

## **Wokół pojęcia momentu konstytucyjnego**

1. Z Wojtkiem Preisnerem w czasach znacznie mniej burzliwych i spolaryzowanych politycznie udało mi się pokłócić o pryncypia i instytucje prawa konstytucyjnego dziesiątki (o ile nie setki) razy. O momencie konstytucyjnym z Wojtkiem nie zdążyliśmy porozmawiać – a jestem przekonana, że byłby to dobry temat do kolejnej polemiki. Dlatego ten tekst Jemu poświęcony omawia zagadnienie, które jeszcze rok temu stanowiło jedynie przyczynek w nauce prawa konstytucyjnego, dziś zaś stało się już ważnym tematem konstytucyjnym<sup>1</sup> i zarazem politycznym – jak niemal wszystko w obecnym życiu publicznym. Tak się bowiem stało, że każda wypowiedź, w której zawarte jest odwołanie do prawa konstytucyjnego jest nacechowana politycznie i można jej przypisać – w zależności od postaw odbiorców – prezentowanie określonej, z góry założonej przez czytelnika tezy. Mam nadzieję, że te czasy prędko miną. W każdym razie postaram się, w tekście dedykowanym Wojtkowi – ale już bez Niego – przedstawić *sine ira* kontrowersyjny, jak się okazało, problem tzw. momentu konstytucyjnego.

2. Koncepcja autorstwa Bruce'a Ackermana zakłada, w największym skrócie, że zmiana konstytucji związana jest z zaistnieniem szczególnego okresu w historii narodu, kiedy, jak pisze Ackerman, przeświadczenie o tożsamości suwerena, pozwala osiągnąć porozumienie co do nowej treści i formy ustroju, o którym stanowi konstytucja. Ta teoria, często ostatnio przywoływana – rzecz można – modna, jest jednak ogromnie uproszczona. W gruncie rzeczy koncepcja momentu konstytucyjnego sprowadzana jest do myśli o powołaniu czasu swego rodzaju rewolucyjnej zmiany do ustalenia nowego porządku, a owo przekonanie jest starsze i znacznie bardziej ogólnie sformułowane niż teoria Ackermana. Nie budzi kontrowersji, że wypracowanie zgody co do sposobu regulacji i ochrony takich wartości dla wspólnoty politycznej podstawowych, winno stać się niezmiernie ważnym i konstytutywnym elementem porządku porewolucyjnego, czy szerzej – posttransformacyjnego. O relacji między rewolucyjną zmianą ustroju a jego konstytucjonalizacją pisała m.in. Hannah Arendt, konkludując, że elementem rewolucji jest tworzenie konstytucji<sup>2</sup>. W tym szczególnym czasie przeobrażenia, w którym społeczność zaczyna ufać, że jest zdolna autonomicznie zdecydować o swoim kształcie

---

<sup>1</sup> Por. L. Garlicki, *O powołaniu naszych czasów do uchwalania konstytucji*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 9, *passim*.

<sup>2</sup> H. Arendt, *O rewolucji*, tłum. M. Godyń, Warszawa 2003, s. 177-178, por. też R. Teitel, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, „The Yale Law Journal” 1996-1997, Vol. 106, s. 2054.

i strukturze państwa, ujawnia się potrzeba, o której pisał R. Dahrendorf, wskazując, że pierwszy etap drogi do wolności dotyczy konstytucji<sup>3</sup>.

W tym kontekście moment konstytucyjny ujawniał się, zdaniem autora tego pojęcia, w państwach Europy Środkowej i Wschodniej po upadku systemu komunistycznego („Przyszłość rewolucji liberalnej”). Romantyczna wizja odzwierciedlona w obrazie ludzi skandujących „to my jesteśmy Narodem”, idea masowego i jednomyślnego zaprzeczenia dotychczasowemu łaadowi i ustrojowi państwa wiązana jest zazwyczaj z rewolucyjną zmianą. Koncepcja ta ma dwie ważne zalety. Po pierwsze, zwraca uwagę na historyczny kontekst powstawania konstytucji, która jest wyrazem dążeń i woli suwerena, dziełem dynamicznej partycypacji i deliberacji, których efekty muszą być brane pod uwagę – nie tylko w akcie stanowienia, ale także interpretacji. Teoria „konstytucyjnego momentu” łączy – według określenia Bruce’a Ackermana – „historyczne fakty i idee konstytucyjne”<sup>4</sup>, a zatem jest konkurencyjna wobec fundacjonalizmu, to jest zbioru doktryn i koncepcji, zakładających istnienie idealnego, ahistorycznego stanu wspólnoty lub państwa. Ackerman dobitnie podkreśla, że proces tworzenia i interpretowania zasad rządzących wspólnotą jest zawsze procesem w kontekstach historycznych<sup>5</sup>, które Autor wskazuje i opisuje ich specyficzne cechy, rekonstruuje proces dokonywania zmiany treści lub interpretacji konstytucji – zresztą w swojej fundamentalnej pracy, która jest podstawą i źródłem teorii konstytucyjnego momentu Ackerman rozprawia się także z momentami, które zmiany konstytucyjnej nie przyniosły<sup>6</sup>.

3. Koncepcja konstytucyjnego momentu dotyczy jednak w istocie znacznie poważniejszej kwestii niż – dość trywialne w końcu – wskazanie szczególnego historycznego uwarunkowania, powodującego zmianę formalną konstytucji (albo szerzej – ustrojowej zmiany). Sednem teorii Ackermana jest bowiem – jak sam to nazywa – dualizm demokracji, to jest teza, zgodnie z którą decyzje i działania zwykle podejmowane przez władze publiczne, demokratycznie ukształtowane, niekiedy podejmowane są bezpośrednio przez Naród – tytułowego w pracy Ackermana suwerena. W rzadkich historycznie momentach ogromnej mobilizacji politycznej, Suweren przejmuje władzę i bezpośrednio podejmuje kluczowe decyzje, które uzyskują kształt trwałych osiągnięć konstytucyjnych i prawnych<sup>7</sup>. Ackerman wskazuje zatem, że w pewnych warunkach Suweren, dokonuje zmiany treści literalnej (poprzez zmianę konstytucji w procesie tworzenia prawa) albo zmianę wykładni (zwłaszcza w procesie kontroli konstytucyjności, w szczególności zaś – w realiach amerykańskich – w procesie sądowego stosowania prawa), odżywa zatem jego władza ustrojodawcza, władza konstytuująca. Dzieje się to w szczególnym momencie mobilizacji, poza nim natomiast Suweren jako podmiot władzy nie istnieje; jak pisze Ackerman nie reprezentuje go ani Sąd, ani Prezydent, ani Parlament, ani sondaże opinii

<sup>3</sup> R. Dahrendorf, *Rozważania nad rewolucją w Europie*, tłum. M. Gottesman, Warszawa 1991, s. 75.

<sup>4</sup> B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge 1991, s. 5.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 23.

<sup>6</sup> *Ibidem*, s. 161.

<sup>7</sup> Te momenty Ackerman nazywa „historic moments of successful constitutional politics” (s. 17), zaś o czasie zmiany: „transfer moments of passionate sacrifice and excited mobilization into lasting legal achievements”, *ibidem*, s. 22.

publicznej<sup>8</sup>, którzy w zwykłych warunkach demokracji pełnią rolę „dublerów” (*stand-in*) suwerena.

Bruce Ackerman rekonstruuje warunki i etapy, jakie muszą zajść, aby suweren mógł swoją władzę zwierzchnią – w szczególności zaś władzę zmiany konstytucji – przejąć. Proces ten Ackerman opisuje jako składający się z czterech faz<sup>9</sup>. W pierwszej z nich pojawia się wśród obywateli szerokie i poważne poparcie, aby dokonywać zmiany konstytucyjnej. Jest to faza sygnalizacyjna, muszą zatem pojawić się podmioty komunikujące w agendzie politycznej to dążenie do zmiany konstytucji. Zmiana zostaje zatem wyartykułowana i dochodzi do wskazania poparcia powszechnego dla tego rodzaju transformacji<sup>10</sup>. Druga faza to propozycja – ruch zostaje skierowany na to, aby aktorzy polityczni wygenerowali propozycje zmian, mniej lub bardziej zoperacjonalizowane. Wtedy uruchomiona zostaje trzecia faza – powszechna deliberacja, w której propozycje poddawane są dyskusjom, toczącym się w świecie aktorów sceny politycznej i poza nią. Ta faza, jak pisze Ackerman, może okazać się dla zwolenników zmiany rozczarowująca, bowiem obrońcy dawnego porządku mogą dość energicznie bronić dotychczasowej treści konstytucji, jeśli wygra ta milcząca zazwyczaj – ale nie w tym momencie – większość, moment konstytucyjny zmiany nie przyniesie, a mobilizacja Suwerena zostanie zastąpiona na powrót rządami zwykłych aktorów demokracji. W tym etapie mogą następować często gwałtowne formy wyrażania woli przez obywateli, takie jak marsze, demonstracje, czasem przemoc<sup>11</sup>. Jednak jeśli w tej fazie deliberacji okaże się, że zwycięża wyartykułowana potrzeba zmiany, w ostatnim etapie tego szczególnego procesu dojdzie do zmiany treści norm konstytucyjnych, albo w procesie stanowienia prawa, albo poprzez zmianę wykładni w procesie stosowania. Zmiana zasygnalizowana w pierwszej fazie, wyartykułowana w drugiej i przedyskutowana albo przeforsowana w trzeciej – w czwartej zostaje „skodyfikowana”, stając się formalnie częścią porządku normatywnego najwyższej rangi.

Już przedstawienie samej koncepcji w kontekście historycznym rodzi co najmniej dwie wątpliwości. Po pierwsze, przesłedzenie tego „momentu konstytucyjnego”, którego znaczenie podkreślała Ackerman<sup>12</sup>, chwili przełomu w naszej, środkowoeuropejskiej rzeczywistości lat 90. wskazuje, że przemiana postautorytarna miała znacznie mniej romantyczny charakter. Zupełnie nowy porządek polityczny, upadek (choć miękki i konsensualny) dawnego reżimu przyniósł dość zaskakujące rezultaty w pierwszym okresie po transformacji ustrojowej. Brak było wyraźnego momentu wyrażenia owej woli Suwerena, a zmiana, która zachodziła była, w większości państw, dość łagodna i stopniowa. W dość długim okresie po symbolicznych datach osiągnięcia porozumień, co do transformacji ustrojowej czy spektakularnych gestach oddania władzy, zmiany konstytucyjne

<sup>8</sup> *Ibidem* s. 263.

<sup>9</sup> *Ibidem*, s. 266-267.

<sup>10</sup> M. W. McConnell, *The Forgotten Constitutional Moment*, „Constitutional Commentary” 1994, Vol. 11, No 1, s. 121.

<sup>11</sup> *Ibidem*, s. 127.

<sup>12</sup> B. Ackerman, *Przyszłość rewolucji liberalnej*, tłum. M. Grzegółowska-Klarkowska, Warszawa 1996, s. 18-21.

przebiegały wolno i w sposób kontrolowany, a często sankcjonowały osiągnięte porozumienie, stając się „samoograniczającymi się rewolucjami”<sup>13</sup>. Udział obywatelskiej partycypacji w tworzeniu konstytucji był doprawdy mocno ograniczony, co więcej, w wielu państwach mało było udziału obywatelskiej partycypacji w tranzycji, która była negocjowana z komunistycznymi elitami. Nie było więc konstytucji „zwycięzców”, a raczej konstytucje dialogu<sup>14</sup>. Zgodzić się trzeba też z obserwacją Andrása Sajó, że konstytucje państw byłego bloku wschodniego, konstytucje często nowych całkiem państw to nie efekt odrodzonej narodowej tożsamości, wynik wielkiej narodowej debaty o wartościach i zasadach rządzących wspólnotą polityczną, która odzyskała suwerenność, lecz raczej zapis istniejącej w tym czasie rzeczywistości politycznej, najlepszego, jak się wydaje, *modus vivendi* w Europie<sup>15</sup>.

Polska konstytucja, powstała zresztą najpóźniej spośród państw postkomunistycznych, jest właśnie w znacznej mierze obrazem takiej rzeczywistości politycznej i społecznej, a zarazem oazą pragmatyzmu i kompromisu (co oczywiście nie przesądza o jej wartości), nie miała jednak wiele wspólnego u swego zarania z momentem konstytucyjnym. Jeśli już szukać zmiany w momencie konstytucyjnym, to były nią raczej nowelizacje konstytucji z kwietnia i grudnia 1989 roku.

Wskazane przykłady procesów dość pospiesznego uchwalania konstytucji w innych państwach postkomunistycznych – mimo wykorzystania „momentu konstytucyjnego” również nie skłaniają do uznania za popartą tym przykładami tezy o skutecznym budowaniu autorytetu poprzez działanie efektu jednomyślności czy wykorzystania społecznej aktywności w procesie legitymizowania władzy jako struktury i jej podmiotu. Rett R. Ludwikowski stawia tezę, że pośpiech w procesach uchwalania konstytucji spowodował umocnienie pozycji sił postkomunistycznych i pewną iluzoryczność zmian<sup>16</sup>. Co więcej, w państwach postkomunistycznych nie można odnotować, aby odbywały się szerokie, publiczne dyskusje nad kształtem nowych ustrojów poprzedzające uchwalenie ostatecznych tekstów<sup>17</sup> – a jeśli nawet dyskusje takie miały miejsce, to nie odegrały właściwie żadnej roli w kreowaniu porządku ustrojowego. Nie przedstawiano ani alternatyw, ani wariantów regulacji konstytucyjnych do szerokiej debaty publicznej, nie odbywały się (z wyjątkami) referenda decydujące o przyjęciu pewnych wariantów do dalszych prac.

<sup>13</sup> J. Staniszkis, *Poland: Self-Limiting Revolution*, Princeton, 1986 [za:] A. Czarnota, M. Krygier, *Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2, s. 150.

<sup>14</sup> Por. m.in. A. Czarnota, *Is there Rule of Law after Communism? Some Reflections on Conditions and Prospects*, [w:] Z. Tobor, I. Bogucka (red.), *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, Warszawa 2003, s. 23-24.

<sup>15</sup> A. Sajó, *Constitution without the constitutional moment: A view from the new member states*, „International Journal of Constitutional Law”, Vol. 3, No 2-3, s. 245, 252-253.

<sup>16</sup> R. R. Ludwikowski, *Constitution making in the countries of former Soviet dominance: current development*, „Georgia Journal of International and Comparative Law” 1993, Vol. 23, No 2, s. 236.

<sup>17</sup> A. Czarnota, *Is there Rule of Law after Communism? Some Reflections on Conditions and Prospects*, [w:] Z. Tobor, I. Bogucka (red.), *Prawo a wartości...*, s. 29.

Romantyczna wizja powszechnej woli, a także aktywnej partycypacji w projektowaniu państwa nie stała się jak dotąd naszym udziałem – Naród w procesie tworzenia konstytucji spełnił jedynie rolę notariusza, zatwierdzając dokument przygotowany przez legislaturę. To zwękslowanie świadomości społecznej w czasie „momentu konstytucyjnego”, mimo projekcji, o której pisał w tym kontekście B. Ackerman<sup>18</sup>, wydaje się także wspólną cechą procesów tworzenia konstytucji w państwach postkomunistycznych.

Jednak postrzeganie teorii momentu konstytucyjnego tylko w kategoriach warunków uchwalenia nowej albo zmiany dotychczasowej konstytucji byłoby trywializowaniem koncepcji Bruce’a Ackermana. W istocie koncepcja ta (powstała na gruncie niezwykle sztywnej konstytucji USA) dotyczy nie tego, że moment konstytucyjny zachodzi wówczas, gdy dochodzi do zmiany tekstu konstytucji albo uchwalenia nowej, lecz może on zostać odzwierciedlony także poprzez zmianę interpretacji konstytucji, czyli mówi o zmianie konstytucji bez zmiany jej tekstu, w sytuacji zmiany warunków politycznych albo społecznych. W istocie bowiem wartość teorii momentu konstytucyjnego nie polega na wskazywaniu, kiedy dochodzi albo może dojść do uchwalenia poprawek, albo zmiany konstytucji, ten moment jest bowiem uchwytny w sposób oczywisty. Wielką zaletą i inspiracją teorii Ackermana jest natomiast zauważenie, że ów szczególny czas przewartościowania może powodować diametralną zmianę interpretacji konstytucji, reformę zasad niewyrażonych normatywnie, czyli zmianę nie literalną, tylko semantyczną.

Teoria Ackermana zwraca zatem uwagę na to, czym konstytucja naprawdę jest, a nie na okres, w jakim jest uchwalana, a tym bardziej klasyfikację albo ocenę tego okresu. Zwraca bowiem uwagę, że znaczenie norm konstytucyjnych, rozłożenie akcentów w procesie wykładni, dokonywanej w szczególności w procesie kontroli konstytucyjności (a pisze to w kontekście amerykańskim), zależy nie od brzmienia przepisów czy nawet poglądów prawnych i światopoglądów sędziów, do czego przyzwyczajają realizm prawniczy. Wskazuje, że prawdziwych korzeni znaczenia i interpretacji szukać trzeba w systemie zasad zaakceptowanych przez obywateli, czyli suwerena w tym nadzwyczajnym momencie intensywnej partycypacji i deliberacji, której może, ale nie musi, towarzyszyć zmiana konstytucji<sup>19</sup>. Opisane przez Ackermana warunki i fazy dotyczą właśnie takiej zmiany adoptowanej przez organy dokonujące wykładni i stosowania norm konstytucyjnych<sup>20</sup>. Ackerman odnosi ją do trzech okresów w historii USA, w których – jak wynika z wnikliwej analizy – po czasie można dostrzec, że doszło do zmiany znaczenia norm konstytucyjnych. Jest to zatem koncepcja deskryptywna i historyczna – opisuje i analizuje zmiany, które się dokonały, opiera się przy tym na założeniach demokratycznych; można ją także zaliczyć do idei rodem z pozytywistycznego myślenia o prawie, Ackerman bowiem nie przyjmuje typowego dla realizmu amerykańskiego poglądu o treści norm kształtowanej politycznymi decyzjami i orzeczeniami; twierdzi natomiast, że sędziowie konstytucyjni dają wyraz zasadom, które podziela społeczeństwo, a raczej co społeczeństwo wyraziło i jak rozumiało te normy konstytucyjne w chwili ich ustanowienia<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> B. Ackerman, *Przyszłość rewolucji...*, s. 18-21.

<sup>19</sup> M.W. McConnell, *op. cit.*, s. 116.

<sup>20</sup> B. Ackerman, *We the People...*, s. 3-5.

<sup>21</sup> M.W. McConnell, *op. cit.*, s. 116.

I tu pojawia się kontrowersyjność owej teorii – cały kłopot polega jednak na tym, że konstytucyjna stabilność bywa mitem częściej, niż nam, konstytucjonalistom, się wydaje. Przyzwyczajeni do myślenia w kategoriach sztywnych, trudnych do zmiany albo wręcz niezmiennych norm konstytucyjnych oraz prawa sądów konstytucyjnych do ustalania znaczenia norm, znaczenia w założeniu trwałego i pewnego, często tracimy z pola widzenia zmiany drobne, pozornie błahe, które wpływać mogą w pewnym sensie ewolucyjnie na treść konstytucji. Oczywiście te zmiany także nie odbywają się w próżni społecznej; zazwyczaj związane są z pewnym przyzwoleniem, udzielanym przeważnie w drodze aktu wyborczego i uzyskania znacznej przewagi aktorów zmiany nad politycznymi konkurentami. Do tego rodzaju zmian zaliczyć można choćby drobne poszerzenia kompetencji organów władzy wykonawczej, delikatne zmiany relacji między organami władzy, powołanie nowych agend władzy publicznej poza dotychczasowymi strukturami – ostatecznie przesądzające wszak o treści aktualnej konstytucji<sup>22</sup>. To – jak pisze Cass R. Sunstein – pewne kontinuum zmian, praktyk, sposobu myślenia, które – o ile jest akceptowane w społeczeństwie – dopiero w dalszej perspektywie zmienia widocznie i istotnie ustrój i reguły rządzące relacjami w państwie. Rzecz jasna w takiej perspektywie znacznie trudniej mówić o specyficznym okresie sprawowania władzy przez Suwerena, która prowadzi do zmiany ustroju, ale trudno nie zauważyć (także w polskich realiach A.D. 2017 i 2018), że właśnie w ten sposób do zmiany reguł konstytucyjnych – a przynajmniej tego, co zwykliśmy za nie uważać – dochodzi. W ostatnich latach przykładów tego rodzaju jest wiele, co częściowo wiąże się z polaryzacją sceny politycznej, ale częściowo jednak prowadzi do zakwestionowania regulacji, które dotychczas nie budziły poważniejszych kontrowersji, przynajmniej w debacie publicznej, bo wśród konstytucjonalistów pewien brak precyzji konkretnych unormowań budził sporo dyskusji. Jednak weryfikacja boleśnie przypomina o ich mankamentach – tym boleśniej, im ostrzejsze są spory polityczne i walki o granice kompetencji konkretnych organów. Polityka polska pełna jest obecnie zdarzeń i wypowiedzi, które kwestionują dotychczas utartą wykładnię i wystawiają przepisy konstytucji na próbę ognia, którą nie zawsze przepisy te zdają. Przypomina się zdanie Monteskiusza, że twierdzenia matematyczne uważane są za prawdziwe, albowiem w niczym interesie nie leży, by uważać je za fałszywe.

Teoria Ackermana, choć nie jest w ten sposób przynajmniej w polskiej literaturze przedstawiana, może mieć z obserwacją tego rodzaju zjawisk wiele wspólnego. Choć najbardziej znana jest jako teoria rozwoju konstytucyjnego, jednak – jak wskazują komentatorzy – jest także, a może przede wszystkim, teorią kryzysu konstytucyjnego<sup>23</sup>. To już oczywiście nie tak romantyczna wizja zmiany ustroju, ale być może bliższa prawdy, bowiem fazy momentu konstytucyjnego, które przedstawia i analizuje Ackerman w gruncie rzeczy są opisem także kryzysu konstytucyjnego i szukania, poza

<sup>22</sup> C. R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton 2009, s. 15.

<sup>23</sup> S. Choudhry, *Ackerman's higher lawmaking in comparative constitutional perspective: Constitutional moments as constitutional failures?*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, Vol. 6, No 2, s. 193-230.

dotychczasowymi regułami, odpowiedzi na pytania i spory istotne z punktu widzenia politycznej wspólnoty. Czym jest zatem kryzys konstytucyjny? Nie jest kryzysem politycznym. Konflikty między podmiotami władzy, a także między sprawującą władzę większością a opozycją, są wpisane w funkcjonowanie demokracji, immanentną częścią rzeczywistości politycznej każdego demokratycznego państwa – można wręcz powiedzieć, że ich brak w agendzie publicznej jest przejawem aberracji – albo uśpienia realnych konfliktów, co może być spowodowane wieloma czynnikami. Nie jest także objawem kryzysu konstytucyjnego, że podmiot władzy nadużywa jej albo zachowuje się sprzecznie z regułami, albo nawet gdy konflikt polityczny nie da się przezwyciężyć normalnymi metodami i za pomocą przewidzianych w konstytucji instrumentów. Kryzys konstytucyjny nie dotyczy realiów życia politycznego, nie dotyczy braku zgody na działania podmiotów władzy, czy też poważnych sporów o władzę. Kryzys konstytucyjny jest wyrazem zakwestionowania konstytucyjnych reguł działania, czyli zapisanego w konstytucji zaprojektowania systemu operacyjnego państwa. To kryzys władzy *par excellence*, to jest źródeł władzy i jej legitymacji, kontestowania zapisanych w konstytucji podstaw jej istnienia i działania, dotyczy braku zgody na konstytucyjne regulacje, a nie działania. Tego rodzaju kryzys może zaistnieć w kilku sytuacjach: na przykład wtedy, gdy nadzwyczajne okoliczności, wydarzenia powodują, że normy konstytucyjne nie są wystarczające albo – zdaniem aktorów politycznych – ich zastosowanie nie pozwala na rozstrzygnięcie konfliktu lub rozwiązanie problemu, a zatem są albo kontestowane przez podmioty władzy, albo przeciwnie – ich zastosowanie prowadzi do rozwinięcia konfliktu, a także w sytuacji – gdy z drugiej strony – szeroko manifestowana jest przez obywateli niezgoda na stosowanie norm konstytucyjnych. Kryzys konstytucyjny podważa podstawy normatywne, nie zaś jedynie kontestuje sposób wykonywania prerogatyw lub naruszenia norm konstytucyjnych. Można powiedzieć, że konstytucji można wybaczyć, że ktoś ją narusza, natomiast nie można wybaczyć, że nie przewiduje środków ochrony przed takim działaniem, a także nie zawiera regulacji wystarczająco określonej albo dającej się przekonująco argumentować w celu zaprzestania naruszeń oraz załagodzenia (jeśli nie usunięcia) skutków takich działań. Kryzys konstytucyjny obnaża zatem deficyty i mankamenty samego konstytucyjnego zaprojektowania, a nie tylko zachowania podmiotów władzy. Im bardziej owe mankamenty stają się widoczne, tym bardziej wzrasta szansa na powodzenie działań aktorów zmiany konstytucyjnej i uwieńczenie sukcesem czwartej fazy momentu konstytucyjnego. Brak powszechnej zgody na tego typu zmianę, a tym bardziej jednomyślności w tym zakresie nie jest zaś warunkiem jego zaistnienia; przeciwnie, Ackerman zwraca uwagę w swojej teorii na polaryzację postaw wobec dotychczasowej i projektowanej treści reguły konstytucyjnej. Ponadto zwrócić trzeba uwagę, że teoria momentu nie jest koncepcją normatywną, tylko deskryptywną, opisuje warunki, w jakich zachodzi zmiana, a nie idealne i pożądane warunki zmiany.

4. Jednak rozważania o okresie i warunkach zmiany konstytucyjnej nie są sednem rozważań o momencie konstytucyjnym. Koncepcja Ackermana tak naprawdę mniej dotyczy owego momentu i jego warunków, a raczej tego, że suwerenność Narodu nie jest tylko wygodną figurą retoryczną dla uzasadnienia władzy reprezentantów ani mitem

– według tej teorii władza Narodu staje się niekiedy rzeczywistością i to w sprawach najważniejszych, fundamentalnych<sup>24</sup>. Ackermanowski moment konstytucyjny przywraca, jak można byłoby rzec, władzę narodowi czy suwerenowi zbiorowemu na te rzadkie chwile, kiedy dochodzi do wyrażenia w sposób wystarczająco perswazyjny woli zmiany. To odzyskanie władzy przez zbiorowy podmiot suwerenności, który kryje się pod pojęciem „We the People” w koncepcji Ackermana (w Polsce byłoby to rzecz jasna bliźniacze sformułowanie „My, Naród”) opatrzone jest pewnymi warunkami, którym trudno przypisać zresztą walor dużej precyzji<sup>25</sup>, co powoduje, że w istocie nie jest wcale jednoznaczna ocena, czy moment konstytucyjny zaistniał, to jest czy władza ustrojodawcza powróciła do Narodu i została przezeń zrealizowana – czy na przykład wyrażenie woli poprzez szczególnie wymowny wynik wyborczy, albo masowe poparcie, albo przeciwnie – oburzenie wobec pewnych działań organów władzy, przekute następnie w decyzje innych aktorów zmiany, może być za taki moment uznane. Jak zresztą widać, poprzednie zdanie także zawiera wiele określeń nieostrych, skazując nas na pozostawanie w niepewności co do zaistnienia warunków momentu. Problem z Ackermanowską teorią momentu konstytucyjnego polega zatem także na tym, że ów „moment” – czas kryzysu i przewartościowania, zderzenia idei konstytucyjnych, a przede wszystkim czas powszechnej deliberacji na temat konstytucji, czas na ekspresję woli utworzenia nowych zasad i reguł wspólnoty i jej ucieleśnienie – rozpoznać można właściwie tylko z zewnątrz i raczej *post factum*. Z tych także względów z dużą ostrożnością trzeba traktować próby odniesienia tej koncepcji to zaklasyfikowania konkretnego „tu i teraz” toczącego się procesu zmierzającego do zmiany albo zakwestionowania konstytucyjnych reguł, choćby dlatego, że działania aktorów zmiany, w szczególności decyzje sądów konstytucyjnych przesądzające znaczenie konstytucyjnych norm bywają chwiejne, a waga zagadnień i pryncypiów może się zmieniać.

Jeśli jednak przyjąć, że powyższe warunki, choćby w perspektywie historycznej da się wykrystalizować, to pozostaje problem teoretyczny, dotyczący samych podstaw ładu demokratycznego. Konsekwencją przyjęcia teorii momentu, w którym władza wraca do zbiorowego Suwerena jest także to, że w czasie poza owym momentem Naród władzy owej nie może sprawować. Teoria momentu niejako go tej władzy pozbawia przez to, że jest to czas wobec codziennej demokracji antagonistyczny<sup>26</sup>. Pojawia się więc problem, przenikliwie wyrażony przez S. Levinsona, że w istocie model władzy Suwerena sprawowanej w momencie konstytucyjnym bezpośrednio i w pełni jest opozycyjny wobec władzy sprawowanej w normalnych warunkach, czyli działania i wyrażania woli przez obywateli tu i teraz, w każdym dniu funkcjonowania w ustroju demokratycznym.

Ta – cokolwiek kłopotliwa dla teoretyków demokracji i konstytucjonalistów – myśl zawarta w teorii konstytucyjnego momentu jest często dyskretnie przemilczana w debatach nad warunkami zmiany, a potem funkcjonowania konstytucji. Stanowi jednak

<sup>24</sup> R. E. Barnett, *We the People: Each and Every One*, „The Yale Law Journal” 2014, Vol. 123, No 8, s. 29.

<sup>25</sup> M. Tushnet, *The New Constitutional Order*, Princeton 2003, s. 16.

<sup>26</sup> S. Levinson, *Popular Sovereignty and the United States. Constitution: Tensions in the Ackermanian Program*, „The Yale Law Journal” 2014, Vol. 123, No 8, s. 163.



w gruncie rzeczy fundamentalnie ważny czynnik wszelkich w tym zakresie rozważań, a także adekwatne tło do wszelkich mniej lub bardziej zawołowanych obaw przed tzw. głosem obywateli na temat ustroju i własnego w państwie statusu. Dotyczy stosunku obywateli jako jednostek oraz wspólnoty politycznej do konstytucji, reguł rządzących tą wspólnotą, a w tej relacji traktowanie obywateli oraz ich woli jako obawy, albo mało istotnego wobec woli rzeczywistego ustrojodawcy czynnika, w poważnym stopniu odbiera siłę argumentów konstytucyjnych, o mocy, znaczeniu i legitymacji konstytucji. W teorii Ackermana osiłą nie jest czas właściwy do ustanowienia zmian formalnych lub zmian interpretacji konstytucji, lecz danie wyrazu woli powszechnej w tym zakresie. Nie chodzi zatem o to, aby z jej pomocą uzasadniać jakiegokolwiek zmiany, ani usprawiedliwiać ich kierunek (lub też dokonywać operacji odwrotnej – odmawiać konkretnym zmianom prawa bytu), nie jest to w tym sensie teoria projektująca, ani pozwalająca na ocenę słuszności albo prawowitości zmiany<sup>27</sup>. Temu mogą posłużyć inne koncepcje normatywne dotyczące zmian i tworzenia konstytucji, zakładające w tego rodzaju procesie jego otwartość, konsensualność, samoograniczenie twórców, abstrahowanie – w miarę możliwości – od bieżącej polityki i jej celów<sup>28</sup>. Tym bardziej nie może służyć do oceny treści owej zmiany. Koncepcja Ackermana natomiast ma u swoich podstaw myśl o przewartościowaniu w świadomości społecznej, które znajduje artykulację w okresie prowadzącym do zmiany – przede wszystkim interpretacji – norm konstytucyjnych. Przewartościowanie takie zaś nie może być oceniane z punktu widzenia ich jakości, adekwatności ani spójności, przynajmniej w ramach tej teorii. Moment konstytucyjny nie prowadzi więc do powstania lepszej (jakkolwiek ten termin mógłby być rozumiany) konstytucji ani praktyki konstytucyjnej. Mówi jedynie o jej zmianie i – co najistotniejsze – o wyrażeniu woli powszechnej w tym zakresie w trakcie konfliktu i kryzysu, prowadzącego do ustalenia nowej treści *explicite* lub nowego znaczenia w chwili, w której wola Suwerena staje się czymś innym niż wygodną figurą retoryczną.

---

<sup>27</sup> M.W. McConnell, *op. cit.*, s. 143; B. Ackerman, *We the People...*, s. 134.

<sup>28</sup> Tak m.in. A. Arato, *Forms of constitution making and theories of democracy*, „Cardozo Law Review” 1995-1996, Vol. 17, *passim*.

