

Aleksandra Kustra-Rogatka¹

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Ochrona praw podstawowych jako argument w sporze o legitymizację sądowej kontroli konstytucyjności prawa – zarys problematyki²

1. Wprowadzenie

Problem legitymizacji sądowej kontroli konstytucyjności prawa pojawił się wraz z początkiem *judicial review*. Mimo upływu ponad dwóch stuleci od orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie *Marbury v. Madison* i przeszło stu lat od wprowadzenia w Austrii Kelsenowskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa, kwestia legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego nadal jest przedmiotem badań teoretyków i filozofów prawa. Ze względu na ustrojowy, społeczny oraz polityczny wymiar szeroko rozumianej *judicial review* jej legitymizacja coraz częściej staje się też zagadnieniem zgłębianym przez konstytucjonalistów, socjologów prawa oraz politologów. Osadzenie każdej koncepcji sądowej kontroli konstytucyjności prawa w pewnych ramach ustrojowych sprawia też, że trudno jest niekiedy o pełne wyabstrahowanie teorii z uwarunkowań konstytucyjnych³. Dynamiczny rozwój sądowej kontroli konstytucyjności prawa w drugiej połowie XX w.⁴, lecz także kryzys tradycyjnego paradygmatu sądownictwa konstytucyjnego⁵ znajdują swoje odbicie we współczesnych teoriach legitymizacji *judicial review*. Wychodzą one poza pierwotną oś sporu, którą kształtował tzw. dylemat kontrwiększościowy (*countermajoritarian dilemma*)⁶ i stają się często bardziej zniuansowane⁷. Poza argumentami związanymi z koncepcjami współpracy międzyinstytucjonalnej (*institutional*

¹ Numer ORCID: 0000-0002-1153-8717. Adres e-mail: a_kustra@umk.pl

² Badania zostały przeprowadzone w ramach projektu pt. „Ochrona praw podstawowych jako element sporu o legitymizację sądownictwa konstytucyjnego” finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (umowa nr 2020/04/X/HS5/00534) MINIATURA 4.

³ Por. W. Sadurski, *Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2002/2, s. 275–299.

⁴ D. Lustig, J.H.H. Weiler, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective*, „International Journal of Constitutional Law” 2018/2, s. 315–372.

⁵ Por. A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008, s. 55 i n.

⁶ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Nowy Jork 1962, s. 27.

⁷ Por. A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd. Idea sądownictwa konstytucyjnego w kontekstach rządów prawa, demokracji i praw jednostki*, Toruń 2021, s. 219.

cooperation⁸, institutional practical concordance⁹) oraz rozliczalności władzy (*accountability function of judicial review*¹⁰) coraz większego znaczenia nabierają również argumenty związane z ochroną praw podstawowych i oparte na nich tzw. *rights-based theories of judicial review*¹¹.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie zarysu bogatej problematyki związanej z ochroną praw podstawowych rozpatrywaną jako argument w sporze o legitymizację sądowej kontroli konstytucyjności prawa. W opracowaniu nie będą analizowane autorskie teorie legitymizujące (bądź delegitymizujące) *judicial review* z perspektywy ochrony praw podstawowych¹², lecz wybrane zagadnienia teoretyczne, które wpływają na obecny stan dyskursu dotyczącego legitymizacji sądów konstytucyjnych. Są to kwestie: pojęcia i form sądowej kontroli konstytucyjności; typów argumentów stosowanych w analizowanym sporze; powiązania analizowanego zagadnienia ochrony praw podstawowych z określoną koncepcją demokracji oraz kontroli konstytucyjności decyzji ustawodawczych dotyczących gwarancji tzw. praw pozytywnych (*positive rights*). Praca przyjmuje perspektywę dyskursywną i próbuje odpowiedzieć na pytanie: Do jakiego stopnia problem ochrony praw podstawowych wpłynął na zauważalne aktualnie zmiany w sporze o legitymizację *judicial review*? Wielość metod badawczych uwzględnionych w artykule stanowi konsekwencję różnorodnych ujęć prawa, sądowej kontroli konstytucyjności i teorii praw podstawowych, na których opierają się współczesne teorie sądownictwa konstytucyjnego.

2. Pojęcie sądowej kontroli konstytucyjności prawa i jej formy

Bogactwo form sądowej kontroli konstytucyjności prawa wynikające z rozwoju, ale i niejednokrotnie z ustrojowej konwergencji obu klasycznych modeli (amerykańskiego i kelsenowskiego/europejskiego¹³) ma bezpośredni wpływ na dynamikę sporu o legitymizację *judicial review* i wymaga pewnego uporządkowania pojęciowego. W tym opracowaniu pojęcia sądowej kontroli konstytucyjności i *judicial review* będą stosowane zamiennie, obejmując zarówno sądy konstytucyjne funkcjonujące w ramach kelsenowskiego modelu kontroli konstytucyjności¹⁴, jak i wszelkie instytucje sądowe dokonujące kontroli konstytucyjności prawa w ramach modelu kontroli zdecentralizowanej¹⁵.

⁸ D. Kyritsis, *Where our protection lies. Separation of powers and constitutional review*, Oksford 2017.

⁹ M. Klatt, *Balancing Competences. How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflicts*, „Global Constitutionalism” 2015/4, s. 195–226; M. Klatt, *Positive Rights. Who Decides? Judicial Review in Balance*, „International Journal of Constitutional Law” 2015/13, s. 354–382.

¹⁰ J.A. King, *Judging Social Rights*, Cambridge 2012, s. 233–234.

¹¹ A. Harel, *Why law matters*, Oksford 2014, s. 195.

¹² Wybrane teorie legitymizujące (bądź delegitymizujące) sądową kontrolę konstytucyjności prawa z perspektywy ochrony praw podstawowych zostały przedstawione w: A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 161 i n.

¹³ Aktualnie terminy „kelsenowski” i „europejski” model sądownictwa konstytucyjnego są używane zamiennie. Niemniej ze względu na znaczące zmiany, jakie zaszły w kompetencjach i pozycji ustrojowej większości scentralizowanych sądów konstytucyjnych państw europejskich w drugiej połowie XX w. tzw. model kelsenowski znacząco odszedł od pierwotnych założeń teoretycznych sformułowanych w pracach Hansa Kelsena. To uzasadnia pisownię tego terminu małą literą.

¹⁴ Szerzej na temat kelsenowskiego modelu sądu konstytucyjnego por. A. Kustra, *Kelsenowskie podstawy sądownictwa konstytucyjnego*, w: M. Granat (red.), *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2018, s. 9–35; W. Włoch, *Problem gwarancji konstytucyjności legislacji w ujęciu czystej teorii prawa H. Kelsena*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018/1, s. 65–91; M. Korycka-Zirk, *Filozoficzno-prawny wymiar kontroli konstytucyjności*, Toruń 2017, s. 42–46; A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat...*, s. 40–43.

¹⁵ Szerzej na temat zdekoncentrowanej kontroli konstytucyjności prawa w: P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.

Przyjęcie szerokiej definicji sądowej kontroli konstytucyjności¹⁶ umożliwia wzięcie pod uwagę teorii legitymizacji *judicial review* sformułowanych z uwzględnieniem konkretnych uwarunkowań ustrojowych, ale także rozważenie zalet i wad tzw. mocnej (*strong*) i słabej (*weak*) formy sądowej kontroli konstytucyjności. Mocna kontrola konstytucyjności (charakterystyczna zarówno dla modelu amerykańskiego, jak i dla większości państw, które przyjęły kelsenowski model kontroli konstytucyjności) zakłada ostateczność rozstrzygnięć sądu konstytucyjnego, które nie podlegają rewizji ze strony władzy ustawodawczej, zaś słaba forma *judicial review* (funkcjonująca m.in. w Kanadzie i Nowej Zelandii) przewiduje możliwość odrzucenia rozstrzygnięcia sądu przez parlament¹⁷. Wśród zwolenników *rights-based judicial review* można wyróżnić zarówno autorów zdecydowanie optujących za jej silną formą (np. Alon Harel¹⁸), jak i tych, którzy akcentują korzyści płynące z ustrojowych gwarancji poszanowania przez sąd konstytucyjny decyzji parlamentu (np. Richard H. Fallon¹⁹). Ponadto w niektórych koncepcjach zdecydowany nacisk położony jest na kontrolę konkretną charakterystyczną dla amerykańskiego modelu *judicial review*²⁰.

We współczesnych teoriach legitymizacji *judicial review* z perspektywy ochrony praw podstawowych dostrzegalne jest istotne zróżnicowanie w zakresie podejścia do tzw. *judicial supremacy*²¹ (charakterystycznej dla mocnej formy kontroli konstytucyjności, szczególnie w modelu amerykańskim) oraz kwestii konstytucyjnego zagwarantowania praw podstawowych (*constitutional entrenchment of fundamental rights*). Podczas gdy np. koncepcje Ronalda Dworkina²² i Christophera L. Eisgrubera²³ akceptują charakterystyczne cechy amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności (konstytucyjną Kartę praw podstawowych, kontrolę konkretną, bezwzględny skutek rozstrzygnięć Sądu Najwyższego zagwarantowany przez zasadę *stare decisis* połączoną z wyjątkowo sztywnym trybem zmiany konstytucji), to już Richard H. Fallon dopuszcza stopniowość skutków kontroli (oznaczającą możliwość zawetowania przez parlament rozstrzygnięcia sądu) oraz podkreśla konieczność uwzględnienia kilku typów wzorców konstytucyjnych (*judicial review tests*) o zróżnicowanym stopniu poszanowania wobec decyzji ustawodawczych (tzw. *judicial deference*)²⁴. Wzorce te, np. standard tzw. racjonalnej podstawy (*rational basis standard*), charakteryzuje przyznanie ustawodawcy znacznej swobody w zakresie

¹⁶ Należy jednak podkreślić, że poza zakresem przedmiotowym artykułu mieszczą się zagadnienia związane z rodzajem się zjawiskiem *judicial review* na poziomie supranacjonalnym, które jest związane zarówno ze zjawiskiem konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego, jak i *judicial review* w systemach krajowych nieprzewidujących typowej kontroli konstytucyjności (np. *judicial review* w systemie ustrojowym Zjednoczonego Królestwa).

¹⁷ M. Tushnet, *Judicial Activist or Restraint in a Section 33 World*, „University of Toronto Law Journal” 2003/1, s. 89; M. Tushnet, *Alternative Forms of Judicial Review*, „Michigan Law Review” 2002/8, s. 2784.

¹⁸ A. Harel, *Right-based Judicial Review: A Democratic Justification*, „Law and Philosophy” 2003/3–4, s. 247–276; A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core Case for Judicial Review*, „Journal of Legal Analysis” 2010/1, s. 227–253.

¹⁹ R.H. Fallon, *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, „Harvard Law Review” 2008/121, s. 1728 i n.

²⁰ A. Kustra-Rogańska, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 171.

²¹ Jak stwierdza Donald E. Bello Hutt: „W modelu opartym na supremacji sędziowskiej [*judicial supremacy*] orzeczenia sądów nakładają obowiązki na inne instytucje. Obowiązki te nie wynikają z konkretnych spraw, ale z abstrakcyjnych i ogólnych rozważań nadających znaczenie klauzulom konstytucyjnym. Ten zewnętrzny element supremacji sędziowskiej wyraża wyjątkową pozycję sądów w procesie interpretowania konstytucji” (tłum. – A.K.-R.). D.E. Bello Hutt, *Against judicial supremacy in constitutional interpretation*, „Revus” 2017/31, <https://journals.openedition.org/revus/3659>, dostęp: 10.02.2022 r.

²² R. Dworkin, *Freedom’s Law. The Moral Reading of American Constitution*, Nowy Jork 1997; R. Dworkin, *Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court*, „Alberta Law Review” 1990/2, s. 324–46; R. Dworkin, *Constitutionalism and Democracy*, „European Journal of Philosophy” 1995/1, s. 2–11.

²³ Ch.L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government*, Cambridge–Londyn 2001.

²⁴ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1732–1733.

kształtowania prawa²⁵. Można je porównać do sita z dużymi oczkami. Tylko te akty, które nie przejdą bazowego kryterium zgodności z konstytucją mogą zostać uchylone przez sąd. W przypadku standardu racjonalnej podstawy jest to ustalenie, że żaden racjonalny ustawodawca dążący do zgodnego z prawem celu nie mógłby uwierzyć, iż dana ustawa przyczyni się do osiągnięcia tego celu, nawet w bardzo niedoskonały sposób. Respektowanie podczas sądowej kontroli konstytucyjności szerokiej autonomii ustawodawcy w zakresie kształtowania gwarancji praw podstawowych lepiej wpisuje się w przyjęte przez R.H. Fallona założenie zgodnie z którym prawa podstawowe powinny być chronione przez co najmniej kilka ustrojowych „punktów weta” (*multiple veto points/opportunities*)²⁶. Trzeba przy tym zaznaczyć, że charakterystyczny dla koncepcji R.H. Fallona postulat poszanowania przez sąd konstytucyjny decyzji władzy ustawodawczej (*judicial deference*) i wynikająca z niego afirmacja stopniowości wzorców kontroli powinny zostać odróżnione od wykształconych na gruncie kanadyjskiego systemu ustrojowego tzw. dialogicznych koncepcji sądowej kontroli konstytucyjności (*dialogue theories of judicial review, institutional dialogue theories*), które opują za słabą formą kontroli konstytucyjności²⁷.

Do pewnego stopnia rezygnację z tradycyjnie pojmowanej *judicial supremacy* proponuje również zwolennik *robust judicial review* A. Harel, dla którego tzw. rdzeń argumentacji na rzecz sądowej kontroli konstytucyjności (*the core-case for the judicial review*) oznacza zawężenie zakresu legitymizacji do *case specific review*, czyli kontroli zakładającej ograniczony skutek rozstrzygnięć sądowych²⁸. Z charakterystycznego dla Harelowskiej koncepcji prawa do bycia wysłuchanym (*right to a hearing*)²⁹ nie da się bowiem bezpośrednio wyprowadzić tezy o konieczności zagwarantowania orzeczeniom skutku *erga omnes* (w szerszym znaczeniu obejmującym również skutek *erga omnes de facto* wynikający z mocy precedensu w systemie *common law*)³⁰. Alon Harel twierdzi, że jedną ze słabości klasycznych teorii legitymizacji *judicial review* jest zbyt duża ambicja opracowania jednej koncepcji, która będzie uzasadniać zarówno samą kontrolę konstytucyjności, jak i bezwzględny oraz powszechny skutek rozstrzygnięć sądowych (czyli *judicial supremacy*). Jego zdaniem ograniczenie legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego wyłącznie do kontroli ze skutkiem *inter partes* ma większy potencjał niż mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać³¹.

²⁵ Por. E. Chemerinsky, *The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable)*, „Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2016/2, s. 401 oraz 410.

²⁶ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1377.

²⁷ L.B. Tremblay, *The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures*, „International Journal of Constitutional Law” 2005/4, s. 617–648.

²⁸ Należy jednak podkreślić, że niektórzy autorzy zaliczają A. Harela do zwolenników *judicial supremacy*. Por. D.E. Bello Hutt, *Against Judicial Supremacy...* Taka klasyfikacja też jest uprawniona, gdyż A. Harel zaznacza, że rezygnacja z klasycznej koncepcji *judicial supremacy* ma swoje słabości i z tej racji względu pewności prawa, przewidywalności i spójności linii orzeczniczej przemawiają za zapewnieniem rozstrzygnięciom sądów konstytucyjnych bezwzględnej i powszechnej mocy obowiązującej. Por. A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 251.

²⁹ Prawo do bycia wysłuchanym (*right to a hearing*) składa się z trzech elementów: możliwości wniesienia zażalenia (*the opportunity to voice a grievance*), możliwości uzyskania uzasadnienia decyzji, która narusza (lub może naruszać) prawa jednostki (*the opportunity to be provided with a justification for a decision that impinges [or may impinge] on one's rights*) oraz obowiązku ponownego rozważenia zasadności pierwotnej decyzji, która jest przyczyną złożenia skargi (*the duty to reconsider the initial decision giving rise to the grievance*). Por. A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 239; Y. Eylon, A. Harel, *The Right to Judicial Review*, „Virginia Law Review” 2006/92, s. 1002; A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 212.

³⁰ Por. A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 252.

³¹ Por. A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 252.

Warto też dodać, że wszyscy zwolennicy sądowej kontroli konstytucyjności pozytywnie oceniają tzw. *rights-based judicial review*. Niektórzy teoretycy i filozofowie prawa zajmujący się problemem legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego zakładają bowiem, że *judicial review* jest uprawnocnione, gdyż zapewnia odpowiedni rozdział kompetencji między poszczególnymi typami organów państwowych (szczególnie na linii władza ustawodawcza – władza sądownicza), niemniej – m.in. jako zwolennicy ideologii powściągliwości sędziowskiej (*judicial restraint*) krytycznie, a przynajmniej ambiwalentnie, oceniać będą rolę sądów konstytucyjnych w rozstrzyganiu sporów konstytucyjnych dotyczących interpretacji praw podstawowych³².

3. Typy argumentów w sporze o legitymizację *judicial review*

Argumenty odnoszące się do ochrony praw podstawowych podnoszone w teoretycznym sporze o legitymizację sądowej kontroli konstytucyjności można podzielić na dwa typy. Pierwszy typ to argumenty epistemologiczne (*epistemological*)³³, a więc te, w których zwolennicy albo przeciwnicy *judicial review* dokonują weryfikacji/falsyfikacji tezy, zgodnie z którą sędziowie z racji specyfiki sądowego stosowania prawa są lepiej przygotowani do dokonywania sądów moralnych niż przedstawiciele władzy ustawodawczej lub w ujęciu skutków decyzji orzeczniczych dokonują w tym zakresie lepszych rozstrzygnięć (lepiej chroniących prawa) niż parlament. Ten typ argumentów – przynajmniej do pewnego stopnia – odpowiada przyjętemu w literaturze anglosaskiej określeniu *outcome-related reasons*, a więc argumentom za takim, a nie innym kształtem procedury decyzyjnej, które odnoszą się do kryterium odpowiedniego wyniku procedury (tj. dobrej/słusznej decyzji)³⁴. *Outcome-related reasons* opierają się na założeniu, że egzekwowanie praw podstawowych należy powierzyć takiej procedurze decyzyjnej, która w okolicznościach danego miejsca i czasu zapewni największe szanse dla ich prawidłowego wyegzekwowania przy najmniejszej liczbie niepożądanych skutków ubocznych³⁵. Ten typ argumentacji na poziomie filozoficznym nawiązuje do teleologicznych teorii powinności moralnej (konsekwencjalizmu), czyli stanowiska zgodnie z którym zachodzenie powinności moralnej zależy w całości od wartości rzeczywistych lub oczekiwanych konsekwencji czynów, które miałyby ta powinność obejmować³⁶. Jak zauważa A. Harel, epistemiczna wyższość jednej instytucji nad drugą może wynikać z różnych przyczyn. Czasami jedna instytucja jest szczególnie kompetentna, lepiej poinformowana lub ma większe uprawnienia deliberacyjne. Innym razem dana instytucja jest bardziej zmotywowana do podjęcia właściwej decyzji lub jest mniej ograniczona niż inne instytucje. Legitymizacja *judicial review* zależy więc od tego, czy sądowa kontrola konstytucyjności będzie prowadzić do decyzji lepszych (słuszniejszych) od tych, które zostałyby wydane w przypadku jej braku³⁷. Teorie legitymizacji *judicial review*, które opierają się na tego typu argumentacji A. Harel nazywa instrumentalizmem konstytucyjnym³⁸.

³² A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 167.

³³ M. Langford, *Why Judicial Review*, „Oslo Law Review” 2015/1, s. 37.

³⁴ Por. J. Waldron, *The Core of the Case against Judicial Review*, „The Yale Law Journal” 2006/6, s. 1372.

³⁵ Por. J. Raz, *Disagreement in Politics*, „The American Journal of Jurisprudence” 1998/1, s. 45.

³⁶ Por. A. Harel, *Theories of Rights*, w: M.P. Golding, W.A. Edmundson (red.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden 2005, s. 198–199.

³⁷ A. Harel, *Why legislatures owe deference to the courts. A commentary on Dimitrios Kyritsis' Where our protection lies: separation of powers and constitutional review*, „Revus” 2019/38, s. 7–20.

³⁸ A. Harel, *Why Law Matters*, Oksford 2014, s. 36–37.

Drugi typ to argumenty funkcjonalne (*functional*)³⁹, które weryfikują bądź falsyfikują tezę, zgodnie z którą sądy dokonując kontroli konstytucyjności mają przewagę instytucjonalną nad władzą ustawodawczą i to nie z racji lepszego wglądu w problemy moralne, lecz dzięki funkcji społeczno-politycznej jaką pełnią w systemie ustrojowym⁴⁰. W tym aspekcie argumenty funkcjonalne można – do pewnego stopnia – powiązać ze znanym z literatury anglosaskiej terminem *process-related reasons*, który kładzie nacisk na ukształtowanie sprawiedliwej procedury, a nie na sam wynik procesu decyzyjnego⁴¹. W najnowszych teoriach legitymizacji *judicial review* ten typ argumentacji zaczyna odgrywać coraz istotniejszą rolę, przekształcając się m.in. w tezę o prawie do wyjaśnienia/uzasadnienia (*right to an explanation*), czy też szeroko ujętym prawie do bycia wysłuchanym (*right to a hearing*)⁴² przysługującego osobie, której prawa (jej zdaniem) zostały naruszone⁴³. Sięganie po argumenty natury proceduralnej i funkcjonalnej nie jest zresztą charakterystyczne wyłącznie dla zwolenników *judicial review*. Jeremy Waldron oparł na nich swoją teorię delegitymizującą sądową kontrolę konstytucyjności wskazując, że tzw. *outcome-related reasons*, które koncentrują się na kwestii osiągniętego wyniku, efektu dla ochrony praw podstawowych są w tym przypadku co najwyżej niekonkluzywne (*inconclusive*)⁴⁴. Zdaniem J. Waldrona przeważająca część argumentów proceduralnych przemawia zaś na korzyść parlamentu, jako organu predestynowanego do rozstrzygnięcia spornych kwestii związanych z prawami podstawowymi⁴⁵.

4. Ochrona praw podstawowych a demokracja w sporze o legitymizację *judicial review*

Teorie legitymizacji (bądź delegitymizacji) *judicial review*, które uwypuklają kwestię ochrony praw podstawowych zawsze – przynajmniej do pewnego stopnia – nawiązują też do argumentów związanych z określoną koncepcją demokracji. Biorąc to pod uwagę, można to kryterium podzielić na dwie grupy. Pierwsza akcentuje antywiększościowy wymiar *judicial review* i przyjmuje tezę o niedemokratycznym charakterze sądownictwa konstytucyjnego w ujęciu proceduralnym. Niemniej teorie należące do tej grupy zakładają, że to ograniczenie demokracji (rozumianej proceduralnie) jest konieczne do realizacji innych wartości, w tym przede wszystkim ochrony praw konstytucyjnych. Jak stwierdza Cristina Lafont „postrzegają [one – przyp. A.K.-R.] *judicial review* jako wynik kompromisu między dwoma potencjalnie niekompatybilnymi celami normatywnymi: ochroną praw mniejszości i demokratycznym samorządem. To właśnie Alexander Bickel nazwał słynnym «dylematem kontrowiększościowym»”⁴⁶. Teorie te bazują jednocześnie na materialnych koncepcjach demokracji. W takim materialnym (a nie tylko proceduralnym) ujęciu demokracji przedstawiane przez wspomnianych autorów teorie legitymizacji *judicial review* są już elementem nie tylko nieograniczającym, ale wręcz

³⁹ M. Langford, *Why Judicial...*, s. 37.

⁴⁰ A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 169–170.

⁴¹ Por. J. Waldron, *The Core of the Case...*, s. 1372.

⁴² Por. A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 227.

⁴³ Y. Eylon, A. Harel, *The Right to Judicial Review*, „Virginia Law Review” 2006/5, s. 991–1022; A. Harel, T. Kahana, *The Easy Core...*, s. 227–256.

⁴⁴ Por. J. Waldron, *The Core of the Case...*, s. 1375 oraz 1393.

⁴⁵ Por. J. Waldron, *The Core of the Case...*, s. 1386.

⁴⁶ C. Lafont, *Philosophical Foundations of Judicial Review*, w: D. Dyzenhaus, M. Thorburn (red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oksford 2016, s. 2.

chroniącym demokrację. Oznacza to, że klasyfikacja tej grupy teorii do akceptujących tezę o antydemokratycznym charakterze instytucji sądowej kontroli konstytucyjności prawa zależy od przyjętej – jako punkt odniesienia – koncepcji demokracji (w ujęciu proceduralnym opierającym się wyłącznie na regule większości⁴⁷ [*majority rule*] albo w ujęciu materialnym, treściowym)⁴⁸.

Druga grupa teorii akcentujących znaczenie sądownictwa konstytucyjnego do ochrony praw podstawowych przyjmuje z kolei, że *judicial review* nie ogranicza, a wręcz wzbogaca demokrację w ujęciu formalno-proceduralnym. Teorie te opierają się na założeniu, zgodnie z którym reguła większościowa (*majority rule*) nie stanowi jedynego elementu demokracji w ujęciu formalnym. Wiąże się to albo ze zmodyfikowaniem klasycznego znaczenia reprezentacji, albo z istotnym wzmocnieniem elementu partycypacyjnego (a nie jedynie reprezentacyjnego) w koncepcji demokracji proceduralnej⁴⁹. Cristina Lafont określa te teorie jako holistyczne (*holistic*), gdyż w przeciwieństwie do teorii juryscentrycznych (*juriscentric*) nie skupiają się one jedynie na wewnętrznych pracach sądów (*internal workings of courts*), lecz uwzględniają także rolę sądu konstytucyjnego w systemie politycznym, w ramach którego sądy działają i w którym odgrywają swoją specyficzną rolę instytucjonalną⁵⁰. Taka perspektywa spojrzenia na rolę sądowej kontroli konstytucyjności zakłada jednocześnie zwrócenie uwagi na dalsze skutki rozstrzygnięć sądów. Nie skupia się jedynie na tym, jak sąd może w danym przypadku podtrzymać lub uchylić decyzję władzy ustawodawczej. Cristina Lafont opisuje to ostatnie podejście jako przyjęcie tzw. perspektywy diachronicznej (*diachronic perspective*) w przeciwieństwie do charakteryzującej teorie juryscentryczne perspektywy synchronicznej (*synchronic perspective*)⁵¹. W obu przypadkach ocena roli sądownictwa konstytucyjnego w ochronie praw podstawowych w znacznej mierze zależy od przyjęcia określonej koncepcji demokracji.

5. Kontrola konstytucyjności decyzji ustawodawczych dotyczących tzw. praw pozytywnych (*positive rights*)

O ile przeciwnicy *judicial review* nawiązujący do argumentu ochrony praw podstawowych nie stopniują negacji prawowitości sądowej kontroli konstytucyjności w zależności od tego, jaki typ prawa podstawowego jest przedmiotem rozstrzygnięcia sądu⁵², o tyle już wśród zwolenników *judicial review* można zauważyć taką stopniowalność czy też warunkowość. Ścisłej rzecz ujmując, teorie legitymizacji *judicial review* w różny sposób podchodzą do problemu kontroli konstytucyjności ustawodawczych decyzji dotyczących gwarancji praw pozytywnych (*positive rights*). Ten typ, czy też może raczej wymiar (*positive*

⁴⁷ Jak wskazuje Krzysztof Kaleta, „reguła większości ma zapewniać polityczną równość oraz najpełniejszą realizację autonomii publicznej wyrażającą się w prawie do samostanowienia politycznego, którego ważnym przejawem jest udział w procesie prawodawczym – bezpośrednio lub za pośrednictwem wybranych w wyborach przedstawicieli”. K. Kaleta, *Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego w świetle teorii demokracji*, „Państwo i Prawo” 2018/5, s. 7.

⁴⁸ A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 165.

⁴⁹ A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 166.

⁵⁰ C. Lafont, *Philosophical Foundations...*, s. 6.

⁵¹ C. Lafont, *Philosophical Foundations...*, s. 4–5.

⁵² Aczkolwiek należy zauważyć, że krytyka *judicial review* z perspektywy tzw. konstytucjonalizmu politycznego, charakterystyczna m.in. dla J. Waldrona czy M. Tushnet, łączy się ze sceptycyzmem względem konstytucjonalizacji praw pozytywnych, w tym praw socjalnych. Ten sceptycyzm charakterystyczny jest zresztą dla amerykańskiego konstytucjonalizmu. Por. R.H. Bork, *The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, „Washington University Law Quarterly” 1979/3, s. 695–701; F. Cross, *The Error of Positive Rights*, „UCLA Law Review” 2001/48, s. 857 i n.

dimension) praw podstawowych definiowany jest poprzez kryterium wymogu podjęcia przez państwo określonych działań dla zagwarantowania praw podstawowych, podczas gdy zagwarantowanie praw negatywnych (*negative rights*) wymaga jedynie powstrzymania się od nieuzasadnionej ingerencji państwa w daną sferę wolności jednostki⁵³. Chociaż niekiedy prawa podstawowe utożsamiane są z prawami socjalnymi, to jednak przyjęta przez niego definicja obejmuje swoim zakresem również prawa osobiste i polityczne, jeśli (albo raczej w zakresie w jakim) wywołują one po stronie organów państwa obowiązki podjęcia określonych działań⁵⁴.

Wśród zwolenników *judicial review*, którzy odrębnie analizują problem legitymizacji sądowej kontroli konstytucyjności praw pozytywnych można wyodrębnić dwa stanowiska. Pierwsze zakłada wyłączenie w ogóle z zakresu legitymizacji *judicial review* kontroli konstytucyjności decyzji ustawodawczych dotyczących praw podstawowych. Takie stanowisko reprezentuje np. R.H. Fallon, który twierdzi, że ochrona praw pozytywnych jest skuteczniejsza dzięki działaniom ustawodawczym. Sądowa kontrola konstytucyjności może w takim przypadku zwiększać prawdopodobieństwo naruszenia prawa podstawowego, gdyż legislacja zwiększająca gwarancje takiego prawa będzie stosowana wyłącznie wówczas, gdy nie zostanie skutecznie zakwestionowana przed sądem w ramach *judicial review*. Richard H. Fallon powołuje się w tym kontekście m.in. na komparatystyczną pracę Rana Hirschla⁵⁵, w której autor stawia tezę o braku symetrii między ochroną przez sądy konstytucyjne wybranych państw (Izraela, Kanady, Republiki Południowej Afryki i Nowej Zelandii) wolności osobistych i politycznych a zwiększeniem efektywnych gwarancji sprawiedliwej redystrybucji dóbr (co oczywiście jest ściśle związane z pozytywnym wymiarem praw socjalnych)⁵⁶. W związku z tym R.H. Fallon podkreśla, że odpowiedź na pytanie, czy działanie władzy ustawodawczej przyniesie więcej korzyści czy strat dla ochrony praw podstawowych wymaga uwzględnienia wymiaru empirycznego, predykcyjnego i moralnego sądowej kontroli konstytucyjności. Wiele zależy w tym względzie od status quo, rodzajów niesprawiedliwości, które to status quo obejmuje oraz od prawdopodobieństwa sukcesu aktu ustawodawczego albo wyroku sądu w zakresie skorygowania istniejących deficytów moralnych⁵⁷.

Drugie stanowisko zwolenników sądowej kontroli konstytucyjności, którzy odrębnie analizują *judicial review* aktów ustawodawczych dotyczących gwarancji praw pozytywnych, opiera się na założeniu stopniowości *judicial deference*. To stanowisko reprezentowane jest m.in. przez Matthiasa Klatta, który nawiązuje do typologii stanowisk sądów konstytucyjnych względem kontroli konstytucyjności praw socjalnych opracowanej przez Katharine G. Young⁵⁸. Autorka ta dzieli nastawienia sądów konstytucyjnych do kontroli konstytucyjności legislacji dotyczącej praw pozytywnych na bezstronne (*detached*), zaangażowane (*engaged*) oraz supremacyjne (*supremacist*). Sądy bezstronne stosują podejście deferencyjne dając „uwierzytelnienie” władzy ustawodawczej ze względu na jej legitymizację demokratyczną i – co ciekawe – w ujęciu

⁵³ M. Klatt, *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance*, „International Journal of Constitutional Law” 2015/2, s. 354.

⁵⁴ M. Klatt, *Positive rights...*, s. 354–355.

⁵⁵ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1711 z powołaniem na: R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge 2004, s. 14 oraz 218.

⁵⁶ A. Kustra-Rogatka, I. Wróblewska, W. Włoch, *Osobliwy sąd...*, s. 203.

⁵⁷ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1712.

⁵⁸ K.G. Young, *Constituting Economic and Social Rights*, Oksford 2012.

K.G. Young epistemiczną przewagę (sic!). Sądy te unikają badania konstytucyjności aktów władzy ustawodawczej, które realizują prawa pozytywne. Z kolei sądy zaangażowane przyjmują strategię refleksyjnej koordynacji i biorą aktywny udział w ustalaniu właściwego standardu ochrony praw pozytywnych przyjmując jednocześnie założenie wysokiej oceny jakości aktów ustawodawczych. Wreszcie sądy supremacyjne podejmują szczegółowe decyzje merytoryczne na własną rękę, stosując rygorystyczną kontrolę ustawodawstwa⁵⁹. Matthias Klatt uzupełnia deskryptywną typologię sformułowaną przez Katharine G. Young i przedstawia teorię, na podstawie której można wyróżnić trzy stopnie intensywności kontroli konstytucyjności, których wybór sądy powinny każdorazowo rozważać. Zaznacza, że sądy powinny unikać zarówno zbyt mocnej, jak i zbyt słabej kontroli⁶⁰. Dlatego proponuje trójstopniową skalę intensywności kontroli konstytucyjności, wyróżniając kontrolę o lekkiej (*light*), umiarkowanej (*moderate*) i wysokiej (*serious*) intensywności (*intensity*). Lekkie natężenie kontroli konstytucyjności, równoważne z wysokim stopniem poszanowania decyzji władzy ustawodawczej, występuje wtedy, gdy sąd szuka jedynie oczywistych błędów popełnionych przez pierwotnego decydenta⁶¹. Umiarkowane natężenie kontroli prowadzi do umiarkowanej deferencyjności. Matthias Klatt ilustruje takie podejście przykładem z praktyki orzeczniczej niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (dalej: „FTK”). Zdaniem M. Klatta FTK zastosował umiarkowaną intensywność kontroli w tzw. drugim wyroku aborcyjnym. Uznał on wówczas, że to do ustawodawcy należy szczegółowe określenie środków i zakresu ochrony życia nienarodzonego, zaś zadaniem sądu konstytucyjnego jest ocena, czy zapewniona ochrona była odpowiednia i skuteczna, oraz czy opierała się ona na dokładnym zbadaniu faktów oraz na uzasadnionych ocenach⁶². Wreszcie wysokie natężenie kontroli, równoznaczne z niewielką deferencyjnością, zostało według M. Klatta zastosowane przez FTK w pierwszym wyroku aborcyjnym z 1975 r. W rozstrzygnięciu tym FTK podkreślił swoją rolę w egzekwowaniu prawa do życia nawet przeciwko demokratycznie wybranej większości, rzekomym potrzebom politycznym, czy też światopoglądowi dominującemu w społeczeństwie⁶³.

Matthias Klatt twierdzi, że wybór między tymi trzema stopniami natężenia kontroli konstytucyjności aktów ustawodawczych dotyczących gwarancji praw podstawowych, a co za tym idzie stopniem poszanowania decyzji władzy ustawodawczej, nie może być dokonywany w sposób abstrakcyjny. Odpowiednią intensywność kontroli sąd konstytucyjny powinien wybierać odrębnie w odniesieniu do każdej z rozpatrywanych spraw, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i normatywne⁶⁴. Matthias Klatt podkreśla jednocześnie, że taki elastyczny model stoi w wyraźnej opozycji do innych propozycji, które próbują ustanowić pewien ogólny standard natężenia kontroli konstytucyjności, a tym samym stopni deferencyjności względem władzy ustawodawczej. Tylko taki elastyczny model może, jego zdaniem, zapewnić równowagę między skrajnościami zbyt intensywnej i zbyt słabej kontroli konstytucyjności aktów ustawodawczych dotyczących gwarancji praw pozytywnych⁶⁵.

⁵⁹ Por. M. Klatt, *Positive rights...*, s. 360 z powołaniem na: K.G. Young, *Constituting...*

⁶⁰ Por. M. Klatt, *Positive rights...*, s. 360–361.

⁶¹ Por. M. Klatt, *Positive rights...*, s. 362.

⁶² Orzeczenie FTK z 28.05.1993 r., BVerfGE 88, 203 – *Schwangerschaftsabbruch II*.

⁶³ Orzeczenie FTK z 25.02.1975 r., BVerfGE 39, 1 – *Schwangerschaftsabbruch I*.

⁶⁴ M. Klatt, *Positive rights...*, s. 363

⁶⁵ M. Klatt, *Positive rights...*, s. 363.

6. Podsumowanie

Współczesny stan teoretycznoprawnej debaty o legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego jest do pewnego stopnia konsekwencją ustrojowych i politycznych zmian, jakie dokonały się w ramach obu modeli sądowej kontroli konstytucyjności. Zarówno dynamiczny rozwój *judicial review* w drugiej połowie XX w., jak i krytyka sądowej kontroli konstytucyjności prawa formułowana m.in. przez zwolenników tzw. konstytucjonalizmu politycznego sprawiły, że pierwotna oś sporu – jaką stanowił tzw. dylemat kontrwiększościowy – przesunęła się w kierunku argumentacji związanej z koncepcjami współpracy instytucjonalnej oraz ochrony praw podstawowych. Ciekawym zjawiskiem jest stopniowe niuansowanie pierwotnie radykalnych stanowisk dostrzegalne po obu stronach sporu o legitymizację tzw. *rights-based judicial review*. Wśród zwolenników sądowej kontroli konstytucyjności to niuansowanie, czy też delimitacja zakresu legitymizacji przybiera kilka form. Pierwsza wiąże się z odrzuceniem tezy o instytucjonalnej wyższości sądów w zakresie ochrony praw podstawowych i postrzegania ich jako strażników praw i wolności (tzw. *watchdog conception of judicial review*)⁶⁶. W zamian proponowane jest spojrzenie na problem legitymizacji *rights-based judicial review* z perspektywy proceduralnej, nieinstrumentalistycznej. Niuansowanie w tym przypadku oznacza ograniczenie zakresu legitymizacji *judicial review* do konkretnej (a nie abstrakcyjnej) kontroli konstytucyjności i co najmniej ostrożne stanowisko w kwestii klasycznie pojmowanego skutku *erga omnes* orzeczeń. Druga forma niuansowania wiąże się z przekonaniem, że dla ograniczenia sytuacji naruszeń praw podstawowych najkorzystniejsze jest występowanie w systemie ustrojowym co najmniej kilka punktów weta (*veto-points*), a więc instytucji, które mogą blokować decyzje prawodawcze naruszające gwarantowane konstytucyjnie prawa⁶⁷. Taka perspektywa prowadzi do postulatu poszanowania decyzji prawodawczych parlamentu oraz wypuklenia wagi zróżnicowania intensywności wzorców konstytucyjnych (*deferential review*)⁶⁸, a także wyłączenia spod zakresu legitymizacji kontroli konstytucyjności określonego typu spraw (w tym spraw dotyczących praw pozytywnych)⁶⁹. Do zniuansowanej argumentacji na rzecz *rights-based judicial review* dotyczącej kontroli konstytucyjności aktów ustawodawczych realizujących gwarancje praw pozytywnych można również zaliczyć oryginalną koncepcję trójstopniowej intensywności *judicial review*. Zakłada ona bowiem, że sądowa kontrola konstytucyjności w tego typu sprawach jest legitymizowana wyłącznie wówczas, gdy sąd przyjmie odpowiedni stopień natężenia tej kontroli, a tym samym odpowiedni poziom poszanowania decyzji ustawodawcy⁷⁰. Wśród przeciwników *judicial review* zauważalna jest również delimitacja argumentacji skierowanej przeciwko sądowej kontroli konstytucyjności⁷¹. Warto jednak zaznaczyć, że zwrot w sporze o legitymizację *judicial review* polegający na formułowaniu bardziej zniuansowanych stanowisk nie powinien być utożsamiany z optowaniem za tzw. słabą formą sądownictwa konstytucyjnego (*weak judicial review*). Na przykład stopniowalność poszanowania względem decyzji ustawodawcy nie przekłada się bezpośrednio na rezygnację z koncepcji *judicial supremacy*. To wszystko sprawia, że formułowane współcześnie odpowiedzi na pytanie o prawowitość sądowej

⁶⁶ Por. Y. Eylon, A. Harel, *The Right...*, s. 994 i n.

⁶⁷ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1699.

⁶⁸ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1732–1733.

⁶⁹ Por. R.H. Fallon, *The Core...*, s. 1711.

⁷⁰ Por. M. Klatt, *Positive rights...*, s. 360 i n.

⁷¹ Ilustracją takiej delimitacji są zastrzeżenia sformułowane przez J. Waldrona. Por. J. Waldron, *The Core of the Case...*, s. 1360 i n.

kontroli konstytucyjności z perspektywy ochrony praw podstawowych są coraz bardziej skomplikowane⁷². Wieloaspektowość sporu o legitymizację *rights-based judicial review* jest też konsekwencją bogactwa przytaczanych argumentów instrumentalnych (konsekwencjonalistycznych) i funkcjonalnych (proceduralnych). Zwrot w kierunku argumentów funkcjonalnych modyfikuje wybór koncepcji demokracji, która zawsze stanowi tło dyskursu o roli sądów konstytucyjnych w ochronie praw jednostki. Charakterystyczne dla polemiki Dworkin–Waldron osadzenie tej problematyki w biegunowo odmiennych koncepcjach demokracji (Dworkinowska demokracja konstytucyjna oraz Waldronowska demokracja większościowa) ustępuje stopniowo miejsca teoriom nawiązującym do koncepcji demokracji deliberatywnej. We współczesnych koncepcjach legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego z perspektywy ochrony praw podstawowych zauważalne jest też często powiązanie z koncepcjami równowagi instytucjonalnej, m.in. poprzez zwrócenie uwagi na problematykę poszanowania decyzji władzy ustawodawczej (*judicial deference*).

Celem artykułu było zidentyfikowanie i uporządkowanie wybranych zagadnień wpływających na kształt aktualnego dyskursu dotyczącego legitymizacji sądowej kontroli konstytucyjności z perspektywy praw podstawowych. Sformułowane powyżej wnioski wskazują, że problematyki ochrony praw podstawowych przez sądy konstytucyjne nie da się wyabstrahować z tła kształtowanego przez wybór określonej koncepcji demokracji. Podobną tezę można postawić w odniesieniu do ustrojowego tła, które formuje taki, a nie inny model *judicial review*. Dostrzeżenie tych zależności powinno ułatwić sprecyzowanie kierunku, w jakim zmierza dyskurs dotyczący legitymizacji sądowej kontroli konstytucyjności prawa.

Protection of Fundamental Rights as an Argument in the Dispute over the Legitimacy of Judicial Review. Selected Issues

Abstract: The dynamic development of judicial review of the constitutionality of laws in the second half of the twentieth century is reflected in contemporary theories of judicial review. They go beyond the original axis of the dispute over the legitimacy of judicial review, which was shaped by the counter-majoritarian dilemma, and often become more nuanced. In addition to arguments related to the conceptions of institutional cooperation and accountability function of judicial review, rights-based theories of judicial review take on more and more importance.

The aim of this article is to outline a wide range of issues related to the protection of fundamental rights, which protection is considered as an argument in the dispute over the legitimacy of constitutional courts. The study presents selected issues that influence the current discourse on judicial review, which include: types of such judicial review; types of arguments used in the analysed discourse; the link between fundamental rights and various concepts of democracy; and judicial review of legislative decisions concerning positive rights guarantees.

Keywords: constitutional courts, fundamental rights, democracy, positive rights

⁷² Warunkowej odpowiedzi na pytanie „Czy system ustrojowy przewidujący sądową kontrolę konstytucyjności lepiej chroni prawa podstawowe?” udziela również Wojciech Sadurski w opracowaniu pisanym z perspektywy tzw. *applied constitutional theory*. Por. W. Sadurski, *Judicial Review...*, s. 298–299. Niemniej należy podkreślić, że w przywołanym opracowaniu autor łączy problem legitymizacji sądownictwa konstytucyjnego z dylematem kontrwiększościowym. Stwierdza on, że w takim ujęciu sądownictwo konstytucyjne może nie mieć (demokratycznej) legitymizacji, aby mimo wszystko skutecznie chronić prawa jednostki. Tym samym oddziela on problem legitymizacji *judicial review* od oceny roli sądownictwa konstytucyjnego w ochronie praw podstawowych. Por. W. Sadurski, *Judicial Review...*, s. 276.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Bello Hutt, D.E. (2017). Against judicial supremacy in constitutional interpretation. *Revus* 31.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. New York: Bobbs-Merill.
- Bork, R.H. (1979). The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution. *Washington University Law Quarterly* 3, 695-701.
- Chemersinsky, E. (2016). The Rational Basis Test Is Constitutional (and Desirable). *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 14, 401-416.
- Cross, F. (2001). The Error of Positive Rights. *UCLA Law Review* 48, 857-924.
- Dworkin, R. (1995). Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy* 1, 2-11.
- Dworkin, R. (1990). Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review* 28, 324-346.
- Dworkin, R. (1997). *Freedom's Law. The Moral Reading of American Constitution*. New York: Harvard University Press.
- Eisgruber, Ch.L. (2001). *Constitutional Self-Government*. Cambridge-London: Harvard University Press.
- Eylon, Y., Harel, A. (2006). The Right to Judicial Review. *Virginia Law Review* 92, 991-1022.
- Fallon, R.H (2008). The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review* 121, 1693-1736.
- Harel A. (2003). Right-based Judicial Review: A Democratic Justification. *Law and Philosophy* 22, 247-276.

- Harel, A., Kahana, T. (2010). The Easy Core Case for Judicial Review. *Journal of Legal Analysis* 2, 227-253.
- Harel, A. (2005). Theories of Rights. In P. Golding, W.A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Wiley-Blackwell.
- Harel, A. (2014). *Why law matters*. Oxford: Oxford University Press.
- Harel, A., Why legislatures owe deference to the court. A commentary on Dimitrios Kyritsis' Where our protection lies: separation of powers and constitutional review. *Revus* 38.
- Kaleta, K. (2018). Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego w świetle teorii demokracji. *Państwo i Prawo* 5, 3-21.
- King, J.A. (2012). *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klatt, M. (2015). Balancing Competence: How Institutional Cosmopolitanism Can Manage Jurisdictional Conflict. *Global Constitutionalism* 4, 195-226.
- Klatt, M. (2015). Positive Right: Who Decides? Judicial Review in Balance. *International Journal of Constitutional Law* 13, 354-382.
- Korycka-Zirk, M. (2017). *Filozoficzno-prawny wymiar kontroli konstytucyjności*. Toruń: TNOiK.
- Kustra, A. (2018). Kelsenowskie podstawy sądownictwa konstytucyjnego. In M. Granat (ed.), *Sądownictwo konstytucyjne. Teoria i praktyka*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe UKSW.
- Kustra-Rogatka, A., Wróblewska, I., Włoch, W. (2021). *Osobliwy sąd. Idea sądownictwa konstytucyjnego w kontekstach rządów prawa, demokracji i praw jednostki*. Toruń: Wydawnictwo Naukowe UMK.
- Kyritsis, D. (2017). *Where Our Protection Lies: Separation of Powers and Constitutional Review*. Oxford: Oxford University Press.

- Lafont, C. (2016). Philosophical Foundations of Judicial Review, In D. Dyzenhaus, M. Thornburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Langford, M. (2015). Why Judicial Review. *Oslo Law Review* 1, 36-85.
- Lustig, D., Weiler, J.H.H. (2018). Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective. *International Journal of Constitutional Law* 16, 315-372.
- Mikuli, M. (2007). *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Raz, J. (1998). Disagreement in Politics. *The American Journal of Jurisprudence* 43, 25-52.
- Sadurski, W. (2002). Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies* 22, 275-299.
- Sulikowski, A. (2008). *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Tremblay, L.B. (2005). The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law* 3, 617-648.
- Tushnet, M. (2002). Alternative Forms of Judicial Review. *Michigan Law Review* 101, 2781-2802.
- Tushnet, M. (2003). Judicial Activist or Restraint in a Section 33 World. *University of Toronto Law Journal* 52, 89-101.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal* 115, 1346-1406.
- Włoch, W. (2018). Problem gwarancji konstytucyjności legislacji w ujęciu czystej teorii prawa H. Kelsena. *Przegląd Konstytucyjny* 1, 65-91.

Young, K.G. (2012). *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press.