

Przemysław Kaczmarek¹

Uniwersytet Wrocławski

Goodbye rządy prawa? Diagnoza i perspektywa²

1. Wprowadzenie

Do napisania niniejszego artykułu skłoniły mnie dwa podstawowe powody. Pierwszy dotyczy sytuacji będącej wynikiem kryzysu konstytucyjnego w Polsce. Przedstawiając ją, odnotujemy kilka przykładów z ostatnich lat: naruszanie przez państwo polskie zasady praworządności z art. 7 Traktatu o Unii Europejskiej oraz zawieszenie, a następnie wykluczenie Krajowej Rady Sądownictwa z Europejskiej Sieci Rad Sądownictwa. Jednocześnie o reformach sądownictwa, proponowanych przez środowiska liberalno-demokratyczne po wygranych wyborach 15.10.2023 r., których celem jest zasadniczo powrót do porządku prawnego, panującego przed 2015 r., tak wypowiada się Małgorzata Manowska, Pierwsza Prezes Sądu Najwyższego: „Jest źle, jest chaos. Jesteśmy u progu anarchii, może już ten próg przekroczyliśmy”³. Jeśli do tego dodamy, że funkcja, którą pełni sędzia M. Manowska jest podawana w wątpliwość, to uzasadnione staje się pytanie o kondycję rządów prawa⁴. Z kolei drugi powód, powiązany z pierwszym, dotyczy „teoretycznej mapy stanowisk”, z której wyłania się teza o nasilaniu się procesu, którego celem jest podważanie rządów prawa przez środowiska nieliberalne w wielu państwach, nie tylko młodych demokracji. Dobrze ją dokumentuje Fabio de Sa e Silva, z którego publikacji: *Good Bye, Liberal-Legal Democracy!* zaczerpnąłem pomysł na tytuł artykułu⁵.

Postawiony w tytule artykułu znak zapytania jest wyrazem przyjęcia tezy, zgodnie z którą można mówić nie tyle o końcu, co o kryzysie rządów prawa. Przedstawiając ją, w pierwszej kolejności przyjrę się dualizmowi prawnemu, a następnie w jego świetle zaprezentuję legalny autorytaryzm oraz *abusive judicial review*. Realizując tak postawione zadanie, postaram się wykazać, że dualizm prawny dostarcza ram pojęciowych dla badania kryzysu rządów prawa. W podtytule jest również złożona obietnica w postaci

¹ Numer ORCID: 0000-0002-3436-4043. Adres e-mail: przemyslaw.kaczmarek@uwr.edu.pl

² Artykuł powstał w ramach realizacji projektu badawczego Narodowego Centrum Nauki o nr 2020/37/B/HS5/00297, pt. Wolność ekspresji sędziego jako wykonawcy roli zawodowej.

³ Rozmowa Małgorzaty Manowskiej z Robertem Mazurkiem w radiu RMF FM z 15.02.2024 r., <https://www.youtube.com/watch?v=T75rLKFZjxs&t=1317s>, dostęp: 15.02.2024 r.

⁴ <https://visegradinsight.eu/faq-is-poland-facing-a-dual-legal-system-expert-panel/>, dostęp: 11.03.2024 r.

⁵ F. de Sa e Silva, *Good Bye, Liberal-Legal Democracy!*, „Law & Social Inquiry” 2023/57, s. 292–313. Zob. także T.M. Keck, *Erosion, Backsliding, or Abuse: Three Metaphors for Democratic Decline*, „Law & Social Inquiry” 2023/48, s. 314–339; S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die*, Nowy Jork 2018, s. 9.

ukazania możliwej drogi wychodzenia z zakrętu, na jakim aktualnie znalazły się rządy prawa. Zaprezentowanie tej drogi, zapewne jednej z wielu, wyznacza drugi z celów artykułu.

2. Rządy prawa jako ideał polityczny

Oprócz dwóch wymienionych już przesłanek, które nakłoniły mnie do zajęcia się tematem rządów prawa jest jeszcze trzeci powód. Jak zauważa Brian Z. Tamanaha, idea rządów prawa jest najczęściej powtarzaniem ideałem politycznym, a jednocześnie pojęciem nieuchwytnym, trudnym do ustalenia⁶. Ta dwoistość w zderzeniu z diagnozą o kryzysie rządów prawa powoduje zainteresowanie tym zagadnieniem. Zdaniem B.Z. Tamanahy rządy prawa można zdefiniować jako ideę, która zakłada, że urzędnicy państwowi i obywatele są związani prawem i je przestrzegają⁷. Ta krótka definicja regulująca ma co najmniej trzy implikacje: a) władzę państwową ogranicza prawo, b) kluczową wartością jest legalność formalna, c) wybór tej idei oznacza rządy prawa a nie rządy człowieka.

Pierwsza z wymienionych implikacji stanowi, że prawo ogranicza władzę suwerena. Sens tego ograniczenia ilustruje pojęcie prawa, które, obok prawa pozytywnego, zawiera również inny komponent, który historycznie był różnie definiowany. Obecnie jest on często łączony z wartościami, które David Landau i Rosalind Dixon nazywają „minimalnym rdzeniem demokracji” (*democratic minimum core*)⁸. Autorzy zaliczają do niego trzy zestawy wartości, odnoszące się do: a) uczciwych i regularnych wyborów, w których strona przegrywająca uznaje tę decyzję, b) praw i wolności człowieka, np. wolności wypowiedzi, c) trójpodziału władzy⁹. Ze względu na wymienione wartości, nawet jeśli przedstawiciele władzy ustawodawczej chcą zmienić prawo pozytywne, to są w tym zakresie ograniczeni właśnie przez minimalny rdzeń demokracji. Te pozatekstowe elementy pojęcia prawa mają „trzymać suwerena w ryzach prawa”¹⁰.

Drugim koniecznym elementem rządów prawa jest legalność formalna. Zakłada ona, że funkcjonariusze władzy państwowej działają na podstawie reguł prawnych, które spełniają określone warunki. Listę tych właściwości chyba najpełniej przedstawił Lon Luvois Fuller, charakteryzując wewnętrzną moralność prawa. Brian Z. Tamanaha, opowiadając się za legalnością formalną jako podstawowym elementem rządów prawa, dostrzega również jej pewne słabości¹¹. Jedną z nich jest niedostateczna inkluzyjność na kontekst społeczno-polityczny, która powoduje, że odwoływanie się do legalizmu może wzmacniać rządy autorytarne w postaci ich legitymizacji. Źródłem tego stanu jest preferowanie przez legalizm schematu działania według wzorca – „wszystko albo nic”, co powoduje niedocenianie sytuacji granicznych¹². Z tego też powodu B.Z. Tamanaha stwierdza: „legalność formalna nie sprawdza się w skomplikowanych sytuacjach, kiedy

⁶ B.Z. Tamanaha, *The History and Elements of the Rule of Law*, „Singapore Journal of Legal Studies” 2012/12, s. 232. Zob. także T. Pietrzykowski, *Ujarzmianie Lewiatana. Szkic o idei rządów prawa*, Katowice 2014, s. 7.

⁷ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 233.

⁸ Por. B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 234–236; B.Z. Tamanaha, *A Concise Guide to the Rule of Law. St. John's Legal Studies Research Paper No. 07-0082*, s. 18–20. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051, dostępn.: 1.03.2024 r.

⁹ Podobnie twierdzą Aziz Huq i Tom Ginsburg. Zob. A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, „U.C.L.A. Law Review” 2018/65, s. 86–87.

¹⁰ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 239.

¹¹ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 241.

¹² B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 242.

trzeba wydać konkretne osądy”¹³. Nie oznacza to jednak podważenia wartości, jakie wyraża akceptacja legalności formalnej. Z jednej więc strony, legalizm zwiększa przewidywalność i stałość prawa, z drugiej natomiast strony, pozwala legitymizować – w pewnych sytuacjach – rządy autorytarne. W tym kontekście można przywołać przykład z najtragiczniejszego okresu XX w., odnotowany przez Aharona Baraka. Autor ten przywołuje historię Żydów, którzy w trakcie II Wojny Światowej przebywali w niemieckich więzieniach na skutek wyroków sądowych, które zapadły jeszcze przed dojściem nazistów do władzy¹⁴. Niemiecki aparat państwowy, powołując się na rządy prawa, a dokładniej na legalność w aspekcie formalnym, nie pozwalał na przeniesienie ich do obozów śmierci zanim nie odbędną kary więzienia.

Trzecim elementem rządów prawa jest prymat prawa a nie osób, które obsługują ten system normatywny. Jak podkreśla B.Z. Tamanaha, odpowiedzią na tezę o otwartej tekstowości prawa i związanej z nią konieczności interpretacji jest uznanie prawników, zwłaszcza sędziów, za strażników prawa¹⁵. W wizji tej sędziom przypisuje się różne przymioty, spośród których kluczowa jest bezstronność wobec presji politycznej, doktryn światopoglądowych i stron sporu¹⁶. Realizacja tak rozumianej bezstronności jest trudno osiągalna. To jeden z powodów napięcia między władzą sędziowską a władzą polityczną, zogniskowaną w ośrodkach władzy wykonawczej. Ingerencja partii politycznych w sądownictwo to nie jedyne niebezpieczeństwo. Innym jest supremacja władzy sędziowskiej wobec pozostałych ośrodków władzy¹⁷. Niebezpieczeństwo to tym bardziej jest godne uwagi, ponieważ dyskrecjonalność prawniczą można zaliczyć do ukrytych funkcji rządów prawa¹⁸.

Z ustaleń B.Z. Tamanahy wyłania się myśl, że idea rządów prawa jest pełna napięć. Pośród nich szczególnie niebezpieczne jest posługiwanie się konstrukcją rządów prawa, a dokładniej pewnymi jej elementami, w taki sposób, który legitymizuje autorytaryzm w różnych formach¹⁹. Obok aspektu uniwersalnego – przedstawiającego schemat nadużycia rządów prawa w majestacie prawa, ważny jest także aspekt lokalny – dotyczący konkretnego społeczeństwa, kultury prawnej, którego jednak w tym opracowaniu zasadniczo nie będzie, poza kilkoma odniesieniami na zasadzie ilustracji omawianego problemu²⁰. Ekspozycja aspektu uniwersalnego wpisuje się w prezentację technik rządzenia podważających rządy prawa, tj. rządów za pomocą prawa, a nie rządów prawa.

¹³ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 242.

¹⁴ A. Barak, *Rola sędziego w społeczeństwie demokratycznym (zapis wykładu wygłoszonego w Trybunale Konstytucyjnym 25.02.2003 r.)*, https://knfpifs.files.wordpress.com/2011/10/barak_a-rola-sc499dziego-w-spoc582_demokrat.pdf, dostęp: 26.04.2023 r., s. 13–14.

¹⁵ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 244.

¹⁶ W. Ciszewski, *Bezstronność i neutralność światopoglądowa sędziego*, „Krytyka Prawa: Niezależne Studia nad Prawem” 2021/3, s. 13–29.

¹⁷ R. Hirsch, *The Judicialization of Politics*, w: R.E. Goodin (red.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford 2011, s. 253–274.

¹⁸ B.Z. Tamanaha, *Functions of Rule of Law*, w: J. Meierhenrich, M. Loughlin (red.), *The Rule of Law*, Cambridge 2021, s. 221–236.

¹⁹ B.Z. Tamanaha, *A Concise Guide...*, s. 19–20. Zob. także B.Z. Tamanaha, *Always Imperfectly Achieved Rule of Law: Comments on Jeremy Waldron*, „Global Constitutionalism” 2021/10, s. 106–117.

²⁰ Takie odniesienie, uwzględniające przypadek węgierski i polski, omawia Grażyna Skąpska – zob. G. Skąpska, *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018/1, s. 278. Z kolei Bojan Bugarić zwraca uwagę na różnice między sytuacją na Węgrzech i w Słowenii – zob. B. Bugarić, *Kryzys demokracji konstytucyjnej w postkomunistycznej Europie. „Ziemia niczyja” między demokracją a autorytaryzmem*, w: A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, Warszawa 2021, zwłaszcza s. 132–148.

3. Dualizm prawny

Jedną z takich technik jest dualizm prawny, w ujęciu zaproponowanym przez Kathryn Hendley²¹. Dualizm prawny opiera się na koncepcji państwa dualnego Ernsta Fraenkela w czasach nazistowskich Niemiec, który odnotowuje: „(...) znalazłem klucz do zrozumienia narodowosocjalistycznego systemu rządów w dwoistości lub równoczesnym istnieniu «państwa normatywnego» (*Normenstaat*), które generalnie szanuje swoje własne prawa i «państwa prerogatywnego» (*Maßnahmenstaat*), które łamie te same prawa”²².

Ernst Fraenkel, przedstawiając funkcjonowanie państwa niemieckiego w czasach nazistowskiego reżimu, zaproponował wyróżnienie państwa „normatywnego” i państwa „prerogatywnego”. W pierwszym przypadku działanie funkcjonariuszy państwowych opierało się na pewnych elementach rządów prawa, odwołujących się w dużym stopniu do dorobku weimarskiego porządku prawnego²³. Z kolei w drugim z ujęć – czyli w państwie prerogatywnym – kluczowym czynnikiem była wola partii politycznej, racjonalizowana interesem suwerena. Warto zaznaczyć, że doktryna podwójnego państwa stanowiła socjologiczny opis działania prawa w nazistowskich Niemczech w latach 1933–1938, której interesujący nas autor doświadczył, z jednej strony jako praktykujący prawnik, z drugiej zaś strony jako osoba będąca Żydem²⁴.

Według E. Fraenkela państwo dualne można przedstawiać jako przeciwieństwo rządów prawa, dlatego że linia podziału między sprawami życia codziennego a sprawami politycznymi, które należą do państwa prerogatywnego, jest niedookreślona i może być przesunięta przez ośrodki władzy politycznej, jeśli zajdzie taka konieczność²⁵. Jednocześnie, zdaniem Jana Ch. Suntrupa, nie oznacza to, że nie można wskazać sytuacji, w której państwo normatywne przeciwstawia się prerogatywnemu, zwłaszcza na przykładzie działalności sędziów²⁶.

Serdar Tekin przedstawia trzy aspekty państwa dualnego: a) prymat państwa prerogatywnego, b) państwo normatywne funkcjonuje wtedy, gdy państwo prerogatywne milczy, c) dualizm obu tych porządków nie przekłada się na odrębne sfery życia publicznego, ale ma zastosowanie w tych samych praktykach, instytucjach²⁷. Przywołany autor, charakteryzując zwłaszcza ostatnią z wymienionych właściwości, polegającą na istnieniu dwóch modalności działania państwa, zauważa: „Ten sam sąd może orzekać w zwykłych sporach majątkowych zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem, orzekając jednocześnie na korzyść arbitralnego zajęcia majątku w przypadku grup będących celem państwa prerogatywnego”²⁸.

²¹ K. Hendley, *Legal Dualism as a Framework for Analyzing the Role of Law under Authoritarianism*, „Annual Review of Law and Social Science” 2022/18, s. 211–226.

²² W języku angielskim fragment ten brzmi następująco: „I believed to have found a key to understanding the National Socialist system of rule in the duality or concurrent existence of a “normative state” (*Normenstaat*) that generally respects its own laws, and a “prerogative state” (*Maßnahmenstaat*) that violates the very same laws” – E. Fraenkel, *Preface to the 1974 German Edition*, trans. J. Meierhenrich, w: E. Fraenkel, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oksford 2017, s. XV.

²³ H.P. Graver, *Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State*, „German Law Journal” 2018/4, s. 874.

²⁴ J. Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, Oksford 2018, s. 19–21.

²⁵ M. Maciejewski, *Wódz, naród, rasa. Ideologiczne przesłanki nazistowskich koncepcji prawa*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2017/1, s. 20.

²⁶ J.Ch. Suntrup, *Between Prerogative Power and Legality – Reading Ernst Fraenkel’s The Dual State as an Analytical Tool for Present Authoritarian Rule*, „Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought” 2020/3, s. 340, 343, 345, 351–352.

²⁷ S. Tekin, *The Dual State in Turkey*, „European Journal of Turkish Studies” 2022/34, s. 4–5.

²⁸ S. Tekin, *The Dual State...*, s. 5.

Odnosząc wymienione aspekty państwa dualnego do uwagi J.Ch. Suntrupa, jestem zdania, że stanowią one pewne typy relacji, które na poziomie faktyczności mogą różnić się ze względu na postać autorytaryzmu. Możliwa jest zatem sytuacja, w której mamy do czynienia z prymatem państwa prerogatywnego, ale również możliwa jest sytuacja, w której te porządki konkurują ze sobą, odwołując się do odmiennej racjonalności i legalności. Jest to możliwe zwłaszcza dzisiaj, gdy z powodów ekonomicznych i gospodarczych rządy autorytarne nie tak łatwo mogą sobie pozwolić na jawne odrzucenie prawa międzynarodowego czy europejskiego, a co z kolei stanowi przesłankę do budowania systemów rządzenia, które w mniejszym czy większym stopniu odpowiadają idei państwa dualnego²⁹. Zauważalny renesans teorii państwa dualnego tylko to potwierdza³⁰. Jedną z autorek, która twórczo rozwija tę koncepcję do badań rządów autorytarnych jest wspomniana K. Hendley. Zachowując główną ideę teorii E. Fraenkela, autorka przedstawia dwa typy dualizmu prawnego w państwach postkomunistycznych, odwołując się zwłaszcza do sowieckiej Rosji³¹. Pierwszy z nich dotyczy pewnego typu myślenia o prawie. Z kolei drugi typ przedstawia dualizm prawny jako technikę rządzenia w opozycji do rządów prawa³².

Pierwszy z wyróżnionych typów dualizmu prawnego ma silne zakorzenienie w wykształconej historycznie mentalności, którą charakteryzuje pojmowanie prawa jako systemu represyjnego i opresyjnego, ale jednocześnie plastycznego, który wymaga odpowiedniego obchodzenia się z nim. W tej perspektywie człowiek zaradny to taki, który potrafi unikać prawa w życiu codziennym albo korzysta z niego w sposób wybiórczy. Taka postawa wobec prawa wpisuje się w kulturę nieufności, która w krajach postkomunistycznych ma silne uzasadnienie historyczne w postaci zawodności prawa albo jego represyjnego charakteru. Podobną myśl, bez nawiązania do dualizmu jako postawy wobec prawa, wyraził Ryszard Sarkowicz przedstawiając kulturę bezkarności jako „rozpowszechnienie się zarówno w społeczeństwie, jak i pośród organów, instytucji i funkcjonariuszy państwowych postaw bierności, milczącej akceptacji lub wręcz przyzwalania na nagminnie pojawiające się w różnych dziedzinach życia społecznego przypadki naruszania prawa”³³. Pozyskując te ustalenia, odnotujmy, że przyczyn dualizmu prawnego jako postawy społecznej można poszukiwać:

- 1) w dziedzictwie historycznym i doświadczeniu społeczeństw postkomunistycznych: „jak nie prawem, to lewem”³⁴,
- 2) w niedostatecznej responsywności prawa, tj. sytuacji, gdy prawo nie odpowiada na aktualne potrzeby czy oczekiwania obywateli,
- 3) w braku reakcji społecznej i prawnej na przykłady naruszania prawa często w majestacie prawa. Bierność ta tworzy przestrzeń do wspomnianej kultury bezkarności.

Wymienione sytuacje powodują, że miejsce prawa zajmują inne czynniki, np. polityka partyjna, która, zachowując sprawczość decyzyjną, obiecuje wypełniać społeczne oczekiwania.

²⁹ J. Ch. Suntrup, *Between prerogative power...*, s. 353.

³⁰ J. Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat...*, zwłaszcza rozdz. 9; J. Zajadło, *Podwójne państwo*, <https://konstytucyjny.pl/jerzy-zajadlo-podwojne-panstwo/>, dostęp 24.06.2024 r.

³¹ Podobne założenie przyjmuje Serdar Tekin – zob. S. Tekin, *The Dual State...*, passim.

³² K. Hendley, *Varieties of Legal Dualism: Making Sense of the Role of Law in Contemporary Russia*, „*Wisconsin International Law Journal*” 2012/2, s. 238 i n.

³³ R. Sarkowicz, *Kultura bezkarności*, w: F. Longschamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 343.

³⁴ J. Kurczewski, *Prawem i lewem. Kultura prawna społeczeństwa polskiego po komunizmie*, „*Studia Socjologiczne*” 2007/2, s. 33–60.

Drugi typ dualizmu opiera się na tezie, że prawo jest środkiem do realizacji określonego celu. W ujęciu tym prawo w czasach autorytaryzmu może funkcjonować w dwóch systemach, z których jeden ma uzasadnienie normatywne, a drugi – partyjne. Siła tego podziału polega na tym, że prawo w wielu sferach życia codziennego obywateli może funkcjonować zgodnie z podstawą normatywną, źródłami prawa. Jednocześnie może być pozbawione tego przymiotu w sprawach, które władza ustawodawcza lub wykonawcza uzna za kluczowe w realizowaniu programu politycznego. Wyjaśniając pozycję prawa w dualizmie prawnym, K. Hendley zauważa, że „prawo może mieć znaczenie, ale nie zawsze ma znaczenie”³⁵. Dualizm prawny pozwala uchwycić praktyki rządzenia, w których z jednej strony podejmowane decyzje są racjonalizowane podstawą normatywną. Z drugiej zaś strony, takie podejście nie przeszkadza, w razie konieczności, łamaniu prawa także tego ustawowego. W tym sensie prawo wciąż może mieć znaczenie, ale jego stosowanie przez aparat władzy politycznej bywa nieprzewidywalne, zwłaszcza w sytuacji prymatu prawa prerogatywnego.

Zdaniem K. Hendley, oba wyróżnione typy dualizmu prawnego dopełniają się w krajach, które nie tak dawno przechodziły transformację ustrojową³⁶. Czas tej transformacji związany z wymogami akcesyjnymi, członkostwem w organizacjach europejskich i międzynarodowych nie stanowił dla wielu państw Europy Środkowej końca historii dualizmu prawnego, a jedynie jej nowy etap. Zwraca na to uwagę Bojan Bugarič, którego zdaniem słoweński system prawny charakteryzuje się obecnie „jednoczesnym funkcjonowaniem europejskich zasad formalnych obok nieformalnych praktyk, przy czym te ostatnie często podważają i zastępują standardy wynikające z zasady rządów prawa”³⁷.

4. Legalny autorytaryzm oraz Abusive Judicial Review³⁸

Nowym etapem dualizmu prawnego są praktyki rządów autorytarnych, które podważają ideę rządów prawa za pomocą samego prawa³⁹. Przykładem takiej praktyki jest legalny autorytaryzm, który charakteryzuje: a) centralizacja i kontrola władzy publicznej w rękach władzy wykonawczej, b) dokonywanie kluczowych zmian społeczno-ustrojowych za pomocą aktów prawnych, co powodować ma legalność przeobrażeń w systemie konstytucyjnym⁴⁰.

Określenie „legalny autorytaryzm” zaproponował Javier Corrales w celu zdefiniowania techniki rządzenia, która polega na tym, że dążenia antydemokratyczne realizowane są za pomocą prawa. W tym zakresie J. Corrales wymienia trzy mechanizmy, które charakteryzuje: używanie, nadużywanie i niestosowanie rządów prawa⁴¹.

³⁵ K. Hendley, *Legal Dualism...*, s. 214.

³⁶ K. Hendley, *Varieties of Legal Dualism...*, s. 239.

³⁷ B. Bugarič, *Kryzys...*, s. 139.

³⁸ Niektóre z ustaleń przedstawionych w tym punkcie wykorzystałem w artykule pt. *Autocratic Legalism in the Perspective of the Role of Judges in Societies of New Democracies*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2023/3, s. 31–37.

³⁹ J. Meierhenrich, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, rozdz. IX. Zob. także Visegrad Insight, *FAQ – Is Poland Facing a Dual Legal System? Expert Panel*, <https://visegradinsight.eu/faq-is-poland-facing-a-dual-legal-system-expert-panel/>, dostęp: 11.03.2024 r.

⁴⁰ K.L. Scheppelle, *Autocratic Legalism*, „The University of Chicago Law Review” 2018/2, s. 545; J. Corrales, *The Authoritarian Resurgence. Autocratic Legalism in Venezuela*, „Journal of Democracy” 2015/26, s. 40. Zob. także: The International Association of Constitutional Law (IACL), *Autocratic Legalism*, <https://blog-iacl-aidc.org/autocratic-legalism>, dostęp 11.03.2024 r.

⁴¹ J. Corrales, *The Authoritarian...*, s. 38. Podobnie A.L.P. Pirro, B. Stanley, *Forging, Bending, and Breaking: Enacting the “Illiberal Playbook” in Hungary and Poland*, „Perspectives on Politics” 2022/20, s. 92–96.

Pierwszą z technik wyróżnia, najczęściej po wygranych wyborach parlamentarnych, zmiana ustawodawstwa, która zapewnić ma sprawowanie rządów przez zwycięski obóz polityczny w różnych obszarach życia społecznego. Ma to swoje przełożenie nie tylko na proces ustawodawczy, ale także sprawowanie władzy wykonawczej, również na poziomie samorządowym. Zdaniem J. Corralesa, opisywany mechanizm charakteryzuje: po pierwsze – wzmocnienie władzy wykonawczej, które jest uzasadniane interesem publicznym albo dobrem obywateli; po drugie – dokonywanie zmian na drodze ustaw, co koresponduje z podkreśleniem elementu legalistycznego. Takie podejście zapewnić ma z jednej strony legitymizację społeczną, z drugiej zaś legitymizację normatywną⁴². O skuteczność pierwszej z nich mają zadbać media, a drugiej – lojalni prawnicy. Z tego też powodu kluczowe staje się opanowanie obu tych praktyk.

Drugi z mechanizmów, to nadużycie prawa, które J. Corrales charakteryzuje następująco: „*meaning the inconsistent and biased implementation of laws and regulations*”⁴³. Zdaniem autora taki mechanizm sprawowania rządów, na przykładzie Wenezueli, był wykorzystywany w celu przejęcia mediów publicznych. Na oznaczenie zmian, polegających na przejmowaniu udziału w rynku mediów, przywołany autor posługuje się określeniem „hegemonii komunikacyjnej”. Jak jednak wykazują D. Dixon i R. Landau, technika nadużywania prawa jest stosowana również w sądownictwie.

Trzeci, ostatni mechanizm polega na łamaniu prawa. Jest to technika sprawowania rządów, która wyłamuje się w pewien sposób z legalnego autorytaryzmu ze względu na jawne łamanie obowiązujących norm, co podważa aspekt legalności. Zdaniem J. Corralesa mechanizm ten dotyczy przeważnie procesu wyborczego, kampanii wyborczej. Z polskiej praktyki konstytucyjnej takim przykładem jest niepublikowanie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 9.03.2016 r.

Do ustaleń Javiera Corralesa o legalnym autorytaryzmie odwołuje się Kim L. Scheppele. Jej artykuł *Autocratic Legalism*, opublikowany w 2018 r., a także wygłoszone przez nią rok później na konferencji *Law and Society Association* przemówienie poświęcone temu zagadnieniu, sprawiły, że pojęcie legalnego autorytaryzmu na trwałe zagościło w dyskursie prawniczym, a także w debacie publicznej⁴⁴. Zdaniem badaczki, wymienione wyżej trzy techniki sprawowania rządów łączy mechanizm przejmowania praktyk społecznych. Polega on na tym, że charyzmatyczni przywódcy polityczni, wybrani w demokratycznych wyborach, wykorzystują mandat wyborczy do demontażu systemu konstytucyjnego. Demontaż ten dokonuje się w dwóch krokach: najpierw przejmowania instytucji publicznych, a następnie ich kontrolowania⁴⁵.

Pierwszą z wymienionych faz charakteryzuje przejmowanie przez obóz rządzący instytucji publicznych, zwłaszcza mediów publicznych i sądownictwa. Dokonywaniu tego zabiegu towarzyszy skoordynowana krytyka obu tych środowisk. W tym celu wykorzystuje się narzędzia antagonistyczne z podziałem na elity i zwykłych ludzi. Elity przedstawia się jako broniące liberalnego systemu konstytucyjnego, a rządzących jako przedstawicieli narodu, opowiadających się za systemem demokratycznym⁴⁶.

Napięcie między komponentem demokratycznym a liberalnym jest wykorzystywane do przejmowania instytucji w celu wzmocnienia władzy, zogniskowanej zwłaszcza

⁴² J. Corrales, *The Authoritarian...*, s. 40.

⁴³ J. Corrales, *The Authoritarian...*, s. 40.

⁴⁴ Zwraca na to uwagę Fabio de Sa e Silva – zob. F. De Sa e Silva, *Good Bye...*, s. 303.

⁴⁵ K.L. Scheppele, *Autocratic...*, s. 562.

⁴⁶ K.L. Scheppele, *Autocratic...*, s. 557.

w ośrodkach władzy wykonawczej. Przejęcie to racjonalizowane jest z formalnego punktu widzenia jako zgodne z prawem stanowionym. Legalny autorytaryzm jest zatem techniką rządzenia, która polega na zmianie systemu konstytucyjnego w sposób, który z formalnego punktu widzenia może być uzasadniany jako legalny. Kim L. Scheppele dla opisu tego mechanizmu używa określenia „*Frankenstate*”⁴⁷. Posługuje się nim na oznaczenie tworzenia pozorów rządów prawa poprzez zachowanie niektórych aspektów funkcjonowania instytucji publicznych w dotychczasowej formie albo ich modyfikacji, w taki jednak sposób, który, na poziomie deklaracji lub w aspekcie formalnym, zakłada spójność z porządkiem liberalno-demokratycznym. Wspomniana pozorowość staje się widoczna w wyniku połączenia elementów. Przyjęcie takiej perspektywy pozwala lepiej dostrzec zmiany w instytucjach publicznych, zwłaszcza w sądownictwie i mediach publicznych. Porównanie legalnego autorytaryzmu do Frankensteina ilustrować ma fakt, że poszczególne działania władzy mogą przechodzić test legalności. Jeśli jednak połączymy poszczególne elementy, to wyłaniający się obraz instytucji będzie budzić wątpliwości prawne, a czasem nawet przerażenie części obywateli, jak postać z powieści Mary Shelley, która została stworzona z różnych elementów.

Nancy Bermeo, charakteryzując sposób, w jaki legalny autorytaryzm podważa ład konstytucyjny, używa określenia „śmierć tysiąca cięć”⁴⁸. Z kolei Regitze Helene Rohlfing i Marlene Wind legalny autorytaryzm przyrównują do rekina, który zbliżając się do ofiary, pozostaje jak najdłużej pod powierzchnią wody, aby nie zostać zauważonym. Kiedy dostrzegamy wyłaniającą się spod czeluści wody płetwę, bywa, że jest już za późno na akcję ratunkową⁴⁹. Wymienione metafory podkreślają, że legalny autorytaryzm polega na tym, że pojedyncze akty mogą okazać się niezauważalne dla opinii publicznej. Przejawem tego zjawiska bywa trudność z podaniem przez obywateli przykładów złamania prawa czy naruszenia konstytucji, co dostrzegaliśmy również w polskiej debacie publicznej, a co jest wykorzystywane przez środowiska wspierające demokrację nieliberalną do bagatelizowania problemu. Źródłem tej trudności jest przedstawiona technika działania, którą charakteryzuje podkreślanie czynnika legalistycznego, mającego legitymizować zmiany w porządku społeczno-politycznym, w różnych możliwych konfiguracjach⁵⁰. Wspólne dla nich jest podejście, które tak charakteryzuje K.L. Scheppele: „nowi legalistyczni autokraci przyjmują język konstytucyjny i demokratyczny, pomijając przywiązanie do liberalnych wartości, które nadawały znaczenie tym słowom”⁵¹. Zwracają na to uwagę także Steven Levitsky i Daniel Ziblatt, zdaniem których obecnie rządy prawa są podważane: „z rąk nie generałów, ale wybranych przywódców – prezydentów lub premierów, którzy wywracają do góry nogami sam proces, który doprowadził ich do władzy”⁵². To pierwszy etap rządów legalnego autorytaryzmu.

⁴⁷ K.L. Scheppele przedstawia ten mechanizm w sposób następujący: „When perfectly legal and reasonable constitutional components are stitched together to create a monster like this, I call it a Frankenstate. Victor Frankenstein’s monster – nameless in Mary Shelley’s novel – was assembled from various component parts of once recognizably reasonable bodies. However, he went on to look and act a monster. The Frankenstate, too, is composed from various perfectly reasonable pieces, and its monstrous quality comes from the horrible way that those pieces interact when stitched together” – K.L. Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, „An International Journal of Policy, Administration, and Institutions” 2013/4, s. 560. Zob. także K.L. Scheppele, *Not Your Father’s Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate”*, „European Politics & Society” 2013/4, s. 5.

⁴⁸ N. Bermeo, *On Democratic Backsliding*, „Journal of Democracy” 2016/1, s. 5–19.

⁴⁹ R.H. Rohlfing, M. Wind, *Death by a Thousand Cuts: Measuring Autocratic Legalism in the European Union’s Rule of Law Conundrum*, „Democratization” 2023/4, s. 562.

⁵⁰ G. Skąpska, *Znieważający...*, passim.

⁵¹ K.L. Scheppele, *Autocratic...*, s. 562.

⁵² S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies...*, s. 9. Podobny pogląd można znaleźć w: D. Landau, R. Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, „University of California Davis Law Review” 2020/53, s. 1315.

Jego celem jest przejęcie instytucji publicznych za pomocą instrumentów prawnych, przy jednoczesnej krytyce funkcjonowania tych instytucji, co podważyć ma społeczny ich autorytet i wiarygodność. Opanowanie instytucji publicznych może zostać przeprowadzone za pomocą różnych instrumentów⁵³. Osiągnięcie tego stanu prowadzi do drugiej fazy, w której media, prawnicy mają legitymizować politykę ośrodka decyzyjnego w państwie⁵⁴. Zdaniem D. Landau i R. Dixon aktywność ta, w przypadku sędziów rozumiana jako *abusive judicial review* może mieć dwa oblicza, tj. formę słabą i mocną⁵⁵. Forma słaba zakłada, że sądy legitymizują autorytarne działania władzy ustawodawczej lub wykonawczej. Z kolei forma mocna podkreśla aktywny udział sędziów w demontażu demokracji liberalnej.

Słabą formę nadużycia kontroli sądowej cechuje aktywność sędziowska, która polega na legitymizacji autorytarnych rządów w sferze działalności prawodawczej albo władzy wykonawczej, np. ustawa wkraczająca w zasadniczą treść godności człowieka. Z kolei mocne nadużycie polega na tym, że działalność sędziowska przyczynia się do destabilizacji porządku demokratycznego, np. tworzy możliwość uchwalenia ustawy, która pod pozorem uporządkowania działalności organu konstytucyjnego podważa w rzeczywistości jego zdolność do efektywnego działania. W tym kontekście można rozpatrywać wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.06.2017 r., w którym ustawę regulującą działalność Krajowej Rady Sądownictwa uznano za niekonstytucyjną, co pozwoliło partii rządzącej na dokonanie pożądanых przez nią zmian⁵⁶.

David Landau i Rosalind Dixon, przedstawiając obie formy nadużycia kontroli sądowej, zwracają uwagę na dwie kwestie. Po pierwsze, orzeczenie sądowe jest aktem nadużycia, jeśli ma negatywny wpływ na wartości, które tworzą demokratyczny rdzeń minimum⁵⁷. Po drugie, przedstawiona postać nadużycia jest działaniem celowym, intencjonalnym⁵⁸. Odwołanie się do pojęcia intencji, a pośrednio złej i dobrej wiary, ma pomóc odróżnić działania sędziów, których celem jest podważanie podstawowych zasad, które wyznaczają „demokratyczny rdzeń minimum”, od aktów, które nie mają takiego zamiaru⁵⁹. Przykładem drugiej z wymienionych postaw jest wybór przez sędziów powściągliwej postawy wobec budzących wątpliwość działań władzy politycznej, w celu zachowania niezależności sądu i możliwości oporu w sytuacji nasilenia się strategii przejmowania instytucji publicznych.

5. Instrumentalizacja rządów prawa

Przedstawione strategie rządzenia opierają się na instrumentalizacji rządów prawa jako ideału politycznego, w różnych konfiguracjach⁶⁰. Łączy je odwoływanie się do pewnych elementów rządów prawa w sposób wybiórczy, intencjonalny, który podważa prawo, na które powołuje się wykonawca czynności. Stosowanie tego mechanizmu powoduje,

⁵³ D. Landau, R. Dixon, *Abusive...*, s. 1332–1333.

⁵⁴ K.L. Scheppelle, *Autocratic...*, s. 581.

⁵⁵ D. Landau, R. Dixon, *Abusive...*, s. 1345–1353.

⁵⁶ A. Bień-Kacała, *Polski przypadek judicialization of politics. Kilka uwag o roli TK po 2015 roku*, w: R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookola Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wrocław 2018, s. 57–63.

⁵⁷ D. Landau, R. Dixon, *Abusive...*, s. 1323–1325; Y. Roznai, R. Dixon, D. Landau, *Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel*, „Israel Law Review” 2023/56, s. 292–304.

⁵⁸ D. Landau, R. Dixon, *Abusive...*, s. 1326.

⁵⁹ D. Landau, R. Dixon, *Abusive...*, s. 1326–1327.

⁶⁰ M. Krygier, *The Rule of Law: An Abuser's Guide*, w: A. Sajó (red.), *The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht 2006; G. Palombella, *The Abuse of the Rule of Law*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2020/12, s. 387–397.

że za pomocą prawa legitymizuje się rządy autorytarne. Tak rozumianą instrumentalizację rządów prawa można nazwać mianem politycznej⁶¹.

Związek między rządami prawa a instrumentalizacją jest historycznie jednym z tych, który kształtuje kulturę prawną⁶². Z jednej bowiem strony, rządy prawa są ideałem politycznym, który ma pełnić rozmaite funkcje społeczne, np. zapewniać bezpieczeństwo osobiste i zbiorowe, ograniczać władzę urzędników państwowych, czy sprzyjać rozwojowi gospodarczemu. Z drugiej zaś strony, instrumentalizm wyraża pewien sposób myślenia, w którym prawo jest środkiem do celu, narzędziem realizacji określonej polityki społecznej, ekonomicznej czy jurydycznej. Połączenie obu tych idei, które nastąpiło na przełomie XIX i XX w. było powodem przedstawiania rządów prawa jako instrumentu służącego dobru społecznemu⁶³. Obecnie jednak, jak zauważa B.Z. Tamanaha, dostrzec można stopniowe odchodzenie od rozpatrywania rządów prawa w kategoriach dobra społecznego. Rozejściu temu towarzyszy traktowanie prawa w kategoriach narzędzia w sporach politycznych i prawnych⁶⁴. Doprowadza to do rozmaitych napięć między rządami prawa a instrumentalizacją. Jednym z aspektów tego procesu jest legitymizacja rządów autorytarnych za pomocą prawa, a dokładniej przy wykorzystaniu konstrukcji legalności formalnej⁶⁵. Przyczyną tego stanu jest wspomniana na wstępie niedostateczna inkluzyjność legalności formalnej. Jak podkreśla B.Z. Tamanaha, „ograniczeniem rządów prawa rozumianych w kategoriach legalności formalnej jest to, że są one zgodne z reżimem praw o treści niesprawiedliwej lub złej”⁶⁶. Wykorzystując to, dokonuje się aktów instrumentalizacji, w których dochodzi do nadużycia prawa w znaczeniu podmiotowym albo jego obejścia – w aspekcie przedmiotowym. Z tego powodu diagnozę o kryzysie rządów prawa rozumiem jako wyzwanie, którego celem jest przemyślenie związku między rządami prawa a instrumentalizacją. Zwraca na to uwagę Martin Krygier, przedstawiając dwa ujęcia rządów prawa: anatomiczne i teleologiczne⁶⁷.

Ujęcie anatomiczne, dominujące w dyskursie prawniczym, polega na przedstawieniu formalnych cech rządów prawa w postaci listy właściwości, które muszą spełniać instytucje prawne, w szczególności organy administracji publicznej. Jak wykazały przedstawione wyżej praktyki rządzenia, takie podejście do rządów prawa może zostać użyte w sposób instrumentalny, antycelowy⁶⁸. Z tego również powodu podejściu anatomicznemu sprzeciwia się M. Krygier, proponując w zamian ujęcie teleologiczne

⁶¹ Przyjmuję to określenie za Sławomirą Wronkowską, która polityczną instrumentalizację prawa nazywa także naganną. Zob. S. Wronkowska, *Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2017/110, s. 108. Zob. także: M. Romanowicz, *Instrumentalizacja prawa a kryzys konstytucyjny – refleksja na gruncie kilku aktualnych ustaleń Profesora Piotra Winczorka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2022/1, s. 86–88.

⁶² Zwraca na to uwagę B.Z. Tamanaha – zob. B.Z. Tamanaha, *How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law*, „DePaul Law Review” 2007/56, zwłaszcza s. 469–470.

⁶³ B.Z. Tamanaha, *How an Instrumental...*, s. 470.

⁶⁴ B.Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge 2006, s. 4. Por. A. Bator, *Prawo wobec polityki i polityczności. Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię?*, „Historia i Polityka” 2022/41, zwłaszcza s. 55–56.

⁶⁵ Zob. Z. Tobor, *Legalność a praworządność*, w: Z. Tobor, *Pisma wybrane. Prawo – interpretacja – intencja*, Warszawa 2022, s. 271.

⁶⁶ B.Z. Tamanaha, *The History...*, s. 241.

⁶⁷ M. Krygier, *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*, w: G. Palombella, N. Walker (red.), *Relocating the Rule of Law*, Oksford 2009, s. 45–69, M. Krygier, *Cztery pytania o rządy prawa: dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część I*, tłum. K. Mikołajczyk-Graj, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011/2, zwłaszcza s. 8.

⁶⁸ Zwraca na to uwagę R. Dixon, zobacz: *Rule of Law Teleology: Against the Misuse and Abuse of Rule of Law Rhetoric*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019/11, s. 462–464.

(teleologiczno-socjologiczne)⁶⁹. Zwraca ono uwagę na *telos* rządów prawa, który na poziomie uniwersalnym koncentruje się na ujarzmianiu arbitralnego sprawowania władzy⁷⁰. Zdaniem M. Krygiera sprawowanie arbitralnej władzy charakteryzuje⁷¹:

- 1) niekontrolowanie, które polega na tym, że dany ośrodek decyzyjny nie podlega regularnej kontroli innych ośrodków władzy,
- 2) nieobliczalność, polegająca na utracie przez obywateli poczucia bezpieczeństwa w wymiarze indywidualnym oraz zbiorowym,
- 3) brak szacunku wobec obywateli, polegający na tym, że władza nie tylko nie wsłuchuje się w oczekiwania społeczne, ale także nie traktuje obywateli podmiotowo.

Martin Krygier, mając na uwadze wymienione niebezpieczeństwa, proponuje docenienie myślenia o rządach prawa, które uwzględni aspekt aksjologiczny i empiryczny⁷². W podejściu tym ważny jest z jednej strony aspekt uniwersalny – koncentrujący się na wartościach jakie chronić mają rządy prawa, z drugiej zaś strony aspekt lokalny – biorący pod uwagę kondycję i sytuację społeczeństwa, do którego odnosi się omawiany koncept.

6. Uwagi końcowe

Z przedstawionych ustaleń wyłania się kilka wniosków odnoszących się do zadeklarowanych na wstępie zadań w postaci przedstawienia praktyk rządzenia podważających rządy prawa i na tej podstawie zaprezentowania propozycji wychodzenia z tego kryzysu.

Po pierwsze, naruszeń rządów prawa można dokonywać za pomocą prawa. Działanie to charakteryzuje instrumentalne użycie konstrukcji rządów prawa w celu legitymizacji praktyki, która przeczy interesującej nas idei. Nie stanowi to jednak podstawy do głoszenia tezy o końcu rządów prawa, co raczej o ich kryzysie. Legalny autorytaryzm, nadużycia kontroli sądowej, nie kwestionują prawa jako praktyki społecznej, ale ilustrują sytuacje, w których prawo wykorzystuje się do osiągnięcia celów niezgodnych z instytucjami, które są w tym działaniu przywoływane.

Po drugie, dla opisu omawianych praktyk autorytarnych nadają się ramy teoretyczne dualizmu prawnego w dwóch wariantach. Przedstawiają one dualizm prawny jako:

- 1) działanie instrumentalne głównych aktorów życia publicznego. Działanie to może być wynikiem aktywności ośrodków władzy wykonawczej i ustawodawczej oraz sędowniczej. Pierwsze z tych ujęć lepiej ilustruje mechanizm legalnego autorytaryzmu, a drugi – nadużycie kontroli sądowej;
- 2) postawę społeczną, w której brakuje kulturowego imperatywu pozwalającego obywatelom identyfikować się z prawem, traktować je jako system, za który się współodpowiada w życiu społecznym.

Po trzecie, dualizm prawny pozwala wyjaśnić mechanizm rządów autorytarnych, a w konsekwencji zrozumieć ich społeczną legitymizację. Niedostateczne uwzględnianie

⁶⁹ M. Krygier, *Why the Rule of Law Matters*, „Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought” 2018/1, s. 148–152. Tak samo twierdzi Gianluigi Palombella – zob. G. Palombella *The Abuse of the Rule of Law*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2020/12, s. 390.

⁷⁰ M. Krygier, *The Rule...*, s. 54; M. Krygier, *Illiberalism and the Rule of Law*, w: A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes (red.), *Routledge Handbook of Illiberalism*, Nowy Jork 2021, s. 535.

⁷¹ M. Krygier, *Illiberalism...*, s. 535–536.

⁷² M. Krygier, *Why...*, s. 154–158.

społecznego wymiaru prawa, roli społeczeństwa obywatelskiego w państwach, zwłaszcza młodych demokracji, niewątpliwie ułatwiło ośrodkom politycznym kwestionowanie liberalnej wizji rządów prawa, przedstawianej przez jej oponentów jako rządy prawników czy elit społeczno-gospodarczych. Zwraca na to uwagę K.L. Scheppele, uznając prawo za zbyt ważne, żeby pozostawić je grupie prawników czy polityków. Odpowiedzią na zarzut alienacji prawa w różnych konfiguracjach (konstytucjonalizm polityczny versus konstytucjonalizm prawny) jest idea inkluzyjności, którą można wyrazić w różnych językach teoretycznych. Jednego z nich dostarcza wspomniany M. Krygier, proponując teleologiczne ujęcie rządów prawa, które silnie docenia aspekt aksjologiczny i socjologiczny. Innego jeszcze języka dostarcza Marek Zirk-Sadowski w projekcie uczestniczenia prawników w kulturze, który można rozwijać, obok wymiaru instytucjonalnego, także o aspekt społeczny. W kontekście instytucjonalnym uczestniczenie w kulturze zakłada, że prawo postrzegane jako zjawisko kulturowe, wymaga zaangażowania prawników w taki sposób, który nie wyłącza z udziału innych ośrodków władzy. Uczestniczeniu prawników w kulturze można nadać także wymiar społeczny. W tym ujęciu inkluzyjność oznacza m.in. odejście od kultury milczenia na rzecz udziału sędziów w toczących się sporach publicznych z obszaru wymiaru sprawiedliwości⁷³. W tej perspektywie postrzegamy:

- 1) sędziów jako obywateli, a jednocześnie wydobywamy czynnik społeczny, rehabilitując obywatelską edukację, na której opierają się relacje sędziego – obywatela – opinia publiczna,
- 2) sędziowską wolność słowa w kategoriach prawa obywateli do posiadania informacji, które sprzyja bardziej świadomemu uczestniczeniu jednostki w życiu publicznym.

Doświadczenie kryzysu rządów prawa, obecne również w polskim porządku społeczno-politycznym, może stanowić „moment moralny”⁷⁴, w którym zmienia się podejście do prawa, roli sędziów w społeczeństwie, a także zadań prawoznawstwa. Czy i jak ten moment wykorzystamy, czas pokaże.

Goodbye Rule of Law? Diagnosis and Prospects

In the article, I try to show that legal dualism provides a conceptual grid for the analysis of the crisis of the rule of law. In demonstrating this, I first introduce the concept of legal dualism and then present autocratic legalism and abusive judicial review in its light. Two variants of the conceptual framework of legal dualism are suitable for describing and explaining these forms of governance. Legal dualism is framed as: a) an instrumental action of the “main actors” in public life, and b) a social attitude that lacks a cultural imperative that allows citizens to identify with the law.

Two main conclusions can be drawn from the article’s findings. First, autocratic legalism and abusive judicial review are based on the instrumentalization of the rule of law as a political

⁷³ Zob. P. Kaczmarek, P. Skuczyński, *Freedom of Expression and Communication Competence of the Judge: an Introduction*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2022/4, s. 7–9; P. Skuczyński, M. Kryszkiewicz, *Nie będzie powrotu do kultury milczenia sędziów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 8.11.2022 r. (wywiad z Pawłem Skuczyńskim).

⁷⁴ Określeniem tym posługuje się Grażyna Skąpska na oznaczenie sytuacji, w której może dojść do zmiany istotnych wartości w funkcjonowaniu prawa w społeczeństwie – zob. G. Skąpska, *Prawo w społeczeństwie w obliczu kryzysu*, „Studia Socjologiczne” 2007/2, s. 14.

ideal. Second, legal dualism as a public attitude indicates that insufficient consideration of the social dimension of law has made it easier for political centres to challenge the liberal vision of the rule of law, presented by its opponents as the rule of lawyers, the social elite. A response to the charge of alienating the law in different configurations (political constitutionalism versus legal constitutionalism) is the idea of inclusivity, which can be expressed in different theoretical languages.

The context for the conclusions of the article is the constitutional crisis, which is also present in the Polish legal order. The empirical documentation does not determine the research methodology in this article, but I instead pursue in it an approach that can be classified as rooted in the social theory of law (B.Z. Tamanaha).

Keywords: rule of law, legal dualism, autocratic legalism, the role of judges

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

Monografie:

- Fraenkel, E. (2017). *Preface to the 1974 German Edition*, trans. Jens Meierhenrich. In E. Fraenkel, *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press.
- Levitsky, S. Ziblatt, D. (2018). *How Democracies Die*, New York: Crown.
- Meierhenrich J. (2018). *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Pietrzykowski T. (2014). *Ujarmianie Lewiatana. Szkic o idei rządów prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego: Katowice.
- Tamanaha, B.Z. (2006). *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Rozdziały w monografiach:

- Bień-Kacała, A. (2018). Polski przypadek judicialization of politics. Kilka uwag o roli TK po 2015 roku. In R. Balicki, M. Jabłoński (eds.), *Dookoła Wojtek. Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego: Wrocław.
- Bugarič, B. (2021). Kryzys demokracji konstytucyjnej w postkomunistycznej Europie. „Ziemia niczyja” między demokracją a autorytaryzmem. In A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (eds.), *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*. Warszawa.
- Hirschl, R. (2011). The Judicialization of Politics. In R.E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbooks of Political Science*, Oxford University Press.
- Krygier, M. (2021). Illiberalism and the Rule of Law. In A. Sajó, R. Uitz, S. Holmes (eds.), *Routledge Handbook of Illiberalism*, New York: Routledge.

- Krygier, M. (2006). *The Rule of Law: An Abuser's Guide*. In A. Sajó (ed.), *The Dark Side of Fundamental Rights*, Utrecht.
- Krygier, M. (2009). *The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology*. In G. Palombella, N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford.
- Sarkowicz, R. (2012). *Kultura bezkarności*. In F. Longschamps de Bériér, R. Sarkowicz, M. Szpunar (eds.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa.
- Tamanaha, B.Z. (2021). *Functions of Rule of Law*. In J. Meierhenrich, M. Loughlin (eds.), *The Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Tobor, Z. (2022). *Legalność a praworządność*. In Z. Tobor, *Pisma wybrane. Prawo interpretacja – intencja*, Warszawa.

Czasopisma:

- Bator, A. (2022) *Prawo wobec polityki i polityczności. Czy instrumentalizacja prawa ma szansę odzyskać dobre imię? Historia i Polityka* 41, 53-67.
- Bermeo, N. (2016). *On Democratic Backsliding*. *Journal of Democracy* 27, 5-19.
- Ciszewski, W. (2021). *Bezstronność i neutralność światopoglądowa sędziego*. *Krytyka Prawa: Niezależne Studia nad Prawem* 3, numer monograficzny: *Obrazy integralności sędziowskiej*, pod red. P. Kaczmarek, P. Skuczyński, 13-29.
- Corrales, J. (2015). *The Authoritarian Resurgence. Autocratic Legalism in Venezuela*. *Journal of Democracy* 26, 37-51.
- De Sa e Silva, F. (2023). *Good Bye, Liberal-Legal Democracy!* *Law & Social Inquiry* 57, 292-313.

- Dixon, R. (2019). Rule of Law Teleology: Against the Misuse and Abuse of Rule of Law Rhetoric. *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 461-464.
- Graver, H.P. (2018). Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State. *German Law Journal* 4, 845-877.
- Hendley, K. (2022). Legal Dualism as a Framework for Analyzing the Role of Law under Authoritarianism, *Annual Review of Law and Social Science* 18, 211-226.
- Hendley, K. (2012). Varieties of Legal Dualism: making sense of the Role of Law in contemporary Russia. *Wisconsin International Law Journal* 2, 233-262.
- Huq, A. Ginsburg, T. (2018). How to Lose a Constitutional Democracy. *U.C.L.A. Law Review* 65, 78-169.
- Kaczmarek, P. (2023). *Autocratic Legalism in the Perspective of the Role of Judges in Societies of New Democracies*, "Acta Universitatis Wratislaviensis No 4236 Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem" 45, nr 3, 29-44.
- Kaczmarek, P. Skuczyński, P. (2022). Freedom of Expression and Communication Competence of the Judge: an Introduction. *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem* 4, numer monograficzny: Freedom of Expression and Communication Competence of the Judge, pod red. P. Kaczmarek, P. Skuczyński, 7-9.
- Keck, T.M. (2023). Erosion, Backsliding, or Abuse: Three Metaphors for Democratic Decline. *Law & Social Inquiry* 48, 314-339.
- Krygier, M. (2011). Cztery pytania o rządy prawa: dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część I. tłum. K. Mikołajczyk-Graj. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 2, 5-19.
- Krygier, M. (2018). Why the rule of law matters. *Jurisprudence An International Journal of Legal and Political Thought* 1, 146-158.

- Kurczewski, J. (2007). Prawem i lewem. Kultura prawna społeczeństwa polskiego po komunizmie. *Studia Socjologiczne* 2, 611-635.
- Landau, D. Dixon, R. (2020). Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. *University of California, Davis* 53, 1313-1387.
- Maciejewski, M. (2017). Wódz, naród, rasa. Ideologiczne przesłanki nazistowskich koncepcji prawa. *Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem* 1, 19-43.
- Palombella, G. (2020). The Abuse of the Rule of Law. *Hague Journal on the Rule of Law* 12, 387-397.
- Pirro, A.L.P. Stanley, B. (2022). Forging, Bending, and Breaking: Enacting the “Illiberal Playbook” in Hungary and Poland. *Perspectives on Politics* vol. 20, 86-101.
- Rohlfing, R.H. Wind, M. (2023). Death by a thousand cuts: measuring autocratic legalism in the European Union’s rule of law conundrum. *Democratization* 4, 551-568.
- Romanowicz, M. (2022). Instrumentalizacja prawa a kryzys konstytucyjny – refleksja na gruncie kilku aktualnych ustaleń Profesora Piotra Winczorka. *Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej* 1, numer monograficzny: Konstytucja i wartości: wczoraj i dziś, pod red. T. Chauvin, 74-90.
- Roznai, Y. Dixon, R. Landau, D. (2023). Judicial Reform or Abusive Constitutionalism in Israel. *Israel Law Review* 56, 292-304.
- Scheppele, K.L. (2018). Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review* 2, 545-583.
- Scheppele, K.L. (2013). Not Your Father’s Authoritarianism: The Creation of the “Frankenstate”. *European Politics & Society* Winter, 5-9.
- Scheppele, K.L. (2013). The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. *An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 4, 559-562.

- Skąpska, G. (2007). Prawo w społeczeństwie w obliczu kryzysu. *Studia Socjologiczne* 2, 7-31.
- Skąpska, G. (2018). Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej. *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 1, numer monograficzny: Konstytucjonalizm, pod red. M. Pichlak, 276-301.
- Skuczyński, P., Kryszkiewicz, M. (2022) *Nie będzie powrotu do kultury milczenia sędziów*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 8.11.2022 (wywiad z Pawłem Skuczyńskim), 2-3.
- Suntrup, J.Ch. (2020). Between Prerogative power and legality – reading Ernst Fraenkel’s *The Dual State* as an analytical tool for present authoritarian rule. *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought* 3, 335-359.
- Tamanaha, B.Z. (2021). Always imperfectly achieved rule of law: Comments on Jeremy Waldron. *Global Constitutionalism* 10, 106-117.
- Tamanaha, B.Z. (2007). How an Instrumental View of Law Corrodes the Rule of Law. *DePaul Law Review* 56, 469-505.
- Tamanaha, B.Z. (2012). The History and Elements of the Rule of Law. *Singapore Journal of Legal Studies*, 545-583.
- Tekin, S. (2022). The Dual State in Turkey. *European Journal of Turkish Studies* 34, 1-20.
- Wronkowska, S. (2017). Kilka tez o instrumentalizacji prawa i ochronie przed nią. *Przegląd Prawa i Administracji* CX. Numer monograficzny: Polityczność nauki prawa i praktyki prawniczej, pod red. A. Batora i P. Kaczmarka, 107-112.

Źródła internetowe:

Barak A., *Rola sędziego w społeczeństwie demokratycznym*,
https://knfpifs.files.wordpress.com/2011/10/barak_a-rola-sc499dziego-w-spoc582_demokrat.pdf, s. 13-14. dostęp: 26.04.2023.

<https://blog-iacl-aidc.org/autocratic-legalism>, dostęp 11.03.2024.

<https://visegradinsight.eu/faq-is-poland-facing-a-dual-legal-system-expert-panel/>, dostęp: 11.03.2024.

<https://visegradinsight.eu/faq-is-poland-facing-a-dual-legal-system-expert-panel/>, dostęp: 11.03.2024.

Rozmowa z Małgorzatą Manowską, pierwszą prezes SN, w porannej rozmowie z Robertem Mazurkiem w RMF FM z 15.02.2024,
<https://www.youtube.com/watch?v=T75rLKFZjxs&t=1317s>, dostęp: 15.02.2024

Tamanaha B.Z., *A Concise Guide to the Rule of Law*, s. 18-20.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051, dostęp: 1.03 2024.

Zajadło J., *Podwójne państwo*, <https://konstytucyjny.pl/jerzy-zajadlo-podwojne-panstwo/>, dostęp 24.06.2024.