

Interpretacyjna zmiana konstytucji

Abstrakt

Aktywizm interpretacyjny determinujący rezultat wykładni konstytucji ochroną praw jednostki jest doktryną interpretacji znajdującą uzasadnienie w rdzeniu założeń konstytucjonalizmu. Większościowe metody, traktowane jako wzór podstaw orzekania najlepiej oddający wymogi demokracji, podważają istotę sądownictwa konstytucyjnego opartego na realizacji istoty konstytucjonalizmu, jaką jest gwarancja autonomii jednostki w konfrontacji z rządzącą większością. Konstytucja w realizacji równej ochrony rozumianej jako zapewnienie współlistnienia i posiadania równego głosu podmiotom niereprezentowanym w dyskursie większościowym typowym dla ciał legislacyjnych, stanowi forum dla gwarancji prawnej istotności pomijanych interesów jednostkowych. Jednocześnie interes jednostki i wola większości są kategoriami dynamicznymi poddawanymi reinterpretacji, stanowiąc tym samym o zmienności pojęć konstytucyjnych (*living constitution*). Zmiana konstytucji poprzez wykładnię sądowniczą motywowaną zachowaniem istoty konstytucjonalizmu nie musi być postrzegana jako proces niezdeteminowany i tym samym kontestowany jako zagrożenie dla niezmienności tekstu konstytucji. Jednocześnie niezmiennosc rozumienia pojęć konstytucji nie zawsze stanowi gwarancje przed obroceniem się demokracji przeciwko sobie.

1. Wstęp

Konstytucja jako przedmiot interpretacji, poza wymogiem założenia wstępnego będącego odpowiedzią na pytanie, czym jest konstytucja, implikuje również przedanalizę i refleksję nad tym, czy konstytucja jest aktem żywym poddanym procesowi aktualizacji poprzez jej reinterpretację determinowaną zmianą warunków jej stosowania, czy jest to akt niezmienny interpretacyjnie. Te dwa podstawowe założenia mają istotny wymiar nie tylko z punktu widzenia metodologii wykładni normy konstytucyjnej, ale również z punktu widzenia filozoficzno-politycznych uzasadnień wyjątkowości tego rodzaju normy prawnej na tle norm innych aniżeli konstytucyjne. Istotną i pierwotną – w rozumieniu przedinterpretacyjną – analizą zmiany konstytucji poprzez interpretację jest więc odpowiedź na pytanie, czy norma konstytucyjna w sposób optymalny spełnia funkcję gwaranta równowagi pomiędzy jednostkowym prawem a roszczeniami większości do ustawowego regulowania stopnia możliwej realizacji konstytucyjnych gwarancji przez jednostkę, w sytuacji gdy metoda interpretacji tego typu normy oparta jest na założeniu otwartości na jej ewolucję znaczeniową, czy optymalność ta osiągnana jest w sytuacji eliminacji

w procesie wykładni elementu nowatorstwa. Co więcej, przyjęcie ostatniego celu w ramach metodologii wykładni konstytucji wymaga refleksji nad rolą konstytucji jako aktu przede wszystkim umownego, w ramach którego stronami jest społeczeństwo ratyfikujące konstytucję oraz państwo. Wola historycznego twórcy konstytucji jako podstawowe źródło rozwiązywania wątpliwości interpretacyjnych, w założeniu spełniająca rolę statycznego, niezmiennego czynnika warunkującego wykładnię, wymaga jednak bliższego możliwego skonkretyzowania tego wyznacznika, a nadto wykazania, że ta metoda interpretacyjna jest w stanie efektywnie realizować istotę konstytucji, jaką jest jej rola gwarancji podmiotowości jednostki w konfrontacji z władzą publiczną. Aktywna postawa interpretacyjna w stosunku do tekstu konstytucji, skutkująca zmianą interpretacyjną w sposób nieunikniony wymaga skonfrontowania z opartym na podobnym celu interpretacyjnym, jakim jest podtrzymanie istoty konstytucji w dyskursie prawnym, a odmiennym metodologicznie stanowisku interpretacyjnym postrzegającym zmianę nie jako warunek umożliwiający zachowanie tej istoty, ale potencjalne jej zagrażający. Konsekwencją odmiennych metodologicznie stanowisk interpretacyjnych jest zasadniczo odmienna rola orzecznictwa dla kształtowania doktryn rozumienia pojęć konstytucyjnych. Odmienność ta skutkuje ponadto adekwatnością bądź brakiem adekwatności kryterium intencji twórców konstytucji dla wykładni treści i zakresu stosowania normy konstytucyjnej.

2. Formalna zmiana konstytucji

Pojęcie zmiany konstytucji w ramach demokratycznej struktury sprawowania władzy w sposób generalizacyjny łączone jest z działaniami władzy ustawodawczej z możliwym wsparciem konstytuującego ludu ujawniającym się w akcie ratyfikacji aktu konstytucyjnego czy poprawki do tego aktu. Wskazane ramy rozumienia istoty zmiany konstytucji konstytuują jej doktrynalnie kształtowaną sztywność formalną¹. Zabezpieczeniem zachowania konstytucyjnej determinacji aktów podkonstytucyjnych jest narzucany przez samą konstytucję, obostrzony w stosunku do zwykłych aktów ustawodawczych proces jej nowelizacji czy uchylecia. Wymóg kwalifikowanej większości w ramach ciał ustawodawczych ma stanowić swoistą gwarancję dla zachowania realizacji systemowej nadrzędnej roli tekstu konstytucji. Gwarantem zakładanej niezmienności konstytucji jest więc ustawodawca konstytucyjny, a jako wystarczające pozostawia się wymogi formalne utrudniające zmianę woli ustawodawcy konstytucyjnego. Przyjęcie jedynie formalnie

¹ L. Garlicki pojęciu formalnej sztywności konstytucji przeciwstawia pojęciu materialnej sztywności konstytucji łączonej przez autora z konstytucyjnym zapewnieniem niezmienności ducha konstytucji czy konkretnych jej postanowień adresowanym przede wszystkim do organów stanowiących również ustawodawcy konstytucyjnego. Szerzej zob. *idem*, *Normy konstytucyjne relewantnie niezmiennalne*, [w:] J. Trzcіński (red.), *Charakter i struktura norm konstytucyjnych*, Warszawa 1997, s. 137 i 140 (137-155).

uwarunkowanej zmiany konstytucji bazuje na założeniu zamykania konstytucji w jej tekście. Tekstualistyczna wizja konstytucji nie tylko implikuje zamknięcie woli konstytuującej w tekście, ale pociąga za sobą utożsamianie woli konstytuującej z wolą ciał parlamentarnych (z możliwym jednak uprawomocnieniem ludu poprzez akt ratyfikacji). Przede wszystkim oznacza jednak zamknięcie pojęć konstytucji w literze tekstu konstytucji i marginalizowanie ich otwartości na reinterpretację, a tym samym istotność współczesnego suwerena dla ustalania znaczenia konstytucji. Dynamizm tekstowi konstytucji w założeniu koncepcji konstytucji sztywnej jest w stanie zapewnić formalna poprawka konstytucji jako jedyne ogniwo mające łączyć jej tekst z wolą aktualnego suwerena.

Formalne uwarunkowanie zmiany konstytucji zagrożenia dla istoty konstytucji upatruje w zmianie jej tekstu, a podmiotami w sposób naturalny łączonymi z tym brakiem bezpieczeństwa tekstu konstytucji są podmioty ją stosujące, czyli przede wszystkim władza sądownicza. Koncepcja ta oczywiście łączy również potencjalne zagrożenie dla tekstu konstytucji z innymi podmiotami sprawowania władzy, niemniej jednak zamyka to zagrożenie w systemowo uwarunkowanej strukturze prawa, gdzie akty podkonstytucyjne z racji upoważnienia wynikającego z normy konstytucyjnej jako normy hierarchicznie niższej rangi normatywnie uzależnione są od dyspozycji tekstu konstytucji. Założenie normatywnej zależności normy podkonstytucyjnej od tekstu konstytucji uwarunkowane jest jednak założeniem realizacji wymogu hierarchicznej niesprzeczności realizowanej przez władzę stanowiącą prawo, czyli władzę ustawodawczą zdominowaną dyskursem większościowym i władzę wykonawczą. Doświadczenia historyczne związane z niekonstytucyjną zmianą konstytucji ujawnianą w działaniach obu tych typów władz dopełniły systemowo gwarantowaną wyższość normy konstytucyjnej strażnikiem tak założonej hierarchii w postaci podmiotu kontroli konstytucyjności. Ulokowanie gwaranta konstytucyjności w ramach władzy sądowniczej można uznać za swoistą reakcję kultury prawnej na ekscesy nadmiernej kumulacji władzy organów nie-sądowych niweczających istotę demokratycznej formy rządów szanujących podmiotowość każdej jednostki w konfrontacji z władzą publiczną. Jednocześnie silny wpływ interpretacyjnej doktryny ograniczenia (powściągliwości) sędziowskiej w realizacji funkcji kontroli konstytucyjności, zwłaszcza w stosunku do tekstu prawnego, pozwala sądzić, że z punktu widzenia innych ośrodków władzy aniżeli władza sądownicza, zagrożenie postrzegane jest dalej w niezdeterminowanej tekstem interpretacji konstytucji w ramach procesu stosowania konstytucji przez organy sądowe.

Jednocześnie jednak historyczne fakty obrazujące sytuację obracania się demokracji przeciwko sobie, jak określają to Amerykanie, czy samobójstwa demokracji² w terminologii europejskiej, główne źródła niekonstytucyjnej zmiany konstytucji łączą przede

² Określenie „samobójstwo demokracji” przywołuje L. Garlicki. Zob. *ibidem*, s. 145.

wszystkim z ekscesami władzy rządzącej większości, która, wykorzystując mechanizm większościowy demokratycznej formy sprawowania władzy, zaprzepaszcza istotę konstytucjonalizmu, jaką jest pozostawienie sfery autonomii jednostki chronionej konstytucyjnie poza dyspozycją państwa zapobiegając wizji człowieka jako podmiotu upaństwowionego. Koncepcje formalnej sztywności konstytucji pod wpływem wskazanych doświadczeń patologii większościowego dyskursu parlamentarnego wzbogacane są klauzulami materialnej niezmienności konstytucji. Substancjalna niezmiennosc istoty myśli konstytucyjnej zapewniana jest poprzez generalne uregulowanie niemożności zmiany istoty konstytucji łączonej z mechanizmami zapewnienia zrównoważonej relacji prawnej między większościowym dyskursem ustawowym i konstytucyjnie gwarantowaną nienaruszalnością sfery autonomii jednostki i form sprawowania władzy w sposób nie zagrażający tej równowadze. Inną formą formalnej gwarancji materialnej niezmienności aktu konstytucyjnego jest konstytucyjne zapewnienie niemożności uchylecia konkretnych postanowień konstytucji łączonych z wartościami wskazanymi już wcześniej, nie tylko w stanie nadzwyczajnym, ale również poprzez zmiany konstytucji w stanie „normalnym” funkcjonowania państwa³.

Adresatem konstytucyjnych klauzul limitacyjnych czy regulacji mających w założeniu zapewnić ciągłość demokratycznej formy rządów są organy stanowiące. Niemniej jednak standard realizacji istoty konstytucjonalizmu, jaką jest stworzenie konstytucyjnej bariery ochronnej przed pomijaniem jednostki w procesie sprawowania władzy, zapewnić może władza sądownicza. Jest ona w stanie przeciwdziałać wykorzystywaniu demokratycznego reżimu uchwalania ustaw z pomijaniem czy marginalizowaniem praw jednostkowych jako nieznajdujących wsparcia u rządzącej większości, a uwzględnianych właśnie w ramach dyskursu sądowego.

3. Uwarunkowania interpretacyjnej zmiany konstytucji

Gwarantem zapewnienia wyważonej relacji jednostka–władza publiczna, mającym zapobiec obróceniu się demokracji przeciwko sobie jest świadoma realizacja standardu konstytucyjności prawa w ramach procesu stosowania prawa. Nadmierna kumulacja władzy i wykorzystania przez rządzącą większość mechanizmów demokratycznych dla nieproporcjonalnej dominacji państwa wspartego uzasadnieniem większościowej elekcji nad nieznajdującą wsparcia w dyskursie ustawowym jednostką, w sposób niweczący

³ Taką klauzulą jest art. 79 ust. 3 Konstytucji dla Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. („Dokonanie zmiany niniejszej Ustawy Zasadniczej, dotyczącej podziału Federacji na kraje związkowe, zasady współuczestnictwa krajów związkowych w postępowaniu ustawodawczym lub zasad określonych przepisami art. 1 i 20, jest niedozwolone.”), <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80205000.pdf> [dostęp: 30.11. 2016].

konstytucyjnie gwarantowaną sferę niezależności jednostki w strukturze władzy podaje w wątpliwość jej podmiotowość, tym samym prowadząc do patologii demokracji.

Świadomość zagrożenia tej podmiotowości można uznać za istotę myśli konstytucyjnej i podstawę relewancji ujęcia w tekście konstytucji regulacji gwarantującej tak rozumianą sferę autonomii. Niemniej jednak rozwijane dyskursywnie w ramach kultury prawnej metody interpretacji ustawy zasadniczej poddane refleksji o ograniczonej efektywności formalnej niezmienności konstytucji ujawniają z różnych perspektyw nieufność wobec przejawiającej się w większościowych mechanizmach rządzenia ustawowych przejawach realizacji woli przyszłych pokoleń. Założenie bowiem najwyższej władzy suwerennego ludu w sposób nieubłagany poddawane może być wykładni pojęcia suwerenności w sposób ograniczający ją do parlamentarnie uzewnętrznionej większości.

3.1. Intencjonalizm

Intencjonalizm jest tą formą interpretacji konstytucji, która gwarancje nienaruszalności jej postanowień łączy z założeniem preferencji dla woli suwerena historycznego reprezentowanego przez twórców konstytucji – tego, którego wola znalazła wyraz w dokumencie konstytucyjnym – jako szczególnie uprzywilejowanego dla determinacji istoty konstytucji z racji bycia stroną konkretnej umowy konstytucyjnej. Dla podmiotu interpretacyjnego intencjonalizm stwarza możliwe ramy nowatorstwa konstytucyjnego. Ma on miejsce jedynie w sytuacji istnienia historycznych dokumentów ujawniających wolę podmiotu konstytuującego umowę konstytucyjną lub ewentualnym przyjęciu dyspozycji dla takiej zmiany poprzez ujęcie w tekście konstytucji pojęć otwartych⁴. Wymaga to jednak przyjęcia określonej wersji intencjonalizmu opartego na założeniu, że semantyczna otwartość zasad konstytucji jest dyspozycją jej twórcy. Jednocześnie jednak ustalenie znaczenia językowego tekstu konstytucji, również jej pojęć niedookreślonych i nieostrych, z punktu widzenia konwencji językowych poddane jest historycznym regułom semantycznym. Źródła tych reguł łączone są z rozumieniem pojęć aktualnym dla suwerena historycznego jako tego, który w sposób najbardziej optymalny i w sposób umocowany wyrażonym w konstytucji umownym kompromisem społecznym oddaje gwarancje konstytucyjności prawa⁵.

Założenia interpretacyjne intencjonalizmu są więc zasadniczo redukcyjne w stosunku do potencjalnego aktywizmu sędziowskiego, niemniej jednak nie tyle wynikają one nieuf-

⁴ Na ograniczone możliwości uzasadnialności zmiany w koncepcjach oryginalistycznych wykładni konstytucji zwraca uwagę D.A. Strauss, *Do We Have a Living Constitution?*, „Drake Law Review” 2010-2011, vol. 59, issue 4, s. 977 (973-984).

⁵ Nieprzekonująca i podawana w wątpliwość jako nieoryginalistyczna jest koncepcja abstrakcyjnego oryginalizmu abstrahująca i generalizująca intencje suwerena historycznego reprezentowanego przez twórców konstytucji. Na temat tej koncepcji zob. L.G. Simon, *The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?*, „California Law Review” 1985, vol. 73, issue 5, s. 1510 (1482-1539).

ności wobec władzy sędziowskiej w realizacji istoty konstytucjonalizmu, ile z niewiary w relewancję aktualnych ocen społecznych, współczesnej kultury prawnej i możliwej redefinicji relacji jednostka – władza publiczna. Dynamizm rozwoju myśli konstytucyjnej jest wyłączany jako potencjalnie mogący pójść w dwóch kierunkach, spośród których jeden jest zaprzepaszczeniem idei konstytucji jako tarczy ochronnej jednostki w relacji z rządzącą większością i jest to wystarczające niebezpieczeństwo dla wyłączenia nowatorstwa w ogóle. Ewolucja rozumienia konstytucji może jednak iść w kierunku zapewnienia aktualności standardu autonomii jednostki, ale wyłącza to oryginalizm jako metodę interpretacji z racji zagrożenia stworzenia furtki dla jakiegokolwiek możliwej zmiany interpretacyjnej i jednocześnie z racji podawania poprzez aktualizującą interpretację konstytucji w wątpliwość intencjonalnego jej wymiaru jako umowy konkretnych historycznych stron⁶.

Intencjonalizm, będąc jednak ślepy na zmiany dyskursu społecznego i prawnego ujawniające się chociażby w reinterpretacji i ewolucji doktryn rozumienia kluczowych pojęć konstytucyjnych takich, jak wolność, równość, sprawiedliwość, potencjalnie może poprzez związanie ich historycznym rozumieniem wypaczać standard konstytucyjny, zwłaszcza w obliczu jego konfrontacji z wolą aktualnego suwerena. Jest to o tyle istotna wątpliwość, o ile uwzględni się rozumienie suwerenności jako nie tyle hipotetycznej woli ludu rozumianego jako agregat, ale jako klasę równoprawnych jednostek tworzących suwerenny podmiot zbiorowy z powodu posiadania równie istotnych praw i wolności przez każdy element tak rozumianej suwerennej klasy podmiotów prawa. Intencjonalizm zagrożenie myśli konstytucyjnej upatruje bowiem w stworzeniu jakiegokolwiek ewentualności dla nowatorstwa nie tylko zwalczanego w konfrontacji wspartej wolą aktualnego prawodawcy aktu ustawowego z oryginalistycznie rozumianą konstytucją, ale również w sytuacji wyrażania poprzez kontrolę konstytucyjności przez władzę sądowniczą tak rozumianego suwerena. Sądownictwo konstytucyjne w realizacji standardu konstytucyjności prawa nie tyle więc ma być podmiotem reprezentującym aktualnego suwerena i chroniącym go przed wyparciem jego interesów w ustawowym dyskursie zdominowanym przez interesy głównie partii rządzącej i ewentualnie wyborczej większości, ile ma być strażnikiem woli suwerena historycznego. Wola aktualnego suwerena dla dyskursu konstytucyjnego jest relewantna o tyle, o ile znajdzie wyraz w formalnej poprawce do konstytucji.

Intencjonalne założenie interpretacyjne statuuje i tekst konstytucji, i jej interpretatorów jako poddanych martwej woli⁷ podmiotów odbieranych jako szczególnie prede-

⁶ R.N. Clinton zauważa, że sędzia jako podmiot stosujący tak rozumiany kontrakt ma być neutralnym wykonawcą umowy. Zob. *idem*, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of the Constitution*, „Iowa Law Review” 1986-1987, vol. 72, issue 5, s. 1182 (1177-1280).

⁷ Założeniu temu można przeciwstawić tzw. argument Jeffersona: „Ziemia jest dla żywych, nie umarłych”, „jedna generacja jest jak obcy naród dla drugiego narodu”, cyt. za: D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York 2010, s. 121.

stynowanych do uznania takiej preferencji interpretacyjnej. Wątpliwość rodzić w tym kontekście może jednak założenie, że wykluczenie interpretacyjnej zmiany konstytucji samo w sobie jest gwarancją wyważenia interesu jednostki i interesu rządzącej większości, tak aby wykluczyć zjawisko obrócenia się demokracji przeciwko sobie, czyli wypaczenia istoty supremacyjnego charakteru konstytucji w porządku prawnym. Wykluczenie zmiany i założenie statyczności pojęcia konstytucjonalizmu wyłącza relewancję zaktualizowanego prawa i wolności jednostki dla dyskursu konstytucyjnego, ograniczeniem bowiem władzy publicznej jest jednostka, ale standard jej autonomii konstytuowany jest przez znaczenia historyczne. Klasyczna myśl indywidualizmu i liberalizmu znajdująca wyraz w historycznie uwarunkowanym tekście konstytucji niewątpliwie jest opcją zachowania minimum standardu niezależności jednostki, nie realizuje jednak idei standardu optymalnego opartego na uwzględnieniu zmian społeczno-kulturowych determinujących myślenie jednostki o samej sobie i istotnym dla siebie wymiarze braku upaństwowienia własnej sfery prywatnej.

3.2. *Living constitution*

Koncepcja żywej konstytucji wychodzi naprzeciw obawom związanym z brakiem relewancji w dyskursie konstytucyjnym woli aktualnego suwerena, implikuje dynamizm rozumienia tekstu konstytucji, nie determinuje jednak jeszcze kierunku możliwej zmiany konstytucji poprzez interpretację. Sama bowiem idea *living constitution* opiera się jedynie na przekonaniu, że istota konstytucjonalizmu tkwi w identyfikacji współczesnego suwerena z tekstem konstytucji. Ogniwem pośrednim dla tak rozumianej łączności jest podmiot interpretacyjny, poprzez kontrolę konstytucyjności rozumiejący przede wszystkim identyfikację suwerena z konstytucją. Uprawomocnieniem supremacji konstytucji nie jest bowiem fakt historycznej umowy konstytucyjnej wyrażającej kompromis społeczny co do tego, jakie wartości winny być podstawą porządku prawnego, a wsparcie tych wartości jako istotnych dla współczesnych. Koncepcja *living constitution* nie postrzega aktualnego pokolenia jako potencjalnego zagrożenia dla istoty konstytucjonalizmu, niemniej jednak nie łączona z wyraźnym założeniem kontynuacji istoty konstytucjonalizmu w postaci gwarancji autonomii jednostki i takiej struktury sprawowania władzy, aby nie zagrozić tej niezależności, szczególnie przez jej przeciwników, może być manifestowana jako zmierzająca do tyranii sądowej. Nadmierna swoboda interpretacyjna łączona w realizacji tej koncepcji przede wszystkim z władzą sądowniczą prezentowana jest jednak nie tyle przez jednostkę jako zagrożoną dyskrejonizmem sędziowskim, ile pozostałe ośrodki władzy, co można z zewnętrznej perspektywy odebrać jako element gry politycznej w ramach realizacji *check and balances*.

Zasadniczo argumentacja podnoszona w ramach stanowiska eksponującego zagrożenie nadmiarem władzy w ramach struktury sądownictwa traci na relewancji w sytuacji wsparcia idei żywej konstytucji realizacją istoty konstytucji, i utożsamiania sądownictwa z rolą gwaranta i strażnika powszechności dyskursu konstytucyjnego. Poprzez to ostatnie określenie należy rozumieć sytuację uwzględniania w ramach zapewnienia standardu konstytucyjności prawa istotności konstytucyjnych praw jednostki marginalizowanych lub pomijanych w procedurach ustawodawczych z racji braku wsparcia rządzącej większości, niezależnie, czy partyjna większość ujawniająca swą wolę w tekście ustawy jest tylko jej interesem, czy reprezentacją większości społecznej, tak aby wykluczyć zjawisko tyranii większości.

Z punktu widzenia metodologii wykładni otwarte pojęcia konstytucyjne postrzegane są w koncepcji *living constitution* jako legitymizujące sądowniczą ewolucję tekstu konstytucji. W normatywnym wymiarze sprzyjają założeniu, że rozwijanie podstawowych wartości, uniwersalnych i immanentnych dla człowieczeństwa ujętych w otwarty sposób w momencie konstytuowania umowy konstytucyjnej, jest realizacją zasad założonych w konstytucji z uwzględnieniem zmian cywilizacyjnych, tak aby zachować ich relewancję w kontroli aktualnych działań władzy publicznej. Orzekanie, nazywane żywym konstytucjonalizmem, powinno więc polegać na traktowaniu postanowień konstytucji jako sugerujących ograniczenie rządzących w imię podstawowych praw jednostki⁸.

Stanowiskiem interpretacyjnym realizującym te założenia jest aktywizm normatywny będący jednocześnie selektywnym aktywizmem. Aktywizm jako metoda interpretacyjna łączony z substancjalnymi uwarunkowaniami rezultatu interpretacji jest aktywizmem normatywnym. Normatywnym aktywizmem jest aktywizm liberalny⁹, ale nie zawsze normatywnie zaangażowany aktywizm musi opierać się na idei *living constitution*¹⁰, zmianę ograniczyć bowiem można jedynie do pojęć otwartych i tu ujawnia się aktywizm, gdyż kryteria znaczenia wyznacza aktualny suweren, a pojęcia zamknięte rozumieć intencjonalnie czyli statycznie. Aktywizm normatywny łączony z aktywizmem selektywnym będącym aktywizmem liberalnym¹¹, z punktu widzenia analiz filozofii po-

⁸ T.C. Grey, *Do We Have an Unwritten Constitution?*, „Stanford Law Review” 1975, vol. 27, issue 3, s. 709 (703-718).

⁹ R.J. Lipkin, *We Are All Judicial Activists Now*, „University of Cincinnati Law Review” 2008, vol. 77, issue 1, s. 204-205 (181-232). Autor jako normatywną traktuje na przykład koncepcję Williama Brennana (zob. s. 207-208) i zob. R. Brennan, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights*, „Harvard Law Review” 1977, vol. 90, issue 3, s. 489-504.

¹⁰ Na przykład koncepcja R. Barnetta, zob. R.J. Lipkin, op. cit., s. 205 i R.E. Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, „Loyola Law Review” 1999, no. 45, issue 4, s. 611-654.

¹¹ W odróżnieniu od aktywizmu konserwatywnego który pozbawiony jest substancjalnego uzasadnienia, istotą aktywnej roli sądu konserwatywnego jest realizacja idei *self-restraint*, chyba że *original meaning* pozwala im na aktywizm, tj. twórcy konstytucji pozostawili pojęcia otwartymi, stwarzając autorytet interpretatorom. *Conservative activism* jest wynikiem koncepcji sądowej supremacji jako skutku ustanowienia instytucji kontroli konstytucyjności i ulokowania jej we władzy sądowniczej. G.R. Stone, *Citizens United*

lityki nazywany nowym aktywizmem, jest oparty na idei sądu konstytucyjnego jako gwaranta niesłyszalnej w dyskursie ustawowym mniejszości. Podstawą interpretacyjną liberalnego aktywizmu jest tekst – przy założeniu, że może być przedmiotem rozszerzającej interpretacji¹² – ale opartej na normatywnej podstawie, jaką są liberalizm i indywidualizm traktowane jako korzenie konstytucjonalizmu. Uwypuklanie potrzeby ograniczenia władzy w zakresie potencjalnych ingerencji w prawa mniejszości w ramach przeprowadzania kontroli konstytucyjności uzasadniają nazywanie takiej postawy interpretacyjnej selektywnym aktywizmem¹³. Selektywna konstytucyjna ochrona w ramach zapewniania standardu konstytucyjności prawa dopuszczana jest w sytuacji systematycznego pomijania interesów niereprezentatywnej grupy (np. kobiet, mniejszości etnicznych, religijnych, ludzi innej rasy) w regulacjach ustawowych lub gdy rządząca większość dąży do zachowania *status quo* i swojej władzy poprzez eliminację z dyskursu ustawowego niereprezentowanej jednostki¹⁴. Selektywność w tym rozumieniu oznacza wsparcie konstytucyjne, gwarancję ochrony konstytucyjnej. Wspierana selektywnie jednostka staje się istotnym elementem dyskursu polityczno-prawnego, tym samym niedopuszczana jest interpretacja demokracji będąca w istocie demokracją wykluczającą. Nie oznacza to, że interes jednostkowy wypiera interesy rządzącej większości, ale wskazuje, że musi być wyważony w ramach kontroli konstytucyjności, uwzględniony jako konstytucyjnie chroniony.

Koncepcja żywej konstytucji realizowana w ramach aktywnej postawy sądownictwa w polityczno-prawnie uwarunkowanej funkcji wzajemnej kontroli statuuje organ kontroli konstytucyjności jako strażnika i gwaranta praw nie tyle aktualnej, posiadającej moc legitymizacyjną, większości społecznej, a przynajmniej niekoniecznie jej, lecz strażnika praw człowieka, które w założeniu mogą kolidować z postawami i preferencjami większości. Oparcie interpretacji na tym substancjalnym założeniu ma przeciwdziałać niszczeniu demokracji przez samą siebie¹⁵. Należy przez to rozumieć sytuację istnie-

and Conservative Judicial Activism, „University of Illinois Law Review” 2012, vol. 485, issue 2, s. 495 (485-500) i R.J. Lipkin, *op. cit.*, s. 191-192.

¹² Dziewiąta poprawka do konstytucji (*Wymienienie w konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw przysługujących ludowi*, cyt. za: <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html>, dostęp: 16.11.2016) była podstawą dla przyjęcia przez sąd Warrena prawnonaturalnego źródła praw człowieka (zob. R.N. Clinton, *Original Understanding, Legal Realism, and the Interpretation of the Constitution*, „Iowa Law Review” 1986-1987, vol. 72, issue 5, s. 1252 (1177-1280)). Dziewiąta poprawka do konstytucji amerykańskiej rozumiana jest nie tylko jako wyrażenie zasady federalizmu, lecz uprawnienie do maksymalizacji ochrony praw jednostki na szczeblu stanowym w konfrontacji z rozwiązaniami federalnymi (zob. T. Grey, *op. cit.*, s. 717).

¹³ G.R. Stone, *op. cit.*, s. 493.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A.L. Scanlan, *The Passing of Justice Murphy – The Non-Science of a Court*, „Notre Dame Law Review” 1949, vol. 25, issue 1, s. (7-39), [za:] K.D. Kmiec, *The Origin and Current Meaning of Judicial Activism*, „California Law Review” 2004, vol. 92, issue 5, s. 1450 (1441-1478).

nia w dyskursie konstytucyjnym niesłyszalnej mniejszości. Dominacja większościowej koncepcji polityki sądowej, czyli ograniczenia sądownictwa w zakresie ochrony praw jednostki w sytuacji konfrontacji z wolą większości wyrażoną w ustawach, oznacza wyłączenie sądowej ochrony mniejszości¹⁶.

Aktywizm liberalny skoncentrowany jest na istocie konstytucjonalizmu – ochronie jednostki, jednocześnie interpretacyjnie deklaruje, że na gruncie konstytucji nie ma „mechanicznej jurysprudencji”¹⁷. Tekst konstytucji i kontroli konstytucyjności nie powinny być rozumiane tak, aby ograniczać rolę sądownictwa konstytucyjnego jako gwaranta w rozszerzaniu podstawowych idei indywidualnej wolności, sprawiedliwego traktowania, nawet jeśli zawartość tych idei nie znajduje odzwierciedlenia w pisanej konstytucji¹⁸. Taka rola sądu jest jednak trudniejsza do uzasadnienia z racji realizacji funkcji określanej przez Thomasa Greya jako noninterpretatywistyczna¹⁹, podważającej paradygmat tekstualistycznej interpretacji, nawet jeśli jest to nieosiągalne w konfrontacji ze specyfiką normy konstytucyjnej. Ponadto jest to funkcja kontestowana przez pozostałe władze z powodu upatrywania w tej metodzie interpretacyjnej elementu sprawowania władzy. Jest to jednak trudne do zrozumienia z racji braku wymiernych konsekwencji jakie miałyby płynąć dla sądownictwa z tak rozumianej kumulacji władzy, poza samą efektywnością kontroli pozostałych władz.

Koncepcja *living constitution* oparta na normatywnych podstawach indywidualizmu postrzeganego jako istota konstytucjonalizmu może stanowić poprzez orzecznictwo zmianę konstytucji gwarancję minimalizowania negatywnych skutków formalnej niekonstytucyjnej zmiany konstytucji, tj. zmiany, która prowadziłaby do obrócenia się demokracji przeciwko sobie. Zmiana orzecznicza jako instytucja gwarancji konstytucyjności tworzonego prawa, również wprowadzanych nowelizacji konstytucji formalnie poprawnych, a materialnie burzących podstawy kulturowe nowożytnego konstytucjonalizmu, staje się więc elementem czy ostatnim ogniwem zachowania kanonu demokracji nie rozumianej jako bezrefleksyjna nadinterpretacja większościowej formy sprawowania rządów tak, że jednostka staje się obiektem nieograniczonej regulacji prawnej. Nie zawsze bowiem klauzule ograniczające czy wyłączające zmianę niektórych postanowień konstytucji, czy też jeszcze mniej zdeterminowana klauzula wyłączająca zmianę istoty konstytucji są w stanie wyeliminować patologiczne formalne zmiany tekstu konstytucji.

¹⁶ R.M. Cover, *The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities*, „Yale Law Journal” 1982, vol. 91, issue 7, s. 1298 (1287-1316).

¹⁷ Tak określa koncepcję związania, ograniczenia sędziowskiego Thomas Grey. Zob. T.C. Grey, *op. cit.*, s. 706.

¹⁸ *Ibidem*, s. 706.

¹⁹ *Ibidem*.

4. Podsumowanie

Zmiana konstytucji w zależności od istoty nowości przez nią wprowadzanej może rodzić obawy bądź może mieć rolę gwarancyjną. Uwikłanie tekstu konstytucji w jego polityczno-prawne uzasadnienie łączone z pojęciem „konstytucjonalizm” pozwala uzewewnętrznić przejaw tej idei, czyli formalną konstytucję, konfrontować z celem, któremu służy. Jednocześnie istotną staje się analiza dyskontynuacji istoty konstytucjonalizmu i metod zarówno formalnych, jak i przede wszystkim orzecznich, ujawnianych w metodach interpretacji konstytucji jako gwarancji realizacji jedynie konstytucyjnej zmiany konstytucji.

