarzyszenie „zasad”, jako wspólnotę rządzoną jedną, ale wspólną wizją sprawiedliwości, uczciwości i zasady *due process of law*²⁶.

V. Nawiązując do ostatniej myśli R. Dworkina, chciałbym w konkluzji zwrócić uwagę na trzy kwestie. Po pierwsze – relacja między parlamentem a sądem konstytucyjnym w dużym stopniu zależy od nieartykułowanych założeń co do natury demokracji („zasad wspólnoty politycznej” w terminologii R. Dworkina). Z tych to powodów należałoby postulować, by aktywizm sądów konstytucyjnych odnosił się wyłącznie do tych przypadków, w których parlament nie może podjąć się nowelizacji prawa, a jego bezczynność prowadziłaby do rażącego pokrzywdzenia adresatów norm bądź innych wyjątkowo niekorzystnych skutków.

Po drugie – problem aktywizmu sądowego wiąże się z dominującym przekonaniem wspólnoty politycznej o miejscu sądu konstytucyjnego w systemie sprawowania władzy publicznej w państwie. Jeżeli we wspólnocie politycznej istnieje przekonanie o szczególnej roli parlamentu w systemie sprawowania władzy publicznej w państwie, to rola polityczna sądu konstytucyjnego jest niewielka. Z drugiej jednak strony, jeśli wśród wartości kultury politycznej i prawnej wspólnoty politycznej nie docenia się znaczenia parlamentu i zdolności posłów do odzwierciedlenia i przekazywania woli narodu, to rola polityczna sądów konstytucyjnych jest duża.

Po trzecie – biorąc pod uwagę przyczyny aktywizmu sądowego: potrzebę legitymizacji działalności innych organów władzy publicznej, przenoszenie polityczno-społecznej roli tworzenia prawa na poziom jego stosowania, inflację legislacyjną, większą dyferencjację funkcjonalną i kulturową systemów

²⁴ Ibidem, s. 175 i 256.

²⁵ R. Dworkin, *A Matter of Principle*, s. 76.

²⁶ R. Dworkin, *Law's...*, s. 166.

społecznych, można zasadnie przyjąć, iż ze wzrostem stabilizacji społecznej, ekonomicznej czy politycznej rola sądownictwa konstytucyjnego w kreowaniu stosunków społecznych, politycznych czy ekonomicznych będzie stopniowo maleć.

*Dr hab. Marek Smolak jest adiunktem
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
smolak@amu.edu.pl*

ROLE OF CONSTITUTIONAL TRIBUNALS IN THE PERIOD OF POLITICAL TRANSFORMATIONS VS JUDICIAL ACTIVISM

S u m m a r y

One of the most interesting issues discussed within the so called transitional constitutionalism is court activism. Court activism is a phenomenon of extending judicial decisions, and in particular constitutional tribunal decisions, onto the distribution of a variety of resources. There are four main reasons for the increasing activism of courts: the need to legitimise the functioning of other organs of public authority, the transfer of the political and social legislative role to the levels at which it is executed, legislative inflation, and a greater functional and cultural differentiation of social systems. The main issue of the activism of constitutional tribunals is related to the question whether their increased role in the distribution of resources would have or has any significant impact on the functioning of parliamentary democracy.

Analysing the above issue on the example of granting various privileges to certain social groups by way of judicial decisions, the author has formulated three conclusions: the relation between the legislative and a constitutional tribunal largely depends on the unarticulated assumptions about the very nature of democracy. Therefore it should be postulated that the activity of court (or the constitutional tribunal) should be limited only to those cases, where, for some reason, the parliament is unable to amend the existing laws, and its inactivity or inertia would result in gross grievance and harm to the otherwise due recipients of a given norm, or would lead to other extraordinarily adverse effects. Secondly, the activism of constitutional tribunals is to a great extent determined by the way in which the political community perceives the place and role of Parliament in the state system of the execution of public authority. Thirdly, the involvement of courts or the constitutional tribunal in the execution of public authority reflects the stabilization in the state. It may be assumed that where the social, economic or political stability increases, the role of constitutional tribunals in the creation of political or economic relations in the state will gradually diminish.