

JACEK SROKOSZ¹

Argument z fetyszyzmu prawnego w dyskursie konstytucyjnym

Streszczenie

Przedmiotem analizy podjętej w tekście jest argument, jaki często bywa (i był w przeszłości) podnoszony w krytycznym dyskursie nad konstytucjonalizmem – zarzut tzw. fetyszyzmu konstytucyjnego. Argument ten ma ukazywać dlaczego dyskurs konstytucyjny utracił swój potencjał wyjaśniający i kreujący w stosunku do zachodzących procesów społecznych. Powodem jest fakt zbytniego skupiania się prawników wyłącznie na treści oraz interpretacji przepisów konstytucji, bez odwołania się do szerszego kontekstu społecznego, co skutkuje ograniczeniem dyskursu konstytucyjnego tylko do kwestii prawnych i jednoczesnym pominięciem lub bagatelizowaniem wszystkich innych aspektów konstytucjonalizmu. Ten stosunek prawników do treści konstytucji (czy szerzej – do przepisów prawa) określany jest czasami wręcz jako bałwochwalczy, stąd też odwołanie się do pojęcia fetyszyzmu w znaczeniu religijnym. Celem tekstu jest analiza struktury tego argumentu, ale także próba określenia skutków, jakie może nieść dla konstytucjonalizmu.

Słowa kluczowe: fetyszyzm prawny, konstytucjonalizm, dyskurs konstytucyjny, niedopasowanie prawa do rzeczywistości, kryzys konstytucyjny

¹ Dr Jacek Srokosz – Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego; e-mail: jsrokosz@uni.opole.pl; ORCID: 0000-0002-7587-6483.

JACEK SROKOSZ

The Argument from Legal Fetishism in Constitutional Discourse

Abstract

The subject of the analysis presented in the text is an argument that tends to (and used to) be raised in the critical discourse on constitutionalism – the allegation of the so-called constitutional fetishism. The argument is to show why the constitutional discourse has lost its potential to explain and create social processes. The reason is that lawyers focus too much only on the content and interpretation of the provisions of the constitution, without considering a broader social context, which makes the constitutional discourse limited solely to legal issues with a simultaneous omission or underestimation of all other aspects of constitutionalism. This attitude of lawyers to the content of the constitution (or – in broader terms – to the provisions of law) is sometimes referred to even as idolatrous, hence the reference to the notion of fetishism in the religious sense. The aim of the text is to analyse the structure of this argument and to attempt to determine the impact it can have on constitutionalism.

Keywords: legal fetishism, constitutionalism, constitutional discourse, mismatch between law and reality, constitutional crisis

Wprowadzenie

Zarzut fetyszyzmu, jaki dosyć często pojawia się w dyskursie prawnym (w tym także i konstytucyjnym) na pierwszy rzut oka ma głównie charakter stygmatyzujący uczestniczącego w nim przeciwnika. Ma on bowiem jednoznacznie negatywne konotacje, skutkując przypisaniem – osobie uznanej za fetyszystę prawnego czy konstytucyjnego – religijnego, bałwochwalczego i absolutnie bezrefleksyjnego stosunku do treści prawa. Z tego powodu może być on postrzegany jako jedna z kolejnych inwektyw jakimi czasami obrzucają się przeciwnicy w debatach prawniczych, w chwili gdy temperatura dyskusji tej zdecydowanie wzrasta. Trudno bowiem byłoby zaleźć prawnika, czy nawet szerzej uczestnika debaty konstytucyjnej, nazywającego się, lub choćby zgadzającego się na określenie siebie jako konstytucyjnego fetyszysty. Niemniej w przekonaniu autora, pomimo emocjonalnie-piętnującego charakteru tego argumentu, nie sposób uznać go tylko za nic nie wnoszącą inwektywę, lecz może stanowić on – wprawdzie mocno przejawione – stanowisko wobec przyjętej postawy wobec prawa. Co więcej, określenie „fetyszyzmu prawnego/konstytucyjnego” pojawia się jako pojęcie wyjaśniające pewnych postaw przyjmowanych przez prawników wobec ustawy zasadniczej. Celem artykułu jest analiza struktury oraz części składowych argumentu z fetyszyzmu prawnego, a także określenie skutków, jakie może przynieść on dla konstytucjonalizmu – począwszy od potencjału do zmiany dotychczasowych paradygmatów, aż do zupełnego ich odrzucenia. Należy zaznaczyć, że postawa wobec prawa określana jako fetyszystyczna nie ogranicza się bynajmniej do prawa konstytucyjnego, lecz może odnosić się do prawa jako całości, niemniej ze względu na ograniczenie tekstu, poza ogólnymi uwagami definicyjnymi, pojęcie to zostanie odniesione tylko do dyskursu konstytucyjnego.

Pojęcie fetyszyzmu w naukach społecznych

Charakterystykę pojęcie fetyszyzmu prawnego należy poprzedzić wcześniejszym odwołaniem do znaczenia tego pojęcia w naukach społecznych. Pojęcie to wywodzi się z religioznawstwa, gdzie zostało wprowadzone przez francuskiego badacza religii oraz etnografa z okresu oświecenia Charlesa de Brossessa w publikacji *O kulcie*

fetyszów wydanej w 1760 r.². Określenie „fetysz”, które stanowiło podstawę sformułowania pojęcia fetysyzmu, jest jednak zdecydowanie starsze i posługiwano się nim już w XVI/XVII w. – tak portugalscy kupcy i podróżnicy określali talizmany lub do przedmiotów kultu ludów afrykańskich³. Zgodnie z określeniem de Brossessa fetysyzm oznaczał: „wszelką religię, której przedmiotem jest kult zwierząt bądź nieożywionych bytów ziemskich” lub „kult przedmiotów ziemskich i materialnych zwanych fetyszami”⁴. Zatem z samej definicji fetysyzmu wynika kilka cech, jakie charakteryzują relacje osoby z przedmiotem kultu. Po pierwsze relacja ta jest oparta na religijnym kontekście, a wyobrażenie o fetyszu jest oparte na wierze bez odniesienia do wiedzy. Po drugie fetyszowi przypisuje się magiczne znaczenie ucieleśnione w konkretnym przedmiocie ożywionej bądź nieożywionej przyrody. Wreszcie po trzecie fetysz, jako przedmiot kultu religijnego, stawiany jest przez wyznawcę na piedestale, który uznaje za konieczne pełne podporządkowanie swojego życia przedmiotowi.

Według de Brossessa fetysyzm był najprostszą, pierwotną formą religii, opartej na kulcie namacalnego przedmiotu, z której dopiero w toku ewolucji i rozwoju życia społecznego, wyewoluowały formy religijne odwołujące się do abstrakcyjnie określanego absolutu. Z tego powodu określenie fetysyzm zyskało pejoratywne znaczenie – oznaczało bowiem ślepe podporządkowanie się przedmiotowi materialnemu, w którym dla fetyszysty skrywał się jego absolut. Określenie to szybko znalazło zastosowanie w naukach społecznych, lecz jego użycie nie ograniczyło się tylko i wyłącznie do badania społeczności afrykańskich, lecz ogólnie do teorii faz rozwoju ludzkości, jak chociażby w pracach historiozoficznych Augusta Comte czy z zakresu religioznawstwa.

Pojęcie to szybko zostało zapożyczzone także przez filozofów – pojawia się w rozważaniach zawartych w traktatach filozoficznych Hegla czy Feuerbacha. Wspomniani autorzy używali go jednak w odniesieniu do badań lub refleksji nad społeczeństwami Zachodu, z tą różnicą, że wyparciui uległ konkretny przedmiot materialny jako fetysz – został zastąpiony przez przedmiot abstrakcyjny i nienamacalny. Taki właśnie charakter miał np. „fetyszym towarowy” opisywany przez Marksa jako immanentna cecha kapitalizmu polegająca na zastąpieniu relacji międzyludzkich relacjami opartymi na wymianie towarowej oraz traktowaniu produkcji oraz gromadzenia dóbr jako nadrzędnej wartości, której powinno się

² Zob. Ch. de Brossess, *O kulcie fetyszów*, Warszawa 1992.

³ Francuskie słowo *fétiche* wywodzi się z portugalskiego określenia *fetico*, oznaczającego amulet lub czary, a to z kolei pochodzi z języka łacińskiego *faciticus* i *facere* – odpowiednio „sztuczny” i „tworzyć”. M. Skrzypek, *Rozwój teorii fetyszu of De Brossa do Freuda*, [w:] Ch. de Brossess, op. cit., s. VI.

⁴ Ibidem, s. 4.

podporządkować wszystkie inne⁵. W tym ujęciu przedmiotem uwielbienia – fetyszem – stawały pieniądze czy szerzej dobra materialne.

Wreszcie pod koniec XIX w. pojęcie fetyszyzmu pojawiło się i zostało chętnie przyjęte we francuskiej psychiatrii – a jeden jej przedstawicieli – Alfred Binet odniósł ten termin do zaburzeń seksualnych. Takie znaczenie zostało rozpropagowane na początku XX w. przez Zygmunta Freuda i pozostało dominujące do dnia dzisiejszego – współcześnie raczej rzadko używa się go w naukach społecznych w innym znaczeniu. Czasami tylko pojawia się w dyskursie publicznym i jako pojęcie ma zdecydowanie negatywne znaczenie, podkreślając bezrefleksyjne przywiązanie do jakiegoś przedmiotu materialnego bądź też idei, stylu życia itd.

Zarówno jednak w sytuacji gdy określenie to używane jest tylko w znaczeniu opisu pewnego zjawiska w sposób naukowy, jak i w odniesieniu do użycia w formie bardziej publicystycznej można wyróżnić parę cech charakterystycznych dla stosunku określanego jako fetyszystyczny. Opiera się on: 1) na relacji do przedmiotu (zarówno w postaci materialnej – rzeczy – jak i niematerialnej – przykładowo wyobrażenia, idei, stylu życia), 2) na bezkrytycznym, wręcz nabożnym stosunku do niego. Relacja fetyszysty do przedmiotu adoracji ma charakter podobny do religijnego – nie jest dopuszczalne jakiegokolwiek odejście czy zwątpienie w przedmiot uwielbienia. Wynika z tego także bezwzględna konieczność podporządkowania się fetyszowi oraz wynikających z niego powinności czy określonych zasad postępowania. Zatem określenie kogoś fetyszystą oznacza osobę, która świadomie lub nie zamyka swoje horyzonty postrzegania elementów osaczającej rzeczywistości przez pryzmat wyznawanego fetyszu – jakiegoś przedmiotu materialnego czy też pewnej idei. Niemniej w dyskursie spotyka się głównie krytykę postawy wobec fetyszu, niż samej osoby przyjmującej taką postawę – bardziej w niej chodzi o napiętnowanie negatywnie pojmowanego zjawiska, niż osoby temu zjawisku ulegającej.

Fetyszyzm jako postawa wobec prawa

Zarzut fetyszystycznego stosunku do prawa wielokrotnie był i jest podnoszony w debacie publicznej, lecz także częstokroć był używany przez prawników wobec siebie nawzajem, zwłaszcza w dyskusjach dotyczących pojmowania i istoty prawa. Oczywiście genezy takiej dyskusji można poszukiwać w momencie uzyskiwania przewagi przez prawo pozytywne nad koncepcją prawa natury, natomiast niewąt-

⁵ P. Stallybrass, *Marx's Coat*, [w:] P. Spyer (red.), *Border Fetishism. Material Subjects in Unstable Spaces*, New York–London 1998, s. 183–207; zob. też D. Kennedy, *The role of law in economic thought: An essays on the fetishism of commodity*, „The American University Law Review” 1985, 34, s. 939–1001.

pliwie pełnego rozkwitu oskarżeń o fetyszyzowanie prawa doczekała się przede wszystkim koncepcja pozytywizmu prawniczego. Istotą krytyki skierowanej wobec fetyszyzmu prawnego był zarzut traktowania prawa nie jako pewnego środka do osiągnięcia celów wyznaczanych przez dane społeczeństwo, lecz jako najwyższej wartości i celu samego w sobie. Prawo stawało się zatem absolutem i ostateczną wartością, a nie instrumentem ochrony interesów społecznych czy narzędziem zmian i modelowania rzeczywistości społecznej⁶. Nadrzędnym celem stawało się wykonywanie poleceń formułowanych w przepisach prawnych, nawet jeśli stały one w zupełnej sprzeczności ze zdrowym rozsądkiem, logiką, własnym interesem czy też zasadami sprawiedliwości. Prawnych fetyszystów charakteryzuje zatem skupienie się na formalnym, rytualnym – a więc bezrefleksyjnym – wykonywaniu przepisów prawa, przy zupełnym pominięciu kwestii faktycznej skuteczności przyjętych rozwiązań prawnych⁷.

Nie może zatem dziwić, że celem pierwszych oskarżeń o fetyszyzm prawny padali przede wszystkim przedstawiciele XIX-wiecznej ortodoksyjnej wersji pozytywizmu prawnego, natomiast oskarżycielami byli głównie przedstawiciele szeroko rozumianego realizmu prawnego. Francis Gény, pisząc o przedstawicielach szkoły egzegezy, określał ich jako „znajdujących się w quasireligijnym transie praktyków fetyszyzmu prawnego”⁸. Jeszcze ostrzej taką postawę atakowali amerykańscy realisci – Jerome Frank, odnosząc się do amerykańskiej klasycznej jurysprudencji (nazywanej także formalizmem)⁹, pisał o fetyszyzmie reguł prawnych, jaki miał cechować jej przedstawicieli¹⁰. Pojawiały się w stosunku do niej także inne zarzuty, takie jak „mechaniczna jurysprudencja”¹¹, „prawnicza teologia”¹², „transcendentalny nonsens”, „prawnicza magia i żonglerka słowna” oraz „teologiczna doktryna pojęć”¹³. Jak widać, krytyka ta skupiała się głównie na metodzie poznawania oraz sposobie interpretacji prawa, uznając podobieństwo metod formalistów do tych zaczerpnię-

⁶ J.L. Comaroff, J. Comaroff, *Reflection on Anthropology of Law, Governance and Sovereignty*, [w:] F. Von Benda-Beckmann, K. Von Benda-Beckmann, J. Eckert (red.), *Rules of Law and Laws of Ruling. On the Governance of Law*, Farnham 2009, s. 33. Zob. też Ch. Tomlins, J. Comaroff, „Law As...”: *Theory and Practice in Legal History*, „UC Irvine Law Review” 2011, 1, 3.

⁷ J. Lemaitre, *Legal Fetishism at Home and Abroad*, „Unbound” 2007, 3, s. 8.

⁸ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. A Critical Essay*, St. Paul 1954.

⁹ Szerzej na temat nazewnictwa tego nurtu myśli prawnej w amerykańskiej historii prawa zob. J. Srokosz, *Geneza Case Method i jej wpływ na kształt amerykańskiej filozofii prawa*, „Krytyka Prawa”, 2018, 10(2), s. 298.

¹⁰ J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, s. 81, 283.

¹¹ R. Pound, *Mechanical Jurisprudence*, „Columbia Law Review” 1908, 8, s. 605.

¹² O.W. Holmes, *Book Review*, „American Law Review” 1880, 14, s. 234.

¹³ F.S. Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, „Columbia Law Review” 1935, 35, s. 821.

tych wprost z praktyk religijnych i opartych na analizie świętych tekstów, bez odniesienia do jego rzeczywistego funkcjonowania.

Z innego punktu widzenia atakowała fetyszyzm prawny marksistowska szkoła prawa – za fetyszyzm jej przedstawiciele uznawali traktowanie prawa jako obiektywnej wartości samej w sobie, bez odniesienia do klasowego oraz ideologicznego charakteru prawa¹⁴. Postrzeganie prawa jako obiektywnej wartości zaciemniało i zasłaniało bowiem obraz rzeczywistych struktur władzy i dlatego, by można było ujawnić prawdziwą naturę prawa, należało zwalczać fetyszystyczne podejście do prawa, służyło ono bowiem do utrzymania burżuazyjnego *status quo*.

Także w późniejszych czasach pojawiają się oskarżenia wobec pozytywizmu o zbyt uleganie magii samej litery prawa kosztem jego skutków społecznych bądź chociażby odniesień do systemu wartości i ocen aksjologicznych danych społeczności. Oczywiście nadmierne skupienie się na ortodoksyjnie pozytywistycznym stosunku do prawa spowodowane może być nie tylko samą istotą pozytywizmu prawniczego, lecz może być też pewną reakcją po traumie. Według Evgena Tacheva postawa fetyszystyczna wobec prawa w byłych państwach realnego socjalizmu po 1989 r. miała zastąpić i być naturalną reakcją na prawny nihilizm okresu wcześniejszego¹⁵. W ujęciu autora istota fetyszyzmu sprowadza się do myślenia o prawie jako najlepszej receptce na rozwiązanie każdego problemu społecznego, lecz skutkuje to nie umiejętnym stosowaniem przepisów, lecz raczej tworzeniem ich *ad hoc* w celu uregulowania problematycznej kwestii. Takie myślenie ma w sobie pewien element myślenia życzeniowego – sam fakt uregulowania ma być wystarczającym remedium na pojawiające się problemy społeczne. Zdaniem Janusza Kochanowskiego taki rodzaj prawniczego „myślenia magicznego” w żaden sposób nie rozwiązywał problemów społecznych, a jedynie przyczyniał się do potęgowania zjawiska jurydyzacji życia społecznego¹⁶. Zresztą ten ostatni proces, rozumiany jako obejmowanie przez prawo kolejnych obszarów życia społecznego, także może być postrzegany w pewien sposób jako naturalna konsekwencja myślenia fetyszystycznego o prawie, gdyż traktuje je jako jedyny właściwy sposób normowania zachowania oraz postrzegania uczestników życia społecznego¹⁷.

¹⁴ E. Pashukanis, *The General Theory of Law and Marxism*, New Brunswick–London 2002, s. 87 i n.

¹⁵ E. Tachev, *Historical and Psychological Sources Shaping Constitutionalism and Constitution Performance in Post Socialist Countries*, [w:] S. Frankowski, P. Stephan (red.), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Within*, Dordrecht–Boston–London 1995, s. 158–159.

¹⁶ J. Kochanowski, *Jurydyzacja życia*, „Palestra” 2002, 7–8, s. 95.

¹⁷ Według Larsa Blichnera i Andreasa Molandera wyróżnić można aż pięć możliwych znaczeń terminu jurydyzacja, która może być rozumiana jako: 1. proces formalizowania i instytucjonalizacji reguł wzajemnego zachowania występujących we współczesnych społeczeństwach, 2. obejmowanie przez regulację prawną coraz szerszego obszaru życia społecznego, 3. rozszerzanie się

Jak zostało przedstawione powyżej, nie ma jasnego i precyzyjnego sposobu definiowania fetyszyzmu prawnego. Zjawisko to może być postrzegane rozmaicie, a więc jako traktowanie prawa jako pewnego absolutu, uznawanie prawa za obiektywnie wiążący i nie uwikłany w politykę czy ideologię system nakazów i zakazów czy też jako rodzaj idealizacji prawa jako narzędzia do rozwiązywania problemów społecznych. Wszystkie te ujęcia łączą jednak cechy wspólne – traktowanie prawa jako wartości samej w sobie oraz „magiczne myślenie” – a więc przekonanie o prawie jako pewnym rodzaju nienaruszalnej wartości, która powinna być bezwzględnie chroniona i realizowana¹⁸. Można zatem powiedzieć, że przedmiotem krytyki wyrażanej poprzez odwołanie do fetyszyzmu prawniczego jest przede wszystkim postawa osób idealizujących i absolutyzujących prawo, nadających mu cechy ostatecznej wartości kosztem innych elementów rzeczywistości społecznej. Zarzut ten jest głównie kierowany w stosunku do prawników, gdyż to oni się najczęściej właśnie w ten sposób odnoszą do prawa – choć oczywiście nie jest to regułą.

Fetyszyzm konstytucyjny

Pomimo, że pojęcie fetyszyzmu w odniesieniu do prawa pierwotnie dotyczyło bardziej postrzegania jego istoty czy też metod interpretacji, niemniej w XX i XXI w. najczęściej odnosi się je do problematyki konstytucji i konstytucjonalizmu jako tych elementów, które przesądzają o kształcie współczesnego życia społecznego – w szczególności w systemie demokracji liberalnej. Dzieje się tak ze względu na szczególną doniosłość konstytucji i konstytucjonalizmu we współczesnej debacie publicznej – wraz z upadkiem tradycyjnych legitymizacji do sprawowania władzy, takich jak tradycja czy też charyzma, to legalność staje się decydującym kryterium uzasadniającym rządzenie. W tych okolicznościach to prawo – a więc przede wszystkim konstytucja – wyznacza i powierza sprawowanie władzy, jednocześnie wprowadzając dla niej ograniczenia. Wyrasta ona na podstawę i gwarancję funkcjonowania państwa, zwłaszcza jeśli jest to państwo prawa. Zdaniem Artura Ławniczaka konstytucje zastąpiły dotychczasowy porządek społeczny, przesuwając ciężar z pewnej tradycji, wspólnych wartości w kierunku reguł prawnych¹⁹. To prawo ucieleśnione

zakresu spraw rozstrzyganych na podstawie przepisów prawa, 4. zwiększenie się zakresu władzy profesjonalistów prawnych – w szczególności sędziów – oraz 5. proces rozszerzania się sposobu myślenia o jednostce i wzajemnych relacjach międzyludzkich w kategoriach prawnych. L.Ch. Blichner, A. Molander, *Mapping Juridification*, „European Law Journal” 2008, 14.

¹⁸ J. Lemaitre nazywa to „magicznym legalizmem”. J. Lemaitre, *Legal Fetishism: Law, Violence, And Social Movements In Colombia*, „Revista Juridica U.P.R.” 2008, 77, s. 331–332.

¹⁹ Zob. szerzej A. Ławniczak, *Geneza konstytucji*, Wrocław 2015.

w konstytucji stało się dla współczesnych państw umową społeczną, na podstawie której możliwe jest funkcjonowanie życia społecznego. Z jednej strony podnosi to rangę prawa oraz prawników w strukturach społecznych, lecz z drugiej strony naraża ich na zarzuty: nadmiernego rozszerzania zakresu swojej władzy, zawłaszczania zbyt wielkiego obszaru w debacie publicznej i sprowadzanie jej istoty wyłącznie do prawa oraz właśnie na zarzut fetyszyzmu konstytucyjnego²⁰.

Analizując problematykę narracji o fetyszyzmie konstytucyjnym, odwołam się do trzech ujęć tego zjawiska: podejmowanej przez prawników próby ograniczenia dyskursu publicznego do ram konstytucjonalizmu; konstytucji i konstytucjonalizmu jako ochrony przed populizmem oraz konstytucji i konstytucjonalizmu jako bariery i hamulca w rozwoju państwa i społeczeństwa. Wydaje się, że przedstawiona problematyka, chociaż z pewnością całkowicie nie wyczerpuje całościowego kontekstu użycia argumentu z fetyszyzmu w dyskursie konstytucyjnym, niemniej pokazuje istotę i kontekst jego używania.

Stosunkowo najłagodniejszym zarzutem wobec prawników jest oskarżenie o fetyszyzm w pierwszym znaczeniu, a więc spłykanie oraz zawężanie debaty publicznej wyłącznie do prawa. Zarzuty wysuwane wobec konstytucjonalizmu przedstawić można na przykładzie debaty o integracji europejskiej oraz kwestii przyjęcia konstytucji europejskiej, co jak wiadomo było przedmiotem procedowania w pierwszej dekadzie nowego milenium i zakończyło się fiaskiem²¹. W dyskusji, która się wówczas wywiązała, pojawiły się zarzuty dotyczące występowania fetyszyzmu konstytucyjnego będącego się jedną z przeszkód dla ukształtowania i funkcjonowania wspólnoty europejskiej.

Według Neila Walkera jedna najczęściej podnoszonych krytyk w stosunku do konstytucjonalizmu dotyczy jego fetyszyzowania przez uczestników debaty publicznej. Zdaniem autora jednym z zarzutów wobec tak rozumianego konstytucjonalizmu jest zbyt skoncentrowanie się na mechanizmach wyjaśniania rzeczywistości, jakie oferuje prawo, kosztem marginalizowania lub całkowitego pomijania innych mechanizmów mogących formować zarówno kształt publicznego dyskursu, jak i wizję całej wspólnoty²². Istotą fetyszyzmu konstytucyjnego jest nadmierne skupienie

²⁰ Pokłosem tych twierdzeń są postulaty ograniczenia władzy prawniczej. Zob. M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999; L. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford 2004.

²¹ Szerzej na temat debaty nad europejskim konstytucjonalizmem zob. M. Brand, *Affirming and Refining European Constitutionalism: Towards the Establishment of the First Constitution for the European Union*, „EUI Working Paper LAW” 2004, 2; M. Kielhorn, *The Constitution for Europe: The Point of No Return?*, Aberdeen 2004; M.A. Graber, *The Law Professor as Populist*, „University of Richmond Law Review” 2000, 34(2).

²² N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, „Modern Law Review” 2002, 65, s. 317–359.

się na konstytucji, czy szerzej konstytucjonalizmie, jako narzędziach mających na celu kształtowanie oraz wyjaśnianie istoty zachodzących zjawisk społecznych, gdy tymczasem są inne, być może nawet lepsze, instrumenty do osiągnięcia tych celów.

Szerzej ten problem omawiał Ian Ward, który przyczyny zjawiska określanego fetysyzmem konstytucyjnym (sam nie używał tego pojęcia) widział w ograniczonej wyobraźni oraz braku społecznego wycucia elit europejskich, wśród których na piedestale oczywiście umieszczał prawników²³. Elity te – zgodnie z twierdzeniami Warda – nastawiły się tylko na budowanie wspólnoty za pomocą instrumentów prawnych. Marsz ku wspólnocie europejskiej widzieli oni w procesie przechodzenia od traktatu do traktatu, od dyrektywy do dyrektywy, wierząc że są w stanie taką wspólnotę stworzyć wyłącznie, a co najmniej głównie, za pomocą prawnych regulacji²⁴. W rzeczywistości jednak większość obywateli państw Unii Europejskiej nie jest zainteresowana dyskursem prawniczym – rozmija się on z rzeczywistymi oczekiwaniami społeczeństw. Dzieje się tak dlatego, że skupiając się wyłącznie na stosowaniu instrumentów prawnych, zapomina się o wielu innych różnych aspektach i prowadzonych dyskursach – narracja prawna, w szczególności konstytucyjna, jest tylko jedną z wielu.

Prawnicy nie potrafią, a jednocześnie nie chcą otworzyć się na inne dyskursy. Po pierwsze dlatego, że w gruncie rzeczy nie potrafią już rozumować w innych kategoriach niż konstytucyjne, co jest ich pewnego rodzaju wyuczoną „niepełnosprawnością zawodową” (*occupational disability*)²⁵. Po drugie zaś prawnicy nie chcą się otwierać na inne dyskursy, ponieważ ulegają pokusie zwiększenia zakresu swojej władzy i społecznego znaczenia, co realizują za pomocą dominacji w głównym dyskursie europejskim, sprowadzając jego istotę do dyskusji nad prawem²⁶. Połączenie tych dwóch elementów powoduje narastanie fetyszystycznego stosunku do konstytucjonalizmu jako narzędzia do zbudowania trwałej i silnej Nowej Europy – jest to jednak tylko złudzenie, gdyż konstytucjonalizm, nawet gdyby chciał, nie jest w stanie spełnić takiej roli. Prawnicy mogą nadać procesom integracji pewien zarys instytucjonalny, czy też formę prawną, natomiast nie są w stanie stworzyć

²³ I. Ward, *Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination*, „European Law Journal” 2001, 7(1).

²⁴ Ward, *ibidem*, podaje przykład myślenia prawników, ich przekonanie że tak naprawdę to oni zbudowali wspólną Europę za pomocą instrumentów prawnych i to oni są odpowiedzialni za jej obecny kształt, odwołując się do tekstu: E. Denza, *Two Legal Orders: Divergent or Convergent?*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, s. 257–284.

²⁵ N. Walker, *op. cit.*

²⁶ I. Ward, *op. cit.*, s. 28.

dla niej fundamentów – pełnią jedynie rolę wtórną wobec tych procesów, a nie rolę kreującą, jak chcieliby siebie widzieć²⁷.

Podstawą i warunkiem powodzenia integracji jest dla Warda stworzenie pewnego rodzaju wspólnej, politycznej wizji łączącej Europejczyków. Dopiero na niej można budować instrumenty prawne. Wizja ta powinna wyrastać ze wspólnego, kulturowego dziedzictwa europejskiego, z zasad humanizmu i filozofii, a nie „myślenia życzeniowego” i „niejasnych fraz” zawartych w traktatach²⁸. Zatem zbudowanie tej wizji wymaga wyjścia poza konstytucjonalizm i skupienia się na szerszym dyskursie uwzględniającym kontekst społeczny i filozoficzny oraz biorącym pod uwagę złożoność „stosunków społecznych, idei, ideologii, norm, pojęć, instytucji, ludzi, technik i tradycji”²⁹. Pozostanie przy dotychczasowym samozadowoleniu prawników z produkcji kolejnych dokumentów prawnych w żaden sposób nie pomoże w stworzeniu tej wspólnej europejskiej politycznej imaginacji. Konsekwencją dalszego forsowania wyłącznie prawnych narzędzi jako budujących wspólnotę będzie oczywiście postępująca fetyszyzacja prawa, skutkująca narastającym rozdzwieniem pomiędzy prawem i rzeczywistością społeczną.

Z powyższą wizją fetyszystycznego postrzegania konstytucjonalizmu korespondują argumenty Emiliosa Christodoulidisa, który krytycznie odnosił się do próby wypierania elementów polityki z dyskursu publicznego i zastępowania ich przez prawo. Sfera publiczna funkcjonowania państwa to teren ścierania się różnych systemów w rozumieniu lumannowskim – przede wszystkim prawa z polityką. Daje się jednak zauważyć narastającą tendencję do stopniowego zwiększania się dominacji prawa w tym obszarze, wypierającego i przejmującego rolę polityki – nie jest to tendencja właściwa. Prawo nie może przejmować sfer zastrzeżonych dla polityki, ponieważ nie będzie skutecznie realizować jej funkcji³⁰. Dzieje się tak dlatego, że prawo operuje przejrzystym podziałem i jasnymi kategoriami legalności lub nielegalności, gdy tymczasem świat polityki jest o wiele bardziej złożony. Gdy wprowadzi się kategorie prawne w miejsce zastrzeżone dla polityki, spowoduje to redukcję złożoności zagadnień politycznych, nadmierne uproszczenie i spłaszczenie tych problemów. Ponadto, co ważniejsze, takie próby prawnego uregulowania i usystematyzowania kwestii politycznych będą nieskuteczne, gdyż walka polityczna, zgodnie ze swoją logiką, będzie i tak się toczyć, wymykając się stworzonym dla niej ramom prawnym – będzie więc odbywać się równolegle wobec prawa, nie mieszcząc się jednocześnie w jego granicach. Skutkiem tego będzie sztuczność kategorii

²⁷ Ibidem, s. 39.

²⁸ Ibidem, s. 25.

²⁹ W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge 2000, s. 3–8, 47–49.

³⁰ E. Christodoulidis, *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht 1998, s. 19–20.

prawnych, które w najmniejszym stopniu nie będą łączyć się z rzeczywistością społeczną.

Zdaniem Christodoulidisa nie jest możliwe postrzeganie funkcjonowania jednego z systemów społecznych z punktu widzenia reguł innego systemu – a to właśnie próbuje robić konstytucjonalizm, starając się objąć swoimi regulacjami i uporządkować sferę polityczną zgodnie z własnymi wewnętrznymi regułami³¹. Wiara prawników w to, że jest to możliwe, wynika z fetyszystycznego traktowania reguł systemu, w którym sami funkcjonują. Rozwiązaniem w tej sytuacji byłoby zatem uwolnienie dyskursu politycznego od z góry narzuconych prawnych ram, prowadzenie szerokiej polityki deliberacyjnej, w której ścierać się będą różne wizje kierunków działań politycznych. Rolą prawników będzie nadawanie instytucyjnego kształtu tym wizjom – prawo musi zostać zdegradowane z roli kreatora do roli wykonawcy tych wizji.

Drugim ujęciem fetyszyzmu konstytucyjnego jest problematyka konstytucjonalizmu postrzeganego jako mur obronny przed zagrożeniem ze strony populizmu³². Istotę tego problemu przedstawił Richard Parker krytykujący amerykański model demokracji liberalnej – w szczególności konstytucjonalizm – widząc w nim próbę prawnego zabezpieczenia *status quo* przed zmianami niesionymi przez politykę. Jedną z najważniejszych cech tego systemu – w opinii Parkera – był „chroniczny fetyszyzm w stosunku do Konstytucji, konstytucjonalizmu i Sadu Najwyższego”³³. Fetyszyzm ten wywodził się z obawy amerykańskich elit przed ruchami populistycznymi, pojawiającymi się w różnym czasie i z różnymi żądaniami, ale niezmiennie domagającymi się zmian w dotychczasowym kształcie życia społecznego i politycznego.

Obawy przed tymi zmianami pchały elity w kierunku fetyszystycznego traktowania konstytucjonalizmu jako gwaranta niezmienności *status quo*, a zdaniem Parkera objawiało się to dwojako. Po pierwsze przyjęte zostało przekonanie o istnieniu „właściwego” znaczenia konstytucji, a droga do jego poznania wiedzie poprzez dokonanie „prawidłowego” rozumowania – wskazanego w dotychczasowej praktyce konstytucyjnej. Skutkiem bałwochwalczej wiary w konstytucjonalizm było przypisywanie szczególnej rangi prawu w stosunku do polityki, jako zdecydowanie wyższemu porządkowi – pewnego rodzaju świętości. Relacja elit do prawa miała

³¹ Ibidem.

³² Szerzej na temat istoty zjawiska populizmu zob. J.W. Müller, *Co to jest populizm?*, Warszawa 2017; P. Taggart, *Populism*, Philadelphia 2000; P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, [w:] C. de la Torre (red.), *Routledge Handbook of Global Populism*, London 2018.

³³ R.D. Parker, „Here, the People Rule”: *A Constitutional Populist Manifesto*, „Valparaiso University Law Review” 1993, 27(3), s. 564.

się opierać nie na racjonalizmie i argumentach merytorycznych lecz po prostu na wierze w istnienie dogmatu wyższości prawa nad polityką, nawet jeśli fakty zdawałyby się temu przeczyć³⁴. W tym ujęciu prawo i szerzej konstytucjonalizm jest idealizowany i postrzegany jako system czystych i czytelnych reguł gry oraz przeciwstawiany „brudnej” polityce jako zjawisku absolutnie negatywnemu.

Drugim elementem fetyszyzmu konstytucyjnego była narracja elit – w szczególności prawników jako ekspertów w tym zakresie – uzasadniająca konieczność ochrony systemu przed zmianami, w których konstytucja przedstawiana była jako najwyższa wartość społeczna. Częstokroć w debatach nad koniecznością zmian prawnych pojawiały się emocjonalne argumenty o konieczności „pozostawienia konstytucji naszym dzieciom jako naszego dziedzictwa”, a każda jej zmiana skutkować miała bezpowrotnym zniszczeniem tego legatu³⁵. W przywoływanych narracjach konstytucja i szerzej konstytucjonalizm przedstawiany jest jako niezwykle cenna, a jednocześnie bardzo krucha wartość, która w łatwy sposób może zostać zniszczona przez politykę, o ile się na to pozwoli³⁶. Relacje wytworzone pomiędzy władzami w dotychczasowej praktyce są na tyle delikatne, że każdy poważniejszy kryzys jest w stanie je zniszczyć – gwarancją trwania z trudem osiągniętej równowagi ustrojowej jest zatem akceptacja ograniczeń polityki wprowadzanych przez konstytucjonalizm.

W ujęciu Parkera (który chyba najpełniej przedstawił przekonania w tym zakresie), ale i także innych teoretyków związanych z ruchami określanymi jako populistyczne fetyszyzm konstytucyjny amerykańskich elit ma tak naprawdę jeden cel – utrzymanie *status quo*. Elity poprzez jasne i ostateczne ustalenie zasad funkcjonowania społeczeństwa i wzajemnych relacji władz państwa oraz poprzez przyjęcie jedynej możliwej interpretacji konstytucji faktycznie mają na celu „ograniczyć i związać naturalną energię obywateli”, która dotychczas zawsze znajdowała ujście w nowych ruchach politycznych³⁷. Ruchy te nazywane są populistycznymi, które to słowo ma zdecydowanie negatywne konotacje, i jako takie są postrzegane jako zagrożenie dla sprawnego funkcjonowania całego mechanizmu państwowego.

Wreszcie w trzecim ujęciu fetyszyzm konstytucyjny przedstawiany jest jako postawa, która ma na celu zahamowanie nieuniknionych zmian społecznych czy politycznych, koniecznych z punktu widzenia racji stanu czy też potrzeb społecznych, lecz stojących w sprzeczności z przepisami prawa. Taki punkt widzenia

³⁴ Ibidem.

³⁵ A. Clymer, *Starring Role In Budget Act: Fear of Voters*, „New York Times” 5.06.1992, za: R. Parker, op. cit., s. 565.

³⁶ P. Berman, *The Vanities of Patriotism*, „The New Republic” 1.07.1991, za: R. Parker, op. cit., s. 565.

³⁷ R. Parker, op. cit., s. 564.

reprezentował w swoim piśmiennictwie Władysław Maliniak, według którego najtrwalszy czy też najstabilniejszy system konstytucyjny prędzej czy później musi się zmierzyć z kryzysem w funkcjonowaniu wynikającym z nieuchronnych zmian społecznych i politycznych, a które muszą znaleźć swoje odbicie w prawie. Oczywiście idealnie byłoby, gdyby zmiany te były harmonijnie wprowadzane do porządku prawnego, lecz częstokroć dzieje się odwrotnie – podejmowane są próby ich blokowania czy też ograniczania. Koronnym argumentem mającym wspierać takie postawy jest odwołanie do sprzeczności z obowiązującym prawem, w szczególności z konstytucją, co ma być ostatecznym argumentem rozstrzygającym na rzecz odrzucenia zmian. Oczywiście najczęściej to prawnicy podejmują się roli blokujących zmiany, gdyż zdaniem Maliniaka bardzo często są fetyszystami konstytucyjnymi traktującymi tekst ustawy zasadniczej jak świętość, od której nie można w żadnym wypadku odstąpić. Tymczasem w konstytucjonalizmie, jako prawnej formie organizacji życia społecznego, należy wystrzegać się nadmiernego uogólniania i tworzenia świętych haseł³⁸. Zawsze w takim wypadku należy brać pod uwagę uwarunkowania lokalne i potrzebę harmonii ustawy zasadniczej z realiami życia społecznego, a nie wyimaginowany i abstrakcyjny porządek konstytucyjny, rozumiany jako pewna forma, ale bez konkretnej treści.

Życie społeczne toczy się bowiem poza konstytucją, która chociaż chciałaby je uregulować, to nie ma faktycznej możliwości by ten zamiar zrealizować – rozwiązania przewidziane przez konstytucje są zawsze wtórne wobec procesów społecznych i muszą się do nich dostosowywać. Oczywiście mogą występować różne postawy wobec konstytucji – od bezwarunkowej adoracji aż po całkowite i cyniczne odrzucanie wszystkich reguł – a więc od fetyszyzmu do nihilizmu konstytucyjnego. Maliniak dystansował się od obu postaw, wskazując, że zgodnie z zasadą umiarkowania Beniamina Constanta należy odrzucać każde skrajności – gdyż pierwsza z wymienionych postaw nie docenia wszystkiego tego, co dzieje się poza konstytucją, natomiast druga to przecenia. Prawnicy mają tendencje do niedocenia zjawisk niemieszczących się w dotychczasowym porządku konstytucyjnym, częstokroć ulegają fetyszystycznemu racjonalizmowi polegającemu na utożsamianiu swojego wewnętrznego punktu widzenia z potrzebami społecznymi. Fetyszyzm takiego myślenia objawia się w prostym mechanizmie automatycznego przyjmowania za racjonalne tego, co wynika z powszechnie akceptowanego przez prawników konstytucjonalizmu.

W sytuacji konfliktu konstytucji z aktualnymi realiami społecznymi prawnicy automatycznie przyjmują nadrzędność reguł dyskursu konstytucyjnego, gdy tymczasem to realia życia społecznego powinny otrzymać priorytet – ich depre-

³⁸ W. Maliniak, *Fetyszyzm prawniczy w doktrynach konstytucyjnych*, „Droga” 1935, 3, s. 200.

cjonowanie stanowi prosty przykład fetyszyzmu³⁹. W takiej sytuacji dochodzi do rozmijania się przepisów prawnych z rzeczywistością społeczną, a w konsekwencji do spadku znaczenia prawa, lecz nigdy nie skutkuje to zniknięciem, lecz raczej nasilaniem kłopotliwych dla prawników zjawisk życia społecznego. Gdy życie społeczne biegnie innym torem niż wyznaczają mu przepisy konstytucji – a więc następuje rozdźwięk pomiędzy faktycznością a wyobrażeniami prawników – to stają się oni fetyszystami kurczowo trzymającymi się swoich wyobrażeń, a nie tego co się dzieje naprawdę. Jako przykład konieczności przewyciężenia konstytucyjnego fetyszyzmu w imię konieczności dostosowania do wymogów życia społecznego Maliniak podawał sytuacje ustanowienia wbrew przepisom konstytucji powszechnego prawa wyborczego dla kobiet w Belgii w 1919, czy też politykę New Dealu Roosevelta. Sytuacje te stanowiły jawne pogwałcenie ówczesnie obowiązujących przepisów, natomiast były odbiciem realnych procesów społecznych⁴⁰.

Konkluzje

Z przedstawionej powyżej analizy wynika, że argument z fetyszyzmu konstytucyjnego odnoszony jest do sytuacji, gdy następuje napięcie pomiędzy literą prawa z zjawiskami życia społecznego. Konstytucjonalizm stawia sobie za cel uporządkowanie tych zjawisk oraz próbuje stworzyć prawne ramy ich przebiegu, gdy tymczasem okazuje się, że nie do końca jest to możliwe. Przekonanie, że prawo jest najlepszym instrumentem do określania kształtu zjawisk życia politycznego, jest właśnie traktowane jako fetyszystyczne – krytycy tego podejścia podkreślają konieczność dopuszczania do głosu innych dyskursów i ograniczenia głosu prawników w tym zakresie.

Dominacja dyskursu prawniczego w debacie publicznej zdaniem Warda była skutkiem zwycięstwa oświecenia i wyeliminowania religii jako centralnej i ostatecznej kategorii rozstrzygającej co do funkcjonowania społeczeństwa – puste miejsce

³⁹ Wymogi racji stanu mogą uzasadnić jawne pogwałcenie przepisów ustrojowych – taka sytuacja miała miejsce zdaniem Maliniaka w 1926 r. w Polsce w trakcie przewrotu majowego. Jako jeden z nielicznych prawników podjął się o karkołomnego zadania uzasadnienia prawnego zasadności przewrotu politycznego Józefa Piłsudskiego, który tłumaczył stanem wyższej konieczności – zagrożenie istnienia państwa polskiego było wartością wyższą niż przestrzeganie porządku wypracowanego na gruncie Konstytucji marcowej. Zob. W. Maliniak, *Józef Piłsudski jako polityk romantyczny*. „Droga” 1935, 7–8, s. 585–602; 9, s. 728–751; 12, s. 1068–1080; idem, *Żywotność i aktualność romantyzmu politycznego*, „Droga” 1936, 1, s. 72–88; 2–3, s. 193–212; 4, s. 318–330; A. Danek, *Wstęp*, [w:] W. Maliniak, *Przeciw fetyszyzmowi konstytucyjnemu. Wybór pism*, Kraków 2012.

⁴⁰ W. Maliniak, *Fetyszyzm prawniczy...*, s. 207–209.

próbowano wypełnić prawem⁴¹. Umieszczenie prawa w centralnym miejscu dyskursu publicznego oraz powierzenie mu możliwości formowania ostatecznych rozstrzygnięć było źródłem podejścia fetyszystycznego – prawo zajęło bowiem miejsce Boga, toteż zaczęto przypisywać mu jego cechy. Niemniej okazało się, że prawo nie zawsze jest w stanie wykonywać powierzoną mu rolę – bowiem najlepiej służy ono do zachowywania pożądanego stanów rzeczy, lecz nie zawsze jest w stanie wypracować pewną wizję rozwoju. Stąd też postulaty osób krytykujących fetyszym konstytucyjny, by rolę prawa i prawników sprowadzić wyłącznie do wykonawców wizji wypracowanych jednak już w zupełnie innych dyskursach. Prawo niepojmowane jako wartość sama w sobie, lecz co najwyżej jako pewien instrument realizacji społecznych oczekiwań, nie może zatem stawać w kontrze do zjawisk i trendów społecznych.

W sytuacji pojawienia się kryzysu wynikającego z niedopasowania treści prawa do oczekiwań i prądów społecznych należy pierwszeństwo dać życiu społecznemu, nawet kosztem pewności i porządku, jaki zapewnia prawo. Zresztą taki formalny porządek niezgodny z aktualnymi trendami i wartościami społecznymi staje się sztuczny i abstrakcyjny, a broniący go prawnicy zaczynają być postrzegani jak wyznawcy czczący i zażarcie broniący nieistniejącego bożka – ich upór w jego obronie jest uznawany za nieracjonalny i niezrozumiały. Postawa prawników jest zatem podobna postawy religijnej – tak jak wyznawca odrzuca możliwość istnienia innych bogów poza swoimi, tak prawnicy automatycznie wyłączają możliwość stosowania innych rozwiązań i instrumentów kształtowania życia społecznego. Przy okazji prawnicy bronią swojej pozycji w strukturach władzy, jaką dają im nadrzędność prawa w dyskursie publicznym – nie chcąc dopuścić do zmian stają zatem po stronie *status quo* i wynikających z niego stosunków władzy. Tymczasem przeciwnicy fetyszyzmu konstytucyjnego chcą zwykle, by następowały zmiany wynikające z „uwolnienia naturalnej energii obywateli”, nawet jeśli będą oznaczały odrzucenie dotychczasowego kształtu konstytucjonalizmu⁴².

Jak widać z powyższych rozważań, argument z fetyszyzmu prawnego ma na celu obnażenie i napiętnowanie postawy nadmiernego przywiązania do sztywnych reguł prawnych oraz wierę, że wyłącznie za pomocą metod wypracowanych przez konstytucjonalizm będzie można zbudować i utrzymać w harmonii wspólnotę polityczną. Podnoszący ten argument zwykle nie proponują jakichś precyzyjnie określonych rozwiązań w miejsce dotychczasowych praktyk – zwykle sprowadzają się one do ogólnych postulatów uwolnienia życia społecznego od krępującego je gorsetu przepisów prawnych, czy też postulatów szerokiej deliberacji w ustalaniu

⁴¹ I. Ward, op. cit., s. 25.

⁴² R. Parker, op. cit., s. 564.

wizji wspólnoty i dopuszczenie do głosu o wiele szerszej grupy niż dotychczas. Niewątpliwie jednak mocno wyrażony jest postulat zrzucenia prawa i prawników z piedestału, zabrania im decydującego i ostatecznego głosu w kwestiach konstytucyjnych oraz zmianę ich społecznej roli z kreatorów porządku społecznego w wykonawców wizji wypracowywanych gdzie indziej. Zatem nie ma tutaj całkowitego odrzucenia konstytucjonalizmu, lecz sprowadzenie go do roli wtórnej wobec procesów i oczekiwań społecznych – to w praktyce społecznej mają się utrzcć pewne praktyki, które dopiero potem zostaną przez prawników przekształcone w konkretne przepisy i instytucje. Co ważne, te instytucje i przepisy w każdej chwili będą mogły zostać zmienione, o ile przestaną odpowiadać aktualnym oczekiwaniom społecznym. Nie dziwi zatem, że argument ten chętnie używany jest przez przedstawicieli ruchów zwanych populistycznymi – z grubsza odzwierciedla on bowiem podnoszone przez nich hasła antyestablishmentowe.

Argument z fetyszyzmu – według używających go osób – pokazuje dlaczego dyskurs konstytucyjny utracił swój potencjał wyjaśniający i kreujący w stosunku do zachodzących procesów społecznych. Powodem jest fakt zbytniego skupiania się prawników wyłącznie nad treścią oraz interpretacją przepisów konstytucji, bez odwołania się do szerszego kontekstu społecznego, co skutkuje ograniczeniem dyskursu konstytucyjnego tylko do elementów prawnych przy jednoczesnym pominięciu wszystkich innych czynników społecznych. Zatem podnoszenie tego argumentu w debacie publicznej jest sygnałem wysyłanym do prawników, że wykonywana przez nich rola jest negatywnie oceniana społecznie i powinna ulec zmianie – ma on skłaniać do refleksji i zmiany postawy. Chociaż emocjonalny i jednocześnie absolutnie piętnujący charakter tego argumentu sytuuje go bardziej w świecie polityki, to może jednak zostać potraktowany jako pewna hiperbola, która ostrością sformułowania ma zmuszać, a jednocześnie ułatwiać uświadomienie sobie przez prawników przyczyn krytyki wysuwanej wobec konstytucjonalizmu.

Bibliografia

- Blichner L.Ch., Molander A., *Mapping Juridification*, „European Law Journal” 2008, 14.
 Blokker P., *Populist Constitutionalism*, [w:] C. de la Torre (red.), *Routledge Handbook of Global Populism*, London 2018.
 Brand M., *Affirming and Refining European Constitutionalism: Towards the Establishment of the First Constitution for the European Union*, „EUI Working Paper LAW” 2004, 2.
 Brossess Ch., de, *O kulcie fetyszów*, Warszawa 1992.
 Christodoulidis E., *Law and Reflexive Politics*, Dordrecht 1998.
 Cohen F.S., *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, „Columbia Law Review” 1935, 35.

- Comaroff J.L., Comaroff J., *Reflection on Anthropology of Law, Governance and Sovereignty*, [w:] F. Von Benda-Beckmann, K. Von Benda-Beckmann, J. Eckert (red.), *Rules of Law and Laws of Ruling. On the Governance of Law*, Farnham 2009.
- Danek A., *Wstęp*, [w:] W. Maliniak, *Przeciw fetysyzmowi konstytucyjnemu. Wybór pism*, Kraków 2012.
- Denza E., *Two Legal Orders: Divergent or Convergent?*, „International and Comparative Law Quarterly” 1999, s. 257–284.
- Frank J., *Law and the Modern Mind*, New York 1930.
- Gény F., *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif: A Critical Essay*, St. Paul 1954.
- Graber M.A., *The Law Professor as Populist*, „University of Richmond Law Review” 2000, 34(2).
- Holmes O.W., *Book Review*, „American Law Review” 1880, 14.
- Kennedy D., *The role of law in economic thought: An essays on the fetishism of commodity*, „The American University Law Review” 1985, 34, s. 939–1001.
- Kielhorn M., *The Constitution for Europe: The Point of No Return?*, Aberdeen 2004.
- Kochanowski J., *Jurydyzacja życia*, „Palestra” 2002, 7–8.
- Kramer L., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford 2004.
- Lemaitre J., *Legal Fetishism at Home and Abroad*, „Unbound” 2007, 3.
- Lemaitre J., *Legal Fetishism: Law, Violence, And Social Movements In Colombia*, „Revista Juridica U.P.R.” 2008, 77.
- Ławniczak A., *Geneza konstytucji*, Wrocław 2015.
- Maliniak W., *Fetysyzm prawniczy w doktrynach konstytucyjnych*, „Droga” 1935, 3.
- Maliniak W., *Józef Piłsudski jako polityk romantyczny*. „Droga” 1935, 7–8, s. 585–602; 9, s. 728–751; 12, s. 1068–1080.
- Maliniak W., *Żywotność i aktualność romantyzmu politycznego*, „Droga” 1936, 1, s. 72–88; 2–3, s. 193–212; 4, s. 318–330.
- Müller J.W., *Co to jest populizm?*, Warszawa 2017.
- Parker R.D., *„Here, the People Rule”: A Constitutional Populist Manifesto*, „Valparaiso University Law Review” 1993, 27(3).
- Pashukanis E., *The General Theory of Law and Marxism*, New Brunswick–London 2002.
- Pound R., *Mechanical Jurisprudence*, „Columbia Law Review” 1908, 8.
- Skrzypek M., *Rozwój teorii fetyszu of De Brossa do Freuda*, [w:] Ch. de Brossess, *O kulcie fetyszów*, Warszawa 1992.
- Srokosz J., *Geneza Case Method i jej wpływ na kształt amerykańskiej filozofii prawa*, „Krytyka Prawa”, 2018, 10(2).
- Stallybrass P., *Marx’s Coat*, [w:] P. Spyer (red.), *Border Fetishism. Material Subjects in Unstable Spaces*, New York–London 1998, s. 183–207.
- Taggart P., *Populism*, Philadelphia 2000.
- Tanchev E., *Historical and Psychological Sources Shaping Constitutionalism and Constitution Performance in Post Socialist Countries*, [w:] S. Frankowski, P. Stephan (red.), *Legal Reform in Post-Communist Europe: The View from Within*, Dordrecht–Boston–London 1995.

- Tomlins Ch., Comaroff J., *"Law As...": Theory and Practice in Legal History*, „UC Irvine Law Review” 2011, 1(3).
- Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999.
- Twining W., *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge 2000.
- Walker N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, „Modern Law Review” 2002, 65, s. 317–359.
- Ward I., *Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination*, „European Law Journal” 2001, 7(1).