

Arkadiusz Barut
Uniwersytet Wrocławski

Sąd jak inkarnacja Ludu. Dekonstrukcja idei ludowego konstytucjonalizmu

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego artykułu jest analiza idei ludowego konstytucjonalizmu sformułowanej w amerykańskiej filozofii prawa. Miała ona stanowić odpowiedź na postulat legitymizacji konstytucjonalizmu poprzez zapewnienie społeczeństwu bezpośredniego udziału w jego tworzeniu i stosowaniu. Przeformułowanie tej idei, dokonane w szczególności przez Bruce'a Ackermana, czyli uznanie za wyraz ludowego prawodawstwa orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego, stanowi wyraz zmiany rozumienia czy wręcz dekonstrukcji podstawowych idei filozofii prawa i filozofii polityki, takich jak „reprezentacja” i „demokracja”. Następnym jest oderwanie pojęcia „ludu” od związku z określoną empiryczną zbiorowością. Proces ten jawi się jako aspekt zjawiska ideowego wykraczającego poza kontekst amerykański, to jest legitymizacji (według kryterium realizacji hasła ochrony praw człowieka) organów o charakterze elitarnym – przykładem koncepcje Pierre'a Rosanvallon'a czy Dominique'a Rousseau. Rodzi się obawa, iż radykalna zmiana znaczenia słów spowoduje irracjonalizację dyskursu społecznego, a oparcie legitymizacji sądu konstytucyjnego na prawach człowieka może wyłączyć możliwość jego krytyki.

2. Kryzys legitymizacji państwa liberalno-demokratycznego jako kryzys legitymizacji prawa

Kryzys legitymizacji państwa liberalno-demokratycznego diagnozuje się co najmniej od lat 70. XX w. Jako jego przejaw wskazuje się odmowę identyfikacji społeczeństwa z ideologiami, które służyły do usprawiedliwienia władzy państwa nowoczesnego. Skoro zatem prawo wciąż jeszcze jest postrzegane jako przede wszystkim wytwór państwa (choć coraz powszechniej przyjmuje się, że państwo nie ma już monopolu na jego wytwarzanie), kryzys ten dotyka również prawa, a szczególnie prawodawstwa¹. Prawo ponadto, na skutek inflacji czy wręcz „potopu” produktów prawnych², przestaje być

¹ A. Kozak, *Kryzys podstawności prawa*, w: O. Bogucki, S. Czepita (red.), *System prawny a porządek prawny*, Szczecin 2008, s. 29–57.

² P. Chmielnicki, *Podjęmowanie decyzji w warunkach prawnego i prawniczego potopu informacyjnego*, „Roczniki Administracji i Prawa. Teoria i praktyka” 2012/1, s. 17–24.

uznawane za sposób regulowania konfliktów czy choćby przewidywania zachowań rządzących.

Może to powodować poczucie zagrożenia po stronie adresatów norm prawnych. Jest to aspekt szerszego zjawiska. W drugiej połowie XX w. upowszechniło się kwestionowanie najważniejszego mitu nowoczesności – racjonalnego urzędzenia świata społecznego i podporządkowania środowiska naturalnego. Nie spełniła się nadzieja pełnego opanowania rzeczywistości, uczynienia jej przewidywalną, a zarazem zaspokojenia wszelkich indywidualnych pragnień. Wiara ta zderzyła się ze świadomością, że próba naukowego zorganizowania środowiska społecznego i naturalnego nie jest możliwa do zrealizowania, ponieważ porządek zawsze rodzi chaos (np. rozwój przemysłu prowadzi do niszczenia przyrody). Zarazem po raz kolejny skonstatowano sprzeczność między spontanicznością jednostkową a funkcjonowaniem jednostki w społeczeństwie coraz bardziej, w sensie Weberowskim, zrationalizowanym. Jako problem społeczny postrzega się ekspansję systemów – jak to określa Anthony Giddens – abstrakcyjnych (czyli środków symbolicznych, takich jak pieniądze) i eksperckich (systemów wiedzy specjalistycznej opartych na procedurach). Są to sfery niepoddające się ocenie etycznej – a przynajmniej ocenę tę wykluczają idee konstytuujące te systemy – i niemożliwe do pełnej kontroli przez jednostkę³. Nastąpiła ostateczna dewaluacja umiejętności, które każdy posiadał w zakresie czynności życia codziennego⁴. Powraca więc postawione już przez Maxa Webera pytanie o wpływ ekspansji racjonalności instrumentalnej na realizację modeli społecznych, odwołujących się do idei racjonalności jako emancypacji jednostki. Jak uważa Jürgen Habermas, świat życia, czyli sfera wiedzy uważanej przez jednostkę za oczywistą, w tym również jej przekonania moralne, obecnie jest interpretowany jako pozostający w sprzeczności ze światem systemów⁵. Ujawnia się zagadnienie relacji jednostki do sfery, nad którą nie ma ona kontroli. Współczesność jest interpretowana jako życie w „społeczeństwie ryzyka”, w którym jednostka chce zmieniać siebie, dostosowywać do tych zmian strukturę społeczną, a zarazem stoi w obliczu wciąż nowych oczekiwań z jej strony: wyboru stylu życia w sferze prywatnej i ciągłej „elastyczności” w przestrzeni ekonomicznej. Uzasadnia to postulat, by struktura społeczna umożliwiała zmiany tożsamości jednostki i sama podlegała zmianom w wyniku jej działań – oraz by jednostka mogła działać w takim przekonaniu, to jest by jednostka mogła działać w przekonaniu o swej sprawczości. Z tego punktu widzenia powinno nastąpić pogodzenie spontaniczności jednostki z rzeczywistością społeczną, pojętą jako sfera a-podmiotowa.

Pojawia się więc pytanie o możliwość legitymizacji prawa zarówno z punktu widzenia indywidualum, kierującego się „imperatywem” autokreacji, jak i partykularnych grup społecznych powstałych w wyniku realizacji przez jednostki tegoż imperatywu (tzw. nowe ruchy społeczne: grupy mające reprezentować mniejszości seksualne, na nowo odkryte tożsamości etniczne, uświadomione związki z przyrodą itp.⁶). Próbą odpowiedzi na to pytanie jest sformułowana przez Philippe’a Noneta i Philipa Selznicka koncepcja prawa responsywnego, rozumianego jako idealny typ prawa współczesnego (nie tylko w sensie „opisowym”, ale i postulatywnym). Według tych autorów prawo przestaje być

³ A. Giddens, *Nowoczesność i tożsamość*, Warszawa 2001, s. 161–171.

⁴ A. Giddens, *Nowoczesność...*, s. 189–192.

⁵ J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. II, Warszawa 2002, s. 211–266, 546–596. Por. A. Szahaj, *Teoria krytyczna szkoły frankfurckiej*, Warszawa 2008, s. 126–135.

⁶ O tym zjawisku zob. C. Offe, *Nowe ruchy społeczne. Przekraczanie granic polityki instytucjonalnej*, w: J. Szczupaczyński (red.), *Władza i społeczeństwo*, Warszawa 1995, s. 226–233.

wytworem określonego podmiotu (państwa), wyrażonym w normach uznawanych za jasne i niepodlegające dyskusji. Następuje zwiększenie partycypacji prawnej, obejmującej również tworzenie i interpretację prawa. Do prawa responsywnego, dopuszczającego obywatelskie nieposłuszeństwo, przenika duch obywatelskości. Stosowanie prawa zaczyna być postrzegane jako arena procesów politycznych – forsowania już nie tylko indywidualnych roszczeń, ale i żądań grup społecznych. W tak pojętym procesie legislacyjnym uczestniczą organizacje pozarządowe – podmioty postrzegane dotąd jako pozaprawne. Ma mieć to wpływ na zwiększenie skuteczności prawa: generować rozumienie prawa jako instytucji „postbiurokratycznej”, już nie tyle chroniącej w nieracjonalnym otoczeniu swą integralność – racjonalność w sensie Weberowskim – lecz zakładającej racjonalność otoczenia i z tego względu otwartą na jego wpływ⁷.

3. Idee elitarystyczne jako odpowiedź na kryzys legitymizacji prawa

Wydawałoby się więc, że należy oczekiwać ugruntowywania się jakiejś deliberatywnej idei prawa – prawa tworzonego w realnej społecznej dyskusji, opartej na postulatach podobnych do tych, do których odwołuje się deliberatywna idea polityki. Idea deliberacji obciążona jest jednak dwuznacznością. Deliberatywna idea polityki może oznaczać albo (rzeczywistą) praktykę społeczną, albo realizację warunków wolnej dyskusji. Warunki te mają stanowić kryterium oceny instytucji niezależnie od tego, czy potencjalni aktorzy dyskusji rzeczywiście z nich skorzystają⁸. Najdobitniejszym tego wyrazem jest idea wolnego dyskursu, głoszona przez J. Habermasa, który z jednej strony zastrzega, że dyskurs nie oznacza idei w sensie platońskim, lecz warunki założone w samym procesie komunikacji, a z drugiej strony podkreśla, że warunki te mają służyć do oceny rzeczywistych procesów politycznych, w tym dyskusji społecznych⁹. Podobnie jest z ideą responsywności prawa. We współczesnej liberalno-demokratycznej filozofii prawa większe znaczenie ma uznanie responsywności za kryterium oceny instytucji – zarówno sposobu ich działania, jak i skutków tejże działalności – niż jej postrzeganie jako postulatu wpływu adresatów norm prawnych na ich powstawanie. Z tego punktu widzenia prawo można uznać za responsywne, jeśli istnieje organ, który będzie dostrzegał wyrażane przez obywateli postulaty, a następnie dbał o ich realizację. Rolą obywateli będzie więc zgłaszanie, w języku praw człowieka, partykularnych roszczeń, a w drugiej kolejności ocena działania organu. Nie musi natomiast należeć do nich kontrola nad organem, jak również nie jest konieczne, by mieli oni bezpośredni wpływ na jego skład osobowy. Podstawowe idee polityczno-prawne, takie jak reprezentacja, demokracja i lud jako prawodawca, zmieniają swoje znaczenie.

Wychodząc z takich założeń, autorzy, na których powołuję się niżej formułują postulat oddzielenia problematyki wyrażania woli przez lud od pytania o kryterium demokracji. Podkreślają, że należy rozstać się nie tylko z fikcją woli powszechnej czy też postulatem bezpośredniego wpływu ludu na rządzących, lecz również z uznawaniem za kryterium demokracji istnienia legislatywy, wyłonionej w powszechnych wyborach i mającej kompetencje ustawodawcze we wszystkich dziedzinach. Nie uzasadniają tej tezy koniecznością ograniczenia demokracji przez „dodanie” do niej elementu

⁷ P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition*, New Brunswick–Londyn 2008, s. 73–113.

⁸ I. Shapiro, *Stan teorii demokracji*, Warszawa 2006, s. 3–46.

⁹ A. Barut, *Procedura prawna jako czynnik budowy kapitału społecznego – prawo i więź społeczna w koncepcji J. Habermasa*, w: M. Klimowicz, W. Bokajto (red.), *Kapitał społeczny*, Warszawa 2010, s. 93–94.

liberalnego – tj. wyłączenia pewnych kwestii, w szczególności przestrzegania praw człowieka, spod decyzji politycznych – lecz potrzebą przeformułowania pojęcia reprezentacji ludu. Demokracja traci swoje dotychczasowe konotacje. Jak ujmuje to D. Rousseau: konieczne jest odejście od „esencjalistycznego” rozumienia demokracji, czyli uznawania za jej paradygmat „demokracji wyborczej”, na rzecz postrzegania jej raczej jako „horyzontu” działania politycznego¹⁰. Otwiera się w ten sposób droga dla legitymizacji prawotwórstwa sądowego również na poziomie ustrojowym¹¹. Sądy, w szczególności sądy konstytucyjne, stają się organami politycznymi, najważniejszymi dla konstytuowania się wspólnoty odwołującej się do idei praw człowieka¹². Sąd w oczach współczesnej jednostki może się wydawać właśnie tym organem, który realizuje ponowocześnie pojętą etykę, przeciwstawioną polityce opartej na dążeniu do wspólnych celów oraz względach utylitarnych. Wobec fragmentaryzacji obrazu świata, prawo – w szczególności o randze konstytucyjnej – jawi się jako metaregła czy punkt odniesienia, do którego przy użyciu środków procesowych odwołują się jednostki o sprzecznych poglądach i interesach. Sądownictwo wydaje się ostatnią instancją, mogącą chronić obywateli zarówno przed działaniami organów władzy politycznej, jak i agresją, którą obywatele kierują do siebie nawzajem. W perspektywie dialogicznej idei rozumu sędzia ma wychodzić od wielości norm, interesów i uprawnień, kierując się w stronę nigdy niedookreślonej „pustej” idei sprawiedliwości (ujmując ten proces w terminologii François Lyotarda: *différend* staje się w ten sposób *litige*)¹³. Zadaniem sądów ma być też zapobieganie „skrzywieniu większościowemu” współczesnej demokracji – sądy w tym aspekcie wydają się być nadzieją wykluczonych¹⁴. Samoświadomość polityczną nowych ruchów społecznych w coraz większym stopniu tworzą procesy przed sądami, w tym przede wszystkim sądami konstytucyjnymi¹⁵.

Uzasadnia to wniosek, że preferencje większości społeczeństwa nie są rzeczywistą wolą ludu. Ronald Dworkin prezentuje „konstytucyjną” koncepcję demokracji, przeciwstawiając się jej rozumieniu opartym na „przesłance większościowej”. Jak wprost wskazuje, celem tak pojętej demokracji nie jest spełnienie woli większości, lecz „moralna interpretacja” konstytucji (*moral reading of the Constitution*), czyli jej twórcza wykładnia, zapewniająca „równy szacunek i troskę”¹⁶. Według Charlesa L. Eisgrubera świadomości moralnej ludu nie można sprowadzać po prostu do poglądów występujących w społeczeństwie. Poglądy moralne, o ile mają być brane pod uwagę w orzecznictwie, winny być oparte na racjonalnych przekonaniach osiągniętych w drodze publicznej dyskusji¹⁷. Podobnie według Willa J. Waluchowa: rolą sędziów nie jest wyrażanie „nieautentycznych życzeń większości” (*inauthentic wishes of the majority*), lecz sankcjonowanie

¹⁰ D. Rousseau, *Constitutionnalisme et démocratie*, http://www.laviedesidees.fr/IMG/pdf/20080919_drousseau.pdf, dostęp: 19.09.2008 r., s. 17–18.

¹¹ Tj. aktywizmu sędziowskiego. O tym pojęciu: L. Morawski, *Czy sądy mogą angażować się politycznie?*, „Państwo i Prawo” 2006/3, s. 6–23.

¹² A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 58–59.

¹³ A. Sulikowski, *Współczesny...*, s. 78, 81.

¹⁴ L. Morawski, *Czy sądy...*, s. 16.

¹⁵ P. Hergren, *Podstawy obywatelskiego nieposłuszeństwa*, Kraków 1997, s. 111–114; A. Barut, *Skarga konstytucyjna jako sposób realizacji programów nowych ruchów społecznych. Przystanki filozoficzne i inspiracje ideowe*, w: N. Szczęch (red.), *Księga jubileuszowa z okazji 5-lecia Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Menadżerskiej w Legnicy*, t. II, Legnica 2010, s. 267–284.

¹⁶ R. Dworkin, *Freedom's law. The moral reading of the american Constitution*, Cambridge 1996, s. 18, 23.

¹⁷ Ch.L. Eisgruber, *Constitutional Self Government*, Nowy Jork 2001, s. 55.

prawdziwych, tj. racjonalnie uzasadnionych w świetle techniki równowagi refleksyjnej, zobowiązań moralnych¹⁸.

W ten sposób kryterium demokracji przestaje być identyfikowane z warunkami, w których ogół społeczeństwa może mieć wpływ na rządzenie, a zaczyna się go poszukiwać w sferze przekonania jednostek o spełnianiu przez instytucje standardów praw człowieka¹⁹. W perspektywie pytania o kryterium demokracji uwaga przesuwana jest z kwestii wyrażenia woli na kwestię legitymizacji²⁰. Według P. Rosanvallon tradycyjna idea demokracji opiera się na fikcji utożsamienia zasady legitymizacji z techniką podejmowania decyzji, a przez to utożsamienia „woli powszechnej” z „wolą wyborców”²¹. Jak uważa, obecnie pojawiły się trzy nowe sposoby legitymizacji. Pierwszym z nich jest legitymizacja ze względu na „bezstronność”, która ma umożliwiać oderwanie woli powszechnej od interesów partykularnych. Organami w ten sposób legitymizowanymi są przede wszystkim banki centralne, z czym ma się wiązać rola pieniądza jako wyrazu i czynnika zaufania społecznego. Drugi sposób, legitymizacja ze względu na „bliskość”, przejawia się w poświęcaniu uwagi partykularnym problemom. Legitymizowane w ten sposób nie są jednak, zdaniem P. Rosanvallon, niezależne od administracji stowarzyszenia działające w przestrzeni społeczeństwa obywatelskiego, lecz prasa oraz rozmaite „komisje publiczne” – organy eksperckie oraz organy samorządu zawodowego, czyli instytucje quasi-administracyjne. Trzecim sposobem jest wreszcie legitymizacja ze względu na refleksyjność, o której decyduje umiejętność oddania, jak to określa P. Rosanvallon, różnorodności sposobów ekspresji woli powszechnej; w ten sposób legitymację uzyskują sądy²². Wszystkie powyższe sposoby legitymizacji oznaczają rozstanie się nie tylko z ideą homogenicznego ludu, ale nawet z ideą ludu jako zbioru grup zabiegających o partykularne interesy. Lud jest jednak na gruncie takiej argumentacji figurą retoryczną, za którą stoją prawa człowieka.

Pytanie o kryterium demokracji jawi się więc jako pytanie o kryterium posłuszeństwa wobec władzy. Implikacje powyższych założeń w pełni wyraża Frank Michelman. Stwierdza wprost, że pytanie, który organ powinien określać treść fundamentalnych praw podmiotowych – formułowane najczęściej w postaci dylematu, czy winien to czynić organ wyłoniony w drodze procedury większościowej – należy przeformułować na pytanie: kiedy obywatele winni są władzy posłuszeństwo. Odpowiadając na nie, F. Michelman wychodzi od kwestii moralnego prawa i obowiązku uznania określonego ustroju za konstytucyjnie legitymizowany w sytuacji nieredukowalnego pluralizmu co do rozumienia zasad konstytucyjnych. Nie jest konieczne, zdaniem F. Michelmana, by obywatele mieli na nie wspólny pogląd. Wystarczy, by zasadnie, w sensie etycznym, mogli przestrzegać prawa pozytywnego. F. Michelman wyraźnie wskazuje, że kryterium posłuszeństwa prawu jest jego słuszność, której nie można mylić z kwestią wpływu adresatów norm na proces ustawodawczy²³. Należy więc sformułować warunki, w których rozstrzygnięcia danego organu co do treści praw podmiotowych można postrzegać jako powszechnie

¹⁸ W.J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, Cambridge 2007, s. 237.

¹⁹ A. Barut, *Prawa człowieka, sąd konstytucyjny, podmiotowość polityczna w demokracji*, „Przegląd Historyczno-Politolologiczny” 2010/2, s. 7–29.

²⁰ Również np. dla Andrzeja Waśkiewicza problem reprezentacji to problem legitymizacji władzy, wyrażający się w (nie-rozstrzygalnym) pytaniu: przed kim reprezentowany jest lud, uznawany zarazem za podmiot i przedmiot rządzenia. Zob. A. Waśkiewicz, *Paradoksy idei reprezentacji politycznej*, Warszawa 2012, s. 274–280.

²¹ P. Rosanvallon, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paryż 2008, s. 10–12.

²² P. Rosanvallon, *La Légitimité... passim*.

²³ F. Michelman, *Brennan and democracy*, „California Law Review” 1998/86, s. 424–425.

wiążące²⁴. Zdaniem zwolenników prawodawstwa sądowego do warunków tych należy zaliczyć rozpoznawanie spraw na zasadach bezstronności i jawności procedury, a także możliwość kwestionowania dokonanych rozstrzygnięć w powszechnej dyskusji²⁵. Ani lud jako całość, ani żaden z jego odłamów nie dysponuje jednak narzędziem, by wymusić na sędzię określony sposób rozumienia konstytucji, czyli aby wprowadzić prawodawstwo sprzeczne ze stanowiskiem organu „refleksyjności”²⁶. Wyrazem tej tendencji jest zmiana znaczenia idei ludowego konstytucjonalizmu, sformułowanej na gruncie amerykańskiej filozofii prawa.

4. Dekonstrukcja idei ludowego konstytucjonalizmu jako wyraz elitarystycznej odpowiedzi na kryzys legitymizacji prawa

4.1. Ludowy konstytucjonalizm jako udział większości społeczeństwa w tworzeniu prawa

Na gruncie amerykańskiego systemu *common law*, którego elementem jest sądowe tworzenie prawa w drodze precedensów, problem aktywizmu sądowego ujawnia się w szczególności w sporach o sposób wykładni konstytucji. Koncepcje amerykańskich apologetów Sądu Najwyższego, identyfikujących wolę ludu z jego orzeczeniami, nawiązują do tradycji amerykańskiego realizmu prawnego. W amerykańskiej filozofii prawa utrwalone jest jego rozumienie jako procesu decyzyjnego. Na gruncie tej tradycji występuje skłonność do identyfikowania prawa nie z tekstem, lecz z określonymi zjawiskami społecznymi, w szczególności z zachowaniem sędziów (amerykański realizm prawny)²⁷. Z tego względu utrwaliło się uznanie (choć nie powszechne) aktywizmu sędziowskiego za legitymowany, również na poziomie konstytucyjnym. Akceptacja aktywizmu Sądu Najwyższego jest charakterystyczna dla amerykańskiej kultury prawnej co najmniej od początku XIX w., kiedy to w 1803 r. w sprawie *Marbury przeciwko Madison*²⁸ sąd ten przypisał sobie prawo do kontroli zgodności z konstytucją działań innych organów władzy, czyli rolę sądu konstytucyjnego. Tymczasem w systemach *common law* uznaje się, że precedens nie może derogować ustawy, ustawa może zaś derogować precedens²⁹. Od lat 50. XX w. uznanie zdobywa idea, iż Sąd Najwyższy nie jest związany ani brzmieniem zapisów konstytucji, ani intencjami jej historycznych autorów. W ten sposób wychodzi on zarówno poza typową dla systemu *common law* funkcję prawodawczą, jak i rolę organu kontrolującego zgodność ustawodawstwa zwykłego z konstytucją (*judicial review*), stając się tym samym ciałem suwerennym, dokonującym aktów legislacji na poziomie konstytucyjnym. Przykładem jest w delegalizująca zakaz aborcji sprawa *Roe przeciwko Wade* (1973 r.)³⁰, w której Sąd Najwyższy wprost sformułował normy o charakterze abstrakcyjnym i generalnym (tzw. zasadę trymestralną). O ile aż

²⁴ F. Michelman, *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, „Ratio Juris” 2000/1, s. 72–73.

²⁵ F. Michelman, *Brennan...*, s. 420–424; F. Michelman, *Human Rights...*, s. 73; Ch.L. Eisgruber, *Constitutional...*, s. 55–56.

²⁶ A. Barut, *Suwerenność sądu jako kryterium ludowładztwa. Apologia aktywizmu sędziowskiego w amerykańskiej myśli polityczno-prawnej w kontekście pytania o podmiot demokracji*, „Studia Polityczne” 2014/33, s. 123–150.

²⁷ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 171.

²⁸ <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/5/137.html>, dostęp: 9.09.2017 r.

²⁹ L. Morawski, *Główne nurty współczesnej filozofii prawa*, Warszawa 1999, s. 215.

³⁰ http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html, dostęp: 9.09.2017 r.

do lat 50. XX w. akceptacja politycznej roli sądów była przede wszystkim domeną amerykańskich „konserwatystów”: np. republikanów zwalczających *New Deal*, to od lat 60. na skutek przełomowych orzeczeń sądu Earla Warrena, realizujących żądania „ruchu praw obywatelskich”, większość lewicy dostrzega w sądach sojusznika i jest pozytywnie, a wręcz entuzjastycznie nastawiona do *judicial review*³¹. Idea ta ma jednak w szeregach amerykańskiej lewicy również przeciwników, którzy sformułowali ideę „ludowego konstytucjonalizmu”³².

Niewątpliwie nie jest to idea dookreślona³³ (podobnie jak być może wszystkie idee filozoficzno-polityczne). Nie znaczy to jednak, że nie odsyła do pewnego utrwalonego znaczenia. Charakteryzując ją, Larry Kramer stwierdza, że „w systemie ludowego konstytucjonalizmu rola ludu nie ogranicza się do okazjonalnych aktów prawodawstwa konstytucyjnego, lecz polega na aktywnej i ciągłej władzy (*control*) nad interpretacją i wprowadzaniem w życie regulacji konstytucyjnych”³⁴. Zdaniem Keitha Werhana „istota ludowego konstytucjonalizmu jest jasna. Wymaga ona, aby «My, Lud», albo przynajmniej wybrani przez lud reprezentanci odgrywali kluczową rolę w rozstrzygnięciu problemów konstytucyjnych”³⁵. Hasło ludowego konstytucjonalizmu konotuje bezpośredni udział lewicowo-liberalnych ruchów społecznych w legislacji i w tym sensie powszechne prawo do interpretacji konstytucji wymierzone jest przeciwko suwerennej władzy Sądu Najwyższego. Ci, którzy posługują się tym hasłem, postulują całkowite odejście od kontrolowania przez niego rozstrzygnięć innych organów bądź znaczące osłabienie jego pozycji³⁶. Należy tu wskazać w szczególności koncepcje takich autorów jak Jeremy Waldron i Mark Tushnet. Zdaniem J. Waldrona nawet jeśli uznać, że amerykański Sąd Najwyższy prawidłowo wykonuje funkcję obrońcy praw człowieka, to ze względu na szacunek dla obywateli należy im, a w każdym razie instytucji przed nimi odpowiedzialnej,

³¹ M. Tushnet, *Democracy Versus Judicial Review*, „Dissent” 2005/2, s. 59–60; M. Tushnet, *Popular Constitutionalism As Political Law*, „Chicago-Kent Law Review” 2006/3, s. 991–1006; L. Kramer, *Popular Constitutionalism, Circa 2004*, „California Law Review” 2004/92, s. 962–967; L. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Nowy Jork 2004.

³² Analizowani w niniejszym punkcie autorzy nie zawsze używają słów *popular constitutionalism*, wszyscy jednak koncentrują się na kwestii tworzenia prawa przez lud; stąd zresztą tytuł pracy Bruce’a Ackermanna *We The People* (t. I: *Foundations*, Cambridge 1993).

³³ Zdaniem Ervina Chemerinsky’ego pojęcie ludowego konstytucjonalizmu jest niejasne (E. Chemerinsky, *In Defence of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer*, „California Law Review” 2004/4, s. 1014 i n.).

³⁴ L. Kramer, *Popular Constitutionalism...*, s. 959.

³⁵ K. Werhan, *Popular Constitutionalism, Ancient and Modern*, „UC Davis Law Review” 2012–2013/1, s. 67–68.

³⁶ E. Chemerinsky wyróżnia cztery sposoby rozumienia ludowego konstytucjonalizmu: 1) jako eliminację *judicial review* decyzji organów niepodlegających w powszechnych wyborach; 2) jako eliminację *judicial review* decyzji organów wybieralnych oraz obywatelskich inicjatyw ustawodawczych i konstytucyjnych; 3) jako możliwość uchylania rozstrzygnięć sądów dokonujących *judicial review* przez inne organy; 4) wreszcie jako poddanie sądów dokonujących *judicial review* wpływowi innych organów np. w zakresie sposobu ich finansowania. Zob. E. Chemerinsky, *In Defence...*, s. 1015–1017. K. Werhan wyróżnia ideę „silnego” ludowego konstytucjonalizmu, na gruncie której postuluje się takie rozwiązania, jak całkowite odejście od kontrolowania przez sąd działalności innych organów według kryterium zgodności z konstytucją (Mark Tushnet) lub też przekształcenie Sądu Najwyższego w organ złożony z przedstawicieli ludu (Robert Parker). Z kolei „łagodne” odmiany idei ludowego konstytucjonalizmu przewidują jego rozumienie jako swoistego procesu ustawodawczego, inicjowanego przez nowe ruchy społeczne (na gruncie USA – ruchy obrony „praw obywatelskich”), a ostatecznie „kontrasygnowanego” przez orzeczenia Sądu Najwyższego (Jack Balkin, Reva Siegel, zob. niżej) – lub też postulat, by Sąd Najwyższy, zachowując swoją pozycję instytucjonalną, dokonywał interpretacji konstytucji w zgodzie z przyjętymi w społeczeństwie poglądami. Tak: Barry Friedman, za: K. Werhan, *Popular Constitutionalism...*, s. 68–70 i wskazana tam literatura; L. Kramer, *Popular Constitutionalism...*, s. 985–1001. Nie zmienia to faktu szerokiego poparcia dla prawotwórczości sądowej wśród amerykańskiej lewicy. E. Chemerinsky w konkluzji swych wywodów określa ludowy konstytucjonalizm, głoszący hasło powszechnego prawodawstwa jako teorię akademicką mającą słaby związek z rzeczywistością. Znaczenie *judicial review* ujawniają mają poglądy i praktyka działaczy „rzeczywiście” walczących o prawa człowieka. Zob. E. Chemerinsky, *In Defence...*, s. 1024–1025.

dać prawo do decydowania o najważniejszych sprawach wspólnoty³⁷. Podobny stosunek do kwestii reprezentacji ludu przez Sąd Najwyższy ma M. Tushnet, który ubolewa nad przywiązaniem amerykańskiej lewicy do *judicial review*. Jego zdaniem utrwała to obraz „liberała” niewierzącego w lud i w to, że może on przekonać społeczeństwo do swych programów³⁸. Lud oznacza więc dla wyżej przywołanych autorów nie nazwę rozwiązania instytucjonalnego, lecz zbiorowość istniejącą *hic et nunc*. Argumenty te ujawniają problem, który pojawia się ze szczególną ostrością, gdy broni się aktywizmu sędziowskiego z punktu widzenia lewicowo-liberalnego. Apologia prawodawstwa sądowego może bowiem ujawniać nie tylko jako elitaryzm, ale i odrzucenie optymizmu antropologicznego. Wskazani wyżej autorzy zadają bowiem pytania o empirycznie sprawdzalny wpływ jednostek na organy władzy i nie potrafią rozstać się z ideą ludu jako podmiotu władzy identyfikowanego z rzeczywistością istniejącą zbiorowością. Unika się tej trudności jedynie wtedy, gdy dokonuje się desubstancjalizacji podmiotu demokracji. Dekonstrukcji ulega również sama idea ludowego konstytucjonalizmu. Poszczególnymi stadiami tego procesu są: 1) odrzucenie pierwotnego jej rozumienia jako zaprzeczenia tworzenia prawa przez organ nie pochodzący z powszechnych wyborów i interpretacja roli amerykańskiego Sądu Najwyższego jako kodyfikatora postulatów społecznych; 2) uznanie, że Sąd Najwyższy w autonomiczny sposób wyznacza ich rozumienie; wreszcie zaś 3) konstatacja, że tworzą się one dopiero wraz z wydaniem rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy.

4.2. Ludowy konstytucjonalizm jako artykułowanie przez Sąd Najwyższy programów nowych ruchów społecznych

Autorzy z kręgu ludowego konstytucjonalizmu, tacy jak Reva Siegel i Robert Post, interpretując amerykańską praktykę prawną, starają się wykazać, że Sąd Najwyższy nie przypisuje sobie funkcji suwerena. Wskazują, że w okresie przełomowych orzeczeń w sprawie desegregacji rasowej sąd ten nie tylko szanował legislaturę, ale i wsłuchiwał się w głos ruchów społecznych (w odróżnieniu od konserwatywnego sądu Williama H. Rehnquista). Krytykują więc pogląd, że decydujący głos we wprowadzeniu reform prawnych mają sędziowie, którzy ustanawiają je, gdy konstatają zaistnienie zmiany w kulturze i świadomości społecznej. Ich zdaniem transformacje prawne są współtworzone przez nieprawników, w szczególności (lewicowo-liberalne) ruchy społeczne, które to ruchy, odwołując się do konstytucji, odnajdują właściwe, zgodne z jej duchem, znaczenie tekstu. Zmiany te wyrażają wprawdzie orzeczenia sądowe, ale sądy nie decydują suwerennie o tym, co jest prawem³⁹. W tej perspektywie głównym aktorem ludowego konstytucjonalizmu powinien być ruch społeczny, a ruchy kontestatorskie w rzeczywistości stabilizują sferę instytucjonalną. Jak uważa R. Siegel, wiara w możliwość oddziaływania obywateli na władzę (poza oficjalnymi kanałami) zarazem mobilizuje nowe ruchy społeczne, jak i dyscyplinuje instytucje. Świadomość konieczności przekonania innych w celu zmiany konstytucyjnej umacniać ma jedność heterogenicznego społeczeństwa. Zdaniem R. Siegel znaczenie konstytucji kształtuje się właśnie poprzez ciągłą aktywność

³⁷ J. Waldron, *The core of the case against judicial review*, „The Yale Law Journal” 2006/6, https://cdrl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf, dostęp: 25.03.2010 r., s. 1375–1376, 1394–1395, 1398–1400.

³⁸ M. Tushnet, *Democracy...*, s. 60.

³⁹ L. Kramer, *Popular Constitutionalism...*, s. 980–985.

obywateli odwołujących się do niej oraz poprzez reakcje instytucji na te żądania, nie zaś poprzez kilka „heroicznych” aktów prawodawczych (konstytucja, poprawki po wojnie secesyjnej itd.). Instytucjonalizacja działania ruchu nie stoi jednak w sprzeczności z dynamiką jego ideologii: odwołanie się przez nowy ruch społeczny do istniejącego prawa stanowi raczej odwołanie się do określonej praktyki instytucjonalnej aniżeli do jakichś stałych wartości, jakie można z prawa tego wyinterpretować⁴⁰.

Idea „współpracy” amerykańskiego Sądu Najwyższego z ruchami społecznymi ulega modyfikacji na gruncie rozumienia Sądu Najwyższego jako podmiotu, który kontrasygnuje, ale zarazem kontroluje ewolucję świadomości społecznej. W takiej koncepcji orzecznictwo nie jest po prostu prawnym wyrazem tych zmian, lecz sposobem wprowadzenia ich do systemu politycznego według autonomicznych kryteriów, którymi posługuje się sąd. William Eskridge twierdzi, że kontrola sądowa może zapobiec ostrym konfliktom wynikającym z pluralizmu amerykańskiego społeczeństwa⁴¹. Skłania ona grupy partykularne, w tym nowe ruchy społeczne, do partycypacji w życiu publicznym. Strzegąc równych reguł uczestnictwa, nie tylko uniemożliwia poparcie państwa dla określonych grup chcących marginalizować inne grupy⁴², ale również usuwa z systemu prawnego przestarzałe prawa generujące ekskluzję niektórych odłamów społeczeństwa. Pomagając grupom dotąd dyskryminowanym wejść do systemu politycznego, obniża poziom wzajemnej wrogości. Sądy powinny jednak wypełniać swą funkcję ostrożnie, tak aby unikać bezpośredniego udziału w wielkich sporach publicznych⁴³. Trzymając się procedur prawnych, promują więc i promować winny zmiany stopniowe. W sytuacji, gdy dana kwestia jest kontrowersyjna, najlepszym rozwiązaniem nie jest wprowadzanie poprzez orzeczenie sądowe sztywnych norm na wzór norm ustawowych (negatywnym przykładem ma być sprawa *Roe przeciwko Wade*), lecz wydanie orzeczenia rozpoczynającego dyskusję, a przez to proces zmian. Przy *judicial review* właściwą taktyką nie jest zadeklarowanie jednej zasady, mającej mieć zastosowanie w całym kraju, lecz ocenianie po kolei poszczególnych regulacji stanowych, raczej według kryteriów prawnych niż politycznych. W ten sposób sąd zmienia otoczenie społeczne, zarazem zachowując swoją legitymację organu prawnego, a nie czysto politycznego⁴⁴.

Z powyższej argumentacji wynika, że sędziowie winni zwracać uwagę bardziej na stan kultury masowej niż na wolę historycznego ustawodawcy, zasady wykładni językowej czy wartości uznawane dotąd przez społeczeństwo za oczywiste. Tym niemniej, wymóg brania pod uwagę stanu społecznej świadomości ogranicza ich rolę prawodawczą. Dalej sięga koncepcja „ludowego konstytucjonalizmu” przedstawiona przez B. Ackermana, na gruncie której Sąd Najwyższy staje się swego rodzaju wcielonym ludem.

⁴⁰ R. Siegel, *Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA*, „California Law Review” 2006/5, s. 1342–1343, 1348. Zastrzeżenia do koncepcji R. Siegel zgłosiła z pozycji feministycznych m.in. Robin West. Stwierdziła, że skoncentrowanie się na interpretacji (choćby progresywiście pojętej) amerykańskiej tradycji konstytucyjnej może kierować uwagę ruchu ku przeszłości oraz zapoznawać uniwersalistyczny aspekt feminizmu. Zob. R. West, *Constitutional Culture or Ordinary Politics: A Reply to Reva Siegel*, „California Law Review” 2006/5, s. 1478–1479.

⁴¹ W. Eskridge, *Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics*, „The Yale Law Journal” 2005/6, s. 1293.

⁴² Koncepcja Johna Harta Ely’ego w: J.H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge–London 1980.

⁴³ W. Eskridge, *Pluralism...*, s. 1311–1313.

⁴⁴ W. Eskridge, *Pluralism...*, s. 1283, 1318; W. Eskridge, *Foreword: The Marriage Cases – Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitutional Democracy*, „California Law Review” 2009/6, s. 1808–1811.

4.3. Ludowy konstytucjonalizm jako prawotwórstwo ustrojowe Sądu Najwyższego

Bruce Ackerman, odnosząc się do twierdzeń o „kontrasygnacie” zmian w świadomości społecznej przez Sąd Najwyższy, wskazuje, że organ ten reaguje na żądania ludu, ale im nie ulega. Polemizuje więc z R. Siegel w sprawie interpretacji orzeczeń Sądu Najwyższego wydanych po podjętej przez feministki nieudanej próbie wpisania do konstytucji Equal Rights Amendment (ERA), która to poprawka została przyjęta przez obie izby Kongresu w 1972 r., lecz nie uzyskała wymaganej liczby ratyfikacji przez legislatury stanowe. Orzeczenia te, realizując żądania feministek, stanowiły swoistą „de facto ERA”. Zdaniem B. Ackermana przyjęcie takiej linii orzeczniczej przez Sąd Najwyższy nie wynikało z bezpośredniego wpływu kampanii feministek na sędziów, lecz z przemian w kulturze prawnej. Bezpodstawne jest więc założenie o „bezpośrednim ustawodawstwie nowych ruchów społecznych”, „kontrasygnowanym” tylko przez sąd. Zdaniem badacza ważniejsze od kampanii feministek w sprawie przyjęcia ERA były przemiany w profesjonalnej kulturze prawniczej, szczególnie sędziowskiej, która ma charakter względnie autonomiczny wobec kultury politycznej (świadomości polityków), obywatelskiej (poglądów co do właściwych sposobów działania w sferze publicznej) oraz masowej. Nie znaczy to, jego zdaniem, że ruch na rzecz ERA nie miał znaczenia. Wywołał zmiany kulturowe: należało odejść od argumentu, że tradycyjna rola kobiety jest powszechnie akceptowana⁴⁵. Dzięki temu dało się objąć postulaty feministek działaniem XIV poprawki do konstytucji USA (zasada równej ochrony prawnej), stosując tradycyjne rozumowanie prawnicze, że „podobne należy traktować podobnie”. Tym niemniej chociaż uświadomione prawnie nowe ruchy społeczne są wiarygodnym interlokutorem sądów, to jednak nie decydują o ich linii orzeczniczej. Wychodząc z tych założeń, B. Ackerman uznaje, że skoro w świetle nieudanej próby wprowadzenia ERA w drodze realizacji zasady większościowej oraz sukcesu ERA „de facto”, skompromitowała się procedura zmiany konstytucji przewidziana w art. V (wymóg ratyfikacji przez $\frac{3}{4}$ stanów), należy postawić pytanie o znaczenie tych regulacji w amerykańskim porządku prawnym – skoro zmieniać „żyjącą konstytucję” może z powodzeniem Sąd Najwyższy⁴⁶.

Wnioski B. Ackermana nie są jednak tylko konstatacją „empiryczną” *ad casum*, ale wynikają z przyjętego rozumienia demokracji. Formuluje on ideę demokracji dualistycznej, przeciwstawionej rzekomo partykularnej, brytyjskiej postaci demokracji monistycznej, opartej na dominacji parlamentu⁴⁷. W pierwszym z wymienionych typów demokracji ustawodawstwo odbywa się na dwóch ścieżkach (stanowi *two-tracks system*): zwykłego ustawodawstwa (*normal lawmaking*) – działalności legislatury pochodzącej z wyborów powszechnych – oraz wyższego ustawodawstwa (*higher lawmaking*), które ma miejsce, gdy postulaty ruchu społecznego, działającego niezależnie od legislatury, zdobywają szeroki oddźwięk, co w konsekwencji umożliwia dokonanie głębokich zmian ustrojowych⁴⁸. Ten drugi „proces ustawodawczy” składa się z czterech stadiów:

⁴⁵ B. Ackerman, *Interpreting the Women's Movement*, „California Law Review” 2006/5, s. 1433–1434.

⁴⁶ B. Ackerman, *Interpreting...*, s. 1434, 1437.

⁴⁷ B. Ackerman na początku lat 90. XX w. wzywał narody Europy Środkowej oraz byłego ZSRR do jak najszybszego uchwalenia konstytucji. Byłyby to akty, w których odnowiłyby się więź społeczna i ugruntowały swobody liberalne, niezależnie od sporów frakcyjnych i odradzających się nacjonalizmów. Podkreślał, że konstytuanta w tym wypadku nie może być legislatura. Jego zdaniem aby zapewnić konstytucjom odpowiedni autorytet, a ponadto uniknąć przetargów politycznych, należało zwołać specjalne zgromadzenie konstytucyjne (B. Ackerman, *Przyszłość rewolucji liberalnej*, Warszawa 1996, s. 65–72).

⁴⁸ B. Ackerman, *We the People*, t. I, *Foundations*, Cambridge 1993, s. 9–10.

początkowo pojawia się ruch społeczny, następnie formułuje on program, na dalszym etapie staje się przedmiotem społecznej dyskusji, a ostatecznie zostaje „skodyfikowany” w orzeczeniach sądowych⁴⁹. Właśnie ten proces decyduje, przynajmniej w warunkach amerykańskich, o istocie demokracji. Amerykański Sąd Najwyższy ma być jego wyrazicielem i strażnikiem, chroniącym go przed zagrożeniami ze strony „zwykłej” władzy, szczególnie legislatywy. Sąd ten nie musi i nie może pozostawić Kongresowi decyzji politycznej co do przeprowadzenia takiej rewolucji, nie można bowiem uznać ustawodawstwa Kongresu za wyraz „rozważnej” decyzji ludu, tj. decyzji uwzględniającej przemyślane osądy (*considered judgments*) zawarte w jego minionych rozstrzygnięciach ustawodawczych⁵⁰. Na podstawie wywodów B. Ackermana na temat politycznego znaczenia powszechnej deliberacji mogłoby się wydawać, że prezentuje on, podobnie jak R. Siegel, ideę „kontrasygnaty” przez Sąd Najwyższy jej wyników w sposób przewidziany prawem. Decydującą rolę spełnia zaś społeczeństwo, a przynajmniej jego „uświadomiona moralnie” część, która poprzez dyskusję medialną, manifestacje, publiczne debaty itp. wyraża w ustawodawstwie wyższą wiążącą opinię o konieczności zmiany fundamentalnych wartości je identyfikujących. Procesy konstytucyjne mogą w ten sposób „trzymać lustro przed ludem”, tak by ten mógł rozważać, jak zmieniło się rozumienie konstytucji od czasów uchwalenia jej zapisów czy wydania poprzednich orzeczeń, będących wyrazem „*higher lawmaking*”⁵¹. Tym niemniej, jak wynika z historycznych analiz B. Ackermana, typowymi przypadkami „wyższego ustawodawstwa” są dla niego sytuacje, w których Sąd Najwyższy podejmuje decyzje jako swoisty „regent” ludu, wydając przełomowe rozstrzygnięcia wtedy, gdy nie toczy się powszechna społeczna dyskusja nad daną kwestią. Przykładem jest analiza przełomowych orzeczeń z lat 50. XX w. (delegalizacja segregacji rasowej), co do których B. Ackerman wskazuje, że nie były podjęte w sytuacji masowej społecznej agitacji, czy też orzeczenie w sprawie *Griswald przeciwko Connecticut* z 1965 r. w przedmiocie legalizacji antykoncepcji, gdy uwaga społeczeństwa nie była skierowana na tę kwestię, lecz problem niepokojów rasowych⁵². Siła propagandowa ruchów społecznych nie ma i nie musi posiadać, zdaniem B. Ackermana, bezpośredniego przełożenia na orzeczenia Sądu Najwyższego – np. ruch antywojenny w latach 60. XX w. nie doprowadził do orzeczeń delegalizujących wojnę wietnamską czy też zalegalizowania przejawów obywatelskiego nieposłuszeństwa. Z kolei za orzeczeniami delegalizującymi segregację początkowo nie stał potężny ruch społeczny; wręcz przeciwnie, silniejszy był ruch jej zwolenników⁵³. B. Ackerman odrzuca wprawdzie poglądy tych rzeczników aktywizmu sędziowskiego (np. tych, którzy przypisują orzeczeniom Sądu Najwyższego funkcję „profetyczną” – rolę wytyczania dróg moralnego rozwoju społeczeństwa amerykańskiego⁵⁴). Utrzymuje, że orzeczenia wyżej wskazane, a także inne istotne orzeczenia w tym okresie, znacznie kodyfikowały wcześniejszy dorobek Rekonstrukcji i *New Dealu*. Nie zaprzecza jednak, że nie ma powiązania czasowego między działaniem i świadomością rzeczywistego ludu (czy nawet jego progresywnie nastawionych odłamów) a artykułowaniem przez sąd dorobku ludowego prawodawstwa⁵⁵. Pojawia się obraz Sądu Najwyższego jako swego rodzaju sprawiedliwego autokraty,

⁴⁹ B. Ackerman, *We...*, s. 266–267, 290.

⁵⁰ B. Ackerman, *Rooted Cosmopolitanism*, „Ethics” 1994/3 s. 523–524, 527.

⁵¹ B. Ackerman, *Rooted...*, s. 528–529.

⁵² B. Ackerman, *We...*, s. 133–138.

⁵³ B. Ackerman, *Interpreting...*, s. 1426–1428.

⁵⁴ Przykład: M.J. Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights*, New Haven–Londyn 1982, s. 97 i n.

⁵⁵ B. Ackerman, *We...*, s.139–162.

wsluchującego się w głos ludu i z tego względu zobowiązanego do rządzenia zgodnie z prawami swych poddanych. Między decyzjami takiego sądu a działaniami społeczeństwa czy jego odłamów nie ma jednak bezpośredniego związku przyczynowego⁵⁶. Sąd występuje jako „wcielenie” rządów ludu i z tego względu posiada prawa suwerena – tak jak suwerenny jest sam lud.

5. Zakończenie

Etyczno-polityczna ocena takiego użycia idei ludu, jakiego dokonuje B. Ackerman oraz szerzej: uznawania sądowego prawotwórstwa konstytucyjnego za wyraz demokracji, w wielu przypadkach – należy tu przypomnieć lewicowo-liberalnych krytyków idei aktywizmu sądowego – będzie zależała od oceny skutków tych zjawisk. Jeśli uznaje się ideę praw człowieka za naczelną kryterium legitymizacji władzy i przyjmuje się, że lepiej wprowadzają je w życie organy elitarne niż organy pochodzące z powszechnych wyborów, to w takich zabiegach trudno dostrzec cokolwiek niewłaściwego. Inaczej jest w razie przyjęcia filozoficzno-prawnego i filozoficzno-politycznego punktu widzenia. Gdy za wartości uznaje się podmiotowość członków wspólnoty politycznej i potencjalną przynajmniej racjonalność prowadzonej przez nich dyskusji (której jednym z warunków jest niewątpliwie zbliżone przynajmniej rozumienie znaczenia słów), to uznanie za wyraz demokracji rządów organu rekrutowanego spośród ścisłej elity – niepochodzącego z powszechnych wyborów i nieodpowiadającego przed wyborcami – zdaje się być przejawem, a zarazem czynnikiem najdalej posuniętej nieokreśloności symboliki demokratycznej. Już nie tylko nie odsyła ona, na skutek radykalnego zerwania z tradycją znaczenia podstawowych pojęć, do konkretnego znaczenia, ale nawet do reguł języka, w którym symbolika ta jest artykułowana. Znaczenie oddane zostaje do dyspozycji podmiotów władzy, w każdym razie tych, które dzierżą jej symboliczną odmianę.

Kolejne niebezpieczeństwo rysuje się, gdy podejmowane są próby odpowiedzi na pytanie o granice władzy ludu „wcielonego” w Sąd Konstytucyjny. Jeśli sąd ten jest jego inkarnacją, to może rządzić w sposób nieograniczony. Oczywiście takie niebezpieczeństwo stoi przed każdym organem, który w nowożytności ma podejmować decyzje traktowane jako wyraz woli suwerennego ludu, w szczególności przed zgromadzeniem ludowym oraz parlamentem. Tym niemniej usunięcie empirycznego odniesienia idei ludu rodzi dodatkowe niebezpieczeństwa. Prawa człowieka są postrzegane jako kryteria oceny władzy politycznej, według jakich jednak kryteriów można kontrolować tę ocenę? Nie jest to kolejna polityczna wersja paradoksu *regressus ad infinitum*, niemająca znaczenia praktycznego, skoro uznanie odwołującego się do praw człowieka prawodawstwa sądu konstytucyjnego za wyraz woli ludu usuwa istniejące dotąd kryteria tej oceny. Dotyczy to nie tylko woli wyborców, ale i sfery symboliki społecznej konstytuującej tożsamość społeczeństwa – mówiąc językiem Carla Schmitta: wartości, których realizacja uzasadnia wyróżnienie przeciwnika politycznego. Oczywiście można próbować taką symbolikę wytworzyć od nowa. Może nastąpić ideologiczne „ucieleśnienie” symboliki politycznej w organie deklarującym forsowanie w sferze politycznej zasad etycznych

⁵⁶ Skoro Sąd Najwyższy ma być wcieleniem demokracji, czyli realizacją zasady rządów praw człowieka, B. Ackerman wskazuje, że nie ma potrzeby iść tak daleko jak Jennifer Nedelsky, przedstawicielka feministycznej myśli prawno-politycznej, która motywowana, jak uważa B. Ackerman, obawami, że dyskrecjonalność Sądu Najwyższego może szkodzić mniejszościom, żądała, by w organie tym został konstytucyjnie zagwarantowany udział opresjonowanych mniejszości. Zob. B. Ackerman, *Rooted...*, s. 526.

(praw człowieka), a przez to roszcującym sobie pretensje do ponownego połączenia władzy politycznej, prawa i moralności. Ucieleśnienie to, oderwane od sfery symboliki politycznej społeczeństwa, stałoby się ideologicznym odruchem. Innymi słowy, może ponownie dać o sobie znać pragnienie połączenia bytu i powinności, będące „cieniem” jego nowoczesnego rozdzielenia. Jeśli więc sąd konstytucyjny nie będzie, w konkretnych przypadkach, odwoływał się do idei, która mogłaby służyć za podstawę jego krytyki, lecz jedynie do własnych (rzekomo obiektywnych) procedur, może ujawnić się jego „suwerenność”, tak jak rozumieją to pojęcie Giorgio Agamben i Judith Butler – jako arbitralność odwołującą się do hasła prawa⁵⁷. Zdekonstruowana może być w ten sposób zarówno idea politycznego decyzyzmu, jak i prawnej bezstronności.

⁵⁷ A Barut, *A-podmiotowość władzy – mit i rzeczywistość, czyli Zakład Ubezpieczeń Społecznych jako władza „suwerenna”*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015/2, s. 28–33.

Summary

Arkadiusz Barut

Court as the incarnation of the People. Deconstruction of the idea of popular constitutionalism

The subject of this article is an analysis of the idea of popular constitutionalism formulated in American philosophy of law. The starting point for the author is to identify the lack of legitimacy of contemporary government, and consequently its product – the positive law. The solution to this problem is supposed to be the idea of deliberative politics, based on social discussion and responsive law, created through the activity of many subjects, reflecting differentiated identities and ways of seeing the world. Deliberative politics and the responsiveness of law may, however, mean either a social reality, real discussion on law and politics, or a regulatory idea which the activities of elite bodies may advance. In American philosophy of law, the idea that popular constitutionalism was to respond to the postulate of legitimisation of the law by providing the public, and in particular, representatives of ‘new social movements’ such as ‘the civil rights movement’ in the 1960s, direct participation in its creation and application, was an expression of concern also expressed by the authors of the left in the face of the law-making judgments of the Warren Court. The reformulation of this idea, made in particular by Bruce Ackerman, or its identification with American Supreme Court’s jurisprudence, is an expression of a change in understanding or even deconstruction of fundamental political and legal ideas such as representation and democracy. The consequence is the detachment of the concept of the People from a relation to a particular empirical community. This process appears as an aspect of the ideological phenomenon that goes beyond the American context, i.e. legitimacy, according to the criterion of realizing the slogan of protection of human rights, of elitist bodies. The examples are: the conceptions of Pierre Rosanvallon, and Dominique Rousseau.

The author of the article points out the dangers of this movement. The radical shifting of the meaning of words causes irrationalisation of public discourse, and the legitimisation of the role of played by constitutional court as a defender of human rights can exclude all possibilities of the criticism of its lawmaking.

Keywords: philosophy of law, theory of democracy, popular constitutionalism, Bruce Ackerman

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Ackerman, B. (2006). Interpreting the Women's Movement. *California Law Review* 5, 1421–1438.
- Ackerman, B. (1996). *Przyszłość rewolucji liberalnej*. Warszawa: Oficyna Naukowa.
- Ackerman, B. (1994). Rooted Cosmopolitanism. *Ethics* 3, 516–535.
- Ackerman, B. (1993). *We The People. vol. 1: Foundations*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- Barut, A. (2015). A-podmiotowość władzy – mit i rzeczywistość, czyli Zakład Ubezpieczeń Społecznych jako władza „suwerenna”. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2, 27–41.
- Barut, A. (2010a). Prawa człowieka, sąd konstytucyjny, podmiotowość polityczna w demokracji. *Przegląd Historyczno-Politologiczny* 2, 7–29.
- Barut, A. (2010b). Procedura prawna jako czynnik budowy kapitału społecznego – prawo i więź społeczna w koncepcji J. Habermasa. In M. Klimowicz, W. Bokajło (Eds.), *Kapitał społeczny* (pp. 85–96). Warszawa: CeDeWu.
- Barut, A. (2010c). Skarga konstytucyjna jako sposób realizacji programów nowych ruchów społecznych. Przystanki filozoficzne i inspiracje ideowe. In N. Szczęch (Ed.), *Księga jubileuszowa z okazji 5-lecia Wydziału Prawa Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Legnicy, t. II*. Legnica: Wyższa Szkoła Menedżerska.
- Barut, A. (2014). Suwerenność sądu jako kryterium ludowładztwa. Apologia aktywizmu sędziowskiego w amerykańskiej myśli polityczno-prawnej w kontekście pytania o podmiot demokracji. *Studia Polityczne* 33, 123–150.
- Chemerinsky, E. (2004). In Defence of Judicial Review: A Reply to Professor Kramer. *California Law Review* 4, 1013–1025.
- Chmielnicki, P. (2012). Podejmowanie decyzji w warunkach prawnego i prawniczego potopu informacyjnego. *Roczniki Administracji i Prawa. Teoria i praktyka* 1, 17–24.
- Dworkin, R. (1996). *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Oxford University Press.
- Eisgruber, Ch.L. (2001). *Constitutional Self Government*. Cambridge, Mass–London: Harvard University.
- Ely, J.H. (1980). *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.–London: Harvard University Press.
- Eskridge, W. (2009). Foreword: The Marriage Cases – Reversing the Burden of Inertia in a Pluralist Constitutional Democracy. *California Law Review* 6, 1785–1852.
- Eskridge, W. (2005). Pluralism and Distrust: How Courts Can Support Democracy by Lowering the Stakes of Politics. *The Yale Law Journal* 6, 1279–1328.
- Giddens, A. (2001). *Nowoczesność i tożsamość*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Habermas, J. (2002). *Teoria działania komunikacyjnego, t. II*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Herngren, P. (1997). *Podstawy obywatelskiego nieposłuszeństwa*. Kraków: Wydawnictwo „Zielone Brygady”.

- Lang, W., Wróblewski, J. (1986). *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Kozak, A. (2008). Kryzys podstawności prawa. In O. Bogucki, S. Czepita (Eds.), *System prawny a porządek prawny* (pp. 29–58). Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Kramer, L. (2004a). Popular Constitutionalism, Circa 2004. *California Law Review* 92, 959–1012.
- Kramer, L. (2004b). *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Oxford–New York: Oxford University Press.
- Michelman, F. (1998). Brennan and democracy. *California Law Review* 86, 399–428.
- Michelman, F. (2000). Human Rights and the Limits of Constitutional Theory. *Ratio Juris* 1, 63–76.
- Morawski, L. (2006). Czy sądy mogą angażować się politycznie? *Państwo i Prawo* 3, 6–23.
- Morawski, L. (1999). *Główne nurty współczesnej filozofii prawa*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Nonet, P., Selznick, P. (2008). *Law and Society in Transition*. New Brunswick: Transaction Publishing.
- Offe, C. (1995). Nowe ruchy społeczne. Przekraczanie granic polityki instytucjonalnej. In J. Szczupaczyński (Ed.), *Władza i społeczeństwo* (pp. 226–233). Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- Perry, M.J. (1982). *The Constitution, the Courts, and Human Rights*. New Haven–London: Yale University Press.
- Rosanvallon, P. (2008). *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris: Éditions du Seuil.
- Shapiro, I. (2006). *Stan teorii demokracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Siegel, R. (2006). Constitutional Culture, Social Movement Conflict and Constitutional Change: The Case of the de facto ERA. *California Law Review* 5, 1323–1420.
- Sulikowski, A. (2008). *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Szahaj, A. (2008). *Teoria krytyczna szkoły frankfurckiej*. Warszawa: Wydawnictwa Akademickie i Profesjonalne.
- Tushnet, M. (2005). Democracy Versus Judicial Review. *Dissent* 2, 59–63.
- Tushnet, M. (2006). Popular Constitutionalism As Political Law. *Chicago-Kent Law Review* 3, 991–1006.
- Waldron, J. (2006). The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal* 6, 1346–1407.
- Waluchow, W.J. (2007). *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Waśkiewicz, A. (2012). *Paradoksy idei reprezentacji politycznej*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR.
- Werhan, K. (2013). Popular Constitutionalism, Ancient and Modern. *UC Davis Law Review* 1, 65–132.
- West, R. (2006). Constitutional Culture or Ordinary Politics: A Reply to Reva Siegel. *California Law Review* 5, 1465–1486.