

ADAM CZARNOTA¹

Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?²

Streszczenie

Tekst próbuje bronić tezę, że obecnie jesteśmy w momencie wykluwania się nowych rozwiązań konstytucyjnych. Ruchy populistyczne na świecie, a w szczególności w Europie Środkowo-Wschodniej dokonują, efektywnego przeprojektowania liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu. Istnieje łatwo zauważalne powiązanie między populizmem, konstytucjonalizmem a demokracją, a proces przeprojektowywania konstytucjonalizmu w Europie Środkowo-Wschodniej posiada demokratyczny potencjał. Być może jest to swoistego rodzaju konieczna korekta ustroju zaimplantowanego w tej części świata po 1989 roku.

Słowa kluczowe: populizm, konstytucjonalizm, demokracja, kryzys konstytucyjny, Europa Środkowo-Wschodnia

¹ Prof. Adam Czarnota – Faculty of Law, University of New South Wales, Sydney, Australia i badacz stowarzyszony (associate researcher) w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: a.czarnota@unsw.edu.au; ORCID: 0000-0003-3498-600X.

² Tekst powstał w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki nr 2015/17/B/HS5/00768.

ADAM CZARNOTA

Populist Constitutionalism or New Constitutionalism?

Abstract

This text aims to prove the thesis that we are currently witnessing a birth of new constitutional solutions. The populist movements across the world, and especially in Central and Eastern Europe, are effectively redesigning liberal-democratic constitutionalism. There is a clear correlation between populism, constitutionalism, and democracy, and so the process of redesign of the Central and Eastern European constitutionalism has an underlying democratic potential. Perhaps it is a sort of necessary adjustment of the system implanted in this part of the world after 1989.

Keywords: populism, constitutionalism, democracy, constitutional crisis, Central and Eastern Europe

Wstęp – kilka słów o populizmie i jego cechach

Od dłuższego czasu dwa pojęcia dominują w globalnym dyskursie są to: populizm i konstytucjonalizm. Pojęcia te występują w opozycji do siebie. Wszystkie ruchy antysystemowe przedstawiane są przez dominujący establishment polityczny i intelektualny jako ruchy populistyczne, a konstytucjonalizm, jako wartość samą w sobie, którą należy chronić i bronić. Problem w tym, że przez konstytucjonalizm obrońcy rozumieją tylko i wyłącznie jeden typ konstytucjonalizmu, a mianowicie konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny. Po przeglądzie stanowisk trudno oprzeć się wnioskowi, że liberałowie mają problem z populizmem a konstytucjonałiści mają problem z populistyczną krytyką i reformami konstytucyjnymi.

Generalnie krytyka ze strony liberalnej jest bardzo płytka i sprowadza się do „etykietowania” (*labelling*), a nie do głębszej analizy przyczyn, procesów i skutków. Jest to szczególnie widoczne w dyskursie politycznym w Polsce, gdzie rzadko znaleźć można bardziej rozwinięte argumenty wychodzące poza prymitywne antypopulistyczne (tzw. antypisizm od anty-PiS) reakcje. Nie lepiej jest w dyskursie dotyczącym zmian w prawie i konstytucji. Język jest bardziej wyszukany, ale poznawczo wypowiedzi prominentnych krytyków obecnej władzy ograniczają się do argumentów jursysprudencji z przełomu XIX i XX w. Ten temat pozostawiam do osobnego tekstu.

W niniejszym tekście próbuję bronić tezy, że obecnie jesteśmy w momencie wykluwania się nowych rozwiązań konstytucyjnych. Ruchy populistyczne na świecie, a w szczególności w Europie Środkowo-Wschodniej, dokonują efektywnego przeprojektowania liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu. Co więcej, istnieje łatwo zauważalne powiązanie między populizmem, konstytucjonalizmem a demokracją, a proces przeprojektowywania konstytucjonalizmu w Europie Środkowo-Wschodniej posiada demokratyczny potencjał. Być może jest to swoistego rodzaju konieczna korekta ustroju zaimplantowanego w tej części świata po 1989 r.

Moje argumentacja oparta jest na założeniu, że istnieje pluralizm różnych konstytucjonalizmów, a konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny jest tylko jedną z wielu możliwości konstytucjonalizmu. Twierdzenie, że konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny jest jedyną wersją konstytucjonalizmu³, jest przyznawaniem zbyt wielkiego kapitału symbolicznego jednej tylko z opcji.

³ M. Avbelj, *High time for popular constitutionalism!*, „Verfassungsblog on Matters Constitutional”, 9.11.2016, <https://verfassungsblog.de/high-time-for-popular-constitutionalism/>

Według Raportu Institute for Global Change⁴ od roku 2000 do 2017 liczba partii populistycznych w Europie wzrosła prawie dwukrotnie z 33 do 63. Liczba państw w udziale partii populistycznych w rządzie wzrosła z 7 w roku 2000 do 14 w roku 2017. W Europie Środkowo-Wschodniej ten wzrost jest szczególnie widoczny; populistyczne partie uczestniczą we władzy w 7 krajach: w Polsce, Czechach, Słowacji, Bułgarii, Bośni, Serbii i na Węgrzech.

Współczesny bardzo głęboki kryzys liberalnego konstytucjonalizmu nie jest przypadkiem. Jak wskazał Frank Furedi, dwa procesy od dłuższego czasu powodowały erozję legitymizacyjną liberalnej demokracji. Te procesy to: demobilizacja polityczna obywateli połączona z rządami technokratycznym⁵. Rozczarowanie systemem liberalnej demokracji w znacznym stopniu jest efektem działalności oderwanych elit liberalnych, na co wskazuje w stosunku do całej Europy Jan Zielonka⁶. To właśnie system liberalnej demokracji wprowadził rządy proceduralnie tylko legitymizowanych oligarchów. To w tym systemie stosowano antydemokratyczne praktyki rządów merytorycznych ekspertów i „neutralnych” sędziów. To w systemie liberalno-demokratycznym często okazywano pogardę dla zwykłych obywateli, by przypomnieć „mohery” czy „słoiki” albo „plebs”, który nie ma prawa rządzić, bo jest właśnie plebem.

W tym systemie przedkładano „politykę uznania”, przez co rozumiem politykę antydyskryminacyjną małych mniejszości (np. LBG), kosztem wykluczenia dużych grup społecznych poprzez likwidacje „polityki dystrybucji”, np. wykluczenie komunikacyjne 1/3 ludności kraju⁷, wykluczenie edukacyjne i technologiczne mieszkańców małych miejscowości⁸. To system liberalno-demokratyczny promował zachowania egoistyczne, a nie dobro wspólne. Media systemu liberalno-demokratycznego często przywołują fobię antymigrancką, natomiast same nie przejmowały się losem grup wykluczanych we własnym kraju, a epatowały egzotycznym „innym”.

⁴ Zob. M. Eiermann, Y. Mounk, L. Gultchin, *European Populism: Trends, Threats and Future Prospects*, Report by the Institute for Global Change, 29.12.2017, <https://institute.global/insight/renewing-centre/european-populism-trends-threats-and-future-prospects>

⁵ F. Furedi, *Populism and the European Culture Wars: The Conflict of values Between Hungary and the EU*, Routledge 2017.

⁶ J. Zielonka, *Counter-Revolution. Liberal Europe in Retreat*, Oxford 2018; zob. też R. Eatwell, M. Goodwin, *National Populism: The Revolt against Liberal Democracy*, Penguin Books 2018.

⁷ Zob. Raport Klubu Jagiellońskiego na temat transportu publicznego z kwietnia 2018 r. <https://klubjagiellonski.pl/2018/04/17/publiczny-transport-zbiorowy-w-polsce-studium-upadku/>

⁸ *Wykluczenie cyfrowe w Polsce*, opracowanie Biura Analiz Senatu RP z 2015 r. https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/133/plik/ot-637_internet.pdf i dane dotyczące wykluczenia edukacyjnego z 2016 r., zob. J. Włodarczyk, N. Gańko, *Wykluczenie edukacyjne*, http://fdds.pl/wp-content/uploads/2016/05/Wlodarczyk_J_Ganko_N_2011_Wykluczenie_educacyjne.pdf

W Polsce zdecydowanie wyróżniającym się pozytywnie głosem jest pochodząca z bardzo ciekawego środowiska „Kultury Liberalnej” książka Tomasza Sawczuka *Nowy liberalizm*, w której wskazuje on, że polscy liberałowie nie zrozumieli czterech kluczowych zmian w społeczeństwie polskim, które zostały dostrzeżone i wykorzystanie politycznie przez ocenę rządzącą partię. Te zmiany to według T. Sawczuka:

- ❑ odejście od euforii 1989 r. i przejście do realnej analizy niesprawiedliwości systemowych; związany z tym jest postulat większej roli państwa,
- ❑ związany z powyższym, bo dotyczący polityki dystrybucji, jest powrót do antagonistycznej polityki i odejście od post-polityki,
- ❑ w ekonomii jest to odejście od neoliberalnego doktrynerstwa i przejście do pragmatyzmu ekonomicznego związane z czerpaniem z wielu nurtów ekonomii politycznej i poszukiwaniem rozwiązań dla problemów współczesnej gospodarki oraz bronienie ekonomicznego interesu zarówno w ramach Unii Europejskiej, jak i poza nią,
- ❑ wyczerpanie się postkomunistycznego dyskursu doganiania Zachodu i eliminacja związanych z tym kompleksów⁹.

W Europie Środkowo-Wschodniej dwa kraje, a więc Węgry i Polska, zaliczane są do krajów rządzonych przez populistów. Jest wiele definicji populizmu, ale ruchy populistyczne są trudnymi do zakwalifikowania fenomenami społecznymi. Generalnie charakteryzuje je antyelityzm i antypluralizm. Jako trzecią charakterystykę dodaje się specyficzne podejście w dyskursie moralnym – jak twierdzi badacz współczesnego populizmu Jan-Werner Müller – przedstawiciele populistów uważają się za moralną reprezentację społeczeństwa¹⁰.

To tyle, jeśli chodzi o trzy najważniejsze cechy ideologii ruchów populistycznych. Należy jednak wyróżnić populizm aspirujący do władzy, a więc ruch usiłujący mobilizować politycznie społeczeństwo oraz populizm efektywny, a więc populizm u władzy. W tym ostatnim przypadku przypisuje się populistom u władzy korupcję obywateli poprzez odpowiednie polityki społeczne budujące zależność ekonomiczną obywateli od władzy.

Krytycy liberalni wskazują także jako cechę charakterystyczną populizmu u władzy postawę ksenofobiczną, przejawiającą się w opozycji do otwartej imi-

⁹ T. Sawczuk, *Nowy liberalizm. Jak zrozumieć i wykorzystać kryzys III RP*, Warszawa 2018.

¹⁰ Jan-Werner Müller napisał „The claim to *exclusive* moral representation of the real or authentic people is at the core of populism” J.-W. Müller, *Populism and Constitutionalism*, [w:] C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa, P. Espejo, P. Ostiguy (red.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford 2017, s. 593. Zob. też C. Mudde, C. Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford 2017, s. 17–18. Zob. też C. Rovira Kaltwasser, *Populism and the Question of How to Respond to It*, [w:] C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa, P. Espejo, P. Ostiguy (red.), op. cit., s. 409–492.

gracji, retorykę i postawę antyglobalistyczną, podkreślającą suwerenność ekonomiczną państwa. Następną cechą jest świadome usuwanie starych elit w sferze kontrolowanej przez państwo i popieranie wymiany elit czy też budowanie nowych elit w sferze gospodarki. Niezwykle ważną cechą jest sfera mediów, poprzez które propaguje się swoistą rewolucję kulturową w opozycji do poprawności politycznej.

Cechą ma być także swoista „niecierpliwość instytucjonalna” polegająca na odrzuceniu formalizmu i eliminowaniu ograniczeń konstytucyjnej demokracji. W Polsce wyrażało się to ze zmianami związanymi z odrzuceniem imposybilizmu prawnego, a więc takiego podejścia, w którym przez procedury blokowano i przewlekano podjęcie decyzji czy rozwiązanie konkretnego problemu¹¹.

Populizm i konstytucjonalizm

Jedną z istotnych cech współczesnego populizmu jest charakterystyczne podejście do prawa. O ile populizmy z lat 50. i 60. cechował swoisty nihilizm prawny, to neopopulizm XXI w. w większości przypadków traktuje prawo poważnie zarówno jako źródło legitymizacji władzy, jak i jako instytucję koordynującą życie społeczne. Dostrzegają też komunikacyjną rolę prawa. Jako przykład można podać realizację polityk historycznych właśnie przez legislację i instytucje prawne, np. instytuty pamięci narodowych.

Co jest interesujące, to zarzuty skierowane przez krytyków głównie orientacji liberalnej w stosunku do ruchów neopopulistycznych w kontekście konstytucjonalizmu.

Najstarsze chyba, najbardziej popularne określenie ukute przez Fareeda Zakaria to „demokracja illiberalna”¹² – a więc nie tyle antyliberalna, co nie realizująca założeń liberalnych, a więc niemająca w centrum jednostki, a wspólnotę oraz

¹¹ Pojęcie często używane przez czołowych liderów Prawa i Sprawiedliwości. Były prezes Trybunału Konstytucyjnego Marek Safjan komentował, że imposybilizm prawny jest wpisany w istotę sądu konstytucyjnego. „Traktuj to w kategoriach pozytywnych, a nie negatywnych. Na tym polega różnica pomiędzy moją oceną, a oceną tych, którzy twierdzą, że jest inaczej. Jestem przekonany, że funkcja sądu konstytucyjnego jest pomyślana właśnie dlatego, żeby tworzyć przeszkody dla tych, którzy mają większość w parlamencie i chcieliby uczynić wszystko, nie biorąc pod uwagę ograniczeń, które w państwie demokratycznym, respektującym podstawowe prawa, muszą szanować i dostrzegać w tym barierę swojej działalności”, B. Machalica, *Leninizm XXI wieku, czyli prawo według PiS*, <https://www.tygodnikprzeglad.pl/prawo-wedlug-pis/>. Jest to klasyczne podejście liberalno-konstytucyjne. Wydaje mi się, że pojęcie „imposybilizmu prawnego” odnosi się do ekscesów formalizmu, a nie do *check and balances*. Krytycznie o pojęciu z punktu widzenia teorii prawa J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, 72(3), s. 17–30.

¹² F. Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York–London, 2007.

odrzucająca „święty charakter” praw człowieka oraz podział władzy. Larry Diamond użył określenia „hybrydowy regime”¹³, co nie odchodzi daleko od demokracji illiberalnej. Badaczka z Princeton University i radykalny krytyk Węgier Orban Kim Lane Scheppele użyła określenia „konstytucyjny zamach stanu”, co już jest wyraźnie określeniem pejoratywnym¹⁴. Bardziej neutralny w opisie jest słoweński badacz Bojan Bugarič, który użył określenia „semi-autorytarne reżimy”. Modelem odniesienia jest liberalno-konstytucyjna demokracja, ale reżimy są autorytarne w wersji miękkiej, a nie twardej¹⁵. Podobnie Kim Lane Scheppele w „Autocratic Legalism”¹⁶.

Inne określenia: Aziz Hug użył określenia „konstytucyjna retrogresja”¹⁷, J.M. Balkin w stosunku do Ameryki Trumpa pisał o „konstytucyjnym gniciu”¹⁸, a David Landau ukłął popularne określenie „obraźliwy konstytucjonalizm”¹⁹.

Nietrudno zauważyć, że pozytywnym modelem odniesienia jest tylko i wyłącznie konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny. Mało tego, odnosi się wrażenie, że wymienieni wybitni badacze-konstytucjoniści mają jeden uniwersalny model pasujący dla wszystkich. Znaczna część tych krytyków zajmuje się w swojej działalności badawczej *comparative constitutionalism*. Ten konstytucjonalizm porównawczy ma charakter globalny, gdzie porównuje się ustroje konstytucyjne tak odległych od siebie społeczeństw, jak np. Wenezueli i Węgier czy Filipin i Polski. Nie jest to podejście z zakresu nauk społecznych, a raczej podejście oparte na pewnym wzorcu normatywnym dającym odpowiedni punkt odniesienia. Już czas, aby, jak postuluje Theunis Roux w swojej ostatniej książce, badania porównawcze nad konstytucjonalizmem uzyskały większy rygor metodologiczny i wprowadziły metody charakterystyczne dla nauk społecznych pozwalające uwzględnić to, co uniwersalne i partykularne²⁰.

¹³ L. Diamond, *Thinking about Hybrid Regimes*, „Journal of Democracy” 2002, 13(2), s. 21–35.

¹⁴ K.L. Scheppele, *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (with Special Reference to Hungary)*, „Transnational Law & Contemporary Problems” 2014, 23, s. 51–117 oraz eadem *Constitutional Coups in EU Law*, [w:] M. Adams, A. Meuwese, E.H. Ballin (red.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge 2017.

¹⁵ B. Bugarič, T. Ginsburg, *The Assault on Postcommunist Courts*, „Journal of Democracy” 2016, 27(3), s. 69–82; zob. też B. Bugarič, *Central Europe’s Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, Oxford 2019.

¹⁶ K.L. Scheppele, *Autocratic Legalism*, „The University of Chicago Law Review” 2018, 85, s. 545–583.

¹⁷ A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, „UCLA Law Rev” 2018, 65, s. 118.

¹⁸ J.M. Balkin, *Constitutional Rot*, [w:] C. Sunstein (red.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York 2018, s. 26–27.

¹⁹ D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, „UC Davis Law Review” 2013, 47, s. 189–260.

²⁰ T. Roux, *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review: A Comparative Analysis*, Cambridge 2018.

Konstytucjonalizm obraźliwy – studium przypadku

Wszystkie wyżej wymienione określenia nie przybliżają nas do istoty konstytucjonalizmu populistycznego, nie wskazują na cechy charakterystyczne, a stanowią przykład etykietowania. W naukach społecznych przyjęte jest, że używa się pewnych kategorii, które posiadają moc analityczną. Używane są metafory – ale celem ich jest pewnego rodzaju otwarcie poznawcze, otworzenie nowych możliwości heurystycznych. W tym porządku wymienione określenia nie służą temu celowi – są po prostu określeniami bez żadnego potencjału analitycznego.

W artykule *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej* socjolog prawa Grażyna Skąpska używa określenia Davida Landau'a „abusive constitutionalism”. Przyjrzyjmy się więc bliżej, jakie treści autorka wkłada w to określenie.

„Celem tego artykułu jest próba odpowiedzi na pytanie o czynniki uzasadniające lekceważenie konstytucjonalizmu w nowych demokracjach” (s. 278) napisała autorka²¹. G. Skąpska rekonstruuje pojęcia Landau'a w sposób twórczy i dokonuje na łamach tekstu podziału na dwa typy konstytucjonalizmu z punktu widzenia sposobu przeprowadzenia zmian konstytucyjnych. Oryginalnie u Landau'a istnieje tylko „znieważający konstytucjonalizm”. W typologii G. Skąpskiej – pierwszy to znieważający konstytucjonalizm – kiedy to wprowadzenie zmian w konstytucji w kierunku ograniczenia demokracji (i pewnie swobód obywatelskich) posiada legitymizację demokratyczną. Innymi słowy, to sytuacja, kiedy partia polityczna zdobyła wymagana większość konstytucyjną i dokonała zmian konstytucji. Znieważenie to zmiany w negatywnym kierunku w stosunku do konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego.

Mocną stroną tekstu G. Skąpskiej jest wskazanie na społeczne korzenie zmiany. Autorka wskazuje, że zmiany w znieważającym konstytucjonalizmie wiodą w kierunku odejścia od klasycznego kanonu konstytucjonalizmu liberalnego, a więc odejścia od trójpodziału władz, pozbawienia sądownictwa konstytucyjnego niezależności oraz podporządkowania władzy sądowniczej władzy wykonawczej. W efekcie wzajemna kontrola i równoważenie się władz są naruszone. Co więcej, korupcja polityczna, kupowanie elektoratu przez odpowiednie polityki społeczne prowadzi do marginalizacji opozycji. W efekcie, jak napisała, „konstytucjonalizm znieważający jest zatem wyrazem swoistej hipokryzji konstytucyjnej, polegającej

²¹ G. Skąpska, *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, 7(1), s. 276–301.

na tym, że zmiany ustrojowe dokonywane są zgodnie z demokratycznie uchwaloną (lub zmienioną) konstytucją, skutkiem tych zmian jest natomiast osłabienie demokracji”²². Konstytucjonalizm znieważający, co wyraźnie widoczne jest zarówno w tekście Davida Landau’a, jak i Grażyny Skąpskiej, opiera się na modelu konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego i cały proces jest znieważający właśnie ten model. Podobne określenia jak „constitutional backsliding” oddają ten sam proces.

G. Skąpska wprowadza następnie określenie, niewystępujące w tekście D. Landau’a „konstytucjonalizm znieważony” – „wyrażający konstytucyjny nihilizm, zupełne lekceważenie obowiązującej konstytucji lub w najlepszym razie wybiórcze i podporządkowane doraźnym celom politycznym powoływanie się na nią. Konstytucjonalizm znieważony polega na tym, że fundamentalne zmiany ustrojowe dokonywane są za pomocą zwykłych ustaw, przez parlamentarną większość, która nie jest jednak większością konstytucyjną, a jedynie arytmetyczną”²³.

Różnica między dwoma rodzajami znieważającego konstytucjonalizmu i konstytucjonalizmu znieważonego dotyczy więc bardzo ważnej sprawy ich legitymizacji i procedur.

Wydaje mi się interesujące, że autorka traktuje konstytucję tylko jako tekst prawny stabilnie interpretowany. Całość przedstawionej argumentacji opiera się na pewnych założeniach dotyczących roli sądownictwa konstytucyjnego i prawników w interpretacji konstytucji. W obrazie przedstawionym przez G. Skąpską prawnicy są nie tylko opiekunami, ale jakby właścicielami konstytucji. Sfera publiczna nie ma większego wpływu na konstytucję, jest biernym odbiorcą konstytucji w formie i treści ustanowionej przez prawników.

Nie tylko konstytucja, ale też prawo jest kontestowanym fenomenem społecznym. W społeczeństwie, w którym konflikt jest endemiczny, istnieją różne interpretacje prawa i konstytucji. Większość z tych interpretacji pozostaje ze sobą w konflikcie. To, czego broni G. Skąpska, to konstytucjonalizm prawny i abstrahuje ona od konstytucjonalizmu politycznego. Autorka ma rację, że to, co obserwujemy obecnie, to podważanie dominującej pozycji konstytucjonalizmu prawnego. Widoczne jest to nie tyle przez nihilizm konstytucyjny, bo jednak nikt konstytucji nie uchylił, prawa obywatelskie obowiązują, ale poprzez podważenie interpretacji konstytucji dokonywanej przez prawników i w efekcie podważenie dominującej pozycji trybunałów konstytucyjnych, tych strażników konstytucjonalizmu prawnego. Nietrudno wskazać, że konstytucjonalizm prawny posiadał, jeśli nie anty-demokratyczny charakter, to w znacznym stopniu nakładał tamę na działanie sił politycznych. Jakieś ograniczenie jest potrzebne, ale sytuacja, z którą mieliśmy do

²² Ibidem, s. 285.

²³ Ibidem, s. 287.

czynienia, to były ekscesy konstytucjonalizmu prawnego, który miał zdecydowanie anty-demokratyczne ostrze.

Nie przekonuje mnie argument, że jeżeli ktoś jest ekspertem od prawa karnego i sędzią Trybunału Konstytucyjnego, to może autorytatywnie wypowiadać się w kwestii wartości wspólnoty politycznej. Zredukowanie roli sądownictwa konstytucyjnego opartego na modelu kelsenowskim można uznać za demokratyczne osiągnięcie tego, co G. Skąpska nazywa znieważającym konstytucjonalizmem.

Nie do końca przekonuje mnie argument o nihilizmie konstytucyjnym. Gdyby rzeczywiście dominował nihilizm konstytucyjny, to – podobnie jak za rządów bolszewików – nikt by sobie nie zadawał trudu, aby proceduralnie przeprowadzić zmiany ustawowe. Nie byłoby respektowania decyzji Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Zgodzić się można, że w tym, co G. Skąpska nazywa „znieważającym konstytucjonalizmem”, dochodziło do interpretacji niekonwencjonalnych, bliskich naginaniu prawa czy, używając innego terminu, do sytuacji „falandyzacji” prawa znanej z okresu prezydentury Lecha Wałęsy.

Nie do końca przemawia też argument o podporządkowaniu sądownictwa władzy wykonawczej. Reformy sądownictwa były konieczne i szkoda, że nie przeprowadzono głębokich zmian strukturalnych, a jedynie raczej zmiany polegające na podporządkowaniu personalnym.

Władza sądownicza po 1989 r. za bardzo się wyemancypowała i postawiła na obronę przywilejów korporacyjnych. Konstytucjonalizm prawny uzasadnia sam siebie apolitycznością sędziów. Innymi słowy, decyzje podejmowane są jakoby bezstronnie i merytorycznie, a przecież za każdym rozstrzygnięciem stoją jakieś interesy.

Z konstytucjonalizmem prawnym, którego w sumie broni autorka, wiąże się gloryfikacja podejścia do „legalnych rewolucji” w Polsce i na Węgrzech w 1989 r. Przekazanie władzy miało formę prawną. Nie pamięta się jednak, że ten prawny charakter zmiany politycznej miał charakter elitarny. To wtedy prawnicy uzyskali swoją dominującą pozycję w systemie politycznym, a oparty był na demobilizacji społecznej i zbyt szybkim zapisie w konstytucji o „państwie prawa”, które pełniło rolę tarczy ochronnej byłych elit komunistycznych, braku rozliczeń z przeszłością, brakiem oczyszczenia sądownictwa ze skompromitowanych sędziów oraz transmisją tego, co chorwacki prawnik nazywa „socjalistyczną tradycją prawną”, przez co rozumie zestaw pewnych praktyk unikania odpowiedzialności przeniesionych z poprzedniego systemu²⁴.

²⁴ A. Uzelac, *Survival of the Third Legal Tradition*, „Supreme Court Law Review” 2010, 49, s. 377–396.

Spoleczne przyczyny krytycznego podejścia do konstytucji

G. Skąpska zastanawia się nad społecznymi przyczynami krytycznego podejścia do konstytucji. Nazywa to „lekceważeniem wartości i zasad wspierających konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny, znieważaniem konstytucji, ograniczaniem praw podstawowych i idącym za tym chaosem prawnym i potencjalnym brakiem bezpieczeństwa prawnego”²⁵.

Pierwsza odpowiedź jest banalna i wskazuje na większe zainteresowanie bezpieczeństwem socjalnym niż dbaniem o wartości konstytucyjne.

Druga wskazana przyczyna jest bardziej interesująca – G. Skąpska wskazuje odmienne koncepcje „narodu jako wspólnoty politycznie zorganizowanej aniżeli ta, którą wyraża konstytucjonalizm demokratyczno-liberalny, w związku z odmiennością od liberalno-demokratycznej kulturą polityczną, na co nakładają się emocje strachu przed wyzwaniem współczesnego świata: globalizacją, falami emigracji, wzrastającym znaczeniem wielkich korporacji, tworzącym się nowym podziałem wpływów w skali globalnej”²⁶.

Opisane przez G. Skąpską zjawisko odejścia od konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego ma charakter globalny, a nie tylko regionalny. O ile przekonująco brzmi argument o odmiennej wizji wspólnoty politycznej, to zupełnie nie przekonuje argument z psychologii „ucieczki od wolności”. Analizując tekst, mam wrażenie, że autorka przedstawia nam kolejną wersję tak popularnej ongiś koncepcji *homo sovieticus*, tego wytworu komunizmu niedającego sobie rady w nowym systemie ekonomicznym i politycznym. Tworu niedojrzałego i zwracającego się w kierunku państwa po opiekę i zabezpieczenie społeczne. Brzmi to nawet dobrze, tyle, że *homo sovieticus* nigdy nie istniał. Maciej Gdula w swoich badaniach w mitycznym Miastku nad nowym autorytaryzmem wskazuje dokładnie na inne społeczne źródło poparcia dla tego, co on nazywa „autorytaryzmem”²⁷, a co w tekście G. Skąpskiej jest właśnie zagubionymi i przestraszonymi masami poddanymi manipulacji sił anty-konstytucyjnych.

Myślę, że to nie jest przyczyna krytycznego podejścia do konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego w Europie Środkowo-Wschodniej. Przyczyny społeczne i polityczne wskazałem w początkach tekstu. Tutaj chciałbym wskazać kilka przyczyn bardziej partykularnych.

²⁵ Skąpska G., *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, 7(1), s. 299.

²⁶ Ibidem.

²⁷ M. Gdula, *Nowy autorytaryzm*, Warszawa 2018.

Po pierwsze konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny był okrojony przez wąskie elity, a nie był wprowadzony przy masowym udziale obywateli. Anna Młynarska-Sobaczewska wykazała w swoim artykule, że w Polsce nie było „momentu konstytucyjnego” spełniającego kryteria Bruce’a Ackermanna²⁸. W tym samym tonie odnośnie nowych konstytucji w postkomunistycznej Europie Środkowo-Wschodniej pisał Andras Sajó²⁹. Można do tego dodać, że Konstytucja z 1997 r. nie cieszyła i nie cieszy się aż tak wielkim uznaniem i nie posiada dużej legitymizacji, skoro uzyskała tak małe wsparcie w referendum. Przypomnijmy, że frekwencja wynosiła 42,86% uprawnionych do głosowania. Za przyjęciem Konstytucji głosowało 53,45% a przeciwko 46,55%. Jeżeli dodamy do tego odrzucenie projektów społecznych przez Komisję Konstytucyjną³⁰, to mamy taki efekt, że konstytucjonalizm prawny w Polsce był ekspresją wizji wspólnoty politycznej pewnej ograniczonej części społeczeństwa i nie cieszył się poparciem większości obywateli.

Druga z przyczyn to polityczna dojrzałość społeczeństwa. W 1989 r. niewiele osób posiadało praktyczną wiedzę na temat działania mechanizmów funkcjonowania demokracji i konstytucjonalizmu oraz rządów prawa, co otworzyło drogę do bezmyślnego kopiowania z Zachodu³¹. Niechlubną rolę w tym procesie odgrywali profesorowie prawa, w sposób doktrynerski kopiując znane im z książek rozwiązania. Obecnie mamy zupełnie inne pokolenie świadome swoich praw i tożsamości. Pokolenie, które jest co najmniej krytyczne w stosunku do beztrzesko imitowanych transplantów konstytucyjnych z mitycznego Zachodu. Obecne pokolenie obywateli jest zainteresowane własną historycznie bogatą tożsamością konstytucyjną³².

²⁸ A. Młynarska-Sobaczewska, *Constitutional moment theory in Polish reality – the consent, identity, and change of constitution*, referat przedstawiony w Lizbonie na RCSL Annual Conference, 21.09.2018.

²⁹ A. Sajó, *Constitution without the constitutional moment: A view from the new member states*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, 3(2–3), s. 252–253.

³⁰ E. Kowalewska, *Competing visions of Coinstitutionalism in Post-Socialist Poland*, referat przedstawiony na konferencji *New Constitutionalism? New Forms of Democracy and Rule of Law beyond Liberalism*, International Institute for the Sociology of Law, Oñati, Spain, 12–13.07.2018.

³¹ Zob. I. Krastev, S. Holmes, *Imitation and its discontents*, „Journal of Democracy” 2018, 29(3), s. 117–128.

³² Z. Rau, P. Żurawski vel Grajewski, *Magna Carta: A Central European Perspective of our Common Heritage of Freedom*, Routledge 2016.

Kontrkonstytucjonalizm czyli nowy konstytucjonalizm jako korekta ekscesów konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego

Obserwując zmiany konstytucyjne w Polsce, uważam, że nie mieszczą się one w ramach nurtów populistycznych. Ruch nie likwiduje pluralizmu politycznego, ani nie wykazuje się antyelityzmem. Można mu przypisać, że w retoryce używa wyższości moralnej oraz idealizuje wspólnotę etniczną. To jednak nie wyczerpuje znamion ruchu populistycznego. Instytucje działają w pewnym kontekście i kontekst wyznacza granice ich działalności. Reformy partii rządzącej funkcjonują w ograniczonym kontekście i wewnętrznym – duża mobilizacja opozycji politycznej – i międzynarodowym, a w szczególności Unii Europejskiej. Efektem jest stopień ostrza ruchu i proponowanych reform.

Frank Furedi napisał, że „polityczny światopogląd FIDESZu najlepiej jest opisać jako syntezę konserwatywnego nacjonalizmu i chrześcijańskiej demokracji” („political outlook of FIDESZ is best described as a synthesis of conservative nationalism and Christian democracy”)³³. Myślę, że to samo odnosi się w stosunku do poglądów politycznych PiS-u w Polsce.

Niewątpliwie od 2015 r. nastąpiło odejście od konstytucjonalizmu prawnego na rzecz konstytucjonalizmu politycznego. Zmiany wpłynęły na rozregulowanie podziału władz i widoczny jest wzrost znaczenia władzy ustawodawczej, ale już niekoniecznie władzy wykonawczej.

Kluczowym punktem tego nowego konstytucjonalizmu jest odrzucenie idei prawa jako neutralnej instytucjonalnego mechanizmu dla polityki. Zmiany promują demokrację uczestniczącą w opozycji do demokracji konstytucyjnej. Suwerenem w tej koncepcji jest nie konstytucja, a naród polityczny. Efektem jest nacisk na polityczną konstytucję i dejurydyzację życia publicznego. Jest za wcześnie na jednoznaczną ocenę istniejącego trendu, ale wskazać należy na jego demokratyczny, emancypacyjny potencjał. Po 26 latach narzucania dyskursu liberalno-demokratycznego wahadło wychyliło się w drugą stronę. Krytykę sądów konstytucyjnych w Europie Środkowo-Wschodniej przeprowadził – obecny krytyk polityki obecnej władzy w Polsce w stosunku do Trybunału Konstytucyjnego i sądów powszechnych – Wojciech Sadurski. W swojej pionierskiej książce wskazywał na zbyt wielką władzę sądów konstytucyjnych w systemach politycznych powstałych po upadku komunizmu³⁴. Z punktu widzenia teorii krytycznej empiryczne badania nad

³³ F. Furedi, op. cit., s. 5.

³⁴ W. Sadurski, *Rights before courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2014.

polskim Trybunałem Konstytucyjnym przeprowadziła Hanna Dębska. W swojej pracy, stosując teorię Pierre'a Bourdieu, wskazała na sposób budowania legitymizacji społecznej przez Trybunał Konstytucyjny oraz na kumulowanie przez Trybunał i używanie władzy symbolicznej³⁵. Socjologicznie jest interesujące, że argumenty tych dwojga byłych krytyków są obecnie zapomniane nawet przez nich samych.

Jest to swoistego rodzaju kontra-konstytucjonalizm skierowany przeciwko konstytucjonalizmowi prawnemu. Istotą jest walka o zmianę akcentowanych zasad interpretacji konstytucji.

Chciałbym zakończyć cytatem skierowanym do dwóch stron kryzysu konstytucyjnego z krótkiego tekstu Hanny Fenichel Pitkin *The Idea of a Constitution*: „the constitution we gave depends upon the constitution we make and do and are. Except insofar as we do, what we think we have is powerless and will soon disappear. Except insofar as, in doing, we respect what we are – both our actuality and the genuine potential within us – our doing will be a disaster”³⁶.

Bibliografia

- Avbelj M., *High time for popular constitutionalism!*, „Verfassungsblog on Matters Constitutional”, 9.11.2016, <https://verfassungsblog.de/high-time-for-popular-constitutionalism/>
- Balkin J.M., *Constitutional Rot*, [w:] C. Sunstein (red.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York 2018, s. 19–35.
- Bugaric B., *Central Europe's Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, Oxford 2019.
- Bugaric B., Ginsburg T., *The Assault on Postcommunist Courts*, „Journal of Democracy” 2016, 27(3), s. 69–82.
- Dębska H., *Władza, Symbol, Prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.
- Diamond L., *Thinking about Hybrid Regimes*, „Journal of Democracy” 2002, 13(2), s. 21–35.
- Eatwell R., Goodwin M., *National Populism: The Revolt against Liberal Democracy*, Penguin Books 2018.
- Eiermann M., Mounk Y., Gultchin L., *European Populism: Trends, Threats and Future Prospects*, Report by the Institute for Global Change, 29.12.2017, <https://institute.global/insight/renewing-centre/european-populism-trends-threats-and-future-prospects>
- Furedi F., *Populism and the European Culture Wars: The Conflict of values Between Hungary and the EU*, Routledge 2017.
- Gdula M., *Nowy autorytaryzm*, Warszawa 2018.

³⁵ H. Dębska, *Władza, Symbol, Prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.

³⁶ H. Pitkin Fenichel, *The Idea of a Constitution*, „Journal of Legal Education” 1987, 37(2), s. 169.

- Huq A., Ginsburg T., *How to Lose a Constitutional Democracy*, „UCLA Law Rev” 2018, 65, s. 78–169.
- Kowalewska E., *Competing visions of Coconstitutionalism in Post-Socialist Poland*, referat na konferencji New Constitutionalism? New Forms of Democracy and Rule of Law beyond Liberalism, International Institute for the Sociology of Law, Oñati, Spain, 12–13.07.2018.
- Krastev I., Holmes S., *Imitation and its discontents*, „Journal of Democracy” 2018, 29(3), s. 117–128.
- Landau D., *Abusive Constitutionalism*, „UC Davis Law Review” 2013, 47, s. 189–260.
- Machalica B., *Leninizm XXI wieku, czyli prawo według PiS*, <https://www.tygodnikprzeglad.pl/prawo-wedlug-pis/>
- Młynarska-Sobaczewska A., *Constitutional moment theory in Polish reality – the consent, identity, and change of constitution*, RCSL Annual Conference, 21.09.2018.
- Mudde C., Rovira Kaltwasser C., *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford 2017.
- Müller J.-W., *Populism and Constitutionalism*, [w:] C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa, P. Espejo, P. Ostiguy (red.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford 2017.
- Pitkin Fenichel H., *The Idea of a Constitution*, „Journal of Legal Education” 1987, 37(2).
- Raport Klubu Jagiellońskiego na temat transportu publicznego z kwietnia 2018 r. <https://klubjagiellonski.pl/2018/04/17/publiczny-transport-zbiorowy-w-polsce-studium-upadku/>
- Rau Z., Żurawski vel Grajewski P., *Magna Carta: A Central European Perspective of our Common Heritage of Freedom*, Routledge 2016.
- Roux T., *The Politico-Legal Dynamics of Judicial Review: A Comparative Analysis*, Cambridge 2018.
- Rovira Kaltwasser C., *Populism and the Question of How to Respond to It*, [w:] C. Rovira Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochoa, P. Espejo, P. Ostiguy (red.), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford 2017, s. 409–492.
- Sadurski W., *Rights before courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht 2014.
- Sajó A., *Constitution without the constitutional moment: A view from the new member states*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, 3(2–3), s. 243–261.
- Sawczuk T., *Nowy liberalizm. Jak zrozumieć i wykorzystać kryzys III RP*, Warszawa 2018.
- Scheppele K.L., *Autocratic Legalism*, „The University of Chicago Law Review” 2018, 85, s. 545–583.
- Scheppele K.L., *Constitutional Coups and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts at Times of Crisis (with Special Reference to Hungary)*, „Transnational Law & Contemporary Problems” 2014, 23, s. 51–117.
- Scheppele K.L., *Constitutional Coups in EU Law*, [w:] M. Adams, A. Meuwese, E.H. Ballin (red.), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge 2017.

- Skąpska G., *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, 7(1), s. 276–301.
- Uzelac A., *Survival of the Third Legal Tradition*, „Supreme Court Law Review” 2010, 49, s. 377–396.
- Włodarczyk J., Gańko N., *Wykluczenie edukacyjne*, http://fdds.pl/wp-content/uploads/2016/05/Wlodarczyk_J_Ganko_N_2011_Wykluczenie_educacyjne.pdf
- Wykluczenie cyfrowe w Polsce*, opracowanie Biura Analiz Senatu RP z 2015 r. https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatopracowania/133/plik/ot-637_internet.pdf
- Zajadło J., *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017, 72(3), s. 17–30.
- Zakaria F., *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York–London, 2007.
- Zielonka J., *Counter-Revolution. Liberal Europe in Retreat*, Oxford 2018.