

Cena zeszytu 99 zł
(w tym 8% VAT)
Indeks 368598

PAŃSTWO *i* PRAWO

MIESIĘCZNIK

POLSKA AKADEMIA NAUK
KOMITET NAUK PRAWNYCH

WARSZAWA

ROK LXXIX

PAŹDZIERNIK 2024

ZESZYT 10 (944)

POLSKA AKADEMIA NAUK
KOMITET NAUK PRAWNYCH

PAŃSTWO *i* PRAWO

MIESIĘCZNIK

WARSZAWA

REDAKCJA

Andrzej Wróbel – redaktor naczelny
Ewa Bagińska, Wojciech Brzozowski, Roman Hauser,
Zbigniew Kmieciak, Dagmara Kornobis-Romanowska, Marek Zubik
Michał Ziółkowski – sekretarz redakcji
Iwona Lewandowska – redakcja językowa

KOMITET REDAKCYJNY

Jacek Barcik, Jan Barcz, Stanisław Biernat, Krystyna Chojnicka,
Magdalena Fedorowicz, Leszek Garlicki, Robert Grzeszczak, Zbigniew Hajn,
Antoni Hanusz, Leszek Kubicki, Roman Kwiecień, Leszek Leszczyński,
Ewa Łętowska, Jerzy Pisuliński, Nina Półtorak, Irena Rzeplińska, Ewa Rott-Pietrzyk,
Andrzej Sakowicz, Tomasz Stawecki, Krzysztof Ślebzak, Stanisław Waltoś,
Karolina Wierczyńska, Anna Wyzowska, Mirosław Wyrzykowski,
Jerzy Zajadło, Adam Zieliński

CZŁONKOWIE ZAGRANICZNI

Veronika Bílková, Timea Drinoczi, Michael Dougan, Jan Filip, Christophe Hillion,
Carlos Flores Juberías, Adam Łazowski, Bertrand Mathieu, Franz C. Mayer,
Ladislav Orosz, Fernando Reviriego Picón, Matthias Ruffert,
Wojciech Sadurski, Dagmar Schiek

Za publikację naukową na łamach „Państwa i Prawa” Autorka lub Autor otrzymuje
70 pkt (poz. 31361 komunikatu Ministra Nauki z 5.01.2024 r.
w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji
międzynarodowych, wydanego na podstawie art. 267 ust. 3 ustawy z 20.07.2018 r.
– Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 742, 1088 i 1234).

„Państwo i Prawo” ukazuje się nieprzerwanie od 1946 r.



Wolters Kluwer

Wydawca: na zlecenie Komitetu Nauk Prawnych PAN
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o.
Prezes Zarządu – Włodzimierz Albin

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.
Nakład 750 egz., objętość 10 ark. Papier druk. offset 70 g. Skład rozpoczęto we wrześniu 2024 r.
Druk ukończono w październiku 2024 r. Nr indeksu 368598

Skład i łamanie: Kamila Tomecka
Sekretarz Redakcji: michal.ziolkowski@wolterskluwer.com
tel. +48 600 903 850

Rozstrzygnięcie LIX Konkursu „Państwa i Prawa”

Do udziału w LIX Ogólnopolskim Konkursie „Państwa i Prawa” na najlepsze prace habilitacyjne i doktorskie z dziedziny nauk prawnych zgłoszono i dopuszczono 5 prac habilitacyjnych oraz 11 prac doktorskich¹.

Prezydium Komitetu Nauk Prawnych PAN powołało Sąd Konkursowy dla LIX Konkursu „Państwa i Prawa” w składzie: prof. dr hab. Andrzej Wróbel (Redaktor Naczelny PiP) – Przewodniczący; prof. dr hab. Hanna Knysiak-Sudyka (Uniwersytet Jagielloński); prof. dr hab. Agnieszka Malarewicz-Jakubów (Uniwersytet w Białymstoku); prof. dr hab. Monika Namysłowska (Uniwersytet Łódzki); prof. dr hab. Wojciech Piątek (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza); prof. dr hab. Jacek Sobczak (Akademia Ekonomiczno-Humanistyczna w Warszawie). Wydawnictwo Wolters Kluwer delegowało do Sądu Konkursowego prof. dr hab. Monikę Florczak-Wątor (Uniwersytet Jagielloński). Sekretarzami Konkursu byli dr Michał Ziółkowski (Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie) i pani Natalia Szulc (Wolters Kluwer Polska). Redakcja i Komitet Redakcyjny „Państwa i Prawa” składają serdeczne podziękowanie konsultantce prof. dr hab. Elżbiecie Kornberger-Sokołowskiej (Uniwersytet Warszawski).

Sąd Konkursowy na posiedzeniu 24.09.2024 r. postanowił przyznać:

A. za rozprawy habilitacyjne:

pierwszą nagrodę:

dr hab. Katarzynie Sękowskiej-Kozłowskiej (INP PAN) za rozprawę pt. „Między obowiązkiem a przyzwoleniem. Środki wyrównawcze na rzecz kobiet jako instrument realizacji praw człowieka”;

drugą nagrodę:

dr hab. Przemysławowi Panfilowi (UG) za rozprawę pt. „Reguły i iluzje fiskalne w Polsce. Ujęcie prawnofinansowe”;

wyróżnienie:

dr hab. Lucynie Staniszewskiej (UAM) za rozprawę pt. „Instytucja zajęcia stanowiska jako forma współdziałania w stanowieniu i stosowaniu prawa”;

¹ Wykaz prac zgłoszonych do udziału w LIX Konkursie „Państwa i Prawa”, PiP 2024, nr 5.

B. za rozprawy doktorskie:
pierwszą nagrodę:
dr Szymonowi Osmoli (EUI we Florencji) za rozprawę pt. „*Reflective choices: a liberal theory of consumer law*”;

drugą nagrodę:
dr Bartoszowi Sierakowskiemu (Uczelnia Łazarskiego) za rozprawę pt. „*Zobowiązania masy upadłości*”;

wyróżnienie:
dr Tomaszowi Drabowi (UMCS) za rozprawę pt. „*Niebezpieczeństwo wprowadzenia w błąd jako przesłanka naruszenia prawa z rejestracji unijnego znaku towarowego*”.

Ogłoszenie LIX Konkursu „Państwa i Prawa” oraz ufundowanie tegorocznych nagród było możliwe dzięki wsparciu Wydawcy – Wolters Kluwer Polska.

Uroczyste wręczenie nagród Laureatom i Laureatkom Konkursu wraz z wykładem prof. dr hab. Anny Śledzińskiej-Simon (UWr) odbędzie się 3.12.2024 r. w siedzibie wydawnictwa Wolters Kluwer Polska.

Regres czy przejściowy kryzys państwa prawnego?*

1. *Współczesne wyzwania praworządności.* Wydarzenia ostatnich lat, nie tylko w Polsce, ale i w Europie oraz poza nią skłaniają do ocen i refleksji, których sens oddaje pytanie ujęte w tytule niniejszego artykułu. Czy wobec problemów dotyczących demokrację, mających swoje źródło w narastającym populizmie i napięciach odczuwanych w wielu sferach życia społecznego możemy mówić jedynie o przejściowym kryzysie, czy też o regresie idei państwa prawnego w jej praktycznym wymiarze? Miarodajną odpowiedź na tak postawione pytanie poznamy – zwłaszcza, jeśli uwzględnimy różnorodność doświadczeń krajowych i złożoność zjawisk, którymi są one zdeterminowane – dopiero za jakiś czas. Teraz można co najwyżej snuć prognozy i formułować luźne spostrzeżenia i wnioski. Sceptycy powiedzą zapewne, że deformacje i przypadki łamania praworządności wpisują się niejako w koszty demokracji, są zatem jej nieuniknionym, ubocznym skutkiem. Ci, którym bliskie są wskazania moralne płynące z nauki praktycznego rozumu (imperatywu kategorycznego) Immanuela Kanta przyjmą raczej, że przy pewnym poziomie odstępstw od rządów prawa, demokracja staje się swoim zaprzeczeniem/antytezą, i prędzej czy później prowadzi do autorytaryzmu; dzieje się tak wówczas, gdy popełniane naruszenia przestają mieć charakter incydentalny i przybierają postać systemową. Wskazany dylemat próbuje się także rozstrzygać operując pojęciem konfliktu państwa prawnego z najgorszymi stronami źle pojętej demokracji¹. Słowu „demokracja” przypisuje się w tym kontekście treść odbiegającą od nadawanego mu ogólnie znaczenia, upatrując jego desygnatu w aktywności, w której sztuka manipulacji towarzyszy formalnemu wywiązaniu się z określonych prawem obowiązków i zadań organów władzy publicznej. Legitymacją dla niej było niegdyś nader częste odwoływanie się do woli

* Artykuł jest rozszerzoną wersją referatu przedstawionego na XXVII Zjeździe Katedr Prawa i Postępowania Administracyjnego w Olsztynie pt. „Filozofia prawa administracyjnego”, Olsztyn, 22–25.09.2024 r.

¹ Tak w szczególności J. Zajadło, *Nieposłuszeństwo sędziowskie*, PiP 2016, nr 1, s. 20.

zbiorowości i kolektywnego wyrażania stanowiska – technikę tę obrazowo przedstawił w swojej powieści „Rok 1984” George Orwell. Posługiwanie się nią bynajmniej nie zanikło, wzbogacone zostało jednak o dużo bardziej wyrafinowane środki z zachowaniem pozorów legalności działania władz.

Z tym stadium przeobrażeń demokracji kojarzone jest współcześnie określenie: abuzywny konstytucjonalizm (*abusive constitutionalism*). Używa się go opisując systemy prawne, które nie są już demokratyczne, ale nie mogą być jeszcze uważane za „czysto autorytarne”². Dużo wcześniej do publicystyki prawniczej i literatury naukowej przeniknęło pojęcie „dyktatura z wyboru” (*elective/elected dictatorship*), do czego w dużym stopniu przyczynił się brytyjski arystokrata i polityk lord Hailsham, znany też jako Quintin McGarel Hogg, drugi wicehrabia Hailsham of St. Marylebone (1907–2001). Piastował on wiele funkcji publicznych, był m.in. ministrem w kilku rządach z ramienia Partii Konserwatywnej, zasiadał w Izbie Lordów i przez ponad dekadę pełnił, tak jak jego ojciec, urząd Lorda Kanclerza. Fraza *elective dictatorship*, która pojawiała się w jego wypowiedziach medialnych z końca lat 60. i 70. ub. stulecia jest zapożyczeniem określenia powstałego wiek wcześniej we Włoszech na potrzeby opisu doktryny Giuseppe Garibaldiego. Ma więc swój długi rodowód, a jej sens w wydaniu brytyjskim można streścić zwięźle słowami: czysto automatyczne przegłosowywanie – ze względu na dyscyplinę partyjną posłów tworzących większość parlamentarną – projektów ustaw przygotowywanych przez ośrodek władzy wykonawczej, bez rzeczywistej debaty i liczenia się ze zdaniem opozycji. Z tych powodów, jako synonim wspomnianego terminu traktowane jest wyrażenie: dominacja egzekutywy (*executive dominance*), adekwatne do sytuacji faktycznego zachwiania równowagi władz i swoistego zwichnięcia ich funkcji³. Znakomity wenezuelski prawnik-administra-

² Zob. L. Garlicki, M. Derlatka, *Constitutional Review in the Abusive Constitutionalism* (*Continuation, Corruption or Disappearance?*), [w:] *Constitutionality of Law without a Constitutional Court. A View from Europe*, red. M. Granat, London–New York 2024, s. 179–181. Jak sygnalizują Autorzy, wyróżniającą cechą takiego systemu jest wykładnia prawa zawierająca elementy manipulacji i złej wiary w celu wywołania „pozorów konstytucyjności i legalizmu w odniesieniu do środków, które są z natury obce tym pojęciom” (s. 180–181). Opis i strukturalne składniki tak rozumianej dysfunkcjonalności przedstawił szerzej D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, U.C. Davis, Law Review 2013, t. 47, s. 189 i n. Za jedną z dominujących cech ataków na demokrację uznaje się ich „legalistyczny odcień” (*legalist tinge*). Zamiast używać środków pozaprawnych, np. takich jak wojskowy zamach stanu, nowi protagoniści autorytaryzmu uciekają się do formalnych i nieformalnych zmian konstytucyjnych, a także korzystania z dostępnych mechanizmów prawnych, aby „przebudować porządek konstytucyjny przez manipulację grą wyborczą na swoją korzyść” – D. Landau, R. Dixon, *Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy*, U.C. Davis, Law Review 2020, t. 53, s. 1315.

³ Z. Kmiecik, *Współczesna dyktatura z wyboru*, *Gazeta Prawna* z 26.04.2016 r., nr 80, s. D5.

tywista i zarazem komparatysta, Allan R. Brewer-Carías przestrzegał, że, aby zapobiec „dyktaturze z wyboru” konieczny jest efektywny „system wagi i przeciwwagi, albo powściągnięcia i równoważenia” (*system of weight and counterweight, or checks and balances*). W samym fakcie supremacji parlamentu jako podmiotu tworzącego prawo, stosowanego następnie przez władzę wykonawczą i sądowniczą, widział on nie tyle emanację zasady suwerenności, ile stosunek podporządkowania prawodawcy konstytucji. Autor tłumaczył ją realnym zagrożeniem „absolutyzmem” bądź pochodzącą z wyboru dyktaturą⁴. Nieprzypadkowo istnienie w obrębie władz publicznych zależności typu *checks and balances* jest według Komisji Weneckiej kluczowym składnikiem demokracji konstytucyjnych⁵. Czy z omówionymi pokrótce zapatrywaniem nie kłóci się prezentowana u nas do niedawna wizja suwerena i roli rządzącej partii jako wyraziciela jego interesów i dążeń?

Określenie relacji między pojęciami demokracji i rządów prawa wymaga w istocie sprecyzowania znaczenia, w jakim operujemy pierwszym z nich. Istotne jest bowiem to, czy mamy na myśli stan „przechodzenia do demokracji” (*transition to democracy*), standardy właściwe dla „minimalnej demokracji” (*minimal democracy*), czy też spełniającą kryteria jakościowe demokrację w jej dojrzałej postaci, w tym demokrację liberalną⁶. Doktryna dość ostrożnie wypowiada się na temat stopnia zaawansowania ustroju demokratycznego w post-komunistycznych państwach Europy Środkowo-Wschodniej⁷. Polskie doświadczenia z lat 2015–2023 dodatkowo pogłębiły rysujące się na tym tle wątpliwości. Być może przeceniliśmy własne osiągnięcia na tym polu, a słowa padające często z ust sprawujących władzę w tym okresie, że „demokracja w Polsce nie jest zagrożona” wywołują konsternację i zmuszają do postawienia zasadniczego pytania: jaką odmianę demokracji mieli oni na myśli⁸.

⁴ A. R. Brewer-Carías, *Études de droit public comparé*, Bruxelles 2001, s. 534.

⁵ Tak chociażby w pkt 135 opinii z 11.03.2016 r. w sprawie nowelizacji ustawy z 25.06.2015 r. o Trybunale Konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej, przyjętej na 106. sesji plenarnej (Wenecja, 11–12.03.2016 r.) – dokument zamieszczony w: *Problem praworządności w Polsce w świetle dokumentów Komisji Europejskiej. Okres „dialogu politycznego” 2016–2017*, wstęp, wybór i opracowanie J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer, Warszawa 2020, s. 413–437.

⁶ Warianty te, jako podstawę poprawnych metodologicznie rozważań rozróżnia L. Morlino, *The Two “Rules of Law”. Between Transition to and Quality of Democracy*, [w:] *Rule of Law and Democracy*, red. L. Morlino, G. Palombella, Brill Publishing 2010, s. 39 i n.

⁷ Zob. w szczególności M. Ciobanu, *The End of the Democracy Transition? Analyzing the Quality of Democracy Model in Post-Communism*, [w:] *Rule of Law...*, s. 91 i n.; M. Ciobanu, *Post-Communist Transitional Justice at 25: Unresolved Dilemmas*, *Annals of the University of Bucharest. Political Science Series* 2014, nr 16, s. 119 i n.

⁸ Szerzej zob. Z. Kmiecik, *O pojęciu rządów prawa*, *PiP* 2016, nr 9, s. 31 i n.

2. *Jak przywrócić praworządność?* Bieg wydarzeń w Polsce po wyborach parlamentarnych z 15.10.2023 r. świadczy o tym, że odsunięcie od władzy tych, których zachowania doprowadziły do kryzysu praworządności i upadku autorytetu władzy stało się pierwszym i – jak się przekonał – wcale nie najtrudniejszym etapem naprawy państwa. Dużo poważniejszym wyzwaniem okazało się ominięcie wszystkich raf i pułapek zdeformowanego porządku prawnego, wybrnięcie z sytuacji, w której eliminowanie skutków dokonanej destrukcji musi się odbywać w układach zależności od wykreowanych wcześniej procedur i środków działania, przy wrogiej postawie dotkniętych zasadniczymi wadami ustrojowymi organów (przede wszystkim Trybunału Konstytucyjnego Julii Przyłębskiej i neo-KRS-u) oraz jawnym poparciem Prezydenta RP dla ugrupowania politycznego odpowiedzialnego za łamanie prawa. Jak w warunkach blokowania przez wymienione podmioty, przy wykorzystaniu rozmaitych narzędzi interwencji bądź tylko w związku z wyrażoną publicznie groźbą ich uruchomienia (takich jak prezydenckie *veto* wobec uchwalanych przez parlament ustaw) można efektywnie realizować program zmian?

Utrwalenie się w czasie powyborczym praktyki sięgania po te instrumenty w złej wierze z zamiarem osiągnięcia celów *stricte* politycznych wydaje się zagadnieniem bezdyskusyjnym, jednak wyznaczenie granicy, której przekroczenie wykazuje cechy kwalifikowanego nadużycia prawa nie zawsze jest łatwą rzeczą. Przyznał to wprost Leszek Garlicki formułując następujące zastrzeżenie: nakaz działania w dobrej wierze znalazł szerokie zastosowanie w prawie międzynarodowym, jest też uznaną zasadą prawa administracyjnego. Powinno to – zdaniem Autora – zachęcać do uwzględnienia go w ocenie nie tylko „procesu regulowania i stosowania praw jednostki”, ale i rozwiązań w sferze instytucjonalnej. Miałoby to polegać na badaniu, czy wystąpiła przesłanka „świadomej intencji podjęcia niewłaściwego działania lub decyzji” (element subiektywny złej wiary) oraz czy praktyczny skutek działania albo decyzji wywołał rezultaty „o nieakceptowalnym charakterze” (element obiektywny złej wiary)⁹. Nie sposób podważyć logikę tej wypowiedzi. Jeśli bowiem jednym z modelowych założeń sądowej kontroli administracji w wielu systemach prawnych jest branie pod uwagę celu, jakim kieruje się organ, to dlaczego pomijać to kryterium w odniesieniu do oceny deliktów konstytucyjnych rodzących zwykle bardziej dotkliwe konsekwencje niż typowe czynności administrowania albo zwłoka w ich podejmowaniu? Nierzadko zresztą potwierdzeniem, czy też dowodem złej wiary korzystającego z jakichś kompetencji organu było ewidentne wykroczenie poza ich zakres bądź zastosowanie środka nieznanego

⁹ L. Garlicki, *Niekonstytucyjność: formy, skutki, procedury*, PiP 2016, nr 9, s. 17, tamże wyliczenie podstawowych form niekonstytucyjności jako wyniku działania w złej wierze (s. 17–19).

ustawie lub z oczywistym pogwałceniem obowiązującej procedury. Za doskonałą ilustrację tego stanu rzeczy może służyć nadanie mechanizmu ochrony tymczasowej – w zawisłych przed TK J. Przyłębskiej sprawach kontroli konstytucyjności ustawodawstwa – waloru autonomicznego instrumentu wpływającego na porządek prawny nader luźno związanego z postępowaniem głównym. Uruchamianie kontroli inicjowane zarówno skargami konstytucyjnymi, jak i wnioskami legitymowanych podmiotów zaczęło pełnić rolę swoistego listka figowego przesłaniającego rzeczywisty cel podejmowanych zabiegów, tj. zastosowanie w pełnym majestacie prawa środka pozwalającego utrzymać *status quo* lub przywrócić stan poprzedni albo zniwelować skutki dokonanej zmiany (tak np. w sprawach odwoływania przez Ministra Sprawiedliwości ze stanowisk prezesów i wiceprezesów sądów powszechnych, zawieszania ich w czynnościach, wykonywania mandatu członka neo-KRS-u i równoległe realizacji kompetencji sędziego oraz wypełniania zadań i kompetencji przysługujących sędziemu delegowanemu do Biura neo-KRS i powołanemu na szefa tego Biura). Ten *modus operandi* uwidocznił się także w sprawach objętych trybem rozstrzygania sporów kompetencyjnych z wpadkową procedurą tymczasowego regulowania¹⁰.

Niedostatek i ułomność środków przywracania praworządności w warunkach, jakie zarysowały się w Polsce po 15.10.2023 r., wywołały nieuchronne pytania o skuteczność prawa jako formy likwidacji bezprawia. Czy jednak dyskusja w tym przedmiocie nie została zdeterminowana naszym czysto pozytywistycznym myśleniem o prawie w ogóle, ukierunkowanym nie tyle na rekonstruowanie celów regulacji prawnej i kryjących się za nimi wartości, ile na poszukiwanie przepisu (tekstu prawnego) przystającego idealnie do rozpatrywanego *casusu* i pozwalającego przez prosty zabieg subsumpcji rozwiązać pewien problem¹¹. W nieprzewidzianych i dalece odbiegających od naszych wyobrażeń o funkcjonowaniu państwa (władzy publicznej) sytuacjach trzeba stosować niekonwencjonalne narzędzia, wykorzystując wszelkie rodzaje tkwiących w prawie luzów decyzyjnych z bezpośrednim stosowaniem przepisów konstytucji włącznie i respektowaniem w sposób skrupulatny nakazu wykonywania orzeczeń sądów unijnych, międzynarodowych i krajowych. Umiejętna, prokonstytucyjna i systemowa wykładnia prawa pozwala wybrnąć z trudnych – zdawałoby się – przypadków, zaklasyfikować je jako proste w szczególności z punktu widzenia zasad wyprowadzanych z różnego rodzaju klauzul generalnych.

¹⁰ Szerzej zob. Z. Kmiecik, *O kwalifikowanej formie nadużycia władzy (refleksje na temat korzystania przez Trybunał Konstytucyjny z instytucji ochrony tymczasowej)*, PiP (w druku).

¹¹ Z. Kmiecik, *Przywracanie praworządności a reguła uznania – jak uzdrowić TK?*, PiP 2024, nr 3, s. 139.

W rozwiązywaniu tego rodzaju problemów pomocne jest odwołanie się do pojęcia „reguły uznania” (*rule of recognition*) w znaczeniu, jakie nadał mu Herbert L.A. Hart. Ujawnia się ona w toku „rozpoznawania” przez urzędników, sądy i jednostki reguł będących składnikami prawa¹². W naszym porządku prawnym treść kryteriów składających się na regułę uznania wyrażają w dużym stopniu przepisy Konstytucji. Wskazują one, z jakich norm składa się ten porządek i pod jakimi warunkami owe normy uzyskują i tracą swoją „moc obowiązującą”. Według Tomasza Pietrzykowskiego rzeczywista treść reguły uznania jest wszakże „konstituowana przez zachowania oficjeli, a faktyczne kryteria uznawania norm za obowiązujące pokrywają się z tymi przepisami jedynie o tyle, o ile zgodna praktyka oficjeli w istocie posługuje się kryteriami przewidzianymi w konstytucji”. Uwzględniając to zastrzeżenie „treść reguły uznania można byłoby próbować sformułować jako nakaz uznawania za prawnie obowiązujące w polskim porządku prawnym wszystkich i wyłącznie norm spełniających kryteria przewidziane w odpowiednich przepisach Konstytucji”¹³. „Historyczny przypadek” podjęcia określonego aktu stosowania prawa albo innego działania byłby – jeśli podzielić zapatrywania innego teoretyka, Mikołaja Barczentewicza – pierwotnym źródłem legitymizacji poczynąń władzy, tym co ostatecznie zostanie ocenione przez sądy i inne organy jako zachowanie zgodne z prawem (wymagane albo tylko dopuszczone przez prawo)¹⁴. W czasach przełomów politycznych, to właśnie koncepcja H.L.A. Harta dostarcza argumentów przesądzających o ustaleniu, jaka norma prawna obowiązuje lub jak ją stosować (ułatwiających eliminowanie rysujących się dylematów)¹⁵.

Przy rozlicznych wątpliwościach towarzyszących próbom naprawy systemu prawnego jedno jest pewne: sprzeczne z ich celem byłoby zachowanie rozwiązań stworzonych dla pozorów, fasadowych po to, aby uwiarygodnić dobre intencje poprzedniej władzy w oczach Europy i świata, a przez to pozbawionych realnego znaczenia. Do nich należy

¹² Szerzej zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. 142 i n.

¹³ T. Pietrzykowski, *Polski kryzys konstytucyjny oczami pozytywisty prawniczego*, PiP 2022, nr 3, s. 7. Autor, komentując zjawisko realnego, choć – jak się niedawno okazało – przejściowego „dualizmu reguły uznania” odwołał się do racji rozumu i doświadczenia, które zdają się „wskazywać, że konsensus oficjeli zostanie przywrócony wokół takiego kształtu reguły uznania, jaki przyjmowany był do 2015 r.”. W jego ocenie nawet, jeśli w następstwie wydarzeń ostatnich kilku lat ulegnie ona jakimś zmianom, to „będą one miały charakter respektujący zasadniczą ciągłość między regułą uznania istniejącą przed 2015 r. i kryteriami składającymi się na konsensus oficjeli, jaki odbudowywany będzie po przezwyciężeniu obecnego kryzysu” (s. 10 i 15).

¹⁴ Zob. M. Barczentewicz, *Uses and Misuses of the Rule of Recognition in Miller*, U.K. Const. L. Blog z 12.01.2017 r. (<https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/12/mikolaj-barzentewicz-uses-and-misuses-of-the-rule-of-recognition-in-miller/>; dostęp: 22.02.2024 r.).

¹⁵ Z. Kmiecik, *Przywracanie praworządności...*, s. 141–142.

zaliczyć np. tzw. test niezawisłości sędziego odnoszący się do sędziów Sądu Najwyższego oraz sądów administracyjnych, powszechnych i woj-skowych, włączony do ustawodawstwa przepisami ustawy z 9.06.2022 r. o zmianie ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw¹⁶. Dopuszczyły one badanie spełnienia przez sędziego „wymogów niezawisłości i bezstronności z uwzględnieniem okoliczności towarzyszących jego powołaniu i jego postępowania po powołaniu (...) jeżeli w okolicznościach danej sprawy może to doprowadzić do naruszenia standardu niezawisłości lub bezstronności, mającego wpływ na wynik sprawy z uwzględnieniem okoliczności dotyczących uprawnionego oraz charakteru sprawy”. Już sama nader nieprecyzyjna, a nawet pokrętna redakcja przytoczonego tekstu prawnego odsłania motywy, jakimi kierowali się jego twórcy: wprowadzić konstrukcję, która zapewni zainteresowanemu (dysponującym przecież prawem do złożenia wniosku o wyłączenie sędziego na ogólnych zasadach) namiastkę ochrony prawnej. Mimo krytyki wspomnianego trybu pojawiają się głosy, że „po pewnych modyfikacjach”, które zmierzałyby do usunięcia łączących się z jego uruchomieniem uciążliwości i niejasności, mógłby on okazać się przydatny. W stosunku do sądownictwa administracyjnego za taką tezę opowiedzieli się Jacek Chlebny i Wojciech Chróścielewski. Autorzy dostrzegają to, że dodany do ustawy z 25.07.2002 r. – Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁷ przepis art. 5a § 1 „jest napisany fatalnym językiem – daleko odbiegającym od poprawnej i czytelnej polszczyzny”, w konsekwencji czego „jego interpretowanie z uwzględnieniem reguł logiki i poprawności językowej stwarza poważne kłopoty”. Widzą też trudności, na jakie napotyka spełnienie przesłanek przeprowadzenia testu¹⁸. Niemniej posiłkując się tym, co zamieszczono w uzasadnieniu postanowienia Naczelnego Sądu Administracyjnego z 12.09.2023 r., III OSK 2613/21 (tam – w ich ocenie – znalazło się „fundamentalne stwierdzenie dotyczące analizy sytuacji prawnej sędziów powołanych na swój urząd z rekomendacji KRS w składzie ukształtowanym ustawą z 2017 r.”) i ustaleniami pilotażowego wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 23.11.2023 r. w sprawie *Wałęsa v. Polska*, skarga nr 50849, doszli oni do zaprezentowanej uprzednio konkluzji¹⁹.

3. *Casus niemiecki – jak zapobiegać kryzysowi praworządności?*
Wykreowanie kompleksowych, skutecznych gwarancji mających chronić przed kryzysem praworządności jest dość karkołomnym, a być mo-

¹⁶ Dz.U. z 2022 r., poz. 1259.

¹⁷ Dz.U. z 2002 r. Nr 153, poz. 1269.

¹⁸ J. Chlebny, W. Chróścielewski, *Test niezawisłości i bezstronności sędziego – forma przeciwdziałania kryzysowi w sądownictwie administracyjnym*, PiP 2024, nr 6, s. 14 i 20.

¹⁹ J. Chlebny, W. Chróścielewski, *Test niezawisłości...*, s. 19–21.

że nawet niewykonalnym zadaniem. Zawsze przecież może pojawić się luka w prawie lub zdarzyć ludzki błąd, których konsekwencją będą zachowania sprzeczne z ideą *Rule of Law*, dobrym obyczajem i poczuciem przyzwoitości²⁰. Analiza dysfunkcji prawnych, własnych lub cudzych, jest wszakże ważnym źródłem inspiracji dla poszukiwania sposobów ograniczania zagrożeń natury politycznej w drodze zabiegów legislacyjnych. W tym zakresie wysuwane są rozmaite postulaty i propozycje reform konstytucyjnych niekiedy o zaskakującym kierunku²¹. Interesującym przykładem zainicjowania tej ścieżki zmian, uzasadnianych notabene biegiem wypadków w Polsce i na Węgrzech, są działania podjęte w 2024 r. w Niemczech.

W podanym 23.07.2024 r. do publicznej wiadomości wspólnym dokumencie wyjaśniającym grup parlamentarnych, podsumowującym wynik uzgodnień SPD, Zielonych, FDP i CDU/CSU z Federalnym Ministerstwem Sprawiedliwości, przedstawiono założenia zmian w ustawie zasadniczej skoncentrowanych na zagadnieniu wzmocnienia ochrony Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Ich celem stało się jasne określenie statusu tego organu jako sądu konstytucyjnego i jednocześnie zapewnienie jego niezależności i zdolności dla prawidłowego funkcjonowania. Jak podkreślono, w ustawie zasadniczej, która weszła w życie 24.05.1949 r. w sposób fragmentaryczny zdefiniowano pozycję i ustrój Trybunału oraz zasady obsadzania w nim stanowisk sędziowskich, powierając szczegółowe uregulowanie tych kwestii ustawodawcy zwykłemu. Wywiązał się on z powierzonego zadania niespełna dwa lata później, uzupełniając niejako ogólne co do treści zasady rangi konstytucyjnej ujęte w art. 93 i 94 ustawą z 12.03.1951 r. o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*)²². Siedemdziesiątą piątą rocznicę uchwalenia ustawy zasadniczej uznano za dobrą okazję do tego, aby skorygować ten stan rzeczy i wyeliminować ryzyko zmiany filarów porządku konstytucyjnego zwykłą ustawą. Właśnie w rozszerzeniu materii objętej regulacją konstytucyjną o znaczące elementy będące dotychczas przedmiotem unormowania ustawowego projektodawcy dopatrzyli się środka umożliwiającego uniknięcia zagrożeń widocznych w innych częściach Europy²³. Uwagę zwraca okoliczność,

²⁰ Zob. E. Łętowska, *Myśli nieuczesane o parlamentarystyce*, [w:] *Rola dwuizbowości w ustroju demokratycznym*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2023, s. 85 i n.

²¹ W tym nurcie wypowiedzi mieści się niewątpliwie myśl, aby przyjąć model rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa jako alternatywę dla modelu kelsenowskiego, mało odpornego na zjawiska „absorpcji” i „neutralizacji” sądów konstytucyjnych – tak L. Garlicki, M. Derlatka, *Constitutional Review...*, s. 195 i n.; zob. też komentarz P. Radziejewicza, *Kontrola konstytucyjności prawa na peryferiach (artykuł recenzyjny)*, PiP 2024, nr 3, s. 132–133.

²² Ost. zm. 11.05.1993 r., BGBl. I, s. 1473.

²³ Zob. *Resilienz des Bundesverfassungsgerichts – Gemeinsames Erläuterungspapier der Fraktionen (vom 23.7.2024)* (<https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/>

że wśród polityków wymienionych wcześniej partii nie zarysowała się poważniejsza różnica zdań co do potrzeby jego zastosowania. Wynika to – jak można przypuszczać – „z powszechnego przekonania, że podział władzy i jurysdykcja konstytucyjna nie są w żaden sposób lepiej chronione w ramach ustawy zasadniczej niż w Polsce, na Węgrzech i w wielu innych państwach, w których narodowo-populistyczne większości rządowe były w stanie podporządkować sobie sądownictwo w drodze zamachu stanu” (*Es ist inzwischen ein Gemeinplatz, dass Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit unter dem Grundgesetz keineswegs besser abgesichert sind als etwa in Polen, Ungarn und vielen weiteren Staaten, in denen sich nationalpopulistische Regierungsmehrheiten handstreichartig die Justiz unterwerfen konnten*)²⁴. Niedwuznacznie dał temu wyraz na początkowym etapie prac nad projektem zmian Helge Limburg, rzecznik ds. polityki prawnej grupy parlamentarnej Zielonych w Bundestagu apelując o „lepszą strukturalną ochronę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego przed antydemokratycznymi wpływami, zwłaszcza w świetle doświadczeń Polski i Węgier”²⁵.

Prowadzona – przy zaangażowaniu szerokiego kręgu podmiotów, w tym teoretyków prawa, publicystów, reprezentantów krajów związkowych i stowarzyszeń niemieckich prawników – dyskusja przyniosła rezultat w postaci uzgodnienia zasad odzwierciedlających standardy państwa prawnego, które powinny uzupełnić treść postanowień art. 93 i 94 ustawy zasadniczej. Za niezbędne uznano wskazanie w przepisach tego aktu: a) pozycji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w systemie organów władzy, b) kadencji sędziów (12 lat), c) limitu wieku dla sędziów (68 lat) i ich liczby (16), d) liczby izb nazwanych senatami (2), e) liczby kadencji sędziowskich (1) i konieczności pełnienia przez sędziów obowiązków służbowych do czasu wyboru następcy, f) wiążącego skutku zapadających orzeczeń, g) autonomii Trybunału w zakresie orzekania w sprawach gospodarczych. Z przebiegu mających wysoce rzeczowy charakter rozmów można wnosić, że w ocenie jej uczestników newralgicznym czynnikiem w prawidłowym wywiązywaniu się przez

Gesetzgebung/Dokumente/Erlaeuterungspapier_Resilienz_Bundesverfassungsgericht.html?nn=110490; dostęp: 15.08.2024 r.); z polskich opracowań zob. A. Wójcik, *Niemcy chcą zreformować Federalny Trybunał Konstytucyjny. Polska i Stany Zjednoczone przestrogą*, OKO.PRESS z 5.08.2024 r. (<https://oko.press/niemcy-chca-zreformowac-federalny-trybunal-konstytucyjny>; dostęp: 15.08.2024 r.).

²⁴ *Wehrhafter Rechtsstaat? Zur Diskussion um die Resilienz des BVerfG. Auf der Zielgeraden: Zu seinem 75. Geburtstag soll das Grundgesetz endlich einen behüteten Hüter erhalten*, von RA Dr. Ulrich Karpenstein, Anwaltsblatt online z 14.05.2024 r. (<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/news/wehrhafter-rechtsstaat-diskussion-resilienz-bverfg>; dostęp: 15.08.2024 r.).

²⁵ F.W. Zimmermann, H. Schroeter, *Gespräche zum Schutz des Bundesverfassungsgerichts, Bundesjustizministerium schlägt Grundgesetzänderung vor*, Legal Tribune Online z 28.03.2024 r. (<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/resilienz-schutz-bverfg-gesetzesentwurf-bmj-grundgesetz-nderung-verfassung>; dostęp: 15.08.2024 r.).

sąd konstytucyjny z powierzonych mu funkcji jest zachowanie odporności na grę polityczną na dwóch płaszczyznach: trybu wyboru sędziów (zapobieganie politycznie jednostronnemu składowi sędziów), a z drugiej strony – sposobu zorganizowania tego organu (uniemożliwienie wprowadzania zmian wyłącznie w celu powierzania stanowisk osobom bliskim rządowi). Z tych powodów jako sprawę pierwszorzędnej wagi potraktowano daleko idącą modyfikację procedury wyboru sędziów tak, aby stworzyć zalecane przez Komisję Wenecką „strukturalne gwarancje” osiągnięcia konsensusu „ponad podziałami partyjnymi”. Czy tak rozumiane zabezpieczenia w świecie pełnym różnego rodzaju niepokojów, wstrząsów i zagrożeń okażą się skuteczne? Czy sprawdzą się przypuszczenia, że to, co zdominowany przez PIS polski parlament był w stanie przeforsować zwykłą większością głosów w ciągu kilku tygodni, w Niemczech – jak to ujęto – „będzie niemożliwe w nadchodzących dziesięcioleciach”²⁶, zaś proceduralne triki władzy, które sparaliżowały i obezwładniły Trybunał Konstytucyjny w czasie, gdy jeszcze nie był powiernikiem interesów rządu, staną się tylko gorzką przestrogą dla innych? Nasuwa się przy tym pytanie, czy przyjęta przez naszych sąsiadów koncepcja zmian jest na tyle uniwersalnym wzorcem działania, że da się ją wykorzystać jako antidotum na rodzime problemy, środek zapobiegający powtórnym kryzysom praworządności.

Można mieć co do tego niejakię wątpliwości, co uzmysławiają głosy obserwatorów sceny politycznej w Niemczech, także ze świata nauki. W wydanej w 2024 r. monografii, politolog Philip Manow otwarcie wyraził swój sceptycyzm w kwestii zwalczania i łagodzenia nieuniknionych – w jego przekonaniu – wad i mankamentów liberalnej demokracji narażając się przy okazji na ostrą krytykę własnych poglądów²⁷. Z jego wywodów da się wyprowadzić tezę, że ten typ demokracji, jako globalny standard (zapoczątkowany zmianami z lat 80. i 90. ub. w.) stylizowany jest na idealny cel, którego nigdy nie da się w pełni osiągnąć, ale do którego co najwyżej można się zbliżyć, jeśli pilnie zainstaluje się odpowiednie instytucje. Jedyne ratunku dla demokracji autor zdaje się upatrywać we wzmocnieniu władzy większości i zmniejszeniu odnoszących się do niej rygorów narzuconych prawem konstytucyjnym. Uproszczenia i błędy tego kierunku rozumowania opisał – nie unikając przemawiających do wyobraźni metafor – założyciel i redaktor naczelnego *Verfassungsblog*, Maximilian Steinbeis w felietonie opublikowanym wkrótce po wydaniu książki. Jak podkreślił, liberalną demokrację przedstawia się jako psa goniącego wrogów, których uosabia jego własny ogon. Z tego punktu widzenia, „im bardziej wypełnia się przestrzeń

²⁶ *Wehrhafter Rechtsstaat?, Zur Diskussion* (zob. przypis 24).

²⁷ Zob. P. Manow, *Unter Beobachtung. Die Bestimmung der liberalen Demokratie und ihrer Freunde*, Berlin 2024.

polityczną instytucjami konstytucyjnymi, więzami i procedurami kontrolnymi, tym większy wywołuje to opór. A im większy opór wywołuje, tym bardziej instytucje te znajdują się pod polityczną presją, tym pilniejsze wydaje się dalsze rozszerzanie tej kontroli i jeszcze większe dokręcanie śruby, wymyślanie coraz potężniejszych instytucji z coraz dalej idącymi sankcjami”. To z kolei rodzi dalszy opór, a tym samym jeszcze większą kontrolę. Z uwagi na to „działania konstytucyjne i populistyczne reakcje przeradzają się w zapierający dech w piersiach taniec wokół pustego centrum, który nie może skończyć się niczym innym, niż wyczerpaniem i upadkiem”. W opinii felietonisty w przyjętej zależności: „działanie–reakcja”, Ph. Manow „zamienia instytucje liberalnego państwa konstytucyjnego, które są kluczowe dla odporności demokracji, na autorytarno-populistyczną strategię (...), część autorytarno-populistycznego problemu”. Trafnie konkluduje on, że wnosi to bardzo niewiele do wyjaśnienia roztrząsanego problemu „i zupełnie nic do jego rozwiązania”. Wypada zgodzić się ze zdaniem, że z tej perspektywy autorytarny populizm próbuje się ukryć za „rachunkiem ceny” płaconej za liberalizm w różnych jego odmianach. Jeśli wchodzi on w konflikt z instytucjami liberalnego państwa to nie dlatego, że te ostatnie ograniczają zakres „polityki większościowej”; pozostaje z nimi w konflikcie, gdyż „stoją one na drodze do autorytarnego przejścia władzy”. Sam konflikt nie dotyczy – jak wywodzi Maximilian Steinbeis – wyłącznie demokracji liberalnej, tylko „demokracji w ogóle”²⁸.

Tezy Ph. Manowa pozostają w jaskrawym kontraście ze wspartą szeroką argumentacją i niezwykle bogatym materiałem faktograficznym doktryną *militant democracy/streitbare Demokratie* (demokracji zdolnej do obrony albo według dosłownych tłumaczeń – walczącej demokracji) Karla Loewensteina (1891–1973), uchodzącego za jednego z najbardziej prominentnych konstytucjonalistów i politologów XX w. Urodzony w Niemczech, po objęciu władzy przez Adolfa Hitlera w 1933 r. z powo-

²⁸ M. Steinbeis, *Debatte um Demokratie: Es geht hier um alles*, Süddeutsche Zeitung z 12.08.2024 r. W wydanej 27.07.2024 r. książce: *Die Verwundbare Demokratie*, Hanser Verlag 2024, autor zarysował strategię przeciwdziałania populistycznemu przejściu władzy, której zasadniczym punktem jest „obywatelska ochrona konstytucji”. Za Adamem Przeworskim konstatuje, że w liberalnej demokracji to głos wyborców przesądza o tym, kto rządzi, a kto przechodzi do opozycji. Większość musi się więc liczyć z tym, że może stać się mniejszością i na odwrót, a dopóki tak jest, nikt nie ma interesu w nadużywaniu posiadanej władzy po to, aby robić rzeczy, których nie chciałby, aby robiono mu jako mniejszości. Z kolei w systemach autorytarnego populizmu, takich jak Węgry i do niedawna Polska sprawujący władzę uważają, że jedynie oni reprezentują naród, podczas gdy inne partie są przedstawicielami kosmopolitycznych elit uzależnionymi od obcych sił i przez nie kontrolowanymi. Wyborcze hasło obrony interesów ludzi jest w nich wyłącznie elementem gry polegającej na tym, aby dojść do władzy, a później z niej nie zrezygnować. Polskie wybory parlamentarne z 15.10.2023 r. uwiarydowiły, że rezultaty owej gry mogą być zupełnie inne od zakładanych, a polityczne kalkulacje mogą się rozmiąkać z rzeczywistością.