

Lech Garlicki

O powołaniu naszych czasów do uchwalania konstytucji

I.

1. Tytułowe zdanie nie jest, jak wiadomo, obce tradycji prac konstytucyjnych i – także w Polsce – przewijało się w kolejnych epokach historycznych, przypominane przez przedstawicieli różnych orientacji ideologicznych i obozów politycznych. Jego generalne przesłanie może mieć zarówno pozytywny, jak i negatywny charakter, bo w życiu państw i narodów zdarzają się zarówno czasy, gdy uchwalenie nowej dobrej konstytucji jest możliwe i potrzebne, jak i czasy, które mogą przynieść tylko potworka prawnego pozbawionego wszelkiej legitymizacji. W teorii konstytucjonalizmu mówi się o tzw. „momencie konstytucyjnym”, otwierającym się w sytuacjach, gdy dokonują się przeobrażenia systemowe, a jednocześnie zarysowuje się szeroki społeczny konsensus wokół ich kierunku i prawnego zakotwiczenia. Moment taki czasem pozwala nie tylko na stworzenie konstytucji zdolnej do przetrwania, ale też na pojawienie się dokumentu o historycznym znaczeniu, by wspomnieć tylko amerykańskie i francuskie dokumenty konstytucyjne z końca XVIII w., a – w pewnym stopniu – także naszą Konstytucję 3 Maja.

W czasach współczesnych moment taki otworzył się, na Zachodzie Europy, po drugiej wojnie światowej, a w naszym regionie geograficznym – po upadku bloku sowieckiego. Jak pamiętamy, Polska nie skorzystała z niego w sposób punktualny, bo nowej Konstytucji nie udało się uchwalić w maju 1991 roku (w dwóchsetną rocznicę uchwalenia Konstytucji 3 Maja), a pojawiła się ona dopiero w 1997 r. Choć nadal trwał się wówczas stan przekształceń systemowych, to osłabieniu uległa już spójność społecznego konsensusu, charakterystycznego dla lat 1989-1991.

Nie wydaje się jednak, by w kontekście polskiej sytuacji, opóźnienie uchwalenia konstytucji należało poddawać ocenom o jednoznacznie negatywnym charakterze. W aspekcie prawno-technicznym przydatne okazały się doświadczenia pierwszych lat transformacji, więc akt z 1997 r. miał bardziej dojrzały charakter i był owocem nie tylko euforii odzyskiwanej wolności, ale i świadomości różnego rodzaju zagrożeń i problemów. W aspekcie legitymizacyjnym, akceptację nowej konstytucji osłabiała natomiast jej zdecydowana kontestacja przez opozycję pozaparlamentarną, ułatwiona przez polityczną jednostronność składu parlamentu II kadencji.

Nie można jednak nie zauważyć, że – z różnych względów, m. in. dla uniknięcia frontalnej konfrontacji z Kościołem – twórcy konstytucji pomieścili w niej rozliczne formuły kompromisowe obliczone na jej wielokierunkowe otwarcie aksjologiczne. Choć wprowadzało to pewien eklektyzm w obrazie wartości i zasad wyrażonych w konstytucji, stwarzało szansę na jej ponadformacyjną akceptację jako instrumentu rządzenia służącego Narodowi Polskiemu, więc – by posłużyć się słowami Preambuły – „wszystkim obywatelom Rzeczypospolitej, zarówno wierzącym w Boga będącego źródłem prawdy, sprawiedliwości, dobra i piękna, jak i nie podzielającym tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł”.

2. Przez blisko dwadzieścia lat wydawało się, że szansa ta ma wszelkie widoki realizacji. Konstytucja funkcjonowała w sposób w miarę harmonijny, w jej ramach dokonywały się regularne zamiany miejsc między partiami większości a opozycją, co więcej – dość sprawnie przebiegło rozwiązanie nadzwyczajnej sytuacji, jaka powstała w wyniku katastrofy w Smoleńsku. Relacje pomiędzy władzami nie były oczywiście wolne od napięć i konfliktów, w wielu kwestiach (zwłaszcza dotyczących rozdziału kompetencji między centralnymi organami władzy wykonawczej) regulacja konstytucyjna okazała się daleka od doskonałości, ale nie prowadziło to do wyraźniejszych zakłóceń funkcjonowania państwa. Istotną rolę odgrywał tu Trybunał Konstytucyjny (stopniowo zyskujący poparcie Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego), jurydyzując ogólne przepisy konstytucyjne i wydobywając z nich normy prawne nadające się do stosowania w praktyce. Choć treści zawierane w orzeczeniach Trybunału napotykały często na krytyczne oceny, to jednak nigdy, w sposób otwarty, nie kwestionowano ani ich mocy obowiązującej, ani ostatecznego charakteru.

Konstytucja okazała się też aktem o dużej stabilności, bo tylko dwukrotnie doszło do uchwalenia poprawek, obie zresztą dotyczyły kwestii pozbawionych politycznego znaczenia. Kilka innych projektów uzyskało pewnien stopień zaawansowania, ale nie udało się wokół nich zbudować politycznego konsensusu, by wspomnieć tylko o kwestiach ochrony życia poczętego oraz o modernizacji tzw. postanowień „europejskich” związanych z wejściem Polski do UE w 2004 r. Także i te projekty nie dotyczyły jednak zasadniczego schematu rozwiązań przyjętych w 1997 r., co stwarzało wrażenie istnienia szerokiego konsensusu wokół obowiązującej ustawy zasadniczej.

3. Iluzoryczność tego wrażenia ukazała się jednak wyraźnie po (podwójnych) wyborach w 2015 r. Niezależnie od ich niekwestionowalnej rzetelności (dość przypomnieć, że przyniosły one sukces dotychczasowej opozycji), doprowadziły one do zupełnie nowej sytuacji politycznej, bo – po raz pierwszy od 1989 r. – jednej partii politycznej udało się uzyskać zarówno większość w obu izbach parlamentu, jak i kontrolę nad urzędem prezydenta RP. Nie nasuwało to, samo w sobie problemów konstytucyjnych, bo możliwość taka była dopuszczona przez twórców polskiej ustawy zasadniczej. Uważano, że regularność mechanizmu wyborczego w powiązaniu z – wbudowanymi w system - instrumentami hamowania swobody władz politycznych, stanowić będzie wystarczającą gwarancję przeciwko deformacjom. W pewnym stopniu znajdowało to też potwierdzenie w doświadczeniach z lat 2005-2007.

W rzeczywistości politycznej problem nabrał jednak nowego wymiaru, gdy okazało się, że większość rządząca prezentuje własną wizję rozumienia i przestrzegania konstytucji, odmienną od wizji dotąd uważanej za wspólną wszystkim ugrupowaniom parlamentarnym. Odradzać się zaczęła niegdyś koncepcja jednolitości władzy państwowej, uznająca, iż władza parlamentu, jako reprezentanta Narodu-Suwerena obejmuje nie tylko przeprowadzanie dogłębnych reform społeczeństwa i państwa, ale rozciąga się także na podporządkowanie sobie wszystkich elementów aparatu władzy publicznej. Podporządkowanie to miało odnosić się także do tych struktur, które – w założeniu konstytucyjnym – miały zachowywać niezależność od władz politycznych i stanowić zaporę przez ich dominacją. Dotknęło to, jak wiadomo, publicznych środków masowego przekazu, służby cywilnej, Sił Zbrojnych, a – w najbardziej spektakularny sposób – zarysowało się wobec władzy sądowniczej.

Nieprzypadkowo, pierwsza poważna konfrontacja „nowego” i „starego” podejścia ujawniła się w odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego. Ponieważ zaś kompetencje i zasady

procedowania tego Trybunału poddane są szerokiej regulacji konstytucyjnej, konfrontacja ta przybrała też rozbudowany kształt konstytucyjno-prawny. Nie udało się przy tym władzom politycznym całkowicie pozostać w ramach obowiązującej ustawy zasadniczej i – po raz pierwszy w historii obowiązywania Konstytucji 1997 r. – doszło do sytuacji, gdy unormowania ustawodawcze oraz działania faktyczne legislatury i egzekutywy świadomie ignorowały postanowienia tego aktu. Wyłączenie Trybunału Konstytucyjnego, a potem – uzyskanie politycznej kontroli nad jego funkcjonowaniem, zlikwidowało podstawową zaporę przeciwko wszechwładzy parlamentu, rządu i - sterujących nimi - kierowniczych gremiów partyjnych. Zabrakło niezależnego ciała sądowego dysponującego kompetencją do usuwania niekonstytucyjnych regulacji z systemu obowiązującego prawa. Podjęcie zaś, jako drugiego etapu, przedsięwzięć mających ograniczyć niezależność sądów, może doprowadzić do ostatecznej eliminacji władzy sądowniczej z procesu ochrony konstytucji.

Można, oczywiście, twierdzić, że obecna deprecjacja władzy sądowniczej stanowi tylko kolejne wydanie konfrontacji pomiędzy zasadą demokracji a zasadą konstytucjonalizmu, tak jak wyraża ją pojęcie „counter-majoritarian difficulty”. W konfrontacji tej, zasada demokratyzmu zyskiwać zaczynałaby wyraźne pierwszeństwo. Problem polega jednak na tym, że – niezależnie od modelowych pokus systemu jednolitości władzy – w żaden sposób nie da się on pogodzić z obowiązującą Konstytucją z 1997 r. Co więcej, praktyka polityczna wykazuje rosnący stopień nihilizmu konstytucyjnego, gdzie obecną konstytucję traktuje się jako przeszkodę w skutecznym realizowaniu programu zmian, niemalże jako obce ciało w tym programie. Nihilizm ten przenosi się na instrumentalizację całego systemu prawnego i dążenie do gładyszaltowania władz i organów system ten chroniących.

II.

4. Nie może dziwić, że taki rozwój sytuacji musiał, na którymś z etapów, postawić pytanie, czy proces zmian nie powinien też rozciągnąć się na sferę unormowań konstytucyjnych. Niezależnie bowiem od tego, że obowiązujące przepisy konstytucyjne nie stanowią dziś nieprzekraczalnej przeszkody dla działań legislatury i egzekutywy, wiele pragmatycznych argumentów przemawia za tym, by unikać zarzutów łamania konstytucji, a – wprost przeciwnie – przydawać wprowadzanym zmianom dodatkową legitymację zgodności z konstytucją. Tego jednak nie da się osiągnąć w ramach obecnej Konstytucji. Stąd, na razie na poziomie dyskursu politycznego, zaczynają się pojawiać zapowiedzi już to istotnego zreformowania Konstytucji z 1997 r., już to jej zastąpienia przez zupełnie nową ustawę zasadniczą. Wskazuje się przy tym, że Konstytucja z 1997 r. straciła już adekwatność do postępującego procesu zmian, więc – po dwudziestu latach funkcjonowania – uzasadnione jest poszukiwanie nowych rozwiązań. Nie jest to podejście nieznanne we współczesnych demokracjach, choć – w każdym razie w Europie – uchwalanie nowych konstytucji nie jest dzisiaj częstym zjawiskiem.

Nie zwalnia to jednak od postawienia kilku zasadniczych pytań dotyczących przesłanek podjęcia prac nad nową konstytucją, dopuszczalnego zakresu i treści nowych unormowań, a wreszcie – proceduralnych ram jej uchwalania. Od razu zaznaczyć też należy, że w każdym z tych trzech wymiarów dość wyraźnie rysują się elementy sceptycyzmu.

III.

5. Podjęcie prac konstytucyjnych powinno zaowocować stworzeniem ustawy zasadniczej zdolnej zarówno do wypełniania funkcji nowoczesnej konstytucji, jak i do uzyskania możliwie szerokiej legitymizacji w społeczeństwie. Dwa założenia wyjściowe wydają się, w tej perspektywie, najważniejsze.

6. Po pierwsze, nowa konstytucja, niezależnie od jej treści merytorycznych, powinna być rozumiana jako instrument prawny – najwyższe prawo Rzeczypospolitej, wiążące – także i przede wszystkim – dla aktualnego obozu rządzącego. Konstytucja nie może być traktowana jako ugruntowanie nieusuwalności tworzącego ją układu politycznego. Jej sensem jest – z jednej strony, wyznaczanie granic dla treści i sposobu sprawowania władzy, a – z drugiej strony, ustalenie ram permanentnej wymiany ugrupowań politycznych tą władzę sprawujących. Innymi słowy, musi być zbudowana wokół zasady konstytucjonalizmu i zasady pluralizmu.

Pierwsza z nich wymaga istnienia procedur poddających wszelkie działania władz publicznych (z ustawami parlamentu włącznie) kontroli co do ich zgodności z konstytucją. W naszym kręgu cywilizacyjnym przyjmuje się, że kontrola ta powinna być sprawowana przez organy władzy sądowniczej, a to wymaga, by władzy tej przysługiwała pełna niezależność od władz politycznych. Niezależność ta musi jawić się zarówno w wymiarze prawno-instytucjonalnym, jak i sferze realiów kształtowania personalnego składu sądów, zwłaszcza sądów najwyższej instancji. Rzeczywiste istnienie i funkcjonowanie sądowej kontroli konstytucyjności jest konieczną gwarancją najwyższej mocy prawnej konstytucji. W jej braku, powrócilibyśmy do PRL-owskiego traktowania konstytucji jako polityczno-ideologicznego ornamentu, maskującego rzeczywistą dyktaturę jednej partii.

Zasada pluralizmu oznacza nie tylko akceptację dla istniejących różnicowań poglądów i wartości w społeczeństwie. Wymaga też, by owe różnicowania mogły znajdować wyraz w swobodnym – i wzajemnie konkurencyjnym - funkcjonowaniu ugrupowań politycznych, zdolnych do uzyskiwania sukcesu w wyborach, więc – zdolnych do sprawowania władzy. Nie daje się z nią pogodzić – prawny bądź faktyczny – monopol władzy jednej partii, innymi słowy – pluralizm oznacza założenie stałej alternancji między ugrupowaniami rządzącymi i opozycją. Konstytucja nie może oczywiście zadekretować istnienia silnej opozycji. Może jednak i powinna tworzyć gwarancje utrudniające obozowi rządzącemu wykorzystywanie swej aktualnej przewagi dla ograniczania roli opozycji i jej szans wyborczych. Nie tylko wymaga to, by – już na poziomie konstytucyjnym - ustalać najważniejsze unormowania prawa wyborczego, ale też, by opierać się w tym celu na tworzeniu takich uregulowań konstytucyjnych, które przekreślą szanse opozycji na wygranie wyborów. Konstytucja ma stanowić gwarancję rzetelności wyborów, a nie – instrument służący wypaczeniu woli wyborców.

Ani więc w treści konstytucji, ani w rzeczywistych zamiarach jej twórców nie może być miejsca dla postaw nihilizmu konstytucyjnego, rozumianego zarówno jako deformowanie zasady pluralizmu, jak też jako wyłączenie realnych gwarancji przestrzegania konstytucji.

7. Drugim założeniem wyjściowym, jest, by nowa konstytucja była tworzona jako wyraz możliwie szerokiego konsensusu społecznego. Ma to być bowiem instrument ponadformacyjny

w tym sensie, że kolejne zamiany większości rządzącej i opozycji, nie powinny mieć wpływu ani na poszanowanie konstytucji i gotowość do jej lojalnego przestrzegania, ani na funkcjonalność tego aktu w wyznaczaniu ram procesu sprawowania władzy. Tym, między innymi, konstytucje różnią się od ustawodawstwa zwykłego, które – w założeniu – odzwierciedla program polityczny aktualnej większości i nie oczekuje pełnej akceptacji ze strony opozycji. Natomiast tworzenie konstytucji jako jednostronnego manifestu politycznego albo – co jeszcze bardziej niebezpieczne – jako instrumentu petryfikacji aktualnego układu sił politycznych, nie tylko nie gwarantuje jej szansy długowieczności, ale też sprzeciwia się naturze ustawy zasadniczej jako instrumentu prawnego. Co więcej, w sytuacji, gdy obóz rządzący nie dysponuje „większością konstytucyjną” w parlamencie, brak woli czy zdolności do poszukiwania szerszego konsensusu, może zachęcać do poszukiwania różnego rodzaju „skrótów proceduralnych”, a to wyrządzi nieodrabialną szkodę dla legitymizacji nowej ustawy zasadniczej.

Konieczne więc jest postawienie pytania, czy istnieje realna perspektywa oderwania prac konstytucyjnych od nihilistyczno-instrumentalnego podejścia do tworzenia prawa oraz od przepaści politycznej, jaka obecnie dzieli „lepsze i gorsze sorty” naszego społeczeństwa. Brak takiej perspektywy wskazywałby, iż czasy dzisiejsze nie są powołane do uchwalania nowej konstytucji.

IV.

8. Kolejny wymiar tych refleksji dotyczy dopuszczalnego zakresu i treści rozwiązań, jakie miałyby zostać przyjęte w nowej konstytucji. Oczywiście, klasyczna teoria konstytucji w ogóle nie dopuszcza takiego pytania. Uchwalenie nowej konstytucji jest traktowane jako najbardziej autorytatywny wyraz suwerenności Narodu, który dysponuje pełnią decyzji co do zakresu i treści unormowania konstytucyjnego. Ale, to podejście odpowiadało klasycznym koncepcjom suwerenności państwa i nie do końca przystaje do czasów współczesnych, gdy ta suwerenność jest poddana niemałym ograniczeniom. Ograniczenia te wynikają, w pierwszym rzędzie, z powszechnego prawa międzynarodowego, zwłaszcza dotyczącego praw człowieka, sytuacji grup mniejszościowych, ochrony uchodźców i osób prześladowanych. Nie ulega więc wątpliwości, że dopuszczenie w konstytucji np. stosowania tortur (choćby tylko w dochodzeniach terrorystycznych) czy ustanawiania podrzędnego statusu kobiety bądź też ludzi „gorszej” rasy czy wyznania, stawiałoby ją w konflikcie z bezwzględnie wiążącymi normami prawa międzynarodowego, a – w stosunkach wewnętrznych – pozbawiało wszelkiego legitymizmu.

9. Ale rzecz nie kończy się na zasadach *ius gentium*, bo obecność Polski w strukturach europejskich wymaga podporządkowania się znacznie bardziej rozbudowanej sieci wymagań i kryteriów. Zwłaszcza członkostwo w Unii Europejskiej łączy się z daleko posuniętymi ograniczeniami suwerenności państw członkowskich. Dość oczywiste wydaje się też, że – niezależnie od ciągle nierozstrzygniętych napięć między konstytucjami narodowymi a prawem UE – nie da się uciec od wymagań tego prawa przez uchwalenie nowej konstytucji, która np. zadeklaruje pozbawienie prawa unijnego przymiotu bezpośredniej stosowalności albo pozbawi skuteczności rozstrzygnięcia TSUE.

Co więcej, prawo Unii Europejskiej nakłada też na państwa członkowskie obowiązek poszanowania zasady demokracji, pluralizmu, rządów prawa i poszanowania praw człowieka. Analogiczne zobowiązania wynikają z przynależności do systemu Rady Europy. Treść owych zasad znalazła już szerokie ukonkretnienie zarówno w orzecznictwie obu europejskich trybunałów, jak i w politycznych dokumentach Komisji Europejskiej czy Rady Europy (tu wspomnieć zwłaszcza trzeba Komisję Wenecką). Tym samym, za naruszenie zobowiązań członkowskich uznać należałoby takie uregulowania konstytucyjne, które np. znosiłyby niezależność władzy sądowniczej, podporządkowały nominacje sędziowskie uznaniu władz politycznych, sytuowałyby publiczne środki masowego przekazu w gestii organów rządowych czy legitymizowały deformacje systemu wyborczego wymierzone przeciwko opozycji.

Nie ma potrzeby budowania tu szczegółowego katalogu tych wymagań, niemą ich część znalazła zresztą wyraz w dokumentach organów Unii Europejskiej i Rady Europy dotyczących sytuacji w Polsce i na Węgrzech. Wystarczy ograniczyć się do stwierdzenia, że w każdym państwie europejskim, twórcy nowej konstytucji są dzisiaj poddani poważnym ograniczeniom. I chociaż – w sensie techniczno-prawnym – każde państwo może zdecydować się na przyjęcie tekstu konstytucyjnego o całkowicie niekompatybilnym charakterze, ale byłoby to głęboko szkodliwe i pozbawiłoby taką konstytucję szansy uzyskania szerszej akceptacji.

10. Konieczne jest więc postawienie pytania, czy istnieje realna szansa, że w pracach konstytucyjnych, uda się uniknąć frontalnej kolizji nowych uregulowań ze – wspomnianymi wyżej – zasadami i wartościami stanowiącymi przesłankę akceptacji Polski we wspólnocie państw europejskich. Raz jeszcze należy podkreślić, że kolizja to może mieć dwojaki charakter. Z jednej strony, ujawnić się może na tle sposobu konstytucyjnego uregulowania „kwestii europejskich”, tak w wymiarze retoryki przepisów, jak i rozwiązań merytorycznych. Z drugiej strony, może być wynikiem odejścia przez nową konstytucję od ogólniejszych zasad i wartości wymaganych na szczeblu Europy, zwłaszcza gdy chodzi o ochronę praw człowieka oraz niezależność władzy sądowniczej.

Perspektywa prac konstytucyjnych powinna być wolna od niebezpieczeństwa, że stworzony zostanie dokument, deklarujący autarkiczność naszego kraju, izolujący go od dzisiejszego kształtu Europy i służący jako instrument wyprowadzenia Polski ze struktur europejskich. Brak takiej perspektywy wskazywałby, iż czasy dzisiejsze nie są powołane do uchwalania nowej konstytucji.

V.

11. Gdy chodzi o kwestie proceduralne, to należy najpierw zauważyć, że Konstytucja z 1997 r. zawiera regulację dotyczącą wprowadzania do niej poprawek (art. 235), natomiast milczy w kwestii trybu i przesłanek zupełnie uchwalania nowej konstytucji. Mocno ryzykowne byłoby uznanie, że nowa konstytucja może zostać wprowadzona w drodze jednej, „gigantycznej” poprawki do konstytucji obowiązującej.

Konieczne jest więc, w pierwszym etapie, przyjęcie szczególnego unormowania określającego procedurę prac nad nową konstytucją, przy czym, z oczywistych powodów,

unormowanie to musi mieć rangę konstytucyjną. Jest to w miarę naturalna procedura - jak pamiętamy, zastosowano ją także w początku lat 90-tych, przyjmując ustawę konstytucyjną o trybie przygotowania i uchwalenia nowej Konstytucji.

Wyłania się tu jednak szereg problemów.

12. Po pierwsze, skoro punktem wyjścia dla formalnego podjęcia prac konstytucyjnych ma być modyfikacja dzisiejszego unormowania konstytucyjnego, to musi się to dokonać przy dochowaniu wymagań ustalonych w obecnym stanie prawnym.

Przypomnieć więc najpierw należy, że obowiązująca Konstytucja ustala bezwzględny wymóg udziału parlamentu w dokonywaniu jej zmian. Poprawka konstytucyjna zawsze musi zostać przyjęta, kwalifikowaną większością głosów, przez Sejm i Senat. Niekiedy (o czym niżej) poprawka ta musi następnie zostać poddana „referendum potwierdzającemu”, natomiast w żadnym wypadku nie jest dopuszczalne przeprowadzenie „referendum zastępującego”, tzn. dokonanie zmiany konstytucji tylko w drodze głosowania ogólnonarodowego.

Zastanowić się, na tym tle, należy, czy obecne unormowania konstytucyjne dopuszczają przeprowadzenie „referendum wstępnego”, stawiającego Narodowi pytanie o potrzebę uchwalenia nowej konstytucji, a także pytania bardziej szczegółowe dotyczące kierunku najważniejszych jej rozwiązań. Możliwość taką rozważano też w trakcie prac nad Konstytucją z 1997 r., ale ostatecznie zdecydowano się tylko na przeprowadzenie, w 1996 r., tzw. referendum prywatyzacyjnego, równie zresztą pozbawionego sensu, jak niedawne referendum z 2015 r.

Niesporne jest, że art. 125 Konstytucji dopuszcza przeprowadzenie referendum w każdej sprawie „o szczególnym znaczeniu dla państwa”, a ustalenie potrzeby uchwalenia nowej konstytucji do tego typu spraw należy. Odpowiedź pozytywna tworzyłaby prawne zobowiązanie (adresowane, w pierwszym rzędzie do parlamentu) do rozpoczęcia prac konstytucyjnych, pamiętać jednak przy tym należy, że właściwa realizacja tego obowiązku jest zabezpieczona tylko przez środki (sankcje) o politycznym charakterze. Pamiętać też należy, że skuteczność referendum przeprowadzanego na podstawie art. 125 Konstytucji zależy od uzyskania ponad 50% frekwencji oraz – w świetle obecnej ustawy o referendum ogólnonarodowym – poparcia przez bezwzględną większość głosujących.

Ostrożniej natomiast należałoby podejść do rozszerzenia zakresu takiego referendum na pytania o bardziej konkretnym charakterze, wyznaczające treści przyszłej konstytucji. Gdyby miałyby one przybrać rozbudowany zakres i szczegółowe ujęcie, to „referendum wstępne” mogłoby się przekształcić w „referendum zastępujące”, a na to nie pozwalają obecne przepisy konstytucyjne. Nie wydaje się zresztą, by realne było decydowanie kwestii szczegółowych bez ich powiązania z całością nowego uregulowania, otwierałoby to też drogę dla politycznych manipulacji i koncentrowania debaty wobec problemów pozornych. Łatwo można np. postawić pytanie, czy nowa konstytucja powinna przynieść jasny rozdział zadań i kompetencji pomiędzy prezydentem a rządem, ale – nasuwająca się dość oczywiście – odpowiedź pozytywna wniosłaby niewiele do ostatecznej treści nowego uregulowania. To samo dotyczyłoby np. pytania o utworzenie jednomandatowych okręgów wyborczych do Sejmu (bo poważna odpowiedź wymaga jednoczesnej wiedzy o całości kształcie nowych rozwiązań wyborczych) albo o zniesienie Trybunału Konstytucyjnego.

W sensie politycznym, przeprowadzenie „referendum wstępnego” może być atrakcyjne, bo dawałoby jego organizatorom znaczną szansę na sukces, a gdyby połączyć je z równoczesnymi

wyborami (lokalnymi, europejskimi, czy nawet parlamentarnymi), sukces ten mógłby nawet ulec podwojeniu. Gdyby jednak podstawowa intencja tego referendum miała służyć tylko tak instrumentalnemu celowi, to – z perspektywy prac konstytucyjnych – mogłoby ono przynieść więcej komplikacji niż pożytków.

13. Po drugie, wracając do ram, jakie pracom konstytucyjnym stwarzają obecne przepisy, trzeba zauważyć, że Konstytucja z 1997 r. formułuje tzw. zamknięty model źródeł powszechnie obowiązującego prawa. System ten nie przewiduje istnienia odrębnej kategorii „ustaw konstytucyjnych”. Skoro zaś dla formalnego przygotowania projektu nowej konstytucji wymagane byłoby uchwalenie odpowiedniej „ustawy konstytucyjnej”, to konieczne byłoby stworzenia dla niej wyraźnej podstawy prawnej.

Innymi słowy, nie można wykluczać, że przesłanką uchwalenia ustawy konstytucyjnej o trybie przygotowania i uchwalenia nowej konstytucji musi być przyjęcie stosownej poprawki do Konstytucji obowiązującej. Argumenty legislacyjne (a może też nawet – konstytucyjne) wskazywałyby na potrzebę rozdzielenia w czasie obu procedur. Argumenty pragmatyczne mogłyby zaś przesądzić o zawarciu w jednym projekcie zarówno poprawki konstytucyjnej, jak i pełnego tekstu nowej ustawy konstytucyjnej. Otwierałoby to jednak pole, już na tak wstępnym etapie, do sporów prawnych między uczestnikami gry politycznej.

Niezależnie jednak od tego, czy uchwalenie poprawki konstytucyjnej miałoby charakter wcześniejszy, czy równoległy, procedura ta musiałaby, w skrupulatny sposób, wypełniać wszystkie wymagania proceduralne, przewidziane w art. 235 Konstytucji. Konieczne byłoby więc, najpierw, uchwalenie takiej poprawki przez Sejm i Senat, przy dochowaniu wskazanych konstytucyjnie terminów (przy czym zastosowanie znajdowałyby tu dodatkowe wymagania z art. 235 ust. 5 Konstytucji) oraz przy uzyskaniu odpowiedniej większości w obu izbach.

Wydaje się też, że skoro poprawka taka, z konieczności, „dotyczyłaby” przepisów rozdziału o zmianie konstytucji, to – na żądanie któregośkolwiek z podmiotów wskazanych w art. 235 ust. 6 (więc – zwłaszcza opozycji parlamentarnej) – musiałaby ona, po uchwaleniu przez parlament, zostać poddana pod referendum ogólnonarodowe. Zarazem, uzyskanie sukcesu w takim „referendum potwierdzającym” byłoby o tyle łatwiejsze, że nie stosuje się tu wymagania ponad 50% frekwencji głosujących i wystarczające jest uzyskanie zwykłej większości głosów na „tak”.

14. Po trzecie, nie ulega wątpliwości, że powiązanie ustawy o trybie przygotowania i uchwalenia nowej konstytucji z prawidłowym uchwaleniem poprawki do Konstytucji obecnej, pozostawiałoby bardzo znaczną swobodę w ukształtowaniu zarówno sposobu przygotowywania nowej konstytucji, jak też proceduralnych wymagań jest ostatecznego uchwalenia.

Zbyt wcześnie jest dzisiaj na wdawanie się w rozważania szczegółowe i ograniczyć się można tylko do trzech obserwacji.

Przede wszystkim, powrócić należy do stwierdzenia, że uchwalanie nowej konstytucji ma sens tylko wówczas, gdy może ona stanowić wynik szerszego konsensusu niż prosta decyzja obozu aktualnie rządzącego. Procedura prac konstytucyjnych musi więc zapewniać podmiotom opozycyjnym coś więcej niż czysto dekoracyjną obecność w składzie gremiów przygotowujących projekt. Wyłania się też kwestia udziału podmiotów społecznych, ważna m. in. z uwagi na „zmarowanie się” znacznej liczby głosów w wyborach 2015 r., co może rodzić analogię z krytyką

reprezentatywności parlamentu uchwalającego obecną Konstytucję. Konieczność zapewnienia szerokiej i trwałej legitymizacji dla nowej konstytucji wymaga uniknięcia sytuacji, gdy prace konstytucyjne zostaną sprowadzone do roli formalnej atrapy wobec decyzji podejmowanych przez wąskie gremia partii dominującej.

Następnie, pojawia się pytanie, czy dopuszczalne byłoby ustanowienie łagodniejszych wymagań proceduralnych dla uchwalenia nowej konstytucji niż wymagania, jakie obecnie muszą być dochowane dla przyjmowania poprawek do konstytucji obowiązującej. Z czysto formalnego punktu widzenia rozwiązanie takie może zmieścić się w wyobraźni konstytucjonalisty. Zarazem jednak, mogłoby to tworzyć wrażenie, że rzeczywistym celem tworzenia nowej konstytucji jest obejście tych ram i zakazów ustanowionych w konstytucji obecnej, których nie dałoby się zmienić w „normalnej” procedurze poprawki konstytucyjnej. Nie sprzyjałoby to wzmocnieniu autorytetu nowej konstytucji.

Wreszcie, za absolutnie konieczne uznać należy, by nowa konstytucja, po jej uchwaleniu przez parlament, została poddana pod referendum ogólnonarodowe. Raz jeszcze należy jednak zaznaczyć, że gdyby na kolejnych etapach prac miało dojść do naruszeń obecnego art. 235 Konstytucji, czy do innych wad prawnych dalszej procedury konstytucyjnej, to końcowe referendum nie byłoby w stanie dokonać ich sanacji.

15. Konieczne więc jest postawienie pytania, czy istnieje realna perspektywa ustanowienia takiej procedury prac konstytucyjnych, która nie pozbawi jej legitymizacji, a zwłaszcza nie postawi pod znakiem zapytania legalności jej uchwalenia. Innymi słowy, czy można liczyć, że procedura ta nie zostanie zdeformowana próbami obejścia przez obóz rządzący braku większości konstytucyjnej w parlamencie. Na zawsze może to pozostawiać wątpliwość, czy nowa konstytucyjna stała się prawem obowiązującym, co – w przeszłości – dotknęło zwłaszcza konstytucję kwietniową, ale – w pewnym stopniu – także Konstytucję 3 Maja. Brak takiej perspektywy wskazywałby, iż czasy dzisiejsze nie są powołane do uchwalania nowej konstytucji.

VI.

16. Konkluzję ostateczną tych rozważań należy pozostawić każdemu, kto zechce prześledzić je do końca. Proponować tylko można, by kolejno rozważać pytania i problemy, jakie mogą nasuwać przy tworzeniu wizji przyszłych prac konstytucyjnych. Ułatwi to ustalenie, czy znajdujemy się obecnie w sytuacji „momentu konstytucyjnego” dającego realną szansę na stworzenie nowej ustawy zasadniczej o trwałym charakterze i o wyrazistej legitymacji społecznego poparcia.

Pamiętać przy tym należy, że konstytucja powinna być czymś więcej niż świadectwem przejściowej dominacji jednego obozu politycznego. Sensem konstytucji nie może być funkcja petryfikacyjna, bo – po zmianie układu sił politycznych – wzmocni to tylko postawy nihilizmu konstytucyjnego i zachęci do łamania przepisów niegdyś narzuconych w jednostronny sposób. Konstytucja powinna być aktem integrującym, służącym łączeniu, a nie – dzieleniu uczestników procesu rządzenia, aktem ustalającym pewne minimum wartości wspólnych, akceptowanych i respektowanych przez wszystkie ugrupowania parlamentarne. Powinna też – i na tym polega jej pierwotna i podstawowa rola – wyznaczać władzy takie ramy działania, które zapewnią

poszanowanie godności i praw każdej jednostki ludzkiej, przeciwdziałać będą arbitralności i arogancji rządzących oraz poddadzą ich decyzje kontroli niezależnych sądów i niezawisłych sędziów.

Ocena, czy czas obecny jest powołany do uchwalania konstytucji, wymaga starannego rozważenia przesłanek podjęcia prac konstytucyjnych, przypuszczalnego zakresu i treści nowych unormowań, a wreszcie – rzetelności proceduralnych ram jej uchwalania. W każdym z tych wymiarów rysują się różnego rodzaju pokusy i zagrożenia, które mogą deformująco wpłynąć na treść nowej konstytucji, jej naturę prawną oraz na zakres jej społecznej legitymizacji. Nie można też zapominać, że - w kontekście dzisiejszej sytuacji - swoboda działania parlamentu (sterujących nim ugrupowań politycznych) wykracza poza ramy zakładane konstytucyjnie, bo obecny status Trybunału Konstytucyjnego może utrudnić mu pełnienie roli niezależnego arbitra w prawnych sporach ujawniających się w toku przygotowywania i uchwalania konstytucji.

Ostatecznie, problem sprawdza się więc do pytania, czy – i w jakim stopniu – twórcom przyszłej konstytucji można przyznać kredyt zaufania, że – w wymiarze intelektualnym – będą w stanie stworzyć dokument godny aspiracjom Polski XXI wieku, a – w wymiarze politycznym – nie zdegradują prac konstytucyjnych do awantury międzypartyjnej dającej świadectwo nihilizmu konstytucyjnego i braku troski o dobro wspólne.