

PRAWO JEST DLA OBYWATELI I IM MA SŁUŻYĆ

Wokół myśli
Adama Czarnoty

REDAKCJA

Wojciech
Zomerski

Filip
Cyuńczyk

Piotr
Eckhardt

Michał
Paździora

seria
**PRAWO
i TEORIA
SPOŁECZNA**



Wydawnictwo Naukowe
SCHOLAR



**PRAWO JEST
DLA OBYWATELI
I IM MA SŁUŻYĆ**

**THE LAW IS
FOR THE CITIZENS,
SO IT SHOULD SERVE THEM**

PRAWO JEST DLA OBYWATELI I IM MA SŁUŻYĆ

**Wokół myśli
Adama Czarnoty**

**THE LAW IS
FOR THE CITIZENS,
SO IT SHOULD SERVE THEM**

**Reflections on the Thought
of Adam Czarnota**

REDAKCJA **Wojciech** **Filip** **Piotr** **Michał**
 Zomerski **Cyńczyk** **Eckhardt** **Paździora**



Wydawnictwo Naukowe
SCHOLAR

Warszawa 2024

Seria Prawo i Teoria Społeczna
pod redakcją Michała Paździory (Uniwersytet Wrocławski)
i Michała Stambulskiego (Erasmus University Rotterdam)

Recenzje:

dr hab. Aleksandra Kustra-Rogatka, prof. UMK

prof. dr hab. Grażyna Skąpska, UJ

Redakcja i korekta: Joanna Bilmin-Odrowąż (teksty angielskie),
Dorota Kassjanowicz (teksty polskie)

Projekt okładki serii: to/studio Tomasz Kędzierski

Adaptacja projektu: Katarzyna Juras

Na okładce wykorzystano reprodukcję obrazu Włastimila Hofmana

Spowiedź (1906) ze zbiorów Muzeum Narodowego w Warszawie,

za zgodą Barbary Mańkowskiej, uprawnionej z praw autorskich do obrazu

Wydanie publikacji zostało dofinansowane przez Wydział Prawa, Administracji
i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego ze środków NCN OPUS 19
pt. „Prawniczy autorytet epistemiczny w Polsce. Rozwój i dynamika w latach
1982–2020” nr 0201/0055/21, UMO-2020/37/B/HS5/03709

Copyright © 2024 by Wydawnictwo Naukowe Scholar Sp. z o.o.

Copyright © 2024 by Authors

ISBN 978-83-68091-12-0

doi 10.7366/9788368091120

Wydawnictwo Naukowe Scholar Spółka z o.o.

ul. Oboźna 1, 00-340 Warszawa

tel. 22 692 41 18; 22 826 59 21; 22 828 93 91

dział handlowy: jak wyżej, w. 108

e-mail: info@scholar.com.pl

www.scholar.com.pl

Wydanie pierwsze

Skład i łamanie: WN Scholar

Wydrukowano w Polsce

Spis treści

Wstęp	9
Introduction	19
Wykaz publikacji naukowych Profesora Adama Czarnoty/ List of scientific publications by Professor Adam Czarnota ...	29

Część I. Populizm i jego krytycy Part I. Populism and its critics

Martin Krygier, Law and Justice?	43
Wojciech Sadurski, How to get rid of populism?	70
Wojciech Zomerski, The question of populism and its democratic promise	85
Maciej Pichlak, Społeczne wyzwania (od)budowy rządów prawa	103

Część II. Konstytucjonalizm i rządy prawa na rozdrożu Part II. Constitutionalism and the rule of law at a crossroads

Mateusz Stępień, Mapping basic typologies of constitutionalism: cleaning the Augean stable	119
Michał Stambulski, Constitutional populism beyond the liberal framework. Adam Czarnota's programme for sociology of constitutions	133
Jakub Hudský, Anna Śledzińska-Simon, Two populisms in CEE or how to wake up an angry citizen? Notes from research on reproductive rights	143

Małgorzata Kiwior-Filo, Między konstytucjonalizmem a populizmem – kilka uwag o słabości włoskiej demokracji w okresie międzywojennym	155
--	-----

**Część III. Transformacja i sprawiedliwość
okresu przejściowego**

Part III. Transition and transitional justice

Rafał Mańko, Transformacja ustrojowa a trwałość form prawnych	171
Piotr Eckhardt, Mieszkania są dla obywateli? Transfery własności lokali zbudowanych w Polsce Ludowej jako obszar badań nad sprawiedliwością okresu przejściowego	185
Michał Krotoszyński, Wokół kazusu donosiciela. Sprawiedliwość tranzycyjna z perspektywy filozofii prawa	198

Część IV. Pamięć, lustracja i *memory laws*

Part IV. Memory, lustration, and memory laws

Justyna Jezierska, Współczesne nurty w relacji prawa i pamięci zbiorowej. Przegląd badań	213
Filip Cyuńczyk, Od pamięci zbiorowej do zbiorowego zapamiętania. Prawna regulacja społecznej wizji przeszłości w Europie Środkowej	227
Bogdan Iancu, Late lustration and latter-day anti-communism in Romania: the Ursu case in its context	240

Część V. Edukacja prawnicza

Part V. Legal education

Michał Paździora, Autorytet w edukacji prawniczej	255
Jolanta Jabłońska-Bonca, Digitalni studenci, ChatGPT w kancelariach, e-rozprawy. O potrzebie kształcenia wirtualnych kompetencji prawników	270

Karolina Kocemba, Between dirty togetherness and democracy. Adam Czarnota's critique of legal education in Poland	288
---	-----

Część VI. Prawo, polityka, społeczeństwo

Part VI. Law, politics, society

Scott Veitch, Nations and nationalisms: some jurisprudential reflections on an evergreen theme	303
Bartosz Kuźniarz, Populizm i kres społeczeństwa wzrostu	314
Jolanta Sawicka, Odczarowanie polityki	328
Anna Młynarska-Sobaczewska, Jacek Zaleśny, Zastępczy pryncypał. Społeczne ruchy masowe a rozliczalność publiczna	354
Lidia M. Rodak, Społeczne śnienie, reguły subnieformalne i teoria prawa Adama Podgóreckiego	370
Summaries	385
Autorki i autorzy / Contributors	399

Wstęp

Z okazji 70. urodzin naszego nauczyciela i serdecznego kolegi, prof. Adama Czarnoty, chcemy podzielić się ze wspólnotą akademicką księgą jubileuszową, która stanowi komentarz do jego niezwykłych dokonań i inspirujących badań. Jako redaktorzy od lat współpracujący z nim w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej Uniwersytetu Wrocławskiego (CLEST) pragniemy przez tę inicjatywę uhonorować dorobek prof. Czarnoty, a przy tym, zainspirowani jego myślą, wskazać na związki prawa i społeczeństwa, które często są pomijane w tradycyjnych podejściach badawczych do prawa.

Adam Czarnota, urodzony 23 lipca 1953 r. w Kętrzynie, jest osobą nietuzinkową, o inspirującym życiorysie i bogatym dorobku akademickim. Swoje pierwsze kroki w edukacji akademickiej stawiał na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, na którym ukończył prawo (1976), obronił pracę doktorską (1982) oraz został adiunktem (1982–1988). Po krótkoterminowych wyjazdach zagranicznych na Edinburgh University i Oxford University w 1987 r., w kolejnym roku wyjechał na stałe do Australii. Najpierw, w latach 1988–1990, odbył stypendium na University of New South Wales w Sydney jako *post-doctoral fellow*. Następnie podjął pracę jako wykładowca na Macquarie University Law School (1990–2000). W 2000 r. związał się na stałe z University of New South Wales, najpierw jako wykładowca (2000–2005), a potem jako *associate professor* (2005–2020). W tym okresie był profesorem wizytującym m.in.

na European University Institute we Florencji, Central European University w Budapeszcie, University of the Basque Country w Bilbao oraz Catholic University w Leuven. W kolejnych latach pełnił funkcję dyrektora Oñati International Institute for the Sociology of Law (2013–2016), a także kierownika Katedry Nauk Historycznoprawnych i Komparatystyki Prawniczej na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku (2012–2016). W 2015 r. zainicjował powstanie Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej działającego przy Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, któremu w latach 2020–2022 przewodził. Od 2022 do 2024 r. pełnił funkcję rektora w Riga Graduate School of Law.

Przez wiele lat żyjąc pomiędzy dwoma kontynentami, prof. Czarnota wpłynął na rozwój wielu ludzi zarówno w sferze intelektualnej, jak i moralnej. Ci, których spotkał, zostali zaproszeni do napisania tekstów do niniejszej książki jubileuszowej. Z rozmów z autorami na temat Jubilata wyłania się obraz osoby nietuzinkowej i wielowymiarowej. Z jednej strony, prof. Czarnota to niewątpliwie człowiek otwarty, towarzyski i skory do przeciągających się rozmów oraz późnowieczornych biesiad; z drugiej – ma opinię osoby poważnej, wymagającej i nierzadko kategorycznej w swoich osądach. Konserwatyzm i przywiązanie do republikańskich ideałów wiąże z wywrotowością i skłonnością do radykalizmu. Jest nieprzewidywalny i nieszablony, pozostając jednocześnie tradycyjnym i niezwykle ujmującym. Można się zastanawiać, czy ta bogata i złożona osobowość wpłynęła na jego życiowe wybory, czy też intuicyjnie podejmowane decyzje skierowały go na nieoczywiste ścieżki, pozostawiając w nieustannym zawieszaniu pomiędzy tym, co polskie i znane, a tym, co zagraniczne i obce.

To, co wydaje się nam mniej dyskusyjne, to fakt, że życiorys Adama Czarnoty, który przed wyjazdem z Polski był zaangażowany w działalność opozycji demokratycznej, odcisnął się na jego

zainteresowaniach badawczych i przyjętej perspektywie badawczej. Profesor zawsze troszczył się o los ojczyzny, ale jednocześnie patrzył na nią z pewnym dystansem¹. Nigdy nie stracił wiary w to, że inna Rzeczpospolita jest możliwa. To podejście kształtowało jego krytyczny stosunek do procesu transformacji w Europie Środkowo-Wschodniej, skupiając uwagę prof. Czarnoty na kwestiach lustracji, *memory laws* i ogólnie pojętej sprawiedliwości w okresie przejściowym². W czasie poszerzenia Unii Europejskiej o państwa Europy Środkowo-Wschodniej nie podzielał powszechnego optymizmu i proroczo podnosił, że państwa postkomunistyczne, wraz ze swoją formalistyczną kulturą i problemami z sądownictwem, mogą nie odnaleźć się w UE i trafić do jej oślej ławki³. Kiedy jego obawy zaczęły się stopniowo spełniać,

¹ W tym sensie, Adam Czarnota pozostaje krytykiem w Walzerowskim tego słowa rozumieniu. Por. M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, 1985, s. 33 i nast., https://assets.cambridge.org/97805211/76491/excerpt/9780521176491_excerpt.pdf, gdzie autor tłumaczy, że krytyk nie jest wyrzutkiem czy outsiderem, a członkiem społeczeństwa i uczestnikiem jego praktyk, który jednocześnie potrafi zachować wobec nich dystans, i dalej (s. 52), że „krytyka nie wymaga od nas wycofania się od społeczeństwa jako całości, ale jedynie zdystansowania się od pewnych rodzajów relacji władzy w społeczeństwie”.

² Zob. np. A. Czarnota, *Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. 12, s. 203–216; idem, *On the beauty of confusions or transitional justice, and rule of law*, „Law of Ukraine” 2013, s. 47–53; idem, *Czy teoria prawa ma tożsamość? O prawie i pamięci zbiorowej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 69–84; idem, *Między polityką a prawem, czyli o sprawiedliwości okresu przejściowego*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Philosophica. Ethica – Aesthetica – Practica” 2015, nr 27, s. 13–35.

³ A. Czarnota, *Barbarians ante portas or the post-communist rule of law in post-democratic European Union*, w: W. Sadurski, A. Czarnota, M. Krygier, *Spreading Democracy and the Rule of Law. The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in*

nie podążył oczywistą drogą. Nie stał się kolejnym obrońcą demokracji liberalnej. Zamiast tego, przekonany o konieczności zakorzenienia instytucji w społeczeństwie, bronił autonomii środkowoeuropejskich wspólnot politycznych, zachęcając je do podążania własną ścieżką. Podkreślał, że ekspansja populizmu nie jest tylko jedną z chorób demokracji, którą należy leczyć za wszelką cenę. Uważał ją raczej za objaw szerszego problemu re-dystrybucji władzy w liberalnej demokracji⁴. Miał nadzieję, że populizm, obok zmniejszenia nierówności społecznych i wzmocnienia partycypacji obywatelskiej, może przyczynić się do korekty liberalnego paradygmatu ustrojowego, zastępując prawniczy konstytucjonalizm jego politycznym odpowiednikiem⁵.

Post-Communist Legal Orders, Springer, Dordrecht 2006, s. 283–297. Zob. też: A. Czarnota, M. Krygier, *Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2(185), s. 145–197; A. Czarnota, *Rule of law and functions and dysfunctions of judicial culture in East-Central Europe. Reflections after 25 years from breakthrough*, w: A. Piszcz (red.), *Court Culture and Contemporary Problems*, Temida 2, Białystok 2014, s. 32–42.

⁴ Zob np. A. Czarnota, *The Constitutional Tribunal*, Verfassungsblog, 3.06.2017, <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/> (dostęp: 30.01.2024); idem, *Constitutional correction as a third democratic revolutionary moment in Central Eastern Europe*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, nr 2–3(11), s. 397–406; idem, *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia Nad Prawem” 2019, nr 11(1), s. 27–42.

⁵ Tak np. w: A. Czarnota, *Sources of constitutional populism – Democracy, identity and economic exclusion*, w: M. Krygier, A. Czarnota, W. Sadowski (red.), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge University Press, Cambridge 2023, s. 495–505. Wydaje się jednak, że nadzieje te zdaniem samego zainteresowanego nie zostały spełnione. Taki wydzźwięk zdaje się mieć ostatni wywiad, w którym Jubilat przyznaje, że populizm niemal nigdzie nie zdołał dokonać korekty ustrojowej, porównując populizm do gorączki, która pokazuje, „że w organizmie coś źle działa”, i która, jak przechodzi, „to zwykle nic się nie robi, ludzie po prostu cieszą się, że wracają do zdrowia”; zaznacza przy tym, iż uzdrowienie jest tylko pozorne,

Krytyka liberalnego paradygmatu konstytucyjnego szła w parze z krytyką prawniczego establishmentu. Zdaniem Czarnoty to właśnie prawnicze elity (sędziowie, profesorowie prawa) są odpowiedzialne za to, że prawo nie zdołało w czasach transformacji zbudować należytego autorytetu oraz legitymacji społecznej⁶. Krytyka prawniczych elit nie dotyczyła tylko ich działalności zawodowej czy – mówiąc szerzej – roli, jaką prawnicy odegrali w procesie transformacji, lecz również ich działalności dydaktycznej⁷. Profesorowie prawa, co konsekwentnie podnosił w kolejnych publikacjach, zamiast przekazywać przyszłym prawnikom, że jest ono praktyką społeczną wynikającą z demokratycznego dialogu, często trzymają się wąskiego formalistycznego podejścia, narzucając konstruowane przez siebie obrazy prawa jako tzw. prawdę profesorską⁸. Z tych przyczyn, to również elity prawnicze – a nie wyłącznie politycy – są zdaniem Profesora

„bo gorączka pewnie znowu się pojawi, a może nawet powróci ze zdwojoną siłą”. Zob. A. Czarnota, *Sądownictwo to nie jest żaden Świąty Graal. Ma służyć społeczeństwu*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 24.11.2023, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/9361163,sadownictwo-to-nie-jest-zaden-swiate-graal-ma-sluzyc-spoleszenstwu-w.html> (dostęp: 30.01.2024).

⁶ A. Czarnota, *Prawnicy naznaczeni socjalizmem*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 11.06.2017, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1049466,prawnicy-wymiar-sprawiedliwosci-czarnota.html> (dostęp: 21.08.2024); idem, *Sądownictwo...*, op. cit.

⁷ A. Czarnota, *Prawnicy naznaczeni...*, op. cit.

⁸ Zob. np. A. Czarnota, *Kryzys nauki prawa a edukacja prawnicza. O niekonieczności produkowania „użytecznych idiotów”*, „Prawo i Więź” 2013, nr 2(4), s. 48–59; A. Czarnota, *Edukacja prawniczej portret wewnętrzny. Zapiski z obserwacji uczestniczącej, czyli przyczynek do analizy społecznych podstaw edukacji prawniczej w Polsce*, „Prawo i Więź” 2016, nr 3(17), s. 22–23; A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW, CLEST*, Wrocław 2017; eidem, *Ukryty program w edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem” 2018, nr 2(10), s. 96–113.

odpowiedzialne za kryzys praworządności, który wybuchł w 2015 r. i którego skutki dotkliwie odczuwamy zwłaszcza dziś, w czasie niekończących się sporów polityczno-prawnych⁹.

Gdybyśmy chcieli streścić powyższą próbę opisaną myśli prawnej prof. Adama Czarnoty jednym zdaniem, byłoby to tytułowe *Prawo jest dla obywateli i im ma służyć*¹⁰. Prawo to praktyka społeczna (teza ontologiczna), a zatem, aby je zrozumieć, należy je badać w społecznym uwikłaniu (teza epistemologiczna), z wykorzystaniem metod właściwych dla nauk społecznych, zwłaszcza – socjologii (teza metodologiczna). Uznanie, że prawo jest dla obywateli i im ma służyć, tłumaczy również aksjologię i rozstrzygnięcia z zakresu filozofii polityki, a przede wszystkim – sceptycyzm Profesora względem postaw elitarystycznych, charakterystycznych dla liberalnego konstytucjonalizmu, oraz opowiedzenie się za konstytucjonalizmem politycznym, dowartościowującym udział obywateli w sprawowaniu władzy. Wyjaśnia również zainteresowanie tematyką transformacji i sprawiedliwości okresu przejściowego. Jeśli prawo nie służy wszystkim obywatelom, lecz tylko wybranej grupie, należy to poddać analizie i krytyce.

Zidentyfikowane motywy w twórczości prof. Czarnoty znalazły odzwierciedlenie w niniejszej publikacji. W części

⁹ Por. W. Zomerski, *Wojna na opinie prawne*, „Kultura Liberalna” 2024, nr 785, <https://kulturaliberalna.pl/2024/01/23/wojna-na-opinie-prawne/> (dostęp: 30.01.2024).

¹⁰ Zdanie to stanowi parafrazę słów Jubilata z wywiadu udzielonego w „Kulturze Liberalnej” w 2016 r. w polemice z Wojciechem Sadurskim oraz Martinem Krygierem na temat normatywnej oceny sporu o Trybunał Konstytucyjny. Por. A. Czarnota, *Prawo jest dla nas, ma nam służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puchejda*, „Kultura Liberalna” 2016, nr 393, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/> (dostęp: 30.01.2024). Zdecydowaliśmy się na parafrazę tego stwierdzenia, aby uniknąć wątpliwości, kto jest jego podmiotem.

pierwszej zebrano teksty krytyczne, w których autorzy, w różnorodny sposób, polemicznie odnoszą się do demokratycznych nadziei wiązanych przez Jubilata z prawicowym populizmem¹¹. Martin Krygier w osobistym tekście zatytułowanym *Law and justice?* [Prawo i sprawiedliwość?] opowiada o swojej wieloletniej relacji z Adamem Czarnotą i zastanawia się, z czego wynika ich odmienna ocena rzeczywistości polityczno-prawnej w Polsce po 2015 r. Kolejne trzy artykuły ogniskują się wokół problematyki postpopulizmu. Wojciech Sadurski, pochylając się nad pytaniem *How to get rid of populism?* [Jak pozbyć się populizmu?], akcentuje przywiązanie Jubilata do werdyktów demokracji i zastanawia się nad lekcjami dotyczącymi państw, w których populiści utracili w ostatnich latach władzę. Wojciech Zomerski z kolei podnosi, że podstawowa obietnica populizmu, podzielana przez Profesora, dotycząca restauracji demokracji parlamentarnej, pozostaje niezrealizowana, i przekonuje, iż warunki do jej realizacji paradoksalnie ziściły się wraz z upadkiem populistycznego rządu. Maciej Pichlak, dzieląc przekonanie Jubilata o konieczności ugruntowania instytucji prawnych w społeczeństwie, jednocześnie krytycznie ocenia rozwój wypadków w Polsce w latach 2015–2023 r. i zastanawia się nad niezbędnymi warunkami społecznymi dla odbudowy rządów prawa.

Naturalną kontynuację tych rozważań stanowi część druga poświęcona konstytucjonalizmowi i rządowi prawa na rozdrożu. W tekście wprowadzającym Mateusz Stępień omawia

¹¹ Być może rozpoczęcie książki jubileuszowej od tekstów polemicznych względem myśli Jubilata jest nietypowe, a nawet nietaktowne. W naszej jednak ocenie takie posunięcie najlepiej oddaje postawę życiową Adama Czarnoty, który zdaje się czerpać przyjemność z pozostawiania w konstruktywnej niezgodzie i który zawsze zachęcał kolegów i uczniów do wyrażania swoich poglądów, choćby rozmijały się z żywionymi przez niego ocenami.

podstawowe typologie pojęcia konstytucjonalizmu, odnotowując, jak na tym tle plasuje się polityczny konstytucjonalizm preferowany przez Adama Czarnotę. Michał Stambulski z kolei w swoim eseju poświęconym myśli prawnokonstytucyjnej Jubilata zastanawia się, jaki wpływ na jej uformowanie miała biografia Czarnoty i co ta myśl wnosi do dyskusji o liberalnym konstytucjonalizmie. Jakub Hudský i Anna Śledzińska-Simon, doceniając zasługi Profesora dla zapoczątkowania dyskusji o alternatywach wobec liberalnego konstytucjonalizmu, zastanawiają się nad różnicami i punktami wspólnymi pomiędzy odmianami populizmu, które pojawiają się w ostatnich latach w Europie Środkowo-Wschodniej. Natomiast Małgorzata Kiwior-Filo w tekście o upadku włoskiej demokracji w międzywojniu dopatruje się analogii pomiędzy rozpadem liberalnego ładu w tym okresie a jego rozpadem w czasach współczesnych.

W części trzeciej znalazły się teksty poruszające i rozwijające inny ważny wątek w twórczości Profesora, jakim jest zagadnienie transformacji i sprawiedliwości okresu przejściowego. Rafał Mańko, nawiązując do bogatego dorobku Jubilata w tym zakresie, zastanawia się nad powiązaniem z transformacją ustrojową problemem trwałości form prawnych. Twórczego rozwinięcia dorobku Adama Czarnoty dokonuje również Piotr Eckhardt, który argumentuje, że ważnym, lecz często przeoczonym, aspektem sprawiedliwości okresu przejściowego była polityka mieszkaniowa realizowana w latach dziewięćdziesiątych. W ostatnim tekście w tej części Michał Krotoszyński omawia klasyczny kazus donosiela i zastanawia się, co kazus ten mówi o sprawiedliwości tranzycyjnej z perspektywy filozofii prawa.

Kontynuację tych rozważań stanowi część czwarta, poświęcona problemowi pamięci, lustracji i *memory laws*. Justyna Jezierska, odnosząc się do dorobku Profesora z zakresu *memory studies*, porusza temat współczesnych nurtów w relacji prawa i pamięci zbiorowej. Filip Cyuńczyk omawia ramy prawnokonstytucyjne

pamięci i pamiętania w Europie Środkowej. Z kolei Bogdan Iancu w ostatnim tekście w tej sekcji, nawiązując do dorobku Jubilata, porusza problem lustracji w Rumunii na przykładzie sprawy *Ursu*.

W części piątej zebrano teksty zogniskowane wokół innego ważnego motywu w twórczości Profesora, a mianowicie – edukacji prawniczej. Na wstępie Michał Paździora omawia wyniki badań prowadzonych pod kierownictwem Adama Czarnoty w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej i na tym tle postuluje zastąpienie w procesie dydaktycznym centralnej figury mistrza figurą fachowca. Do dorobku Profesora z zakresu edukacji prawniczej nawiązują także kolejne dwa teksty. Jolanta Jabłońska-Bonca rozważa wyzwania, jakie dla edukacji prawniczej niesie rozwój sztucznej inteligencji. Karolina Kocemba rekonstruuje krytykę edukacji prawniczej dokonaną przez Jubilata i zastanawia się, co ta krytyka wnosi do dyskusji na temat przyczyn rodzimego kryzysu praworządności.

W ostatniej, szóstej, części publikacji nawiązano do głównych motywów w twórczości prof. Czarnoty, jednocześnie, w jakiejś mierze, poza nie wykraczając. Scott Veitch w swoim eseju, akcentującym wieloletnią relację z Jubilattem, zastanawia się nad pojęciem narodu i zjawiskiem nacjonalizmu, kwalifikując je jako *evergreen theme* filozofii prawa. Bartosz Kuźniarz przedstawia populizm nie tyle jako alternatywę dla liberalnego konstytucjonalizmu, ile jako „bogina”, który zapowiada koniec społeczeństwa opartego na wzroście. Jolanta Sawicka podejmuje się zadania odczarowania polityki. W zaproponowanej przez autorkę perspektywie staje się to wyzwaniem tyle teoretycznym, co praktycznym. Anna Młynarska-Sobaczewska i Jacek Zaleśny zwracają uwagę na wzrost znaczenia w ostatnich latach ruchów społecznych, jednocześnie akcentując związany z nimi podstawowy problem w postaci braku ich rozliczalności. Wreszcie, Lidia Rodak w swoim innowacyjnym tekście proponuje spojrzenie

na kobiece doświadczenia z perspektywy prawa, wykorzystując w tym celu matrycę społecznego śnienia.

Mamy nadzieję, że niniejsza księga, zarówno w swojej treści, jak i formie, w której język polski i angielski nieustannie się przeplatają¹², w istotnym stopniu odzwierciedla życiorys i dorobek prof. Adama Czarnoty. Pozostawanie w zawieszeniu pomiędzy tym, co znane, a tym, co obce, stanowiło bowiem centralny kontekst dla rozwoju jego myśli naukowej. Pragniemy przy tym, aby lektura niniejszej publikacji nie tylko pozwoliła lepiej zrozumieć znaczenie myśli Profesora dla rozwoju lokalnej myśli prawnej, lecz również stanowiła inspirację do dalszych badań oraz refleksji nad rolą prawa w społeczeństwie demokratycznym.

¹² Zdajemy sobie sprawę, że fakt sporządzenia poszczególnych tekstów w dwóch różnych językach jest rozwiązaniem nietypowym, mogącym rodzić pewne trudności dla Czytelników posługujących się tylko jednym z tych języków, co najczęściej dotyczyć będzie osób władających językiem angielskim, ale nie polskim. Uważamy jednak, że taka decyzja jest uzasadniona biografią Jubilata. Jednocześnie, chcąc zaadresować ten problem, zamieściliśmy na końcu streszczenia w języku angielskim wszystkich tekstów (zob. s. 385–398).

Introduction

On the occasion of the 70th birthday of our teacher and great colleague Professor Adam Czarnota, we would like to share with the academic community an anniversary book that provides a commentary on his remarkable achievements and inspiring scientific contribution. As editors who have worked with the Professor at the Centre for Legal Education and Social Theory at the University of Wrocław (CLEST) for many years we wish to honour Professor Czarnota's achievements through this initiative and additionally, inspired by his thought, to point out the links between law and society that are often overlooked in traditional scientific approaches to law.

Adam Czarnota, born on 23 July 1953 in Kętrzyn, is a unique person with an inspiring resume and a rich academic record. He took his first steps in academic education at the Faculty of Law and Administration of the Nicolaus Copernicus University in Toruń, where he completed his law degree (1976), defended his doctoral thesis (1982) and took the position of an assistant professor (1982–1988). After short-term stays at the Edinburgh University and Oxford in 1987, the following year he left permanently for Australia. First, he held a scholarship at the University of New South Wales as a post-doctoral fellow from 1988 to 1990. Then, he took the job as a lecturer at Macquarie University Law School (1990–2000). In 2000, he became permanently affiliated with the University of New South Wales, first as a lecturer (2000–2005) and then as an associate professor (2005–2020).

During this period, he was a visiting professor at the European University Institute in Florence, Central European University in Budapest, University of the Basque Country in Bilbao, and Catholic University in Leuven, among others. In subsequent years, he served as director of the International Institute of Sociology of Law in Oñati (2013–2016), and head of the Department of Legal History and Comparative Legal Studies at the Law Faculty of the University of Białystok (2012–2016). In 2015, he initiated the establishment of the Centre for Legal Education and Social Theory (CLEST) functioning at the Faculty of Law, Administration and Economics at the University of Wrocław headed by him from 2020 to 2022. In the years 2022–2024, he served as the Rector of the Riga Graduate School of Law.

On his long life path divided between two continents, Adam Czarnota influenced the development of many both intellectually and morally. Those he met were invited to submit texts for this anniversary book. From conversations with authors about the Jubilarian, emerges a picture of an uncommon and complex person. On the one hand, Professor Czarnota is undoubtedly an open-minded, sociable man eager for long conversations and late-night feasts. On the other hand, he has a reputation as a serious, demanding, and often resolute man in his judgments. He combines conservatism and commitment to republican ideals with subversiveness and a tendency to radicalism. He is unpredictable and unconventional, while remaining traditional and charming. One can wonder whether this rich and complex personality has influenced his life choices or whether intuitive decisions have steered him in non-obvious directions, leaving him in constant limbo between what is known and familiar and what is foreign and alien.

What seems less arguable to us is that the biography of Adam Czarnota, who was involved in the democratic opposition before leaving Poland, has left mark on his research interests and

scientific perspective. Professor has always been concerned about the fate of the homeland, but at the same time, looked at it with a certain distance¹. He never lost faith that ‘a different Republic is possible.’ This approach shaped his critical attitude to the transformation process in Central and Eastern Europe, focusing his attention on the issues of lustration, memory laws, and a broadly understood transitional justice². At the time of the enlargement of the European Union to include the countries of Central and Eastern Europe, he did not share the widespread optimism and prophetically raised the possibility that the post-communist countries, with their formalistic culture and problems with the judiciary, might not find their way into the EU and end up in a corner of shame³. When his fears gradually began

¹ In this sense, Adam Czarnota remains a critic in Walzer’s understanding of the word. See: M. Walzer, *Interpretation and Social Criticism*, The Tanner Lectures on Human Values, Harvard University, November 13–14 (1985), 33 and further, where the author explains that a critic is not an outcast or outsider but a member of society and a participant in its practices, who can simultaneously maintain a distance from these practices, and further (p. 52) that ‘criticism does not require us to step back from society as a whole but only to step away from certain sorts of power relationships within society’.

² See for instance: A. Czarnota, “Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa”, *Miscellanea Historico-Iuridica*, 12 (2013), 203–216; idem, ‘On the Beauty of Confusions or Transitional Justice, and Rule of Law’, *Law of Ukraine*, 4 (2013), 47–53; idem, ‘Czy teoria prawa ma tożsamość? O prawie i pamięci zbiorowej’, *Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji* 102 (2015), 69–84; idem, ‘Między polityką a prawem, czyli o sprawiedliwości okresu przejściowego’, *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Philosophica. Ethica – Aesthetica – Practica* 27 (2015), 13–35.

³ A. Czarnota, ‘Barbarians Ante Portas or the Post-Communist Rule of Law in Post-Democratic European Union’, in: W. Sadurski, A. Czarnota, and M. Krygier, *Spreading Democracy and the Rule of Law. The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in*

to come true, Professor Czarnota did not follow the obvious path. He did not become another defender of liberal democracy. Instead, believing in the need to root institutions in society, he defended the autonomy of Central European political communities, encouraging them to follow their own path. He stressed that the expansion of populism was not just one of the diseases of democracy that must be cured at all costs. Rather, he saw it as a symptom of a broader problem of the redistribution of power in a liberal democracy⁴. He hoped that populism, in addition to reducing social inequality and strengthening civic participation, could correct the liberal political paradigm, replacing legal constitutionalism with its political equivalent⁵. Criticism of the

Post-Communist Legal Orders, (Dordrecht: Springer Dordrecht, 2006), 283–297. See also: A. Czarnota and M. Krygier, ‘Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa’, *Studia Socjologiczne* 185/2 (2007), 145–197; A. Czarnota, ‘Rule of Law and Functions and Dysfunctions of Judicial Culture in East-Central Europe. Reflections After 25 Years from Breakthrough’, in: A. Piszcz (ed.), *Court Culture and Contemporary Problems* (Białystok: Temida 2, 2014), 32–42.

⁴ See for instance: A. Czarnota, ‘The Constitutional Tribunal’, *Verfassungsblog*, 3 June 2017, <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/> (accessed: 30 January 2024); idem, ‘Constitutional Correction as a Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe’, *Hague Journal on the Rule of Law* 11/2–3 (2019), 397–406; idem, ‘Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?’, *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem* 11/1 (2019), 27–42.

⁵ See for instance, in: A. Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism – Democracy, Identity and Economic Exclusion’, in: M. Krygier, A. Czarnota, and W. Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2023), 495–505. However, it seems that these hopes, according to him, have not been fulfilled. This seems to be the tone of a recent interview, in which Jubilarian admits that populism has almost nowhere succeeded in bringing about a systemic correction, comparing populism to a fever that shows ‘that something is malfunctioning in the body’, which when it passes ‘usually nothing is done, people are just happy to recover’, while pointing out that the healing

liberal constitutional paradigm went hand in hand with criticism of the legal establishment. According to Czarnota, it is the legal elite (judges and law professors) that is responsible for the fact that the law has failed to build proper authority and social legitimacy in times of transition⁶.

The critique of the legal elite was not only about their professional activities (or more broadly, the role that lawyers played in the transformation process), but also about their teaching activities⁷. Jubilarian argued in subsequent publications that law professors reproduce narrow formalistic approaches to law given to law students under the guise of description, as the so-called ‘professorial truth’ instead of teaching future lawyers that law is a social practice that is the result of democratic dialogue⁸. For these reasons, it is the legal elite – not politicians – that are

is only apparent, ‘because the fever will probably reappear, and maybe even return with redoubled force’. See: A. Czarnota, ‘Sądownictwo to nie jest żaden Święty Graal. Ma służyć społeczeństwu’, *Dziennik Gazeta Prawna*, 24 November 2023, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/9361163,sadownictwo-to-nie-jest-zaden-swiety-graal-ma-sluzyc-spoleszczenstwu-w.html> (accessed: 30 January 2024).

⁶ A. Czarnota, ‘Prawnicy naznaczeni socjalizmem’, *Dziennik Gazeta Prawna*, 11 June 2017, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1049466,prawnicy-wymiar-sprawiedliwosci-czarnota.html> (accessed: 21 August 2024); idem, ‘Sądownictwo...’, op. cit.

⁷ A. Czarnota, ‘Prawnicy naznaczeni...’, op. cit.

⁸ See for instance: A. Czarnota, ‘Kryzys nauki prawa a edukacja prawnicza. O niekonieczności produkowania “użytecznych idiotów”’, *Prawo i Więź* 2/4 (2013), 48–59; A. Czarnota, ‘Edukacji prawniczej portret wewnętrzny. zapiski z obserwacji uczestniczącej, czyli przyczynek do analizy społecznych podstaw edukacji prawniczej w Polsce’, *Prawo i Więź* 3/17 (2016), 22–23; A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski (eds.), *Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW* (Wrocław: Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, 2017); idem, ‘Ukryty program w edukacji prawniczej’, *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem* 2 (2018), 96–113.

responsible for the crisis in the rule of law that emerged in 2015, the effects of which are being felt especially today at a time of endless political and legal disputes⁹.

If we were to summarise the above attempt to describe Adam Czarnota's legal thought in one sentence, it would be the title of this volume (en. *The Law Is for the Citizens, So It Should Serve Them*)¹⁰. Law is a social practice (ontological thesis), so in order to understand it, it is necessary to study it in a social entanglement (epistemological thesis), using methods appropriate to the social sciences, especially sociology (methodological thesis). Recognising that the law is for citizens and is meant to serve them also explains the axiology and the sphere of political philosophy. Above all, it explains Professor Czarnota's scepticism toward elitist attitudes characteristic of liberal constitutionalism and his advocacy of political constitutionalism, which values citizen participation in the exercise of power. It also explains his interest in the topics of transition and transitional justice. If the law does not serve all citizens but only some of them, this should be analysed and criticised.

The themes identified in Adam Czarnota's work are reflected in this publication. The first part, *Populism and its Critics*, collects critical papers in which the authors, polemically, address

⁹ See: W. Zomerski, 'Wojna na opinie prawne', *Kultura Liberalna* 785/4, 23 January 2024, <https://kulturaliberalna.pl/2024/01/23/wojna-na-opinie-prawne/> (accessed: 30 January 2024).

¹⁰ The phrase is a paraphrase of the Jubilarian's words from a 2016 interview in *Kultura Liberalna* in a polemic with Wojciech Sadurski and Martin Krygier on the normative assessment of the Constitutional Tribunal dispute. See: A. Czarnota, 'Prawo jest dla nas, ma nam służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puchejda', *Kultura Liberalna* 393, 19 June 2016, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/> (accessed: 30 January 2024). As editors, we have decided to paraphrase this sentence to avoid any doubt as regards its subject.

the democratic hopes associated by the Jubilarian with right-wing populism in a variety of ways¹¹. Martin Krygier, in a very personal piece entitled ‘Law and Justice?’ recounts his long-standing relationship with Adam Czarnota and considers reasons of their different assessment of the political and legal reality in Poland after 2015. The next three papers focus on the issue of post-populism. Wojciech Sadurski, leaning into the question How to get rid of populism?, underlines the Jubilarian’s adherence to the verdicts of democracy and reflects on the lessons from countries where populists have lost power in recent years. On the other hand, Wojciech Zomerski argues that the basic promise of populism, shared by the Professor, namely, the restoration of parliamentary democracy, remains unrealised, and maintains that the conditions for its realisation paradoxically come true with the collapse of the populist government. Maciej Pichlak, while sharing the Jubilarian’s conviction about the need to entrench legal institutions in society, at the same time critically assesses developments in Poland between 2015 and 2023 and reflects on the necessary social conditions for the restoration of the rule of law.

The natural continuation of these considerations comes in part two, devoted to constitutionalism and the rule of law at the crossroads. In the introductory paper, Mateusz Stępień discusses the basic typologies of the concept of constitutionalism, noting how the political constitutionalism favoured by Adam Czarnota ranks against this background. On the other hand, in an essay on the Jubilarian’s legal-constitutional thought, Michał

¹¹ Perhaps starting the anniversary book with papers polemical to the Jubilarian’s thoughts is unusual and even tactless. However, in our opinion, such a move best reflects the life attitude of Adam Czarnota, who seems to take pleasure in staying in constructive disagreement, and who has always encouraged his colleagues and students to express their views, even if they are at odds with the judgments that he holds.

Stambulski reflects on how his biography influenced the formation of this thought, and what it brings to the discussion of liberal constitutionalism. Jakub Hudský and Anna Śledzińska-Simon, recognising the Jubilarian's contribution to sparking discussion of alternatives to liberal constitutionalism, consider the differences and common points among the varieties of populism that have emerged in recent years in Central and Eastern Europe. Finally, Małgorzata Kiwior-Filo, in a paper on the collapse of Italian democracy in the interwar period sees a parallel between the disintegration of the liberal order in that period and its disintegration in modern times.

The third part brings together papers addressing and developing another important topic in Professor Czarnota's work, which is the issue of transformation and transitional justice. Rafał Mańko, referring to the Jubilarian's rich achievements in this area, reflects on the problem of durability of legal forms, which is related to the systemic transformation. A creative development of the Professor's work is also carried out by Piotr Eckhardt, who argues in his paper that the housing policy implemented in the 1990s was an important, but often overlooked, aspect of transitional justice. In the last paper in this section, Michał Krotoszyński, in turn, discusses the classic case of the denunciator and considers what this case allows us to say about transitional justice from the perspective of the philosophy of law.

These considerations are continued in the fourth part, which collects texts on the problem of memory, lustration, and memory laws. Justyna Jezierska, referring to Professor Czarnota's work in the field of memory studies, discusses contemporary trends in the relationship between law and collective memory. Filip Cyuńczyk discusses the legal and constitutional framework of memory and remembering in Central Europe. In the last contribution in this section, Bogdan Iancu, discusses the problem

of lustration in Romania referring to the achievements of the Jubilarian and using the Ursu case as an example.

The fifth part collects papers devoted to another important theme in Professor Czarnota's work, namely legal education. Michał Paździora, in the opening paper of this section, discusses the results of research conducted at the Centre for Legal Education and Social Theory under the direction of Adam Czarnota and suggests the necessity of replacing the central figure of the master with the figure of the expert in the didactic process. The next two papers also refer to the Professor's achievements in the subject at hand. Jolanta Jabłońska-Bonca considers the challenges posed by the development of artificial intelligence for legal education. Karolina Kocemba, in turn, reconstructs the Jubilarian's critique of legal education, and considers what this critique brings to the discussion of the causes of the domestic crisis of the rule of law.

The final sixth section collects papers that, while referring to the main topics in Adam Czarnota's work, at the same time go beyond these topics to some extent. Scott Veitch, in his essay emphasising his long-standing relationship with the Jubilarian, reflects on the concept of nation and the phenomenon of nationalism, qualifying it as an evergreen theme of the philosophy of law. Bartosz Kuźniarz presents populism not so much as an alternative to liberal constitutionalism but as a 'boggart' that heralds the end of a growth-based society. Jolanta Sawicka undertakes the task of demystifying politics, which in the perspective proposed by the author becomes a theoretical as well as practical challenge. Anna Młynarska-Sobaczewska and Jacek Zaleśny highlight the rise of social movements in recent years, while emphasising the fundamental problem of the absence of accountability associated with these movements. Meanwhile, Lidia Rodak, in innovative paper proposes to look at women's

experiences from the perspective of law, using the matrix of social dreaming.

We hope that this book, both in its content and form, in which Polish and English are constantly intertwined¹², reflects the rich biography and achievements of Adam Czarnota. Indeed, remaining between the domestic and the foreign was the central context for the development of his scientific thought. In doing so, we wish that the reading of this book will not only provide a better understanding of the importance of the Professor's thought for the development of local legal thought but also inspire further research and reflection on the role of law in a democratic society.

¹² We are aware that presenting individual texts in two different languages is an unusual convention that may cause some difficulties for readers who are proficient in only one of these languages, which will most often concern those who know English but not Polish. However, we believe that this decision is justified by the Jubilarian's biography. At the same time, to address this issue, we have included English summaries of all the papers at the end of this book.

Wykaz publikacji naukowych
Profesora Adama Czarnoty
List of scientific publications
by Professor Adam Czarnota

I. Monografie i rozdziały w monografiach /
Books and chapters in books

John Stuart Mill. Studium z dziejów liberalizmu politycznego, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986.

Problemy syntezy polskiej myśli politycznej – rozważania wstępne, w: W. Wrzesiński (red.), *Polska myśl polityczna XIX i XX wieku*, t. 7, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1988, s. 265–279.

Narodziny kapitalizmu. Konieczność czy przypadek? Między empirią a teorią, w: A. Czarnota, K. Wajda, A. Zybortowicz (red.), *Interdyscyplinarne studia nad genezą kapitalizmu*, t. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1989, s. 141–161. Współautor: A. Zybortowicz.

Zjawiska, słowa i stereotypy. Uwagi o kategoriach do badania polskiej myśli politycznej w dzielnicy pruskiej, w: S. Kalembka (red.), *Polska myśl polityczna w dzielnicy pruskiej w XIX w. Zbiór studiów*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1990, s. 43–54.

Revolutions and the continuity of European law, w: Z. Bankowski (red.), *Revolutions and Law in Legal Thought*, Aberdeen University Press, Aberdeen 1991, s. 90–112. Współautor: M. Krygier.

- From state to legal traditions? Prospects for the rule of law after communism*, w: J. Frenzel-Zagórska (red.), *From a One-Party State to Democracy: Transition in Eastern Europe*, Rodopi, Amsterdam 1993, s. 91–112. Współautor: M. Krygier.
- Marxism, ideology, and law*, w: M. Krygier (red.), *Marxism and Communism*, Brill, Leiden 1994, s. 173–197.
- Rights, civil society, and post-communist society*, w: A. Sajó, K. Lauer (red.), *Western Rights? Post-communist Application*, Kluwer Law International, Hague 1996, s. 101–138. Współautor: M. Krygier.
- Constitutionalism, Nationalism, and the Law. Reflections on Law and Collective Identities in Central European Transformation*, w: *Teoria prawa, filozofia prawa, współczesne prawoznawstwo*, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1998, s. 29–48.
- Prawo, historia i sprawiedliwość*, w: E. W. Pływaczewski (red.), *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, Temida2, Białystok 1998, s. 137–159. Współautor: P. Hofmański.
- Can we do justice to the past? Problems and prospects in East-Central Europe*, w: A. Czarnota, M. Krygier (red.), *The Rule of Law after Communism*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot 1999, s. 197–210. Współautor: P. Hofmański.
- Law as Mnemosyne and as Lethe: Quasi-judicial institutions and collective memories*, w: E. Christodoulidis, S. Veitch (red.), *Lethe's Law: Justice, Law and Ethics in Reconciliation*, Hart Publishing, Oxford 2001, s. 115–128.
- Globalization, legal transplants and unhappiness: Post-communist experiences*, w: C. Dauvergne (red.), *Jurisprudence for an Interconnected Globe*, Routledge, London 2003, s. 213–230.
- Between Nemesis and Justitia: Dealing with the past as a constitutional process*, w: A. Czarnota, W. Sadurski, M. Krygier (red.), *Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest 2005, s. 123–134.
- Barbarians ante portas or the post-communist rule of law in post-democratic European Union*, w: A. Czarnota, W. Sadurski, M. Krygier (red.), *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and*

- Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Springer, Dordrecht 2006, s. 283–297.
- The politics of the lustration law in Poland, 1989–2006*, w: A. Mayer-Rieckh, P. de Greiff (red.), *Justice as Prevention: Vetting Public Employees in Transitional Societies*, Social Science Research Council 2007, New York, s. 222–258.
- Sacrum, profanum, and social time: Quasi-theological reflections on time and reconciliation*, w: S. Veitch (red.), *Law and the Politics of Reconciliation*, Routledge, London 2007, s. 146–162.
- Transitional justice in post-communist Central-Eastern Europe: De-communisation and the rule of law*, w: N. Palmer, P. Clark, D. Granville (red.), *Critical Perspectives in Transitional Justice*, Oxford Transitional Justice Research, Intersentia, Cambridge 2012, s. 427–444.
- History in the service of live: Law's authority and dealing with the past*, w: M. del Mar, C. Michelon (red.), *The Anxiety of the Jurist. Legality, Exchange and Judgement*, Ashgate, Farnham-Burlington 2013, s. 69–82.
- Human rights and transitional justice in post-communist Central-Eastern Europe*, w: M. Zirk-Sadowski, B. Wojciechowski, K. M. Cern (red.), *Towards Recognition of Minority Groups. Legal and Communication Strategies*, Routledge, London 2014, s. 195–205.
- On the beauty of confusion or transitional justice and rule of law*, w: J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień (red.), *Wielowymiarowość prawa*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2014, s. 137–144.
- Republikańska koncepcja rządów prawa albo co historyk idei może dać filozofowi prawa*, w: M. Maciejewski, M. Marszał, M. Sadowski (red.), *Tendencje rozwojowe myśli politycznej i prawnej*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2014, s. 177–188.
- Rule of law and functions and dysfunctions of judicial culture in Central-Eastern Europe. Reflections after 25 years from breakthrough*, w: A. Piszcz (red.), *Court Culture. Contemporary Problems*, Temida2, Białystok 2014, s. 32–42.

- Czym była, czym jest, a czym może być historia idei? O problemach z tożsamością dyscypliny, interdyscyplinarności i kilku kwestiach teoretyczno-metodologicznych*, w: I. Barwicka-Tylek, A. Czarnocka, M. Jaskólski, J. Malczewski (red.), *Myslenie o polityce i prawie, Przedmiot, metoda, praktyka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 53–66.
- Prawo jako instytucja pamięci i narzędzie kolonizacji pamięci*, w: L. Koczanowicz, K. Liszka, R. Włodarczyk (red.), *Między rozumieniem a porozumieniem. Eseje o demokracji niekonsensualnej*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2015, s. 79–91.
- Prawo, pamięć i zabwienie: Riegunrowanie kollektiwnej pamięci kwazisudiebnymi instytucjami*, w: A. Kondiakow (red.), *Obszczestwo i prawo. Issledowatielskije pierspektiwy*, Centr niezawisimych socyologiczeskich issledowanii, Petersburg 2015, s. 187–212.
- Solidarność społeczna, solidaryzm a rządy prawa*, w: A. Łabno (red.), *Idea solidaryzmu we współczesnym prawie konstytucyjnym. Doświadczenia polskie i międzynarodowe*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 31–42.
- Decommunisation and democracy: Transitional justice in post-communist Central-Eastern Europe*, w: S. Eliaeson, L. Harutyunyan, L. Titarenko (red.), *After the Soviet Empire*, Brill, Leiden 2016, s. 165–183.
- Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW*, Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, Wrocław 2017. Współautorzy: M. Paździora, M. Stambulski.
- Rule of lawyers or rule of law? On constitutional crisis and rule of law in Poland*, w: B. Iancu, E.S. Tănăsescu (red.), *Governance and Constitutionalism*, Routledge, London 2018, s. 51–63.
- Constitutional breakdown, backsliding, or new post-conventional constitutionalism?*, w: U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Constitutionalism under Stress*, Oxford University Press, New York 2020, s. 39–50.
- Konstytucjonalizm a sfera publiczna*, w: A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2021, s. 9–30.

II. Artykuły w czasopismach /
Papers in scientific journals

- Teoria rewolucji w powijakach. Rozważania teoretyczno-metodologiczne nad książką Jana Baszkiewicza „Wolność, równość, własność”, „Colloquia Communia” 1983, nr 3(8), s. 123–152. Współautor: A. Zybertowicz.*
- Marksizm polski w świetle podręczników: przyczynek do analizy stanu marksizmu w Polsce, „Warsztat” 1984, nr 5, s. 37–54. Współautor: A. Zybertowicz.*
- Problem demoliberalizmu w myśli politycznej Johna Stuarta Milla, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo” 1985, t. 23(154), s. 25–40.*
- John Stuart Mill wobec klasy robotniczej i socjalizmu, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Nauki Polityczne” 1986, t. 16(162), s. 19–33.*
- Utylitaryzm i demokracja: Demoliberalne koncepcje ustrojowe Jamesa Milla, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Nauki Polityczne” 1987, t. 17(175), s. 3–21.*
- Historia myśli politycznej a kwestia terytorium, „Zapiski Historyczne” 1987, t. 52, nr 3, s. 135–142.*
- La aparición del capitalismo: ¿necesidad o milagro?, „Áreas. Revista Internacional de Ciencias Sociales” 1989, nr 11, s. 69–80. Współautor: A. Zybertowicz.*
- How to write a synthetical history of law: Some preliminary theoretical and methodological observations, „Australian Journal of Law and Society” 1990, nr 6, s. 8–14.*
- Poles Apart, „Legal Service Bulletin” 1990, nr 15, s. 59–63.*
- Historia doktryn polityczno-prawnych w ujęciu Wiktora Kornatowskiego, „Acta Universitatis Nicolai Copernici. Nauki Humanistyczno-Społeczne. Prawo” 1991, t. 29(154), s. 37–48.*
- Globalisation and challenges for legal education, „Journal of Professional Legal Education” 1995, t. 14, nr 2, s. 59–168. Współautor: S. Veitch.*
- Polish law deals with the communist past, „Review of Central and East European Law” 1996, t. 22, nr 5, s. 521–534. Współautor: P. Hofmański.*

- Meaning of rule of law in post-communist society*, „Rechtstheorie” 1997, t. 17, s. 179–196.
- The transitional rule of law*, „Alternative Law Journal” 1999, t. 24, nr 1, s. 9–11. Współautor: F. DuBois.
- Inclusion, exclusion, constitutionalism and constitutions*, „Australian Journal of Legal Philosophy” 2000, t. 25, nr 2, s. 333–338.
- A few reflections on globalisation and the constitution of society*, „UNSW Law Journal” 2001, t. 24, nr 3, s. 809–816.
- The Polish community of amnesia*, „East Central Europe” 2002, t. 29, nr 1–2, s. 311–325.
- Radykalne zło a prawo, czyli jak mierzyć się z trudną przeszłością*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 349–363.
- Moralne i prawne problemy odnoszenia się do przeszłości. Między sprawiedliwością retrybutywną a dystrybutywną*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 127–140.
- After postcommunism: The next phase*, „Annual Review of Law and Social Science” 2006, t. 2, s. 299–340. Współautor: M. Krygier.
- Az átmenet igazságszolgálatása. A posztrendőrállam nyertesei és vesztesei*, „Fundamentum” 2007, t. 11, nr 4, s. 46–52
- Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2(185), s. 145–197. Współautor: M. Krygier,
- Lustration, decommunisation and the rule of law*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2009, t. 1, nr 2, s. 307–336.
- Transitional Justice, the post-communist post-police state and the losers and winners. An overview of the problem*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2009, t. 1, s. 11–20.
- El estado de derecho post-comunista en una Unión Europea post-democrática. Reflexiones escépticas de un jurista sobre la unidad Europea*, „Puente@Europa” 2013, nr 2, s. 57–62.
- Kryzys nauki prawa a edukacja prawnicza. O niekonieczności produkowania „użytecznych idiotów”*, „Prawo i Więź” 2013, nr 2(4), s. 48–59.
- On the beauty of confusions or transitional justice, and rule of law*, „Legal Journal «Law of Ukraine»” 2013, nr 4, s. 47–53.

- Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa*, „Miscelanea Historio-Iuridica” 2013, t. XII, s. 203–216.
- Pro jaskrawyj wypadek newyznaczenosti, abo pravosuddia perechidnogo periodu i werchowenstwo prawa*, „Filozofija Prawa i Zagalna Teorija Prawa” 2013, nr 2, s. 185–193.
- Republikańska idea rządów prawa, czyli dlaczego filozof prawa potrzebuje wiedzy historycznej*, „Prawo i Więź” 2013, nr 4(6), s. 95–119.
- Republikańska koncepcja rządów prawa, czyli co historyk idei może dać filozofowi?*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, t. 65(2), s. 317–328.
- Czy intelektualna historia prawa jest potrzebna?*, „Prawo i Więź” 2014, nr 4(10), s. 32–42.
- Krótki esej o czterech ważnych kwestiach: prawie, tożsamości, pamięci i wspólnocie*, „Prawo i Więź” 2014, nr 1(7), s. 27–39.
- O skutkach powierzchowności opisu i krytyki*, „Prawo i Więź” 2014, nr 3(9), s. 90–94.
- Post-communist rule of law in post-democratic European Union. A sceptical legal sociologist's reflections on European Unity*, „Sortuz: Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies” 2014, t. 6(1), s. 1–12.
- UwB czy UpB albo o tym, że uniwersytet bez biblioteki to twór uniwersytetopodobny*, „Prawo i Więź” 2014, nr 4(10), s. 7–16.
- Czy teoria prawa ma tożsamość? O prawie i pamięci zbiorowej*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 69–84.
- Między polityką a prawem, czyli o sprawiedliwości okresu przejściowego*, „Acta Universitatis Lodzianis. Folia Philosophica. Ethica-Aesthetica-Practica” 2015, nr 27, s. 13–35.
- O instytucjonalnej hodowli troglodytów. O tragicznej, ale niebeznadziejnej albo beznadziejnej, choć nietragicznej sytuacji uniwersytetów w III Rzeczypospolitej. Uwagi na marginesie książki Piotra Nowaka «Hodowanie troglodytów»*, „Prawo i Więź” 2015, nr 1(11), s. 7–17.
- Edukacji prawniczej portret wewnętrzny. Zapiski z obserwacji uczestniczącej, czyli przyczynek do analizy społecznych podstaw edukacji prawniczej w Polsce*, „Prawo i Więź” 2016, nr 3(17), s. 22–35.

- Rule of law as an outcome of crisis: Central-Eastern European experiences 27 years after the breakthrough*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2016, t. 8, s. 311–321.
- Ukryty program w edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2018, t. 10, nr 2, s. 96–113. Współautorzy: M. Paździora, M. Stambulski.
- Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2019, t. 11, nr 1, s. 8–17. Współautor: M. Stambulski.
- Collective memories, institutions and law*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2019, nr 3(21), s. 6–21. Współautorzy: J. Jezierska, M. Stambulski.
- Constitutional correction as a third democratic revolutionary moment in Central Eastern Europe*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, t. 11, s. 397–406.
- Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2019, t. 11, nr 1, s. 27–42.
- Political and legal authority in flux*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2024, oczekuje na publikację (<https://link.springer.com/article/10.1007/s40803-024-00217-4#citeas>).

III. Redakcje i opracowania / Editorships and other contributions

- Wybór tekstów źródłowych z historii doktryn polityczno-prawnych*, t. 2, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1988. Wybór i oprac. razem z J. Justyńskim.
- Interpretacje wielkiej transformacji. Geneza kapitalizmu jako geneza współczesności*, Rada Naczelna Zrzeszenia Studentów Polskich, Warszawa 1988. Współredaktor: A. Zybortowicz.
- Interdyscyplinarne studia nad genezą kapitalizmu*, t. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1989. Współredaktorzy: A. Zybortowicz, K. Wajda.

- Interdyscyplinarne studia nad genezą kapitalizmu*, t. 2, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Toruń 1993. Współredaktor: A. Zybertowicz.
- Nationalism and Postcommunism. A Collection of Essays*, Dartmouth Publishing Company, London 1995. Współredaktorzy: A. Pavkovic, H. Koscharsky.
- The Rule of Law after Communism. Problems and prospects in East-Central Europe*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot 1999. Współredaktor: M. Krygier.
- Special issue: ius and lex in East Central Europe. Socio-Legal conditions of the rule of law amid post-communist transformation*, „East Central Europe / L'Europe du Centre-Est” 2001, nr 1(28).
- Rethinking the Rule of Law after Communism*, Central European University Press, Budapest 2005. Współredaktorzy: W. Sadurski, M. Krygier.
- Spreading Democracy and the Rule of Law*, Springer, Dordrecht 2006. Współredaktorzy: W. Sadurski, M. Krygier.
- Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2021. Współredaktorzy: M. Paździora, M. Stambulski.
- Anti-Constitutional Populism*, Cambridge University Press, Cambridge 2022. Współredaktorzy: W. Sadurski, M. Krygier.

IV. Recenzje i artykuły recenzyjne / Reviews and review essays

- Czy próba syntezy polskiej myśli politycznej XIX wieku? Uwagi o pracy Retta R. Ludwikowskiego „Główne nurty polskiej myśli politycznej 1815–1890”, „Kwartalnik Historyczny” 1983, t. 90, nr 4, s. 899–915. Współautor: Z. Józwiak.
- Raeff, M., *The Well-Ordered Police State. Social and Institutional Change Through Law in Germanies and Russia, 1600–1800* (Yale University Press New Haven 1983), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1985, t. 37, nr 1, s. 176–180.

- O historii doktryn polityczno-prawnych metodologicznie. Uwagi na marginesie książki Michała Jaskólskiego*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1988, t. 40, nr 1, s. 159–172.
- Corrigan, P., Sayer, D., *The Great Arch. English State Formation as Cultural Revolution* (Basil Blackwell, Oxford 1985), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 204–205.
- Ashcraft, R., *Revolutionary politics and Locke's. Two treatises of government* (Princeton University Press, 1986); Ashcraft, R., *Locke's Two treatises of government* (Allen & Unwin, Boston 1987), „Czasopismo Prawno-Historyczne”, t. 41, nr 2, s. 240–243.
- Thomas, W., *Mill* (Oxford University Press, 1985), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 203–204.
- Walicki, A., *Legal philosophies of Russian liberalism* (Clarendon Press 1987, Oxford), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 205.
- Green, T. H., *Lectures on the Principles of Political Obligation and the Other Writings* (Cambridge University Press, Cambridge 1986), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 206–207.
- Rubin, G. R., Sugerman, D. (red.), *Law, Economy and Society. Essays in the History of English Law 1750–1914* (Professional Books, Abingdon 1984), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 201–202.
- van Caenegem, R. C., *Judges, legislators and professors. Chapters in European legal history* (Cambridge University Press, Cambridge 1987), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 199–200.
- Robinson, O. F., Ferguson, T. D., Gordon, W. M., *An introduction to European legal history* (Professional Books, Abingdon 1985), „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 200–201.
- Zuzowski, R., *Political Dissent and Opposition in Poland. The Workers' Defence Committee „KOR”* (Praeger, Westport 1992), „History of European Ideas” 1995, t. 21, nr 4, s. 567.
- Solomon, P. H., *Reforming Justice in Russia, 1864–1996. Power, Culture, and the Limits of Legal Order* (Routledge, London 1996), „Europe-Asia Studies” 1998, t. 50, nr 7, s. 1292–1293.
- Polityka rządów prawa, konstytucjonalizm i problem rozliczeń z przeszłością (uwagi na marginesie książki Davida Dyzenhausa*

- «*Judging the Judges, Judging Ourselves, Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*»), „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, nr 1, s. 171–184.
- Sadurski, W., *Rights before Courts: A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Dordrecht: Springer 2005), „International Journal of Constitutional Law” 2007, t. 5, nr 3, s. 568–571.
- Příbáň, J., *Legal Symbolism: On Law, Time and European Identity* (Aldershot: Ashgate 2007), „Journal of Law and Society” 2008, t. 35, nr 4, s. 571–575.
- „Słownik Jaskólskiego”, czyli o historii myśli politycznej holistycznie. Refleksje nad Słownikiem historii doktryn politycznych (t. I–VI, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997–2015), „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2016, t. 9, z. 2, s. 243–249.

V. Sprawozdania / Conference reports

- Gdańska Sesja Naukowa dla uczczenia 400-lecia Urodzin Hugona Grocjusza (Grotiusa), „Zapiski Historyczne” 1984, t. 49, nr 1, s. 200.
- Sesja naukowa „Moralność, historia, polityka, prawo” w Toruniu, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1986, t. 38, nr 1, s. 223.
- II Konferencja naukowa „Polska myśl polityczna w dzielnicach pruskiej XIX wieku”, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 232–233.
- Międzynarodowe seminarium „Dwieście lat Konstytucji USA w perspektywie nauk historycznych i prawnych”, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1989, t. 41, nr 1, s. 234.

Część I

Populizm i jego krytycy

Part I

Populism and its critics

Martin Krygier
Law and Justice?

1. Introduction

My friendship with Adam is one of my longest, deepest, and dearest. It goes back some 40 years. In that time, we have been not just friends but true colleagues. Or perhaps more precisely, not just colleagues but true friends. We have lived off several research grants together, co-written three articles, co-edited four books (three of them with the third member of our Australo-Polish Trinity, Wojciech Sadurski), laughed, cried, and drunk together, and talked about everything. Both the friendship and the collegiality have weathered a few storms, and some long-lasting disagreements, but like a strong, if bickering, old marriage the bonds are tight, and anyway we do not have time to start again, still less with someone new. Nevertheless, as happens in old family spats, some disagreements persist and recur, and new ones arise.

This article reflects on one of those disagreements, perhaps our deepest, which is unlikely to go away any more than will the friendship that underlies it. That, most recent and long-lived, disagreement is over assessment of the Law and Justice (PiS) Party's

government of Poland, particularly but not only on whether the Party's name should be understood to express its aims and achievements, or rather should be regarded as a parody. Though only time will tell, I am guessing, this disagreement will bleed into our assessment of its successor as well.

I imagine Adam understands why my views are as they are. There is nothing original in them; they are standard enough among the 'liberal elites' and their supporters, for whom (with one or two exceptions – perhaps Sadurski, perhaps me) he expresses disdain. Adam rejects those elites' diagnoses, prognoses, and suggested cures. I have found it hard to understand why. In particular, why are his views so distant from the Gold Standard, i.e., mine or, if we want to appeal to a higher authority, Sadurski's? This essay is an attempt to clarify, for myself as much as any readers, why he does not share my good sense.

I will try to find some clues in essays and some interviews that Adam has published over the period of PiS's ascendancy. Since his appraisals of PiS's aims and initiatives are deeply influenced by his views of what went before, I will start there.

2. PRE-PIŚ

Though my focus will be on law, Adam has always rightly insisted that to understand the rise of political parties such as PiS and to appraise their programmes and effects, one must explore their social, political, and economic contexts. That is as true of their programmes and activities in relation to law as to anything else. "Lawyers' law" is not by itself adequate to reveal what is going on, even within legal institutions themselves, and even less when one seeks to understand and appraise the role of law and legal institutions in the wider society.

A key element of context, emphasised by Adam since the beginning, is the nature and role of elites. His views have evolved, or at least changed focus, over the years, but elites have always been key. When Polish, and then European, communism collapsed after 1989, he shared the delight of so many but from early on he was suspicious of what was coming next. Long before I noticed the significance of this theme for him, he was drawn to the views of sociologists such as Adam Podgórecki¹, Podgórecki's wife, Maria Łoś, and his own colleague from Toruń, Andrzej Zybertowicz², later (and still) advisor to Andrzej Duda, President of Poland since 2015 (his current term is due to expire in 2025). These all claimed to identify 'hidden structures' behind, beneath, and beyond the sway of the transformed institutions of politics, economics, society, and law.

On this view, while communism might have been overthrown in Europe in the 1990s, communists had not. Rather, the so-called 'transition to democracy and the rule of law' turned out to make way for a settlement advantageous for former leaders, *apparatchiks* and their successors, lubricated by and in turn made possible by their exchange of political dominance for economic influence. Retaining and augmenting their economic position, they were well placed to perpetuate, develop and dominate 'hidden structures' which underlay the apparently promising economic, political, and legal institutions which naïve observers took to lie at the heart of the matter.

¹ A. Podgórecki, *Polish Society* (Westport, Conn.: Praeger, 1994).

² A. Zybertowicz, 'Demokracja jako fasada: przypadek III RP', in: E. Mokrzycki, A. Rychard, and A. Zybertowicz (eds.), *Utracona dynamika. O niedojrzałości polskiej demokracji* (Warszawa: Wydawnictwo IFiS PAN, 2002), 173–216; M. Łoś and A. Zybertowicz, *Privatizing the Police State: The Case of Poland* (Basingstoke and New York: Palgrave MacMillan, 2000); J. Staniszkis, *Postkomunizm. Próba opisu* (Gdańsk: Słowo/obraz terytoria, 2001).

This was a fateful mistake, for:

The hidden dimension of transformation [...] relates to the creation of a network of groups of vested interests which used the formal, open institutions to promote and pursue their vested interests. [...] with time legally formal and prima facie open institutions become dependent in their functioning on the hidden elements of transformation. It means that two dimensions became functionally interdependent of [sic] each other in fulfilling their respective functions. In other words, the hidden structure of the transformation became structural or constitutive of the entire process³.

Such hidden structures were shielded from view by superficially transformed economic, political, and legal cut-and-paste⁴ mock-ups visible on the surface and so impressive to global observers. But the former dominated the latter. It was true of the newly introduced market economy, where

formally commercialised state economic assets became a prey for the politically dominant group. In other words, commercialisation is connected with political capitalism – a system in which a political position translates easily and without any restriction not only into the extraction of economic rent but also into a dominant economic position⁵.

³ A. Czarnota, 'Rule of Law as an Outcome of Crisis. Central-Eastern European Experiences 27 Years after the Breakthrough', *Hague Journal on the Rule of Law* 8/2 (2016), 311–21 at 312. And see: A. Czarnota, 'Post-Communist Rule of Law in Post-Democratic European Union. A sceptical legal sociologist's reflections on European Unity', *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* 6/1 (2014), 1–12.

⁴ See the interview with A. Czarnota, 'Prawo jest dla ludzi', *Dziennik Gazeta Prawna*, 24–26 November 2023.

⁵ Czarnota, 'Rule of Law...', op. cit., 314.

Moreover, the market-friendly changes introduced by the first post-communist governments did not merely hide and enable the dominance of the old-new elites. They offered them peculiar advantages. For:

What should be taken into account is that the main elements of the transformation which really caused rapid changes in social institutions and the fabric of society were economic changes and especially changes in the distribution of property rights. The creation of a market economy as promised in the so-called Balcerowicz Plan had a profound impact on society. It was not only an economic impact but a moral one as well. The implementation of the plan opened up opportunities to become rich quickly, to acquire property rights in former state assets. Members of the new political class created the law which established criteria for the commercialisation and privatisation of state-owned assets. Then the implementation of that law was in the hands of the state administration, dependent on its political masters⁶.

In more recent articles, Adam speaks less of *former* elites than present ones and less of hidden structures than dominant ones. However, whatever their lineage, he believes the post-communist world is deeply divided between the characteristic and dominant interests as well as concerns of urban, political, legal, and economic elites (often the same people) and the benefits the changes have showered upon them, and the wider population – poorer, less educated, living outside big cities – which is systematically denied the same opportunities and pleasures, on the other.

⁶ Ibidem, 316.

In all this, the wielders of the big economic guns were supported by the institutions and officers of the law. Since both economy and polity are dominated by elites and structured through law, their influence was cemented there, too. But law did not, in some vulgar Marxist fashion, just serve the interest of other elites; it had its own. The role of the legal establishment in this new order was twofold. On the one hand, it provided the supporting structures for the political and economic transformations and for the new/old establishment. On the other, a theme on which Adam has increasingly focused in recent years, legal elites have their own ‘corporate’ interests (not for nothing did PiS call them a ‘caste’), which they pursue relentlessly, aided by their new-found and legally (including constitutionally) supported independence. Even if introduced for the best of motives, judicial self-government was established too early, and so encouraged corruption and discouraged accountability⁷. Put these two elements together, and one gets both smoothing the path of the political elites and a cementing the position of the legal ones. As to the former:

A too early and too narrow interpretation of the ‘democratic law-governed state’ principle allows old networks to smoothly embrace the new reality and to gradually control that new reality. In other words, the rule of law has been functional in the creation of the double character of the transformation. It works to give legitimacy to the new regime and at the same time its narrow interpretation allows an abuse of the new institutions and rules by hidden networks of interests⁸.

⁷ *Ibidem*, 318, 319.

⁸ *Ibidem*, 319

And for the latter:

Paradoxically, the introduction of Central-Eastern European countries to Western legal standards based on an ideal rule of law strengthened post-communist legal culture. [...] In the Polish case during 28 years no government was able to reform the judiciary. All attempts were blocked by the judiciary as an attack on the principle of independence. [...] in practice, the principle of independence in Central-Eastern Europe is reduced to monopoly of the judiciary as a professional group in the nomination, promotion, interference of the Council of Judiciary in legislative process and control of this group over legal education⁹.

Moreover, the much-bruited ‘transition to democracy and the rule of law’ suffered not merely from the discordance between the *interests* of the elites who directed it and the society that had to bear it. There were two other problems. One was their fawning, no-questions-asked imitative subservience to models recommended and imported from abroad; the other was their incompetence in making use of them. The first theme, later elaborated by Ivan Krastev and Stephen Holmes as a reason for the fading lustre of post-communist regimes in Europe¹⁰, has both a psychological component (are our traditions not good enough?) – and a pragmatic one (transplants often do not work as expected). For both reasons, disappointment looms. Like PiS, Adam criticises Polish elites as slavishly cosmopolitan, fawning

⁹ A. Czarnota, ‘The Constitutional Tribunal’, *Verfassungsblog*, 3 June 2017, <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/> (accessed: 18 January 2024).

¹⁰ I. Krastev and S. Holmes, *The Light that Failed. A Reckoning* (London: Allen Lane, 2019), especially the introduction, ‘Imitation and its Discontents’, 1–18.

on foreigners and their wares, contemptuous of their own. That is true in general, and also in law. As Adam writes in an exchange with Wojciech Sadurski, there is the matter of:

the colonial mentality of the judge-professors. In their view there exists some kind European standards, which simply need to be directly transferred to the Polish soil, taking no account of local specificities. And yet, every student of comparative law knows that so-called legal transplants behave differently in different social contexts¹¹.

In the enthusiasm of the ‘end of history’, it was easy to adopt a too-ready subservience to global and European – either way foreign – models. Both providores and local chefs assumed that imported recipes would do the trick. But the recipes chosen too often reflected and catered to foreign and not local tastes and interests, and were adapted to foreign, not local contexts. They both overestimated the quality of foreign models and disregarded and undermined local sources of supply.

Moreover, not only is this colonial disposition demeaning and pragmatically suspect. There is also the problem of competence. The importers of all these Western models and ideas were not particularly skilled in adapting them, indeed rarely even thought to adapt, merely to copy and adopt. In the wider realms of politics and society:

the new ruling elites chose to transplant institutions and recipes from developed market liberal democracies in the West. So a market economy, human rights, the rule of law

¹¹ A. Czarnota, ‘[O Trybunale Konstytucyjnym] Rozpoznanie i kuracja. W odpowiedzi Wojciechowi Sadurskiemu’, *Kultura Liberalna* 394, 29 July, 2016, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/29/adam-czarnota-wojciech-sadurski-polemika-tk/> (accessed: 17 January 2024).

and democracy were on the menu of the day. The problem was that the cooks were not properly trained and they did not know what ingredients should be used in preparing the menu¹².

Again, more specifically with regard to law, incompetence played a significant role. Nothing in the formation of post-communist lawyers equipped them to put their new-found domestic-political (but not imitative-colonial) independence to good use. The legal establishment inherited and re-produced only one way to think about law: according to a strict, hyper-legalistic positivism for which the text, and arcane hermeneutics performed upon it, were everything and communication that spoke to society, and concern for social consequences, were nothing. This tendency was no accident but a deeply ingrained inheritance from socialist lawyers' hermetic dogmatism and solipsism (often enlisted under communism as a form of self-protection). It generated a characteristic and systematic divorce between law and life.

This did not end in 1989 but, Adam and his research collaborators have argued, is continually deep in the character of both socialist and post-socialist legal education¹³. Pretending to be neutral arbiters, the legal establishment combines corporate and oligarchic self-interest with aloof disdain for the interests and engagement of the people whom they should serve. The elites serve themselves and those like them, while non-elite input, influence, and interests are excluded from consideration:

The constitutional provision of the 'democratic law-governed state' was interpreted in a narrow positivistic way as legality.

¹² Czarnota, 'Rule of Law...', op. cit., 313.

¹³ See: A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski, 'The Hidden Curriculum in Legal Education', *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem* 2/10 (2018), 114–129.

[...] That narrow interpretation blocked the flexibility that was necessary in steering the process of transformation but also blocked any possibility of interpreting legal norms from the point of view of their merits or a substantive concept of justice, not to mention the crucial issue of transitional justice. A too early and too narrow interpretation of the ‘democratic law-governed state’ principle allows old networks to smoothly embrace the new reality and to gradually control that new reality. In other words, the rule of law has been functional in the creation of the double character of the transformation. It works to give legitimacy to the new regime, and at the same time, its narrow interpretation allows an abuse of the new institutions and rules by hidden networks of interests¹⁴.

No surprise that the people should want to fight back. With PiS, though Adam’s attitude is more indecisive here, they found their instrument.

3. PRO-PiS

Very early in PiS’s rule, where its (ultimately highly unconstitutional and completely successful) attempts to make over and take over the Constitutional Tribunal were well under way, Adam gave an interview to the online journal, *Kultura Liberalna*. Its title, ‘The Law is for Us, it Should Serve Us’¹⁵ might serve as a bookend for his view of the PiS ascendance, given that an interview he gave shortly after PiS lost the elections in 2023 is

¹⁴ Czarnota, ‘Rule of Law...’, op. cit., 318.

¹⁵ A. Czarnota, ‘Prawo jest dla nas, nam ma służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puczejda’, *Kultura Liberalna* 393, 19 July 2016, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puczejda-trybunal-konstytucyjny/> (accessed: 17 January 2024).

similarly entitled ‘The Law is for [the] People’¹⁶. In the earlier interview, Adam explained that ‘the fight over the Constitutional Tribunal is today above all a fight with the legal corporation [...] the government wants radical reforms of the judicial system in Poland and it has good reasons, because that system is – what can I say – disastrous’¹⁷. The problem would not have arisen, he claimed, ‘had Polish citizens not been driven to pacification, to breaking up and weakening of their participation in the sphere of politics and decision-making’¹⁸ where the courts, and particularly, the Constitutional Tribunal, had muscled in. In any event, Adam doubted that PiS was really seeking to destroy the Tribunal: ‘It doesn’t want to completely remove this institution from the public arena. Rather to limit its role, not to liquidate it completely’¹⁹. Indeed, Adam explained elsewhere, the changes made by PiS were not radical at all. Indeed, they were unfortunately not radical enough. They only sought to change individuals, not institutional structures and ways of thinking and behaving²⁰.

For unlike the US Supreme Court, the Tribunal ‘simply doesn’t worry about the citizen but thinks only of its lawyer-colleagues, leafing through consecutive paragraphs’²¹. This is all the wrong way around; ‘the Constitution should serve the building of institutions that suit us, and not dominate us. In Poland after 1989, a completely different understanding prevailed: the legal-constitutional order dominates citizens, rather than the

¹⁶ Czarnota, ‘Prawo jest dla ludzi...’, op. cit.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Czarnota, ‘The Constitutional Tribunal’, op. cit. See also: A. Czarnota, ‘Constitutional Correction as a Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe’, *Hague Journal on the Rule of Law* 11/2–3 (2019), 397–406 at 403.

²¹ Czarnota, ‘Prawo jest dla nas...’, op. cit.

reverse²². In all this, the source of law should be the people but in post-communist Poland it is elites and lawyers.

These egalitarian themes are fundamental both as the source of Adam's distaste for what went before PiS and – sometimes conviction, sometimes hope, for what might come with it. As he argued in 2019²³, the Tribunal was not, as its supporters claimed, a necessary element of constitutionalism *tout court*. Rather, it both was and represented an inauthentic, individualistic-liberal, inequalitarian, and fraudulently post-political, understanding of constitutionalism. It is inauthentic because it simply mimics imported (usually themselves out-dated) institutions under challenge elsewhere in the world, while it displays 'contempt for ordinary citizens', and squeezes out other, particularly local, understandings, traditions, institutions, and values. Transplanted liberal-democratic values, bruted as the core of constitutionalism, oppose discrimination against minorities 'at the expense of excluding larger social groups', 'promoted egoism at the expense of the common good', while, typically, 'the media of the liberal-democratic system have often disregarded the fate of the excluded local communities while fostering compassion for "others"'. It is not surprising that its results are skewed in these inequalitarian ways, because all its institutions are as well. As we have seen, they put the constitution in the hands of elites and out of those of the society. It is fraudulently post-political because it pretends that the ultimate stakes, protectors, and promoters of constitutionalism should be lawyers and judges, with their disingenuously claimed neutrality, rather than the people themselves. Though it is the people who are the authentic, entitled sovereign, they are blocked from being *political* masters of the game.

²² *Ibidem*.

²³ Passages quoted in this paragraph are from: Czarnota, 'Constitutional Correction...', *op. cit.*, 398.

Adam stresses that this is not how it looks to populists' (usually critical) liberal-constitutional commentators. The latter typically mythologise the virtues of the preceding post-communist regimes, ignore the economic, social and cultural sources of the masses' alienation, concentrate only on institutional symptoms rather than social, cultural, and economic causes, and do so through a specific, distorting – liberal constitutionalist – lens. In the words of the title of the book Adam edited with me and Wojciech Sadurski, on the liberal view populists are engaged in an anti-constitutionalist²⁴ assault on the essence of constitutional democracy. They imagine a pre-populist Nirvana of liberal-constitutionalism, being subverted by the ravenous populist demons which came unbidden from nowhere.

However, according to Adam it was not like that then, and it is not like that now. The populist regimes he is concerned with are not anti-*constitutionalist* but anti-*liberal* constitutionalist. There is no doubt, Adam agrees, that populists in his prime region of focus – East Central Europe – are hostile to 'liberal-constitutional democracy' and aim to change the constitutional regime. They do indeed manifest what he calls *institutional impatience* 'in speeding up the reform system and the erosion of the crucial role of the constitutional courts and tribunals'²⁵. As well, they might, in his view, given that liberal constitutionalism has weak roots, if any, in the region, and was foisted on its hapless citizens by cosmopolitan urban elites. As a result, citizens rightly feel cut out of the constitutional game, and because of the way it is set up to elevate the choices of unelected judges preaching incomprehensible interpretations of arcane legal texts over the real-world demands of the people, the democratic game as well.

²⁴ Krygier, Czarnota, and Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism...*, op. cit. Adam's chapter expresses some dissent from the views of his co-editors.

²⁵ Czarnota, 'Constitutional Correction...', op. cit., 401.

So, when PiS engages in what liberal critics condemn as ‘abusive constitutionalism’²⁶, this should be recognised as a feature, not a bug. They are practising constitutionalism, but of a different form, social (because the representatives of society are engaged) and political (‘based on the position that the constitution only provides the frames for democratic disagreement and frames itself are objects of re-negotiation. Political constitutionalism stresses the greater legitimacy of parliaments rather than constitutional tribunals in law making’²⁷) rather than purely legal, and doing what they have a democratic right and mandate to do:

this is a situation in which a political party wins the required constitutional majority and amends the constitution. The abuse then involves making changes, the nature of which is against the nature of liberal-democratic constitutionalism. Society is then the originator of such changes. It is not the military or some elites who force the changes through. Constitutional changes stem from changes taking place in society itself²⁸.

Contemporary ‘anti-system’ movements which for a time Adam was reluctant to call ‘populist’ but recently has come to, reject all this. PiS is one of them. As he wrote in 2019, ‘we are currently witnessing the process of the painful birth of a new approach to the rule of law and to constitutionalism [...] effectively enfranchising excluded segments of society during the post-communist transformation and the redesigning of liberal democratic constitutionalism’²⁹.

²⁶ See: D. Landau, ‘Abusive Constitutionalism’, *University of California Davis Law Review* 47 (2013), 189–260.

²⁷ Czarnota, ‘The Constitutional Tribunal’, *op. cit.*

²⁸ Czarnota, ‘Constitutional Correction...’, *op. cit.*, 402.

²⁹ *Ibidem*, 398.

What does this ‘redesigning’ involve? One thing Adam insists upon is that it will still be ‘constitutionalism’ but not a lawyer-dominated, anti-democratic ‘liberal-constitutionalism’. For there are other kinds that he favours. As we have seen, he frequently invokes the concept of ‘political’ and ‘social constitutionalism’, contrasting them both with the existing ‘legal constitutionalism’. In the former kinds, society and politics are included, not excluded by legal elites pretending fraudulently to be neutral, above political interests and contestation. Nevertheless, it will still remain constitutionalism. The modalities and institutional arrangements might differ but the basic constitutional goals persist.

Unlike liberal constitutionalism, the one he favours, and which he looks to PiS to implement, would favour *democracy* ‘understood as realisation of the will of the people, not restrained by formal-institutional obstacles of liberal-constitutional democracy’; *identity* ‘broadly understood as cultural identity of the people but also institutional identity including constitutional identity’; and *equality* ‘understood as economic policies which should eliminate social and political exclusions of some parts of the people’³⁰.

I think it is fair to say that in recent years Adam’s confidence that PiS was as deeply and exclusively committed to these values, and as likely to redeem them, as he is and had once believed they are, has diminished. There is a new ambivalence in his tone. But he says little about that. Still, for most of this period, he took them, whether adequately or not, to *represent* the people and these values. While the changes they bring in train might not be successful, they hold a special promise: returning power to the people.

³⁰ A. Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism – Democracy, Identity and Economic Exclusion’ in: Czarnota, Krygier, and Sadurski (eds.), *Anti-constitutional Populism*, op. cit., 495–505, 498.

4. ANTI-PiS

Adam's reflections are rich in local knowledge, perceptive observation, and sympathetic understanding of people who are or feel excluded by the particular trajectories of late-modernity that hit the world, and of specific concern to him, the post-communist world, since the late 20th century. He shares with liberation theology 'a preferential option for the poor' (particularly if they come from small towns like Kętrzyn, where he grew up, or provincial cities like Białystok where he has spent a great deal of time, rather than Warsaw, where the elites bask). His essays touch many themes, both of substance and method. There is a lot there that I have learnt from. I have also learnt from the task of trying to bring together Adam's arguments, as they appear in various writings; to map – however superficially – where they come from and what holds them together. That, rather than continuing the polemics we have had elsewhere in print³¹, and occasionally over and between drinks, has been my primary aim.

And in some respects, I find criticism difficult. Often, even when I do not find Adam's claims persuasive, it would require more space, local knowledge, and expertise than I have, to respond adequately. For, though he reads prodigiously and knows heaps, Adam is not a facts-figures-and-footnotes-guy. He is an essayist. Many of his major points are at once potentially insightful but expressed briefly with, as it were, a wave and a flourish. Conclusions are rarely in doubt, but one needs to hunt around for all the premises. Those conclusions are often arresting and might be true but are hard to tie down or respond to adequately, since that require going into details, which are rarely advanced.

³¹ M. Krygier, '[Spór o Trybunał Konstytucyjny] Prawo potrzebuje obrońców', *Kultura Liberalna* 396, 12 August 2016, <https://kulturaliberalna.pl/2016/08/12/krygier-czarnota-polemika-trybunal-konstytucyjny/> (accessed: 29 December 2023).

For example, what proportions of the economy, politics, and the law actually did come under the control of ex-communist elites in Poland; how many of them were there; how far up the commanding heights did they scale; how deep did their influence go; how many competitors did they have; how did any of this compare with other post-communist societies; with what penetration; what opposition; how long did they last? How do patterns of inclusion and exclusion compare between countries that have spawned parties such as PiS and those that have not? Answers would depend on many details which Adam does not provide and I do not know.

Again, to what extent was it true that the former judges of the Constitutional Tribunal combined a 'deep lack of knowledge about society, and a decided contempt for politicians, with [...] a call for lawyers not merely to apply the law but also to make and repair it. The judges, invoking their neutrality, in fact started to write the law. This is a decidedly antidemocratic tendency'³²? The first sentence makes empirical claims for which only assertion is offered. The last one offers an appraisal, which is the stuff of controversies about the proper role of judges everywhere given that they are usually appointed rather than elected, distinctions between application, interpretation, and legislation are often difficult to make and, therefore, one needs to show that these issues have particular salience where populism is rife.

These are all large claims for which more evidence and argument than we get from Adam would be useful. But at least we know why he makes them. My larger concern is with another issue, which seems to me fundamental, and typically, one might even say systematically, skated over in Adam's discussions. Put most briefly, this is what populists in power actually *do*.

³² Czarnota, 'Rozpoznanie i kuracja...', op. cit.

Adam is right to stress that populism in Poland and elsewhere did not come from nowhere. It had real social, political, economic, and cultural sources. It was not simply created by bad (or depending on one's taste good) actors. Still less can it (they) be understood in purely legal (or local) categories. The rise of populism in so many countries at roughly the same time clearly reflects deep (though not always or everywhere the same) social, economic, cultural, and political changes. I also agree, and have argued in an article Adam has from time to time cited in support³³ that far from enough was thought about or done, or thought needed to be done, by post-communist reformers, to try to *institutionalise* the many new things, among them constitutions and constitutional courts, ideas, and ideologies, ways of life and ways of work that were imported and adopted in post-communist Central Europe. There was more foisting than grafting, more adopting than adapting involved. Most of all, what he says about the frustrations and disappointments that have led many Poles and others to support populist movements and in some places regimes, generally seems plausible to me, and he is much closer to the action than I am. Here too, though, there are many factors – economic, cultural, social, political, and legal – and the balance will probably vary from place to place. They are likely to be weighed differently by different observers and analysts. I am suspicious of dichotomous juxtapositions of what 'the people', as against elites, want, reject, etc. This is an easy, maybe cheap, point to make, now that the former opposition have been elected to government. But it was true throughout. It was never *the* people who felt betrayed by the non-PiS elites, only (but still a significant) some were; others seemed highly supportive

³³ M. Krygier, "The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist "Transitions", Populism, and the Rule of Law", *European Constitutional Law Review* 15, special issue on Populism and Constitutionalism (2019), 544–573.

in some of these bitterly polarised countries. But I will let these points of agreement and disagreement lie; *some* people are already important enough. However, even assuming that Adam is right about such sources of popular alienation, is there anything one might add? I believe so.

Adam has often rightly stressed that, in assessing social and political movements it is necessary to look for the underlying 'tectonic' factors. But it is rarely sufficient. For while earthquakes are natural events over which we have little control (though as we should do with politics too, we can take some precautions against predicted effects), populism(s) are social and political movements, in which people, and typically some much more than others, have agency and effects of their own. Indeed, sometimes we assume underlying causes which might not be there. Thus, if the political scientist, Larry Bartels, is right, in many countries swamped by 'the populist wave', the wave did not come from 'the people' who throughout Europe in the first decades of the century evinced similar (positive) levels of satisfaction with their democracies, but from their leaders: *Democracy Erodes from the Top*³⁴. Moreover, even when underlying sources of disaffection are without doubt plentiful, as in the Communist take-over of Russia and the Nazi seizure of power in Germany, you are going to miss a lot unless you take Lenin and the Bolsheviks, as well as Hitler, and the Nazis, very seriously.

For, apart from shifting 'tectonic plates' and the masses, two factors are dramatically prominent in all the regimes Adam writes about, and most of the movements commonly labelled populist but he never appraises concretely or in detail what they

³⁴ L. Bartels, *Democracy Erodes from the Top, Leaders, Citizens, and the Challenge of Populism in Europe* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2023).

have been doing: namely, populist organisations and leaders, who are elites after all. It is as if all these tectonic plates were shifting of their own accord, unaffected, undirected, and unfocused by anything or anyone else. It is all forces and masses. Adam rarely discusses the specific activities of even *one* populist leader, though there are plenty of significant ones to choose from. Just to mention a few contemporaries who have tasted power and enjoyed the taste: Kaczyński, Orbán, Trump, Bolsonaro, Modi, Duterte, and Erdoğan. But in movement regimes of all sorts, leaders have a special importance. Lenin, of course, knew that, and a young Trotsky, then a critic of Lenin, knew so too. *Mutatis mutandis*, since in PiS Poland we were not confronted with a dictatorship but an institutional tendency, we might nevertheless recall Trotsky's 1904 warning (which to his loss he later ignored) that: 'In the internal politics of the Party these methods lead, as we shall see below, to the Party organisation "substituting" itself for the Party, the Central Committee substituting itself for the Party organisation, and finally, the dictator substituting himself for the Central Committee'³⁵. Of course, Trotsky ultimately and unfortunately had second thoughts, and Kaczyński is not Lenin but even if analogies are not identities, they can be useful. Populist parties are significant *movement* parties, and like many other such parties, they are significantly *led*. To speak of them as though they were mere vehicles for the people who elect them (when they do) is to ignore something fundamental in the story Adam wants to tell.

Of course, leaders get nowhere without followers, and followers will not follow just because a leader would like that. But in political movements, particularly transformative ones, leaders have a decisive role in framing, channelling, directing, and

³⁵ L. Trotsky, *Our Political Tasks* [1904], <https://www.marxists.org/archive/trotsky/1904/tasks/ch03.htm> (accessed: 22 January 2024).

focusing movements against some targets rather than others, for some purposes rather than others, with some consequences not others. All the more in *populist* transformations, since the leader typically claims to be not the mere delegate or representative of the people but their *embodiment*.

Until movements gain power, one does not know what they will do. When that happens, one must attend closely to what leaders say, what they do, how what they say relate to what they do, and what follows from what they say and do. For what they say both legitimates what they do (which might differ greatly from what they say they will do, or what an uninstructed but highly propagandised people might have wanted them to do, or understood what they are doing) and it obfuscates what they actually do. These are the tasks of all those words, posters, campaigns, and programmes, of the takeover of as many communications media as they can, of the ceaseless attacks on ‘enemies of the people’ (i.e. enemies of the leaders of the people), and so on. Of this we hear little from Adam.

Adam is right to criticise those who put all the blame on the new populists, and imagine that if we just wished the leaders away, all would be as before and as it should be. In effect, he is criticising them for focusing on *what* the movements do, rather than *why* they have come to be able to do it. Conversely, however, anyone who tries to come to terms with contemporary populist regimes is missing something at their core, if whenever we want to talk about what they *are* doing, we are re-directed to the question of why they are in a position to do it. Again, when Adam comes closest to considering both, the why and the what, he offers us a false choice:

It is worth considering the idea that contemporary populism, which does not neglect but uses constitutional law and institutions, is an outcome of weak political constitutionalism

which allows the populist forces maybe not to hijack the constitutions, but to use them for populist advantage in a rather instrumental way. That in itself might provide evidence that legal constitutionalism, which for more than three decades has dominated in theory and practice, is not in danger but is simply very weak and not able to defend itself³⁶.

However, just as some paranoiacs have real enemies, some political orders do too.

Populist leaders are not windmills, turning or motionless at the whim of every breeze. Transformative leaders are motivated, enabled, and skilled in exploiting popular frustrations and resentments in particular ways (often highly similar ways, transferred from one such regime to another). They often can make of the movement something very different from the aspirations Adam attributes to the people. Just recall the Chinese slogan ‘Workers and peasants unite to make everything like spring,’ coined just before Mao unleashed not spring, but the Cultural Revolution. There were probably underlying forces there, too, but there is more to be said.

Moreover, though the people may well want power to be ‘returned’ to them, I can think of no evidence that the leaders I have named want or do much ‘returning’ at all. They want the power *turned to them*. And when any of the people object, they are attacked. Perhaps they are not part of the ‘real’ or ‘authentic’ people, perhaps they are ‘Poles of a worse sort’ (Kaczyński), or not real Hungarians (Orbán), perhaps they are ‘elites’ (everyone, or rather everyone other than them). What they have in common is that they do not vote for, and are despised by, the ‘people’s’ leaders. For, it is worth noting that a key motif of all the populist regimes we are considering is that opponents are

³⁶ Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism...’, op. cit., 496–497.

not merely cast as people who disagree about issues, as is to be expected in a democracy, as over time, opinions change, and power flows one way and then another. They are *enemies* who must be vanquished. Not killed or gaoled for the most part, which is a salutary distinction between many modern populists (so far) and many of their bloody predecessors (and contemporaries), but hounded, abused, sued, sacked, and excluded. However, on my count they are people, too. And often there are ‘masses’ of them.

Not only does Adam say nothing about how populist leaders attain power, he says very little about what they actually do with their power. A few words, no specific or detailed descriptions. Yet what part of returning power to the people explains the rounding up of virtually all (Hungary) or all public (Poland) broadcast and print media, and turning them into propaganda arms of the government? Or hounding independent NGOs? Or suing our comrade Sadurski (four times)? Or emasculating, then absorbing, directing, and at times ‘disciplining’ constitutional and other courts? Or undermining merit selection in civil services? Or, as recently in Poland, seeking to transfer the Procurator’s powers to a loyal, and (thought to be legally irremovable) underling shortly before the election, in case his boss (Zbigniew Ziobro) lost his job? Or, as in Hungary, rigging procurement systems so that only (by now super-rich) cronies win their uncontestable bids? Or the mockery that became of parliamentary procedures, with (in Poland) time for speaking often limited to two minutes, cut to 30 seconds, with the possibility that the microphone will be disconnected by the government’s Speaker at any moment?

According to Adam:

Certainly, in the region during the last few years [before 2019] there has been a shift from legal constitutionalism towards

political constitutionalism. The changes implemented in Hungary and Poland have upset the separation of powers, and there is a clear increase in the significance of the legislative branch, but not necessarily of the executive branch³⁷.

I do not know what ‘necessarily’ signifies here. Perhaps not necessarily but *actually*, however, the opposite of the last phrase is the case. It is to the executive – In Poland, in Hungary, Turkey, Venezuela, India... and in many similarly motivated regimes – that power is sucked up fast as though through a straw, to the executive centre, whether through obedient legislatures, nepotistic appointments, or in a raft of other ways.

What explains all the *cheating* that litters the pages of András Sajó’s revelatory recent book, *Ruling by Cheating?*³⁸ It might be that the reified and circumscribed part of citizens qualified as ‘the people’ would approve of all this, or anyway not care, but a lot of leadership effort has been spent to ensure that they do not quite know what is going on, and if they do know that they should also know they should approve of it. And that those who do not are scum.

Looking back on what PiS and several other populist regimes in power have done, it is hard to know what exactly to make of Adam’s repeated contrast between ‘political’, ‘social’, and ‘legal’ constitutionalism. Certainly populist changes are highly political, as are their uses and abuses of law and of constitutions. But ‘society’ is more a manipulated object than a subject of these changes. Even more, I find it hard to see much that is ‘constitutionalist’ about them, in the sense that Adam himself proposes, when he elaborates a typology of constitutionalisms: ‘[e]ach of

³⁷ Czarnota, ‘Constitutional Correction...’, op. cit., 404.

³⁸ A. Sajó, *Ruling by Cheating?* (New York – Cambridge: Cambridge University Press, 2021).

these sub-types has different emphases and stresses different complexes of institutions, but all have a central aim in common: limitation on political power³⁹. For reasons I have elaborated elsewhere⁴⁰, I prefer to speak of ‘tempering’ than limiting power, since often well-channelled and disciplined power is and should be more usefully stronger than undirected arbitrary or wild power. However, with that qualification, I share the sentiment with this sentence and with Giovanni Sartori’s old and wise reflection:

the written, complete document is only a means. What really matters is the end, the telos. And the purpose, the telos of English, American and European constitutionalism was, from the outset, identical. [...] all over the Western area people requested, or cherished, ‘the constitution’, because this term meant to them a fundamental law, or a fundamental set of principles, and a correlative institutional arrangement, which would restrict arbitrary power and ensure a ‘limited government’⁴¹.

In Adam’s discussions of political constitutionalism, as indeed in the efforts of the populist leaders he is discussing, one sees the politics but nothing of the constitutionalism, except in the sense that these days the constitution is ransacked for anti-constitutionalist purposes⁴². There is *nothing* in Adam’s article

³⁹ Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism...’, op. cit., 496.

⁴⁰ M. Krygier, ‘Tempering Power’, in: Adams M et al. (eds), *Bridging Idealism and Realism in Constitutionalism and the Rule of Law*, (Cambridge University Press, 2016), 34–59.

⁴¹ G. Sartori, ‘Constitutionalism. A Preliminary Discussion’, *American Political Science Review* 56/4 (1962), 853–864 at 855.

⁴² See: M. Krygier, ‘Introduction: Anti-Constitutional Populism’, in: Krygier, Czarnota, and Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism...*, op. cit., 1–24.

that amplifies the constitutionalist element of ‘political constitutionalism’; it has no role to play.

Adam concludes his most recent extended discussion of populism before the last Polish elections, with a summing up. He stresses more clearly than before the openness of the future, and the possibility of bad outcomes but he balances that acknowledgment with this layered prediction:

At the moment it seems that populism’s main function is the democratic correction of existing constitutional arrangements in order to change institutions to empower citizens, put limits on technocratic government and build up the accountability of ruling elites. In this sense we can talk of the impact of populism on constitutionalism. In my opinion, in some countries where populists have taken power, if they do not slide towards authoritarianism, which is always possible, there will be renewal of democracy and constitutionalism in new forms. If that proves to be so, we will be able to speak of new post-populist constitutionalism⁴³.

I guess, if that proves to be so, then so it will be. However, I see not one piece of evidence in Adam’s spirited and thoughtful writings that would lead one to suspect, though one might of course always hope that it will be the outcome. But, as I was taught while serving in a voluntary fire brigade, ‘hope is not a plan’.

⁴³ Krygier, Czarnota, and Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism...*, op. cit., 504.

5. Conclusions

In his most recent interview, after PiS had lost power, Adam cautions its critics against premature optimism. His tone is not the regret of a supporter whose team has lost, still less of a strident barracker who believes they were cheated. Rather, his disappointment is, as it were, even-handed. He has no enthusiasm for PiS's opponents and he seems also to have lost his (somewhat fading) faith in the Party itself. Populism, he now writes, was never really the answer but rather just the canary in the coal mine. Or, to use the metaphor he chooses, it was like a fever:

It shows that something is wrong in the organism. And when it passes, people usually do nothing, they're simply happy it's gone. And yet they only appear to have regained their health, because the fever will probably return, and maybe even with redoubled strength. Populism on its own has no interesting solutions to offer. Nevertheless, reflection is necessary on what problems in the system led to the crisis, what faults and inadequacies made it possible for Minister Ziobro to be able to come to subordinate things to himself. And I still do not see reflection of that sort⁴⁴.

The metaphor is well-chosen and the warning needs to be heeded. And yet it is not perfect. Fever is a symptom of disease, not the disease itself (though uncontrolled it can do damage). In my reading, PiS, and similar regimes, which might indeed also arise because of pathologies in the organism, are themselves pathologies which can manage, indeed are designed, to do more than enough damage on their own account. But perhaps Adam and I will just have to agree to disagree, again.

⁴⁴ *Ibidem*.

Wojciech Sadurski

How to get rid of populism?

1. Introduction

If there is a constant theme in the huge scholarly work of Adam Czarnota, it is his commitment to the values of democracy and the rule of law. It is where his and mine interests and commitments clearly coincide. Both ‘democracy’ and the ‘rule of law’ are essentially contested concepts, on which people may agree in principle while disagreeing on concrete implementations. There are legitimate, reasonable disagreements between people committed to those values while contesting specific contours and ways of implementing these great ideals. Over the past decades, I have had massive agreements and minute disagreements with Czarnota’s viewpoints. However, I consider it something normal, valuable, rather than aberrational. In fact, I cherish our (mild) disagreements as much as I value our (profound) agreements.

I am writing these words a few weeks after a momentous breakthrough in recent Polish history: a victory of the democratic opposition (critics, though probably not Adam Czarnota, would say ‘a so-called democratic opposition’) in the parliamentary elections of 15 October 2023. A reader of this book will

know much more than I do now, though it seems unquestionable that by the time the book is published, a government representing the three main parties which, until 15 October 2023 were in the opposition, will have been in place. It will, therefore, be the case of authoritarian populism, which governed Poland in 2015–2023, being defeated by peaceful, electoral means. This contribution aims to place this victory of Polish democrats against the background of several other electoral contestations against populist authoritarians in the world.

It is because Poland has not been the *only* country in which authoritarian populists contested (more or less) free and fair elections against their opponents. Over the last three years or so, populist authoritarianism has suffered electoral defeats in Brazil (October 2022), the Philippines (May 2022), and Israel (March 2021). On the other hand, populists have also enjoyed electoral confirmations – such as the landslide victory in Hungary (April 2022) and the victory by a narrow margin in Turkey (May 2023). In the near future, populist authoritarians will face an electoral test in India (2024). In this paper, I will present some selected key facts and observations about the electoral cases just listed, with some generalisations that perhaps may be drawn for the purpose of a theory of post-populist transitions.

Before I engage in an account of these cases, let me begin with three general observations. First, the list of electoral cases is limited, so it will be difficult to draw broad generalisations. Still, it is interesting to consider these cases in some detail because they may confirm or refute some intuitive hypotheses that many of us may have about transitions out of populist authoritarianism. Second, I will be using the concept of populist authoritarianism as adopted in my book *A Pandemic of Populists*¹ – that is,

¹ W. Sadurski, *A Pandemic of Populists* (Cambridge – New York: Cambridge University Press, 2022).

a system that lies somewhere between consolidated democracies (sharing with them their commitment to free and by-and-large fair elections, and in which the opposition has a genuine chance of winning even if the conditions are slanted to the detriment of the opposition) and non-democracies (sharing their disdain for political accountability of rulers between the elections, abandonment of dispersion of powers, and lack of commitment to the rule of law, including the supremacy of the constitution and judicial independence). In addition, I understand populist authoritarianism as a system with relatively low levels of violence against the opponents but with observable levels of democratic backsliding compared to a *status quo ante*. Third, I will *assume* that the most feasible strategy for the democratic opposition within a populist-authoritarian regime is of an *electoral* nature. It is an assumption that calls for a justification, which is beyond the scope of this paper, and which I adopt *arguendo*. However, based on my previous research and work, it would seem that any alternative strategies of victory over populist authoritarians (such as revolution, coup d'état, external intervention, or internal system implosion) are either unlikely or undesirable. I will also refrain from discussing an opposite scenario (such as a degeneration of populist authoritarianism into an oppressive authoritarianism *tout court*).

It would appear that *unity* of democratic opposition against the populists in power is the most obvious condition for electoral victory over populist authoritarianism. Of course, it is not a guarantee but a prerequisite – and several reasons exist. First, under many electoral systems, especially in the Proportional Representation structure of elections, big parties, and coalitions receive a considerable ‘electoral bonus’ while smaller parties tend to pay a heavy price (in terms of parliamentary seats) for their separateness, even if they might marginally exceed the threshold of representation in the parliament. In such a case, votes for

opposition parties, if they are not significant in terms of popularity, may be ‘wasted.’ Second, a strong opposition coalition is more likely to send a message to the electorate that the opposition is effective and ready to govern. The experiences of democratic opposition parties around the world have shown that unity signals inner discipline and commitment. A united opposition looks more like an alternative government than a group of politicians who criticise the government but are unable to discharge governmental responsibilities. Third, a united democratic coalition is more likely to appeal to ‘moderate’ populists who are less likely to perceive them as a personal or financial threat, and who might be ready to support democracy. In other words, a united democratic front presents an offer to politicians and electorates – who are either afraid to stand against populists or genuinely undecided. Finally, even those electorates – who vote for populists not for strictly ideological but rather for self-serving, cynical reasons – may be attracted to a democratic opposition if it is united and appears capable of fulfilling promises.

2. Case Studies

2.1. The Philippines

Perhaps the most extreme – and rather bizarre – case of electoral unity occurred at the end of Rodrigo Duterte’s rule in the Philippines in May 2022. The main contender for the presidency, Ferdinand ‘Bongbong’ Marcos Jr. (the son of the infamous dictator Ferdinand Marcos) had as his coalition partner running for vice-president... a member of the Duterte family, Sara Duterte (Rodrigo’s daughter).

These circumstances created a formidable winning ticket: during the elections of 9 May 2022 Marcos Jr. obtained 58.8 %

of the votes while Sara Duterte secured 61.5 % (the elections for both offices are separate though held on the same day). A result appears to be the result of nostalgia for the Marcos family mixed – somewhat astonishingly – with the populist appeal of the Duterte brand. The nearest rival for Marcos during the May 2022 presidential ballot was Leni Robredo (often compared to Corazon Aquino)² who obtained only 27.9 % of the vote.

What followed was a smooth process of transition, without any clear attempts by the incumbent to stall the alternation in power. An example of the power of democratic ‘unity’, which – in addition to the provision of affordable basic goods, law, and order, and decisive leadership – were Marcos Jr.’s main campaign slogans³. The Marcos/Duterte political merger was not the only recent sign of unity on a post-authoritarian stage in the Philippines. The country’s post-election cabinet selections were incredibly diverse, drawing from various factions and previous administrations, including generals and technocrats who served under Duterte, and other Filipino presidents⁴.

2.2. Brazil

Another important case of a recent electoral defeat of authoritarian populism is Brazil where, during the runoff election of 30 October 2022, the incumbent Jair Bolsonaro lost by the narrowest margin ever in Brazilian history – a mere 2.1 million votes

² S-L. Wee, ‘Leni Robredo, the only woman seeking the presidency, receives a groundswell of support from the young’, *New York Times*, 9 May 2022, <https://www.nytimes.com/2022/05/09/world/asia/robredo-philippines-election.html> (accessed: 22 November 2023)

³ R. J. Heydarian, ‘The Return of the Marcos Dynasty’, *Journal of Democracy* 33/3 (2022), 62–76 at 62.

⁴ *Ibidem*, 71.

in a country of 216 million voters (voting in elections is compulsory in Brazil). The first months of his successor (a former President who had already served two terms, from 2003 to 2011) Luiz Inácio Lula da Silva's (universally known as Lula) rule suggest that, in many ways, it will be a democratic revival for Brazil. Lula has already established several progressive-democratic initiatives, such as increasing aid to the poor, enhancing the participation of civil society in public councils, reforming the Human Rights Ministry and bolstering the legal protection of indigenous Brazilians⁵.

Among the top factors attributable to Lula's victory is the unity of ideologically diverse pro-democratic forces to which he managed to appeal in the run-up to the elections. Lula also had the support of former president Fernando Henrique Cardoso, a historic rival. And, while much of Lula's team was composed of ideological left-wing politicians and experts, he had aptly introduced some diversity, in an effort to reassure local businesses and conservatives. Lula's running mate – a Vice-Presidential candidate – was Geraldo Alckmin, a centre-right medical doctor who had run against him for Presidency in 2006. Lula's minister for planning and budget was senator Simone Tebet – considered to 'lean to the right on the economy'⁶. Further, the Lula-Alckmin ticket enjoyed the support of a prominent group of economists, including Pedro Malan and Persio Arida (engaged with the *Piano Real*, the successful plan that had established the *real* as

⁵ See: E. P. N. Meyer and T. Bustamante, 'Accountability in Brazil: Legal Developments After 8 January 2023', *Verfassungsblog*, 8 May 2023, <https://verfassungsblog.de/accountability-in-brazil/> (accessed: 22 November 2023).

⁶ J. L. Anderson, 'After Bolsonaro, Can Lula Remake Brazil?', *The New Yorker*, 30 January 2023, <https://www.newyorker.com/magazine/2023/01/30/after-bolsonaro-can-lula-remake-brazil> (accessed: 20 May 2023).

Brazil's currency and ended high inflation), who had formerly been the target of Lula's Workers Party criticism.

Of crucial importance to Lula's victory was the conduct of the top judiciary. A judicial 'militant democracy' in Brazil took a number of forms of judicial action, and concerned various election-related themes. First, the Supreme Electoral Court (TSE) consistently defended the electronic voting system, which had been the subject of consistent attacks by Bolsonaro⁷. Second, the electoral court had a legal mandate to control public discourse during the elections – and fulfilled this mandate zealously by targeting hate speech, fake news, and misinformation during the electoral campaign. It often went quite far, with potentially problematic consequences for Brazil's freedom of speech. For example, as the 2022 elections approached, the TSE empowered itself – through the 20 October 2022 resolution – to order social media platforms to remove knowingly false or gravely decontextualised content attacking the integrity of the electoral process and voting machines. Failure to comply with these orders could result in fines up to the equivalent of US\$ 30,000.

Following Bolsonaro's defeat in the October 2022 polls, his own party turned to the TSE, alleging electoral fraud in the second round of elections. The President of the TSE dismissed the request and imposed a substantial fine on the party for engaging in bad-faith litigation with the clear intent of disrupting the democratic process.

In addition, Brazil has a strong and largely independent press, which was highly critical of Bolsonaro, and eager to expose his corruption and errors. Second, Bolsonaro enjoyed far

⁷ See: L. R. Barroso, 'Populism, Authoritarianism, and Institutional Resistance: Constitutional Courts in the Game of Power', *Texas International Law Journal* 57 (2022), 259–286 at 277.

less decisive support from the armed forces than many feared. As Wendy Hunter and Timothy Power note, '[t]he armed forces, though Bolsonaro courted them, did not leave their barracks to extend his rule'⁸.

2.3. Israel

When we look at various elections, we can find that there were some votes that were successful for anti-populists even if their only programme was being almost exclusively negative: *against* populists. An example is Israel's elections of June 2021 when Prime Minister Benjamin Netanyahu lost.

Now that Netanyahu is back in power, we can see that this victory was shallow but at least at the time, his opponents *won*. When the opposition won in 2021 and defeated the extremely popular leader, the only common denominator for the anti-Netanyahu coalition was that they were *against* Netanyahu. The coalition contained an extremely broad spectrum of political forces – even including an Arab party – and the only uniting factor was that they were anti-Netanyahu. (This diversity had its limits, though. There were no ultra-orthodox Jewish religious parties in the coalition, and so the new government was formed on the backs of largely secular Jewish parties of different persuasions; in contrast, Mansour Abbas's party Ra'am was not only Arab but also Islamist).

In Israel, there are many institutional-legal incentives for forming joint lists. These include regular increases in electoral thresholds (hence, acceding to joint lists out of the fear of not passing the threshold), offering advantages for joint lists for the

⁸ W. Hunter and T. J. Power, 'Lula's Second Act', *Journal of Democracy* 34/1 (2023), 126–140 at 131.

allocation of surplus seats, as well as party finance rules⁹. As a result, the number of joint lists and the percentage of joint lists elected to the Knesset have increased over the years¹⁰. At the same time, Israeli political scientists pinpoint the instability of many of such lists, noting that soon after the elections, they tend to disintegrate. Assaf Shapira alludes to the concept of ‘technical blocs’, which ‘refers to joint lists established only for the purpose of elections, knowing that future cooperation between the parties is questionable, at best’¹¹. At the same time, however, Shapira identifies an important advantage of joint lists, even of a ‘technical’ character: they have more pragmatic rhetoric than the rhetoric used by separate parties, which is usually more ideological. For example, the 2021 anti-Netanyahu coalition may be aligned with this phenomenon.

However, many of the factors that permitted the formation of the Israeli coalition – its breadth and lack of concern for vast ideological differences – also produced its eventual collapse, with Netanyahu returning to power during the 1 November 2022 elections. Ultimately, the ‘overlapping consensus’, if there was one, turned out too narrow. For instance, as opined by leading national security expert Professor Chuck Freilich, on the main challenge to Israel’s national security, ‘the new government [was] knowingly a coalition of national paralysis, not change’, otherwise an enthusiast of the government issued of the 2021 election¹². Earlier in the same piece, Professor Freilich argues: ‘[t]he greatest challenge facing the new coalition will be to prove

⁹ A. Shapira, ‘Joint Lists in Israeli Politics’, in: M. Shamir, and G. Sharat (eds.), *The Elections in Israel, 2019–2021* (London: Routledge, 2023), 213–237 at 217–219.

¹⁰ *Ibidem*, 222.

¹¹ *Ibidem*, 233.

¹² C. Freilich, ‘Israel’s New Government: A Return to Normalcy?’, *Israel Journal of Foreign Affairs* 15 (2021), 403–407 at 406.

that this novel experiment in hybrid government, encompassing parties from the far left to the far right, can succeed and defy the expectations of those who continue to predict its imminent demise¹³. With the benefit of hindsight, we can acknowledge that these predictions were correct – but why?

A similar question may also be raised about Lula's victory in Brazil in late 2022. The forces that supported Lula included socialists, as well as centre-right economic libertarians with little other than their shared opposition to Bolsonaro uniting them. Thus, we have seen two recent victories in populist nations – Israel and Brazil – with, arguably, the only uniting factor being that the opposition parties were 'anti-Netanyahu' and 'anti-Bolsonaro'. Victories that were both fragile – by narrow margins and (in the case of Israel) not sustained in the long term – but victories nonetheless. What lessons can we draw from them, for the question about the effectiveness of 'negative only' platforms?

My preliminary assessment is as follows. Much depends on *how* the opposition parties articulate their platform as being *anti*. If they claim they simply do not like Netanyahu or Bolsonaro (or Orbán, or Kaczyński) – it is not enough. But if the opposition manages to successfully convert the '*anti*- programme' into a *positive* programme by advancing causes such as the improvement of democracy, supporting a strong EU, or independent courts, etc. (as the democratic opposition in Poland did in 2023), they are far more likely to succeed. Theoretically speaking, it is not a challenging task, but politically speaking – as a matter of persuading your electorate and the undecided voters to support your programme on account of it being framed positively rather than merely anti-populist – it is an extremely difficult task. But then again, politics *is* a difficult art, and some are simply not cut to be politicians; we know from Max Weber.

¹³ Ibidem, 404.

2.4. Hungary

While the united anti-populist coalition is a *condition* of anti-populists' success, it does not *guarantee* victory over authoritarian populists. The outcome of Hungary's 3 April 2022 parliamentary elections is an example of this. Prime Minister Orbán returned to government with an increased majority, easily outperforming the polls, which had only predicted a narrow margin. With 54 % of the popular vote (as compared to the united opposition's 34 %), Orbán's party, Fidesz, received the highest share by any party since the fall of communism in Hungary. This result expanded Fidesz's parliamentary supermajority in the 199-seat parliament to a total of 135 seats (while the coalition party, United for Hungary, holds only 57 seats).

The reasons for the opposition's crushing defeat are multiple. The anti-Orban parties, running together on a common list, ranged from socialists (MSZP) to the right-wing Jobbik. And, as it turns out, the Jobbik factor turned out to be the main problem. Adding a previously extremist right-wing party to a mix of five left-to-centre parties (including the Greens and Social Democrats) created a conundrum. It is likely that the opposition lost several left-wing and liberal voters, who were reluctant to vote on a list with Jobbik on it. As Orbán had successfully 'stolen' many of Jobbik's policies, several traditional Jobbik voters deserted their leaders on election day and voted for Orbán instead¹⁴. After all, Orbán had already reassured them with his 'credible' policies on anti-immigration, open hostility to gay rights and opposition to various other liberal values associated with the EU. Why would not they vote for *him*?

¹⁴ For such analysis see: K. L. Scheppele, 'How Viktor Orbán Wins', *Journal of Democracy* 33/3 (2022), 45–61, at 48–49.

In addition, Orbán cleverly amplified his illiberal programme with an unusual move: merging parliamentary elections with a referendum question. (Something that Hungarian electoral law had forbidden but Orbán's government – with the support of Jobbik – managed to amend the law before the elections, making such a merger possible). The referendum raised the question of whether special measures should be introduced to 'protect' children from exposure to LGBTIQ messaging. Interestingly, such a law *had* already been in force in Hungary since 2021, so despite the fact that the referendum did not introduce any new legal measures and was redundant, it served as a great asset for the conservative cause. The referendum 'stoked public outrage'¹⁵, and in this way, contributed to the government's illiberal messaging on the election day.

As a result, the outcome of the April 2022 elections was manipulated in a manner that was more extreme and severe than has been seen in any other recent election under populist-authoritarian incumbents. Orbán's firm grip on the Hungarian media – both public and private (owned by the oligarchs benefitting from Orbán's clientelist policies) – greatly inhibited the opposition coalition's access to the public sphere. Ultimately, the April 2022 Hungarian elections were free but not fair.

3. Concluding observations

The notion of unity in democratic opposition is tied to the question of *voter turnout*. In the spirit of a true democracy, everyone should be urged to exercise their right to vote. We can speculate about the reasons why extra voter turnouts (as compared to a particular default point), may benefit democrats more than

¹⁵ *Ibidem*, 49.

populists. One such speculative reason is that populists usually have a far more disciplined and mobilised electorate – their constant, unconditional support. Assuming this is the case, it means that they, the populists, have very little reserve to mobilise from the pool of non-voters. They have more or less exhausted their resources in terms of the size of their electorate. So, democrats must go the extra mile to get people to move their bodies from their homes to the polls and to vote. They have perhaps a higher pool of potential voters on which they can base their campaign and therefore, they probably will benefit more from a higher turnout. (And empirical studies seem to bear out the thesis that high turnouts in less than fully democratic systems are, on balance, beneficial to democrats – though the strength of this correlation is far from obvious)¹⁶. The turnout of nearly 75% was a decisive factor for the democratic opposition's victory in Poland in October 2023. A huge majority of 'new voters' (those who had not voted in the previous elections of 2019 when the general turnout was 61%) voted for the democratic parties (65%) while only 15 percent voted for PiS.

Thus far, the discussion has focused squarely on *electoral* strategies for defeating populists. This is for good reason. I believe that, in a country governed by authoritarian populists, no other strategy for breaking free of populists is feasible. These countries are not ripe for a revolution. But, having said that, a non-electoral scenario cannot be completely excluded: populist regimes may collapse as a result of a public uprising in the form of mass protests or revolution (usually in response to various corruption scandals *prior* to a regular electoral cycle, as was the case with Fico in Slovakia in 2018, Borisov in Bulgaria in 2020, or Morales in Bolivia in 2019).

¹⁶ E. Frantz, 'Voter Turnout and Opposition Performance in Competitive Authoritarian Elections', *Electoral Studies* 54 (2018), 218–225.

Populist regimes have an inbuilt *intolerance* for mass protests resulting from regime errors; they lack democratic mechanisms for self-correction and self-renewal. As such, in many ways, their staying power is easy to exaggerate. Strong, charismatic populist leaders tend to create an illusion of permanence but internal dysfunctions inherent in populist governance systems – especially, their lack of capacity to rely on the best human assets available for political elites rather than on cronies and sycophants – often render them inefficient. Recently, as Kurt Weyland persuasively argued: ‘[w]hile some charismatic leaders can gain amazing pre-eminence and asphyxiate democracy, this dangerous quest also holds many pitfalls and carries substantial probabilities of failure. In the high-wire act of pursuing political hegemony based on unorganized mass support and in confrontation with established elites, it is easy to fall’¹⁷. Populist leaders are prone to make mistakes (as all leaders are but populists more so), *and* are less likely to learn from their own errors. They tend to be incompetent, impatient, and irrational in their decision-making. They do not like to delegate and decentralise. They are suspicious towards fact-based policy-making. They panic in the face of dissent and protests. They do not take advice, whether internal (from independent experts or moderates in the opposition) or external (whether from the EU, or Venice Commission, the UN bodies, or the State Department of the US).

In a recent book, my University of Sydney’s colleague John Keane reminded us about ‘the ultimate vulnerability of the new despotisms’ (a category which includes but is broader than the category of populist authoritarianism that I have used), namely, ‘the political slips and stumbles potentially produced by their

¹⁷ K. Weyland, ‘How Populism Dies: Political Weaknesses of Personalistic Plebiscitarian Leadership’, *Political Science Quarterly* 137 (2022), 9–42 at 11.

[despots] refusal to open themselves up to public scrutiny and public control of the power they exercise arbitrarily over their subjects in a wide range of fields¹⁸. That is to say, the resilience of populists or their skills of self-perpetuation must not be exaggerated. There is a huge potential for populist implosion, disaggregation, self-destruction or quick decay.

However, democratic opponents of populism cannot simply wait and hope for populism's self-destruction. As long as electoral avenues are open and the opposition parties are free to act (even if there are disadvantages vis-à-vis the ruling political parties in many ways), and freedom of political communication is observed (even if governmental speech is enhanced by inequalities in the media market), *electoral* strategies are likely to be the most effective in restoring democracy. Populists have a very large following in the countries governed by populists: consider the outcome of the last presidential elections in Brazil in 2022 (Bolsonaro received just over 58 million votes, that is 49.1%, while Lula just over 60.3 million votes, that is 50.9%, with 20.59 % abstention). As such, the electorates of populist parties should have the same right to determine their future government as non-populists do. So elections remain the primary device of political change or maintenance of government. It was emphatically shown in Poland on 15 October 2023, in the elections the result of which I and (I am sure) Adam Czarnota applaud.

¹⁸ J. Keane, *The New Despotism* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2020), 251.

Wojciech Zomerski

The question of populism and its democratic promise

Populist leaders do not act on behalf of the people, but instead of them. They do not just simply exercise the power of the people, but constitute the people as such.

Nadia Urbinati

1. Introduction

Populism has emerged as a contentious subject within the field of socio-legal scholarship. Some scholars openly argue for the rejection of this notion¹, viewing it as lacking analytical utility, often employed as a pejorative term to label unliked political movements and parties. Conversely, other scholars, while acknowledging its theoretical shortcomings, are working on developing positive concepts and theories of populism². Nadia

¹ See for instance: C. Cercel, 'Against "Populism": Critical Legal Studies and Authoritarian Politics in Central and Eastern Europe', in: R. Mańko et al. (eds.), *Law, Populism and the Political in Central and Eastern Europe* (London: Routledge, 2024).

² See for instance: J.-W. Müller, *What Is Populism?* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2016).

Urbinati initiates her conceptualisation by making the observation that populism can refer to two closely connected yet distinct phenomena: populism as a popular movement and populism in power³. In the contemporary scholarship, the attention is given above all to the latter phenomenon. This shift in focus is due to changes in the socio-political landscape, including the electoral successes of politicians perceived as populist (Donald Trump, Jarosław Kaczyński, Victor Orbán, Jair Bolsonaro, to name just the most well-known ones). This development in the socio-political reality prompts scholars to delve into discussions about the issue of populist constitutionalism and its relationship with liberal democracy⁴.

Scholars investigating this field are divided into two main camps: those who adopt a 'thin' concept of populism and those who favour its 'thick' counterpart. In the thin conceptualisation (for example, Bojan Bugarič and Mark Tushnet⁵, Gabor Halmai), populism revolves around the division between the genuine people and the corrupted elite, and as such it is potentially compatible with liberal democracy. Examples of this include left-wing populism of Lula, Podemos, Bernie Sanders, or Syriza. Conversely, proponents of the thick concept (for example, Jan-Werner Müller⁶, Cas Mudde) argue that populism is inherently anti-pluralistic and anti-liberal, and as such undemocratic. Consequently, proponents of the former perspective consider the possibility of a 'populist constitutionalism', while adherents

³ N. Urbinati, *Me the People. How Populism Transforms Democracy* (Cambridge: Harvard University Press, 2019), 15.

⁴ A. Czarnota, M. Krygier, and W. Sadurski (eds.), *Anti-constitutional Populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022).

⁵ M. Tushnet and B. Bugarič, 'Populism and Constitutionalism: An Essay on Definitions and Their Implications', *Harvard Public Law Working Paper* 20–17 (21 April 2020), 1–90.

⁶ Müller, *What Is Populism?*, op. cit.

of the latter perceive such a concept as a *contradictio in adiecto*. Interestingly, despite this ongoing theoretical debate on the notion of populism, proponents of both perspectives generally agree that right-wing populism, as experienced in recent years by countries like the USA, Hungary, Poland, and Brazil, is undemocratic and as such unconstitutional⁷.

Against this background, Adam Czarnota, the central figure of this volume, emerged as a defender of populism, also in its thick forms. He advances the notion that populism, even in its manifestations aligned with right-wing ideologies, possesses democratic potential and, as such, could be reconciled within the framework of constitutional democracy. This paper seeks to provide a brief overview of Czarnota's thought-provoking stance on the right-wing populism and consider purported democratic potential of right-wing populism. It accomplishes this by comparing the academic discourse on populism, as developed among others by Czarnota, with the actual practices and rhetoric of the populists in power in Poland. The objective is to assess whether the populist constitutional theory manifest in the realm of political reality. If the answer is negative, it prompts another question: what is the democratic promise of the populist constitutional discourse, and to what degree is this promise appealing to critics of populism? Furthermore, if such appeal exists, under which conditions could this democratic promise be realised? The ultimate conclusion is that if both advocates and critics of right-wing populism genuinely aspire to restore parliamentary democracy, there may be a conceivable political scenario in

⁷ Therefore, I have previously contended that the disagreement between advocates of thick and thin concepts of populism regarding populist constitutionalism is to some extent apparent. See: W. Zomerski, 'Populism: What, where and why?', *Thesis Eleven* 175/1 (2023), 126–132, <https://doi.org/10.1177/07255136231169053>

which these opposing factions can find common ground. The name of this scenario is post-populism⁸.

2. Democratic promise of populism

From 2015 to 2023, the predominant framing of political events in Poland has frequently revolved around terms such as ‘constitutional crisis’ or ‘democratic backsliding’⁹. However, Adam Czarnota has provocatively and consistently argued that instead of conceptualising this period as a *crisis*, a more fitting characterisation is a ‘shift in the constitutional paradigm’. This shift involves a transition from an exclusive and elitist legal constitutionalism towards a more democratic, inclusive, and participatory form of political constitutionalism.

Czarnota’s views on that matter could be illustrated with his several scientific and journal interventions written under the Law and Justice’s (PiS) government. In 2016, as the conflict between the ‘old’ Polish Constitutional Tribunal and new right-wing political majority unfolded, the author engaged in a debate with Wojciech Sadurski¹⁰, later to be joined by Martin Krygier¹¹. In this discussion, Czarnota argued that the dispute

⁸ For a simplified, journalistic version of this argument see: W. Zomerski, “Borgen” zamiast “Gry o Tron”, czyli lepsza Kopenhaga zamiast Budapesztu w Warszawie, *Oko.press* (25 October 2023), <https://oko.press/borgen-zamiast-gry-o-tron> (accessed: 2 September 2024).

⁹ See for instance: W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown* (Oxford: Oxford University Press, 2019).

¹⁰ W. Sadurski, ‘[O Trybunale Konstytucyjnym] Nieznośna lekkość ocen, Polemika z Adamem Czarnotą, *Kultura Liberalna* 393 (19 July 2016), <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/28/wojciech-sadurski-adam-czarnota-polemika-tk/> (accessed: 29 December 2023).

¹¹ M. Krygier, ‘[Spór o Trybunał Konstytucyjny] Prawo potrzebuje obrońców’, *Kultura Liberalna* 396 (12 August 2016), <https://>

over the Constitutional Tribunal is more political than legal in nature, positing it as an attempt to reclaim a constitution perceived to have been hijacked by legal elites from the citizens¹². This argument was further developed in 2017 in Czarnota's piece in *Verfassungsblog*, wherein the Polish constitutional crisis was described by Czarnota explicitly as 'a struggle between two different versions of constitutionalism: legal and political'¹³. As the author explained:

Legal constitutionalism, which leads to juridification of politics, is criticized by political constitutionalism which is based on the position that the constitution only provides the frames for democratic disagreement and frames itself are objects of re-negotiation. *Political constitutionalism stresses the greater legitimacy of parliaments rather than constitutional tribunals in law making.* Constitutional review is based on a zero-sum game principle. *Political constitutionalism presents parliament as a place of dialog.* The element of political constitutionalism criticizes legal constitutionalism for monopolization of the constitution which belongs to the whole nation and citizens should have the opportunity to interpret

kulturaliberalna.pl/2016/08/12/krygier-czarnota-polemika-trybunal-konstytucyjny/ (accessed: 29 December 2023).

¹² See: A. Czarnota, 'Prawo jest dla nas, nam ma służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puchejda', *Kultura Liberalna* 393 (19 July 2016), <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/> (accessed: 29 December 2023); A. Czarnota, 'Rozpoznanie i kuracja. W odpowiedzi Wojciechowi Sadurskiemu', *Kultura Liberalna* 394 (29 July 2016), <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/29/adam-czarnota-wojciech-sadurski-polemika-tk/> (accessed: 29 December 2023).

¹³ A. Czarnota, 'The Constitutional Tribunal', *Verfassungsblog* (3 June 2017), <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/> (accessed: 29 December 2023).

and use it in their everyday activities. Democratic political constitutionalism suggests that is necessary to rethink the ontological base of legal constitutionalism. The constitution is not an act but a never-ending dialog and postulates *greater participation of citizens*¹⁴.

In the response to the allegations of hijacking the Constitutional Tribunal by the new political majority, the author argued that Law and Justice just introduced to ‘the Constitutional Tribunal judges who represent a legal worldview close to that of the ruling party’, which is ‘based on *principle of supremacy of the Parliament* in relation to constitutional review and acceptance of *a rule of judicial restraint not judicial activism* which was earlier the norm’¹⁵. On this background, the present constitutional crisis, argued Czarnota, is just ‘an attempt to take the constitution seriously and return it to the citizens’, to ‘promote interaction between citizens’¹⁶.

These views, being in a stark contrast to the mainstream liberal scholarship, were upheld and developed also in the most recent Czarnota’s publications. In 2021, the author in the polemic with Grażyna Skąpska, who characterised the right-wing populism with a notion of ‘abusive constitutionalism’¹⁷, upheld his views about democratic potential of populism and argued that under populist rule ‘*there is a clear increase in the significance of the legislative branch*, but not necessarily of the executive

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ G. Skąpska, ‘Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie pokomunistycznej’, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna* 7/1 (2018), 276–301.

branch¹⁸. Finally, in 2022, Czarnota once again argued that right-wing populism strives to overcome the limitations involved in liberal constitutional framework, such as low level of political participation, fragmentation of the society into individuals, as well as deep socio-economic inequalities¹⁹. In doing so, the author argued, populism perhaps is not thinking of constitutionalism in the matters of the superior law or an ideology that has to do with the limitation of power but it stresses political constitutionalism as it makes space for the deeper participation of citizens²⁰.

If one seeks to summarise Czarnota's views on populism, it appears that, for the author, populism's added-value is its alignment to the majoritarian concept of democracy and the principle of supremacy of parliament as the representative of the sovereign. Traces of such thinking might be found in the works of scholars leaning to the left²¹ but also in the works of other contemporary proponents of right-wing populism. The example of the latter would be a recent book of Béla Pokol,

¹⁸ See: A. Czarnota, 'Populist Constitutionalism or New Constitutionalism', *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem* 11/1 (2019), 43–55 at 54. See also: A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski, 'Konstytucjonalizm a sfera publiczna' in: A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski (eds.), *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2021), 9–30.

¹⁹ A. Czarnota, *Sources of Constitutional Populism – Democracy, Identity and Economic Exclusion* in: Czarnota, Krygier, and Sadurski (eds.), *Anti-constitutional Populism*, op. cit., 495–505.

²⁰ Ibidem, 503–504.

²¹ See for instance: M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton, NJ Princeton University Press, 1999); R. Hirschl, 'The Judicialization of Politics' in: R. E. Goodin (ed.), *The Oxford Handbook of Political Science* (New York: Oxford University Press, 1999), 253–274; M. A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2021).

a Hungarian legal scholar and former judge of the Hungarian Constitutional Court openly sympathising with Orbán's regime²².

At the same time, it appears that the theoretical discourse on populism, as put forth by its academic proponents, closely aligns with the political discourse of populist leaders. The Law and Justice party frequently justifies its actions by invoking democratic principles and emphasising the supremacy of the legislature. This was particularly the case in 2016 when Law and Justice found itself in conflict with the 'old' Constitutional Tribunal. As an illustrative example, one can point to Jarosław Kaczyński's statement:

The first matter – a democratic rule of law, as stated in the constitution, or a rule of law. A rule of law doesn't have to be a democratic state. *In a democracy, the sovereign is the people, represented by the parliament*, and in Poland, also by the president elected in universal elections. These bodies are responsible for regulating our lives. Speaking of democracy, one must also mention the principle of the separation of powers and the principle of legality. That is, all state bodies act on the basis of the law. If we are to have democratic rule of law, no state body can disregard the statute laws. The Constitutional Court, or rather its president, deemed that the December law, in essence, is not binding. It can be repealed without any procedures. At this moment, the principles of democratic rule of law were violated. At this moment, the Constitutional Court declared itself the sovereign. They are the ones breaking the constitution, they

²² B. Pokol, *Juristocracy: Trends and Versions* (Budapest: Századvég Foundation, 2019).

are the ones who violated the principles of a democratic rule of law²³.

In summary, a central tenet of populist constitutional theory, as articulated in both academic and political discourses, revolves around the concept of parliamentary supremacy. The parliament is regarded as the primary and default representative of sovereign power. Consequently, those who seek to constrain the authority of the parliament are seen as conflicting with the sovereignty of the people.

3. Between the populist discourse and the practices of the populists in power

As Jan Komárek points out, constitutional law discourses are marked by ‘imposed normativity’²⁴. They not only describe or influence the socio-political reality but also provide justifications for how it functions²⁵. One cannot exclude, that the primary goal of a particular theoretical discourse is to justify the existing socio-political reality. It becomes evident when the discourse is developed not in the connection to the reality at hand but rather in spite of it, as if it seeks to create a justification for the *status quo*.

²³ See: ‘Kaczyński: Państwo prawa nie musi być państwem demokratycznym’, *Dziennik Gazeta Prawna* (4 June 2016), <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/949242,kaczynski-panstwo-prawa-nie-musi-byc-panstwem-demokratycznym.html> (accessed: 29 December 2023).

²⁴ J. Komárek, ‘Freedom and Power of European Constitutional Scholarship’, *European Constitutional Law Review* 17/3 (2021), 422–441.

²⁵ The idea that a legal theory could serve legitimisation, having neither descriptive nor normative aspirations, is a central theme that I develop in: W. Zomerski, *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, postanalizacyjność* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2023).

Such a discourse can be described as a facade or a veil, concealing the problematic reality. As I have argued in other contexts, it was precisely the case with the constitutional discourse during the socialist era²⁶. In the post-1956 period, Polish legal academia was preoccupied with the necessity of institutional guarantees for the rule of law. The recurring idea of a constitutional court as a guardian of the rule of law was dismissed. The argument was that judicial review of ordinary laws was incompatible with the supreme position of the parliament, as declared by the socialist Constitution of 1952. However, the alleged supreme position of the socialist parliament was not reflected in the political reality. In practice, the parliament was both legally and effectively reduced to a mere rubber stamp for the executive branch²⁷. This stark contrast between the state's theoretical framework and the prevailing political practices was disregarded by legal scholars until the twilight of the regime. As such, the socialist regime might be characterised with the notion of a 'facade constitutionalism'²⁸.

How does the idea of the facade constitutionalism connect with populism? Under the populist government of Law and Justice from 2015 to 2023, there is no empirical evidence indicating any increase in the role of the parliament. On the contrary, despite the official alignment to the principle of the supremacy of the parliament, the role of the parliament has diminished significantly²⁹. Voting under the cover of night, passing laws without

²⁶ See: W. Zomerski, 'From the Facade to Solid Foundation? The Evolution of the Polish Constitutional Law Discourse in Years 1944–1989', in: J. Komárek et al. (ed.), *European Constitutionalism the Other Way Around* (Cambridge: Cambridge University Press, forthcoming).

²⁷ See: M. Brzezinski, *The Struggle for Constitutionalism in Poland*, reprint (London: Palgrave MacMillan, 2000), 67.

²⁸ Zomerski, 'From the Facade...', op. cit.

²⁹ See: G. Kopińska et al. (eds.), *Polski Bezład Legislacyjny. Raport Obywatelskiego Forum Legislacji z prac IX kadencji Sejmu* (Warszawa:

any consultations, annulling of unfavourable voting results, ignoring and breaking parliamentary procedures, governing with the executive orders in violation of the supremacy of statute law (COVID regulations) – in the recent years all of these have become as prevalent as hard to reconcile with the idea of supremacy of the parliament and restoration of ‘parliament as a place of dialog.’ Not surprisingly, the law passed in these years was of low quality and lacked expertise³⁰. The parliament certainly was not a place for democratic debate of ideas. In fact, it had been turned into a rubber-stamp of executive power. Interestingly, the consolidation of power does not necessarily favour the executive alone. One might argue that even the executive power is subordinated to an extra-constitutional centre of political decision-making. This shift is reflected in the evolving political language, in which the synonym for decision-making centre of the parliamentary Wiejska street has been replaced with Nowogrodzka street, the seat of Law and Justice, symbolising the locus of power within the party, which is centred around Jarosław Kaczyński, its leader.

Neither the subordination of the Constitutional Tribunal to the political centre, marked by the appointment of party-affiliated judges, was aimed at reinstating the parliament to its constitutional role. Contrarily, when the prospect of amending abortion laws through parliamentary procedures became politically challenging and uncertain (due to lack societal and political support for the amendment), right-wing populists demonstrated no reluctance in resorting to the Constitutional Tribunal, a body

Fundacja im. Stefana Batorego, 2023) <https://www.batory.org.pl/publikacja/polski-bezlad-legislacyjny-raport-obywatelskiego-forum-legislacji-z-prac-ix-kadencji-sejmu/> (accessed: 29 December 2023), that states that the characteristic of the Polish legislative procedure in years 2019–2023 are as follows: fast pace of work, circumventing procedures, lack of transparency, and disregarding the opinions of social partners and citizens.

³⁰ Ibidem.

they had criticised for its counter-majoritarian character. These observations underscore that the alleged alliance between populism and political constitutionalism, emphasising the role of elected bodies rather than courts in implementing and protecting the constitution, is just apparent³¹.

Being aware that party politics and political campaigns follow their own internal logic, one may give another example of Law and Justice's rather ambivalent attitude towards parliamentary democracy and vision of parliament as a place of robust dialog. A few weeks before the elections of 2023, when were polls suggesting that Law and Justice might win but not be able to secure the necessary parliamentary majority to form a government, the official narrative of the ruling party was that only Law and Justice was an alternative to the potential 'coalition of chaos', as they began to refer to the potential government formed by opposition parties. One week before the elections, Jarosław Kaczyński, during several meetings with voters, constantly argued that:

Too many cooks spoil the broth. The coalition will consist of either 11 or 13 parties. It will be a constant quarrel, a clash of groups, individualities, and a chorus of ambitious voices. It is an evil that will be present in every situation. Today, what we need is a government that is stable, experienced, has a track record, and can handle crises. Such a government can only be the government of Law and Justice³².

³¹ A. Kustra-Rogatka, 'The Hypocrisy of Authoritarian Populism in Poland: Between the Facade Rhetoric of Political Constitutionalism and the Actual Abuse of Apex Courts', *European Constitutional Law Review* 19/1 (2023), 25–58.

³² W. Głowacki, 'Kaczyński straszy działaczy PiS rządami "koalicji chaosu". Czyżby szykował się na przegraną?', *Oko.press* (8 October 2023), <https://oko.press/kaczynski-straszy-rzadami-koalicji-chaosu-czyzby-szykowal-sie-na-przegrana> (accessed: 29 December 2023).

This narrative was echoed in Law and Justice's campaign advertisements, where Mateusz Morawiecki, the Prime Minister, listed all the potential parties of opposition that could form a government and asked rhetorically:

Do you know what this list is? It's a recipe for chaos. A coalition of chaos. Eight leaders, eight different agendas, eight parties. This is a recipe for Poland to stagnate for years, to sink into lethargy. [...] There's a better plan. Life like in the West. Without all these immigration problems from the West – a lower retirement age, a ban on selling off assets, protection of Poland against forced relocation. Only PiS can stop the coalition of chaos. On October 15th, only PiS.³³

All these observations leads to the following conclusion: as a matter of practices, populism does not appear to be inclined towards the restoration of parliamentary democracy. Quite the contrary, parliamentary disputes are seen as a potential threat to the efficiency of the consolidated power at the expense of parliament. The idea of a popular sovereignty and the parliament as the supreme state body are invoked in populist discourse, not a description or a standard for political practice, but merely a facade or a veil for the consolidation of power.

4. Post-populism as an opportunity for the revival of parliamentary democracy?

It remains a matter of speculation whether proponents of right-wing populism, such as Adam Czarnota or Béla Pokol, would acknowledge the suggested disparity between populist theory and

³³ Ibidem.

the actual practices undertaken by populists in power. However, for the purpose of my argument, there is no need to provide a definitive answer to this question. Instead, I adopt a more favourable and minimalist interpretation of the academic discourse on populism, viewing it as an expression of the democratic hopes and dreams. In this perspective, populism itself could be understood as an *Ersatz* for the well-functioning parliamentary democracy or even a promise of its restoration. In both scenarios, it appears that beneath the sympathy for populism lies a strong normative conviction that parliamentary democracy needs to be restored.

If this is the case, that would mean that proponents and opponents of right-wing populism have more in common than one may expect. Wojciech Sadurski, known from his severe criticism towards Law and Justice government, in his pre-2015 writings criticised regional constitutional courts (including the Polish one) for being too activist and thus limiting the parliamentary democracy³⁴. Additionally, in the recent years there is emerging literature stressing that populism only took advantage of the

³⁴ See: W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe* (Springer, 2005). See also the second edition of the book from 2014. Sadurski's previous criticism of constitutional courts in the region did not escape the attention of Adam Czarnota. See: Czarnota, *Populist constitutionalism...*, op. cit., 55, where he notes 'The constitutional courts in Central and Eastern Europe have been criticized by Wojciech Sadurski, known for his criticism of the current Polish government's policy towards the Constitutional Tribunal and common courts. In his pioneering book he emphasised the excessive authority of constitutional courts in the political systems formed after the fall of communism. Hanna Dębska conducted an empirical study of the Polish Constitutional Tribunal from a critical theory point of view. [...] From a sociological point of view, it is interesting that these two former critics tend to forget their very own arguments'.

consolidation of the power that took place in the pre-populist era. In this perspective, populist constitutionalism is a natural consequence rather than a cause of democratic backsliding. Such an argument was recently articulated specifically in case of Poland by Karol Muszyński and Paweł Skuczyński³⁵, and earlier as regards the entire region of CEE by Paul Blokker³⁶. In both accounts, the process of consolidation of power on the expense of legislature was associated with the accession to the EU. Interestingly, these claims find confirmation in the recent book of Michael A. Wilkinson on *Authoritarian Liberalism*³⁷. In this persuasive narrative, right-wing populists deployed the already existing system of consolidated power rather than having had to create it from scratch.

If these accounts are accurate they shed light on the reasons behind the success of populism. Populism does not emerge as a reaction against a robust parliamentary democracy but rather in response to its erosion. The declared alignment of populism with the supremacy of the legislature, as it was already suggested, can be interpreted as a promise to repair and revive parliamentary democracy. This promise cannot be fulfilled by populists on their own, though. It is because, as Nadia Urbinati rightly points out, populists seek to govern not on behalf of the people but instead of them³⁸. This observation explains populists' scepticism towards intermediary bodies and institutions³⁹. Disagreements

³⁵ K. Muszyński and P. Skuczyński, *Rozwój i kryzys konstytucji społecznej: Przypadek samorządów zawodowych* (Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2020).

³⁶ P. Blokker, *New Democracies in Crisis? A Comparative Constitutional Study of the Czech Republic, Hungary, Poland, Romania and Slovakia* (London: Routledge, 2013).

³⁷ Wilkinson, *Authoritarian Liberalism...*, op. cit.

³⁸ Urbinati, *Me the People...*, op. cit.

³⁹ Müller, *What Is Populism?...*, op. cit.

and disputes in parliament are not viewed as inherent components of democracy and its value but rather as threats to the efficient exercise of power, which is deemed necessary for making swift and consistent decisions, especially during hard times of wars and pandemics.

The ‘imposed normativity’ of constitutional law discourses, introduced at the beginning of the third section, is two-edged sword, however. It is essential to recognise that a discourse initially designed solely for legitimising purposes has emancipatory potential and can be embraced by its adversaries. Consequently, it may eventually bring about changes aligned with the given discourse. Such a dynamic was evident in the Polish People’s Republic, where a new generation of constitutional law scholars began demanding that the ruling Party adhere in practice to its own officially proclaimed ideology, which included principles like the supremacy of legislative power and legislative acts, the supremacy of the constitution, and the principle of legality⁴⁰. With the emergence of a democratic opposition (*Solidarność*) these demands contributed to the transformation of the regime in the early 1980s, leading to the establishment of institutions like the Supreme Administrative Court and the Constitutional Tribunal. The very first ruling of the latter on 25 May 1986, secured the supremacy of legislative acts over executive orders⁴¹. After being repeated like a mantra for 40 years, the theoretical principle of the alleged supremacy of the parliament over the executive power, void at that time of any practical meaning,

⁴⁰ See: Zomerski, ‘From the Facade...’, op. cit., 3, 27.

⁴¹ On this judgment and its constitutional significance and implications see: L. Garlicki, ‘Pierwsze orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego (Refleksje w 15 lat później)’ in: A. Jankiewicz and F. Rymarz (eds.), *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia* (Warszawa: Biuro Trybunału Konstytucyjnego, 2001).

eventually became a normative standard that the state authorities needed to observe⁴².

A similar turn of events is conceivable in contemporary Poland. The new ruling coalition will consist of three prominent political factions, each itself a coalition of several parties. In such circumstances, the consolidation of power in the hands of the government, contingent on majority support in parliament, at the expense of the legislature, appears unlikely. The Constitutional Tribunal, once emblematic for liberal elites in the pre-2015 era, is currently weak as never before. Internally, conflicts among judges over the court's presidency hinder its efficacy (for example, according to the official data, in 2022 the Constitutional Tribunal issued only 14 judgements, which was the lowest number from 1997). Externally, there is a decline in professional trust (evidenced by a threefold decrease in complaints submitted to the Constitutional Tribunal in 2020 compared to 2015)⁴³ and societal trust (according to available data, the number of respondents of the opinion that Constitutional Tribunal operates 'well' dropped from 42% in 2015 to 24% in 2022)⁴⁴.

Paradoxically, the conditions for the restoration of parliamentary democracy emerge precisely at the moment when the populists are on the verge of losing power. The fragmentation of the political landscape, seen as a positive factor, and the diminished influence of the constitutional court, considered a negative one, may pave the way for a return to an era when parliamentary

⁴² Zomerski, 'From the Facade...', op. cit., 25.

⁴³ M. Kryszkiewicz, 'Kryzys zaufania do TK trwa', *Dziennik Gazeta Prawna* (12 December 2022), <https://serwisy.gazetaprawna.pl/orzeczenia/artykuly/8607339,trybunal-konstytucyjny-liczba-spraw-skargi-zdania-odrebne.html> (accessed: 29 December 2023).

⁴⁴ Centrum Opinii Badań Społecznej, *Komunikat z badań. Oceny działalności instytucji publicznych*, 50 (2022), https://www.cbos.pl/SPIS-KOM.POL/2022/K_050_22.PDF (accessed: 29 December 2023).

democracy thrived⁴⁵. It is worth stressing that this scenario represents a speculative possibility, not a deterministic depiction of the future. Nonetheless, should the shared aspiration of both advocates and adversaries of right-wing populism involve the restoration of parliamentary democracy, one may imagine a political reality wherein individuals such as Adam Czarnota, along with his esteemed peers like Wojciech Sadurski and Martin Krygier, and other colleagues, who frequently hold divergent viewpoints regarding the evaluation of the current political developments, could conceivably converge toward a constructive consensus. Indeed, there is perhaps no more compelling evidence of Professor Czarnota's commitment to democratic values and pluralism than his diverse circle of professional friends and colleagues, encompassing the entire spectrum of normative positions.

Having expressed the above, I would like to extend my gratitude for encountering Adam Czarnota along my journey. Democracy, as a way of life, requires its agents. Adam, who embodies both detachment and engagement, critical thinking without dogmatism, and the ability to gracefully agree to disagree, stands as one of its exemplars who has heavily influenced me both ethically and scholarly.

⁴⁵ See: Muszyński and Skuczyński, *Rozwój i kryzys konstytucji...*, op. cit., that convincingly argue that the golden years of Polish parliamentarism were in the late 1990s and the early 2000s.

Maciej Pichlak

Społeczne wyzwania
(od)budowy rządów prawa

1. Wstęo. Portret uczonego: prawo i ludzie

To było słoneczne popołudnie na Rynku w Świdnicy. Ja, wówczas młody doktor, i Adam Czarnota, niedawno poznany „Profesor z Sydney”, siedzieliśmy w kawiarnianym ogródku w gronie kilku akademików, po konferencyjnych znojach z wolna sącząc napoje i delektując się dobrym towarzystwem.

Tę miłą atmosferę zakłócił w pewnym momencie przedstawiciel miejscowej żulii, dość niezbornie dopraszający się pieniędzy na jedzenie. Incydent, tak nieprzystający do wysmakowanej atmosfery akademickiego spotkania, wprawił wszystkich w zakłopotanie. Wszystkich, z wyjątkiem Adama: ten bez wahania zabrał człowieka do pobliskiego baru i postawił mu obiad. Proste, nieoczywiste i pouczające.

Ilekróć miałem potem okazję Adama spotykać – czy było to we Wrocławiu, czy Sarajewie, w Belo Horizonte czy Lizbonie – zawsze mogłem obserwować jego niezwykłą ciekawość ludzi, niemal głód kontaktu z nimi, który nieraz wiódł go w nieoczekiwane miejsca i przedziwne sytuacje. Najbardziej chyba doceniam możliwość poznania miejscowych przyjaciół Adama

w Oñati, gdy pełnił on funkcję dyrektora International Institute for the Sociology of Law, zlokalizowanego w tym mieście, w Górach Baskijskich. Był wśród nich także prawdziwy baskijski góral – a przyjaźni obu panów nie mącił fakt nieznamości żadnego wspólnego języka, w którym mogliby się swobodnie komunikować.

Znając więc ten Adamowy nerw duszy, nie dziwię się, gdy głosi on, że prawo, a szczególnie konstytucja „powinna służyć przede wszystkim nam, obywatelom”¹. Że ma ten najwyższy akt prawny sprzyjać „budowie instytucji, które nam odpowiadają, a nie nad nami dominują”², a „polski system prawny jak tlenowi potrzebuje większej demokratyzacji prawa”³. I dalej – że dyskurs prawny nie powinien wypierać obywateli ze sfery publicznej, przeciwnie – winien być platformą, która umożliwia różnym grupom artykulację ich oczekiwań, przekonań, postulatów. Krótko: że potrzeba nam bardziej obywatelskiego, demokratycznego i responsywnego prawa niż to ukształtowane po 1989 r., w trakcie transformacji.

Choć nie ze wszystkimi diagnozami Jubilata na temat stanu polskiego porządku prawnego potrafię się zgodzić – a możliwe zastrzeżenia w tym względzie przedstawił z dużą elegancją i w klarowny sposób jego bliscy przyjaciele, Wojciech Sadurski i Martin Krygier⁴ – w pełni podzielam powyższe postulaty.

¹ A. Czarnota, *Prawo jest dla nas, ma nam służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puchejda*, „Kultura Liberalna” 2016, nr 393, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/> (dostęp: 3.10.2023).

² Ibidem.

³ A. Czarnota, *[Reforma sądów] Ruch w kierunku demokratycznego państwa prawa? Polemika*, „Kultura Liberalna” 2017, nr 424, <https://kulturaliberalna.pl/2017/02/24/polemika-demokratyczne-panstwo-prawa-czarnota/> (dostęp: 3.10.2023 r.).

⁴ W. Sadurski, *[O Trybunale Konstytucyjnym] Nieznośna lekkość ocen. Polemika z Adamem Czarnotą*, „Kultura Liberalna” 2016, nr 394, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/>

I nawet jeśli brakuje nam nieraz jasności, jak przełożyć te prawdy na konkret politycznej i prawnej praktyki, wydają się one szczególnie ważne w aktualnym kontekście dyskusji nad odbudową praworządności w naszym kraju. Tym bardziej, że w debatach na ten niezwykle istotny temat dominuje (niestety) zbyt wąskie jego ujęcie. Uczestnicy dyskusji – w większości, z natury rzeczy, juryści – skupiają się bowiem na pytaniu o działania niezbędne dla przywrócenia formalnie zgodnego z prawem funkcjonowania poszczególnych instytucji, wyrażonych przez rządy Zjednoczonej Prawicy. Tymczasem samo zapewnienie legalności działania takich organów, jak Trybunał Konstytucyjny czy Krajowa Rada Sądownictwa, choć konieczne, zdecydowanie nie wystarczy, aby realnie odbudować państwo prawa. Ograniczenie się do tych kwestii oznaczałoby niewyciągnięcie najważniejszych wniosków z wyzwania, jakimi w ostatnich latach były populistyczne rządy. Byłaby to próba leczenia objawów choroby zamiast jej przyczyn.

2. Wyjaśnienia kryzysu państwa prawa

Aby możliwa była odbudowa porządku konstytucyjnego opartego na rządach prawa, niezbędne jest zarówno zrozumienie źródeł kryzysu wywołanego przez rząd PiS, jak i diagnoza rzeczywistego stanu, w jakim obecnie się znajdujemy. W szczególności, należy spytać o społeczną wiarygodność idei państwa prawa i mającego ją reprezentować wymiaru sprawiedliwości. Kwestie te zostały dość dobrze rozpoznane przez nauki społeczne

kulturaliberalna.pl/2016/07/28/wojciech-sadurski-adam-czarnota-polemika-tk/ (dostęp: 3.10.2023); M. Krygier, [*Spór o Trybunał Konstytucyjny*] *Prawo potrzebuje obrońców*, „Kultura Liberalna” 2016, nr 396, <https://kulturaliberalna.pl/2016/08/12/krygier-czarnota-polemika-trybunal-konstytucyjny/> (dostęp: 3.10.2023).

w ostatnich latach⁵. Ponieważ jednak w aktualnych dyskusjach problemy te nie są dostatecznie akcentowane, grozi nam przesłepienie najważniejszych pytań. A bez odpowiednich pytań nie sposób znaleźć właściwych odpowiedzi.

Wyjaśnienia źródeł polskiego kryzysu konstytucyjnego można podzielić na dwie zasadnicze grupy, koncentrujące się albo na celowych działaniach konkretnych aktorów (np. liderów partyjnych), albo na głębszych uwarunkowaniach społecznych. Ta teoretyczna dystynkcja między *actor-orientation* oraz *structure-orientation* pokrywa się przy tym z grubsza z rozróżnieniem wyjaśnień „podażowych” i „popytowych” w naukach politycznych⁶. Zgodnie z pierwszą, przyczyn kryzysu należy się dopatrywać przede wszystkim w działaniach polityków Zjednoczonej Prawicy⁷ – powodowanych zarówno osobistymi

⁵ Zob. np. M. Krygier, *The challenge of institutionalisation: Post-communist “transitions”, populism, and the rule of law*, „European Constitutional Law Review” 2019, t. 15, nr 3, s. 544–573, doi: 10.1017/S1574019619000294; R. Markowski, *Creating authoritarian clientelism: Poland after 2015*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, t. 11, s. 111–132, doi: 10.1007/s40803-018-0082-5; K. Muszyński, P. Skuczyński, *Constitutional drift – Exploring the deeper roots of polish constitutional crisis*, „iCourts Working Paper Series” 2023, nr 328, s. 1–24; M. Pichlak, *Sytuacja autorytarna i rządy prawa: Socjologiczno-prawne wyjaśnienia kryzysu konstytucyjnego*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, t. 43, nr 1, s. 173–183, doi: 10.19195/2300-7249.43.1.11; G. Skąpska, *Od „legalnej rewolucji” do kontrrewolucji. Kryzys konstytucjonalizmu liberalno-demokratycznego w Polsce*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2017, t. 110, s. 65–81, doi: 10.19195/0137-1134.110.5; J. Winczorek, K. Muszyński, *The access to justice gap and the rule of Law crisis in Poland*, „Zeitschrift Fur Rechtssoziologie” 2022, t. 42, nr 1, s. 5–42, doi: 10.1515/zfrs-2022-0002.

⁶ Por. Markowski, *Creating Authoritarian...*, op. cit., s. 118.

⁷ Tak np. W. Sadurski, *Polski kryzys konstytucyjny*, Liberté, Warszawa 2020, s. 253. Jest to ogólnie rozpowszechniony pogląd wśród przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego.

obsesjami i uprzedzeniami liderów, jak i całkiem racjonalnym, choć cynicznym przeświadczeniem, że osłabienie niezależności sądownictwa jest koniecznym warunkiem budowy choćby na poły autorytarnego systemu władzy.

Wyjaśnienia tego typu są zasadne, jednak niewystarczające. Zapoznają bowiem fakt, że działania politycznych aktorów podejmowane były w określonym kontekście społecznym, który okazał się podatnym gruntem dla populistycznej rewolty. Politycy działali więc w zastanych ramach, a do pewnego stopnia czynili z nich strategiczny użytek. Jak więc zauważa Krygier, nie powinno się w tym wypadku oddzielać od siebie „aktorów” i „struktury”. Aktorzy bowiem prowadzą zawsze swoją grę w obrębie struktur społecznych, na które w tym wypadku składają się przede wszystkim społeczne postawy wobec idei rządów prawa i instytucji wymiaru sprawiedliwości. „Czerpią oni” – stwierdza Krygier o populistycznych liderach – „ze zinstytucjonalizowanych źródeł przywiązania, niechęci i postaw wobec instytucji publicznych oraz ich reform, ale starają się także je ożywiać, rozwijać, kształtować, zniekształcać i wykorzystywać”⁸. Z tym właśnie mieliśmy do czynienia w Polsce – i dlatego (od)budowa praworządności musi dotyczyć także owych „głębokich struktur”: zakorzenionych w instytucjach schematów działania oraz postaw społecznych wobec nich.

3. Czego wymaga odbudowa rządów prawa?

Odbudowa rządów prawa nie może polegać na prostym powrocie do stanu zbliżonego do tego sprzed 2015 r. Jest to niemożliwe co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, sam ten stan był daleki od ideału. Wymiar sprawiedliwości doświadczał wielu problemów

⁸ Krygier, *The challenge...*, op. cit., s. 562–563.

organizacyjnych, a próby ich rozwiązania realizowano w sposób, który przez środowisko sędziowskie był odbierany bardziej jako dyscyplinowanie niż wsparcie⁹. Z kolei z perspektywy obywateli sądownictwo jawiło się jako instytucja nieprzyjazna, nieprzewidywalna i niefunkcjonalna¹⁰. Powszechnie wiadomo, że jeszcze przed dojściem PiS do władzy poziom zaufania do sądów był dramatycznie niski. Mniej znany jest być może fakt braku zaufania, jaki w stosunku do stających przed nimi obywateli okazywali wówczas sami sędziowie, deklarujący niewiarę w to, że ktokolwiek jest skłonny ich słuchać¹¹. W ten sposób dysfunkcjonalność instytucjonalna oraz społeczne postawy nieufności pozostawały w sprzężeniu zwrotnym i wzajemnie się wzmacniały¹².

Po drugie, nawet gdyby powyższy opis uznać za przesadzony lub jednostronny, osiem lat rządów PiS gruntownie przeorało świadomość społeczną. Wiele mitów na temat wymiaru sprawiedliwości – jeśli takie rzeczywiście istniały – upadło¹³. Wiara

⁹ W. Żurek, *Czy sama Konstytucja wystarczy, by obronić niezawisłość sędziów i niezależność sądów?*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2015, nr 4, s. 116–130.

¹⁰ Winczorek, Muszyński, *The access to justice...*, op. cit., s. 24–25, 30–31.

¹¹ M. Kurkchian, *Comparing legal cultures: Three models of court for small civil cases*, „Journal of Comparative Law” 2010, t. 5, nr 2, s. 169–194.

¹² Obraz ten należałoby jednak nieco zniuansować na podstawie danych porównawczych. O ile efektywność i jakość polskiego wymiaru sprawiedliwości – choć dalekie od ideału – nie odbiegają od przeciętnej dla krajów unijnych, o tyle Polska (wraz z Chorwacją) jest „liderem” pod względem braku zaufania w niezależność sądów. Może to sugerować, że czynniki polityczne i symboliczne odgrywają większą rolę w kształtowaniu poziomu zaufania niż rzeczywisty stan organizacyjny i jakość wymiaru sprawiedliwości. Por. Komisja Europejska, *The 2022 EU Justice Scoreboard*, Publications Office of the European Union, Luksemburg 2022, doi: 10.2838/819957.

¹³ Por. H. Dębska, T. Warczok, *Sakralizacja i profanacja. Trybunał Konstytucyjny jako struktura mityczna*, „Państwo i Prawo” 2018, nr 5, s. 63–74;

w apolityczność sądownictwa została podważona, a jego autorytet zszargano. Proces ten zdaje się dotyczyć przede wszystkim Trybunału Konstytucyjnego, którego społeczna ocena trwale zniżkuje od początku 2016 r., a rekordowe spadki notuje od czasu niesławnego orzeczenia „aborcyjnego” w sprawie K1/20¹⁴. W przypadku sądów powszechnych sprawa jest bardziej złożona, jako że można uznać, iż na ich społeczny odbiór oddziaływały w tym okresie wzajemnie przeciwstawne czynniki: z jednej strony – rosnące przeświadczenie o ich upolitycznieniu, z drugiej – uznanie dla części środowiska sędziowskiego, w trudnych czasach dowodzącej swojej niezależności. Wskutek tego, ocena pracy sądów pozostała na zasadniczo niezmiennym poziomie¹⁵. Odnotować należy jednak dość wyraźny spadek wiary w ich niezależność¹⁶.

W tych okolicznościach nie wystarczy kilka legislacyjnych interwencji – choćby nie wiadomo jak pomysłowych – aby powrócić do prawniczego *bussines as usual*. Aby się o tym przekonać, wystarczy prosty eksperyment myślowy: wyobraźmy sobie, że Trybunał Konstytucyjny przywrócono do stanu niebudzącego wątpliwości prawnych od strony formalnej, dublerów zastąpiono przez legalnie wybranych sędziów i wyłoniony został nowy prezes. Scenariusz, w którym zabiegi te wystarczają dla przywrócenia Trybunałowi wiarygodności, a jego legitymacja przestaje być kwestionowana, wydaje się skrajnie mało prawdopodobny. Odnowa TK jako konstytucyjnie legitymowanej instytucji

A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4, s. 3–14.

¹⁴ Centrum Badań Opinii Społecznej, *Oceny działalności instytucji publicznych we wrześniu. Komunikat z badań*, nr 122/2023, CBOS, Warszawa 2023.

¹⁵ Centrum Badań Opinii Społecznej, *Społeczne oceny wymiaru sprawiedliwości. Komunikat z badań*, nr 95/2022, CBOS, Warszawa 2022.

¹⁶ Komisja Europejska, *The 2022 EU Justice...*, op. cit., s. 40–41.

wymaga znacznie dalej idących kroków, w istocie „wymyślenia go na nowo” – choć oczywiście takie wymyślenie, wobec braku perspektyw na wyłonienie się w Parlamencie większości konstytucyjnej, musi mieścić się w przewidzianych przez ustawę zasadniczą ramach.

Stąd też błędem jest ograniczanie dyskusji tylko do zabiegów technicznych, które miałyby przywrócić prawne *status quo ante*. Takie działania są, powtórzę, konieczne, jednak dalece niewystarczające. Rządy prawa nie są bowiem sumą technicznych rozwiązań prawnych, ale społecznym ideałem, wymagającym także ugruntowania pozaprawnego¹⁷. Potrzebna jest zatem, jak powiedziałby wybitny socjolog prawa Philip Selznick, ich „instytucjonalizacja”, czyli wpisanie w siatkę społecznych przekonań, wartości i interakcji¹⁸. Sensem tego ideału w najszerszym ujęciu jest doświadczenie przewidywalności i niearbitralności władzy, które, z jednej strony, pozwala darzyć prawo zaufaniem, z drugiej zaś zapewnia podległemu mu obywatelowi poczucie bycia szanowanym. Jak zauważył swego czasu Krygier – z którego interpretacji rządów prawa czerpię tu najmocniej – jeśli ten podstawowy cel nie jest osiągnięty, wszelkie szczegółowe rozwiązania prawne mające wynikać z zasady praworządności zostają pozbawione sensu¹⁹.

¹⁷ Tak w wielu swoich tekstach Martin Krygier; zob. np. M. Krygier, *Cztery pytania o rządy prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część I*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 2, s. 5–19; idem, *The challenge...*, op. cit.

¹⁸ P. Selznick, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, University of California Press, Berkeley 1992, s. 231–234. Zob. też: Krygier, *The challenge...*, op. cit., s. 549–554; M. Pichlak, *Refleksyjność prawa. Od teorii społecznej do strategii regulacji i z powrotem*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2019, s. 107–112.

¹⁹ Krygier, *Cztery pytania...*, op. cit., s. 9–12.

4. Praktyczne i symboliczne aspekty rządów prawa

Z tego wszystkiego wynika prosty, choć niełatwy w realizacji wniosek: rzeczywista (od)budowa państwa prawa w Polsce wymaga zmian idących znacznie dalej niż dotychczas postulowane. W odniesieniu do wymiaru sprawiedliwości, będącego jednym z najważniejszych reprezentantów i gwarantów państwa prawa²⁰, zmiany te powinny się przy tym dokonać na co najmniej trzech różnych poziomach.

Pierwszy poziom obejmuje praktyczne zmiany w organizacji i funkcjonowaniu wymiaru sprawiedliwości. Jest to potrzeba najbardziej oczywista i szeroko akceptowana – co nie oznacza, rzecz jasna, że łatwa do przeprowadzenia. W istocie, wydaje się zagadnieniem niemal równie trudnym i politycznie niewdzięcznym jak reforma służby zdrowia. Bez realnego usprawnienia pracy sądów trudno jednak myśleć o przekonaniu Polaków do tego, że rządy prawa są dla nich faktycznie czymś istotnym czy potrzebnym. Przy czym, oprócz nowelizacji prawa, niezbędne są także znacznie trudniejsze reformy organizacyjne, wraz z kadrowym i finansowym wzmocnieniem sądów. Poziom ten obejmuje również to, na co wpłynąć najciężej, mianowicie – wzorce kulturowe i instytucjonalne nawyki. Choć w tych obszarach widać pewne pozytywne zmiany (rozpoczęte jeszcze przed 2015 r.), polskie sądy wydają się nadal obciążone nadmiernym formalizmem i rytualizmem. Takie reformy musiałyby się oczywiście dokonywać w ścisłej współpracy ze środowiskiem samych sędziów – które zresztą, za pośrednictwem np. Stowarzyszenia Sędziów Polskich Iustitia, deklaruje taką gotowość.

Poziom drugi jest równie istotny, a wiąże się z potrzebą symbolicznej odbudowy wiarygodności wymiaru sprawiedliwości.

²⁰ O roli parlamentu w tym zakresie pisze w niniejszej książce W. Zomerski (s. 85).

W tym celu jest niezbędne, by wprowadzane reformy nie ograniczały się wyłącznie do zapewniania większej efektywności, ale uwzględniały też szerszy horyzont. Adam Czarnota słusznie wskazywał w tym kontekście na konieczność wzmocnienia demokratyzacji sądów i odpowiedzialności (*accountability*) sędziów²¹. Do odbudowy utraconego zaufania konieczne jest również dokonanie czytelnej dla obywateli sanacji, zaproponowanie „nowego początku” – nawet, jeśli ten początek będzie procesem rozłożonym w czasie. Wymaga to zarówno wyobraźni, jak i społecznego słuchu, który nie był dotąd niestety pierwszą z cnót środowisk prawniczych. Pozostaje pytanie o możliwe wydarzenie, które miałoby dostateczną doniosłość i merytoryczną, i symboliczną, aby ustanowić mocną podstawę odnowy. Warunki takie wydaje się spełniać przede wszystkim instytucja referendum powszechnego, stąd też wart rozważenia jest pomysł jego organizacji. W pierwszej kolejności powinno ono przy tym objąć kwestie ukształtowania Trybunału Konstytucyjnego czy Krajowej Rady Sądownictwa – instytucji, z jednej strony, najważniejszych dla zapewniania standardów państwa prawa, z drugiej zaś – najbardziej w ostatnich latach upolitycznionych i skompromitowanych²².

Mimo wszystkich możliwych zastrzeżeń wobec tego instrumentu, a także negatywnych doświadczeń ostatnich lat w tym zakresie, referendum pozostaje dostępnym w polskim porządku – i mającym silne, konstytucyjne ugruntowanie – środkiem zwiększenia udziału obywateli w kształtowaniu ustroju i polityki państwa²³. Może więc przyczyniać się do realizacji

²¹ Czarnota, [*Reforma sądów*] *Ruch w kierunku...*, op. cit.

²² Te kryteria spełniają również media publiczne, które jednak wychodzą poza zakres zainteresowania niniejszego opracowania koncentrującego się wyłącznie na wymiarze sprawiedliwości.

²³ Por. K. Kaleta, *Bezpośrednia partycypacja obywateli w polityce konstytucyjnej (wyzwania i ograniczenia)*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5, s. 3–24.

przywoływanych na początku niniejszego tekstu postulatów podnoszonych m.in. przez Jubilata. Może także zapewnić większą niż w przypadku zwykłych ustaw trwałość przyjętych rozwiązań, stabilizując tym samym ustrój prawny – to jednak temat na osobną dyskusję. Przy czym, aby faktycznie mogło odegrać taką pozytywną rolę, musi spełniać kilka warunków, spośród których wskażę tu tylko wybrane.

Po pierwsze, referendum powinno dotyczyć jedynie ogólnych zasad, wyznaczających model funkcjonowania wskazanych instytucji. Rozwinięcie tego modelu musiałoby się dokonać na drodze ustawowej. Po drugie, co oczywiste, referendalne rozstrzygnięcia muszą mieścić się w konstytucyjnie dopuszczalnych ramach. Po trzecie, konieczne jest, aby samo referendum zostało poprzedzone społeczną debatą, zapewniającą odpowiedni poziom deliberacji i minimalizującą ryzyko politycznej instrumentalizacji inicjatywy przez liderów partyjnych. Obiecującym rozwiązaniem w tym zakresie jest tzw. panel obywatelski, który pozwala połączyć decydentów politycznych, ekspertów i reprezentatywną grupę obywateli. Panel taki mógłby np. odpowiadać za przygotowanie propozycji poddanych następnie pod rozstrzygnięcie w referendum powszechnym²⁴. Jak dowodzą doświadczenia zarówno rodzime²⁵, jak i zagraniczne, taka

²⁴ Zob. Fundacja Stocznia, *Kilka powodów, dla których panel obywatelski pomógłby w referendum*, 28.11.2023, <https://naradaoenergii.pl/kilka-powodow-dla-ktorych-panel-obywatelski-pomoglby-referendum-czyli-o-tym-co-partycypacja-obywatelska-ma-do-zaoferowania-w-czasach-kryzysu-uchodzczonego-oraz-o-tym-jak-demokracja-bezposrednia-i-p/> (dostęp: 29.11.2023).

²⁵ Zob. zwł.: Fundacja Stocznia, *Podsumowanie ogólnopolskiego panelu obywatelskiego o kosztach energii*, Fundacja Stocznia 2022, <https://partycypacjaobywatelska.pl/strefa-wiedzy/biblioteka/publikacje/podsumowanie-ogolnopolskiego-panelu-obywatelskiego-o-kosztach-energii/> (dostęp: 29.11.2023).

forma stwarza szansę wypracowania społecznie zrozumiałych rozwiązań nawet złożonych problemów – w tym także wymagających reform instytucjonalnych (przeprojektowanie systemu wyborczego – kazus kanadyjski)²⁶ lub zmian konstytucyjnych (kazus irlandzki)²⁷.

5. Społeczne doświadczenie rządów prawa

Obok praktycznych oraz symbolicznych zmian w wymiarze sprawiedliwości pozostaje jednak jeszcze poziom trzeci – równie istotny jak dwa poprzednie, a dostarczający wyzwań największych. Chodzi tu o uspołecznienie zasady rządów prawa, czyli jej wyjście poza tradycyjne mury sądów, parlamentu czy rządu. Aby bowiem obywatele mogli oswoić się z tą ideą, potrzebują doświadczać jej i ćwiczyć się w jej stosowaniu wszędzie tam, gdzie istnieją relacje podległości władzy. Nieprzewidywalna i arbitralna władza jest bowiem równie dojmująca w każdym kontekście: w wykonaniu urzędnika, przełożonego w pracy, wykładowcy na uczelni czy lekarza w szpitalu²⁸. We wszystkich wymienionych sytuacjach bywa nawet ważniejsza niż w przypadku ministra czy sędziego, jako doświadczana bardziej wprost i na

²⁶ M. E. Warren, H. Pearce (red.), *Designing Deliberative Democracy. The British Columbia Citizens' Assembly*, Cambridge University Press, Cambridge 2008.

²⁷ D. M. Farrell et al., *The effects of mixed membership in a deliberative forum: The Irish constitutional convention of 2012–2014*, „Political Studies” 2019, t. 68, nr 1, s. 54–73, doi: 10.1177/0032321719830936.

²⁸ Jednym z pierwszych badaczy, który skłonny był postrzegać problematykę rządów prawa w tak szerokim kontekście, był Philip Selznick; zob. M. Pichlak, *Ideał legalności w koncepcji prawa Philipa Selznicka*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. 120, cz. 1, s. 74, doi: 10.19195/0137-1134.120.6.

co dzień²⁹. Dopóki więc w tych różnych obszarach idea rządów prawa pozostaje nieobecna, żyjemy w warunkach „przepełnionego obywatelstwa”, doświadczając tego ostatniego jedynie od święta, w dni powszednie pozostając zaś w kondycji poddanych. Grozi to szczególnym przypadkiem rozdzielenia jaźni. Państwo, któremu zależy na rozwijaniu postaw obywatelskich, powinno więc aktywnie wspierać (co niekoniecznie znaczy: narzucać) przenikanie zasady rządów prawa w te różne sfery codziennego doświadczenia. Tylko wtedy obywatele będą mieć szansę wyrazić jej znaczenie – i być może uznać ją za wartość obrony na przyszłość.

²⁹ Por. M. Krygier, *Cztery zagadki o rządach prawa: Dlaczego? Co? Gdzie? I kogo to obchodzi? Część II*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2012, nr 2, s. 9–12.

Część II

Konstytucjonalizm
i rządy prawa na rozdrożu

Part II

Constitutionalism
and the rule of law
at a crossroads

Mateusz Stępień

Mapping basic typologies of constitutionalism: cleaning the Augean stable

1. Introduction

For decades, the concept of constitutionalism garnered limited attention in Poland. While it existed in legal discourse and even judgments, especially those of the Constitutional Tribunal, as one of the principles underlying the constitution, and some scholarly works touched upon the subject, it did not hold a prominent position in discussions. After 1989, in Polish discourse constitutionalism conveyed a specific set of aspirational values, emphasising the supremacy of the constitution, the division of powers, and the protection of human rights. In some ways, the lack of more comprehensive approaches to its genealogy and meaning has limited the space available for critical studies in this field, hindering the vitality of the concept. Jeremy Waldron astutely highlights the necessity to approach constitutionalism critically. He warns that, devoid of critical and polemical voices, it risks devolving into ‘a prejudice clinging accidentally to a form of words that once conveyed something interesting and controversial’¹.

¹ J. Waldron, ‘Constitutionalism: A Sceptical View’, *NYU School of Law, Public Law Research Paper* 10–87 (2012), 1.

Waldron highlights the peril of constitutionalism transforming into an ‘empty slogan’.

What is called constitutional crisis in Poland has, to some extent, altered the landscape of interest in the concept of constitutionalism. Initially sparked in 2015 by controversies surrounding the appointment of judges to the Constitutional Tribunal, the crisis has evolved to encompass a broader context². It involves scrutinising the constitutionality of laws in light of the implementation of the principle of people’s sovereignty. Ultimately, it entails reflecting on *de facto* changes in the principles of the political system through scattered statutory acts and the ineffectiveness of tools for the separation of powers in various spheres. The discourse surrounding these fundamental issues has thrust constitutionalism into the spotlight, making it a crucial concept increasingly invoked in public sphere debates.

Against this background, the paper aims to map the basic meanings associated with the concept of constitutionalism, which will be accomplished by attempting to typologise them³. A preliminary examination of the leading works in the field already reveals significant differences, not only in the emphasis placed but also in the adopted core meanings. Mapping understandings of how constitutionalism is perceived serves as an element in building awareness of the diversity of meanings associated with it. It marks the initial step in endowing the concept with greater intellectual depth. The proverbial ‘Augean stable’,

² See: W. Sadurski, *Poland’s Constitutional Breakdown* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

³ Some attempts to clarify the concept of constitutionalism are presented in the following texts: T. C. Grey, ‘Constitutionalism: An Analytical Framework’, in: J. R. Pennock and J. W. Chapman (eds.), *Constitutionalism* (New York: New York University Press, 1979); G. Sartori, ‘Constitutionalism: A Preliminary Discussion’, *American Political Science Review* 56 (1962), 853–864.

i.e., the cacophony of meanings associated with constitutionalism, requires some tidying up. It is not ideal when an important concept, for some, even the most crucial for organising the legal basis for the functioning of the state, operates as unexplained and labile. Moreover, cleaning this ‘Augean stable’ may help further distil what constitutes the core of constitutionalism or at least supplement the debates on how it should be understood.

Using the method of building models compiled into typologies assumes certain simplifications of the discussions and employed understandings of constitutionalism. However, such a procedure brings a synthetic vision that is needed to ‘see the issue from a bird’s eye view’. It is also impossible to take into account all proposed understandings of constitutionalism and approaches to it. In such a case, it is necessary to limit the investigations to the most characteristic ones, however constantly remembering the influence of the researcher’s place in determining which proposals have such a value. Moreover, obviously the presented typologies are not mutually exclusive⁴.

⁴ The paper does not delve into the discussion about the ‘legal’ and ‘political’ readings of constitutionalism, as the literature on this topic is extensive, continually expanding, and strongly embedded in the complex relationship between law and politics. Interestingly, Adam Czarnota strongly argues for ‘political’ constitutionalism but providing critical references to his thoughts on this matter would be too extensive and would require referring to some basics in terms of the law and political matrix; see: M. Stambulski and A. Czarnota, ‘Janusowe oblicze konstytucjonalizmu’, *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem* 11/1 (2019), 8–17; A. Czarnota, ‘Constitutional Correction as a Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe’, *Hague Journal on the Rule of Law* 11/2–3 (2019), 397–406.

2. Basic typologies

2.1. Ideocentric and empirical approaches

The first typology is based on differences in the *genus proximus* adopted in the definitions of constitutionalism. Due to this basic criterion, one can distinguish ideocentric and empirical approaches.

According to the former, constitutionalism is a certain idea, doctrine, or even ideology concerning the standards of acquiring and exercising political power. The ‘-ism’ in the name indicates that it is a kind of theory or doctrine. Waldron notes that this simple fact implies that constitutionalism should be understood as a specific ‘political theory’ consisting of a set of theoretical arguments⁵. In classical approaches, it was a concept covering the arguments for a certain structure of the state. However, nowadays, it is increasingly treated as a kind of meta-concept, providing reasons and guidelines ready to be implemented at levels beyond and below the state organisation (hence the emergence of what is called global and social constitutionalism). The normative character of the concept of constitutionalism allows for assessing whether the programmes and practices are in compliance with it and also designing new solutions, reforms, and institutions. According to a sample of typical ideocentric definitions, constitutionalism is: ‘is the doctrine that governmental power and the majority rule should be constrained by individual rights and a system of checks and balances, codified in a formal constitution’⁶; ‘the theory of limited government and it is

⁵ Waldron, ‘Constitutionalism...’, op. cit., 45.

⁶ N. Berggren and N. Karlson, ‘Constitutionalism, Division of Power, and Transaction Costs’, *Public Choice* 117/1–2 (2003), 99.

concerned mainly with the norms which modern constitutions should contain⁷.

Meanwhile, in empirical approaches, constitutionalism is seen as a specific social praxis, an implemented practice of governance. Sometimes, its core is even the state of public consciousness of the provisions of the constitution. Close to such empirical understandings is treating constitutionalism as a description or generalisation of what takes place in the sphere of operation of institutions, interpretations, constitutional jurisprudence, as well as social consciousness in this area. From this perspective, constitutionalism is a complex social sector related to the constitution considered in action⁸.

For example, Albert Venn Dicey used a descriptive and generalising understanding of constitutionalism. In the preface to the *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, he wrote about English, French, and American constitutionalism as different governance practices, considered in the aspect of limiting political power⁹. In turn, Robin West, showing the popular approach in the US, wrote about conservative and progressive constitutionalism, having in mind the empirical transformations of the paradigms of constitutional interpretation¹⁰. David Feldman understood constitutionalism as the (real) way of thinking of a given group on a certain topic. In his opinion, the definition of

⁷ M. Loughlin, 'What is constitutionalisation?', in: P. Dobner and M. Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 55.

⁸ Adam Czarnota seems to be close to this kind of thinking about constitutionalism; see: A. Czarnota, 'Populist Constitutionalism or New Constitutionalism', *Krytyka prawa. Niezależne studia nad prawem* 11/1 (2019), 43–55.

⁹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London: Macmillan, 1885).

¹⁰ R. West, 'Progressive and Conservative Constitutionalism', *Michigan Law Review* 88/4 (1990), 641.

constitutionalism covers the attitudes of constitutional actors¹¹. In this understanding, constitutionalism is grounded in the commitment to a certain method of publicly and rationally justifying decisions and actions. It is a kind of attitude towards a certain way of life. John Elster wrote quite similarly, in a psychologising spirit. For him, constitutionalism is ‘a general propensity to abide by constitution and judicial review’¹². It is difficult not to notice the unorthodox nature of this approach to constitutionalism.

2.2. Robust and thin approaches

The second typology revolves around the degree of specificity in the elements that constitute constitutionalism. Considering variations in detailing its distinctive features, two primary approaches emerge: the broad and the thin.

According to the widely accepted version of the robust approach, often considered classic, the hallmark of constitutionalism lies in the limitation of political power, often with marginal references to the purpose of this limitation¹³. It enables the acknowledgment of the pluralism of various types of constitutionalism throughout history. From this perspective, it becomes meaningful to discuss ‘modern’ constitutionalism, acknowledging at the same time the existence of non-modern forms and leaving room for the development of new forms. The most frequently mentioned elements limiting political power include:

¹¹ D. Feldman, ‘Which in Your Case You Have Not Got: Constitutionalism at Home and Abroad’, *Current Legal Problems* 64/1 (2011), 223.

¹² J. Elster, *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints* (New York: Cambridge University Press, 2000), 99.

¹³ See a brilliant introduction to this topic: A. Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism* (Budapest: Central European University Press, 1999).

(1) the rule of law, (2) the division of power, and (3) the existence of a higher order. As they are the subject of vast and differently-framed discussions, only some illustrative examples will be shown of each way of protecting the limitation of power.

Referring to the first one, Charles Howard McIlwain emphasises that ‘constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; its opposite is despotic government, the government of will instead of law’¹⁴. McIlwain’s understanding of law was broad, allowing for it to be unwritten, and customary, without the need for a separate constitution. Law, in this context, is a universal and institutionalised normative order limiting the arbitrary will of those in power. However, many authors find the division of power as a basic feature of constitutionalism. This approach is exemplified by Carl J. Friedrich’s authoritative statement that ‘the division of power is the basis of civilized governments. This [is] the meaning of constitutionalism’¹⁵. In this vein, inherent deeply in James Madison’s project, the division of power becomes a most fundamental and inalienable tool for limiting political power. This perspective is shared by various authors who differ in details (how the division is to be implemented, on how many branches, what is the role of ‘balancing’ or ‘cooperating’ between powers, etc.). Regarding the third tool, the existence of a higher order restricting the actions of those in power, there are both natural-law thinking and approaches that do not require sacral references. In the context of natural law thinking,

¹⁴ Ch. H. McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern* (Ithaca: Cornell University Press, 1947), 21–22.

¹⁵ C. J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* (Harvard: Blaisdell Publishing, 1968), 5. Often ‘checks and balance’ are seen as the essence of constitutionalism; see: N. Krisch, *Beyond Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 69–103; C. J. Ville, *Constitutionalism and Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Funds, 1989).

the thesis about what is called Christian ‘medieval constitutionalism’ is often repeated, emphasising the limiting role played by a higher, supra-phenomenal normative order (or rather assuming that it exists). However, it is possible to consider the human rights regime and human dignity as this supra-empirical realm that provides the fundamental limitation for such power.

On the other hand, according to thin approaches, limiting political power (interpreted as the operation of an organised system that restricts power or aims to achieve a state of affairs that power limitation protects) may be, at most, a necessary but certainly not sufficient condition for defining constitutionalism. Additional requirements are formulated in this regard, which must be met to characterise constitutionalism. These requirements may include, for example, the existence of a specific type of constitution or the functioning of institutions aimed at controlling the constitutionality of legal acts, or usually the whole pack of measures. For instance, Dieter Grimm outlines five essential features of constitutionalism¹⁶: (1) the presence of a constitution, (2) the existence of constitutional norms intended to regulate the establishment and exercise of public authority, (3) the existence of exhaustive regulation in this regard, (4) a situation in which constitutional law has its source in the people as a higher law, and (5) ensuring that regulations contrary to it have no legal force. Grimm’s understanding of constitutionalism considerably narrows the meaning of the concept, but at the same time, what is not recognised by him is still open to accommodate different arrangements that will fit into these requirements.

¹⁶ D. Grimm, ‘The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World’, in: Dobner, Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism...*, op. cit., 9.

2.3. Negative and positive approaches

According to the next typology, one can distinguish between negative and positive approaches. This division is based on the nature of the expected effects of the tools associated with constitutionalism. These effects may consist of preventing certain states of affairs (negative constitutionalism) or ensuring that others will occur (positive constitutionalism).

In the case of negative constitutionalism, the functioning of various solutions central to constitutionalism primarily results in the limitation of political power, often directly linked to the protection of human rights, especially minority rights. Negative constitutionalism has a 'preventive' effect – limiting arbitrary power (or the dictate of the majority), imposing certain restrictions on the realisation of political power, or, in alternative approaches, narrowing the scope of decision-making and excluding certain topics from legislative discussion. In this approach, constitutionalism is designed to minimise the occurrence of specific states of affairs. This pressure aligns with the fundamental goals of constitutionalism, rooted in Europe's historical fight against absolutism and the establishment of guarantees for negative freedom.

Several authors have argued against the understanding of constitutionalism solely as a preventive tool. For instance, Stephen Holmes emphasises the need to view the aims of constitutionalism also in the real for creating something. He asserts that liberal-democratic constitutionalism provides tools for organising the state, making it stronger, more effective, and allowing the community to govern itself¹⁷. Holmes advocates for the

¹⁷ S. Holmes, 'Liberalism for a World of Ethnic Passions and Decaying States', *Social Research* 61/2 (1994), 607. See: N. W. Baber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 1–9.

term ‘positive constitutionalism’, which highlights the ability to enable certain states to occur, not merely to prevent others from happening¹⁸. In the same vein, Jeremy Waldron aligns with this perspective, highlighting that constitutionalists sometimes overlook the fact that constitutions establish institutions that enable people to cooperate and coordinate to implement their projects, which they could not do on their own¹⁹.

From this angle, constitutionalism is also linked to the creation of a stable infrastructure of state power. While recognising the importance of preventing certain states of affairs, constitutionalism is intended to expand the scope of sound governance, establish stable governance networks, and formulate infrastructure for problem-solving. Constitutionalism has a ‘positive’ effect, introducing a new quality into the governance process, offering new opportunities, and bringing about certain states of affairs. However, it is worth noting that even self-limitation at the level of acquiring and exercising political power strengthens the political community and is associated with generating certain states of affairs. Thus, ‘positive’ and ‘negative’ constitutionalism are not mutually exclusive; these effects coexist to a large extent and can be seen as two sides of the same coin. One could argue that constitutionalism addresses the timeless problem of establishing a government with sufficient real power to achieve shared community goals while structuring and controlling the governance process to minimise oppression and violations of fundamental rights²⁰.

¹⁸ S. Holmes, ‘Constitutionalism’, in: S. M. Lipset (ed.), *The Encyclopedia of Democracy*, vol. 1 (London: Routledge, 1995), 299–306.

¹⁹ Waldron, ‘Constitutionalism...’, op. cit., 20.

²⁰ It interestingly resonates with Sajo’s remark that constitutionalism is simultaneously a ‘constitutionalism of fear’ and a ‘constitutionalism of hope’; Sajo, *Limiting Government...*, op. cit., 9.

2.4. Exclusive and inclusive approaches

The next typology is rooted in different approaches to the sources, roots, place, and time of the emergence of constitutionalism. Exclusive approaches link the genesis of constitutionalism to the specific development trajectory of Western civilisation, often asserting exclusivity of these processes. Some argue that there is only one constitutionalism, organically growing in the West, viewing the spread of constitutionalism as the emulation of Western solutions. For instance, Dieter Grimm, mentioned earlier, sees constitutionalism emerging in the 18th century as a specialised system for exercising public power and democratic experimentation. In certain conditions, constitutionalism has emerged in the form of interconnected elements that cannot be disintegrated without risking the loss of their normative force.

Conversely, in line with the inclusive approach, it is possible that different types of constitutionalism or at least proto-constitutionalism have developed in various periods and places. This perspective allows for the possibility of, for example, Chinese or Islamic constitutionalism, which is not limited to the reception and slight modification of the Western model²¹. This approach seeks the semantic core of constitutionalism while maintaining cultural differentiation.

The plurality of constitutionalism is also recognised in the Western tradition. Michael W. Dowdle discusses different conceptualisations of constitutionalism that emerged in the West, distinguishing among them the liberal one²². Dowdle argues

²¹ These topics finally have gained widespread attention, and the enormously broad literature has embraced the new fields of interest. It is impossible to provide even the basic references here.

²² M. W. Dowdle, 'Constitutional Listening', *Chicago-Kent Law Review* 88 (2012), 116; see also: M. W. Dowdle and M. Wilkinson, *Constitutionalism Beyond Liberalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

against relying on a specific example of the ‘constitutional imagination’, cautioning that it results from focusing on a liberal definition of constitutionalism and predetermined institutional structures. According to Dowdle, different types of constitutionalism other than liberal are possible and worth considering. It opens the search for exploring various ‘constitutional ideas’ of political communities and expressions of unique development paths²³.

In turn, from the perspective of culturally-driven differentiation of the character of different constitutionalisms, Larry C. Backer acknowledges that constitutionalism is associated with a common set of goals, achieved in different ways based on the foundational presuppositions that shape dominant ideologies in a given context²⁴. He describes the ‘great diversity of constitutionalism’ resulting from these foundational differences. Backer’s approach does not prescribe a particular form of governmental organisation or a single system of substantive values through which constitutionalism can be expressed, leading to the occurrence of incompatible and even, as Backer points out, clashing constitutionalism²⁵.

²³ *Ibidem*, 155.

²⁴ L.C. Backer, ‘From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems’, *Pennsylvania State Law Review* 113/3 (2009), 110. Earlier, Backer developed the concept of ‘theocratic constitutionalism’; see: *idem*, ‘Theocratic Constitutionalism: An Introduction to a New Global Legal Ordering’, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 16/1 (2006), Article 5.

²⁵ Backer, ‘From Constitution to Constitutionalism...’, *op. cit.*, 112.

2.5. Structural and functional approaches

Structural approaches to constitutionalism, which are typical in the field, identify elements (tools), often related to the organisation and implementation of political power, that together form a kind of pack or toolkit. This can be viewed as a list of measures intended to achieve and protect certain states of affairs, which often are treated as implicit but strong emphasis is put on the conditions leading to their realisation. The following elements are often presented as needed within the ‘packs’: the rule of law, protection of human rights, functioning of constitutional review, separation of powers, independent judiciary, constitution with certain characteristics, etc. However, this approach shifts attention to the tools of constitutionalism, neglecting adequate analyses of other its values and goals.

As a response to recognising the limitations of the structural approach, mostly the focusing on details and losing the bigger picture, functional approaches emerged, focusing on the desired and expected consequences related to the governance system rather than specific tools. According to functional approaches, constitutionalism is a reflection on the set of desired effects of the governance process, with tools considered only secondarily²⁶. This shift in focus directs attention to the states of affairs considered ‘at the output’ or the effects of the functioning of certain tools. Such an understanding opens up space for exploring new ways of achieving desired states, new institutional arrangements, moving beyond reliance solely on well-known methods, tools, and imaginaries related to them.

²⁶ S. L. Elkin, ‘Constitutionalism: Old and New’, in: S. L. Elkin and K. E. Soltan (eds.), *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society* (Chicago: University of Chicago Press, 1993), 20–38; Feldman, ‘Which in Your Case You Have Not Got...’, op. cit., 33.

3. Conclusion

The presented five typologies only begin the task of mapping and systematising various understandings of constitutionalism. In a sense, this also raises interesting questions about the ‘saturation’ of particular types in academic and public discussions and changes in this regard (for example, a shift toward the strengthening of the popularity of inclusive constitutionalism). Thus, these simple typologies also provide tools for analysing the discourse on constitutionalism²⁷. Moreover, another important issue is that offering a map of how constitutionalism is differently understood can help develop ways of discussing constitutionalism and its elements that go beyond the interest of a tight group of specialists. One of the most pressing needs, considering the successes of (neo)authoritarian regimes, is to better communicate the basic features of political organisation encapsulated in abstract ideas to laypeople. To talk about constitutionalism in a more inclusive and widespread manner, one has to clarify some basics.

²⁷ See: M. Stępień, ‘Conceptualizations of Constitutionalism in Recent China’s Debates: Preliminary Typologies’, in: J. Wardęga (ed.), *China – Central and Eastern Europe* (Kraków: Jagiellonian University Press, 2016).

Michał Stambulski

Constitutional populism beyond the liberal framework. Adam Czarnota's programme for sociology of constitutions

1. Introduction. Populism *ad portas peripheriae*

Recent years in Central and Eastern Europe have been marked by a period of populist governments implementing or attempting constitutional transformations. Mainstream constitutionalism has rejected and critically evaluated these attempts. In Poland, during the 2015–2023 Law and Justice (PiS) government, the result was an unprecedented mobilisation of the legal community at both the national and EU levels. This mobilisation included a range of activities such as protests, public lectures, media interventions or strategic litigation before national and European courts. It was led by representatives of the legal elite – lawyers with strong academic capital and a history of holding top judicial positions. These events have also given rise to a broad research strand under the label ‘rule of law crisis’ and ‘democratic backsliding’ in the country.

Against this background, Adam Czarnota's work shows methodological and metatheoretical distinctiveness. His academic output stands in contrast to the dominant liberal paradigm and confronts the following problem: how to analyse populism in

its constitutional dimension without simply subsuming such an analysis under dominant, the ideological categories of ‘good’ and ‘bad’ constitutionalism? It is significant because Czarnota’s writings indicate that there are strong connections between the epistemic and pragmatic dimensions of law. Legal knowledge has the power to legitimise social orders by presenting them as a normative necessity. Populism, on the other hand, is a delegitimation movement that grows out of real problems and experiences of exclusion in contemporary democratic societies. So simply dismissing populism as incompatible with the requirements of liberal democracy would mean simultaneously abandoning its democratising potential. Although Czarnota’s texts on constitutionalism and populism fall within the broad concept of social theory of law and do not contain strictly empirical quantitative studies they form a coherent programme of sociological constitutional studies. This essay attempts to sketch out this programme against the backdrop of its critical stance towards dominant liberal constitutionalism.

Two preliminary remarks are needed. The first one concerns the ground for the development of this programme. Just as context matters for the study of law, so too does context matter for the study of legal theories. Therefore, being aware of the extreme reductionism of such a view, I would like to point to two aspects of Czarnota’s biography that may have played a role in the formation of his approach: his dissident political experience in communist Poland and his professional trajectory from the periphery to the global legal academy. Czarnota belongs to a generation of Polish intellectuals who were connected to and active in the Solidarity movement and who had high hopes for liberalism, but knew it more from books and abstract concepts than from real, everyday institutional solutions. For some of this generation, the experience of implementing liberal postulates in their neo-liberal version of 1990s Poland was an opportunity to

a critical examination of the relationship between liberal ideas and social reality. 'We were stupid', as one of those intellectuals famously put it¹. Furthermore, Czarnota's professional academic trajectory includes a transition from a globally provincial university in Poland to one of the leading Anglo-Saxon academic centres in Australia. It is not only a story of personal success but also an experience of the diversity of approaches to law and its teaching and an opportunity to observe relations of centres and peripheries in global legal knowledge chains. It also gave him the opportunity to reflect on the role of the academy and education in transferring, sustaining, and legitimising constitutional institutions. These experiences add up to what Enzo Traverso has described as a 'hermeneutics of distance'², i.e., having resources from different hermeneutic systems and using them to describe each other, which makes it possible to obtain novel framework. Czarnota dual positioning inside and outside liberalism, within and beyond mainstream constitutional academia, translates into the novelty of his analyses.

The second remark concerns the fact that I have had the pleasure of knowing Adam Czarnota for many years. The dialog and collaboration with him have influenced my own thinking about law and legal theory. This creates an obvious bias that will be met by a critical question about the limits of his programme. And knowing Adam, I have the certainty that he values nothing more than critical engagement. Therefore, in its entirety, this essay is a kind of theoretical 21-gun salute for a friend and a teacher, recognising his contribution to contemporary legal thought that has been patiently built up over many years of passionate commitment to the democratisation of constitutional thinking.

¹ M. Król, *Byliśmy głupi* (Warszawa: Czerwone i Czarne, 2015).

² E. Traverso, *Historia jako pole bitwy*, trans. Ś. F. Nowicki (Warszawa: Książka i Prasa, 2014), 259–270.

2. Cracking the liberal constitutional framework

Contemporary populist movements are set apart from earlier ones by a move away from legal nihilism and greater investment in exploiting the transformative possibilities of law, especially in its constitutional form³. Czarnota points out that contemporary populists take the law ‘seriously’. This stems from the recognition of law as ‘a source of legitimate power and institution coordinating community life’⁴. The aim of populism is performative. Using the ‘back to the heartland’ or ‘make the country great again’ argument, indicating the return to some idealised and sentimentalised past, populist politicians want to change the shape and content of the political community⁵. The institutions of law, with their legitimising power, seem a convenient vehicle for such transformations.

Representatives of liberal constitutionalism⁶ recognise the transformative dimension of populism as a threat. This is evidenced by dramatic terms such as ‘illiberalism’, ‘democratic backsliding’, and ‘authoritarian regression’. Czarnota points out that these terms do not carry much cognitive value, being ‘labels’ rather than an empirically-oriented study of the content and mechanisms of various populisms. They do, however, have

³ M. Krygier, ‘Introduction’, in: M. Krygier, A. Czarnota, and W. Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 1–24.

⁴ A. Czarnota, ‘Populist Constitutionalism or New Constitutionalism’, *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem* 11/1 (2019), 47

⁵ Ch. R. Kaltwasser and P. Taggart, ‘Dealing with populist in government: a framework for analysis’, *Democratization* 23/2 (2016), 206.

⁶ In Czarnota’s work, Kim Lane Scheppele, Larry Diamond, David Landau, and Wojciech Sadurski, among others, are included as representatives of liberal constitutionalism. What these scholars have in common is a critical view of populism that is oriented towards its delegitimation as a destructive way of exercising power in democratic societies.

a certain meta-political and ideological content. They are delimitating the populist constitutional form from the liberal-democratic constitutionalism, which is considered exemplary and universal. These are speech acts of academic discourse directed at delegitimising populism (meta-politics) and reinforcing liberal universalism (ideology). The universalism of liberal constitutionalism is founded on a progressive vision of history – the liberal vision of the community is the only rational one, so ultimately, each society will choose it as its own. The universalism and progressivism of liberal constitutionalism mean that there is no reasonable alternative to it. This universalism is sustained by a system and practices of constitutional knowledge: embodying this knowledge in the academic curriculum and textbooks makes it common legal sense.

Czarnota points to a tension in this strand of reflection on the constitution. On the one hand, liberal constitutionalism adopts a normative vision of a well-established community that should be universally accepted and promoted. On the other hand, it makes use of constitutional comparativism, which forces it to recognise constitutional pluralism, at least as a description of the reality within which different visions and possible agreements of a constitutional community exist. Using and going beyond Czarnota's considerations, we can point out that the solution to this tension is institutional formalism. It is true that institutions such as courts, parliaments or bills of rights look different in different countries, but they are the same institutions. Principles such as 'separation of powers', 'constitutional complaint', 'independence of the judiciary' are forms that can be applied in any latitude. This allows global research attention to shift from their socially entangled and hard-to-reach local content to formalised and framed procedures and interrelationships in legal language. The fulfilment of these principles can be scaled, measured, and compared and then placed on a single numerical line from the

countries implementing these principles the most to those implementing them the least. This line is political because it creates a hierarchy of 'more' and 'less' liberal countries. Therefore, the liberal constitutionalism becomes a legal constitutionalism: normative discourse, based on strong universalism and related hierarchies, equipped with the performative power of legitimacy.

This construction raises two related problems: one political, the other epistemological. The first one is global, the second more local. The former concerns the democratic legitimacy of legal authority, or rather the lack of it. The semantic openness of the legal text, the possibilities of instrumentalising legal reasoning, and the juridification of politics and social conflict mean that legal authority in the conditions of contemporary democratic society is constantly confronted with the question of the basis of its legitimacy. The latter problem concerns the ways in which constitutional decisions are justified. Formalism has become widespread in the Central and Eastern Europe⁷, with a tendency to present constitutional decisions as a result of a deductive process of extracting objective meaning from the text. This attitude diminishes the importance of lawyers and their moral dispositions. Since the meaning of the constitution is objective and based on intersubjective technical methods of interpretation, the person of the lawyer (lawyer, judge, or scholar) can be removed from constitutional equations. Constitutional judges do not influence their outcome, they only act as 'conduits' for the textual meaning. The problem is that in the Central and Eastern European region, formalism as a doctrine went hand in hand with the opposing practice of using constitutional reasoning as a tool for social transformation. It resulted in the stretching of

⁷ P. Cserne, 'Discourses on Judicial Formalism in Central and Eastern Europe: Symptom of an Inferiority Complex?', *European Review* 28/6 (2020), 880–891.

concepts such as the ‘rule of law’ or the discourse of rights as gateways to the introduction of liberal constitutional schemes, which went way further than their semantic, core meaning. Both problems indicate that the more liberal constitutionalism turns to legal form, the more it takes the shape of formalised constitutional rules, the more these rules themselves become political and contested. This is the soil on which contemporary constitutional populism grows.

3. Where is ‘the People’?

Liberal constitutionalism avoids the problem of ‘the People’ by treating it as a necessary fiction. It is a subject that is logically necessary for the activation of the constitutional system⁸ but which, once established, can be set aside. Except for ‘constitutional moment’ which, however, may be of more interest to historians or political scientists than lawyers. There is an epistemological difference here. Access to the constitution requires knowledge of the constitution which can only be obtained through formal and long-term legal training. The people should be excluded from everyday life of liberal constitutions. In his interventions, Czarnota points to this displaced exclusionary dimension of liberal constitutionalism, which conditions the possibility for the emergence of populism. The normative background to his reflection is a democratic commitment to the placement of constitutional agency in the society. This shift from lawyer-as-owner to society-as-source of the constitution places Czarnota outside mainstream liberalism and influences his different perspective. For example, in considering the notion of ‘abusive constitutionalism’,

⁸ M. Loughlin, ‘The concept of constituent power’, *European Journal of Political Theory* 13/2 (2014), 231–233.

he points to the problem posed by adopting a lawyerly yardstick for assessing constitutional change:

The abuse involves making changes, the nature of which is against the nature of liberal-democratic constitutionalism. Society is then the originator of such changes. It is not the military or some elites who force the changes through. Constitutional changes stem from changes taking place in society itself [...]⁹.

However, a critical question arises here: how does Czarnota know 'society' or 'the people'? It is not clearly indicated. There is little reference to quantitative data such as opinion polls in Czarnota's work. Even if there were, it would raise the question of the relationship of such indices to constitutional subject. In the passage referred to, the reference point is the results of democratic elections. This indicator is also questionable because of the contested link between the act of voting itself and the expression of the popular will. It seems that Czarnota is shifting the position of the notion of 'the People' from the domain of liberal fiction to the domain of empirically-oriented conceptualisations. This movement is the core of his programme of sociology of constitutions and determines its subject matter. At least two interpretations are possible here: essentialist and methodological. The first consists in an essentialist view of the people as a real and knowable subject. The problem with this interpretation is that it structurally reflects the populist discourse it seeks to describe. Placing any constitutional authority in the essentialist people entails a moral valorisation – the people are good and cannot be wrong. Such

⁹ A. Czarnota, 'Constitutional Correction as Third Democratic Revolutionary Moment in Central Eastern Europe', *Hague Journal on the Rule of Law* 11/2–3 (2019), 402.

a reflection on the constitution thus becomes a ‘populist constitutionalism’ that legitimises the moves of populist politicians. Just as liberal constitutionalism in its legalistic form legitimises the privileged position of lawyers as ‘mouthpieces of the constitution’, populist constitutionalism would equate the people with populist politicians making them the expressors of the collective will. In the process constitutional thought loses its critical edge. The second interpretation is processual and methodological. Because ‘the People’ is elusive to a direct examination in its constitutional dimension, it can only be known by the transformative traces it leaves behind. This approach would require a softer ontology than the liberal or populist mentioned above. ‘People’ as the source of constitutional authority is not a noun but a verb denoting the continuous creation and transformation of legitimate institutions. At the same time, there is no single privileged actor with permanent authority to control this process. Moreover, because of the values of pluralism and democracy, it can be problematic for this process to become too formalised and for one social group – the legal or political elite – to gain a dominant position in it. The populist moment can be seen thus as one of the many links in this process that must be measured by the redistributive changes it brings¹⁰.

4. Conclusion. Role of the elites and democratising constitutional knowledge

Research programme embodied in Adam Czarnota’s work does not succumb to ritualistic condemnations of populism, especially in the one in Central and Eastern Europe. At the same

¹⁰ A. Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism – Democracy, Identity and Economic Exclusion’ in: Krygier, Czarnota, and Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism...*, op. cit., 495–505.

time, Czarnota does not want to legitimise populism as ‘good’ or ‘fully-fledged’ constitutionalism. His approach is sociological – instead of an evaluation, he is interested in a description. His analyses focus on the social conditions of the possibility of populism in the form of inequality and the undemocratic potential of constitutional practice preceding populism. In Czarnota’s optics, it is liberal constitutionalism as a political and academic practice that should be studied on a par with populism. I argue that it extends the exploratory potential of his concepts. By problematising the notion of the people and undermining its fictional (in a liberal context) character, Czarnota opens constitutionalism to the political. ‘The People’ is directly unattainable and, therefore, always represented. However, no constitutional representation covers its totality. The attention of the constitutional researcher should, therefore, also be directed to the construction of this representation and social groups controlling this process. It allows to formulate the question about the role of legal elites and their knowledge in the construction of constitutional institutions. Also, in this way, ‘the People’ and their will can become an empirical research object. Constitutionalism has a chance to become a space for conceptualising different visions of the constitutional subjectivity and agency. Such a constitutional discourse has the potential to be more inclusive, and thus, more resistant to the populist challenges arising in the future of democratic societies.

Jakub Hudský, Anna Śledzińska-Simon

Two populisms in CEE
or how to wake up an angry citizen?
Notes from research
on reproductive rights¹

1. Introduction

Adam Czarnota played a very important role in the Wrocław academic community, teaching us how to become respectful critics of the law and public institutions. Out of gratitude for his contribution to our academic development, we dedicate this paper to him. Our aim is to reflect on his thesis suggesting that populism leads to the hatching of new constitutional arrangements and the effective redesign of liberal-democratic constitutionalism in Central and Eastern Europe². This diagnosis, announced in 2017, has proven to be true. Populism in the region has led to a challenge to the liberal model of constitutionalism and public criticism of the courts, including constitutional courts. The consequence of this critique was, above all, the replacement of

¹ The paper is the result of our collaboration within the research project no. UMO-2021/41/B/HS5/01421 funded by the National Science Centre in Poland.

² A. Czarnota, 'Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?', *Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem* 11/1 (2019), 27.

political, economic, and cultural elites as well as the introduction of rhetoric intended to legitimise the new elites.

The emergence of a new populist constitutional debate in Central and Eastern Europe, using the tenets of political constitutionalism, has actually narrowed the gap between the constitution and citizens and created channels for a dialog with citizens³. However, paradoxically, as the example of Poland shows, the rapprochement of citizens with the constitution only occurred as an angry reaction to the abuses of populist power, consisting above all in the partisanship of public institutions and the instrumental treatment not only of the law but also of citizens. This observation requires the caveat that the rapprochement between the constitution and the people manifested in political (anti-populist) mobilisation occurred only where a populist government planned to take over institutions established to protect fundamental rights (and succeeded to do so) or abrogated those rights⁴.

In this paper, we argue that populism can appear simultaneously in two forms. First of all, populism can manifest itself as a set of ideas, and is hence a type of ideology⁵. Secondly, it is a specific political practice and, therefore, a *modus operandi* without a substantive content⁶. In our view, only populism

³ A. Czarnota, 'The Constitutional Tribunal', *Verfassungsblog*, 3 June 2017, <https://verfassungsblog.de/the-constitutional-tribunal/>

⁴ An example from outside Central and Eastern Europe is the political mobilisation against changes in the functioning of the Supreme Court introduced by the Netanyahu government in Israel.

⁵ Cf C. Mudde, 'Populist Zeitgeist', *Government and Opposition* 4 (2009), 543; D. Albertazzi and D. McDonnell, *Introduction: The Sceptre and the Spectre*, in: D. Albertazzi and D. McDonnell (eds.), *Twenty-First Century Populism: The Spectre of Western European Democracy* (New York: Palgrave Macmillan, 2008), 5; P. Taggart, *Populism* (Buckingham and Philadelphia: Open University Press, 2000), 5.

⁶ P-A. Taguieff, 'Political Science Confronts Populism: From a Conceptual Mirage to a Real Problem', *Telos Journal* 103 (1995), 9; E. Laclau,

occurring as an ideology has the property of awakening citizenry. We show this distinction on the example of the populist approach to reproductive rights in Poland, Hungary, and the Czech Republic.

2. Two faces of populism

Populism as a dualistic phenomenon entails two different elements of social and political reality – an ideology and a *modus operandi*⁷. Populism-ideology has a specific material content and can, therefore, be compared to any other ideology, such as liberalism, socialism or communism. However, the substance of populist ideology is not easy to grasp, because it does not present as a coherent view of society and state as other well-known ideologies. In fact, to all questions about, for example, law or social justice populism offers one rather simple and attractive answer pointing to the supreme voice of the people. Ideologic populists assume that the absolute power rests with the people and shall be exercised without any significant limitations⁸. As a result, populism-ideology rejects the liberal ‘rules of the game’ and tends to dismantle constitutional checks and balances, and other procedural constraints that limit the power of the majority⁹.

‘Populism: What’s in a Name?’, in: F. Panizza (ed.), *Populism and the Mirror of Democracy* (London and New York: Verso, 2000), 32.

⁷ In-depth analysis of this distinction form the core of Jakub Hudský’s doctoral thesis. See also: J. Hudský, ‘Dualistyczny charakter pojęcia “populizm”’, *Przegląd Prawa Publicznego* 2 (2021), 17–26.

⁸ C. Mudde and C. R. Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction* (New York: Oxford University Press, 2017), 81.

⁹ A. Sajó, *Ruling by Cheating: Governance in Illiberal Democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), 7; Mudde and Kaltwasser, *Populism...*, op. cit., 81.

The second tenet of populism-ideology is the belief that there is an inevitable and constant struggle between the elites and the people. Moreover, ideological populists believe that this clash is of an agonistic nature. In this respect, they (more or less consciously) follow the critical theory of Chantal Mouffe, who argues that ‘[d]emocratic consensus can be envisaged only as a conflictual consensus’¹⁰. In this perspective, the will of the people can only become apparent through conflict (opposition) with the elites.

In contrast, populism-*modus operandi* is merely a strategy for gaining and maintaining power, a rhetoric or style of taking action¹¹. In this sense, it has no substantive content and can serve to implement assumptions of any ideology. Populism-*modus operandi* is focused strictly on effectiveness, which can be achieved in two courses of political action. The first is to emphasise the contrast between the ‘people’ and the ‘elite’. The standard populist narrative in this regard is that only the people constitute the true sovereign and elites are corrupt or hostile. The second course of action of populism-*modus operandi* is anti-pluralism¹². By adopting this strategy, populists proclaim that only they can grasp the will of the ‘true’ people, and so, only they can politically represent it properly.

The theoretical distinction outlined above is also relevant to political practice. There are some factions adhering to ideological tenets of populism, which also use the populist *modus operandi* to achieve their illiberal goals. Examples of such parties are Law and Justice (PiS) in Poland or Fidesz in Hungary. However, there are also some factions using populist rhetoric to achieve

¹⁰ Ch. Mouffe, *The Challenge of Carl Schmidt* (London and New York: Verso, 1999), 4.

¹¹ Taguieff, ‘Political Science...’, op. cit., 9.

¹² J-W. Müller, *What is Populism?* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006), 3.

political (not necessarily illiberal) goals. An example is the ANO movement in the Czech Republic.

3. Populists and the people

In populist optics, the people are the only source of legitimate power, but, at the same time, they set the limits of its exercise. While such a claim seems a democratic 'standard', a populist perspective assumes a particular way of determining what the people really want. Populists accept that *vox populi* may be manifested through elections (referendums) but they are also perfectly aware that it can reveal itself through a popular revolt.

Populists believe that the people will inevitably raise their voices if government decisions are radically different from their actual will. They know that if they do not listen to the raised *vox populi*, they will cease to be populists and become autocrats. Therefore, the correct understanding of the concept of the people in the above context points to the section of society whose voice is strong enough to influence power through elections (referendums) or mass resistance.

Adam Czarnota was right in arguing that populist constitutionalist discourse reduces the distance between the constitution and citizens and promotes participatory democracy¹³. However, they do it in an unexpected way. Populists are sensitive to those forms of popular dissatisfaction, which can threaten (or at least affect) their political position. They will, therefore, ignore protests with a few participants or of negligible importance (treating them as a manifestation of the dissatisfaction of the outraged elites) but will listen to expressions of popular discontent that may influence their position or change the balance of political

¹³ Czarnota, 'Populistyczny konstytucjonalizm...', op. cit., 39.

power. In this sense, for populists, the sovereign is not only the people who form the political majority in parliament but also the street protesters who mobilise against their too far-reaching actions.

4. Populism and reproductive rights

The following section describes the approach of populist governments to women's rights, particularly, their reproductive rights in Poland, Hungary, and Czechia. Other studies addressing this relationship note that '[...] whether populism is inherently harmful for women's human rights as mediated through international courts depends, at least in part, on populism's approach to women's human rights, or what "the people" believe about the contours of women's rights'¹⁴. In our view, populism as a *modus operandi* approaches women's rights in line with the party's chosen ideology, which may be feminism itself. Populism-ideology, on the other hand, approaches this issue as part of the struggle between the elite and the people. Interestingly, the division between populism-ideology and populism-*modus operandi* is a more adequate characterisation here than the traditional division between right and left-wing populism.

Taking Law and Justice and Fidesz parties as illuminating examples, it can be demonstrated that ideologic populists, first of all, treat women's rights instrumentally, and do not hesitate to take away their once-recognised rights. They do this in isolation from social consensus and the results of opinion polls. However, they are sensitive to mass protests, unless their scale is small. Ideologic populist believe that the discontent of the elites is not

¹⁴ N. Grossmann, 'Populism, International Courts, and Women's Human Rights', *Maryland Journal of International Rights* 35/1 (2021), 112

a threat to their power as long as they still have the support of the ‘real people’, and thus, legitimacy to rule. However, if they lose the support of the real people who demonstrate against a particular law or decision, they are likely to withdraw from their course of action. In comparison, populism-*modus operandi* is based primarily on populist rhetoric. Importantly, it is sensitive to public consensus and tries not to undermine it. Thus, it is closer to public opinion and what people actually want¹⁵.

The populist government, led by Law and Justice party, took a course to restrict Poland’s existing abortion law back in 2016. The government backed a civic bill introducing a total ban and criminalisation of abortion¹⁶. Passing of the ‘Stop Abortion’ bill for work in a parliamentary committee, while at the same time, rejecting another civic bill liberalising abortion (‘Save Women’ bill), so appalled public opinion that the largest mass protests since 1989 ensued. The events of ‘Black Protests’ were organised by the grassroots movement Women’s Strike across the country, in 147 Polish cities and towns¹⁷. The disgruntled citizens’ mood is illustrated in a statement by one demonstrator: ‘Those in power

¹⁵ An example from Western Europe is Spain’s Podemos. Cf P. Caravantes, ‘Tensions between Populist and Feminist Politics: The Case of the Spanish Left Populist Party Podemos’, *International Political Science Review* 42/5 (2021), 601. In 2022, Podemos supported the new law liberalising access to abortion, <https://www.agenziaiova.com/en/news/Spain-government-approves-the-reform-of-the-abortion-law/> (accessed: 20 December 2023).

¹⁶ E. Korolczuk et al. (eds.), *Bunt kobiet. Czarne Protesty i Strajki Kobiet* (Gdańsk: Europejskie Centrum Solidarności, 2022), 7, https://www.ecs.gda.pl/library/File/nauka/e-booki/raport/ECS_raport_buntkobiet.pdf, accessed: 13 December 2023).

¹⁷ J. Grondecka, ‘Czarny Protest’, *Archiwum Osiatyńskiego*, 15 October 2018, <https://archiwumosiatynskiego.pl/alfabet-buntu/czarny-protest/> (accessed: 13 December 2023).

[*władza*] went over the top and something broke in us¹⁸. After a wave of strong public discontent, the ‘Stop Abortion’ bill was rejected by the parliamentary committee in October 2016¹⁹.

In the second round, the government once again played the abortion card to distract public attention from other political and social issues. In 2017, a civic bill banning eugenic abortion (the ‘Halt Abortion’ bill) was tabled but was not referred to the plenary until 2019²⁰. In April 2020, work on it resumed, which again triggered social protests despite the pandemic. Ultimately, the draft was rejected²¹.

In the third round, the government decided to refer, through a motion by their deputies, to the Constitutional Tribunal to examine the constitutionality of the statutory premise permitting abortion where ‘prenatal testing or other medical indications point to a high probability of severe and irreversible foetal disability or an incurable disease threatening the life of the foetus.’ The Tribunal ruled as requested by the applicants, declaring this provision unconstitutional²². The scale of the protests

¹⁸ B. Hall, ‘Gendering Resistance to Right-Wing Populism: Black Protest and a New Wave of Feminist Activism in Poland?’, *American Behavioral Scientist* 63/10 (2019), 50.

¹⁹ Cf. the history of the legislative process of the ‘Stop Abortion’ bill: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=784> (accessed: 13 December 2023).

²⁰ Cf. the history of the legislative process of the ‘Halt Abortion’ bill: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=36> (accessed: 13 December 2023).

²¹ According to polls, a majority of Poles opposed the changes. Cf. M. Chrzczonowicz, ‘Polacy za prawem do aborcji w przypadku nieuleczalnej choroby płodu. Wyborcy PIS też [SONDAŻ IPSOS]’, OKO.press, 28 December 2018. Available at: <https://oko.press/polacy-za-prawem-do-aborcji-przypadku-nieuleczalnej-choroby-plodu-wyborcy-pis-tez> (accessed: 13 December 2023).

²² Judgment of 22 October 2020, Case no. K 1/20.

was powerful, despite ongoing restrictions on public assemblies due to the epidemic. The government's response was to delay the publication of the ruling, putting a question mark on its binding nature²³. Eventually, the judgment was published and resulted in a drastic restriction of access to abortion, a *de facto* total ban²⁴.

In Hungary, the populist government of Victor Orbán first promoted the anti-abortion campaign 'Let me live' and then adopted a new constitution stipulating the protection of the life of the foetus from the moment of conception²⁵. As András Pap observes: '[t]he new social contract of the Orbán regime was neither solicited or was it put up for an approval in a transparent democratic pre-approval or a referendum. More strikingly, its constitutionally framed and cemented value preferences regarding intimate citizenship are not evidently supported by values and life-style choices endorsed by Hungarians'²⁶. Although the government has not decided to alter the abortion law, it has introduced a significant restriction aimed at triggering emotions in women seeking an abortion that could make them change their decision. According to the decree issued by the Prime Minister 'women seeking abortion will be obliged to listen to the foetal heartbeat before they can access the procedure [...]'²⁷. From a women's rights perspective, the decree significantly restricted women's autonomy in the sphere of reproductive rights.

²³ R. Mańko, 'Exceptio Popularis: Resisting Illiberal Legality', in: R. Mańko et al. (eds.), *Law, Populism and the Political in Central and Eastern Europe* (Oxon: Birkbeck Law Press, 2024), 116.

²⁴ European Parliament Resolution of 11 November 2021 on the first anniversary of the de facto abortion ban in Poland (2021/2925(RSP)).

²⁵ Fundamental Law of Hungary, adopted on 18 April 2011, Article II.

²⁶ J. Fiala-Butora, A. L. Pap, and A. Śledzińska-Simon, "Intimate Citizenship" and Illiberalism: Lessons from Hungary, Poland, and Slovakia, *Anti-Discrimination Law Review* 2018, no. 1, 42.

²⁷ W. Strzyżyńska, 'Hungary Tightens Abortion Access with Listen to "Foetal Heartbeat" Rule', *The Guardian*, 13 September 2022.

However, it was not met with significant opposition. A demonstration against the new abortion laws was held a few days after its release but the number of protesters was just slightly over 1,000, which was completely irrelevant from a populist perspective²⁸.

These two cases perfectly illustrate how ideologic populists 'seek' the will of the real people. In the first case, Law and Justice supported a citizens' bill banning abortion, in line with its original political direction. However, when it became clear that a sufficiently strong social group (that could threaten the populist government) opposed the proposed changes, the ruling party treated this voice as *vox populi* and withdrew its support for the bill. The Hungarian example, on the other hand, shows that an insufficiently strong public opposition is not a threat to populists and as such will not be treated as an emanation of the will of the people.

In contrast, the Czech populists' approach to reproductive rights is markedly different from that of the populists in Poland or Hungary. Populists from the ANO movement did not take any steps to introduce legislative changes to abortion laws in the Czech Republic, respecting the existing social consensus on the issue. Moreover, Prime Minister Andrej Babiš never addressed the abortion issue during his time in government (2017–2021). This approach is due to the nature of the ANO movement. It is made up of centrist populists who present themselves as an apolitical alternative to the traditional parties. Andrej Babiš's main political appeal has been the effective management and running of the state as a family business²⁹. In this sense, the ANO move-

²⁸ K. Than an A. Hudson, 'Hungarians Protest Change in Abortion Rules', *Reuters*, 28 September 2022.

²⁹ During a radio interview in 2020, Prime Minister Andrej Babiš said that, thanks to the coronavirus, he could finally fulfil his dream and run the state like a family business (available at: <https://www.idnes.cz/zpravy/>

ment, despite its populist *modus operandi*, is liberal in terms of ideology³⁰.

Although the Czech populists did not intend to introduce direct restrictions on reproductive rights, their narrative includes references to ideologic populists in that matter. In his book *Sdílejte než to zakáží!*, Prime Minister Babiš states ‘we need more children’³¹ and praises the ‘pro-family’ policy introduced by Victor Orbán. He even says that the Czech people ‘should be inspired by Hungary’³². However, Babiš’s reasons for emphasising the need to increase the birth rate are quite different from those of his Hungarian counterpart. Babiš is not concerned about the protection of human life as such but about the economic consequences of the falling birth rate. In his previous book *O čem sním, když náhodou sním*, Andrej Babiš explains the negative economic situation caused by the falling birth rate in the following passage: ‘If we have a slightly higher birth rate, we will not have to deal with anything. There will be enough people to work. The state will have the means for decent pensions and will easily take care of anyone for whom fate has not been kind’³³.

domaci/koronavirus-babis-ridit-stat-jako-firmu-statni-kasa-rozpocet. A200507_095250_domaci_remy, accessed: 13 December 2023).

³⁰ The famous Czech philosopher and commentator, Václav Bělohradský, noted that the government led by Andrej Babiš was pro-European and that Babiš himself is a liberal politician (available at: <https://dvojka.rozhlas.cz/vaclav-belohradsky-v-debatach-o-duvere-vlade-prekvapoval-apokalypticky-ton-7577354>, accessed: 25 December 2023).

³¹ A. Babiš, *Sdílejte, než to zakáží* (Prague, 2021), 46. Available at: <https://www.sdilejteneztozakazou.cz/>

³² Ibidem, 48.

³³ A. Babiš, *O čem sním, když náhodou spím* (Prague, 2017), 43. Available at: <https://www.anobudelip.cz/file/edee/2017/o-cem-snim-kdyz-nahodou-spim.pdf>

5. Conclusion

This contribution focused on the populists' stance on the people from the perspective of reproductive rights. We show that both Law and Justice in Poland and Fidesz in Hungary have introduced restrictions in abortion law against the existing social consensus on abortion or the socially perceived need to liberalise abortion law. On the other hand, ANO politicians in Czechia use a populist *modus operandi* to achieve goals that are not necessarily consistent with populist ideology. Their leader has not addressed abortion issues because they are not part of his liberal agenda. These examples confirm that there are two categories of populists – those for whom populism is an ideology, the public sphere is a struggle between elites and the people, and protests can only really threaten their power if it is massive; and those who adhere to other ideologies but use populism-*modus operandi* to achieve goals arising from other ideological assumptions.

Małgorzata Kiwior-Filo

Między konstytucjonalizmem a populizmem – kilka uwag o słabości włoskiej demokracji w okresie międzywojennym

1. Wstęp

Refleksja dotycząca demokratycznego ładu, jego stabilności gwarantowanej przez prawo i instytucje, podejmowana w rozmaitych kontekstach była, i nadal pozostaje, przedmiotem dyskusji oraz polemik nie tylko wśród „fachowców”: naukowców i intelektualistów, lecz także w środowiskach, którym problemy życia społecznego nie są obojętne. Znając twórczość dostojnego Jubilata, prof. Adama Czarnoty, można śmiało powiedzieć, że przynależy on do jednej i drugiej kategorii. Jako badacz wrażliwy na zmiany systemowe, prawne, socjologiczne, zawsze podkreślał ważność i wartość demokracji oraz rządów prawa, twierdząc, że „trzeba zrobić wszystko, co możliwe, by zaangażować obywateli zarówno w obronę prawa i jego instytucji, jak i jego krytykę, jeśli akurat jest to konieczne”¹.

¹ A. Czarnota, [O Trybunale Konstytucyjnym] *Rozpoznanie i kura-cja. W odpowiedzi Wojciechowi Sadurskiemu*, „Kultura Liberalna” 2016, nr 394, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/29/adam-czarnota-wojciech-sadurski-polemika-tk/> (dostęp: 2.08.2024).

Niniejszy tekst traktuje m.in. o słabości włoskiego antyfaszyzmu, uniemożliwiającej skuteczną opozycję wobec reżimu Benito Mussoliniego, który podważył konstytucjonalizm monarchii włoskiej i skutecznie „zagospodarował” instytucje, wypełniając życie społeczne „nową polityczną wiarą”. Choć doświadczenie faszyzmu włoskiego należy już do historii, to postulat obywatelskiego zaangażowania pozostaje dla obrony wolności, prawa, instytucji i demokracji, jako przeciwwagi wobec „totalitarnej pokusy”, wciąż aktualny. W tym przesłaniu upatruję pewną zbieżność prezentowanych refleksji ze stanowiskiem Jubilata jako badacza transformacji, zachęcającego do namysłu i odważnego podążania w stronę tego, co człowiekowi służy.

Okres międzywojenny, nie tylko we Włoszech, to burzliwy czas wychodzenia z wojennej zawieruchy, współtworzenia nowego ładu i geopolitycznych „konstelacji”, umacniania państwowości bądź, jak w przypadku Polski, jej odbudowy, ale też – mierzenia się z nowymi wyzwaniem. Doświadczenie Wielkiej Wojny zachwiało międzynarodowym ładem, kładąc się cieniem na funkcjonowaniu państw i pogrążonych w kryzysie społeczeństw. Dla Italii, która w okresie *Risorgimento* z trudem budowała zręby unitarnego państwa, tragiczne wojenne dziedzictwo pogłębiło dawne podziały polityczne, wzmocniło pragnienie sprawiedliwości („ziemia dla chłopów”), a wysuwane przez rozgoryczonych kombatantów żądania „spłaty patriotycznego czeku” znalazły wyraz w populistycznym przekazie ruchu faszystowskiego rodzącego się w powojennym chaosie. Włochy stanęły „na progu rewolucji”². Faszyzm, który skonsolidował społeczne niezadowolenie, niespełna cztery lata po zakończeniu

² J. A. Gierowski, *Historia Włoch*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1986, s. 556; por. F. Chabod, *Włochy współczesne 1918–1948*, tłum. B. Sieroszevska, Czytelnik, Warszawa 1966, cz. I, s. 7–48.

wojny (w październiku 1922 r.), sięgnął po władzę, ustanawiając nowy typ dyktatury³.

Pomimo zwycięskiej dla Włoch wojny i pokonania historycznego rywala Austro-Węgier, w sytuacji powojennego kryzysu zakwestionowano podstawy państwa liberalnego. Włoskie społeczeństwo karmione mitem „kalekiego zwycięstwa” podważyło liberalne instytucje, które – podobnie jak sama monarchia – cieszyły się respektem i w zasadzie nienaruszone przetrwały wojnę. Wówczas nie zdawano sobie jeszcze sprawy ani z groźnego „fenomeny”, jakim okazał się faszyzm, ani z potęgi „faszystowskiej rewolucji”, która zanegować miała dotychczasowe zasady, odrzucając pluralizm, legalizm i praworządność na rzecz dyktatury monopartii, kierowanej przez nieomylnego wodza⁴. „Fenomen” faszyzmu polegał m.in. na tym, że posługując się populistyczną narracją, zdołał zyskać szerokie poparcie zasadniczo wśród wszystkich warstw społecznych, a zarazem podważyć, w zasadzie zaś zanegować, tradycję włoskiego konstytucjonalizmu. Opierała się ona na Statucie albertyńskim (promulgowanym przez króla Karola Alberta 4 marca 1848 r., następnie obowiązującym jako Ustawa Zasadnicza Zjednoczonego Królestwa Włoch proklamowanego 17 marca 1861 r.), dającym gwarancje wolności i poszanowania praw obywatelskich w liberalno-parlamentarnej monarchii konstytucyjnej⁵. Warto zatem przeanalizować „sła-

³ M. Clark, *Współczesne Włochy 1871–2006*, tłum. T. Wituch, „Książka i Wiedza”, Warszawa 2009, s. 324.

⁴ W. Kozub-Ciembroniewicz, *Doktryna i system Włoch faszystowskich na tle porównawczym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2010, s. 45.

⁵ Karta Alberyńska była wyrazem postępowej koncepcji polityczno-ustrojowej, dokumentem liberalno-parlamentarnej monarchii konstytucyjnej, respektującej zasady „suwerenności ludu, przedstawicielskiej reprezentacji, politycznej odpowiedzialności rządu, podziału władz oraz wprowadzenia podstawowych instytucji i wolności właściwych dla państwa konstytucyjnego” (W. Kozub-Ciembroniewicz, *Doktryny włoskiego*

bości” demokratycznego porządku i zwrócić uwagę na niektóre elementy „faszystowskiej rewolucji”, które zaważyły na losach ówczesnej Italii.

2. Kryzys moralny i utrata autonomii

Wielowymiarowy kryzys: polityczny, społeczny i ekonomiczny, nie tylko odcisnął piętno na międzywojennej rzeczywistości, lecz miał też ogromny wpływ na stan kondycji moralnej społeczeństwa, które porzuciło ideę wolności, wierząc, że tylko silna władza będzie gwarantem stabilizacji Włoch. Tymczasem, jak ostrzegał Benedetto Croce, wyzbycie się ideału wolności, która dla niego była „siłą sprawczą historii” podniesioną do rangi religii, zawsze wiedzie do „ucisku, barbarzyństwa i upadku”⁶. Bardziej lub mniej świadome odrzucenie moralności w obliczu okrucieństwa długiej wojny „pozbawiło ludzi wszelkiego szacunku do prawdy”, a „walczące strony zaczęły uciekać się do tonu niehumanitarnego, pełnego agresji i egoizmu”⁷, nastąpiła radykalna zmiana kondycji ludzkiej. Masowe społeczeństwo opisywane przez José Ortegę y Gasset, demonstrowało absurdalny stan ducha: hermetyzm, panowanie popospolitości intelektualnej, brak zainteresowania czymkolwiek poza własnym dobrobytem, pasożytnictwo, nieumiejętność słuchania, kwestionowanie istnienia jakichkolwiek norm i brak poczucia wdzięczności⁸. Wszystko to upoważniało

faszystwu i antyfaszystwu w latach 1922–1939, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, z. 45, UJ, Kraków 1992, s. 38.

⁶ B. Croce, *Historia Europy w XIX wieku*, tłum. J. Ugniewska, Czytelnik, Warszawa 1998, s. 48.

⁷ Ibidem, s. 338.

⁸ J. Ortega y Gasset, *Bunt mas i inne pisma socjologiczne*, tłum. P. Niklewicz, H. Woźniakowski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1982.

hiszpańskiego filozofa do stwierdzenia, że w owładniętej buntem mas Europie nie ma już moralności, a największym niebezpieczeństwem zagrażającym cywilizacji jest „upaństwowienie życia, interwencjonizm państwowy, wchłonięcie przez państwo wszelkiej społecznej spontaniczności”, co oznaczało

(...) unicestwienie historycznej żywiołowości, która w ostatecznym rachunku utrzymuje, żywi i popycha naprzód ludzkie przeznaczenie. Dla masy (...) wielką pokusę stanowi owa stała i pewna możliwość zdobycia wszystkiego – bez wysiłku, walki, wątpliwości czy ryzyka – za naciśnięciem sprężyny puszczającej w ruch cudowną maszynę⁹.

Za sprawą sprzyjających okoliczności i psychologicznej gotowości „elastycznych Włochów”¹⁰ do zaakceptowania konsolidacji władzy w rękach Mussoliniego, została uruchomiona „faszystowska machina”, która przeobraziła Italię w państwo totalitarne. Udzielając przyzwolenia, obywatele sami wskazali, jak daleko władza może się posunąć. Przed byciem z góry posłusznym przestrzegali Timothy Snyder, pisząc, że „władza autorytarna w większości jest dana dobrowolnie”, nierzadko zaś „ludzie są skłonni spełniać żądania represyjnego rządu, zanim jeszcze je usłyszą”¹¹. Trudno powiedzieć, w jakim stopniu ta dyspozycyjność poddańczości wystąpiła we włoskim przypadku, ale z całą pewnością fakt szerokiego poparcia dla faszystowskiego rządu

⁹ Ibidem; cyt. za: *Historia idei politycznych. Wybór tekstów*, t. II, oprac. S. Filipowicz, A. Mielczarek, K. Pielniński, M. Tański, Wydawnictwo UW, Warszawa 1999, s. 548.

¹⁰ Takiego określenia używał wobec Włochów Luigi Barzini, autor publikacji *Europejczycy* (tłum. H. Jankowska, Muza, Warszawa 2001).

¹¹ T. Snyder, *O tyranii. Dwadzieścia lekcji z dwudziestego wieku*, tłum. B. Pietrzyk, Znak Horyzont, Kraków 2017, s. 17.

przez różne środowiska polityczne był znamieny¹². Czy miał rację Croce, kiedy twierdził, że faszyzm był „chorobą intelektualną i moralną”, chorobą

(...) uczuć, wyobraźni i ogólnie ludzkiej woli, kryzysem zrodzonym z utraty wiary nie tylko w racjonalny liberalizm, ale także i w marksizm, na swój sposób racjonalny, choć materialistyczny, który nie zdołał urzeczywistnić obiecanego wolnego społeczeństwa ludzi równych i stworzył reżimy absolutystyczne, obdarzając przywilejami klasowymi aparat biurokratyczny. Wobec pustki, która otwarła się w duszach, wobec upadku woli, zuchwały ruch, pozbawiony jakiegokolwiek wiary (...) fascynował masy i budził ich zaufanie, nawet jeśli nie dawano wiary jego twierdzeniom¹³?

W każdym wypadku jego diagnoza obnaża słabość włoskiego społeczeństwa jako wspólnoty i pokazuje, że zabrakło mu – destabilizowanemu i mocno podzielonemu – nie tylko odwagi, lecz nade wszystko autonomii, która sprawia, iż społeczeństwo jest społeczeństwem w pełnym tego słowa znaczeniu.

¹² Wspominał o tym Croce: „Faszyzm zyskał sobie zwolenników we wszystkich klasach i we wszystkich kategoriach ekonomicznych i intelektualnych, wśród przemysłowców i właścicieli ziemskich, klerykałów i starej arystokracji, wśród proletariatu i drobnomieszczaństwa, robotników i chłopów” (B. Croce, *Kto jest faszystą?*, tłum. A. Kreisberg, w: J. W. Borejsza, *Faszyzmy europejskie 1922–1945 w oczach współczesnych i historyków*, Czytelnik, Warszawa 1979, s. 299).

¹³ Ibidem, s. 301–302.

3. Populistyczna ideologia i silne przywództwo

W owładniętym kryzysem państwie manipulowanie masami, wykorzystywanie nastrojów społecznego protestu, posługiwanie się demagogią przez charyzmatycznych przywódców w celu przekonania społeczeństwa do poparcia atrakcyjnie sformułowanego programu politycznego, podającego proste rozwiązania trudnych problemów, to typowe działania władców-populistów¹⁴. Impulsywny, rozgoryczony rewolucjonista – Mussolini – z całą pewnością był najgroźniejszym prawicowym demagogiem we Włoszech¹⁵, a zarazem najmłodszym premierem w dziejach ówczesnej Italii, posiadającym „poddańczą duszę”. Włochom zaoferował „dyscyplinę i silne przywództwo”¹⁶. Jego politykę nieprzejednany krytyk faszyzmu, Piero Gobetti, określił mianem „mussolinismo”, upatrując w niej zjawiska groźniejszego nawet od faszyzmu, utwierdzającego bowiem w narodzie postawę „służalczą”, „znikome poczucie własnej odpowiedzialności”, a raczej „nawyk oczekiwania”, że „ocalenie” może nadejść tylko za sprawą *duce*¹⁷.

Mussolini wykorzystał charyzmatyczną rolę jedyne go interpretatora ducha narodu, spełniającego dziejową misję; zafundował Włochom monopartyjną dyktaturę, informując o osobistej odpowiedzialności za losy państwa (3 stycznia 1925 r.)¹⁸. W kolejnych latach następowała dalsza koncentracja władzy i ideowa ewolucja faszyzmu w stronę totalitaryzmu. Nie oznaczało to bynajmniej dążenia do ideologicznej spójności. Inkoherentny

¹⁴ M. Marczevska-Rytko, *Populizm. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1995, s. 20.

¹⁵ Clark, *Współczesne Włochy...*, op. cit., s. 343.

¹⁶ P. Gobetti, *La Rivoluzione liberale. Saggio sulla lotta politica in Italia*, Einaudi, Torino 1995, s. 166.

¹⁷ Ibidem, s. 173.

¹⁸ Kozub-Ciembroniewicz, *Doktryna i system Włoch...*, op. cit., s. 28.

charakter włoskiego faszyzmu był jego cechą immanentną, stałym elementem doktryny zakładającej jawnie sprzeczne obietnice i będącej zjawiskiem raczej wtórnym, wynikającym bardziej z praktyki politycznej niż założeń teoretycznych. Faszyzm nie głosił „jednej ideologii, ale stanowił niestały amalgamat wszystkich ideologii”¹⁹, co odzwierciedlało jego populistyczny charakter, dawało szansę uzyskania szerokiego poparcia dla programu, w którym każdy mógł odnaleźć coś dla siebie: „światowy pokój i pochwałę wojny, obronę własności i kapitału oraz ich socjalizację, obronę religii i bezbożność, materializm, ateizm, obronę kultury i pochwałę antykultury (...) wszystkiego po trochu”²⁰.

Naturalnie nie wszyscy dali się zwieść populistycznym obietnicom *duce*. Liberalny polityk, Giovanni Amendola, już w 1923 r. nazywał rzeczy po imieniu, przypisując stylowi rządu Mussoliniego miano totalitaryzmu. Bardziej zdesperowany, reformistyczny deputowany socjalistyczny Tito Zaniboni w listopadzie 1925 r. podjął próbę zamordowania *duce*, co wcale nie zostało pozytywnie odebrane przez społeczeństwo. Wręcz przeciwnie. Trzy kolejne zamachy na Mussoliniego w 1926 r. raczej zwiększyły popularność jego rządu, który sprytnie wykorzystał sytuację do umocnienia faszystowskiego reżimu²¹.

Croce, początkowo przyjmujący postawę „wyczekiwania”, po ogłoszeniu w kwietniu 1925 r. przez swego niedawnego przyjaciela i współpracownika, a wówczas już filozofa faszyzmu, Giovanniego Gentilego, *Manifestu intelektualistów faszystowskich*, opublikował 1 maja 1925 r. *Protest*, w którym sprzeciwił się owej „nowej ewangelizacji”, domagając się przywrócenia wolności słowa i swobody twórczej²². Potępiał postawy serwilizmu wśród

¹⁹ B. Croce, *Kto jest faszystą?...*, op. cit., s. 302.

²⁰ Ibidem.

²¹ Clark, *Współczesne Włochy...*, op. cit., s. 367.

²² M. Kiwior-Filo, *Mysł polityczna włoskich liberałów wobec faszyzmu*, Księgarnia Akademicka, Kraków 2013, s. 85.

intelektualistów i profesorów, a uczucie pogardy mieszało się u niego z litością nad tymi, którzy w czasach próby „nie potrafili zachować postawy niezależności i godności ludzi nauki i myśli”²³. Niewielu jednak intelektualistów pozostających w kraju miało sposobność i odwagę otwarcie krytykować reżim, w swym populistycznym przekazie wyraźnie antyinteligentki, który bazując na emocjach – strachu, pogardzie i nienawiści – sprzyjał konsolidacji faszystowskiej „emokracji”, odwołującej się częściej do mitów i symboliki niż racjonalnej argumentacji²⁴.

4. Dezintegracja społeczna i słabość opozycji

Słabość wynikająca z dezintegracji społeczeństwa po I wojnie światowej nasilał fakt, że podziały istniejące przed jej wybuchem nie tylko się nie zmniejszyły, ale wręcz pogłębiły. Zagospodarowanie społecznego niezadowolenia poprzez „absorpcję” lub „przekupstwa” nie przynosiły na dłuższą metę pożądanых efektów, zwłaszcza w sytuacji rozbieżnych interesów i deficytu mężów stanu, którzy byliby zdolni obronić liberalną demokrację przed upadkiem²⁵. Scena polityczna była mocno podzielona. Stabilizacji nie przyniosło nawet wprowadzenie przez rząd Vittorio

²³ B. Croce, *Affaccendamenti inutili e mal graditi*, w: *Pagine sparse*, t. 2, Laterza & Figli, Bari 1960, s. 502.

²⁴ Pojęciem „emokracji” posłużył się Andrzej Nowak, twierdząc, że jest to „najwyższe stadium rozwoju demokracji. A właściwie ostatnie stadium jej zdegenerowania. Takie, w którym zarządzanie emocjami ostatecznie i całkowicie wypiera racjonalną argumentację jako sposób budowania wspólnoty między wybieranymi i wyborcami (...) Tworzy ją *emos* – wspólnota namiętnych emocji, do których rozum nie ma żadnego dostępu. Ta wspólnota łączy tylko część obywateli i odgradza ich od innych, od pozostałych, ścianą emocji...”. Zob. A. Nowak, *Wojna i dziedzictwo. Historia najnowsza*, Biały Kruk, Kraków 2022, s. 394.

²⁵ Clark, *Współczesne Włochy...*, op. cit., s. 338.

Emanuele Orlando w grudniu 1918 r. powszechnego prawa wyborczego dla mężczyzn powyżej 21. roku życia, co wzmocniło reprezentację, ale nie uzdrowiło kondycji państwa. Zmiana systemu wyborczego na proporcjonalny (sierpień 1919 r.) stanowiła przewrót konstytucyjny, a wyniki listopadowych wyborów opartych na nowych zasadach zmieniły dotychczasowy układ sił politycznych, torując drogę nowym ugrupowaniom²⁶. W kolejnych wyborach z 15 maja 1921 r. faszyci wprowadzili do Izby Deputowanych 35-osobowy „pluton czynu i egzekucji”²⁷. Dla Gobettiego „zabójcza mieszanina populizmu, antyparlamentaryzmu i reakcyjnego tradycjonalizmu” zyskiwała przychyłość, a faszyzm – „plebejski ruch zabijający wolność” nie tylko zafundował niedojrzałej Italii „kołyskę”, w której uśpione zostało „sumienie obywatelskie”, a w społeczeństwie „wszyscy zgadzali się na wszystko”, lecz także odzwierciedlił wszystkie negatywne cechy narodowej historii Włoch, stając się „swoistą „narodową autobiografią”²⁸. Zabrakło w niej miejsca dla demokracji i odwagi, by upomnieć się o wolność²⁹.

²⁶ W przeprowadzonych w Italii po raz pierwszy powszechnych i proporcjonalnych wyborach prawo uczestnictwa uzyskało 11 mln obywateli. Liberalowie utracili bezwzględną przewagę w Izbie, uzyskując 209 mandatów, sukces odnieśli socjaliści (156 deputowanych) i popolarzy (Partito Popolare Italiano, potocznie – Popolari) (100 mandatów), kombatancki zyskali 20 miejsc (Gierowski, *Historia Włoch...*, op. cit., s. 562).

²⁷ Ibidem, s. 567.

²⁸ Gobetti, *La Rivoluzione...*, op. cit., s. 165 i 169.

²⁹ Jeden z pisarzy politycznych, historyk i socjolog Guglielmo Ferrero stwierdził, że „włoska demokracja umarła jeszcze przed narodzinami”, a „niespodziewany upadek liberalnego państwa we Włoszech ma swą przyczynę w wewnętrznym rozpadzie, spowodowanym nieprzewidywalnym, przypadkowym wpływem konfliktu światowego”. Zob. G. Ferrero, *Da Fiume a Roma. Storia di Quattro anni (1919–1923)*, Athena, Milano 1945, s. 13.

5. Ubezważnowolnienie instytucji i instytucjonalizacja monopartii

Brak zdecydowanej reakcji na coraz śmielsze poczynania Mussoliniego doprowadził do ubezważnowolnienia demokratycznych instytucji, które nie zdołały jeszcze okrzepnąć, gdy zostały poddane próbie, po której w latach 1919–1925 nastąpiła „dziwna śmierć liberalnych Włoch”³⁰, wyrażona słowami przywódcy awenturyńskiej opozycji Giovanniego Amendoli:

(...) znajdujemy się w sytuacji absolutnej dewaluacji parlamentu ze strony rządu (...) konstytucja – bastion obrony podstaw państwa i praw obywateli – jest pogwałcana poprzez dekrety z mocą ustawy, jak ten, który zniósł wolność prasy – wszystko jest zaprzeczeniem tradycji narodowego *Risorgimento*³¹.

W 1922 r. Mussolini został szefem rządu, a następnie, sprawując monokratyczną władzę, łączył kierownictwa nawet kilku resortów, dyktował swą wolę parlamentowi, ministrów uczynił odpowiedzialnymi nie tylko przed królem, którego urząd stał się *de facto* fasadowy, lecz także przed *capo del governo*. Jako szef faszystowskiego państwa dokonał dalszej dekompozycji włoskiego konstytucjonalizmu, wypartego przez budowany w latach 1926–1939 ustrój korporacyjno-syndykalny, odpowiadający polityce uniformizacji organizacji mas pracowniczych i stosunków pracy³², a nadzorowany przez Wielką Radę Faszystowską i Izbę Faszystowsko-Korporacyjną, która w myśl zapisów prawnych zastąpiła Izbę

³⁰ Clark, *Współczesne Włochy...*, op. cit., s. 345.

³¹ G. Amendola, *L'Aventino contro il fascismo. Scritti politici 1924–1926*, R. Ricciardi, Milano–Napoli 1976, s. 76.

³² Kozub-Ciembroniewicz, *Doktryna i system Włoch...*, op. cit., s. 88.

Deputowanych³³. Najważniejszą rolę w państwie odgrywała Narodowa Partia Faszystowska³⁴, której trój etapowy proces instytucjonalizacji przebiegł bez zakłóceń. Najpierw zdelegalizowano partie opozycyjne, następnie, by prawnie zagwarantować monopartyjność, wydano zakaz tworzenia nowych ugrupowań politycznych, a w konsekwencji – uczyniono z Narodowej Partii Faszystowskiej organ władzy państwowej³⁵. Państwo Mussoliniego tylko formalnie nadal pozostawało monarchią, ale monarchią faszystowską³⁶.

* * *

Po zakończeniu II wojny światowej faszystowski „nawias” został zamknięty, ale problemy pozostały³⁷. Po raz kolejny Włochy wychodziły z wojennej zawieruchy nie tylko z potrzebą umocnienia pozycji międzynarodowej, lecz nade wszystko – wewnętrznej odbudowy, defaszyzacji, epuracji i przywrócenia wiary w demokratyczne ideały³⁸. Skutkiem nadszarpniętego zaufania do monarchii i króla, który nie zatrzymał „faszystowskiej rewolucji”, była zmiana formy państwa, respektująca wyrażoną

³³ *Legge 19 gennaio 1939, n.129, Istituzione Della Camera dei Fasci e delle Corporazioni*, w: A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Einaudi, Torino 1965, s. 567–570.

³⁴ Działalność partii określały odpowiednie regulacje prawne: Lo Statuto-regolamento generale del PFN (dicembre 1921), Lo Statuto del partito del 1926, Statuto del Partito 1929, Statuto del Partito del 1938, w: A. Aquarone, *L'organizzazione...*, op. cit., odpowiednio s. 315–329, 386–392, 506–513, 571–590.

³⁵ Szerzej: K. Grzybowski, *Instytucjonalizacja partii politycznych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, z. 3, UJ, Kraków 1972.

³⁶ P. Colombo, *La monarchia fascista 1922–1940*, Il Mulino, Bologna 2010.

³⁷ Interpretację faszyzmu (polemiczną zresztą w kręgach włoskich, i nie tylko włoskich, intelektualistów) jako *parentesi* przedstawił Croce w szkicu *Il fascismo come parentesi*, określając nim ponad dwudziestoletni okres „smutnej i wstydlivej historii” w narodowych dziejach Italii.

³⁸ Croce, *Historia Europy...*, op. cit., s. 338.

w referendum 1946 r. wolę ustanowienia republiki. Jej obywatele odzyskali możliwość decydowania o swej przyszłości, reprezentacji, stanowieniu prawa na podstawie konstytucji uchwalonej 22 grudnia 1947 r. – Ustawy Zasadniczej Republiki Włoskiej. Na scenie politycznej pojawili się politycy, którzy, jak Alcide De Gasperi, mieli poczucie służby rozumianej jako „obszerna forma solidarności ludzkiej, bez chęłpienia się głębokim natchnieniem i w taki sposób, aby wymowa faktów zdradzała źródło naszego humanitaryzmu i naszego instynktu społecznego”³⁹ oraz starali się „zacerpnąć z przeszłości nauk dla jedności i sprawiedliwości na przyszłość”⁴⁰. Doświadczenia przeszłości powinny zawsze skłaniać do refleksji nad rzeczywistością, której doświadczamy, i obroną przed utratą tego, co cenimy. „Jeśli nikt z nas nie będzie gotowy zginąć za wolność”, przestrzegał Snyder w *Dwudziestu lekcjach z dwudziestego wieku*, „wszyscy umrzemy w tyranii”, i dodawał: „nie jesteśmy wcale mądrzejsi od Europejczyków, którzy widzieli w XX w., jak demokracja ulegała faszyzmowi, nazizmowi czy komunizmowi. Mamy natomiast nad nimi jedną przewagę: możemy się uczyć na ich doświadczeniach”⁴¹.

Przewycięzanie słabości, polegających także na zaniechaniu krytycznej refleksji nad historią, może uchronić przed pokusami podważania zasad czy – jak to określa Chantal Delsol – „kamieni węgielnych”⁴², na których opiera się model zachodniej cywilizacji i konstytucjonalizmu, stojącego przeciwko na straży wolności i demokratycznego porządku.

³⁹ Cyt. Za: M. R. Catti De Gasperi, *De Gasperi. Polityk i człowiek*, tłum. A. Czuliowski, Odnova, Londyn 1968, s. 278.

⁴⁰ A. De Gasperi, Wystąpienie na Kapitolu 16 października 1953 r. na zakończenie konferencji okrągłego stołu zwołanej przez Radę Europy; cyt. za: Catti De Gasperi, *De Gasperi. Polityk...*, op. cit., s. 209.

⁴¹ Snyder, *O tyranii...*, op. cit., s. 12.

⁴² Ch. Delsol, *Kamienie węgielne. Na czym nam zależy*, tłum. M. Kowalska, Znak, Kraków 2018.

Część III

Transformacja i sprawiedliwość
okresu przejściowego

Part III

Transition and transitional
justice

Transformacja ustrojowa a trwałość form prawnych¹

1. Wprowadzenie

Profesora Adama Czarnotę miałem zaszczyt poznać osobiście w 2015 r. w Brnie, podczas współorganizowanej przeze mnie I Konferencji CEENELS (*Central and Eastern European Network of Legal Scholars*), na której zgodził się on wygłosić referat plenarny otwierający obrady². Tematyka samej konferencji, jak i referatu prof. Czarnoty³, dotyczyła bilansu 25 lat transformacji ustrojowej w regionie Europy Środkowo-Wschodniej z perspektywy socjologicznoprawnej. Referat ten wpisywał się

¹ Chciałbym podziękować Wojciechowi Zomerskiemu za cenne uwagi do wcześniejszej wersji rozdziału. Niniejszy tekst wyraża wyłącznie osobiste poglądy autora.

² Zob. sprawozdanie konferencyjne: W. Zomerski, „25 Years After the Transformation: Law and Legal Culture in Central and Eastern Europe Between Continuity and Discontinuity”, *Brno, Republika Czeska, 16–17.04.2015 r.*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2016, nr 1, s. 78–83.

³ Tytuł referatu prof. Czarnoty brzmiał: *Law and society after communism. An attempt of assessment* [Prawo i społeczeństwo po komunizmie. Próba bilansu].

więc w szeroki nurt badań Profesora, dotyczących transformacji ustrojowych i sprawiedliwości okresu przejściowego⁴, które z kolei współgrają z jego doświadczeniem zawodowym. Jak wiadomo, kariera akademicka prof. Czarnoty rozpięta jest pomiędzy Wschodem a Zachodem, realnym socjalizmem a demokratycznym kapitalizmem, transformacja ustrojowa zaś, jaka miała miejsce w Polsce i w całym regionie Europy Środkowo-Wschodniej na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX w., stanowi nie tylko przedmiot jego wnikliwych i krytycznych badań jako socjologa prawa, lecz także integralną część doświadczenia osobistego i zawodowego.

Wydało mi się więc naturalne, by w celu godnego uczczenia jubileuszu prof. Czarnoty wybrać taki temat mojego rozdziału do niniejszej książki, który wpisywać się będzie w jego zainteresowania naukowe związane z transformacją ustrojową⁵ i pamięcią zbiorową⁶. W przytoczonym wyżej referacie Profesor trafnie podkreślał, że doświadczenie okresu realnego socjalizmu, pomimo upływu ćwierćwiecza od rozpoczęcia transformacji ustrojowej, wciąż odciska swe piętno na kulturze prawnej państw naszego regionu⁷. Wychodząc od tej obserwacji dotyczącej ciągłości kultury prawnej pomimo transformacji zarówno

⁴ Zob. np. A. Czarnota, *Między polityką a prawem, czyli o sprawiedliwości okresu przejściowego*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Philosophica, Ethica, Aesthetica, Practica” 2015, nr 27, s. 13–35.

⁵ Zob. np. A. Czarnota, *Constitutional correction as a third democratic revolutionary moment in Central Eastern Europe*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, t. 11, s. 397–406.

⁶ Zob. np. A. Czarnota, *Czy teoria prawa ma tożsamość? O prawie i pamięci zbiorowej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 69–84.

⁷ Zomerski, *25 years...*, op. cit., s. 79. Por. A. Czarnota, *Rule of law and functions and dysfunctions of judicial culture in East-Central Europe. Reflections after 25 years from breakthrough*, w: A. Piszcz (red.), *Court Culture and Contemporary Problems*, Temida 2, Białystok 2014, s. 32–42.

polityczno-ideologicznej, jak i społeczno-gospodarczej, w niniejszym tekście zastanowię się, dlaczego przy okazji badań nad zmianami prawa związanymi z transformacją ustrojową warto poświęcić uwagę także problematyce ciągłości, trwałości i wytrzymałości (*resilience*)⁸ form prawnych⁹. Chodzi tu o sytuację, w której określona forma prawna (np. instytucja czy nawet pojedyncza norma), jaka pojawiła się w systemie prawa w określonym momencie historycznym, cechującym się określonymi warunkami społeczno-gospodarczymi oraz polityczno-ideologicznymi, trwa nadal pomimo transformacji ustrojowej, pozostając częścią porządku prawnego mimo istotnych zmian, jakie w międzyczasie zaszły w jego otoczeniu¹⁰. Zaznaczam przy tym, że odporność i wytrzymałość określonych form prawnych na

⁸ Zob. np. J. B. Ruhl, B. Cosens, N. Soininen, *Resilience of legal systems: Toward adaptive governance*, w: M. Ungar (red.), *Multisystemic Resilience. Adaptation and Transformation in Contexts of Change*, Oxford University Press, New York 2021, s. 509–529.

⁹ Pojęciem „formy prawnej” posługuję się w luźnym nawiązaniu do teorii Jewgienija Paszukanisa – zob. J. B. Paszukanis, *Ogólna teoria prawa i marksizm*, tłum. L. Lisiakiewicz, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1985. Por. R. Mańko, *Legal survivals and the resilience of juridical form*, „Law and Critique” 2023, <https://doi.org/10.1007/s10978-023-09357-2> (dostęp: 21.8.2024). Rozróżniam przy tym „formę prawa” (*form of law*) – tj. prawo jako formę, w której wyrażane są stosunki ekonomiczne itp., od poszczególnych form prawnych (*legal forms*) – tj. poszczególnych instytucji prawnych składających się łącznie na formę prawa w pierwszym znaczeniu. Zob. także R. Mańko, *Problem autonomii prawa w świetle hylemorficznej teorii J.B. Paszukanisa*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” (w druku).

¹⁰ Por. R. Mańko, *Relikty w kulturze prawnej – uwagi metodologiczne na tle pozostałości epoki socjalizmu realnego w polskim prawie prywatnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 201–224; idem, *Transformacja ustrojowa a ciągłość instytucji prawnych – uwagi teoretyczne*, „Zeszyty Prawnicze” 2016, t. 16, nr 2, s. 5–35.

zmiany w otoczeniu systemu prawnego to tylko jeden z wielu wymiarów złożonego zjawiska ciągłości prawa i kultury prawnej w okresie potransformacyjnym¹¹.

2. Prawo jako forma o zmiennej treści

Historycy prawa są świadomi niebywałej wręcz ciągłości i wytrzymałości form prawnych, które trwają pomimo zmian zachodzących w politycznym, ideologicznym i społeczno-gospodarczym otoczeniu prawa. Jak pisał wybitny romanista i komparatysta Alan Watson: „Normy prawne, raz powołane do życia, istnieją nadal. (...) Jedną z najbardziej uderzających cech norm prawnych jest ich siła przetrwania. Wiele norm przetrwało wieki z niewielkimi tylko modyfikacjami”¹². J.B. Ruhl, Barbara Cosens i Niko Soininen powiedzieliby w takim wypadku o nadmiarze wytrzymałości („too much resilience”), co może prowadzić do sytuacji, w których treść norm prawnych nie odpowiada społecznym oczekiwaniom¹³. Tendencja, by zmiany w treści prawa, dostosowujące je do zmian w otoczeniu, odbywały się zasadniczo w ramach zastanych form prawnych, była – zdaniem Fryderyka Karola von Savigny’ego – właściwa już metodzie jurystów rzymskich¹⁴. Należy podkreślić, że z wewnętrznego punktu widzenia

¹¹ Zob. R. Mańko, *Towards a typology of dimensions of the continuity and discontinuity of law: The perspective of Polish private law after the 1989 transformation*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2016, t. VI, z. 2, s. 108–120.

¹² A. Watson, *Society and Legal Change*, Temple University Press, Philadelphia 2001, s. 8.

¹³ Ruhl, Cosens, Soininen, *Resilience...*, op. cit., s. 514.

¹⁴ F. K. von Savigny, *O powołaniu naszych czasów do ustawodawstwa i nauki prawa*, tłum. K. Opałek, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1964, s. 72.

uczestników wspólnoty prawniczej forma prawa w ogólności oraz poszczególne formy prawne (zarówno abstrakcyjne, jak i konkretne) stanowią „rzeczywiste byty”¹⁵, „obdarzone własnym życiem i nieuchronną obiektywnością, którą wiedza prawnicza ogranicza do odzwierciedlenia”¹⁶. Dociekania prawnika mają zatem charakter ontologiczny¹⁷. Co oczywiste, trwałość, odporność i żywotność *formae iuris* nie byłyby do pomyslenia bez wspólnoty prawniczej, która podtrzymuje *ius*, osadzone w profesjonalnej kulturze prawniczej¹⁸. Kulturę tę cechuje „naciśk kładziony na wymóg ciągłości jako podstawy uzasadniania decyzji w terażniejszości”¹⁹, i niezwykła zdolność adaptacji do otoczenia²⁰.

Zmienność treści formy prawnej ma podłoże *stricte* socjologiczne: wspólnota prawnicza, przyjmująca wewnątrzinstytucjonalną perspektywę subświata prawniczego, jest kustoszem formy prawnej, ale nie treści pochodzących z innych subświatów, które forma ta może wyrażać. *In concreto*, zmiana treści formy prawnej odbywa się na cztery różne sposoby (przy czym chodzi tu o typologię, a nie klasyfikację).

Po pierwsze, może ona w ogóle nie ulec zmianie, a modyfikacja jej realnej treści jest prostym skutkiem zmian zachodzących w otoczeniu, do którego odnoszą się normy prawne (np. zmiany treści społeczno-gospodarczej prawa własności w okresie

¹⁵ Ibidem, s. 69.

¹⁶ A. Schiavone, *The Invention of Law in the West*, tłum. J. Carden, A. Shugaar, Belknap Press, Harvard 2012, s. 202.

¹⁷ A. Kozak, *Myślenie analityczne w nauce prawa i praktyce prawniczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 84.

¹⁸ Por. ibidem, s. 248.

¹⁹ G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*, Springer Verlag, Cham 2019, s. 134.

²⁰ T. Duve, *German legal history: National traditions and transnational perspectives*, „Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series” 2014, nr 5, s. 20.

przejęcia od gospodarki rzemieślniczej do produkcji wielkoprzemysłowej w XIX w., przy braku zmiany treści *stricte* jurydycznej tego prawa)²¹.

Po drugie, normy prawne i ich wykładnia *in abstracto* mogą pozostać niezmienione, jednakże następują zmiany w zakresie stosowania prawa do konkretnych przypadków (na poziomie prawa operatywnego, np. w stosowaniu klauzuli generalnej zasad współżycia społecznego po 1989 r.)²².

Po trzecie, przepisy prawne (lub inne teksty, uznane w danym systemie prawnym za autorytatywne)²³ mogą nie ulec modyfikacji, zmieni się jednak ich wykładnia²⁴, a co za tym idzie – rekonstruowane na podstawie tych przepisów (lub innych tekstów) normy (np. liberalizacja wykładni *doctrine of consideration* w prawie angielskim, prowadząca do „rozmycia” tego wymogu ważności kontraktów)²⁵.

Po czwarte wreszcie, możliwa jest modyfikacja samej formy prawnej, z zachowaniem jednak jej tożsamości (przykładowo: po 1989 r. spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu pozostaje

²¹ K. Renner, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, tłum. A. Schwarzschild, Routledge-Kegan Paul, London–Boston 1976.

²² Por. R. Mańko, *Quality of legislation following a transition from really existing socialism to capitalism: A case study of general clauses in Polish private law*, w: J. Rozenfelds (red.), *The Quality of Legal Acts and its Importance in Contemporary Legal Space*, University of Latvia Press, Riga 2012, s. 540–561.

²³ Przykładowo chodzi o wyroki precedensowe uznawane za źródło prawa.

²⁴ Co może stanowić bezpośrednią konsekwencję zmian w otoczeniu prawa ze względu na nieuniknione uwikłanie interpretatorów (por. J. Łakomy, *Critique of legal interpretation: Hermeneutic universalism, interpretive communities, and the political*, w: A. Sulikowski, R. Mańko, J. Łakomy (red.), *Legal Scholarship and the Political: In Search of a New Paradigm*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 95–116).

²⁵ E. McKendrick, *Contract Law*, wyd. 13, MacMillan, London 2019, s. 76.

ograniczonym prawem rzeczowym, istotowo odmiennym od własności, jednakże w wyniku zmian legislacyjnych, zostaje ono dopasowane do nowych warunków społeczno-ekonomicznych)²⁶.

3. Kilka przykładów

Każdy system prawny pełen jest przykładów form prawnych, które pochodzą z przeszłości, a które w toku rozwoju historycznego zmieniły swoją treść, aby dostosować się do zmian w otoczeniu (zarówno społeczno-gospodarczym, jak i ideologiczno-politycznym). Przykładowo: w prawie rzymskim wiele form prawa archaicznego uległo, w miarę późniejszego rozwoju prawa, modyfikacji co do treści przy równoczesnym zachowaniu zasadniczego, rytualnego zrębu formy. Można tu wymienić choćby *emancipatio*, instytucję prawną znaną już w Ustawie XII Tablic²⁷, która pierwotnie pełniła funkcję ochronną wobec synów, by później stać się instrumentem celowego ich wyłączenia spod *patria potestas*, co umożliwiało im osiągnięcie pełnej i samodzielnej

²⁶ R. Mańko, *The cooperative member's proprietary right to an apartment: A legal survival of the period of actually existing socialism in Polish private law*, „Zeszyty Prawnicze” 2015, t. 15, nr 4, s. 131–160. Por. P. Eckhardt, *Socialism under Construction. Law and Ideology in Housing, Construction and Spatial Planning in Poland 1944–1989*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2024, s. 290–291, 307–308, 315–328.

²⁷ M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII Tablic. Tekst – tłumaczenie – objaśnienia*, wyd. 2, Liber, Warszawa 2003, s. 28–29: „Si pater filium ter venum du[uit] filius a patre liber esto” („Jeśli ojciec oddał syna trzy razy na sprzedaż, syn od ojca niech będzie wolny”) – Tablica IV, przepis 2. Jak wyjaśniają M. i J. Zabłoccy: „Przepis ten, początkowo o karnym charakterze w stosunku do ojca, był w drodze interpretacji Ustawy wykorzystywany do innych celów, np. w celu wydziedziczenia syna, emancypacji (wyjścia spod władzy ojcowskiej) lub adopcji (zmiany zwierzchnika familijnego)” (ibidem).

zdolności prawnej jako osoby *sui iuris*²⁸. Tę „transsubstancjację” formy *emancipatio* Alan Watson określił jako jej „pragmatyczne użycie”²⁹, a David Johnston – jako „prawniczy wynalazek”³⁰.

Z kolei w prawie anglosaskim, programowo przywiązany do tradycji, można odnaleźć niezwykle bogactwo form prawnych, które przetrwały z okresu feudalnego, jak chociażby instytucja *freehold estate in fee simple* zwana też *fee simple absolute in possession*, jedna z czterech prawnych form władania gruntami³¹. Przeszła ona charakterystyczną ewolucję. Początkowo jej treścią było przekazanie ziemi w zamian za dostarczenie określonej liczby rycerzy i dochowanie wierności monarsze, następnie stała się instrumentem fiskalnym, by w końcu jej aspekt osobisty uległ rozluźnieniu na rzecz przekształcenia w prawo podmiotowe do korzystania z gruntu³². Zachowanie feudalnej formy prawnej zamiast wprowadzenia jasnego, romanistycznego przeciwstawienia pełnego prawa własności prawom na rzeczy cudzej (ograniczonym prawom rzeczowym) odróżniało Anglię np. od Francji i Niemiec, gdzie w momencie transformacji

²⁸ Zob. np. M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, t. 1, C.H. Beck, München 1971, s. 67; W. Wołodkiewicz, M. Zabłocka, *Prawo rzymskie. Instytucje*, wyd. 4, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 107; F. Lamberti, *Hauskinder (filii familias)*, w: U. Babusiaux et al. (red.), *Handbuch des Römischen Rechts*, t. 1, Mohr Siebeck, Tübingen 2023, s. 874.

²⁹ A. Watson, *The Spirit of Roman Law*, University of Georgia Press, Atlanta 2008, s. 190.

³⁰ D. Johnston, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, s. 32.

³¹ M. Dixon, *Modern Land Law*, wyd. 7, Routledge, London–New York 2010, s. 7–9.

³² A. W. B. Simpson, *A History of the Land Law*, wyd. 2, Oxford University Press, Oxford 1986, s. 8, 22, 36–37; R. Sandberg, *A Historical Introduction to English Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2023, s. 145; M. Graziadei, *The structure of property ownership and the common law/civil law divide*, w: M. Graziadei, L. Smith (red.), *Comparative Property Law: Global Perspectives*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s. 71–99.

ustrojowej od feudalizmu do kapitalizmu porzucono feudalne formy prawne³³.

Na gruncie prawa rodzimego natomiast, pomimo zasadniczych nieciągłości polskiej kultury prawnej będącej efektem istotnych transformacji ustrojowych, jakie nastąpiły w relatywnie krótkim odstępie czasu zarówno u nas, jak i w całym regionie Europy Środkowo-Wschodniej³⁴, można – bez względu na te niekorzystne dla ciągłości prawnej uwarunkowania – odnaleźć całkiem niemało przykładów reliktowych form prawnych³⁵. Nawiązując do wcześniejszych rozważań o prawie angielskim, ograniczę się tu do przykładów z zakresu prawa rzeczowego. Z jednej strony, w okresie Polski Ludowej utrzymano co do zasady prywatną własność nieruchomości mieszkaniowych w miastach (z wyjątkiem Warszawy), a socjalistyczne cele polityki mieszkaniowej realizowano w drodze publicznej gospodarki lokalami³⁶. Z drugiej strony jednak, socjalistyczne formy władztwa nieruchomościami – takie jak prawo użytkowania

³³ Graziadei, *The structure...*, op. cit., s. 86.

³⁴ R. Mańko, P. Tacik, C. Cercel, *Introduction: Law, populism, and the political in semi-peripheral Central and Eastern Europe*, w: R. Mańko, A. Sulikowski, P. Tacik, C. Cercel (red.), *Law, Populism, and the Political in Central and Eastern Europe*, Birkbeck Law Press-Routledge, Abingdon–New York 2024, s. 1–23.

³⁵ R. Mańko, *Wybrane relikty prawne epoki realnego socjalizmu w polskim prawie cywilnym – analiza zmiany funkcji społecznej instytucji prawnych w następstwie transformacji ustrojowej*, „*Studia Iuridica*” 2016, t. 66, s. 207–235. Por. T. Giaro, *The wave of transfers: An East-European chapter in the Civil Law Tradition*, „*Comparative Law Review*” 2023, t. 14, z. 2, s. 33–58; H. Ernst, M. Sadowski, M. M. Sadowski, *An ancestry of bridges: The persistence of legal transplants in Croatia and Poland*, w: C. Cercel, A. Mercescu, M. M. Sadowski, *Law, Culture and Identity in Central and Eastern Europe*, Routledge, Abingdon 2023, s. 190–211.

³⁶ Zob. np. Eckhardt, *Socialism under Construction...*, op. cit., s. 77–103, 254–282.

wieczystego³⁷, spółdzielcze własnościowe prawo do lokalu³⁸ czy spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu³⁹ (nie mówiąc już o całej konstrukcji prawnej spółdzielczości mieszkaniowej)⁴⁰, istnieją w naszym systemie prawnym po dziś dzień. Treść prawa własności, podobnie jak wykonywanie wszelkich praw podmiotowych, ograniczają zaś, do dziś, dwie socjalistyczne klauzule generalne – zasady współżycia społecznego (wywodzące się wprost z radzieckich „zasad współżycia socjalistycznego”) oraz społeczno-gospodarcze przeznaczenie rzeczy (lub prawa)⁴¹.

4. O celowości wielopłaszczyznowych badań nad zjawiskiem ciągłości i trwałości formy prawnej

Jeżeli przyjmiemy, że ciągłość i odporność formy prawnej na zmiany w otoczeniu prawa stanowi zjawisko wyjątkowe, to – idąc w ślad za myślą, jaką sformułował Søren Kierkegaard⁴², a którą za nim przejęli i upowszechnili Carl Schmitt⁴³ oraz Giorgio Agamben⁴⁴ – możemy zauważyć, iż to właśnie optyka wyjątku jest

³⁷ R. Mańko, *Prawo użytkowania wieczystego jako pozostałość po epoce realnego socjalizmu – ujęcie socjologicznoprawne*, „Zeszyty Prawnicze” 2017, t. 17, nr 1, s. 35–63.

³⁸ Mańko, *The cooperative...*, op. cit.; Eckhardt, *Socialism under Construction...*, op. cit., s. 290–291, 307–308, 315–328.

³⁹ Eckhardt, *Socialism under Construction...*, op. cit., s. 285–287, 310, 317–318.

⁴⁰ Ibidem, s. 283–336.

⁴¹ Mańko, *Quality of legislation...*, op. cit., passim.

⁴² S. Kierkegaard, *Powtórzenie*, tłum. B. Świdorski, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 1992, s. 34.

⁴³ C. Schmitt, *Teologia polityczna i inne pisma*, tłum. M. A. Cichocki, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2012, s. 54–55.

⁴⁴ G. Agamben, *Homo Sacer. Sovereign Power and Bare Life*, tłum. D. Heller-Roazen, Stanford University Press, Stanford 1998, s. 27.

perspektywą zdolną oświetlić dane zjawisko w sposób wyraźniejszy niż skupienie się na regule (tym, co uniwersalne). W wyjątku bowiem, jak w soczewce, skupiają się właściwości tego, od czego ten wyjątek odstępuje. Podążając tym tropem, wolno więc przyjąć, że badania nad formami prawnymi, które przetrwały swoją epokę (reliktami prawnymi) – jako wyjątkami od zasadniczej zgodności prawa z otoczeniem – mogą stanowić użyteczną perspektywę do prowadzenia ogólnej refleksji nad zjawiskiem prawa.

Badania takie da się prowadzić z wielu perspektyw badawczych, które wzajemnie się uzupełniają. Na pierwszy plan wysuwa się oczywiście perspektywa socjologicznoprawna, gdzie zresztą takie badania zapoczątkował Karl Renner⁴⁵. Problematyka trwania form prawnych i ewolucji ich treści może być też naświetlana z perspektywy historycznoprawnej, uzupełnionej perspektywą historii idei⁴⁶. Zagadnienie trwałości form prawnych pomimo transformacji ma także istotne znaczenie dla komparatystyki prawniczej, zwłaszcza ze względu na ścisłe związki tematyczne transferów (przeszczepów) prawnych (*legal transfers*)⁴⁷ i reliktowych form prawnych (*legal survivals*), przede wszystkim w kontekście problemu badawczego tożsamości instytucji prawnych⁴⁸.

Zjawisko ciągłości form prawnych może być również interesujące dla takich nowszych nurtów ogólnej refleksji nad prawem,

⁴⁵ Renner, *Institutions of Private Law...*, op. cit., passim.

⁴⁶ Por. R. Koselleck, *Sediments of Time. On Possible Histories*, tłum. S. Franzel, S. L. Hoffmann, Stanford University Press, Stanford 2018, s. 129–131.

⁴⁷ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Georgia University Press, Atlanta 1993; idem, *Legal Transplants and European Private Law*, Metro, Maastricht 2000.

⁴⁸ Zob. np. P. Legrand, *The same and the different*, w: P. Legrand, R. Munday (red.), *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s. 240–311.

jak: (1) estetyka prawa⁴⁹ (ze względu na szczególny wymiar estetyczny posługiwania się prawem dawnym, wyraźnie widoczny w tradycji *Common Law* bądź systemach prawnych nawiązujących wprost do prawa rzymskiego), (2) semiotyka prawnicza⁵⁰ (z uwagi na jej zainteresowanie relacjami znaczącego i znaczonego w prawie, przy czym zjawisko zmiany treści społecznej dawnych form prawnych może być tematyzowane właśnie w kategoriach zmiany znaczonego przy zachowaniu tego samego znaczącego), czy wreszcie, bliskie prof. Czarnocie (3) rozważania o prawie i pamięci zbiorowej (dawna forma prawna przynależy bowiem do sfery zbiorowej pamięci prawników⁵¹, przy czym – jak ma to nieraz miejsce – może dochodzić także do wypierania wspomnień o pochodzeniu danej formy prawnej).

5. Uwagi podsumowujące

Ciągłość formy prawnej nie jest zjawiskiem przypadkowym. Wiąże się z określonymi interesami i dążeniami wspólnoty prawniczej, a zatem tej grupy zawodowej, która, pozostając zanurzona we własnej tradycji, podtrzymuje, rozwija i przekazuje dalej (w drodze edukacji prawniczej) depozyt *ius*. Trwałość formy prawnej leży oczywiście w żywotnym interesie (także ekonomicznym) wspólnoty prawniczej, legitymizuje bowiem jej społeczną władzę, a zarazem narzędzie tej władzy, jakim jest zautonomizowane od bieżącej polityki prawo. Adam Czarnota

⁴⁹ Por. K. Zeidler, *Estetyka prawa*, Wolters Kluwer, Gdańsk–Warszawa 2018.

⁵⁰ Por. M. Belov, *Constitutional Semiotics. The Conceptual Foundations of a Constitutional Theory and Meta-Theory*, Hart Publishing, Oxford 2022.

⁵¹ Por. M. M. Sadowski, *Intersections of Law and Memory. Influencing Perceptions of the Past*, Routledge, Abingdon 2024, s. 26.

powiedział swego czasu, że „prawo jest dla nas, ma nam służyć”⁵². Aby jednak mogło spełniać tę funkcję, musi być ono dostatecznie autonomiczne względem bieżących roszczeń świata polityki i gospodarki, a równocześnie – dostatecznie silnie legitymizowane społecznie⁵³. Nie chodzi jednak o to, by prawo było całkowicie oderwane od zmieniającego się otoczenia, by stało się reliktem przeszłości lub żywą skamieliną. Wskazane w powyższych rozważaniach zjawisko ciągłości form prawnych wydaje się adekwatną odpowiedzią na tę pozorną sprzeczność. Prawo trwa bowiem jako forma, ale dostosowuje się w swej treści do nowych, zmiennych oczekiwań otoczenia społecznego i w miarę potrzeb je koryguje, by zachować spójność, w tym swojej wewnętrznej aksjologii⁵⁴.

Trwałość prawa jako formy pełni jednak funkcje nie tylko legitymizacyjne, lecz jest także podstawą jego przewidywalności i pewności. Jak pisał bowiem Artur Kozak, tym, co prawo ma do zaoferowania społeczeństwu, są właśnie zakodowane w nim wartości czysto formalne, które odróżniają myślenie prawnicze od myślenia ekonomicznego, politycznego czy ideologicznego⁵⁵. Prawo, aby być „dla nas” i „nam służyć”, musi przede wszystkim

⁵² A. Czarnota, *Prawo jest dla nas, ma nam służyć*. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puchejda, „Kultura Liberalna” 2016, nr 393, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puchejda-trybunal-konstytucyjny/> (dostęp: 30.01.2024).

⁵³ Por. W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Kolonia Limited, Wrocław 2000; W. Gromski (red.), *Autonomia prawa*, Kolonia Limited, Wrocław 2001; J. Helios (red.), *Autonomia prawa ze stanowiska teorii i filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2003; A. Kozak, *Myślenie...*, op. cit.; A. Sulikowski, *Apolitical jurisprudence. Crisis of an idea and the phenomenon of populism*, w: Sulikowski, Mańko, Łakomy (red.), *Legal Scholarship...*, op. cit., s. 1–16.

⁵⁴ Kozak, *Myślenie...*, op. cit., s. 149.

⁵⁵ Ibidem, s. 155. Por. A. Kozak, *Granice prawniczej władzy dyskrecyjnej*, Kolonia Limited, Wrocław 2002, s. 141.

być prawem, a zatem – zachować swoje minimum formalnej odrębności. W przeciwnym wypadku utożsami się z tym, co ma regulować, rozplywając się w nicość⁵⁶.

Badanie ciągłości formy prawnej z różnych perspektyw naukowych – socjologicznoprawnej, historycznoprawnej i filozoficznoprawnej (włączając w to nowe nurty badawcze) pozwala odsłonić tę szczególną cechę prawa, jaką jest przywiązanie do dawnej formy połączone z gotowością do pragmatycznego uwzględniania zmian w otoczeniu.

⁵⁶ Por. Kozak, *Myślenie...*, op. cit., s. 116–117, 154–155.

Piotr Eckhardt

Mieszkania są dla obywateli?
Transfery własności lokali
zbudowanych w Polsce Ludowej
jako obszar badań nad sprawiedliwością
okresu przejściowego

1. Wstęp

Adam Czarnota w tekście *Transitional justice, the post-communist post-police state and the losers and winners: An overview of the problem* wymienił restytucję majątku jako jeden z pięciu głównych problemów, przed którymi staje sprawiedliwość okresu przejściowego w państwach postkomunistycznych¹. Zwrócił tam także uwagę na kwestię majątku stworzonego w okresie komunizmu na znacjonalizowanych gruntach. W wywiadzie dla czasopisma „Res Publica Nova” Jubilat podkreślił, że redystrybucja praw własności jest najtrudniejszym problemem wszystkich znanych mu prywatyzacji. Według niego w Polsce przyjętą zasadą powinna być nie prywatyzacja, a restytucja mienia. Zaznaczył, że problematyka prawa własności nie cieszy się

¹ A. Czarnota, *Transitional justice, the post-communist post-police state and the losers and winners: An overview of the problem*, „Silesian Journal of Legal Studies” 2009, nr 1, s. 18.

popularnością². Niniejszy tekst jest próbą postawienia pierwszego kroku w kierunku zapełnienia tej luki na polu naukowym, przynajmniej w jednym, wąskim wycinku.

Opracowania poświęcone procesom prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych potwierdzają celowość badań nad losami także tego majątku wytworzonego w gospodarce socjalistycznej, który jest obarczony problemem nacjonalizacji. Rozwijając myśl Adama Czarnoty, warto się zastanowić, czy jeszcze ważniejszym obszarem badań nie będą transfery lokali mieszkalnych, czyli tej własności, która jest dla społeczeństwa najważniejsza, bo zaspokaja jego najbardziej podstawowe potrzeby. Niniejsze opracowanie w założeniu jest próbą zakreslenia pola badawczego dla większego projektu naukowego oraz wykazania konieczności realizacji takiego projektu.

2. Mieszkania komunalne

Pierwszym z obszarów wymagających badań są losy mieszkań komunalnych. Aktem prawnym, który do dzisiaj tworzy ramy prawne dla ich prywatyzacji, jest Ustawa o gospodarce nieruchomościami³ pochodząca z 1997 r. Mimo stabilności przepisów w tym obszarze dynamika procesów sprzedaży lokali gminnych różniła się w poszczególnych okresach oraz pomiędzy różnymi miastami. Wynika to z treści art. 68 ust. 1 pkt. 7 omawianej ustawy, który stanowi, że właściwe władze gminy mogą udzielić bonifikaty od ceny nieruchomości, jeżeli ta sprzedawana jest jako lokal mieszkalny. Bonifikata ta nie jest obligatoryjna, a z drugiej

² A. Czarnota, *Prawo okresu przejściowego*, „Res Publica Nova”, 14.04.2014, <https://publica.pl/teksty/prawo-okresu-przejsciwego-rozmowa-z-adamem-czarnota-45068.html> (dostęp: 3.01.2024).

³ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 2023 poz. 344).

strony – nie jest ustalony jej maksymalny wymiar. Lokalny samorząd ma więc bardzo dużą swobodę w ustalaniu cen, po których wyprzedaje lokale komunalne z gminnego zasobu.

Bonifikaty stały się bardzo powszechne w całej Polsce. Największe nasilenie prywatyzacji lokali z zasobów komunalnych przypadło właśnie na lata następujące tuż po wprowadzeniu możliwości ich udzielania⁴. Wynosiły one w różnych gminach od 70 do 98%, a lokatorzy bywali aktywnie nakłaniani do wykupu zajmowanych mieszkań (niekiedy grożono im nawet, że w innym przypadku zostaną eksmitowani, a nieruchomość trafi do innego nabywcy)⁵. Ewa Kucharska-Stasiak, Magdalena Załączna i Konrad Żelazowski wskazali cztery motywy prywatyzacji gminnego zasobu mieszkaniowego odgrywające istotną rolę od początku przekształceń w Polsce: (1) ideologiczny (dążenie do ograniczenia roli władz publicznych, zgodne z kierunkiem rynkowej transformacji gospodarki), (2) ekonomiczny (uzyskanie środków z prywatyzacji i pozbycie się mienia wymagającego inwestycji), (3) pragmatyczny (wiara w większą dbałość prywatnego właściciela o własność) oraz (4) społeczny (zwiększanie grupy osób będących właścicielami nieruchomości)⁶.

W ostatnich latach polityka wielu miast zaczęła się jednak zmieniać. Już w 2013 r. ze sprzedaży mieszkań komunalnych

⁴ E. Kucharska-Stasiak, *Ocena kierunków i skali przekształceń własnościowych w zasobie komunalnym*, w: A. Nowakowska (red.), *Zrozumieć terytorium. Idea i praktyka*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2013, s. 293.

⁵ W. Kieć, *Czekając na polskie slumsy*, w: M. Popow et al. (red.), *Oblicza biedy we współczesnej Polsce*, Doktoranckie Koło Naukowe „Na Styku”, Warszawa 2011, s. 107.

⁶ E. Kucharska-Stasiak, M. Załączna, K. Żelazowski, *Prywatyzacja komunalnego zasobu jako element lokalnej polityki mieszkaniowej na przykładzie Gminy Łódź*, w: T. Markowski, D. Stawasz (red.), *Partnerstwo i odpowiedzialność w funkcjonowaniu miasta*, Studia Komitetu Przestrzennego Zagospodarowania Kraju PAN, t. 157, Polska Akademia Nauk, Warszawa 2014, s. 124.

wycofała się Warszawa (wcześniej umożliwiała to z bonifikatą wynoszącą nawet 90%); podobną decyzję w 2018 r. podjął Kraków, a w 2022 r. ze sprzedaży lokali ze swojego zasobu zrezygnował Rzeszów⁷. W 2023 r. w Krakowie co prawda przywrócono możliwość składania wniosków o wykup mieszkania, ale ze znacznie mniejszymi bonifikatami niż wcześniej (od 23% do 50% wobec niegdysiejszych 90%)⁸.

Zmiany zachodzą także w mniejszych miastach. W Przemyśle bonifikaty obniżono w 2023 r. z 80% do 30%⁹. W Częstochowie grupa najemców lokali komunalnych walczyła w sądach administracyjnych o uchylenie uchwały rady miasta zmieniającej zasady wykupu tych mieszkań na znacznie mniej korzystne¹⁰. Ich skargę oddalił jednak Naczelny Sąd Administracyjny¹¹. W międzyczasie częstochowska rada miasta oddaliła obywatelski projekt uchwały przywracającej wcześniejsze, korzystne

⁷ J. Sobolak, *Samorządy stawiają tamę sprzedaży mieszkań komunalnych. Pomysł prezesa PiS wywraca tę politykę*, „Gazeta Wyborcza”, 18.10.2022, <https://wyborcza.biz/biznes/7,147758,29036751,wykup-mieszkan-komunalnych-jedni-sie-ciesza-dla-innych-to.html> (dostęp: 3.01.2024).

⁸ A. Kolet-Iciek, *W Krakowie będzie można kupić mieszkanie za pół ceny*, „Gazeta Wyborcza”, 27.12.2022, https://krakow.wyborcza.pl/krakow/7,44425,29297294,w-krakowie-bedzie-mozna-kupic-mieszkanie-za-pol-ceny.html#S.embed_link-K.C-B.1-L.1.zw (dostęp: 3.01.2024).

⁹ N. Ziętał, *Z 80 proc. do 30 proc. obniżono w Przemyśle bonifikatę na wykup mieszkania komunalnego*, „Nowiny”, 5.07.2023, <https://nowiny24.pl/z-80-proc-do-30-proc-obnizono-w-przemyslu-bonifikate-na-wykup-mieszkania-komunalnego/ar/c9-17694387> (dostęp: 03.01.2024).

¹⁰ M. Mamóń, *Wyrok w sporze o zasady wykupu mieszkań komunalnych w Częstochowie. Taniej już nie będzie*, „Gazeta Wyborcza”, 17.04.2023, <https://czestochowa.wyborcza.pl/czestochowa/7,48725,29662928,wyrok-w-sporze-o-zasady-wykupu-mieszkan-komunalnych-w-czestochowie.html> (dostęp: 03.01.2024).

¹¹ Wyrok z 4 kwietnia 2023 r., sygn. I OSK 1084/21.

bonifikaty¹². Jak widać, zasady wykupu mieszkań komunalnych pozostają przedmiotem gorących sporów prawnych, zarówno z wykorzystaniem instrumentów demokracji bezpośredniej, jak i drogi sądowej.

Temat nie pozostał także poza zainteresowaniem polityków. Jako odpowiedź na trend ograniczania sprzedaży lokali przez gminy oraz wysokości udzielanych bonifikat można postrzegać obietnice składane w kampanii przed wyborami parlamentarnymi w 2023 r. Jarosław Kaczyński podczas jednego ze spotkań z wyborcami stwierdził, że ludzie powinni mieć prawo do wykupu mieszkań, a PiS przygotowuje w tej sprawie ustawę¹³. Zauważył, że kiedyś problemem mógłby być Trybunał Konstytucyjny, bo mieszkania komunalne należą do jednostek samorządu terytorialnego, a takie rozwiązanie można by traktować jako naruszenie prawa własności, które TK chronił dawniej bardzo rygorystycznie. Dodał jednak, że prawdopodobnie obecny Trybunał przychyli się do założenia, iż prawo do wykupu mieszkań leży w oczywistym interesie społecznym¹⁴. Polityk nie określił, czy proponowane rozwiązania zakładałyby bonifikaty dla nabywców. Można jednak z dużym

¹² M. Mamoń, *Sesja częstochowskiej rady miasta. W głosowaniu przepadł obywatelski projekt wykupu mieszkań komunalnych*, „Gazeta Wyborcza”, 28.04.2022, https://czestochowa.wyborcza.pl/czestochowa/7,48725,28389050,sesja-czestochowskiej-rady-miasta-w-glosowaniu-przepadl-obywatelski.html#S.embed_article-K.C-B.1-L.1.zw (dostęp: 3.01.2024).

¹³ A. Ambroziak, *Kaczyński obiecuje możliwość wykupu mieszkań komunalnych. To populistyczna pseudoreforma*, Oko.press, 18.11.2022, <https://oko.press/kaczyński-wykup-mieszkan-komunalnych-populistyczna-pseudoreforma> (dostęp: 3.01.2024).

¹⁴ K. Rogowska, *Kaczyński chce prywatyzować mieszkania komunalne. Symboliczny koniec mitu o socjalnym obliczu PiS-u*, tokfm.pl, 27.10.2022, <https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,168890,29072626,jaroslaw-kaczyński-proponuje-prywatyzacje-mieszkan-komunalnych.html> (dostęp: 3.01.2024).

prawdopodobieństwem zakładać, że o to by w nowej ustawie chodziło. Przecież to właśnie ceny niższe od rynkowych powodują, że wykup mieszkania komunalnego jest powodem, dla którego zainteresowani oczekują na taką możliwość, zamiast nabyć lokal z dowolnego innego źródła.

3. Mieszkania zakładowe

Kolejną sporą grupą nieruchomości, która została sprywatyzowana w procesach transformacji ustrojowej, są mieszkania zakładowe. W 1988 r. takich lokali istniało około 1,5 mln. Szacowano, że były one 4–5-krotnie droższe w eksploatacji niż mieszkania spółdzielcze. Walczące o przetrwanie reform rynkowych przedsiębiorstwa państwowe traktowały zatem mieszkania zakładowe jako problem wymagający rozwiązania¹⁵.

Próbie systemowej odpowiedzi na to wyzwanie podjęto już w 1994 r. Uchwalona wtedy Ustawa o zasadach przekazywania zakładowych budynków mieszkalnych przez przedsiębiorstwa państwowe¹⁶ dała zakładom pracy możliwość przekazywania budynków mieszkalnych wraz z towarzyszącą infrastrukturą na rzecz gmin. Zgodnie z art. 5 ust. 1, przedsiębiorstwo państwowe, po spełnieniu określonych warunków formalnych, miało roszczenie wobec gminy o zawarcie umowy przekazania nieruchomości. Jednostka samorządu terytorialnego nie mogła zatem

¹⁵ M. Mitrega, *Mieszkania zakładowe jako problem polityki społecznej*, w: *Człowiek, praca, społeczeństwo. Materiały z Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej, Ustroń Wielkopolski, 13–16 czerwca 1992*, Akademia Ekonomiczna im. Karola Adamieckiego, Katowice 1992, s. 143–144.

¹⁶ Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o zasadach przekazywania zakładowych budynków mieszkalnych przez przedsiębiorstwa państwowe (Dz.U. nr 119 poz. 567).

odmówić przyjęcia mieszkań zakładowych do zasobu lokali komunalnych.

Przepis ten był badany pod kątem jego zgodności z konstytucją dwukrotnie. Analiza orzeczeń TK, które dzieli przeszło dekada, jest szczególnie istotna, bo pokazuje, że wydane one zostały nie tylko pod rządami różnych konstytucji, lecz także w zupełnie innej rzeczywistości społeczno-gospodarczej. W 1995 r. samorządowe władze ówczesnego województwa zielonogórskiego zakwestionowały ciążący na gminach obowiązek przejmowania mieszkań zakładowych jako naruszający m.in. zasadę równości wobec prawa. Trybunał stwierdził, że wyżej wspomniany art. 5 ust. 1 omawianej ustawy jest zgodny z konstytucją, ponieważ gminy musiały się liczyć z ograniczeniami praw majątkowych przyznanych im w ramach odchodzenia od właściwej dla socjalizmu zasady jednolitości własności państwowej wtedy, gdy było to konieczne do uporządkowania „nieprzystającej do nowych warunków ustrojowych spuścizny z okresu PRL”¹⁷. Trybunał zauważył, że omawiana ustawa należała do działań legislacyjnych dostosowujących ramy regulacyjne stosunków cywilnoprawnych do głębokich przeobrażeń ustrojowych. Powołując się na stenogramy z posiedzeń Sejmu, Trybunał wskazał, że ustawodawca był świadom, iż obowiązek przejmowania nieruchomości od przedsiębiorstw państwowych jest swoistym ograniczeniem gmin w ich prawach do mienia komunalnego. Konieczność jego wprowadzenia miała wynikać z potrzeby umożliwienia przedsiębiorstwom państwowym funkcjonowania w warunkach gospodarki rynkowej „przez ułatwienie wyzbycia się majątku nieprodukcyjnego”.

W 2006 r. TK orzekł, że konstruuąc art. 5 ust. 1 omawianego aktu, ustawodawca „zlekceważył podmiotowość prawną gmin

¹⁷ Orzeczenie z 17 października 1995 r., sygn. K. 10/95, OTK w latach 1986–1995, t. VI, poz. 30.

i w praktyce zignorował ich status podmiotów prawa prywatnego, uczestniczących w obrocie cywilnoprawnym”. A zatem, jest on niezgodny z art. 165 ust. 1 konstytucji, który stanowi, że jednostki samorządu terytorialnego mają osobowość prawną¹⁸. Przysługuje im prawo własności i inne prawa majątkowe. Przeszło dekadę po pierwszym wyroku i w świetle konstytucji z 1997 r. ograniczenie prawa własności gmin polegające na zobowiązaniu ich do przejmowania dawnych mieszkań zakładowych przestało być zatem dopuszczalne. Wskutek tego art. 5 omawianej ustawy został wkrótce uchylony w ramach nowelizacji dostosowującej przepisy do wyroku TK¹⁹.

Jak widać, pierwszym pomysłem na uporządkowanie kwestii mieszkań zakładowych była ich komunalizacja, co spotkało się z oporem gmin nieposiadających środków na utrzymanie przekazywanych im nieruchomości. W wielu przypadkach kwestionowany instrument prawny znalazł jednak zastosowanie. W latach 1994–1997 liczba mieszkań zakładowych zmniejszyła się o 433,5 tys., czyli o 34,5%²⁰. Nie wszystkie te lokale przeszły na własność gmin. Niektóre budynki zostały sprzedane przez przedsiębiorstwa państwowe lub ich następców prawnych innym podmiotom w całości, bez uzgadniania tego z lokatorami (bo zbycie całego budynku było dla tych podmiotów gospodarczych korzystniejsze niż osobna sprzedaż poszczególnych lokali). Nowy nabywca niejednokrotnie próbował sprzedać mieszkania ich dotychczasowym najemcom z dużym zyskiem, co prowadziło do

¹⁸ Wyrok z 28 listopada 2006 r., sygn. P 31/05, OTK-A 2006/10/155.

¹⁹ Ustawa z dnia 5 września 2008 r. o zmianie ustawy o zasadach przekazywania zakładowych budynków mieszkalnych przez przedsiębiorstwa państwowe (Dz.U. nr 192 poz. 1182).

²⁰ A. Nalepka, M. Zięba, *Analiza zmian w systemie zarządzania zakładowym zasobem mieszkaniowym w latach 1991–2001*, „Zeszyty Naukowe Akademii Ekonomicznej w Krakowie” 2003, nr 636, s. 86.

licznych protestów społecznych²¹. Kwestia budynków sprywatyzowanych w całości jeszcze powróciła, o czym niżej.

Wobec powyższych problemów, w 2000 r. wprowadzono instrumenty prawne mające rozwiązać problem mieszkań zakładowych w inny sposób. Ustawa o zasadach zbywania mieszkań będących własnością przedsiębiorstw państwowych, niektórych spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, państwowych osób prawnych oraz niektórych mieszkań będących własnością Skarbu Państwa²² stworzyła możliwość nabywania mieszkań zakładowych przez pracowników oraz byłych pracowników zakładów pracy i ich osoby bliskie na bardzo preferencyjnych warunkach. Zgodnie z art. 6 ust. 1 uprawnionemu nabywcy przysługiwała bonifikata w wysokości 6% za każdy rok pracy w zakładzie i jednocześnie 3% za każdy rok najmu wykupywanego mieszkania, przy czym cena mogła być obniżona łącznie o nie więcej niż 95%.

Ciągle problemem pozostaje sytuacja lokatorów budynków sprzedanych przez przedsiębiorstwa państwowe w całości osobom trzecim. W sprawie tej działał w 2001 r. Rzecznik Praw Obywatelskich²³. W 2022 r. wprowadzono instrumenty rządowego wsparcia dla gmin odkupujących takie obiekty²⁴. Trwa zatem naprawa błędów popełnionych w latach 90.

²¹ Ibidem, s. 87–88.

²² Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o zasadach zbywania mieszkań będących własnością przedsiębiorstw państwowych, niektórych spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, państwowych osób prawnych oraz niektórych mieszkań będących własnością Skarbu Państwa (Dz.U. 2001 nr 4 poz. 24).

²³ Rzecznik Praw Obywatelskich, *Problemy najemców dawnych tzw. mieszkań zakładowych. Kolejne wystąpienie RPO*, 30.11.2021, <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-najemcy-dawnych-mieszkan-zakladowych-pomoc> (dostęp: 3.01.2024).

²⁴ Ustawa z dnia 29 września 2022 r. o zmianie niektórych ustaw wspierających poprawę warunków mieszkaniowych (Dz.U. 2022 poz. 2456).

5. Mieszkania spółdzielcze

Trzecim dużym obszarem, w którym po 1989 r. miała miejsce intensywna prywatyzacja mieszkalnictwa, są zasoby spółdzielni mieszkaniowych. To temat tak szeroki, że nawet zasygnalizowanie wszystkich istotnych problemów przekracza ramy niniejszego opracowania. Wystarczy jednak przybliżyć losy tylko jednej ustawy, aby wykazać, że także regulacje prawne spółdzielczości mieszkaniowej są polem badawczym wymagającym pogłębionych studiów dotyczących transferów własności oraz sprawiedliwości okresu przejściowego.

Problemy w tym obszarze związane są m.in. z funkcjonującymi nadal relikdami prawnymi socjalizmu: spółdzielczym lokatorskim prawem do lokalu oraz spółdzielczym własnościowym prawem do lokalu. Tylko to drugie jest prawem rzeczowym. Spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu jest prawem osobowym, którego uzyskanie przed 1989 r. było dużo łatwiejsze – wymagało wpłaty wkładu mieszkaniowego znacznie mniejszego niż wkładu budowlanego niezbędnego do uzyskania spółdzielczego własnościowego prawa do lokalu. Jeszcze w okresie Polski Ludowej przekształcenie prawa lokatorskiego we własnościowe wiązało się z koniecznością uzupełnienia wysokości wkładu²⁵. Prywatyzacja mieszkań lokatorskich może zatem budzić największe kontrowersje.

W 2007 r. głosami rządzącej wówczas koalicji PiS-Samoobrona-LPR przyjęto nowelizację²⁶ Ustawy o spółdzielniach mieszka-

²⁵ R. Mańko, *The cooperative member's proprietary right to an apartment: A legal survival of the period of actually existing socialism in Polish private law*, „Zeszyty Prawnicze” 2015, t. 15, nr 4, s. 165–162.

²⁶ Ustawa z dnia 14 czerwca 2007 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 125 poz. 873).

niowych²⁷. Zasadniczą zmianą było nadanie nowego brzmienia art. 12. Dotychczas stanowił on, że członek spółdzielni, któremu przysługuje spółdzielcze lokatorskie prawo do lokalu mieszkalnego, ma prawo żądać od spółdzielni zawarcia umowy przeniesienia własności po dokonaniu m.in. wpłaty różnicy pomiędzy wartością rynkową prawa odrębnej własności lokalu a wartością zwaloryzowanego wkładu mieszkaniowego. Po nowelizacji, członek spółdzielni pragnący uzyskać prawo własności zajmowanego lokalu musiał jedynie spłacić przypadającą na jego lokal część kosztów budowy oraz nominalnej kwoty umorzenia kredytu udzielonego przed laty w ramach pomocy państwa, co w praktyce było kwotą bardzo małą. Dlatego nowy mechanizm zyskał popularną nazwę „wykupu za złotówkę”²⁸.

Przepis ten stał się przedmiotem pytania prawnego przedstawionego Trybunałowi Konstytucyjnemu. Stwierdził on, że zobowiązanie spółdzielni do zawarcia umowy przeniesienia własności lokalu po dokonaniu wyłącznie tych spłat, jakie przewidywał art. 12 omawianej ustawy w brzmieniu uwzględniającym nowelizację z 2007 r., jest niezgodny z art. 64 ust. 2 i 3 konstytucji jako nadmiernie ingerujący w konstytucyjnie chronione prawo własności spółdzielni mieszkaniowych²⁹. Wyrok ten był wyjątkowy dlatego, że złożono do niego aż dziewięć zdań odrębnych. Sędzia TK Zbigniew Cieślak stwierdził, że spłata kosztów budowy wypełnia warunek ekwiwalentności, ponieważ spółdzielnia nie poniosła innych uzasadnionych kosztów, a spółdzielca powinien mieć możliwość otrzymania prawa własności tej części majątku spółdzielni, który został przez niego sfinansowany. W zdaniu

²⁷ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych (Dz.U. 2001 nr 4 poz. 27).

²⁸ H. Milewska-Wilk, *Działalność i znaczenie spółdzielni mieszkaniowych w Polsce*, Instytut Rozwoju Miast i Regionów, Warszawa–Kraków 2023, s. 14.

²⁹ Wyrok z 17 grudnia 2008 r., sygn. akt P 16/08, OTK-A 2008/10/181.

odrębnym Teresy Liszcz widać wyraźnie kontekst transformacji ustrojowej, uznała ona bowiem, że błędne jest cywilistyczne podejście do ochrony prawa własności spółdzielni mieszkaniowych przy uwzględnieniu specyfiki ich funkcjonowania w PRL. Maria Ginowt-Jankowicz zauważyła, że brak przepisu, którego dotyczył omawiany wyrok, doprowadzi do tego, iż łatwiejszy będzie wykup mieszkania komunalnego stanowiącego przedmiot własności publicznej (należy pamiętać o obowiązujących wtedy wysokich bonifikatach) niż nabycie mieszkania spółdzielczego przez członka spółdzielni. Trzeba wspomnieć, że TK odroczył utratę mocy obowiązującej zakwestionowanych przepisów o 12 miesięcy, co również wzbudziło kontrowersje i stało się przedmiotem wielu zdań odrębnych³⁰.

Następnie, ustawodawca dokonał kolejnej nowelizacji Ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych³¹, wskutek czego do wniosków o zawarcie umowy przeniesienia własności lokalu złożonych do 29 grudnia 2009 r. (czyli przed wskazaną w wyżej analizowanym orzeczeniu datą utraty mocy przepisów, które Trybunał uznał za niekonstytucyjne) nadal należy stosować te właśnie przepisy. Takie rozwiązanie wskutek wniesienia skargi konstytucyjnej przez jedną ze spółdzielni mieszkaniowych również stało się przedmiotem wyroku TK³². Trybunał uznał, że

³⁰ J. Stelina, *Spółdzielnie w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Prawo i Więź” 2022, nr 43, s. 55.

³¹ Ustawa z dnia 18 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 223 poz. 1779).

³² Wyrok z 20 czerwca 2018 r., sygn. akt SK 3/13, OTK-A 2018/41; trzeba pamiętać, że wyrok wydano w czasie trwającego już wówczas kryzysu konstytucyjnego. W składzie orzekającym znalazły się osoby niebędące sędziami TK. Analiza przyczyn i skutków takiej sytuacji przekracza granice niniejszego opracowania. Zob. np. M. Ziółkowski, *Przesłanki wyznaczania sędziów do składu orzekającego Trybunału Konstytucyjnego i konsekwencje*

normy te są zgodne z konstytucją jako rozwiązanie przejściowe, zgodne ze standardami poprawnej legislacji.

„Wykup za złotówkę” nie był jedyną kwestią związaną z uwłaszczeniem członków spółdzielni mieszkaniowych, jaką badał TK. Warto chociażby wspomnieć, że kilka lat wcześniej uznał on za niezgodne z konstytucją przepisy wprowadzające podobne rozwiązanie – tzw. wykup za 3%³³.

6. Zakończenie

Ten krótki przegląd problemów powstałych w polskim mieszkalnictwie w okresie transformacji ustrojowej pokazuje, że kwestie transferów własności lokali mieszkalnych, których powstanie finansowane było w różny sposób (przez zakłady pracy, spółdzielnie mieszkaniowe czy bezpośrednio przez państwo)³⁴, nadal pozostają aktualne. Są przedmiotem wielu nowych ustaw, aktów prawa miejscowego, wyroków Trybunału Konstytucyjnego, orzecznictwa sądów administracyjnych czy wystąpień Rzecznika Praw Obywatelskich. Trzy dekady po upadku Polski Ludowej prawo wciąż aktywnie kształtuje sytuację życiową obywateli Polski zamieszkujących lokale wybudowane w okresie socjalizmu. Dlatego niezbędne jest dokładne przeanalizowanie i opisanie tych wszystkich procesów. Ja sam mam zamiar zająć się tym w kolejnych publikacjach.

ich naruszenia, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2020, t. 82, nr 3, s. 33–49.

³³ Wyrok z 29 maja 2001 r., sygn. akt K 5/01, OTK 2001/4/87.

³⁴ Działające za pośrednictwem Zakładu Osiedli Robotniczych. Mieszkania te stały się po 1989 r. lokalami komunalnymi.

Michał Krotoszyński

Wokół kazusu donosiciela. Sprawiedliwość tranzycyjna z perspektywy filozofii prawa

1. Wstęp

O związkach sprawiedliwości tranzycyjnej z filozofią prawa mówić można z co najmniej dwóch powiązanych ze sobą powodów. Po pierwsze, źródeł sprawiedliwości tranzycyjnej upatruje się zwykle w rozliczeniach po II wojnie światowej¹, które stanowiły inspirację dla fundamentalnych dzieł z zakresu filozofii prawa – i same korzystały w części z filozoficznoprawnej argumentacji. Po drugie, dla okresu transformacji ustrojowej typowa jest „szczególna infiltracja nauki i praktyki prawa przez filozofię prawa, zwłaszcza w wersji szeroko pojętych koncepcji prawnonaturalnych”², co wiąże się z wyjątkowością zawisłych przed sądami spraw, „dalece przekraczających standardowe porządki orzekania”³. Te dwa związki – historyczny i o ogólniejszym

¹ Zob. np. R. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, „Harvard Human Rights Journal” 2003, t. 16, s. 72–74.

² J. Zajadło, *Filozofia prawa a prawo karne, Studium tzw. Mauerschützen*, „Ius et Lex” 2003, nr 1, s. 183.

³ M. Kordela, „Lex” i „ius” w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 216.

charakterze – sprawiają, że zdziwienie budzić może fakt, iż dla współczesnej sprawiedliwości tranzycyjnej, interdyscyplinarnej i nastawionej praktycystycznie klasyczne pozycje z zakresu filozofii prawa nie stanowią (z nielicznymi wyjątkami)⁴ istotnego źródła inspiracji. Tekst ten stara się w części wypełnić tę lukę poprzez odwołanie się do związanych z rozliczeniami z przeszłości wątków zawartych w pracach Gustava Radbrucha, Herberta Harta i Lona Fullera, w szczególności zaś – do stanowiącego ich wspólną kanwę „problemu donosiciela” (*the problem of the grudge informer*)⁵, w celu ukazania ich związków ze współczesną sprawiedliwością tranzycyjną.

2. Zarys kazusu donosiciela

„Problem donosiciela” wiąże się z dwoma kazusami. Pierwszy, przedstawiony przez Radbrucha w opublikowanym w 1946 r. artykule *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*⁶, dotyczy denuncjacji dokonanej przez urzędnika sądowego Puttfarkena, który doniósł władzom, że kupiec Göttig zamieścił w toalecie obraźliwy wobec Hitlera wpis. Göttiga skazano na śmierć za knowania mające doprowadzić do zdrady stanu, samego Puttfarkena

⁴ Zob. np. D. Dyzenhaus, *Leviathan as a theory of transitional justice*, w: M. Williams, R. Nagy, J. Elster (red.), *Transitional Justice*, New York University Press, New York 2012, s. 180–217; C. Murphy, *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*, Cambridge University Press, New York 2017.

⁵ Szerzej o filozoficznoprawnych aspektach tego kazusu: D. Dyzenhaus, *The grudge informer case revisited*, „New York University Law Review” 2008, t. 83, s. 1000–1034; T. Mertens, *Radbruch and Hart on the grudge informer: A reconsideration*, „Ratio Juris” 2002, t. 15, nr 2, s. 186–205.

⁶ G. Radbruch, *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*, tłum. E. Nowak, w: J. Zajadło (red.), *Radbruch*, Wydawnictwo Arche, Sopot 2016, s. 16–30.

zaś po wojnie – na karę dożywotniego więzienia za współudział w zabójstwie⁷. Drugi kazus jest elementem debaty Hart–Fuller, jaka toczyła się w 1958 r. na łamach „Harvard Law Review”⁸. Dotyczy on kobiety, która – chcąc pozbyć się męża – poinformowała organy ścigania, że ten w prywatnej rozmowie obrażał wodza Rzeszy. Mąż, pierwotnie skazany na śmierć, został ostatecznie wysłany na front wschodni, kobietę zaś skazano po wojnie za bezprawne pozbawienie mężczyzny wolności. Hart podaje, że orzekając karę wobec kobiety, sąd uznał ustawę, na podstawie której skazano jej męża, za nieobowiązującą, ponieważ ta „była sprzeczna ze zdrowym sumieniem i poczuciem sprawiedliwości wszystkich prawych ludzi”⁹.

Fuller opisuje sprawę w podobny sposób. Zauważa jednak, że skazanie mężczyzny odbyło się z nadużyciem prawa, gdyż to penalizowało publiczne wypowiedzi obniżające morale wojsk bądź zawierające krytykę władz – wypowiedź męża za taką nie mogła być zaś uznana. Trudno więc, zdaniem Fullera, dziwić się powojennym niemieckim sądom, że te odmówiły powyższym przepisom charakteru prawa¹⁰.

⁷ Inne podobne sprawy Radbruch przedstawia w opublikowanym rok później tekście *Ustawa i prawo*. Polskie tłumaczenie: G. Radbruch, *Ustawa i prawo*, tłum. J. Zajadło, w: J. Zajadło (red.), *Radbruch...*, op. cit., s. 31–37.

⁸ H. L. A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals*, „Harvard Law Review” 1958, t. 71, nr 4, s. 593–629; L. L. Fuller, *Positivism and fidelity to law: A reply to professor Hart*, „Harvard Law Review” 1958, t. 71, nr 4, s. 630–672.

⁹ Hart, *Positivism...*, op. cit., s. 619.

¹⁰ Fuller, *Positivism...*, op. cit., s. 653 i nast. Do „problemu donosiciela” Fuller powrócił w wydanej w 1964 r. *Moralności prawa*, gdzie stał się on podstawą kazusu dotyczącego hipotetycznego Reżimu Purpurowych Koszul, w którym pięciu doradców Ministra Sprawiedliwości przedstawiało stanowiska co do rozwiązania tego palącego problemu. Polska wersja: L. L. Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2004, s. 211–218.

Dwa lata później, w tekście zamieszczonym na łamach „Modern Law Review”, Helmut Otto Pappé wskazywał, że Hart i Fuller błędnie zrelacjonowali kasus. Choć kobietę rzeczywiście skazano, to sąd bynajmniej nie uznał ustaw, na podstawie których ukarano jej męża, za nieobowiązujące. Pappé zauważył też, że obaj filozofowie pominęli analogiczną sprawę z 1952 r., w której Federalny Sąd Najwyższy przyjął – podobnie jak Fuller w swoim artykule – że do skazania doszło z naruszeniem prawa¹¹, co znosiło konieczność analiz walidacyjnych. Rozważania Harta i Fullera należy więc raczej traktować jako dyskusję na bazie sprawy modelowej – co, rzecz jasna, nie umniejsza jej znaczenia. „Problem donosiela” jest bowiem paradygmatycznym przykładem pytania o odpowiedzialność za działania legalne, ale dokonywane na podstawie prawa niesprawiedliwego. Mowa tu zarówno o zachowaniu szeregowych obywateli, jak i o postępowaniu przedstawicieli władzy publicznej, w tym sędziów.

3. Propozycja rozstrzygnięcia: rozwiązanie walidacyjne

Dla Radbrucha podstawą rozwiązania tego problemu było wyróżnienie trzech wartości prawa: celowości, bezpieczeństwa prawnego i sprawiedliwości. Z tej triady celowość Radbruch cenił najniżej. Z kolei konflikt między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością należy jego zdaniem rozwiązać tak, że ustawa niesprawiedliwa nadal pozostaje prawem – chyba że jest niesprawiedliwa w stopniu rażącym lub celowo narusza zasadę równości¹². Takie rozwiązanie umożliwia oddzielenie regulacji,

¹¹ H. O. Pappé, *On the validity of judicial decisions in the Nazi Era*, „The Modern Law Review” 1960, t. 23, nr 3, s. 260–274.

¹² Radbruch, *Ustawowe bezprawie...*, op. cit., s. 23–25, idem, *Pięć minut filozofii prawa*, tłum. J. Zajadło, w: J. Zajadło, *Radbruch...*, op. cit., s. 14.

które na tyle przesiąknięte były zbrodniczą ideologią bądź zinstrumentalizowane, że nie sposób określać ich mianem prawa – od tych jego norm, instytucji czy gałęzi, które nie mają takiego charakteru i przez to nie budzą wątpliwości walidacyjnych. Jak zauważał Fuller, metoda ta ma tę praktyczną zaletę, że zapobiega chaosowi prawnemu, do jakiego doprowadziłoby uznanie *ex post* całego nazistowskiego systemu prawa za nieobowiązujący – jednocześnie zaś chroni nowy porządek prawny przed skażeniem totalitarną ideologią i to bez potrzeby oczekiwania na, częstokroć spóźnioną, interwencję demokratycznego prawodawcy¹³.

Przyjęcie tego stanowiska wiąże się jednak z kilkoma problemami. Po pierwsze, konieczne jest ustalenie wzorca, z którym będzie się porównywać prawo pozytywne. Dla Radbrucha było nim prawo boskie, prawo natury lub prawo rozumu. O ile za źródło tego pierwszego uznawał Biblię, o tyle źródłem dwóch pozostałych były dla niego deklaracje praw człowieka i obywatela. Te zawierać miały zasady prawa skodyfikowane „w oparciu o tak powszechne porozumienie, że w odniesieniu do niektórych z nich trudno zachować sceptycyzm”¹⁴. Z kolei dla Fullera papierkiem lakmusowym było przestrzeganie przez prawodawcę kryteriów formalnych – takich jak ogłoszenie prawa, zakaz retroakcji czy zgodność aktów stosowania prawa z prawem stanowionym – nazywanych przezeń wewnętrzną moralnością prawa. Zdaniem Fullera, nie jest przypadkiem, że w systemach totalitarnych niegodziwa treść norm prawnych zbiega się z naruszeniem powyższych reguł: dbałość o zachowanie wymogów formalnych wiąże się bowiem inherentnie z dążeniem do sprawiedliwości. Stąd oba testy mogą być według niego stosowane zamiennie:

Zob. też: J. Zajadło, *Formuła Radbrucha. Filozofia prawa na granicy pozytywizmu prawniczego i prawa natury*, Arche, Gdańsk 2001.

¹³ Fuller, *Positivism...*, op. cit., s. 648 i nast.

¹⁴ Radbruch, *Pięć minut...*, op. cit., s. 15.

zazwyczaj bowiem tam, gdzie rażąca niesprawiedliwość pozbawiałaby regulację charakteru prawa, równie rażące naruszenie jego wewnętrznej moralności powoduje, że o żadnym systemie prawa nie może być mowy¹⁵.

Międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka, do których odwoływał się Radbruch, oraz koncepcja *rule of law*, której elementem jest Fullerowska wewnętrzna moralność prawa, są dla sprawiedliwości tranzycyjnej ważnym punktem odniesienia. Można nawet argumentować, że powodem, dla którego różnorodne mechanizmy rozliczeń stanowią obiekt badań w ramach jednego, relatywnie spójnego pola naukowego, jest właśnie konieczność oceny ich zgodności z prawem międzynarodowym¹⁶. Drugim wzorcem normatywnym stała się dla sprawiedliwości tranzycyjnej koncepcja rządów prawa¹⁷. Dyskurs oparty na tych dwóch koncepcjach wyparł w końcu XX w. wcześniejsze narracje odwołujące się do demokracji¹⁸. O ile przy tym dla Radbrucha i Fullera prawo międzynarodowe i rządy prawa były wzorcem oceny regulacji represyjnego reżimu, o tyle dla sprawiedliwości tranzycyjnej są one raczej kryterium oceny dokonywanych rozliczeń: domagając się rozrachunku z przeszłością, jednocześnie ograniczają prawodawcę w doborze jego metod.

Po drugie, odwołanie się do propozycji Radbrucha wymaga ustalenia, kto oceniać ma zgodność prawa pozytywnego z wzorcem walidacyjnym. Radbruch, który chronić chciał wartość bezpieczeństwa prawnego, był zdania, że: „[n]ie można dopuścić do

¹⁵ Fuller, *Positivism...*, op. cit., s. 661.

¹⁶ Zob. C. Bell, *Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the 'field' or 'non-field'*, „The International Journal of Transitional Justice” 2009, t. 3, nr 1, s. 13–17.

¹⁷ Na potrzeby niniejszego tekstu pomijam odmienności pomiędzy koncepcjami *Rechtsstaat* i *rule of law*.

¹⁸ Zob. A. Czarnota, *On the beauty of confusions or transitional justice, and rule of law*, „Law of Ukraine” 2013, nr 4, s. 47–53.

tęgo, żeby każdy sędzia ustalał prawo na własną rękę; zadanie to powinno być zastrzeżone dla sądu najwyższego i ustawodawcy¹⁹. Dylemat ten nieobcy jest współczesnej polskiej nauce prawa, która mierzy się m.in. z pytaniem o kompetencję sądów do oceny zgodności norm ustawowych z normami konstytucyjnymi w ramach procesów stosowania prawa²⁰ – ale można w nim dostrzec także wątek ważny dla sprawiedliwości tranzycyjnej. Pobrzmiewa tu bowiem pytanie o to, w jakim zakresie podmiotem decydującym o ostatecznym kształcie rozliczeń powinny być sądy, a w jakim – demokratyczny prawodawca.

Po trzecie, samo uznanie totalitarnej ustawy za nieobowiązującą nie wystarcza do ukarania jednostki, która przyczyniła się do jej zastosowania, ponieważ możliwe są dwie okoliczności wyłączające odpowiedzialność. Pierwsza z nich – błąd co do prawa – wiąże się ze słynną tezą Radbrucha obarczającą pozytywizm odpowiedzialnością za bierną postawę niemieckich prawników wobec nazizmu. Radbruch uważał skazanie sędziów za mało prawdopodobne, gdyż ci, spaczeni pozytywizmem, mogli nie zdawać sobie sprawy z przestępczego charakteru wydawanych wyroków. Jak pisał w *Ustawie i prawie*:

Pozytywistycznie wychowani sędziowie, aby móc stosować ustawę, musieli przyjmować, że wiąże ona bezwarunkowo, nawet jeśli ma niegodziwą treść, a więc mogli urzeczywistniać ustawowe bezprawie bez świadomości bezprawia. Panujący przez dziesięciolecia niekwestionowany pozytywizm nie mógł być nagle odrzucony ze szkodą dla sędziów, którzy

¹⁹ Radbruch, *Ustawowe bezprawie...*, op. cit., s. 26.

²⁰ Zob. m.in. L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 7–8, s. 7–25; S. Wronkowska, *Hierarchia w systemie prawa. Między ‘Lex superior derogat legi inferiori’ a zdecentralizowaną kontrolą konstytucyjności* (w druku).

pozwalali się kierować temu panującemu w nauce stanowisku²¹.

Całkiem odmiennie kwestię świadomości prawnej jednostki ocenił w 2001 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *K.-H. W. przeciwko Niemcom*²². Trybunał uznał, że młody strażnik graniczny powinien być świadomy, że oddanie strzałów do bezbronnego uciekiniera stanowi przestępstwo zabójstwa, nawet jeśli obowiązek użycia broni wynikał z decyzji Narodowej Rady Obrony NRD i wydawanych mu rozkazów, praktyka państwowa zaś przewidywała nie kary za takie czyny, ale nagrody. Co zaskakujące, ETPC stwierdził, że pogranicznik powinien mieć tę świadomość nie tyle ze względu na amoralność czynu, ile raczej na jego niezgodność z niemieckimi ustawami interpretowanymi przez pryzmat Konstytucji NRD. Trybunał uznał więc w istocie, że niemający wykształcenia prawniczego strażnik zobowiązany był dokonać prokonstytucyjnej wykładni prawa NRD – i to wbrew dominującemu wówczas paradygmatowi interpretacyjnemu.

Powyższe stanowiska mogą być przedmiotem krytyki, ale nie zmienia to faktu, że problem świadomości prawnej rodzi szczególne wyzwania dla edukacji prawniczej. Powinna ona dać przyszłym prawnikom – a może i wszystkim obywatelom – narzędzia do krytycznego spojrzenia na prawo, tak aby ci świadomi byli dylematów pojawiających się w czasach nadzwyczajnych. Aby jednak mogła ona odgrywać taką rolę, konieczna jest nie tylko zmiana programu, lecz także metod nauczania – zarówno na studiach prawniczych, jak i w ramach szczątkowej obecnie edukacji prawnej w szkołach średnich.

²¹ Radbruch, *Ustawa...*, op. cit., s. 34.

²² Wyrok ETPC z 22 marca 2001 r., *K.-H. W. przeciwko Niemcom* (ECHR 37201/97).

Drugim czynnikiem utrudniającym ukaranie niemieckich sędziów było dla Radbrucha orzekanie przez nich pod groźbą utraty życia. Splatają się tu dwa problemy: znana międzynarodowemu prawu karnemu kwestia przymusu jako okoliczności wyłączającej odpowiedzialność²³ i dyskutowany w filozofii prawa problem postawy sędziów wobec norm represyjnego reżimu²⁴. Wydaje się, że do takiej obrony należy w przypadku sędziów podchodzić z dużą ostrożnością, zarówno ze względu na generalny brak natychmiastowego ryzyka śmierci, jak i ich szczególną społeczną rolę. Jak pisze Radbruch: „od sędziowskiego bowiem etosu zwykło się oczekiwać, że nie ugnie się przed niczym, nawet przed zagrożeniem życia”²⁵.

4. Propozycja rozstrzygnięcia: ustawa retroaktywna

Prawnonaturalną formułę Radbrucha odrzuca Hart. Uznaje on, że pozytywizm prawniczy, świadomy możliwości istnienia niemoralnych praw, daje jednocześnie lepsze narzędzia oporu wobec nich; obowiązywanie prawa nie oznacza bowiem moralnej powinności jego przestrzegania. Dla Harta narzędziem wymierzenia sprawiedliwości jest retroaktywna ustawa karna, której zastosowanie nie wymaga sięgnięcia po argumenty prawnonaturalne. Jak twierdzi, odwołanie się do niej ma walor szczerości, ponieważ uwidacznia dylemat moralny, przed którym staje prawodawca. Każde z dwóch dostępnych rozwiązań – sięgnięcie po

²³ Zob. np. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 246–251.

²⁴ Zob. np. D. Dyzenhaus, *Judging the Judges, Judging Ourselves. Truth, Reconciliation and the Apartheid Legal Order*, Hart Publishing, Oxford 1998; J. Zajadło, *Sędziowie i niewolnicy. Szkice z filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019.

²⁵ Radbruch, *Ustawowe bezprawie...*, op. cit., s. 28.

retroaktywne ustawodawstwo bądź pozostawienie niegodziwych czynów bez kary – niesie ze sobą określone koszty prawne i społeczne; jest to więc wybór mniejszego zła. Jak zaś argumentuje Hart: „Jeśli historia moralności czegoś nas nauczyła, to tego, że wątpliwości moralnych nie należy ukrywać”²⁶.

Radbruch i Fuller także akceptowali sięgnięcie po retroaktywne ustawodawstwo. Ten pierwszy wskazywał, że „prawo ponadustawowe może przybrać formę ustawy”, której „cechą charakterystyczną jest, w normalnych warunkach zakazane, wsteczne działanie”²⁷. Radbruch akceptował więc retroaktywne ustawodawstwo, o ile było ono narzędziem pozytywizacji prawa ponadustawowego, co zawężało jego użycie do sytuacji wyjątkowych. Z kolei Fuller ustawę retroaktywną gotowy był poprzeć dlatego, że stanowiłaby ona symboliczne zerwanie z przeszłością i oddzielałaby okres przejściowy, wymagający działań nadzwyczajnych, od czasów normalnego funkcjonowania sądownictwa²⁸. Takie stanowisko wyznacza więc ustawom retroaktywnym określone ramy czasowe.

Poparcie dla retroaktywnych sankcji może być zaskakujące z dzisiejszej perspektywy, w której zasadę *lex retro non agit* uznaje się na gruncie prawa karnego za w zasadzie nienaruszalną. Poglądy takie były jednak obecne także w Polsce po 1989 r. Najdobitniejszym tego przykładem jest postanowienie sygnalizacyjne Trybunału Konstytucyjnego z 25 września 1991 r.²⁹ dotyczące, rzekomo retroaktywnych, przepisów wprowadzonych wówczas do ustawy o Instytucie Pamięci Narodowej³⁰. Trybunał zwrócił uwagę na „sprzeczność zachodzącą pomiędzy wnioskami

²⁶ Hart, *Positivism...*, op. cit., s. 619–620.

²⁷ Radbruch, *Ustawa...*, op. cit., s. 31.

²⁸ Fuller, *Positivism...*, op. cit., s. 661.

²⁹ Postanowienie TK z dnia 25 września 1991 r. (S 6/91).

³⁰ Art. 2a i 2b Ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o Głównej Komisji Badania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu – Instytucie Pamięci

wynikającymi ze stosowania zasady *lex retro non agit* w stosunku do sprawców zbrodni stalinowskich a podstawowym poczuciem sprawiedliwości”. Tam, gdzie władze komunistyczne przyznały sobie autoamnestię, TK uznał „wprowadzenie uzasadnionego względami sprawiedliwościowymi odstępstwa od zasady *lex retro non agit*” za dopuszczalne pod warunkiem „bardzo precyzyjnego określenia przypadków, których odstępstwo to miałyby dotyczyć”. Postanowienie to poddano w doktrynie wielowątkowej krytyce³¹, ale pokazuje ono, że możliwość wprowadzania retroaktywnej ustawy była akceptowana przez część judykatury. Warto też dodać, że w okresie transformacji powszechnie akceptuje się retroaktywne sankcje o charakterze niepenalnym, jak np. tymczasowy zakaz pełnienia funkcji publicznych przez osoby związane z poprzednim ustrojem³².

5. Zakończenie

Klasyczne pozycje filozoficznoprawne wciąż mogą być dla sprawiedliwości tranzycyjnej źródłem inspiracji. Tej szukałbym jednak mniej w opisie poszczególnych mechanizmów rozrachunku z przeszłością – współczesne instrumentarium w tym zakresie jest bogatsze – bardziej zaś w ogólnej refleksji dotyczącej celu rozliczeń i ich dopuszczalnych metod.

Narodowej (Dz.U. Nr 21, poz. 98 ze zm.), które weszły w życie 13 czerwca 1991 r.

³¹ L. Garlicki, *Glosa do postanowienia TK z dnia 25 września 1991 r.*, S 6/91, „Państwo i Prawo” 1992, nr 2, s. 104–108; P. Tuleja, W. Wróbel, *Glosa do postanowienia TK z dnia 25 września 1991 r.*, S 6/91, „Państwo i Prawo” 1992, nr 2, s. 108–112.

³² Zob. np. Rezolucja nr 1096 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy z dnia 27 czerwca 1996 r. w sprawie metod likwidacji spuścizny po byłych totalitarnych systemach komunistycznych.

Po pierwsze, znamienne jest to, że formuła Radbrucha i ustawa retroaktywna to – aż do czasu kazusu Reżimu Purpurowych Koszul³³ – jedyne środki, które realnie są rozważane przez trzech filozofów. Bierność prawodawcy nie jest w praktyce opcją, gdyż prowadziłyby do samosądów. Nie jest to więc dyskusja o tym, czy dokonywać rozliczeń, ale – jakimi metodami. W świecie negocjowanych tranzycji pełnych niełatwych ustępstw takie podejście do problemu rozliczeń musi budzić respekt: ukaranie winnych jest w nim imperatywem oczywistym, nawet jeśli czasem niemożliwym do osiągnięcia.

Po drugie, w literaturze sprawiedliwości tranzycyjnej podkreśla się, że jej celem jest m.in. umacnianie rządów prawa, co wyklucza użycie niektórych narzędzi rozliczeń; dostrzega się też możliwą antynomię pomiędzy rządami prawa a społecznym poczuciem sprawiedliwości. Nie jest to jednak myśl nowa. Analogiczną refleksję znajdziemy u Radbrucha, który stwierdza:

Musimy szukać sprawiedliwości i jednocześnie szanować bezpieczeństwo prawne, które samo jest integralnym elementem sprawiedliwości, aby odbudować państwo prawa, zdolne uczynić zadość obu tym ideom. Demokracja jest z pewnością czymś w rodzaju szlachetnego wina, ale państwo prawa musi być chlebem powszednim, dostępnym dla każdego jak woda i powietrze³⁴.

W dobie wysiłków na rzecz odbudowy polskiej praworządności słowa te są ważnym drogowskazem.

³³ Patrz przypis 10.

³⁴ Radbruch, *Ustawa...*, op. cit., s. 29–30.

Część IV

Pamięć, ilustracja i *memory laws*

Part IV

Memory, illustration, and memory
laws

Justyna Jezierska

Współczesne nurty w relacji prawa i pamięci zbiorowej. Przegląd badań

1. Wstęp

Adam Czarnota należy do tego grona naukowców, którzy inspirowają, znają chyba wszystkie ważne (kon)teksty i dzielą się wiedzą. Przed paru laty napisałam do Profesora z prośbą o „zerknięcie” na mój artykuł dotyczący problemu winy podejmowanego przez Karla Jaspersa. Otrzymałam kilka cennych uwag, a na koniec wiadomości Profesor dodał: dobrze diagnozuję, że „zasadniczy problem to odpowiedzialność zbiorowa”, bo przecież „problem zachodniej jurysprudencji to indywidualna alokacja winy i odpowiedzialność i wtedy «pada» lustracja i inne formy odpowiedzialności”. Ta uwaga, rzucona niejako mimochodem, jest jednym z najciekawszych i najtrafniejszych wniosków, jakie przeczytałam w ciągu wielu lat zajmowania się problemem winy, odpowiedzialności i pamięci zbiorowej.

Styk albo raczej obszar, w jakim *memory studies* i prawo „zachodzą na siebie”, jest przedmiotem zainteresowania prof. Czarnoty od wielu lat, a patrząc na jego dotychczasową biografię naukową – chyba nawet dominującym polem badawczym.

W niniejszym tekście chciałabym zająć się dwiema kwestiami znajdującymi się w tym obszarze.

Po pierwsze, nakreślę nurty, w ramach których badaczki¹ „relacjonują” bądź analizują wzajemny wpływ, jaki współcześnie mają na siebie pamięć zbiorowa i prawo. Są to przede wszystkim jurydyzacja pamięci, którą postaram się szkicowo opisać, a także np. karnizacja, stanowiąca bardzo ciekawe pole do dyskusji nad gałęziami prawa. W kontekście problemu poszczególnych gałęzi prawa można postawić pytania: które z nich „nadają się” i stanowią łatwe narzędzie do kształtowania pamięci zbiorowej oraz dlaczego prawo karne jest świetnym polem do rozgrywania sporów o pamięć zbiorową, a sądy oraz procesy sądowe są i będą, jak pisze Mark Osiel, „chcąc, nie chcąc wciągnięte w proces budowania pamięci”²? Nurtu karnizacji nie będę jednak omawiać ze względu na ograniczoną objętość niniejszego tekstu. Ponadto, karnizacja relacji prawa i pamięci jest logicznie podporządkowana jurydyzacji pamięci jako zjawisku ogólniejszemu.

Jeszcze inny nurt dotyczy badania relacji pamięci i prawa w odniesieniu do sprawiedliwości okresów przejściowych (*transitional justice*). Wpływ ten ma już jednak – w odniesieniu przede wszystkim do Europy Środkowo-Wschodniej – charakter

¹ Ponieważ jako społeczeństwo ciągle cierpimy na brak równości płci w wielu aspektach, pozwałam sobie w tym tekście na wprowadzenie rodzaju żeńskiego jako „domniemanego” w odniesieniu do liczby mnogiej rzeczowników określających grupy ludzi, np. badaczki, choć oczywiście w zbiorowościach tych znajdują się również mężczyźni. Takie podejście jest próbą uwzględnienia stanowiska Rady Języka Polskiego, w którym postulowano wprowadzenie „możliwie pełnej symetrii nazw osobowych męskich i żeńskich w zasobie słownictwa”, zob. https://rjp.pan.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=1861:stanowisko-rjp-w-sprawie-zenskich-form-nazw-zawodow-i-tytulow&catid=98&Itemid=81.

² M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, Transaction Publishers, New Brunswick 1999, s. 294.

w znacznej mierze historyczny, ponieważ obejmował badania nad przejściem od państw autorytarnych, niedemokratycznych w kierunku państw demokratycznych, konstruowanych na bazie zasady rządów prawa. Dlatego również i ten nurt, mimo że niezwykle znaczący dla relacji prawa i pamięci, nie będzie przedmiotem moich rozważań.

Współczesne badaczki dużo częściej zastanawiają się nad kontekstem rządów prawa (szeroko ujmowanego *rule of law*) w odniesieniu do prawa i pamięci. Ponieważ rządy prawa są dziś stanem tyleż pożądanym, co często nieobecnym, to rozważania nad nimi i pamięcią zbiorową mają naturę postulatyczną. Nie jest to nic bezprecedensowego, a raczej stanowi charakterystyczny element dla tego typu rozważań – postulaty *de lege ferenda* i *de lege lata* stanowią dobrze znany (i nazwany) składnik prawniczych artykułów naukowych. Ja jednak chciałabym przyrzeć się tym postulatom prawniczek i badaczek pamięci zbiorowej, jakie stawiają przed nowoczesną wizją relacji prawa i pamięci. Ku jakim celom powinna dążyć owa relacja? Jaki obraz prawa i pamięci wyłania się z ich postulatów?

Nim przejdę jednak do skrótowego omówienia powyżej wyodrębnionych nurtów jurydyzacji oraz pamięci i rządów prawa, chciałabym dodać uwagę o charakterze metodologicznym.

Relacja prawa i pamięci jest obszarem działań i zainteresowania wielu aktorek społecznych: polityczek, instytucji publicznych czy instytutów i fundacji. Występuje często pod postacią polityk(i) pamięci, polityki historycznej czy w odniesieniu do pewnych mechanizmów i okresów: sprawiedliwości tranzycyjnej, sprawiedliwości okresu przejściowego itd. Jest również polem badań dla prawniczek i badaczek z obszaru *memory studies*. Wspomniane powyżej nurty (jurydyzacji, karnizacji itd.) wyselekcjonowałam na podstawie prac naukowych (artykułów, monografii itd.) badaczek zajmujących się relacjami prawa i pamięci. Tego rodzaju badanie ma więc charakter „meta”, jest metanauką, dobrze znaną

zarówno w filozofii prawa, jak i teorii oraz socjologii prawa³ czy socjologii nauki (społeczne uwarunkowania wiedzy)⁴.

Podobny mechanizm, czyli „metabadania”, stosuję, przyglądając się postulatom *de lege ferenda*, opiniom, ocenom bieżących polityk itd., które formułują badaczki, a z których wyłania się pewna wizja, kierunek lub perspektywa (czy nawet obraz) pożądanych w nowoczesnych demokracjach relacji prawa i pamięci. Ma to miejsce np. w przypadku rozważań nad ostatnim z wymienionych nurtów w relacji pamięci i prawa, czyli „pamięć i rządy prawa”.

2. Jurydyzacja pamięci

Pamięć zbiorowa omawiana jest przede wszystkim w odniesieniu do dwóch swoich podstawowych funkcji: tożsamościowej i legitymizującej. Relacja prawa i pamięci sięga jednak o wiele dalej w przeszłość niż do czasów kształtowania się państw narodowych, które jako pierwsze na dużą skalę zaczęły prowadzić politykę pamięci. Miała ona na celu takie korzystanie z instrumentów prawnych, by utrwaląc pożądany kształt tożsamości narodowej i pozyskać legitymizację danej władzy, czego przykładem są choćby procesy spisywania prawa zwyczajowego, dawniej

³ Zob. Z. Ziemiński, *Rola badań socjologiczno-prawnych dla teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1970, nr 4, s. 123.

⁴ Zob. B. Szacka, *Czas przeszły – pamięć – mit*, seria: Współczesne Społeczeństwo Polskie wobec Przeszłości, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006, s. 21–24. Szacka analizuje różne argumenty dotyczące relacji historii (czyli naukowego dyskursu społecznego konstruowanego przez historyków) z pamięcią zbiorową. Podkreśla, że dla socjolożki społeczne uwarunkowania wiedzy muszą być elementem brany pod uwagę w badaniach dyskursu naukowego.

utrwalonego jedynie w pamięci. Czarnota wskazuje, że obecnie rola pamięci zbiorowej w prawie dotyczy w zdecydowanej większości „procesu kolonizacji pamięci zbiorowej przez systemy prawne”⁵, czyli tego, co proponuję nazwać bardziej uogólniająco jurydyzacją pamięci.

Tak rozumiane, szeroko zakrojone działania z użyciem środków prawnych, mające na celu kształtowanie pamięci zbiorowej, bywają określane mianem *memory laws*⁶. Mogą obejmować kształtowanie przez rządzących treści podręczników szkolnych, ustanawianie świąt, zmiany nazewnictwa ulic, placów i innych elementów przestrzeni publicznej czy próby ingerencji w badania naukowe – czy to bezpośrednio, poprzez ingerencję w swobodę badań naukowych, czy pośrednio, poprzez finansowanie poszczególnych instytutacji i typów badań.

Wydaje się, że *memory laws* obejmują niezwykle szeroki zakres działań z użyciem prawa, jakie współcześnie mogą podejmować państwa, w tym również niedemokratyczne lub takie, w których odchodzi się od rządów prawa⁷. Jurydyzacja pamięci zbiorowej jest obecnie obserwowana w wielu krajach, choć oczywiście niesie to ze sobą sporo niebezpieczeństw

⁵ A. Czarnota, *Prawo, historia a pamięć zbiorowa. Przyczynek do związków między historią a socjologią prawa*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. 12, s. 204.

⁶ U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias, *Introduction: Memory laws. Mapping a new subject in comparative law and transitional justice*, w: U. Belavusau, A. Gliszczyńska-Grabias (red.), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, s. 1–3.

⁷ Zob. U. Belavusau, *Rule of law and constitutionalisation of memory politics in Hungary and Russia*, „SSRN Scholarly Paper”, <https://papers.ssrn.com/abstract=4178638>; N. Kuposov, *Historians, memory laws, and the politics of the past*, „European Papers – A Journal on Law and Integration” 2020, t. 5, nr 1 – tu przykłady Rosji i Turcji.

(instrumentalizacji prawa, ujednolicenia pamięci zbiorowej kosztem mniejszości itd.).

Jurydyzacja pamięci jest, rzecz jasna, elementem polityczno-prawnej rzeczywistości społecznej. W głównej mierze problematyczna wydaje się kwestia nadmiaru prawa przy konstruowaniu pamięci zbiorowej (czy inaczej – przy wpływaniu na nią, kształtowaniu jej). Jakże zatem rozwiązania widzą prawniczki?

Pierwszy typ odpowiedzi dotyczy samych badaczek *memory studies*, prawniczek oraz ich badań. Jest on oczywiście powiązany ze społecznym oddziaływaniem nauki – zmiana podejścia do relacji prawa i pamięci zbiorowej w obrębie badań może być przyczynkiem do zmiany jej podejścia w innych obszarach życia społecznego. Sama odpowiedź w kontekście wspomnianego nadmiaru prawa wydaje się brzmieć przewrotnie: należy jeszcze poszerzyć badania nad relacją prawa i pamięci zbiorowej o inne niż *memory laws* obszary. Czarnota proponuje, aby badając relację prawa i pamięci, sięgać nie tylko do *memory laws*, lecz znacznie dalej:

Celem współczesnej jurysprudencji (z naciskiem na *prudence*) powinno być uhistorycznienie prawa, ale nie w sensie archiwalnym poprzez wzmocnienie historycznych badań nad prawem, ale właśnie poprzez odzyskiwanie kulturowej tożsamości prawa, a więc badanie i pokazywanie, jak prawo związane jest z doświadczeniem zbiorowości⁸.

Postuluje prowadzenie badań w obrębie nowej dyscypliny, którą proponuje nazwać „historyczną socjologią prawa”⁹. W innym swoim tekście pokazuje, że relacje prawa i pamięci można

⁸ A. Czarnota, *Czy teoria prawa ma tożsamość? O prawie i pamięci zbiorowej*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2015, t. 102, s. 70.

⁹ Ibidem.

by porządkować według trzech schematów: (1) prawo jako pamięć zbiorowa; (2) wpływ pamięci zbiorowej na prawo; (3) regulacja pamięci zbiorowej przez prawo¹⁰. Pokróćce: pierwszy typ dotyczyłby procesów powstawania prawa (dziś określanego jako zwyczajowe) w oparciu o pamięć zbiorową. To „wyłanianie się” prawa z pamięci powinno być polem badawczym przede wszystkim dla historyków prawa, mających swego rodzaju „zacięcie socjologiczne”. Drugi typ relacji jest następstwem wydarzeń, jakie miały miejsce w pierwszej połowie i tuż po połowie XX w., czyli totalitaryzmu, Zagłady oraz końca kolonializmu. Pamięć zbiorowa, jaka wytworzyła się w ich następstwie, często uogólniania pod hasłem „nigdy więcej”, doprowadziła do presji na społeczeństwo międzynarodowe ukierunkowanej na rozliczenie oraz zapobieganie takim wydarzeniom. Efektem tego wpływu jest przede wszystkim powstanie nowoczesnego międzynarodowego prawa karnego oraz różnych instytucji międzynarodowych. Trzeci typ relacji można by przyrównać do tego, co wcześniej nazwaliśmy *memory laws*, a do czego niestety w dużym stopniu ograniczają się dziś badania nad prawem i pamięcią.

Marta Bucholc, podobnie jak Adam Czarnota (na którego powołuje się w swoim tekście ta socjolożka), widzi potrzebę poszerzenia zakresu badań nad pamięcią i prawem rozumianymi jako *memory laws*:

Jednym z oczywistych kierunków, w których badania nad prawem i pamięcią mogą i powinny się rozwijać, jest wyjście poza zakres *memory laws* (jakkolwiek je definiować) i poza analizę polityki pamięci rozumianej jako celowe zarządzanie pamięcią w stronę badań nad wzajemnym oddziaływaniem prawa i pamięci – bez problematyki przemian ustrojowych, traum zbiorowych i historii politycznej. Wymagałoby to

¹⁰ Czarnota, *Prawo...*, op. cit., s. 203–216.

również wyjścia poza prawo międzynarodowe i publiczne, dominujące obecnie w badaniach nad prawem i pamięcią¹¹.

W jej propozycji nacisk położony został na kwestie symboliczne i kulturowe: autorka podkreśla, że w relacji prawa i pamięci konieczne jest wykroczenie poza sposób analizowania *memory laws* jako technicznych (czy niemal mechanicznych) sposobów zawiadywania pamięcią zbiorową. Autorka podkreśla, że wykluczenie czy – używając nawet języka freudowskiego – wyalienowanie prawa z kultury i życia społecznego niesie ze sobą niebezpieczeństwo jego instrumentalizacji, a w konsekwencji – problemy z jego legitymizacją, jest ono bowiem przez swoje wyobcowanie niezgodne do użycia języka, argumentów bądź symboli kulturowych¹².

Postulaty Czarnoty i Bucholc wskazują według mnie, że zmiana podejścia do relacji prawa i pamięci w ramach badań naukowych przyniesie zmianę rozumienia obu zjawisk społecznych, ale prowadzić będzie (lub może) również do zmiany ontologicznej: szerokie osadzenie społeczne, kulturowe relacji prawa i pamięci dokonane m.in. za pomocą nowoczesnych badań utrudni instrumentalizację czy manipulację, której przykłady pokazuje Bucholc w odniesieniu do polityk pamięci w Polsce w latach 2015–2018.

Drugi typ odpowiedzi na problem jurydyzacji pamięci zbiorowej zobrazuję na przykładzie propozycji, jakie prezentuje inna socjolożka, Barbara Misztal. Relację prawa i pamięci umiejscawia daleko w przeszłości: „Związek między pamięcią społeczną [Misztal używa tu sformułowania *public memory* – przyp. J.J.]

¹¹ M. Bucholc, *Commemorative lawmaking: Memory frames of the democratic backsliding in Poland after 2015*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2019, t. 11, s. 104–105.

¹² Ibidem, s. 105.

a prawem jest fundamentem oryginalnych koncepcji wielu krajów¹³, jako przykłady podając Magna Carta czy Deklarację Niepodległości.

Uważa ona jednak, że rozwój tej relacji należy badać diachronicznie: np. powstanie demokracji liberalnych, powstanie i ewolucja koncepcji praw człowieka, konieczność rozliczeń z przeszłością – ciąg tych wydarzeń powodował wzrost wagi i roli pamięci zbiorowej. Jej funkcją nie jest już tylko budowanie tożsamości zbiorowych. Stała się ona także przestrzenią, w której dochodzi do wzajemnego wyważania się racji solidarności, prawdy i prawa. Autorka pisze o „the link between democracy and the necessity of aiming at both historical truth and solidarity”¹⁴, który to związek traktuje jako konieczny do zaistnienia wszystkich trzech elementów: demokracji, prawdy i solidarności. W ramach pamięci zbiorowej te trzy elementy łączą się, jednak w nowoczesnych społeczeństwach demokratycznych struktura ta tworzona jest przy użyciu prawa bądź szeroko rozumianych instrumentów prawnych.

Misztal stara się pozyskać przestrzeń, jaką daje pamięć zbiorowa, do zbudowania równoważnej konstrukcji owych trzech elementów. W takich warunkach może powstać to, co nazywa *liberal collective memory*. Badaczka jest oczywiście w pełni świadoma utopijności realizacji takiego projektu i pisze o nieuniknionych raczej napięciach oraz konfliktach między wartościami czy o braku szybkich i prostych rozwiązań. A jednak na podstawie empirycznych badań swoich i cudzych zauważa, że tylko dążenie państwa do (przynajmniej) „balansowania” pomiędzy tymi

¹³ B. A. Misztal, *Theories of Social Remembering*, Open University Press, Philadelphia 2003, s. 20.

¹⁴ B. A. Misztal, *Legal attempts to construct collective memory: The necessity and difficulties of aiming for both truth and solidarity*, „Polish Sociological Review” 2001, nr 133, s. 66.

trzema czynnikami daje możliwość realizacji każdego z nich, a koegzystencja, choćby chwiejna, jest jedynym sposobem ich zaistnienia.

3. Pamięć i rządy prawa

O sprawiedliwości okresu przejściowego (*transitional justice*) Ruti G. Teitel pisze, że jest „kojarzona ze zmianami politycznymi, wiąże się z wysokim upolitycznieniem prawa oraz – do pewnego stopnia – z kompromisem w odniesieniu do standardów rządów prawa”¹⁵. Dziś minęło ponad 30 lat, od kiedy w Europie Środkowo-Wschodniej rozpoczął się proces transformacji prowadzący do, jak pisze badaczka, „standardów rządów prawa”. Poziom realizacji tych standardów jest obecnie problematyczny; wróćmy jednak na moment do wcześniejszego etapu, czyli *transitional justice*.

Nurt ten w badaniach nad pamięcią zbiorową i prawem zbierał, i nadal zbiera, obfite żniwo w postaci lepszych i gorszych opracowań. Cóż może być bowiem dla badaczek bardziej fascynującego niż problem rozliczeń z przeszłością (np. kogo należy obwinąć za zbrodnie komunistyczne), analiza wpływu przeszłości na teraźniejszość (np. lustracja miała co do zasady ujawniać komunistyczną przeszłość ludzi, aby jej tajemnice nie były sposobem na manipulowanie nimi ani szantażowanie ich) czy interpretacja przyszłych zasad i instytucji w świetle obciążeń z przeszłości (np. wspomniany przez Teitel problem „kompromisu w odniesieniu do rządów prawa”, czyli jak bardzo to, do czego dążymy, może zostać przez pewien czas – przejściowy, rzecz

¹⁵ R. G. Teitel, *Genealogia sprawiedliwości okresu przejściowego*, tłum. S. Szymański, w: J. Kuisz, K. Wigura, W. Sadurski (red.), *Trudne rozliczenia z przeszłością. Sprawiedliwość okresu przejściowego w perspektywie międzynarodowej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2018, t. 1, s. 37.

jasna – traktowane „połowicznie”, stosowane częściowo i wybiórczo)¹⁶. Każda z tych relacji: rozliczenie przeszłości, wpływ przeszłości na teraźniejszość i wizja przyszłości wdrażanej jeszcze w otoczeniu instytucjonalnym i społecznym ukonstytuowanym w przeszłości to fascynujące pola badawcze.

Transitional justice rozumiana jako okres transformacji ustrojowych i mechanizmy związane z tą zmianą rozpoczęła się w Polsce i Europie Środkowo-Wschodniej już przeszło 30 lat temu. I choć trudno powiedzieć, że demokracje bądź rządy prawa są już okrzepłe i zyskały pożądaną przez decydentów politycznych na początku lat dziewięćdziesiątych formę, sam proces zmian międzyustrojowych (czyli odejścia od państwa komunistycznego na rzecz demokracji) należy uważać za dokonany. Ocena tego procesu i jego skutków, w tym wpływu owych skutków na teraźniejszość, przynależy do badań zwanych tak samo jak sam proces: *transitional justice*¹⁷.

Ten nurt badań nad pamięcią i prawem poprzedzał bezpośrednio kolejny nurt, czyli ten dotyczący pamięci i rządów prawa. Popularność pierwszego znacząco zmalała, co jest skutkiem wspomnianego powyżej upływu czasu i *nolens volens* zamknięcia się pewnego etapu. Badania w obrębie wspomnianego nurtu mają dziś walor w dużej mierze historyczny – oczywiście w odniesieniu do Europy Środkowo-Wschodniej, *transitional justice* jest bowiem procesem dziejącym się obecnie w wielu krajach świata, które to transformacje ustrojowe obserwują i opisują badaczki „spod szyldu” *transitional justice*¹⁸.

¹⁶ Zob. W. Sadurski, *Transitional constitutionalism versus the rule of law?*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2016, t. 8, s. 337–355.

¹⁷ Zob. M. Krotoszyński, *Modele sprawiedliwości tranzycyjnej*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza, Poznań 2017, s. 36.

¹⁸ Zob. np. P. Manning, *Transitional Justice and Memory in Cambodia: Beyond the Extraordinary Chambers*, Routledge, London–New York 2017

Nurt ten jednak zdominował na długie lata badania nad pamięcią i prawem, a także znacząco ukształtował dominujący teraz trend, czyli pamięć i rządy prawa. Nastawienie na uobecnienie rządów prawa jako „celu ogólnego wszystkich tranzytologów prawnych i zaakceptowanego, przynajmniej retorycznie przez większość elit w regionie”¹⁹ doprowadziło do zjawiska nazywanego przez Adama Czarnotę i Martina Krygiera „zadufaną tranzytologią”²⁰. W efekcie większość prac w obrębie *transitional justice* nastawiona była na analizę drogi, jaką kraje postkomunistyczne obrały ku jednoznacznie zdefiniowanemu celowi: demokratycznemu państwu prawa, opartemu na kapitalistycznym rynku i zasadzie rządów prawa. Ta wizja ukształtowała na długo imaginarium badaczek prawa i pamięci.

Dziś rządy prawa w krajach „starych” demokracji zachodnich i dawnych krajach postkomunistycznych okazują się problematyczne – zarówno pod względem realizacji założeń, jak i samej koncepcji, która uległa licznym transformacjom²¹. W obecnych badaniach brany jest jednak pod uwagę aspekt geopolityczny: kryzys może mieć różną etiologię, choć zarówno przebieg, jak i objawy często są podobne. Mechanizmy, instytucje i procesy, które mają miejsce w byłych państwach postkomunistycznych, mogą znacząco się różnić od tych, które obserwujemy na Zachodzie.

(okres, którego dotyczą rozliczenia, to oczywiście lata siedemdziesiąte XX w., jednak organ sądowy [The Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia – ECCC] zajmujący się tymi kwestiami został powołany dopiero w 2006 r.); S. Robins, P. Gready (red.), *Transitional Justice in Tunisia: Innovations, Continuities, Challenges*, Taylor & Francis, London 2022.

¹⁹ A. Czarnota, M. Krygier, *Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2(185), s. 159.

²⁰ Ibidem, s. 155.

²¹ Zob. M. Belov (red.), *Rule of Law in Crisis: Constitutionalism in a State of Flux*, Taylor & Francis, London 2022.

4. Podsumowanie

Jurydyzacja pamięci jest zjawiskiem dominującym we współczesnych relacjach prawa i pamięci zbiorowej, co przekłada się również na wzrost liczby badań nad tą problematyką. Zjawisko to jest powszechne – dziś najłatwiej zarządzać tożsamościami zbiorowymi za pośrednictwem pamięci zbiorowej, a tę z kolei aktorki społeczne (np. polityczki) usiłują kreować z użyciem szeroko rozumianych mechanizmów prawnych – *memory laws*, *transitional justice* itp. Obecnie w Europie najczęstszy typ badań dotyczy relacji rządów prawa i pamięci zbiorowej.

Czy badania nad pamięcią zbiorową są zatem podatne na mody intelektualne? Popularność rządów prawa jako tematu podnoszonego w artykułach prawniczych rokrocznie wzrasta²², co jest oczywiście skorelowane z rzeczywistością społeczno-prawną. Pamięć zbiorowa jako element tej rzeczywistości zostaje „wciągnięta” w grę na tej scenie razem z rządami prawa, co z kolei przekłada się na wzrost zainteresowania nią wśród badaczek.

Jaki zatem kierunek powinniśmy obrać, poruszając tę tematykę, a jednocześnie nie wpadając w pułapkę, w jaką wpadły badaczki nurtu „zadufanej tranzytologii”? Wydaje się, że jedną ze wskazówek, która pozwoli uniknąć banalizacji badań nad prawem jako prostym instrumentem, jakim posługują się polityczki, jest wyjście poza badanie samego *memory laws*.

Innym wyjściem jest podjęcie badań pokazujących wzajemne oddziaływanie pewnych elementów, np. wyróżnionych przez Misztal: solidarności, prawdy (historycznej) i demokracji.

²² Google Scholar podaje, że artykułów naukowych z frazą *rule of law* w tytule było odpowiednio: w 2000 r. – 363, w 2005 r. – 635, w 2010 r. – 920, 2015 r. – 1080, 2022 r. – 1320 (stan na 28.12.2023 r.). Biorąc nawet pod uwagę inne czynniki (ogólny wzrost liczby artykułów naukowych, rokrocznie wzrastający zasób Google Scholar itd.), wzrost ten pokazuje ogólny trend podejmowania tematyki rządów prawa.

Jeszcze inne wnioski pamięciolożek brzmią:

Obecnie regulacje prawne (np. uniwersalne prawa człowieka) nie są wsparte narracją historyczną generowaną przez lokalną pamięć zbiorową, są narzucane z zewnątrz jako transcendentne uniwersalne standardy prawne. W ten sposób dochodzi do kolonizacji, manipulacji i przekształcania lokalnych pamięci zbiorowych przez uniwersalne standardy normatywne²³.

Pamięć zbiorowa jawi się tu jako liberalna ułuda stwarzająca pozory uniwersalnej wolności. Jak zatem mogłyby wyglądać prawne mechanizmy czy praktyki w demokratycznym państwie prawnym, które, z jednej strony, chroniłyby lokalną pamięć zbiorową, ale z drugiej – gwarantowały pewne jej standardy, np. demokrację?

Wiele kierunków, w jakich warto rozwijać badania nad pamięcią i prawem, nie zostało jeszcze obranych, co traktuję oczywiście jako otwarcie do badań własnych, ale i wspólną inspirację.

²³ Czarnota, *Czy teoria prawa ma tożsamość?...*, op. cit., s. 81.

Filip Cyuńczyk

Od pamięci zbiorowej
do zbiorowego zapamiętania.
Prawna regulacja społecznej wizji przeszłości
w Europie Środkowej

1. Wstęp

W związku z okolicznościami, którym towarzyszy wydanie niniejszej pracy zbiorowej, nie pozostaje mi nic innego, jak przedstawić w niej szeroko rozumiane związki prawa i społecznej pamięci zbiorowej. Skąd pomysł na taki temat? Jest to wątek, którym zainteresowałem się za sprawą Jubilata. To właśnie dzięki niemu pierwsze lata swojej pracy naukowej poświęciłem głównie temu zagadnieniu. Nie oznacza to jednak, że później straciłem nim zainteresowanie. Od 10 lat kwestie, które będę podnosił w swoich rozważaniach, wracają do mnie i jeszcze bardziej rozbudzają moją ciekawość. Innymi słowy, tekst w takim kształcie być może nigdy by nie powstał, gdybym na swojej drodze nie spotkał prof. Adama Czarnoty.

Nie podejmuję się przy tym prezentacji nowych wątków. Jubileusz to przede wszystkim czas podsumowań. W związku z tym, w niniejszym tekście chciałbym podjąć się podsumowania ostatnich 10 lat mojej pracy nad wyżej wspomnianym problemem. Tym bardziej że, jak już wspomniałem, w dużej mierze wątki te zostały przeze mnie podjęte dzięki bohaterowi naszej monografii.

Jak wskazuje tytuł, chciałbym przede wszystkim zastanowić się nad rolą prawa (zarówno konstytucyjnego, jak i wybranych ustaw) w procesie kształtowania społecznych pamięci zbiorowych. Swoje rozważania lokuję w dwóch kontekstach. Pierwszym jest Europa Środka jako specyficzne miejsce, w którym poszczególne narody wielokrotnie wchodziły ze sobą w otwarte konflikty, a mimo to w latach dziewięćdziesiątych XX w. ujawniła się w nim zadziwiająca jedność. Dotyczyła ona wspólnego celu politycznego, którym była skuteczna próba jak najszybszej integracji ze strukturami politycznymi świata zachodniego. Najpierw były to Wspólnoty Europejskie, a później – Unia Europejska. Takie dążenie, w połączeniu ze specyficzną rolą, jaką w UE odgrywa prawo, miało realny wpływ na procesy konstytucjonalizacji. Z jednej strony, we wszystkich państwach regionu dokonano implementacji systemu konstytucyjnej liberalnej demokracji, a od strony formalnej nowe konstytucje nie odstawały od zachodnich, w których ten system był już utrwalony. Z drugiej, we wszystkich z nich przemycono elementy narodowego partykularyzmu, zwłaszcza poprzez ułożenie w ich treści narracji pamięci. To jest właśnie długi kontekst. Można więc powiedzieć, że tekst ten jest opowieścią o tym, w jaki sposób Europa Środka chciała zjeść ciastko, a zarazem je zachować.

Dlatego też, w części pierwszej, skupiam się na przedstawieniu koncepcji społecznej pamięci zbiorowej i jej historycznych związków z prawem. Przede wszystkim to, w jaki sposób było ono używane do jej utrwalenia. W części drugiej omawiam z kolei jej użycie na trzech poziomach: konstytucji, konkretnych ustaw (instytucjonalizujących zobowiązania konstytucyjne) i wpływu, jaki instytucjonalizowane narracje pamięci mogą mieć na środkowoeuropejskie wspólnoty polityczne.

2. Prawne ramy pamięci

a. Pamięć zbiorowa jako konstrukt społeczny

Społeczna pamięć zbiorowa jest konstrukcją wieloznaczną i często krytykowaną jako niewystarczająco spójnie zdefiniowana¹. Na potrzeby tego tekstu wystarczające będzie podkreślenie jej podstawowych składowych, tzn. takich, które są uznawane za niebudzące kontrowersji.

Punktem wyjścia do jej powstania jest zjawisko pamięci autobiograficznej². Jak wskazuje przywołana literatura psychologiczna, ukształtowanie się tego konkretnego rodzaju pamięci jest ściśle powiązane z ujawnieniem się „ja” poznawczego³. Niemniej procesy przypominania wydarzeń z przeszłości nie są prostą reprodukcją zakodowanych danych. Mają za to konkretny cel. Jest nim tworzenie „przejęciowych konstrukcji umysłowych uruchamianych przez procesy kontroli związanych z dążeniem do celów, jakie wyznaczyła sobie jednostka”⁴. W efekcie, pamięć autobiograficzna „decyduje o wyborze i sposobie realizacji osobistych celów”⁵. Ma więc fundamentalny wpływ na kształtowanie się poczucia tożsamości jednostki.

Społeczna pamięć zbiorowa, w przeciwieństwie do pamięci indywidualnej (człowieka), jest konstruktem społecznym. Można pokusić się o stwierdzenie, że jest pamięcią autobiograficzną jakiejś zbiorowości. W związku z tym podlega podobnym procesom modyfikacji. Wskazują na to jej cechy: kontekstowość,

¹ B. Misztal, *Theories of Social Remembering*, Open University Press, Maidenhead 2003, s. 54.

² T. Maruszewski, *Pamięć autobiograficzna i tożsamość*, „Czasopismo Psychologiczne” 2010, t. 16, nr 1, s. 21–30.

³ Ibidem, s. 24.

⁴ Ibidem, s. 25.

⁵ Ibidem, s. 28.

prezentyzm, selektywność. Realizuje również tożsamościową funkcję pamięci autobiograficznej. Z tą różnicą, że procesy te nie zachodzą w umyśle jednostki, a w ramach danej zbiorowości. Innymi słowy, możemy przyjąć, że pamięć zbiorowa powinna być rozumiana, „jako integracja różnych osobistych historii, w jedną wspólną, którą wszyscy członkowie społeczności pamiętają wspólnie”⁶. Przy czym „wspólnie” oznacza w tym wypadku nic innego jak „w ten sam sposób”.

O ile, począwszy od pracy Maurice’a Halbwachsa⁷, poprzez następne pokolenia autorów, wypracowano względny konsensus co do, przywołanych już, cech pamięci zbiorowej, o tyle z punktu widzenia niniejszych rozważań istotne są funkcje, które ona pełni. Pierwsza z nich, tj. tożsamościowa, została już wspomniana. Barbara Szacka zwróciła jednak uwagę na inną, znacznie bardziej doniosłą dla prawników, funkcję legitymizacyjną⁸. Jak zauważyła, „pamięć zbiorowa służy legitymizacji nie tylko samego istnienia zbiorowości, ale także jej struktur społecznej dominacji i form władzy politycznej”⁹.

b. Prawne narzędzia wpływu na społeczne pamiętanie

Szacka twierdzi, że „w przekazywaniu pamięci przeszłości państwo ma uprzywilejowaną pozycję”¹⁰. Jest to wskazanie na jedną spośród znanych w literaturze pamięcioznawczej perspektyw dotyczących badań nad zjawiskiem społecznej pamięci zbiorowej.

⁶ Misztal, *Theories of Social...*, op. cit., s. 11.

⁷ M. Halbwachs, *Społeczne ramy pamięci*, tłum. M. Król, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969.

⁸ B. Szacka, *Czas przeszły, pamięć, mit*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006, s. 54.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem, s. 55.

Tak więc autorka podkreśla szczególną rolę ruchu tzw. wynalazców historii¹¹.

Trend tworzenia świeckich zbiorowych wyobrażeń o przeszłości ujawnił się wraz z oświeceniem i rozpoczęciem się formowania narodów masowych. Szczególnego dynamizmu procesy te nabrały w drugiej połowie XIX w. Co ciekawe, podobne mechanizmy odgórnego, państwowego formowania zbiorowej tożsamości opartej na społecznym współpamiętaniu stosowano niezależnie od panującego w danym państwie systemu politycznego oraz ideologii. Niemniej, jak słusznie zauważyła Szacka, im państwo jest mniej demokratyczne, tym bardziej bezpośrednio działa¹². Zarówno we Francji centralistycznej, zdominowanej przez władzę wykonawczą, II Rzeszy, jak i republikańskiej (wskutek upadku II Cesarstwa), rządzący formowali narracje społecznego współpamiętania, bazując na triadzie upamiętnienia: edukacji, upamiętnieniu w przestrzeni publicznej oraz zbiorowej (i publicznej) celebracji¹³.

To z kolei rodzi pytanie o narzędzia, jakich aparat państwa używał w celu transmisji narracji pamięci poprzez ww. triadę. Oczywiście, najbardziej doniosłym narzędziem utrwalenia polityki pamięci w zbiorowej świadomości poszczególnych społeczeństw było prawo rozumiane klasycznie, tj. jako „jedno z bardziej doniosłych narzędzi oddziaływania społecznego w realizacji określonych celów”¹⁴. To właśnie „wynalazcy” są kluczem

¹¹ Misztal, *Theories of Social...*, op. cit., s. 56–61.

¹² Szacka, *Czas przeszły...*, op. cit., s. 55.

¹³ P. Connerton, *Jak społeczeństwa pamiętają*, tłum. M. Napiórkowski, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012; E. Hobsbawm, *Mass-producing traditions: Europe, 1870–1914*, w: E. Hobsbawm, T. Ranger (red.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 2012; E. Weber, *Peasants into Frenchmen. The Modernization of Rural France 1870–1914*, Stanford University Press, Stanford 1976.

¹⁴ W. Gromski, *Akty instrumentalizacji prawa i ich granice*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji” 2018, t. 114, s. 95.

do zrozumienia społecznej doniosłości mariażu pomiędzy nim a polityką pamięci (tworzeniem państwowych tradycji). Czynnikiem mogącym zdominować (i dominującym) społeczeństwo było, korzystające ze swojego rozbudowanego aparatu, mniej lub bardziej onnipotentne państwo (typowe dla drugiej połowy XIX i pierwszej XX w.). Wówczas to transmisja wytworzonych przez nie narracji była wysoce skuteczna. Zmiana priorytetów państwa związana z innym myśleniem o relacjach państwo-obywatel i wynikająca z przyjęcia systemu konstytucyjnej liberalnej demokracji, ze szczególnym uwzględnieniem ruchu ochrony praw jednostki, zrodziła pytanie o narzędzia transmisji państwowego mitu założycielskiego. W niektórych przypadkach doszło wręcz do podważenia jego dalszej użyteczności. Ma to związek właśnie ze współczesnym przeorientowaniem priorytetów wspólnot politycznych. Wraz ze zmianą paradygmatu wspólnota musiała ustąpić miejsca jednostce. Jest to widoczne zwłaszcza w treści aktów konstytuujących wspólnoty polityczne. Na przykład preambuła Karty Praw Podstawowych UE wprost stwierdza, że Unia „stawia jednostkę w centrum swych działań”¹⁵.

W ujęciu klasycznej triady prawo pełniło funkcję *stricte* służebną wobec polityki tożsamości, poprzez którą realizowano funkcję legitymizacyjną pamięci. Było ono narzędziem wdrażania woli politycznej na polu pamięci społecznej. W rzeczywistości, ranga aktu prawnego użytego do transmisji i utrwalenia narracji pamięci miała znaczenie drugorzędne. Celem nadrzędnym było osiągnięcie zamierzonego efektu, ponieważ – jak zauważył Eric Hobsbawm – do pewnego momentu (w niektórych przypadkach nawet do lat dziewięćdziesiątych XX w.) „państwo nie tylko tworzyło naród, ale musiało go tworzyć”¹⁶.

¹⁵ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 202, 2016/C 202/2.

¹⁶ E. Hobsbawm, *Wiek imperium 1875–1914*, tłum. M. Starnawski, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2015, s. 230.

Przełom przyniósł tryumf ruchu konstytucjonalizmu, który pod koniec XX w. już globalnie zdominował sposób myślenia o wzajemnych relacjach prawa i polityki, zwłaszcza z perspektywy nauk prawnych. To wówczas doszło do próby przeddefinowania systemowej roli prawa. Tym bardziej że, jak zauważył Włodzimierz Gromski, autonomia prawa, która stała się wiodącą tendencją wspomnianej relacji, „nie ogranicza się do jakiegoś mniej lub bardziej ściśle wyodrębnionego zbioru wartości formalnych prawa”¹⁷. Jest to „funkcja europejskiej kultury prawnej”¹⁸. Tej samej, której m.in. przyjęcie było warunkiem realizacji celu politycznego Europy Środkowej po zimnej wojnie, czyli integracji ze strukturami instytucjonalnego zachodu. Ta politycznie motywowana zmiana myślenia spowodowała przyjęcie również założenia, że akt konstytucjonalizacji powinien być aktem oddolnym (konstytucja miała powstać z woli i za akceptacją społeczeństwa). To z kolei spowodowało, że zmienił się nośnik narracji. Zobowiązanie do upamiętnienia stało się częścią formalnego aktu założycielskiego, w którego preambule umieszczono „samoobligującą wolę wolnych jednostek”¹⁹, tj. konstytucji.

3. Wielopoziomowa instytucjonalizacja

a. Konstytucja jako zobowiązanie

Z wyżej wymienionego powodu, na gruncie praktyki politycznej korzystającej z mechanizmów prawnych jako narzędzi

¹⁷ W. Gromski, *Autonomia i instrumentalny charakter prawa*, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 82.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ J. Přibán, *Legal Symbolism. On Law, Time and European Identity*, Ashgate, Aldershot 2007, s. 5.

utrwalających wizję przeszłości (jej treść), w Europie Środkowej zobowiązania do pamiętania najchętniej lokuje się w treści aktów rangi konstytucyjnej. Dzieje się to niezależnie od tego, czy dany system spełnia kryteria przynależności do rodziny konstytucyjnych liberalnych demokracji, czy też nie. Nie ma to również wpływu na szczegółowość lub generalność narracji pamięci ulokowanych w konstytucjach. Co do zasady, umieszczane są one właśnie w preambułach, choć w omawianym regionie występuje jeden wyjątek²⁰.

Dlatego, pomimo przyjęcia przez wszystkie państwa regionu, wraz z transformacją demokratyczną lat dziewięćdziesiątych XX w., systemu konstytucyjnej liberalnej demokracji, który spełnia wymogi instytucjonalnego zachodu (tj. EU i kryteriów przystąpienia do niej), spoiwem środkowoeuropejskich wspólnot politycznych wciąż pozostała pamięć zbiorowa ukształtowana (przez wynalazców tradycji) na poziomie narodu.

Zarówno głębia, jak i treść narracji pamięci ulokowanych w treści konstytucji (nośnika tożsamości) są zależne wyłącznie od autonomicznych decyzji poszczególnych prawodawców. Oczywiście szczególne czynniki wewnętrzne i zewnętrzne mogą mieć na to wpływ, lecz wówczas również element wewnętrzny jest dominujący. Dlatego polski ustawodawca oparł swoją wspólnotę na „najlepszych tradycjach Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej”²¹. Ponadto zobowiązał się „przekazać przyszłym pokoleniom wszystko co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”

²⁰ Tym wyjątkiem jest przypadek konstytucji Rumunii. Nie ma ona preambuły. Natomiast od 2003 r. art. 1 ust. 3 tego aktu, dotyczący m.in. rządów prawa i sprawiedliwości społecznej, powinien być interpretowany w „duchu demokratycznych tradycji narodu rumuńskiego i ideałów rewolucji grudnia 1989 r.”, Law No. 429/2003 („Official Gazette of Romania”, P. I, No. 758, 29.10.2013).

²¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).

i upamiętnić „gorzkie doświadczenia z czasów, gdy podstawowe wolności i prawa były (...) łamane”.

Z kolei czeska wspólnota oparta jest na wierności „wszystkim dobrym tradycjom dawnej państwowości ziem Korony Czeskiej i państwowości czechosłowackiej”²². Słowacy, pomimo posiadania tradycji państwowych głównie we współpracy z Czechami, swoje niepodległe państwo ustanowili „w poczuciu cyrylo-metodyjskiego dziedzictwa duchowego i historycznej spuścizny Wielkich Moraw”²³. Litwini dla odmiany nie odwołują się do Rzeczypospolitej Obojga Narodów, ale do dziedzictwa Państwa Litewskiego, którego fundamentami były zarówno Statuty Litewskie, jak i Konstytucje Republiki Litewskiej²⁴.

Ciekawym przykładem dążenia do wewnętrznej konsolidacji politycznej jest Łotwa. Tam preambuła została dodana poprawką z 2014 r. Zarówno okoliczności uchwalenia poprawki, jak i jej treść były wtórne wobec lokalnej sytuacji politycznej. Bezpośrednią przyczyną takich działań stało się referendum konstytucyjne, w którym mniejszość rosyjska dążyła do uznania rosyjskiego za drugi, oficjalny, język państwowy²⁵. Po przegranym przez Rosjan referendum ruszyła machina, która doprowadziła do powstania uroczystego wstępu do konstytucji wyraźnie podkreślającego narodowy – łotewski – charakter państwa. Narracje pamięci w niej zawarte są w dużej mierze powieleniem łotewskiej deklaracji o odnowieniu państwa z 4 maja 1990 r. Preambuła do Ustawy Zasadniczej Węgier zaś to manifest ideowy partii Fidesz

²² Ústava České Republiky ze dne 16. prosince 1992 (č. 1/1993 Sb).

²³ Ústava Slovenskej republiky (č. 460/1992 Sb).

²⁴ Konstytucja Republiki Litewskiej, tłum. H. Wisner, https://biblioteka.sejm.gov.pl/wp-content/uploads/2016/01/Litwa_pol_010711.pdf (dostęp: 26.08.2024).

²⁵ I. Druviete, U. Ozolins, *The Latvian referendum on Russian as a second state language, February 2012*, „Language Problems and Language Planning” 2016, t. 40, nr 2, s. 121–145.

i promowanej przez nią węgierskiej demokracji nieliberalnej²⁶. *Narodowe wyznanie wiary*²⁷ – bo taki tytuł nosi rozbudowany wstęp do Orbanowskiej konstytucji, jest jednowymiarową opowieścią o węgierskiej historii. Ustawodawcy nie tylko wskazali, w co i jak Węgrzy wierzyć powinni, ale również – jakie wydarzenia z przeszłości stoją w sprzeczności z ich wizją państwa.

Nie oznacza to, że wspólnoty środkowoeuropejskie oparte są wyłącznie na pamięci zbiorowej poszczególnych narodów. Poza Węgrami, we wszystkich wspomnianych preambułach znajdują się również odwołania do wartości liberalno-demokratycznych, ze szczególnym uwzględnieniem godności jednostki, praw człowieka i systemu rządów prawa.

b. Instytucje

Zobowiązanie konstytucyjne przekłada się na jego instytucjonalizację na gruncie konkretnego ustawodawstwa. Oczywiście jest to ustawodawstwo rozproszone, a narracje pamięci można znaleźć w różnych aktach rangi ustawowej lub w znajdujących się niżej w hierarchii aktów prawnych. Niemniej istnieje jeden rodzaj instytucji typowy dla Europy Środkowej. Są to narodowe instytuty pamięci. Motywy ich powstania wskazane w preambułach do ustaw założycielskich są powieleniem i rozwinięciem narracji konstytucyjnych.

W związku z tym polski ustawodawca w Ustawie o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko

²⁶ I. Abby, *Hungary's illiberal democracy*, „Current History” 2015, t. 114, nr 770, s. 95–100.

²⁷ Ustawa Zasadnicza Węgier z dnia 25 kwietnia 2011 r., tłum. J. Snoppek, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/wegry2011.html> (dostęp: 26.08.2024).

Narodowi Polskiemu (dalej: IPN)²⁸ uznał, że kluczem do jego powstania jest konieczność upamiętnienia zarówno polskich ofiar II wojny światowej, jak i patriotycznych zmagañ z okupantami i systemami totalitarnymi. Dodatkowo, wpisał te działania w aksjologię liberalną, gdyż, jak stwierdził, były one motywowane dążeniem do obrony wolności i godności.

W podobnym tonie wypowiedział się ustawodawca litewski, który połączył doświadczenie historyczne Litwinów w okresie od 1940 do 1990 r. z walką o prawa człowieka i przyrodzoną godność. Przy czym preambuła do ustawy ustanawiającej Centrum Badañ nad Ludobójstwem i Ruchem Oporu Republiki Litewskiej²⁹ w wersji obowiązującej od 2020 r. wyraźnie wskazuje, które narracje pamięci są dla współczesnej Litwy konstytuujące – to wszelkie formy oporu wobec okupantów, jak i otwarta walka partyzancka po zakończeniu II wojny światowej.

Z kolei ustawodawca czeski, powołując Instytut Badania Reżimów Totalitarnych, stwierdził wprost, że nieznamość historii prowadzi do jej powtórzenia³⁰. W związku z powyższym wszelkie formy upamiętnienia czeskich ofiar mają być panaceum na próbę odbudowy jakichkolwiek form autorytaryzmu i totalitaryzmu. Tym samym, edukacja społeczeństwa ma być kluczem do ochrony demokracji liberalnej. Nie przeszkodziło mu to jednak w selekcji wydarzeń, które są szczególnie istotne dla czeskiej pamięci.

W podobnym tonie sformułowano preambuły do innych ustaw powołujących instytucje o profilu zbliżonym do polskiej,

²⁸ Ustawa z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 102).

²⁹ Lietuvos Respublikos Lietuvos Gyventojų Genocido ir Rezistencijos Tyrimo Centro 1997 m. birželio 5 d. (nr VIII-238 z późn. zm.).

³⁰ Zákon o Ústavu pro studium totalitních režimů a o Archivu bezpečnostních složek a o změně některých zákonů (Zákon č. 181/2007 Sb).

litewskiej i czeskiej. Ich zadania mogą się lokalnie różnić, natomiast mają jeden zwornik: jest to tzw. edukacja publiczna.

c. Wpływ instytucji

Nie sposób więc prowadzić rozważań o wpływie instytucjonalnym narodowych instytutów pamięci bez odniesienia się do wspomnianego zwornika. Choć w dyskursie publicznym, zwłaszcza na przełomie wieków, kontrowersje wokół działania tego typu instytucji ogniskowały się na elementach bezpośrednio oddziałujących na aktualne wówczas życie polityczne, np. lustracji, to w konsekwencji uwadze opinii publicznej umknęła funkcja mająca fundamentalny wpływ na społeczeństwa. Jest to właśnie edukacja publiczna. Niezależnie od tego, czy dana instytucja sprawuje pieczę nad dokumentami komunistycznych tajnych służb, czy też nie, każda z nich ma wpisane w swoje zadania ustawowe informowanie społeczeństwa. Przenosząc to na język niniejszego tekstu: to właśnie państwowe (narodowe) instytuty pamięci są głównym pośrednikiem państwa (rozumianego jako system władzy).

4. Wnioski

Szacka w pracy *Czas przeszły, pamięć, mit* stwierdziła, że „związek tożsamości z pamięcią własnej przeszłości jest rzeczą oczywistą”³¹. Rzeczywiście, w Europie Środkowej do lat dziewięćdziesiątych XX w. takie stwierdzenie nie budziło wątpliwości. Skoordynowaną politykę dotyczącą społecznej pamięci zbiorowej państwo prowadziło przy użyciu przepisów prawa,

³¹ Szacka, *Czas przeszły...*, op. cit., s. 47.

które legalizowały jego aktywność w ramach klasycznej triady. Globalny tryumf (choć w wielu miejscach chwilowy) ruchu konstytucjonalizmu, właśnie w ostatniej dekadzie poprzedniego stulecia, dokonał pewnego wyłomu w tym schemacie. Przyniósł on zmianę wyobrażenia o społecznej roli prawa. Jak zauważył Gromski, miało ono, w tym wyobrażeniu, stać się częścią kultury politycznej. Doszłoby więc do swoistego zamknięcia kręgu zależności – polityka ustanawiała prawo (w ramach procesu konstytucjonalizacji), które potem nakładałoby ograniczenia na sferę polityki. Jak widać jednak, przynajmniej w Europie Środkowej, nie wywołało to zmiany w sferze polityki. Przede wszystkim państwa nie tylko nie zrezygnowały z bezpośredniego wpływu na procesy kształtowania tożsamości, ale wręcz je pogłębiają. Tworzenie wyspecjalizowanych instytucji pozwala oddziaływać na rzeczywistość z pominięciem zarzutów o naruszenie autonomii jednostek. Poza tym, skoro wspólnota (w ogólnym założeniu) zdecydowała się na przyjęcie aktu konstytucyjnego, w którym się do takich działań zobowiązuje, to ogólne wymogi społecznej legitymizacji zostały spełnione. W konsekwencji, Europa Środkowa jest bardzo interesującym obszarem, w którym instytucje państwa, poprzez w pełni zależnych od nich pośredników, mają realny wpływ na kształtowanie się „ja” poznawczego swoich obywateli.

Bogdan Iancu

Late lustration and latter-day anti-communism in Romania: the Ursu case in its context

1. Introduction: 'Positivism with a thin Marxist sauce', latter-day anti-communism, and elitism

In late July 2023, the High Court of Cassation and Justice (HCCJ) rendered a long-deferred final verdict in the Ursu case. Gheorghe Ursu was an engineer and literary milieu figure of the 1980s. In 1985, while held on pretrial detention under a petty criminal charge (unlawful possession of foreign currency), he was tortured by a cellmate. Subsequently, he died as a result of savage beatings.

Ursu had been questioned by the communist secret police, regarding his diary and two anonymous letters to Radio Free Europe. The *Securitate* subsequently decided to not pursue the political crimes and referred to the regular police the more trivial common criminal law charge. The immediate culprits, the cellmate, and the militiamen abetting the crime, were convicted in 2000 and 2003, respectively, and served time for the murder. The *Securitate* officers who had masterminded the affair were, however, acquitted of crimes against humanity charges (first by the Bucharest Court of Appeals and ultimately by the High Court

of Cassation and Justice). The reasoning of the acquittal and the contextual constraints and underlying implications of the reactions to this decision are more interesting than the actual result. I will use context as a showcase for a discussion of the various connotations of Romania's belated legal and political war on Communism.

I develop in the process three *motifs* that hew closely to the work of Adam Czarnota. First, his research on the forms and limits of the Eastern European post-communist transition is a theme of direct interest to my contribution. Conversely, and also relevant here, Martin Krygier and Adam Czarnota were among the first to question the post-communist label. This composite adjective, attached collectively to a quarter of the continent, is still bandied about, more lazily and irritatingly with each passing year. Already in 2005, Krygier and Czarnota pointed out crisply that the region was, surely, post-communist but 'post-many other things as well'¹. Second, as Professor Czarnota noted repeatedly, there is a specific culture of CEE legal elites, who hail collectively from a tradition of rudimentary positivism, crystallised over half a century, then tweaked in post-communism in various inchoate forms. Czarnota called the prototype of this methodological penchant, memorably: 'legal positivism with a thin Marxist sauce'². Third, and as befitting of a sociologist of law, he has strenuously pointed out that norms exist in contexts

¹ M. Krygier and A. Czarnota, 'After Postcommunism: The Next Phase', *Annual Review of Law and Social Science* 2 (2006), 299–340.

² A. Czarnota, 'Rule of Law as an Outcome of Crisis: Central-Eastern European Experience 27 Years after the Breakthrough', *Hague Journal on the Rule of Law* 8/2 (2016), 311–321 at 315: 'The dominant type of legal theory during communism was simplistic legal positivism in a Marxist sauce. Marxist philosophy provided a sort of rhetoric but was not taken seriously by legal academia nor by the legal profession. Vulgar legal positivism was functional and instrumental to justify any new type of regulation.'

and that, the more complicated the context, the less bare juridical forms are useful as proxies to understand it or as points of ingress to manage it. A recent application of this intuition is his argument that a more holistic approach is needed to do justice to transformations of the magnitude we are witnessing nowadays in Eastern and somewhat-wishful-Central Europe. For instance, in his recent contribution to a volume co-edited with W. Sadurski and M. Krygier, he emphasised the many ways in which specific social and economic determinations, for instance patterns of social exclusion, should colour our analyses of ‘backsliding’, ‘populism’, ‘rule of law’ in general and particularly in *Zwischeneuropa*³. Otherwise put, there is more to Eastern narratives than usually meets the lackadaisical eye.

2. The Ursu judgment in a nutshell

The HCCJ (Criminal Chamber) confirmed the Court of Appeals acquittal, rendering its verdict in late July. This was right in the middle of what is called judicial holidays, when courts are not in session and, as a rule, only interim measures and urgent cases are up for resolution. The high-summerly timing of the court pronouncement, perhaps not coincidentally, blunted public backlash. Even so, a flurry of indignant reactions by the Romanian anti-communist intelligentsia, its bastion institutions, and affiliated media forced the High Court to issue a press release⁴. The liberal Minister of Justice, serving in a grand coalition

³ A. Czarnota, ‘Sources of Constitutional Populism – Democracy, Identity and Economic Exclusion’, in: M. Krygier, A. Czarnota, and W. Sadurski (eds.), *Anti-Constitutional Populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), 495–505.

⁴ Înalta Curte de Casație și Justiție, Cabinetul Președintelui (Comunicat de presă) <https://www.iccj.ro/wp-content/uploads/2023/07/>

government composed of the centre-left Social Democratic Party and the centre-right National Liberals, posted on Facebook a somewhat convolutedly conveyed desire ‘as a simple citizen, who did not ‘wish to question the result of the analysis of the prosecutorial indictment’, to ‘not be the witness of the legitimization of any form of repression, torture, of coercion instruments’⁵.

Surprise was not unjustified. Two former communist prison commanders, Ioan Ficior and Alexandru Vişinescu, had been convicted of crimes against humanity, on the basis of indictments brought by the General Prosecutor’s Office upon notifications by the Institute for the Investigation of Communist Crimes and the Memory of Romanian Exile (IICCMER). Vişinescu and Ficior, in their late eighties already when indicted, eventually served little time. Both died in prison in 2018. Their imprisonment sentences served, however, as moral/ethical vindication and appeared to trailblaze a more comprehensive, yet somewhat overdue confrontation with the communist past.

The HCCJ distinguished the precedents by noting, first, that Ursu had died in pretrial detention while prosecuted for a common, rather than a political crime. Searching his apartment to find incriminating evidence regarding anti-communist activities, the Securitate officers impounded his journal but also 15 US

Comunicat-de-presa-cauza-Ursu.pdf. The press release contains the link to the anonymised reasoning of the High Court decision (in Romanian). Later on, in October, the Superior Council of Magistracy (Judicial Section) decided that public criticism of the judgment, as expressed, constituted an attack on judicial independence. Press release available at [https://www.csm1909.ro/PageDetails.aspx?PageId=299&FolderId=10789&FolderTitl e=COMUNICAT%20DE%20PRESĂ-\(2023-10-11\)](https://www.csm1909.ro/PageDetails.aspx?PageId=299&FolderId=10789&FolderTitl e=COMUNICAT%20DE%20PRESĂ-(2023-10-11)) (both links accessed: 11 January 2024)

⁵ B. Păcurar, ‘Reacția ministrului justiției după achitarea torționarilor lui Gheorghe Ursu’, <https://www.digi24.ro/stiri/actualitate/justitie/reac-tia-ministrului-justitiei-dupa-achitarea-tortionarilor-lui-gheorghe-ursu-2442711> (accessed: 11 January 2024).

dollars, 10 West German marks, 40 Danish crowns, 40 East German marks, one Israeli shekel, 3 000 Italian liras. The Communist secret service had declined further investigation for anti-communist activities and, since possession of foreign currency was a crime, it referred prosecution for unlawful possession of foreign currency to the regular police.

Second, the judges noted that crimes against humanity presuppose a 'relationship of adversity between the regime and identifiable groups'. Such a relationship had allegedly existed before 1964, in the Stalinist phase of Romanian Communism, when the pre-communist elites of the Romanian Kingdom were subjected to imprisonment under conditions of ruthless terror and deprivation aiming at their physical suppression. Thus, the convictions of Ficior and Vişinescu, under each of whose care over a 100 detainees died as a direct result of inhumane detention conditions, had been warranted. After the 'Stalinist' period of Romanian communism, however, the regime was, according to the High Court, *not in a relationship of open adversity towards the population*. At one point, this consideration was carefully circumscribed: after 1965, there was *no systematic attempt at the physical or psychological suppression of the population or identifiable groups within it*. At other junctures, references to the supposed lack of opposition and conflict after 1965 are generic. The three-judge panel points to specific post-1964 evolutions, such as the decline in the numbers of individuals under secret police surveillance and monitoring, to substantiate the argument according to which in 1985 there was no clear enmity between the Communist regime and the population (or identifiable sections thereof).

Conversely, the judges note, prior to 1985 Ursu had not been persecuted but rather favourably treated by the authorities. He was allowed to travel widely in the West, including to the United States, where his daughter had migrated when few were

permitted to visit even the Warsaw Pact countries. Furthermore, according to the court(s), Mr. Ursu could not be considered a dissident, since he did not put himself in an open opposition to the regime. The court pointed out that neither keeping a private journal, nor sending two anonymous letters to the RFE a dissident makes. Real dissidents, judges intimate, have to shout their opposition from the rooftops. To the extent that Ursu was dissatisfied, opposition to the regime was mostly hidden *intra pectus suum*.

As formulated, the High Court reasoning contains many juridical mysteries, the most striking of which is the unqualified affirmation that in 1989 there was no opposition between the regime and the population. The notion that the communist regime was harmoniously cohabitating with the people in 1985 is eccentric, particularly, in Romania. Unlike other Eastern Bloc countries, where the transition was usually negotiated in roundtable format, the Ceaușescu regime collapsed violently, with significant bloodshed. At any rate, the prefatory article of the constitution on which judges swear their oaths of office includes a reference to the 'ideals of the Revolution of 1989'. Under Art. 1 (3), the spirit of these ideals, alongside that of the 'democratic traditions of the Romanian people', should inform the supreme values defining the state (democracy, dignity, etc.). Even bare-bones positivists under the veil of historical ignorance should accept the inference that a regime-toppling revolution in 1989 implies some degree of friction in the years immediately preceding it.

Stunted and fallacious is also the assertion that, since Ursu was investigated for the commission of a common law, as opposed to a political, crime, he was not politically persecuted. In the circumstances, the criminal charge was effectively set up by the Securitate, which had divested itself of the case, according to a common strategy of the late communist secret police. The

amount of foreign currency he possessed was ridiculously small. In the 1980s, it was common practice to accuse opponents and more generally regime undesirables of common law crimes, in order to discredit them. As a signatory of the Helsinki Final Act of 1975, Romania did not want to appear, inasmuch as at all possible, in the guise of a human rights abuser. Starting in the early 1980s, the prosecution of crimes against state security was pursued, according to numerous secret police guidelines and manuals, only when no alternative option was available⁶. To describe as a regime profiteer a person murdered in his cell while held under evidently trumped-up charges is also unusual. Whereas it is true that very few Romanians were allowed to travel outside the Eastern Bloc and sometimes even within it (let alone repeatedly, almost never to the United States), Ursu was arguably a special case. He had started as a man of the left, a member of the underground Communist Youth Organisation in 1944; his maternal grandparents had been deported to and died in Auschwitz. To treat him as a ‘reactionary’, a died in the wool ‘enemy of the people’, was particularly difficult for the regime. Passports to Western destinations were occasionally issued in the hope that an inconvenient holder would take a one-way trip.

Hence, at the strictly legal level of analysis, the judgment leaves much to be desired. HCCJ judges operate with legal/non-legal and fact/norm distinctions in a rudimentarily dichotomous fashion. Obversely and paradoxically, the false assumptions of natural science-like, formalist-textualist ‘objectivity’ underpinning the distinctions with which the panel operate allow for the wholesale importation of crude, sweeping value judgments into the supposedly neutral-technical analysis.

⁶ A. Ursu, “Discernământul politic și juridic” al Securității. Deghizările represiunii în timpul regimului Ceaușescu, *Noua Revistă de Drepturile Omului* 1 (2018), 3–26.

3. The entangled contexts of legalised transitional truth and justice

No degree of legal sophistication could, however, do justice to the full complexity of ideological expectations and incentives underlying late Romanian lustration. Like other countries in the region, Romania was, until the communist takeover in 1947, a facade democracy. A Western-style liberal constitution was adopted in 1866 but neo-feudal property relations and a superficial degree of urbanisation rendered its operation symbolic even after the post-WWI introduction of agrarian reforms and universal male franchise. What little democracy existed under the Constitution of 1923 was replaced by an openly authoritarian personalist regime in 1938 and a short-lived fascist experiment (September 1940–January 1941). From 1941 until 1944, the country was effectively led by Marshall Ion Antonescu. He ruled as Leader (*Conducător*), by military dictatorship, in alliance with the Axis. Communism was a foreign importation not only, as the Romanian boilerplate runs, because ‘it was brought by Russian tanks’ but also since the ‘Marx against the peasant’⁷ local demographics of Romania and more generally the Wild East did not generally present the conditions for pre-Communist possibility of Western-style centre-left options.

Once instituted, the regime morphed over time: ruthless, physical suppression of opponents, roughly until the early 1960s, was replaced by a period of relative cultural and political openness, rising living standards, and calculated overtures towards the West, until the early 1970s. A third stage followed, of mounting surveillance and increasingly unsufferable economic privations, until 1989. As the tightening of the screw was slow and

⁷ D. Mitrany, *Marx Against the Peasant: A Study in Social Dogmatism* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1951).

forms of physical brutality were for the most part shunned, opposition to the transformation of the Ceaușescu regime into a personalist, national-communist system did not coalesce into collective pressures for gradual change.

In 1989, violent upheaval gave way to a system dominated until 1996 by the left, itself largely recirculated at the top from second-rank nomenklatura members. The reference as such to the spirit of the Revolution was an afterthought, inserted in Art. 1 (3) on the occasion of the 2003 ‘Euro-revision’ of the Constitution. The term Revolution has itself been contested. Many on the right of the ideological spectrum prefer to gainsay this narrative, until today, for instance by the use of the connotative portmanteau *Loviluție* (assembled from the Romanian words for coup d’état and revolution). A legal expression of these emotions and associated interests is what is called ‘Revolution File’ (*Dosarul Revoluției*). The criminal investigation file has been boomeranged and shuttled to and fro for three decades at the upper levels of the legal system, a *Jarndyce v Jarndyce* of sorts. Under the charging sheet, post-communist social-democratic president Ion Iliescu (1990, 1992–1996, 2000–2004) and other members of the 1989 provisional government are accused of crimes against humanity, allegedly committed by amplifying the state of confusion and thus the ensuing death-toll, in order to seize power. In one of the most revealing episodes of this drawn-out political-legal affair, General Prosecutor Lazăr (as he then was), appointed by the centre-right President Iohannis, announced with fanfare the completion of the ‘Revolution indictment’. The indictment was promptly leaked to a centre-right platform, already before the court was seized. Subsequently, it came to public knowledge that young prosecutor Lazăr had denied parole to anti-communist detainees in the Aiud prison. Following this revelation, the General Prosecutor was nonetheless awarded man-of-the-year prizes by the main anti-communist

civil society NGOs in Bucharest and Timișoara. Against all odds and to the bitter end, the left branded him as a torturer, the right defended him as a hero. Needless to say, he was neither. Lazăr himself took cautious positivistic distance from the unavoidable errors of youth. He had served a regime which had been ‘legally instituted’ but ‘some of whose practices were questionable, as imposed by the extant legislative framework, on the basis of deficient ethical standards’⁸. In other words, such were the times (but with crimes against humanity).

At the intellectual level, this form of faux-radical style of anti-communism serves various functions. Some are bovaristic in nature. The wholesale transfiguration of the interwar into a *Belle Époque* and the wholesale condemnation of Communism as a contrasting dark age, comparable thoroughly and throughout to Stalinism and National Socialism, help in reimagining personal/group histories of heroic resistance. In reality, true dissidents to the Ceaușescu regime were few and very far between at the time. Social and lucrative implications may not be fully ignored, since anti-communist credentials provided various opportunities, including a vocabulary of common tropes for purposes of mutual ‘socialisation cohort’⁹ recognition. Selective reimagination of the past generates the occasional cognitive dissonance. To wit, Marshall Ion Antonescu decorated the honour roll of doctor honoris causa recipients of the University of Bucharest up until

⁸ The press release of the Public Ministry is available at the link, the translation of quoted excerpts is mine. *Declarație de presă, Ministerul Public*, 9 April 2019 https://www.mpublic.ro/content/c_09-04-2019-14-04 (accessed: 11 January 2024). On this particular episode and more generally on the instrumentalization of lustration see: B. Iancu, ‘Hidden Continuities?: The Avatars of “Judicial Lustration” in Post-Communist Romania’, *German Law Journal* 22/7 (2021), 1209–1230.

⁹ B. Rüthers, *Geschönte Geschichten – Geschönte Biographien* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2001).

2023¹⁰, even as, under an ordinance adopted already in 2002, in view of EU integration, posting his name in that context had arguably constituted a misdemeanour subject to a stiff fine¹¹. Likewise, as the High Court refused to rehabilitate (among others) Grigore Alexianu, executed in 1946 for war crimes, a prominent Bucharest centre-right paper deplored this inability ‘to undo the Communist injustice’, while at the same time reproducing incriminating transcripts of a 1941 Council of Ministers meeting. Alexianu, prominent interwar constitutionalist, was governor of occupied Transnistria during a savage pogrom in Odessa. He supervised reprisals in retaliation for a bombing by red partisans of the Romanian army headquarters. Odessan Jews were shot or hung by the lampposts, 200 for each Romanian officer dead, and 100 for the wounded¹². In the event, in 2009 a court of the lowest jurisdictional level, *judecătorie*, held anyhow that Alexianu had been politically convicted, for the specific purpose of restitution to his heir of a forest¹³. It took another decade and

¹⁰ University of Bucharest, press release of February 15 2023. *Universitatea din București retrace titlul de Doctor Honoris Causa mareșalului Ion Antonescu*, <https://unibuc.ro/universitatea-din-bucuresti-retrace-titulul-de-doctor-honoris-causa-maresalului-ion-antonescu/> (accessed: 11 January 2024).

¹¹ OUG 31/2022, text available at <https://www.roasit.ro/pdf/oug31-2002.pdf>. Streets were renamed long ago, statues removed from their plinths.

¹² B. Ștefan, ‘Viața și moartea lui Gheorghe Alexianu, condamnat la moarte de comuniști pentru crime de război și executat alături de Antonescu’, <https://adevarul.ro/stiri-locale/focsani/viata-si-moartea-lui-gheorghe-alexianu-guvernator-1621876.html> (accessed: 11 January 2024).

¹³ B. C. Dogaru, ‘Autoritățile din Vrancea și Holocaustul: Cum l-a reabilitat un judecător din Panciu pe Gheorghe Alexianu, sub care au murit aproape 300 de mii de evrei pe când era guvernator în Transnistria’ <https://www.g4media.ro/autoritatile-din-vrancea-si-holocaustul-cum-l-a-reabilitat-un-judecator-din-panciu-pe-gheorghe-alexianu-sub-care-au-murit-aproape-300-de-mii-de-evrei-pe-cand-era-guvernator-in-transnistria>.

pressures, notably by the National Holocaust Research Institute 'Elie Wiesel', to have the restitution judgment appealed all the way to the High Court and quashed.

At the political level, Manichaean-selective *Vergangenheitsbewältigung* histrionics were weaponised against the Social Democratic Party, successfully portrayed by the right as *the* successor party. This label, whereas not affixed fully without merits, has limitations. Many Romanian parties, right and left, have more or less ostensible links with either the post-communist centre-left transitional bloc or with the intelligence services, from under whose benevolent overcoat many hearken in various rapports of filiation and degree. In terms of its electoral pool, the PSD is similar to Law and Justice (PiS). A certain version of radical anti-communism is therefore parasitic upon social and demographic divisions. Like in the case of its partial Polish counterpart, the social-democratic Romanian electoral pool is demographically located in small-urban and rural areas and geographically in what is called Old Kingdom (southern and eastern Romania). Big urban centres and the formerly Austro-Hungarian parts of the country (Transylvania and the Banat), as well as the sizable diaspora predominantly vote shades of right (centre-, progressive-neoliberal, and recently, as the political offer diversified, increasingly ultranationalist-right). Unlike its Polish partial analogue, the PSD has commonly been on the receiving end of latter-day anti-communism rather than a deft perpetrator of it. Romanian anti-communism of a certain variety walks hand in hand with legitimisation narratives for status quo crevasses dividing the presumably enlightened, 'European' part of the nation from less affluent strata and regions. Conversely, the PiS fight with 'Communist-era vestiges' is fused at

html. (accessed: 11 January 2024). Restitutions are barred in the hypothesis of having been convicted of crimes against humanity.

he hip and helps to legitimise all manner of arch-conservative proclivities.

4. Conclusion

The Ursu reasoning is a schoolbook example of regional positivism, seasoned with a thin sauce (now not of simplistic Marxism but of undigested, reflexive assumptions). By the same token, finer specimens of legal hermeneutics would have found it equally difficult to navigate the complexities. A legitimate, albeit more sophisticated legal argument could be made for the same result. Against the epitomic backdrop of the Rwandan or Armenian genocides (or, indeed, 1948-early 1960s Romanian political prisons and camps), one could argue that this was, albeit a hideous political murder, not quite a crime against humanity as such, writ large and as legally codified.

The highbrow handwringing and jeremiad that surrounded and followed the verdict have at any rate little to do with this discrete result and more in common with the fact that the judgment is a harbinger, with official imprimatur, of fatigue vis-à-vis a certain brand of anticommunism. High-flying instrumental anti-communism is a discourse that has been used and abused well past its expiration date and to the point of satiety. The fact that it could be misused in Poland as the tip of the spear of an anti-elite narrative and instrumentalised in Romania by the big-urban elites (also) against 'Romania-B', offers, in and of itself, ample evidence of the versatility and increasing hollowness of this implement, 34 years after the collapse of communist regimes.

Część V

Edukacja prawnicza

Part V

Legal education

Michał Paździora

Autorytet w edukacji prawniczej

1. Wstęp

Pomysł, że wystarczy zmienić program nauczania, aby zrewolucjonizować edukację prawniczą, jest optymistyczny, lecz zdecydowanie mylny. To wspólne przekonanie zapoczątkowało, kierowany przez prof. Adama Czarnotę, projekt badawczy nad tzw. ukrytym programem w edukacji prawniczej. Pomimo różnych ścieżek edukacyjnych uczestników projektu wszyscy zgodziliśmy się co do diagnozy stanu współczesnej edukacji prawniczej w Polsce: jest ona pod silną presją pozytywizmu prawniczego. Nie tylko zmonopolizował on prawie całą dziedzinę, uzyskując status dominującemu paradygmatu badawczego, lecz również zmienił sposób, w jaki doświadczamy prawa. Pozytywizm, przejmując kontrolę nad akademickimi praktykami edukacyjnymi, określa zatem zarówno ontologiczną materię, jak i sposób percepcji prawa. Celem naszego projektu było przedstawienie edukacji prawniczej nie jako kolejnego obszaru badań, ale jako zasadniczego elementu teoretycznej i filozoficznoprawnej refleksji. Traktowanie ww. edukacji jako narzędzia instrumentalnego, neutralnego i niezależnego, służącego jedynie do przekazywania

treści określonych przez program nauczania, prowadzi do niepożądanych skutków. Wzmaga to przekonanie wśród studentów prawa, że prawo istnieje niezależnie od społeczeństwa, oraz sprzyja rozwijaniu się reakcyjnej postawy poznawczej¹.

Instrumentalnie traktowana edukacja prawnicza redukuje proces poznawczy prawa do prostej ontologicznie struktury: prawo jest bytem niezależnym od kontekstu zastosowania². Studenci uczą się głównie tego, że stanowi ono system oparty na formalnych wewnętrznych relacjach i o hierarchicznej strukturze, w którym na szczycie znajduje się zazwyczaj konstytucja, a poniżej – kolejno – ustawy zwykłe, rozporządzenia, decyzje, wyroki i inne akty prawne. Wiedzą, że system prawny składa się z norm, które mają charakter ogólny i abstrakcyjny, co oznacza, że nie odnoszą się do konkretnych przypadków, lecz jedynie do kategorii zdarzeń.

W pozytywistycznym modelu edukacyjnym student jest zawsze stroną bierną, a sam proces edukacyjny można porównać do tzw. lejka norymberskiego³. Zastana wizja edukacji prawniczej opiera się bowiem na błędnym przekonaniu, że nauczanie polega jedynie na „wlewaniu” wymaganej wiedzy do umysłu za pomocą metaforycznego „lejka”. Ta koncepcja zakłada całkowitą bierność uczącego się, odrzucając możliwość jakiegokolwiek dialogu między nauczycielem a studentem. Takie myślenie prowadzi do

¹ A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, *Ukryty program w edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2018, t. 10, nr 2, s. 96–113.

² E. Łętowska, *Boska sztuka interpretacji*, w: A. Łopatka, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz (red.), *Prawo, społeczeństwo, jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, ABC, Warszawa 2003, s. 27.

³ M. Paździora, M. Stambulski, *Co może dać nauce prawa polityczność? Przyczynek do przyszłych badań*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2014, nr 1, s. 64.

wniosku, że dialog w edukacji prawnicza jest zbędny. Wystarczyłoby napisać dobre podręczniki, które zgodnie z założeniami powinny być zbudowane wedle logicznego i uporządkowanego systemu, odzwierciedlającego strukturę prawa, co umożliwiłoby studentowi samodzielne przyswajanie wiedzy. Ponieważ obiektywność poznania naukowego sugeruje, że wyniki badań są niezmiennie, nauczyciel byłby potrzebny tylko w przypadku zmiany dominującego paradygmatu prawniczego⁴.

Takie podejście jednak ignoruje dynamiczny charakter prawa i potrzebę interakcji między nauczycielem a uczniem, bez której głębsze zrozumienie i krytyczny namysł nad prawem nie są możliwe. Jego pozytywistyczna wizja nie dostrzega, że edukacja prawnicza powinna być procesem interaktywnym, angażującym studentów, zamiast traktować ich jako bierne naczynia napełniane wiedzą przez uczących. Dlatego też, teoretyczne rozważania nad nią, oparte na tej koncepcji, nigdy nie zajęły centralnego miejsca w ogólnej refleksji nad prawem, pomijając bogactwo możliwości edukacyjnych, jakie oferuje dynamiczna interakcja i ciągły dialog pomiędzy nauczającym a uczącym się.

Celem niniejszego artykułu jest zwrócenie uwagi na potrzebę dialogu w edukacji prawniczej. Argumentacja zostanie przedstawiona w dwóch głównych częściach. W pierwszej zaprezentuję wyniki badań przeprowadzonych w ramach projektu badawczego *Ukryty program w edukacji prawniczej*. Skoncentruję się na tych aspektach, które ujawniają powstawanie reakcyjnej postawy poznawczej u studentów, czyli tendencji do zmiany sposobu myślenia pod wpływem określonych bodźców edukacyjnych. W drugiej części skupię się na dwóch potencjalnych modelach relacji między studentem a nauczycielem: modelu mistrza oraz modelu fachowca. Przeanalizuję również wewnętrzną naturę relacji charakterystycznych dla każdego z tych modeli.

⁴ Ibidem, s. 64–65.

2. Nużąca konieczność. Wyniki badań nad ukrytym programem w edukacji prawniczej

Badania nad ukrytym programem w edukacji prawniczej opierały się na twierdzeniu, że rzeczywiste wartości oraz postawy przekazywane studentom prawa w trakcie ich formalnej edukacji nie są bezpośrednio zawarte w oficjalnych programach nauczania. Co więcej, te wartości i postawy często pozostają w sprzeczności z tymi, które są otwarcie deklarowane i które możemy zrekonstruować z oficjalnego dyskursu oraz formalnej dokumentacji programów nauczania na wydziałach prawa lub w samorządach prawniczych. W naszym badaniu działania ukrytego programu w edukacji prawniczej skoncentrowaliśmy się w pierwszej kolejności na studentach⁵. Zdecydowaliśmy się na to, kierując się przekonaniem, że przedstawiciele instytucji nauczających prawo mogą być zainteresowani przedstawieniem swojej organizacji w jak najlepszym świetle. Również w badaniu kompetencji dydaktycznych⁶ głównymi respondentami byli doktoranci oraz tzw. młodzi adiunkci. Badania objęły także aplikantów radcowskich i adwokackich⁷.

Wyniki badań zwróciły naszą uwagę na zgodność między wartościami i postawami dominującymi wśród dydaktyków prawa a dyspozycjami, które bez żadnych zastrzeżeń akceptują studenci oraz aplikanci radcowscy i adwokaccy⁸. Ogólnie rzecz

⁵ A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UWr, CLEST*, Wrocław 2017.

⁶ K. Kocemba, M. Paździora, *Szkoła hierarchii. Kompetencje dydaktyczne na przykładzie pracowników WPAE UWr, CLEST*, Wrocław 2022.

⁷ M. Stambulski, W. Zomerski, *Nużący rytuał. Aplikacja adwokacka i radcowska w Polsce*, CLEST, Wrocław 2019.

⁸ Z tego negatywnego schematu wyłamuje się aplikacja sądownicza i prokuratorska. Na ten temat zob.: K. Kocemba, M. Stambulski,

biorąc, ponieważ badani dydaktycy nie mają wpływu na nauczane treści ani metody i są zmuszeni do biernej akceptacji *status quo*, również wśród studentów i aplikantów dominują bierne postawy w procesie dydaktycznym. Innymi słowy, skoro młodszy pracownicy naukowcy doświadczają braku kontroli nad realiami dotyczącymi codziennego funkcjonowania, również studenci postrzegają proces edukacji prawniczej jako coś, co równie dobrze może odbywać się bez ich aktywnego udziału.

Przeprowadzone badania rysują negatywny obraz edukacji prawniczej, która wydaje się bardziej dyscyplinarna niż praktycznie przydatna. Studenci nie dostrzegają związku między przyswajaną wiedzą a ich przyszłą rolą w zawodzie oraz społeczeństwie demokratycznym⁹. W efekcie, zdobywana wiedza wydaje się im obca i mało przydatna, co może prowadzić do doświadczania nauki jako nużącej i wymuszającej bezrefleksyjne posłuszeństwo, mimo że jest ona niezbędna do zdobycia uprawnień zawodowych.

Prawo, jako dziedzina nauczania, opiera się głównie na metodach podających, gdzie wiedza traktowana jest jako zbiór faktów do zapamiętania. Taka forma pedagogiki, choć łatwa, okazuje się mało efektywna, ponieważ studenci nie są zaangażowani w proces uczenia się i szybko zapominają przyswojone informacje. System dydaktyczny, bazujący na wykładach, jest efektywny pod względem liczby przetwarzanych informacji, ale nie przekłada się to na jakość kształcenia. Edukacja prawnicza w obecnej

Dydaktyka ma znaczenie: aplikacja sędziowska i prokuratorska w Polsce, CLEST, Wrocław 2020.

⁹ Więcej na ten temat znaleźć można w publikacjach książkowych innych członków i członkiń zespołu badawczego. Zob.: W. Zomerski, *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, posturalność*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2023; K. Kocemba, *Poczekalnie. Interakcje w przestrzeniach edukacji prawniczej a sfera publiczna*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2024.

formie nie sprzyja kształtowaniu świadomych i zaangażowanych obywateli, gotowych do odpowiedzialnego uczestnictwa w życiu prawnym i społecznym. Zamiast tego, przygotowuje absolwentów do biernego przyjmowania zewnętrznych autorytetów, co stoi w sprzeczności z oficjalnymi deklaracjami o strategicznym znaczeniu jakości dydaktyki. Studenci, mimo niezadowolenia, tolerują taki system ze względu na aspiracje do osiągnięcia określonego statusu społecznego¹⁰. To właśnie mamy na myśli, gdy o edukacji prawniczej piszemy w kategoriach „nużącej konieczności” czy „nużącego rytuału”.

Z kolei badania prowadzone na pracownikach odpowiedzialnych za dydaktykę prawa wykazały, że edukacja prawnicza jest zdominowana przez wewnętrzne hierarchiczne relacje między doktorantami i adiunktami – z jednej strony a profesorami prawa – z drugiej. Badania ankietowe oraz wywiady wskazują, że młodsi pracownicy naukowcy w dużej mierze opierają swoją karierę na relacjach z nauczycielami akademickimi, którzy często pełnią również funkcję ich bezpośrednich przełożonych. Ci starsi nauczyciele, będący jednocześnie mentorami, mają znaczący wpływ na ich rozwój zawodowy, decydując o awansach, prowadząc wykłady, określając treści i formę zadań do wykonania na zajęciach, a także zarządzając ich czasem pracy czy możliwościami wyjazdów zagranicznych. Hierarchiczna natura tych relacji ma dalekosiężne konsekwencje: wpływa na sposób, w jaki młodsi pracownicy prowadzą swoje zajęcia i stosują metody dydaktyczne. Nawet w przypadku mniejszych grup ćwiczeniowych zajęcia te mają tendencję do przybierania formy wykładu – komunikacja jest tam jednostronna, a studenci nie są traktowani jako aktywni uczestnicy procesu edukacyjnego, lecz raczej jako bierni odbiorcy. W rezultacie, proces kształcenia i rozwijania

¹⁰ Czarnota, Paździora, Stambulski, *Nużąca konieczność...*, op. cit., s. 14–15.

kompetencji dydaktycznych młodszych pracowników akademickich często ogranicza się do powielania schematów i praktyk, które są odzwierciedleniem skostniałych hierarchii i relacji władzy. Takie podejście do edukacji akademickiej nie tylko wzmacnia tradycyjne, hierarchiczne struktury władzy w akademii, lecz również hamuje innowacyjność w nauczaniu i ogranicza możliwości rozwoju bardziej interaktywnych i angażujących metod dydaktycznych¹¹.

W obu grupach – zarówno wśród studentów, jak i młodszych pracowników dydaktycznych – wartości i postawy odzwierciedlają tzw. ukryty program, który wynika z codziennego funkcjonowania instytucji. Te wartości i postawy nie stanowią wyniku bezpośredniego wdrażania oficjalnych programów nauczania, lecz raczej są adaptowane w celu ich przetrwania w środowisku akademickim. Relacje zdominowane przez struktury hierarchiczne wzmacniają reakcyjność poznawczą. Najkrócej mówiąc, odnosi się ona do zjawiska, w którym świadomość bycia obserwowanym lub ocenianym wpływa na nasz sposób myślenia. Reakcyjność poznawcza i konieczność dostosowania się do reguł gry panujących w środowisku akademickim są ze sobą ściśle powiązane w kontekście edukacyjnym, tworząc dynamiczne wzajemne oddziaływania, co wpływa na sposób, w jaki studenci prawa adaptują się do środowiska. Są oni skłonni zmieniać swoje zachowanie, wartości i postawy w odpowiedzi na oczekiwania nauczyciela lub normy grupowe. Niech za ilustrację posłużą nam przykłady wynikające z raportów o ukrytym programie w edukacji prawniczej.

Otóż, studenci bardzo szybko orientują się, że pomimo oficjalnych deklaracji, iż ich nauka powinna mieć charakter dyskusji promującej krytyczne myślenie, promować odwagę w stawianiu pytań i ciekawość poznawczą, wartości te nie są w trakcie zajęć

¹¹ Kocemba, Paździora, *Szkoła hierarchii...*, op. cit., s. 31–33.

realizowane. Realia edukacyjne nakładają bowiem konieczność przyswojenia ogromnej ilości materiału koniecznego do zdania egzaminu. Dodatkowo, dochodzi presja oceniania na podstawie udzielenia trafnych odpowiedzi na egzaminie testowym, gdzie na każde pytanie nierzadko przypada zaledwie 20–30 sekund. Ta sytuacja wymusza akceptację niepisanych reguł gry w systemie edukacyjnym. Jedną z nich jest ograniczenie zakresu materiału wyłącznie do testów z poprzednich lat. W takim modelu oceniania nie ma miejsca na kreatywne rozwiązywanie problemów czy odwagę w formułowaniu tez. Wręcz przeciwnie, takie podejście może nawet przeszkodzić w uzyskaniu pozytywnej oceny.

Pracownicy dydaktyczni również są świadomi tych uwarunkowań (profesor, który prowadzi wykład, decyduje o treściach nauczania oraz metodach egzaminowania). Przygotowując studentów do wymagań stawianych na egzaminie, niejako są zmuszeni do ograniczania dyskusji na zajęciach i rezygnacji z innych metod aktywizujących nauczanie. W rezultacie, skupiają się na metodach podawczych, aby móc przekazać jak najwięcej materiału. Efektem jest wymuszona akceptacja nieformalnych zasad. Choć dostosowanie się do nich utrudnia realizację wartości promowanych w edukacji, jest kluczowe dla przetrwania. W końcu to zdanie egzaminu ma decydujące znaczenie.

3. Fachowiec zamiast mistrza

Wyniki badań przeprowadzonych w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej potwierdzają obserwacje Adama Czarnoty z czasów, w których pracował w Polsce¹². Wynika

¹² Por. A. Czarnota, *Edukacji prawniczej portret wewnętrzny. zapiski z obserwacji uczestniczącej, czyli przyczynek do analizy społecznych podstaw edukacji prawniczej w Polsce*, „Prawo i Więź” 2016, nr 3(17), s. 22–35.

z nich, że istnieje zauważalna skłonność wśród profesorów do mechanicznego powielania i ślepego naśladowania wzorców ustalonych przez innych w minionych czasach. Demonstrują oni wyraźną niechęć do dokonywania jakiegokolwiek zmiany. Żywią przekonanie, że tylko metody nauczania ich mistrzów są wartościowe, nawet jeżeli okazują się nieefektywne lub nieodpowiednie we współczesnym procesie edukacyjnym. Profesorowie prawa często zamykają się na nowości, ograniczając się do stosowania nauk i technik nabytych w trakcie ich edukacji oraz ignorując potrzebę adaptacji do nowych metod lub innowacyjnych rozwiązań. Takie unikanie zmian i uporczywe trzymanie się przestarzałych metod może skutkować stagnacją i zahamowaniem postępu w wielu sferach działania. Z jednej strony, taka postawa wydaje się bezpieczna i komfortowa, ponieważ eliminuje ryzyko związane z testowaniem nowych rozwiązań. Z drugiej jednak, prowadzi do utrwalenia szkodliwych praktyk, które mogą ograniczać rozwój osobisty pracowników oraz całej organizacji¹³. Tym, co również nie umknęło uwadze Czarnoty, jest hierarchizacja wszelkich relacji panujących w polskiej akademii. „Serwilizm, poddaństwo i służalczość – tego na wydziale prawa nie brakuje”¹⁴.

W hierarchicznych środowiskach zaskakuje skłonność do neutralizacji tych relacji. Hierarchia na uniwersytecie jest powszechnie uznawana za element nieodłączny, wręcz konstytutywny, dla akademickiej wspólnoty, którą charakteryzuje mieszanka cech arystokratycznych i demokratycznych. W tej strukturze, rola i funkcje poszczególnych członków są przydzielane na podstawie ich doświadczenia oraz osiągnięć naukowych, odzwierciedlanych w stopniach i tytułach, co nadaje jej arystokratyczny wymiar. Jednocześnie, charakter demokratyczny

¹³ Ibidem, s. 27–28.

¹⁴ Ibidem, s. 30–31.

manifestuje się poprzez kadencyjność organów rządzących uczelniami, które często są kolegialne i wyłaniane w drodze wyborów. Analiza Kazimierza Sowy dotycząca hierarchicznej struktury uniwersyteckiej podkreśla, że zapewnia ona jej członkom dużą swobodę autokreacji, jednocześnie będąc neutralnym, a nawet niezbędnym elementem służącym utrzymaniu autonomii uniwersytetu i budowaniu społeczności akademickiej¹⁵.

Z obszernych badań socjologicznych i antropologicznych Davida Greabera wynika jednak coś zupełnie innego. Proces tworzenia podmiotowości nie opiera się wyłącznie na samokreacji, ale w dużej mierze wynika z dominujących w danej strukturze relacji międzyludzkich. W tym ujęciu ludzie są w znacznym stopniu zinternalizowanym zbiorem tych relacji. Wchodząc do świata akademii, zostajemy w końcu, choćby milcząco, podporządkowani panującym hierarchiom, które mają tendencję do ukrywania tego faktu poprzez wyeksponowanie innej, wyższej wartości¹⁶. Im bardziej hierarchiczne stosunki w danej wspólnotce panują, tym silniej przejawia ona tendencje do naturalizacji tego procesu jako jedyne, uświęconego tradycją, który realizuje te wartości.

Wracając do kontekstu akademickiego, rozważmy teraz hipotetyczną sytuację, w której doktoranci oraz młodszy pracownicy naukowcy zwracają się z prośbą o podwyżkę wynagrodzenia do profesorów znajdujących się na najwyższych szczeblach hierarchii uniwersyteckiej. Ci młodzi badacze, borykając się z trudnościami finansowymi, poszukują wsparcia i mają nadzieję na

¹⁵ K. Z. Sowa, *Struktura społeczna uniwersytetu. Wspólnota i hierarchia*, „Państwo i Społeczeństwo” 2009, nr 2, <https://repozytorium.ka.edu.pl/server/api/core/bitstreams/f6f4759e-fb33-42a6-9f0e-b54cd7d0cf29/content> (dostęp: 20.12.2023).

¹⁶ D. Greaber, *Possibilities: Essays on Hierarchy, Rebellion, and Desire*, AK Press, Oakland 2007, s. 100–101, https://monoskop.org/images/c/c9/Graeber_David_Possibilities_Essays_on_Hierarchy_Rebellion_and_Desire_2007.pdf (dostęp: 20.12.2023).

poprawę swojej sytuacji życiowej, co pozwoliłoby im na komfort pracy naukowej. W odpowiedzi jednak otrzymują zawsze pouczenie, że kariera akademicka to nie tylko kwestie materialne, ale przede wszystkim misja i powołanie zobowiązujące do poświęcenia dla nauki.

Podobne pouczenia pojawiają się, gdy studenci lub młodzi pracownicy domagają się zmian w procesie edukacyjnym. Uczestnicząc wielokrotnie w różnorodnych zespołach i komitetach, których celem jest poprawa jakości kształcenia, zauważyłem, że wszelkie próby reform oskarżane są o niszczenie podstawowego elementu edukacji uniwersyteckiej, jakim jest relacja mistrz–uczeń. Oczywiście za każdym razem argument ten padał z ust profesorów, którzy w tych gremiach mieli głos decydujący i którzy, broniąc przywilejów mistrzów, bronili samych siebie oraz swojej pozycji w hierarchii.

Relacja mistrz–uczeń, traktowana w kategoriach neutralnych, jest często uważana za podstawową w edukacji uniwersyteckiej z kilku fundamentalnych powodów, które łączą się z tradycją akademicką, skutecznością nauki oraz rozwojem osobistym studentów. Wskazuje się, że umożliwia ona bezpośredni transfer wiedzy oraz umiejętności od doświadczonych nauczycieli akademickich do studentów. Pozwala na bardziej indywidualne podejście i dostosowanie tempa oraz metody nauczania do potrzeb i możliwości ucznia. I co najważniejsze, mistrz, pełniąc funkcję mentora, stymuluje ucznia do zadawania pytań, analizowania problemów z różnych perspektyw i krytycznego oceniania informacji. Oczywisty jest więc hierarchiczny typ tej relacji. Jeśli jednak, podążając za uwagami Greabera, odrzucimy jej „neutralny” charakter, to szybko dostrzeżemy, że edukacyjny postulat zniwelowania początkowej nierówności między mistrzem a uczniem jest nierealizowalny.

Rozwińmy ten wątek, opierając się na analizie Richarda Sennetta dotyczącej roli mistrza jako relacji hierarchicznej. Sennett

porusza kwestię hierarchii i władzy w stosunkach międzyludzkich, zwłaszcza w ujęciu mistrz–uczeń, używając metafory celnika i emigranta, by zilustrować proces uwiedzenia i konsumpcji wiedzy oraz autorytetu. Na początku, przedstawia celnika, który pełni funkcję strażnika wiedzy i autorytetu, podobnie jak mistrz w relacji z uczniem. Mimo że emigrant legitymuje się paszportem, celnik wątpi w jego autentyczność i pozostaje w tym względzie niewzruszony.

Człowiek wybitny jest niczym celnik na granicy, który przywołuje podróżnych, by oświadczyć im, że mają niewłaściwy paszport. Podróżni próbują dyskutować, celnik odpowiada: „Pokażę ci, jak paszport powinien wyglądać”. „Ale przecież mój paszport wygląda dokładnie tak samo”. Teraz właśnie dokonana się uwiedzenie. „Cóż, wygląda tak samo, ale nie jestem jednak pewien”. Wtedy uwiedzenie zostaje skonsumowane¹⁷.

Uwiedzenie w relacji mistrz–uczeń nie jest wyłącznie otwarciem umysłu ucznia na nowe idee i możliwości. Konsumpcja oznacza akceptację przewodnictwa mistrza, jego autorytetu. Rola mistrza, według Sennetta, nie ogranicza się do przekazywania wiedzy. Mistrz ma za zadanie utrzymanie i pogłębianie dystynkcji między sobą a uczniem, co jest fundamentem szacunku i społecznego uznania. Asymetryczny charakter tej relacji nie jest przypadkowy, lecz zamierzony i celowy. Utrzymanie dystansu między mistrzem a uczniem stanowi o sile tej relacji, zachęcając tego drugiego do ciągłego poszukiwania, pytania i przekraczania granic własnej wiedzy.

Jednak hierarchiczność tej relacji oznacza, że uwiedzenie może być po prostu zwykłą manipulacją, a konsumpcja

¹⁷ R. Sennett, *Szacunek w świecie nierówności*, tłum. J. Dzierzgowski, Muza, Warszawa 2012, s. 98.

uwiedzenia – aktem podporządkowania za cenę utraty pewności siebie. W interpretacji inspirowanej się badaniami Graebera wejście w relację mistrz–uczeń jest jak zaciągnięcie długu, którego nie można spłacić. W książce *Dług. Pierwsze pięć tysięcy lat* Graeber szczegółowo opisuje zarządzanie długiem w społeczeństwach zorganizowanych podług hierarchicznych relacji¹⁸. Ostatecznie bowiem dłużnik i wierzyciel są sobie równi. Jeśli więc dłużnik nie może spełnić wymagań pozwalających mu powrócić do stanu wyjściowej równości, jest niczym chłop wobec pana feudalnego. W imię wyższej wartości, tj. bezpieczeństwa gwarantowanego przez pana, musi nieustannie dostarczać mu nowych dóbr. Jeśli dłużnik nie może przywrócić wyjściowej sytuacji równowagi, to najwyraźniej jest z nim coś nie w porządku. To na pewno jego wina. Podobnie jak w sytuacji długu, również w relacji mistrz–uczeń początkowa równowaga nigdy nie może być przywrócona.

Drugi model reprezentujący akademicką relację między uczniem a nauczycielem to figura opisywanego przez Sennetta fachowca, dla którego duch rzemiosła oznacza pragnienie dobrze wykonanej pracy dla samej jej wartości. Zdaniem badacza, widoczne w rzemiośle doskonalenie umiejętności oraz dążenie do mistrzostwa to jedne z najważniejszych elementów rozwoju osobistego i społecznego. Doskonalenie rzemiosła wymaga nie tylko rozwijania etyki pracy, pomaga również w budowaniu poczucia celu i tożsamości; podkreśla unikalną relację, jaka tworzy się między rzemieślnikiem a materiałem, nad którym ten pracuje. Zgodnie z perspektywą Sennetta, rzemieślnik nie tylko kształtuje materiał, lecz również wchodzi z nim w rodzaj dialogu, który wymaga głębokiego zrozumienia i empatii. Ta interakcja jest podobna do procesu dialogicznego między ludźmi, gdzie

¹⁸ D. Graeber, *Dług. Pierwsze pięć tysięcy lat*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2018.

zrozumienie i empatia wobec rozmówcy są podstawą. W książce Sennetta *Razem. Rytuały, zalety i zasady współpracy* dowartościowane zostają umiejętności prowadzenia dialogu w budowaniu relacji społecznych i zawodowych¹⁹. W dzisiejszym złożonym świecie, gdzie dominują szybkie zmiany i rosnące oczekiwania zarówno w rzemiośle, jak i w pracy akademickiej, niezwykle ważne stają się głębokie zrozumienie procesów i materiałów, z którymi mamy do czynienia. Zarówno rzemieślnik, jak i badacz akademicki muszą wykazać się nie tylko techniczną biegłością, lecz również zdolnością do dialogu z materiałem czy tematem badań.

Podobieństwo między pracą rzemieślnika a pracą akademicką jest szczególnie widoczne w ich podejściu do procesu tworzenia. Dla rzemieślnika dialog z materiałem nie kończy się na zrozumieniu jego fizycznych właściwości. To także próba zrozumienia jego „potrzeb” i „pragnień”, co – jak wspomniano – wymaga empatii, cierpliwości i otwartości na zmiany. Rzemieślnik musi być gotowy do słuchania materiału, pozwolić mu „mówić” i dostosować do niego swoje techniki pracy. Taka postawa pozwala nie tylko na osiągnięcie mistrzostwa w rzemiośle, lecz również na stworzenie dzieła, które w pełni wyraża potencjał materiału. Analogicznie, w pracy akademickiej istotna jest umiejętność dialogu z materiałem badawczym. Badacz również musi wykazać się otwartością, cierpliwością i gotowością do słuchania. Jednak w tym kontekście „słuchanie” oznacza zrozumienie głębokości tematu, rozpoznanie jego złożoności i otwartość na nowe perspektywy oraz interpretacje. To nie tylko zdobywanie wiedzy, lecz i dialog z tą wiedzą, który pozwala na odkrycie nowych znaczeń i związków. Takie podejście wymaga od badacza umiejętności analitycznych oraz przywołanej tu wielokrotnie

¹⁹ R. Sennett, *Razem. Rytuały, zalety i zasady współpracy*, tłum. J. Dzierzgowski, Muza, Warszawa 2013.

empatii wobec badanego tematu, umiejętności zrozumienia „języka” materiału badawczego i elastyczności w myśleniu.

Również w edukacji uniwersyteckiej osiągnięcie głębokiego poziomu zrozumienia przez nauczyciela jest możliwe dzięki zaangażowaniu w proces dialogu. Dialog ten nie pozostaje jednostronną komunikacją; to raczej proces dwukierunkowy, wymagający od uczestnika gotowości do zmiany swoich poglądów, technik i metod w odpowiedzi na nowe odkrycia i perspektywy. W odróżnieniu od mistrza, fachowiec nie potrzebuje publiki i zazdrości. To, co umożliwia efektywne wykonywanie pracy akademickiej, nie ogranicza się tylko do specjalistycznej wiedzy i umiejętności. Zasadniczą rolę odgrywa zdolność do empatycznego i otwartego podejścia do pracy, co z kolei pozwala na autentyczne słuchanie i współpracę z osobami, których ta edukacja dotyczy.

Współpracując z prof. Adamem Czarnotą w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej, miałem wyjątkową okazję obserwować fachowca przy pracy. Dziękuję Ci, Adamie, za tę wartościową lekcję.

Jolanta Jabłońska-Bonca

Digitalni studenci, ChatGPT w kancelariach, e-rozprawy. O potrzebie kształcenia wirtualnych kompetencji prawników

1. Wstęp

W XXI w. zachodzi wiele zjawisk, które zmieniają radykalnie okoliczności i zasady dotyczące pracy prawników oraz studiowania prawa¹.

Współczesne modele stosowania prawa w demokratycznym państwie odwołującym się do zasady rządów prawa są o wiele bardziej argumentacyjne i wymagają od prawników nie tylko znajomości prawa, ale odmiennych kompetencji jego interpretowania i stosowania w różnych kontekstach społecznych przy uwzględnieniu jego złożonej aksjologii

¹ J. Jabłońska-Bonca, *O szkolnictwie wyższym i kształceniu prawników*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2020; M. Araszkiewicz, *Algorytmizacja myślenia prawniczego. Modele, możliwości, ograniczenia*, w: D. Szostek (red.), *Legal tech. Czyli jak bezpiecznie korzystać z narzędzi informatycznych w organizacji, w tym w kancelarii oraz dziale prawnym*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 55–87.

– piszą Adam Czarnota, Michał Paździora i Michał Stambulski w tekście *Ukryty program w edukacji prawniczej*². Te kompetencje obejmują także w coraz szerszym zakresie nowe, konieczne umiejętności wirtualne: merytoryczne (wiedza), cyfrowe (umiejętność korzystania z technologii i systemów wspierających pracę *online*) oraz interpersonalne, które zastępują teraz wiedzę z papierowych książek, oddającą pole informacjom z wszechogarniającej elektronizacji oraz e-kontaktom. Rośnie też konkurencja, czyli liczba nowych internetowych dostawców treści zarezerwowanych do tej pory dla uczelni. Google zdewałoowało w pewnym sensie „naukę pamięciową”, bazy danych wpłynęły na zmniejszone znaczenie tradycyjnych bibliotek.

Studenci są „usieciowieni”, kancelarie korzystają z technologii i systemów elektronicznych wspierających ich pracę, uczą się wykorzystywać sztuczną inteligencję, duża część rozpraw w sądach odbywa się zdalnie.

Zmiany te przyniosły nowe możliwości wykonywania zawodów prawniczych, ale także – poważne zagrożenia: sztuczna inteligencja działa bowiem według zasad, których zdecydowana większość ludzi nie rozumie³. Nieczytelne działania algorytmów,

² A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, *Ukryty program w edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2018, t. 10, nr 2, s. 98. Zob. też na temat edukacji prawniczej: A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski (red.), *Nużąca konieczność. Powody podjęcia i ocena studiów prawniczych na WPAE UW*, CLEST, Wrocław 2017; A. Czarnota, *Kryzys nauki prawa a edukacja prawnicza. O niekonieczności produkowania „użytecznych idiotów”*, „Prawo i Więź” 2013, nr 2, s. 48–60.

³ Sztuczna inteligencja (AI) tu rozumiana jest jako zaprogramowany przez człowieka algorytm, który ma zdolność do podejmowania autonomicznych decyzji na podstawie zautomatyzowanego przetwarzania ogromnej liczby danych. Nie uwzględnia czynnika emocjonalnego i nie ma wbudowanej skali wartości. Por. art. 2 pkt. 1 projektu Acta IA – „system oparty na maszynie, który może działać na różnym poziomie autonomii i może, dla wyraźnych lub dorozumianych celów, generować wyniki, takie

często także dla ekspertów informatycznych i programistów, oznaczają m.in. ryzyka niekontrolowanego rozwoju narzędzi z tego zakresu⁴. Generatywne systemy AI (czyli takie, które mogą być używane do tworzenia nowych treści, jak np. ChatGPT) szybko się rozwijają i różnią od tradycyjnych programów sztucznej inteligencji przede wszystkim dynamicznym kontekstem eksploatacji i skalą użycia. Mogą być wykorzystywane w dowolnym celu, także przez osoby bez przygotowania informatycznego⁵.

Prawnik korzystający z AI powinien co najmniej rozumieć, co można poddać algorytmizacji oraz jakie skutki prawne niesie zastosowanie algorytmów w różnych gałęziach prawa, w procesach stosowania prawa i w pracach kancelarii prawniczych. „Edukacja prawnicza rozpięta jest między dwoma poziomami – edukacją akademicką oraz edukacją prowadzoną przez korporacje prawnicze”⁶. Zadania z tego zakresu należą do obu obszarów; należy starannie przemyśleć, co i jak nauczane należeć powinno do uczelni, a co – do programów aplikacji.

jak prognozy, zalecenia lub decyzje wpływające na środowisko rzeczywiste lub wirtualne”. Cyt.: projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady z 13 czerwca 2023 r. ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) zmieniający niektóre akty ustawodawcze Unii, w którym m.in. określono zakazane praktyki w zakresie AI, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0012.02/DOC_1&format=PDF (dostęp: 10.10.2023).

⁴ A. C. Shields, *Managing artificial intelligence*, „Law Practice Magazine” 2019, t. 45, nr 3, s. 14–15.

⁵ N. Helderberger, N. Diakopoulos, *ChatGPT and The AI Act*, „Internet Policy Review” 2023, t. 12, nr 1, <https://doi.org/10.14763/2023.1.1682> (dostęp: 10.10.2023).

⁶ A. Czarnota, M. Paździora, M. Stambulski, *Ukryty program w edukacji prawniczej*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2018, t. 10, nr 2, s. 96–113.

Systemy AI nie podlegają na ogół publicznej kontroli, są własnością prywatnych firm, a te nie udzielają pełnych i przejrzystych informacji, mogą się też zasłaniać tajemnicą handlową⁷. Wykorzystanie tych technologii pozwala na manipulowanie przestrzenią informacyjną i jest w grupie czynników określanych w literaturze anglosaskiej terminem *emerging threats* (zagrożenia wschodzące)⁸. „Rozwój sztucznej inteligencji będzie znacznie trudniej kontrolować, niż to jest w przypadku energii nuklearnej” – twierdzi Eric Schmidt, który w latach 2001–2011 był dyrektorem generalnym Google, a potem prezesem tej firmy oraz jej macierzystego holdingu Alphabet⁹. Unia Europejska stara się nadążyć za tempem tej rewolucji¹⁰.

Zatrzymam się na trzech przykładach zmian otoczenia działania prawników, które mają (powinny mieć) silny wpływ na programy, narzędzia i zasady studiowania, i postaram się wykazać, że konieczne są zarówno reforma metod studiowania, jak i szkolenia dla kadry akademickiej¹¹. Opiszę, jak owe narzędzia zmieniają (powinny zmieniać) sposoby studiowania i metody pracy prawników.

⁷ J. Gordon, *AI and law: Ethical, legal and socio-political implications*, „AI & Society” 2021, t. 36, s. 60–72.

⁸ I. Danilin, *Emerging technologies and their impact on international relations and global security*, Hoover Institution, <https://www.hoover.org/research/emerging-technologies-and-their-impact-international-relationships-and-global-security> (dostęp: 10.10.2023); K. Kumalski, *Sztuczna inteligencja jako instrument intensyfikacji zagrożeń hybrydowych w domenie informacyjnej*, „Sprawy Międzynarodowe” 2022, t. 75, nr 2, s. 93–124.

⁹ Za: gah/PAP, <https://wpolityce.pl/swiat/647916-byly-szef-google-ai-ma-potencjal-by-zabic-wiele-osob> (dostęp: 10.11.2023).

¹⁰ Zob. przypis 3.

¹¹ Dwa przykłady dotyczą wszystkich studentów, nie tylko prawa, trzeci jest powiązany wprost z edukacją prawniczą.

2. Digitalni studenci, hipertekstualna wiedza, „śmierć autora” – co i jak studenci powinni czytać?

Z psychologicznego punktu widzenia niezakłócony i skuteczny przekaz wiedzy jest możliwy, jeśli nawiążemy kontakt z rozmówcą, tj. będziemy posługiwali się znakami znaczącymi to samo dla odbiorcy, co dla nas. „Kiedy drugiego człowieka chce się przekonać do własnych poglądów – pisał św. Tomasz z Akwinu – trzeba podejść tam, gdzie on stoi, wziąć go za rękę i poprowadzić. Nie wolno traktować go jak statysty w teatrze i kazać mu podejść”¹². We współczesnej angielskiej wersji idea ta jest wyrażana następująco: „If you want to teach me, you have first to reach me” [Jeśli chcesz mnie nauczyć, to najpierw musisz do mnie dotrzeć].

Do końca XX w. na studiach prawniczych to student miał obowiązek „podejść tam, gdzie stoi profesor”, a nie odwrotnie. W XXI w. profesor nie jest już na ogół postrzegany jako mistrz, a raczej jako lepszy albo gorszy „dostawca, świadczący usługę edukacyjną”¹³.

Obecnie dla studentów prawa na ogół nie ma znaczenia fakt, kto jest autorem informacji w Internecie, w jaki sposób tezy zostały uzasadnione, a zjawiska – wyjaśnione, jak wyszukiwarki internetowe decydują o tym, które wyniki poszukiwania informacji są pokazywane jako priorytet (np. jak tworzą „pierwszą dziesiątkę” na ekranie). Każda informacja o prawie – jak sądzi większość studentów – może być natychmiast „wyguglowana”, a ostatnio także – zdobyta poprzez ChatGPT¹⁴. Choć system hierarchii źródeł informacji internetowej jest nieprzejrzysty,

¹² Cyt. za: J. Jabłońska-Bonca, *Teaching has to be done differently. A few remarks about „homo zappiens” and communication skills of lawyers*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2018, t. 10, nr 2, s. 373–394.

¹³ M. Machalska, *Digital learning. Od e-learningu do dzielenia się wiedzą*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, wyd. 1.

¹⁴ GPT – *Generative Pretrained Transformer*.

a sama władza nad informacją znajduje się w rękach globalnych prywatnych firm – nie stanowi to dla studentów problemu. „Wiedza to dobro publiczne, które jest dostarczane przez prywatne mocarstwa” – zauważa Timothy Garton Ash, mając na myśli np. Google (obecnie: Alphabet)¹⁵.

Linearny umysł logiczny, przyzwyczajony do wielogodzinnego skupienia nad książką, do kultury gutenbergońskiego druku, do budowania modeli zjawisk i abstrakcyjnego myślenia traci obecnie na znaczeniu¹⁶. W socjologii, psychologii oraz pedagogice badane jest więc zjawisko „cyfrowych” czy też „digitalnych tubylców” (*digital natives*)¹⁷. Ich sposób gromadzenia, selekcjonowania i przetwarzania informacji jest nowy, ukształtował się pod wpływem technologii informacyjnych¹⁸.

Dla digitalnych studentów z powodu sposobu i tempa wyszukiwania informacji w Internecie twórca, nadawca, autor tekstu i data powstania informacji właściwie nie mają znaczenia. Studentom prawa trudno zrozumieć, w jakim celu mieliby poznać nazwiska autorów tekstów; te nazwiska – wobec globalizacji i multcentryczności źródeł wiedzy – na ogół nic im nie mówią.

¹⁵ T. G. Ash, *Wolne słowo. Dziesięć zasad dla połączonego świata*, tłum. M. Godyń, F. Godyń, Znak, Warszawa 2018, s. 269.

¹⁶ J. Jabłońska-Bonca, *Wokół problematyki „gatekeeperów” w prawniczej komunikacji naukowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2021, nr 2, s. 165–1861.

¹⁷ Digitalni tubylcy to generacja urodzona i wychowana w świecie nowych technologii; *homo zappiens* – „człowiek klikający” (*zapping* – nieustanne przeskakiwanie po stronach internetowych). Por. Ash, *Wolne słowo...*, op. cit., s. 286–288, zob. szerzej: Jabłońska-Bonca, *Teaching...*, op. cit.; M. Prensky, *Digital natives, digital immigrants*, 2001, <https://www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf> (dostęp: 10.11.2023). *Digital native* to pojęcie analogiczne do *native speaker*: dla pierwszego „ojczyzną” jest cyberprzestrzeń (którą użytkuje), dla drugiego – język ojczysty.

¹⁸ Prensky, *Digital natives...*, op. cit.

Nie wiedzą, od czego zależy to, czy wiedza pozyskana z ksera od kolegi czy z Internetu jest godna zaufania, nie rozumieją, jaki związek ma tekst z autorem i dlaczego w ogóle mieliby uznawać czyjś autorytet.

Linearność i staranne rozumowania prawnicze według ciągu wnioskowań, wypowiedzi pełniące głównie funkcję referencyjną (opisową), myślenie krytyczne i twórcze zalicza się do myślenia ukierunkowanego. Student często już nie podąża taką drogą, a przenosi się z internetowej strony na stronę, w nieukierunkowany i niesekwencyjny sposób. Skojarzenia są swobodne.

Myślenie asocjacyjne (kojarzenie) pozwala studentowi stwarzać indywidualistyczny szkic mapy myśli. Wiedza (a może raczej zbiór informacji), którą rzetelny student prawa „zdobywa” w sieci, a nie z tradycyjnego podręcznika, nie jest linearna, a hipertekstualna¹⁹.

Hipertekstualność polega na rozgałęzieniu komunikatów, co umożliwia ich prezentację na wielu rozmaitych płaszczyznach jednocześnie. Hipertekst uzyskuje strukturę składającą się z wielu fragmentów łączących się ze sobą poprzez liczne odsyłacze. Wybór i sposób łączenia zależy do decyzji odbiorcy komunikatu, czyli do samego studenta. Odbiorca informacji (wiedzy?) nie jest prowadzony ustaloną drogą poznania przez jednego autora. W praktyce student, serfując swobodnie w Internecie, w zasadzie sam steruje tym, czego – jego zdaniem – powinien się dowiedzieć. Jest dla siebie autonomicznym autorytetem, nie otrzymuje od nauczyciela – profesora domyślnej opcji wyboru. Porusza się („klikając” w różne linki) w rozmaitych kierunkach, swobodnie i bez trudu przenosząc się od jednych do drugich informacji.

¹⁹ Szerzej: Jabłońska-Bonca, *Teaching...*, op. cit.; idem: „*You can get lost when standing still too*”. *On the ways of educating lawyers*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2020, t. 12, nr 2, s. 154–189.

W końcu XX w. powstała, odnosząca się głównie do hipertekstualnej literatury pięknej, koncepcja „śmierci autora”²⁰. Jeśli odbiorca komunikatu samodzielnie „konstruuje” treść dzieła, ów autor (tu: profesor prawa) staje się w zasadzie niezbyt ważny²¹.

Studiowanie prawa mimo wszystko nadal wymaga wiedzy uporządkowanej, opartej na głębokiej strukturze rozumowań, na systemach, systematyzacjach, zasadach. Trzeba jednak wziąć pod uwagę, że „usieciowiony” student prawa chce uczyć się hipertekstualnie, wizualnie, szybko selekcjonować, kojarzyć i wartościować informacje. Potrzebuje więc wielu nowych metod, form i środków kształcenia, które mu to umożliwią.

²⁰ R. Barthes, *Śmierć autora*, „Teksty Drugie” 1999, nr 1/2 (54/55), s. 247–251, esej wybitnego francuskiego filozofa, teoretyka semiologii, opublikowany w 1967 r.

²¹ Z moich doświadczeń dydaktycznych wynika, że studenci prawa nierzadko nie potrafią na egzaminie podać nazwiska autora podręcznika, z którego się uczyli (bo uczą się z bryków, kser, Wikipedii, slajdów), a jeśli pytam przenoszących się z innej uczelni, u kogo zdawali egzamin albo kto miał z nimi zajęcia – 90% z nich w ostatnich latach nie wie. Linearność i staranne rozumowania prawnicze według ciągu precyzyjnych wnioskowań, wypowiedzi pełniące głównie funkcję referencyjną (opisową), myślenie krytyczne i twórcze zalicza się do myślenia ukierunkowanego. *Zapping* powoduje, że student prawa nie podąża w toku rozumowania taką drogą, a „przenosi się z internetowej strony na stronę, w nieukierunkowany i niesekwencyjny sposób”, „unosi się w chmurze pojęć i skojarzeń”. Skojarzenia są swobodne i nie są ograniczone z powodu braku ogólnego przygotowania do systematyzowania wiedzy. Nie ma zewnętrznego autorytetu organizującego materiał. Myślenie asocjacyjne (kojarzenie) pozwala studentowi stwarzać dość indywidualistyczny i niewyraźnie zarysowany szkic własnej mapy myśli. Wiedza (a może raczej zbiór informacji), którą rzetelny student prawa „zdobywa” w sieci, a nie z pomocą tradycyjnego podręcznika, jest hipertekstualna, ma strukturę rozgałęzioną. Szerzej na ten temat: Jabłońska-Bonca, *Teaching...*, op. cit.

3. ChatGPT, czyli: czy studenci powinni wykorzystywać „substytuty naukowe”, pisząc prace?

Krok dalej w sposobach wyszukiwaniu informacji i generowaniu oraz korekcie tekstów zrobiono dzięki dużym modelom językowym. Studenci prawa już je testują i wykorzystują. Ostrożnie zaczynają je stosować także kancelarie prawnicze.

W listopadzie 2022 r. firma OpenAI wypuściła na rynek ChatGPT. Po pięciu dniach miał on ponad milion zarejestrowanych użytkowników, a w lutym 2023 r. – już 100 mln aktywnych użytkowników miesięcznie, co czyni go najszybciej rozwijającą się konsumencką aplikacją internetową w historii²².

ChatGPT i nowa wersja: GPT-4, to zaawansowane rodzaje systemów sztucznej inteligencji, czyli procesorów naturalnej komunikacji, znane jako LLM (*Large Language Models* – duże modele językowe)²³. Duże modele językowe są „wytrenowane” na ogromnych ilościach tekstu pobranego z publicznie dostępnych źródeł internetowych w celu rozpoznania związków, które najczęściej występują pomiędzy poszczególnymi jednostkami znaczeniowymi (w tym – pełnymi lub częściowymi słowami, frazami, zdaniami). Mogą z dużą częstotliwością generować odpowiedzi na zapytania użytkowników – odpowiedzi są najczęściej zrozumiałe i nierzadko zawierają prawdziwe tezy. Chatbot korzysta bowiem z baz danych, które gromadzą zarówno informacje prawdziwe, jak i fałszywe.

ChatGPT w tym tekście jest tylko przykładem narzędzia wykorzystującego sztuczną inteligencję²⁴. Podobnych narzędzi jest w Internecie dużo. Na przykład: narzędzia do tworzenia,

²² Dane za: R. Hoffman i GPT-4, *Rozmowa z chatem GPT o przyszłości ludzi i świata*, Poltext, Warszawa 2023, s. 18.

²³ GPT-4 jest wyżej zawansowanym modelem AI.

²⁴ M. Flasiński, *Wstęp do sztucznej inteligencji*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2020.

edycji, korekty i redakcji tekstów (takie jak np. *Grammarly*, który służy do gramatycznej, ortograficznej i interpunkcyjnej korekty tekstów w języku angielskim); narzędzia do tłumaczenia (np. *DeepL Translator*); wyszukiwarki oraz narzędzia do kompilacji treści (np. *Metaphor System* – umożliwia wyszukiwanie linków).

Zaniepokojenie i jednocześnie zainteresowanie wzbudziły różne wyniki eksperymentów edukacyjnych z ChatGPT. Na przykład, w grudniu 2022 r. „zdał” on trzyczęściowy egzamin uprawniający do wykonywania w USA zawodu lekarza, a w styczniu 2023 r. „zdał” egzaminy z czterech przedmiotów prawniczych na Uniwersytecie Minnesoty²⁵.

ChatGPT generuje teksty informacyjne. Może też tworzyć teksty perswazyjne. Profil wygenerowanego tekstu zależy od komend człowieka. Użytkownik w prosty sposób wydając polecenia, może celowo skłonić narzędzie do wygenerowania fałszywych informacji albo do tendencyjnych ocen. Błędy w tekstach ChatGPT zdarzają się często i są nazywane halucynacjami²⁶. Mogą to być fałszywe tezy, omyłki, całe fikcyjne opowieści, wygenerowane nieprawdziwe przypisy, wymyśleni autorzy i tytuły prac, nieistniejące sygnatury spraw sądowych. Nie można też wykluczyć ujawniania danych osobowych, wprowadzania wirusów zniekształcających albo usuwających dane itd.

W Wielkiej Brytanii spółka Turnitin opracowała program do wychwytywania programów typu ChatGPT, których używają studenci do pisania niesamodzielnych prac zaliczeniowych²⁷.

²⁵ Hoffman i GPT-4, *Rozmowa...*, op. cit., s. 24.

²⁶ R. Bojanowicz, *Sztuczna inteligencja i halucynacje. Czy każda odpowiedź od ChatGPT jest prawdziwa?*, <https://forsal.pl/lifestyle/technologie/artykuly/8727296,sztuczna-inteligencja-i-halucynacje-czy-kazda-odpowiedz-od-chatgpt-jest-prawdziwa.html> (dostęp: 10.01.2024).

²⁷ A. Chaturvedi (red.), *US Company Develops Tool to Detect AI Text With “98% Confidence”*, <https://www.ndtv.com/world-news/>

Cambridge i inne uczelnie brytyjskie w trosce o dobrostan studentów, którzy mogą czuć się niekomfortowo z ewentualnymi fałszywymi zarzutami o niesamodzielność prac (gdyby program dał błędne wyniki, co się może zdarzyć), nie podjęły decyzji o jego wdrożeniu²⁸.

Skuteczne używanie chatbota przez studenta jest możliwe, ale wymaga wiedzy merytorycznej na wyższym poziomie, niż prezentuje to narzędzie. Twórcze decyzje podejmowane przez autora podczas przygotowywania tekstu wiążą się z kreatywnym, krytycznym myśleniem, umiejętnościami kontroli stawianych tez czy zdolnością rzeczowej oceny poprawności rozumowań i wiarygodności każdej informacji. Jeśli użytkownik nie spełnia powyższych warunków, prawdopodobieństwo niezauważenia błędów jest bardzo duże, a tekst na pewno nie będzie oryginalny ani kreatywny.

Skoro nastąpiła „śmierć autora”, a student nie musi już koniecznie szukać pojedynczych informacji w Internecie, jako że może generować całe teksty (zwłaszcza jeśli na studiach prawniczych pisze się eseje) za pomocą ChatGPT, jeszcze ważniejsza staje się umiejętność oceny wiarygodności otrzymanego tekstu, sceptycyzm poznawczy i nawyki starannej weryfikacji pozyskanych informacji w innych źródłach.

Teksty gromadzone przez Google z rozmaitych baz opatrzone są nazwiskami ich autorów; student z danych zdobytych za ich pomocą może, w drodze analitycznej, wytworzyć własną autorską pracę. Jeśli użyje chatbota, sytuacja prawna jest inna. Jeśli poprosi o napisanie eseju, to uzyska „wytwór” tego narzędzia²⁹.

us-company-develops-tool-to-detect-ai-text-with-98-confidence-universities-express-doubt-3919579/, „NDTV World”, 4.04.2023 r. (dostęp: 10.10.2023).

²⁸ Ibidem.

²⁹ Określenie R. Markiewicza, zob. R. Markiewicz, *ChatGPT i prawo autorskie Unii Europejskiej*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Prawa Własności Intelektualnej” 2023, nr 2, s. 142–171.

Teksty wygenerowane przez ChatGPT nie są utworami w rozumieniu polskiego prawa autorskiego, ponieważ nie stanowią efektu pracy konkretnych ludzi – nie podlegają więc ochronie prawnej³⁰. Ryszard Markiewicz pisze: „*De lege ferenda* także nie należy jej wprowadzać³¹. Przypisanie autorstwa wiąże się z odpowiedzialnością ludzi za prezentowane wypowiedzi, co nie jest możliwe w przypadku narzędzi³².”

Nie ma wątpliwości, że studenci prawa powinni uczyć się bezpiecznie i etycznie korzystać z ChatGPT. Muszą wiedzieć, że przywłaszczenie sobie autorstwa substytutów utworów, „wytworów” ChatGPT, nie stanowi wprawdzie naruszenia prawa autorskiego, ale może być zakwalifikowane jako oszustwo naukowe. ChatGPT może natomiast dostarczać studentom informacji prawnych, generować prace zaliczeniowe, zwłaszcza jeśli student starannie wprowadzi dane wejściowe i będzie precyzyjnie kierował poprawianiem tworzonego tekstu za pomocą kolejnych poleceń. W ten sposób może powstać dobrze ustrukturalizowany tekst. ChatGPT jest także w stanie przyspieszyć proces przeglądania literatury online, wyjaśniać nieznanne pojęcia, udostępniać kazusy – jednak wyniki tych przeglądów są obciążone na razie bardzo dużym ryzykiem błędów.

Warunkiem *sine qua non* jest szkolenie nauczycieli akademickich i prawników w tym zakresie. To oni powinni być przede wszystkim przygotowani do stosowania tego narzędzia i do ostrzegania studentów, że do tak pozyskanych materiałów należy podejść krytycznie i sprawdzić każdą tezę, bo nie jest to narzędzie doskonałe.

³⁰ Ibidem, s. 143.

³¹ Ibidem, s. 146.

³² J. Y. Lee, *Can an artificial intelligence chatbot be the author of the scholarly article?*, „Science Editing” 2023, t. 10, nr 1, s. 7–12, <https://www.escienceediting.org/journal/view.php?doi=10.6087/kcse.292> (dostęp: 10.10.2023).

Z drugiej strony, konieczna jest otwartość naukowa na nowe narzędzia, wolność korzystania z różnych narzędzi informatycznych, w tym generatorów treści. Zdaniem Markiewicza „brak przekonujących argumentów, by kwestionować publikację naukowych wytworów tylko dlatego, że zostały uzyskane przy wykorzystaniu ChatGPT”³³.

Według badań firmy doradczej McKinsey z 2017 r. i badań holenderskich opublikowanych w „Utrecht Law Review” 2019 r. około 40% czynności wykonywanych przez prawników może zostać w najbliższych latach zautomatyzowanych. Potencjał algorytmizacji i automatyzacji jest bardzo różny w różnych zawodach prawniczych. W zadaniach prostszych (*paralegals, legal assistants*) można zautomatyzować 69% prac; dla *judicial law clerks* to 67%³⁴. Prace klasycznego *lawyer* (np. adwokata) zautomatyzować da się tylko w 23%, sędziego (*judges i magistrate judges*) – w 21%, sędziego administracyjnego (*administrative law judges*) – w 26%. Najmniejszy potencjał automatyzacji mają prawnicy, którzy są arbitrami i mediatorami – to 11%.

Drogą właściwą jest wobec tego dobre przygotowanie studentów prawa i prawników do korzystania z narzędzi typu ChatGPT, a szerzej – do prawnej kontroli nad cyfryzacją i automatyzacją usług prawniczych.

Tak więc sędziom, adwokatom, mediatorom i arbitrom automatyzacja, sztuczna inteligencja, algorytmizacja niewiele pomogą i nie zagrażają też ich zatrudnieniu. Jednak muszą dostosować

³³ Markiewicz, *ChatGPT...*, op. cit., s. 157.

³⁴ McKinsey Global Institute, *A future that works: Automation, employment and productivity*, <https://public.tableau.com/profile/mckinsey.analytics#!/vizhome/AutomationandUSjobs/> (dostęp: 17.01.2024); W. Schäfke-Zell, I. H. Asmussen, *The legal profession in the age of digitalization*, „Utrecht Law Review” 2019, t. 15, nr 1, s. 65–79, <https://www.utrechtlawreview.org/articles/10.36633/ulr.454/> (dostęp: 10.11.2023).

się do sądenia online. To także nowe wyzwanie dla programów studiów prawniczych.

4. Co studenci powinni wiedzieć o zachowaniach podczas rozpraw zdalnych?

Pandemia COVID na całym świecie przyspieszyła przenoszenie sądów do e-przestrzeni. Po jej ustaniu zdalność pozostała w sądach na trwałe, choć w różnym zakresie.

Posiedzenia zdalne i hybrydowe, czyli z pełnym albo częściowym wykorzystaniem urządzeń technicznych umożliwiających przeprowadzanie ich na odległość z jednoczesnym bezpośrednim przekazem obrazu i dźwięku, rozpowszechniły się bardzo szybko. Jest pewne, że elektroniczna rozprawa modyfikuje i zmienia niektóre tradycyjne reguły postępowania oraz zasady retoryki prawniczej, przede wszystkim te, które dotyczą elementów pozawerbalnych komunikacji. Elektroniczna uruchamia nowe ryzyka, ale oferuje jednocześnie wiele nowych możliwości.

Oto przykładowe pytania: Jak zmienia się psychologiczna rola architektury sądowej (budynek, sala rozpraw) w sytuacji odbywania zdalnych rozpraw i rozpraw hybrydowych? Czy bycie online „skraca dystans” między władzą sądowniczą a obywatelem? Czy e-rozprawy i rozprawy hybrydowe faktycznie demokratyzują wymiar sprawiedliwości, „zblizają” sąd do człowieka? Czy sytuacja komunikacyjna strony lub świadka jest łatwiejsza, czy trudniejsza na takich rozprawach?³⁵

³⁵ Por. np.: P. Kładoczny, K. Wiśniewska (red.), *Nowe technologie. Nowa sprawiedliwość. Nowe pytania, Wdrożenie nowych technologii w wymiarze sprawiedliwości*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2021; J. Jabłońska-Bonca, *Remote hearings and judicial symbolism. A draft*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2022, t. 14, nr 2, s. 235–254

Bez wątpienia „sąd w smartfonie” bądź na ekranie komputera jest zgodny ze stylem życia cyfrowych pokoleń studentów prawa.

Zmiany w polskich sądach związane z opisywanym fenomenem są poważne. Na przykład, sam rytuał „wejścia” na rozprawę zdalną jest o wiele bardziej skomplikowany niż wejście do tradycyjnego sądu i sali rozpraw. Trzeba mieć umiejętności specjalne, przestudiować instrukcję połączenia wideokonferencyjnego dostępną na stronie sądu. Instrukcja *JITSY Meet*, najczęściej wykorzystywana przez polskie sądy, liczy aż 20 stron. Trzeba więc uzyskać link, umieć się posługiwać komputerem albo telefonem ze stosowną aplikacją, mieć sprawne łącze, być w miejscu pozwalającym na swobodne uczestnictwo. Jeśli chce się brać udział w rozprawie wideokonferencyjnej przy użyciu telefonu komórkowego, należy zainstalować aplikację mobilną. Link otrzymuje się mailem od sądu, a więc trzeba mieć adres mailowy. Należy napisać do sądu, że chce się uczestniczyć jako publiczność w jawnej rozprawie, aby zainicjować przekazanie linku, a w tym celu – najpierw znaleźć formularz i go wypełnić. Wobec poważnego problemu wykluczenia cyfrowego nie każdy – nawet mimo dobrych chęci – da radę dostać się na zdalną rozprawę. Próg wejścia jest wysoki. Z drugiej strony – nie ma problemu czasu i kosztów dojazdu do sądu. Czekając na zdalne połączenie, trzeba wykonać określone czynności (np. wpisać hasło, nazwisko, sprawdzać na czacie, czy jest opóźnienie rozprawy). Bycie „na wirtualnym korytarzu” kończy się, gdy jakiś pracownik sądu, we właściwym momencie, odblokuje dostęp do wideokonferencji,

(dostęp: 10.10.2023); A. Łazarska, *Zdalne rozprawy cywilne – wyzwanie czy zagrożenie dla rzetelnego procesu*, w: A. Kidyba, A. Olejniczak (red.), *Nowoczesne technologie. Szansa czy zagrożenie dla funkcjonowania przedsiębiorców w obrocie prawnym i postępowaniach sądowych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2022; M. Stępień, *Courtroom Power Distance Dynamics*, Springer, Cham 2021; R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, Oxford 2019.

czyli „otworzy” wirtualne drzwi i „wpuści” uczestnika do wirtualnej sali rozpraw o patchworkowej strukturze (sala sądu, kancelarie, mieszkania, sztuczne tła itp.).

„Wpuszczeni” do sali na płaskim ekranie komputera lub smartfona widzą jednocześnie kilka miejsc, rzeczywistość sądowa została „rozciągnięta” na przestrzenie prywatne, gdzie znajdują się np. świadkowie „włączeni” do sfery publicznej³⁶. To zjawisko „przedłużenia” aparatu percepcyjnego jednostki na rzeczywistość wirtualną powoduje, że współcześnie niezbędne staje się wytworzenie nowej przestrzennej wrażliwości. W tradycyjnej sali pozostaje sędzia i protokolant, na rozprawie hybrydowej – także niektórzy inni uczestnicy rozprawy.

Uczestnik e-rozpraw uruchamia wyobraźnię i musi samodzielnie nadawać widzianym na ekranie osobom, zachowaniom i obiektom właściwe kulturowe kody związane z wymiarem sprawiedliwości. Powinien również wyobrażać sobie liczne elementy sytuacji sądenia, których nie widzi. Może także w ogóle nie wiedzieć, że czegoś nie widzi albo nie słyszy, bo pozostaje to poza ekranem. Nie dostrzega, co się dzieje poza miejscami pokazywanymi przez kamerki uczestników. Podczas studiów należy wobec tego pokazywać studentom prawa różnice w pracy prawnika podczas tradycyjnych oraz zdalnych i hybrydowych rozpraw i prowadzić w tym zakresie interaktywne ćwiczenia.

Istnieje niezbadane jeszcze dostatecznie ryzyko, że pozorna przewaga systemów wirtualnych może stworzyć także fałszywe poczucie skutecznej komunikacji. Media wirtualne, które pierwotnie były wyjątkowym i przejściowym instrumentem wymiaru sprawiedliwości, mogą stawać się narzędziem coraz ważniejszym. Niektórzy prawnicy twierdzą, że to demokratyzuje

³⁶ Szerzej: J. Jabłońska-Bonca, *Wejście do sali rozpraw. Analiza porównawcza norm zachowania uczestników rozprawy zdalnej i tradycyjnej*, „Prawo i Więź” 2023, nr 2, s. 73–104; J. Jabłońska-Bonca, K. Zeidler, *Prawnik a sztuka retoryki i negocjacji*, wyd. 3, Wolters Kluwer, Warszawa 2023.

i egalitaryzuje wymiar sprawiedliwości, inni – że może prowadzić nie tylko do zachwiania powagi i autorytetu sądu, lecz również do nierówności i depersonalizacji stron oraz dehumanizacji samego procesu.

5. Uwaga końcowa – fundusze dla uczelni

Warto zatem przejrzeć programy studiów prawniczych i narzędzia wykorzystywane podczas kształcenia, aby tak je zmodyfikować, żeby studenci umieli kreatywnie, krytycznie, rzetelnie i odpowiedzialnie korzystać z nowego cyfrowego świata. Wymaga to nie tylko dobrych chęci nauczycieli akademickich, lecz również potężnych środków finansowych dla uczelni, aby mogły one przygotować oprzyrządowanie do nowej rzeczywistości edukacji prawniczej. Uczelnie nie są w stanie samodzielnie odpowiedzieć na te zmiany wyłącznie za pomocą własnych środków.

Nie ulega wątpliwości, że uczenie nowych merytorycznych, cyfrowych i interpersonalnych kompetencji powinno być *hic et nunc* ważnym elementem studiów prawniczych. Konieczne jest zaprojektowanie takich zajęć praktycznych na studiach, które by przygotowały studentów zainteresowanych nowymi technologiami do współpracy z programistami, do wprowadzania wyczerpujących, aktualnych informacji prawnych do systemów, a także – do profesjonalnego kontrolowania zgodności z prawem technologii i procesów oraz do przekonującego wyjaśniania działania IT klientom kancelarii czy osobom załatwiających sprawy w organach państwa. Z kolei studenci – przyszli sędziowie, adwokaci, radcowie, notariusze, wysocy urzędnicy w administracji publicznej i kontroli – powinni mieć zajęcia nastawione na trening krytycznego myślenia i kreatywnego pozyskiwania danych oraz argumentowania przedstawianego w pisanych tekstach rozwiązujących tzw. trudne przypadki.

Prowadzący zajęcia muszą jednocześnie uwzględnić fakt, że pokolenia XXI w. są przygotowane do myślenia asocjacyjnego, a nie liniowego. Wszyscy zaś studenci prawa powinni mieć więcej zajęć z psychologii i retoryki prawniczej, w tym – zajęć praktycznych polegających na udziale w roli publiczności w zdalnych rozprawach oraz udziale w edukacyjnych grach negocjacyjnych online, ponieważ wobec elektronizacji wymiaru sprawiedliwości oraz „przenoszenia się” sądów i kancelarii prawniczych do cyberprzestrzeni konieczne jest kształcenie nowej przestrzennej wrażliwości i wyobraźni prawniczej.

Karolina Kocemba

Between dirty togetherness and democracy. Adam Czarnota's critique of legal education in Poland

1. Introduction

Adam Czarnota is an internationally recognised socio-legal scholar with expertise in transitional justice, constitutionalism, and populism. Additionally, he has made significant contributions to the development of legal education as a research field in Poland. He has extensive experience in academic work across multiple countries¹. This background led him to make critical remarks when he re-encountered Polish legal education after many years. He noticed that Polish jurisprudence lacks reflection on legal education. Unlike in Anglo-Saxon countries, there is no systematic empirical research in this area. Czarnota states that law and lawyers play or should play an essential role in society, so legal education should become part of social theory². It

¹ Primarily, he spent around 30 years in Australia, and three years in the Basque town of Oñati, as scientific director. He also visited universities among others in: Budapest, Brussels, Edinburgh, Florence, and Oxford.

² A. Czarnota, 'Edukacji prawniczej portret wewnętrzny. Zapiski z obserwacji uczestniczącej, czyli przyczynek do analizy społecznych podstaw edukacji prawniczej w Polsce', *Prawo i Więź* 3/17 (2016), 25.

is necessary to at least think about the expected role of lawyers in society. Czarnota's criticism of legal education led to the establishment of the Centre for Legal Education and Social Theory in Wrocław (CLEST), which was founded by him along with Michał Paździora and Michał Stambulski. This organisation grew into a community of critical scholars who researched (including empirically) and discussed legal education. Thus, Adam Czarnota's legacy comprises not only his academic works but also a group of researchers whom he inspired to adopt a critical approach to law and to understand it in a broader context. This legacy will endure for many years beyond his 70th birthday, reproducing itself in the next generation of researchers. As Adam Czarnota's Ph.D. student, I examined his reflections on legal education and its importance. His perspective on legal education is consistent with that of CLEST³, which is an effect of the years of researchers' common research and discussions led by Czarnota.

³ Visible for example in the reports: A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski, *Tiresome necessity. Reasons for starting the law studies in WPAE UWr and their assessment* (Wrocław: Centre for Legal Education and Social Theory, 2017); M. Stambulski and W. Zomerski, *Tiresome rite. Advocate and legal counsel application in Poland* (Wrocław: Centre for Legal Education and Social Theory, 2019); K. Kocemba and M. Stambulski, *Didactics matter: judicial and prosecutorial training in Poland* (Wrocław: Centre for Legal Education and Social Theory, 2020); K. Kocemba and M. Paździora, *School of Hierarchy. Teaching Competencies in the Example of Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław Lecturers* (Wrocław: Centre for Legal Education and Social Theory, 2022); and the books: M. Stambulski, *Wiadomość od cesarza. Pojęcie prawa w teorii analitycznej i postanalitycznej* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2021); M. Paździora and M. Stambulski (eds.), *Democracy, Legal Education and the Political* (Berlin: Peter Lang, 2023); W. Zomerski, *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, postanalityczność* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2023); K. Kocemba, *Poczekałnie. Interakcje w przestrzeniach edukacji prawniczej a sfera publiczna* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2024).

Thus, it is also my perspective. Therefore, the essay will focus on supplementing and condensing Czarnota's ideas rather than offering their critiques.

2. What does the political situation teach us about lawyers and legal education?

Before explaining the importance of reflecting upon legal education, I will begin with an example of its broader social implications. In doing so, I will address several of Czarnota's theses. He often cites Max Weber, who claimed that differences between civil law and common law systems result from different types of legal education⁴. Thus, legal education plays a fundamental role for both the law and lawyers – lawyers' attitudes depend largely on legal education. Proper education is a prerequisite for becoming a lawyer. Academic legal education shapes the future of legal professionals who, in turn, influence law practice. Observing lawyers and legal practices provides insight into legal education.

For example, let us take a closer look at Poland's constitutional and rule of law crisis⁵. In 2015, the populist Law and Justice (PiS) party came to power in Poland, and it was a revolutionary period for lawyers due to judicial reforms⁶. For years, there had

⁴ A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski, 'The Hidden Curriculum in Legal Education', *Krytyka Prawa. Niezależne Studia nad Prawem* 2/10 (2018), 114–1 29.

⁵ More about the Polish constitutional crisis: W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 1–34.

⁶ A. Czarnota, 'Prawo jest dla nas, nam ma służyć. Z Adamem Czarnotą rozmawia Adam Puczejda', *Kultura Liberalna* 393, 19 July 2016, <https://kulturaliberalna.pl/2016/07/19/adam-czarnota-wywiad-adam-puczejda-trybunal-konstytucyjny/> (accessed: 1 January 2024).

been a low level of trust in the courts, which Law and Justice used as a pretext and legitimisation for its reforms.⁷ As expected, however, the reforms did not address the significant problems, such as the length of trials, but rather the replacement of the legal elite. The reforms primarily affected the judges and triggered waves of public protest and a kind of social awakening. Constitutional issues began to concern not only the general public but also legal scholars, who focused mainly on expressing their anger. It can be partially justified on the grounds that they were not carried out in accordance with the law and were carried out loudly, not with a scalpel, but with an axe. The way in which the populists carried out the reforms may have overshadowed the problems with the judiciary, which should be discussed.

Only a few critical scholars (including Czarnota) have noticed there is more to it than meets the eye and analysed the rule of law crises in much greater depth. Czarnota has repeatedly said that populism did not emerge from a vacuum but is a corrective to neoliberal policies⁸. His reflections on the Polish Constitutional Court (CC) led him to the conclusion that many lawyers reduce the law to a legal text⁹. After analysing the judgments of the CC, it can be argued that the court has presented ideological and political judgments as a logical consequence of objective legal doctrine, particularly in controversial cases such

⁷ A. Czarnota, 'Sądownictwo to nie jest żaden Święty Graal. Ma służyć społeczeństwu', *Dziennik Gazeta Prawna*, 24 November 2023, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/9361163,sadownictwo-to-nie-jest-zaden-swiety-graal-ma-sluzyc-spoleszenstwu-w.html> (accessed: 1 December 2023).

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. Czarnota, 'Prawnicy naznaczeni socjalizmem', *Dziennik Gazeta Prawna*, 11 June 2017, <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1049466,prawnicy-wymiar-sprawiedliwosci-czarnota.html>, (accessed: 1 December 2023).

as abortion or the conscience clause for doctors¹⁰. For years, in the legal doctrine, a belief that judges should rule on the conformity of laws with the text of the Constitution was dominant. The above examples showed that the CC could establish a restriction on abortion based on the provision of a democratic rule of law¹¹. Decisions that were *de facto* of a political nature were presented as purely legal for many years. In highly controversial cases, decisions without social support and simultaneously replacing the democratically elected parliament's role were possible because of using legal, neutral language that masked the ideologically entangled decision.

Czarnota emphasised that the decisions of the CC were made at a high level of abstraction. Similarly, the courts of general jurisdiction judgments were written in a legalistic language understood only by lawyers¹². It demonstrates their detachment from the public and disconnection from society. However, the constitutional crisis, which was triggered by the populists, has itself brought about a kind of catharsis. Academics, including Czarnota, began to break with the uncritical approach to the judiciary¹³ – more often, lawyers started saying that the Constitution is a social agreement and that communication with citizens is crucial. The crisis not only exposed the deficiencies of legal institutions but also highlighted the legal education that influenced the aforementioned attitudes.

¹⁰ K. Kocemba and M. Stambulski, 'Gotowanie żaby. Prawicowy konstytucjonalizm a prawa kobiet w Polsce', in: Grzyb M. and K. Sękowska-Kozłowska (eds.), *Kobieta – ciąża – zarodek – dziecko. Prawne aspekty przerywania ciąży* (Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2022).

¹¹ Ibidem.

¹² Czarnota, 'Prawnicy naznaczeni...', op. cit.

¹³ A. Czarnota, M. Paździora, and M. Stambulski (eds.), *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna* (Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar, 2021).

3. Dirty togetherness. A critique of legal education in Poland

Czarnota's experience of working in many universities in many countries gave him a broad knowledge of legal education at the time of the constitutional crisis. He argues that the lack of empirical research does not provide an accurate picture of legal education and allows the faculty authorities to abandon reforms. In his case, the breakthrough came after he returned to the Polish Faculty of Law. His empirical and comparative observation of legal education made him criticise Polish legal education substantially.

The first criticism is that teaching is based on a dogma – law faculties are reduced to schools preparing for legal practice, which does not correspond to the idea of a university. He argues that these faculties prioritise the memorisation of legal rules over the development of skills, indicating the continued dominance of positivism in the educational system. Czarnota argues that educating law graduates solely on positive laws can be dangerous because they will not be able to think critically, be imaginative, and solve problems. Czarnota asserts that we can forget about the rule of law because such a rule also requires the intellectual autonomy of lawyers¹⁴. Without independence and critical thinking, lawyers will be vulnerable to political or financial influence. On the other hand, the positivist approach of lawyers results from the legal culture in which they operate and legal education. Lawyers have a narrow and dogmatic view of the law because they have not been provided with an adequate sociological and theoretical background and have not developed critical thinking.

¹⁴ A. Czarnota, 'Kryzys nauki prawa a edukacja prawnicza. O niekonieczności produkowania "użytecznych idiotów"', *Prawo i Więź* 2/4 (2013), 58.

Students are not treated as members of the academic community but rather as part of a task to be completed so that the system can continue to operate in its current form. This was confirmed in the report *Tiresome Necessity*¹⁵, which presents the survey results conducted among the University of Wrocław's law students. After analysing the results, the authors conclude that law studies appear to them as a tedious necessity – it is monotonous and causes fatigue and exhaustion. Knowledge is needed to pass exams, which, in turn, is required to obtain professional credentials. The education itself is disciplinary; the teaching is of a subjunctive, lecture nature, and students do not have to engage – they are only supposed to memorise.

Secondly, having studied the institutions in detail, Czarnota saw several irregularities, mainly related to the organisation of law faculties¹⁶. In his opinion, the first significant defect is the division of faculties into departments, which are a kind of micro-worlds with their own internal hierarchies and divisions. Interestingly, when I talk to department heads from excellent universities (in many countries), who are established scientists, they regard executive positions as an unpleasant duty and administrative work that takes time away from research. In some cases people accept such a position because they want to redirect research attention to a particular area, have some vision of collaboration, and create a common perspective. In contrast, according to Czarnota, many Polish professors dream of owning and leading their departments, not because of their ambitions and research plans or the development of a specific community but to have power and their own subordinates¹⁷. Professors often become department heads due to personal and political

¹⁵ Czarnota, Paździora, and Stambulski, *Tiresome...*, op. cit.

¹⁶ Czarnota, 'Edukacji prawniczej...', op. cit., 25–29.

¹⁷ Ibidem, 25–29.

dependencies, rather than scientific merit. These relationships can be significant, as one's position may depend on them. As a result, scientists may avoid offending others and refrain from taking a clear position in their papers, leading to a lack of thesis, clear ideas, or opinions. As Czarnota notes, academic papers are often presented within a narrow discipline, leading to a lack of interdisciplinary exchange. This division can result in a scientific stagnation due to an anti-scientific and anti-democratic mentality that promotes servility and conformity¹⁸. He calls relations in law faculties using a category invented by another prominent sociologist of law – Adam Podgórecki – ‘dirty togetherness’ – a hierarchical community of interest.

This concept refers to ‘cliquishness and close-knit networks in the context of scarcity and distrust of the state, was endemic to the communist system’¹⁹. Acting as a ‘dirty community’ may have been viewed as a survival strategy before the fall of communism in 1989. However, this approach weakens institutions by pursuing only the semi-private interests of a particular group of people, rather than the university community as a whole, and undermines its development. The continued existence of the ‘dirty togetherness’ in law faculties confirms Czarnota’s thesis that the 1989 transformation was a ‘facade’ one as institutions were mechanically transplanted without understanding them and thus without strengthening them. ‘The new ruling elites chose to transplant institutions and recipes from developed market liberal democracies in the West. So, a market economy, human rights, the rule of law, and democracy were on the menu of the day. The problem was that the cooks were not properly

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ J. Wedel, ‘Dirty Togetherness: Institutional Nomads, Networks, and the State-Private Interface in Central and Eastern Europe and the Former Soviet Union’, *Polish Sociological Review* 142 (2003), 139–159.

trained, and they did not know what ingredients should be used in preparing the menu²⁰.

‘Facade democracy’ applies not only to institutions of justice but also to law faculties – despite the political transformation, old pre-democratic institutional habits have not been revised and continue to affect legal education and the space. Admittedly, reform of the legal education system and changes to the curriculum have been undertaken. In contrast, the academics have not changed their methods and unengaging ways of teaching, which subsequent generations of legal scholars have then replicated²¹. Democracy is understood only as a facade, fulfilling formal criteria, such as relevant courses, while it is not expressed in attitudes and daily life, where dirty communities still prevail²². The current model of legal education not only fails to develop skills, relying on memory-based learning of law but also fails to develop social competence. We see that the methods used are anti-citizen and anti-community – they uproot students from participation in the community; students have no voice. Thus, they are not prepared for reflective participation in the communicative community or in culture. Consequently, due to their exclusion from the community, they will not feel responsible for the law as lawyers; they will treat it as something external, which will also influence professional ethics²³.

Czarnota’s observations and research results show that law students and lawyers are locked in a kind of bubble. We can say with a high degree of probability that law faculties are places that built the walls that separate lawyers from society. This

²⁰ A. Czarnota, ‘Rule of Law as an Outcome of Crisis. Central-Eastern European Experiences 27 Years after the Breakthrough’, *Hague Journal on the Rule of Law* 8 (2016), 311–321.

²¹ *Ibidem*.

²² Kocemba, *Poczekalnie...*, *op. cit.*

²³ *Ibidem*.

raises the question of whether and how these walls can be dismantled.

4. Democratic and civic legal education

The opposite of a dirty community is democratic legal education, in favour of which Czarnota advocates. He calls the ideal model 'civic-critical'²⁴. He believes that the study and teaching of law is the foundation of citizenship and has always been fundamental (along with history) to the collective life. Therefore, legal education should create a community rooted in culture and experience. But primarily, law students should be prepared for future public roles and tasks in the service of society. In order to be able to fulfil these roles, it is necessary to have an appropriate educational system and a conscious reflection on the functions of lawyers in society. It is essential to impart knowledge about institutions and society, as well as to develop intellectual skills of argumentation and critical thinking. Therefore, a profound reform of Polish legal education is necessary. Czarnota proposes a change in the content taught and how knowledge is examined. He believes knowledge cannot be reduced to practical knowledge of rules.

Legal knowledge has both theoretical and historical dimensions. Therefore, it is appropriate to teach law in context and introduce non-legal disciplines such as philosophy, sociology, or history. However, changing the curriculum alone is insufficient. It is also necessary to move away from exams that only test knowledge and instead focus on developing argumentation skills. Czarnota suggests that universities should enhance the flexibility of legal studies by enabling students to choose subjects

²⁴ Czarnota, 'Kryzys nauki...', op. cit., 55.

and study paths. Additionally, they should decrease the number of lectures, which could be conducted online, and substitute them with seminars to promote active learning. Furthermore, bilingual teaching in Polish and English should be implemented²⁵. At the same time, further reflection and reform are crucial.

To Czarnota's proposed reforms, I suggest adding a change in university space²⁶. This change is necessary for developing democratic competencies and improving skills in argumentation, critical thinking, and legal speech. Providing appropriate places for discussion outside of classes, such as corridors, libraries, and dining areas could neutralise the lack of dialog and the formation of relevant competencies. Law faculties should allow for challenging authority and traditional views, questioning knowledge, opinions, and values. Therefore, it is important to create conditions for public discussion of political and moral issues and to consider problems from various perspectives. This approach can help develop civic competencies, promote the concept of a dynamic and ongoing democracy, embrace pluralism, and foster intellectual autonomy among lawyers. These competencies should be supported through appropriate means. It is important to recognise the crucial role that spatial organisation plays in legal education and in the process of becoming a lawyer. Therefore, there is an opportunity to improve legal education through reform, starting with creating a more public, inclusive, and democratic space that fosters dialog rather than upholding hierarchies, as is currently the case.

Another aspect that Czarnota does not emphasise, despite being a notable example himself in that regard, is the mobility of academics and students. Staying in one institution – within one law faculty – creates an environment akin to a Platonic

²⁵ *Ibidem*, 56.

²⁶ Kocemba, *Poczekalnie...*, *op. cit.*

cave. Treating the institution-cave as the only existing reality, one cannot compare how to function in another environment, and the only known patterns come from inside the institution-cave. Coming out of the cave equips one with a comparative perspective, which enables the individual to eliminate illusions, catch abnormalities, and possibly change behaviour. According to research on teaching competence, it appears that instructors derive their knowledge of teaching from observing professors who prefer the lecture form, i.e., patterns are reinforced.

On the other hand, active teaching methods are used and preferred by those engaged in the international academy – they have completed studies abroad and/or gone on scholarships and conferences²⁷. The same is apparent from the observations and interviews in my book²⁸ – the lack of adequate didactic training is complemented by the observation of teaching by others and the reproduction of established patterns. Those who functioned only in one institution also demonstrated no desire to change the space to facilitate discussion, which we can, therefore, explain by a lack of awareness of teaching methods and the essence of legal education²⁹.

5. Learning from Czarnota

Adam Czarnota is a researcher who examines the law in its context. This approach leads him to consider issues of legal education through the prism of the social, economic, and political situation in the country after the political transformation. He also combines scientific considerations with his experiences and

²⁷ Kocemba and Paździora, *School of Hierarchy...*, op. cit.

²⁸ Kocemba, *Poczekalnie...*, op. cit.

²⁹ Ibidem.

observations. It makes his works insightful, combining many threads and going much deeper than dogmatic analysis.

What we can learn from him is the importance of taking legal education and didactics seriously. His works demonstrate how legal education can shape democratic attitudes in lawyers. Therefore, legal teachers should recognise the significant responsibility they hold. A well-prepared, passionate tutor can inspire their students and even change their lives, as in my and other researchers' cases. He is a mentor who encourages approaching research problems from different perspectives, thinking critically, and combining multiple approaches and disciplines, resulting in new discoveries. Working with him taught me how to formulate my thoughts clearly and always present a vibrant thesis in academic papers. Thus, the concept of democratic legal education does not only exist in his papers but also in his work with his students and co-workers. This approach has the potential to improve legal education.

Część VI

Prawo, polityka, społeczeństwo

Part VI

Law, politics, society

Scott Veitch

Nations and nationalisms:
some jurisprudential reflections
on an evergreen theme

I met Adam around 30 years ago when I was appointed to my first academic post at Macquarie University in Sydney. From the outset, Adam was a friendly colleague in a Law School where division and fiery debate were part of the daily routine. He was also in equal measure encouraging, challenging, and inspiring. I learned a lot from Adam, particularly about the range of enquiry necessary to being a good jurisprudential scholar. I also learned that the world of scholarship was both serious *and* fun: it was one in which, as the great Scottish author Muriel Spark would describe the writer's life at its best, work was play and play was work. It was also potentially as big as the world itself, for Adam's knowledge (and contacts!) reached around the globe. They still do, and even more richly, for Adam is an internationalist, a connector of people, a man for whom the joys of collaboration – intellectual and social, local and global – are unsurpassable. I am immensely grateful for all that he has given me over the last three decades, as are the many other younger colleagues who have had the good fortune to come into his orbit.

The early 1990's were, of course, a period of enormous geopolitical transformation. With the end of communism in Eastern

Europe whole new fields of analysis sprang up. Realising they were witnessing events of major historical significance, two fields in particular received the attention of legal scholars: globalisation and transitional justice. Adam took a strong interest in both. The processes were not unrelated: dealing seriously with pasts of gross human rights violations was part of a global turn in rights discourse.

The sense of aspiration that propelled these developments was not just wishful thinking. At the institutional level, it was being matched by extensive and often successful efforts at innovation. Multiple national and international tribunals, legal and quasi-legal, along with the negotiations that would result in the Rome Statute and the establishment of the International Criminal Court, were important attempts to demonstrate that impunity was no longer the default position for former leaders or foot soldiers. The voices of victims and relatives also began to register in ways that had previously been sidelined in formal processes, as demands grew to acknowledge that the accountability of perpetrators was a necessary prelude to the possibility of reconciliation.

These developments were fraught with the challenges that any major social reckonings bring but what was significant and largely novel about them were the ways in which legal forms were being deployed. As a matter of substantive doctrine, these forms were not limited to criminal law trials and prosecutions but extended, again in often innovative ways, to private and administrative law to address the myriad problems that ‘coming to terms with the past’ involved. Some version of a right to truth – or information about what had been kept secret by former regimes – was emerging as key. Making public what had been hidden required the creation of a range of practical mechanisms and incentives – dedicated commissions to release government records, granting legal amnesties on condition of full disclosure

about atrocities, and the like – that had been seen as crucial for societies transitioning from authoritarian rule.

Such processes and institutions were fascinating for legal scholars, not least if they had personal experience of the recently demised regimes and their overcoming. But they also threw up jurisprudential conundrums about the proper extent of law's elasticity and its complex relationship with competing temporalities. These were no longer theoretical conjectures, however, they were of pressing practical importance. Conventional assumptions about the meaning of principles of legality were being challenged in transitional scenarios. Dilemmas of the rule of law were popping up everywhere, and academic engagement with them had a new pragmatic bearing that scholars were able to contribute to directly. Adam's work on these themes stand as admirable examples of this. (Two of them were published as chapters in collections resulting from international workshops I was involved in organising in the 2000s: *Lethé's Law* with Emiliios Christodoulidis and *Law and the Politics of Reconciliation*)¹.

It is striking that despite the growing rhetoric of globalisation at the time, the focus of transitional justice was most commonly on the level of the nation. Emblematic of this was the South African Truth and Reconciliation Commission. It was established by legislative enactment in the Promotion of National Unity and Reconciliation Act and given full legal endorsement by the Constitutional Court. Its spiritual leaders set themselves the task of 'healing the nation', and although the Commission's final report addressed several kinds of reconciliation – personal as well as social – it was *national* unity that formed the overarching teleology of the process. Perhaps not enough has been made of this

¹ E. Christodoulidis and S. Veitch (eds.), *Lethé's Law; Justice, Law, and Ethics in Reconciliation* (Oxford: Hart, 2001); S. Veitch (ed.), *Law and the Politics of Reconciliation* (Aldershot: Ashgate, 2007).

national dimension, even if there were some critical observations made about it at the time. Michael Ignatieff, for example, noted the issue in these memorable terms:

We tend to vest our nations with conscience, identities, and memories as if they were individuals. It is problematic enough to vest an individual with a single identity: our inner lives are like battlegrounds over which uneasy truces reign; the identity of a nation is additionally fissured by region, ethnicity, class and education².

That is certainly true; ‘the nation,’ whatever else it is, is profoundly, inescapably, split along these, and other lines. Yet this does not seem to have stopped it from being the talismanic projection of transitional scenarios, nor of certain contemporary political developments. For all the turn towards the global and the *supra*-national, the nation remains an obstinate feature of our political and legal discourse. When the COVID-19 global pandemic hit, for example, even in the Schengen area of the European Union it was the old national borders that were hurriedly re-erected in order to defend European citizens against the disease.

It is this curious situation that I would like to comment on in this contribution. Far from being an anachronism that has been steadily shed, like some hairy tail lost in the process of evolution, the nation has persisted. Indeed, the heady days of globalisation-talk in the 1990s when nationalism’s dominance was said to be on the wane and a promised transformation underway – to post-nationalism, post-sovereignty, and post-colonialism – now seem rather naïve in light of Brexit, MAGA, Putin, and Xi. If social

² M. Ignatieff, *The Warrior’s Honor* (London: Chatto & Windus, 1998), 169.

scientists largely failed to predict the collapse of communism in Europe, they were just as ineffective at foreseeing the continued force of nationalism, hastily reaching out for new explanations amongst which the fervid term 'populism' has achieved a certain notoriety.

Some commentators did, however, grasp the enduring elemental power nationalism continues to exert. Neal Ascherson, writing in the 1980s, described it as 'the most powerful source of political magic on earth'³, meaning that pronouncements on its demise were always likely to be premature. Sir Isaiah Berlin, the great Riga-born champion of negative liberty, also understood its unremitting potency. In an interview given in the summer of 1991 he observed: 'In our modern age, nationalism is not resurgent; it never died. Neither did racism. They are the most powerful movements in the world today, cutting across many social systems'⁴. Of course, the tendency to neglect nationalism, evident again post-1989, had, said Berlin, a lengthy pedigree: most of the 19th and early 20th century big hitters in social science had consistently underplayed it, not least the most influential of them all, Karl Marx. Berlin, being particularly attuned to authoritarianism whether of the left or the right, retained an undimmed awareness of the ever-present dangers that could be actualised in the name of a nation or a race.

What might connect these two prospects on the nation, one as the *telos* for reconciled post-conflict unity, the other as the supposed cure-all for present ills; the former drawing on the promise of a shared future to overcome a divided past, the latter drawing on a mythic past to overcome a distempered present? One answer is this: that amongst other things, such as pride or

³ N. Ascherson, *Games with Shadows* (London: Radius, 1988), 282.

⁴ I. Berlin and N. Gardels, 'Two Concepts of Nationalism: An Interview with Isaiah Berlin' (Isaiah Berlin Virtual Library, 1991), 3, <https://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/interviews/gardels.pdf>

common customs, the nation's past also provides an inexhaustible source of pain. Nationalism is at root, as Berlin put it, 'a state of wounded consciousness'⁵ which paradoxically, if its political programme is to succeed, can never properly be overcome. The nation is, in this sense, the source of an infinite reservoir of potential energy that can be drawn on to propel future politics. It is the grief that keeps on giving. 'Healing the nation' would, accordingly, be the end of the nation since it would close off access to that resource.

In both prospects then, it is not the 'truth' of the nation's past or present, whatever that might be but the force of its imagined projection that is always in play. As such it is selective memory – and hence selective forgetting – that is core to the nation and its deployment in political rhetoric. In this dynamic of memory and forgetting is to be found its utility for contemporary politics – whether reconciliatory or xenophobic – and the demands it can make of institutional arrangements. The nation is a unique operator in this sense, since it alone can camouflage the real divisions that exist within its borders. The 'identity of a nation' is indeed 'fissured by region, ethnicity, class', as Ignatieff said⁶ but this is precisely why nationalism succeeds. It alone has the capacity not to *overcome* these divisions but to *cover over them*. A whole apparatus of symbols, education, media, and jurisdictional capacities is mobilised to this end. And the potency of these lies in installing as common sense the assumption that only a traitor or a fool could be *against* their own people. The sole question to be answered by each nation is how to treat those who are deemed disloyal; whether to tolerate them as agents of

⁵ I. Berlin, 'The Problem of Nationalism: A dialogue with Stuart Hampshire' (Isaiah Berlin Virtual Library, 1972), 5, <https://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/nachlass/probnati.pdf>

⁶ Ignatieff, *The Warrior's Honor*, op. cit., 169.

free speech or whether to criminalise them as agents of subversive ideas or powers.

The invention of nations' traditions has long been acknowledged. That there is no necessary connection between what 'the nation' is or signifies and complex historical realities is one reason why nationalism can be readily manipulated and deployed for ends like social solidarity or war. There is always a qualitative leap from social and economic realities to the rhetoric of what these mean for 'the nation'. Just as truth and reconciliation processes discovered that there is a qualitative difference between collected memories – finding out what happened to whom, when – and the construction of collective memories, the space between empirical reality and national promise is filled by the imagination alone. The nation has always been, so to speak, 'post-truth'.

The creative capacity associated with the nation may have some positive value in reconciliation processes. However, there are inevitably cases where its manipulation is far less edifying. In the short space I have here, I want to give only one example of this, one that lies close to home for me: Brexit and the role that nationalisms play in the (not so) United Kingdom today.

These nationalisms come in different varieties. On Fintan O'Toole's insightful reading, it was a strong if under-articulated but exclusivist English nationalism that drove the Brexit vote; or at least it was this that was operationalised and revved up to drive it, and which has now resulted in an increasingly (and openly) xenophobic civil society and politics⁷. On the other hand, the Scots, who voted decisively against leaving the EU, are now coming to terms with the prospect of going for national

⁷ See, e.g.: F. O'Toole, 'Brexit is driven by English Nationalism', *The Guardian*, 19 June 2016, https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jun/18/england-eu-referendum-brexit?CMP=share_btn_fb (accessed: 16 January 2024).

independence so that that they might leave one union in order to be able to (re)join another. Having gone through the divorce from hell with Brexit there is an understandable caution about embarking on more large-scale constitutional change, but given the undeniably deleterious consequences of leaving the EU Scottish independence remains for many the only serious pragmatic option to avoid a slow decline. Finally, if Welsh nationalism has had less of an impact, the demographic shifts in the North of Ireland (along with the effects of Brexit there too) strongly suggest that a united nation of Ireland may not now be too distant. Hence, forms of nationalism present in the UK exist along a spectrum, running from exclusivist xenophobia to civic nationalism to 'EU nationalism' (of the kind that would see an independent Scotland becoming a Member State). Nations and nationalisms are thus an indelible component in the UK's constitutional make-up and they remain central to how their future transformations will take place.

Given their malleable quality, however, this situation comes with real problems. The reason for this is that manipulating them typically lies in the hands not in the hands of the *demos* but in those most able to shape and direct the public discourse. The vote for Brexit itself, as well as the increasingly vocal 'little England' mentality are prime examples of this. Yet there can be little doubt that for the people of the United Kingdom a category mistake was made in thinking that independence from the EU was a solution to whatever was wrong within the British state. To the extent that the challenges of the latter were caused by conditions beyond their borders, such as globalisation, these were precisely not problems that newly 'liberated' domestic institutions could solve; they were essentially economic ones whose origins lay beyond the UK's ability to address on their own. In a globalised capitalist economy, in other words, nationalist solutions will not help a relatively small country like the UK. The massive

asymmetry between national jurisdictional authority – the *de jure* sovereign power to legislate on economic matters – and the actual – *de facto* – capacity to make a real difference is stark. To put it rather colourfully but not inaccurately, the little vessel of the nation might have full authority on board but this makes little difference in the choppy seas and squalls of global capital. Even China, whose rhetoric of nationalism is reaching a new intensity, is aware that it cannot be fully immunised against the forces of the global market. If you play the game, you can lose too, since there is no known antidote to the historic patterns of boom and bust of global capital.

This then is the mis-match between nationalist rhetoric and practical possibility in the UK at the moment. There is undoubtedly a range of serious social and economic problems but they simply cannot be addressed by nationalist promises since their provenance lies beyond the reach of the nation, in patterns of international trade and finance, migration, and so on. The questions asked by many – ‘What can be done about levels of inequality, social dislocation, political disenchantment?’ and the like – are undoubtedly correct questions to ask. But the answer is wrong if it is set at the level of the nation. To jump to the nation as remedy, as with Brexit, is to make a mistake; to reach the wrong conclusion from the premises. This is why nationalism is being used to blind as much as it is to enlighten, to provide camouflage rather than to enable progress.

Of course, not all citizens will suffer equally. Those with wealth or access to global corporate power will not necessarily suffer from pulling up the drawbridge from the EU, not least because they know how to play the international markets: offshore trusts, tax havens, golden EU citizenship tickets, and so on. They know that capital has no country and so they do not fall for the rhetoric they and their media amplifiers peddle. In this sense, the rest of the people – pumped up on nationalist rhetoric that

promises sovereignty as the ability to take back control – are led blindfolded onto the little British boat. They get the worst of all possible worlds, which is why they are able to be led to lash out against foreigners and the vulnerable. It is a misalignment, however, that nationalism – drawing on and replenishing its pain – is able to cover over, and it is remarkably powerful in doing so.

On a larger canvass, the dangers of nationalism and racism have not been so present globally as they are now for some time. Added to this situation are the dangers that multiply from the alliances amongst nationalist leaders, amongst those big men who see themselves as simultaneously impenetrably virile and unfathomably vulnerable. This situation is unlikely to be stable for long; or at least, stability might only come when some kind of cathartic violence is attempted.

Is there any antidote to dangers such as those driven by *this* kind of nationalist thought and action? At an international and even social level there are too many variables to prescribe just one. But at an individual and intellectual level, there is a particular style, one that has always appeared to me as a constant in Adam Czarnota's approach to life and work and which he has always encouraged in others. It is an attitude that applies to any kind of conceptual framework or authority, and it lies in the form of critical reflection that holds as infeasible the principle of not letting others do your thinking for you.

This is a high standard to maintain. It is what Adam Ferguson, in *An Essay on the History of Civil Society* (1767), referred to as the 'rights of the mind' and, in its public dimension, the 'vigour and jealousy of a free people'⁸. They go together, however, and they underpin the best sense we can make of the institutions of law and civil liberty:

⁸ A. Ferguson, *An Essay on the History of Civil Society* (London: Cadell, 1767), 279.

If even the safety of the person, and the tenure of property, which may be so well defined in the words of a statute, depend, for their preservation, on the vigour and jealousy of a free people [...] it is still more evident, that what we have called the political freedom, or the right of the individual to act in his station for himself and the public, cannot be made to rest on any other foundation. The estate may be saved, and the person released, by the forms of a civil procedure; but the rights of the mind cannot be sustained by any other force but its own⁹.

This observation seems to me to be correct and it is one that Adam would, I believe, warmly endorse. It is a timely sentiment to reflect on as we see around us the forces of nationalism rising again.

To which only one other thing might be added in closing. Adam and I were once in a bar in Glasgow called Stravaigin. It was an appropriately named place for the pair of us to be, since the name is an old Scottish word meaning 'to wander aimlessly'. It also had some quotes written up on the walls. There was one that I recall Adam being particularly taken by, a line from the poet Robert Burns. It captures something of the spirit of the man celebrated in this collection of essays, and so I offer it as a toast to him again now as I am sure we did then: 'Freedom and whisky gang thegither'. Cheers, Adam.

⁹ Ibidem.

Bartosz Kuźniarz

Populizm i kres społeczeństwa wzrostu

1. Bogin populizmu

„Bogin to widmo, które potrafi przybierać każdą postać, jaką w danym momencie uważa się za najbardziej przerażającą dla otoczenia”¹ – wyjaśnia tonem prymuski Hermiona Granger w trzecim tomie przygód Harrego Pottera. „Nikt nie wie, jak bogin wygląda, kiedy jest sam” – precyzuje prowadzący lekcję nauczyciel. – „W ciemności nie ma żadnej widzialnej postaci (...), ale kiedy wychodzi, natychmiast staje się czymś, czego najbardziej się boimy”².

Nastoletnie lęki uczniów biorących udział w zajęciach z obrony przed czarną magią są oczywiście niewinne: surowy profesor, wielki pająk, zakrwawiona mumia, trup z zieloną twarzą czy, wzorem samej Hermiony (jak domyślają się jej złośliwi przyjaciele), praca domowa, za którą otrzymała dziewięć punktów na dziesięć możliwych. Przed boginami można się bronić na dwa

¹ J. K. Rowling, *Harry Potter i więzień Azkabanu*, tłum. A. Polkowski, Media Rodzina, Poznań 2012, s. 142.

² Ibidem, s. 142–143.

sposoby. Przebywając w większym towarzystwie – bogin nie wie wówczas, w czyj lęk powinien zainwestować, i podczas transformacji zatrzymuje się często w pół drogi – lub wykorzystując zakłęcie *riddikulus*, które w połączeniu z żywą wyobraźnią ma na bogina podobny wpływ jak kolorowa grupa. Lęk lubi bowiem spójne formy. Surowy nauczyciel w babcinej podomce i z zieloną twarzą trupa to już karykatura. Historia kinematografii poucza, że groźny rzymski namiestnik, który zamiast litery „r” wymawia „w” – „So, your father was a Woman?” – może mieć kłopoty z utrzymaniem pełni władczego majestatu.

Populizm, tak jak boginy, żywi się niepokojem. Nie jest rzeczą, lecz widmem: polem sił, które w zależności od okoliczności wypełnia się inną historyczną i społeczną substancją. Nadia Urbinati pisze, że o populizmie można powiedzieć to samo, co Isaiah Berlin napisał swego czasu o romantyzmie: „(...) za każdym razem, kiedy ktoś decyduje się na generalizację [dotyczącą romantyzmu – przyp. B.K.], zawsze znajdzie się ktoś inny, kto dostarczy dowodów na tezę przeciwną”³. Na tej samej zasadzie populistą jest broniący praw gejów filosemita Geert Wilders, flirtujący z antysemityzmem Victor Orban, a także były brazylijski prezydent Jair Bolsonaro, który w wywiadzie dla portugalskiego „Playboya” z czerwca 2011 r. wyznał, że nie byłby w stanie kochać syna będącego gejem: „Nie zamierzam być hipokrytą: wolałbym, aby mój syn zginął w wypadku, niż żeby pokazał się z wąsatym facetem”⁴. Koktajl z lęków będący treścią populistycznej polityki należy zatem przyrządzać z lokalnych składników.

³ I. Berlin, *The Roots of Romanticism*, Princeton University Press, Princeton, NJ 1999, cyt. za: N. Urbinati, *Me the People. How Populism Transforms Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2019.

⁴ Zob. *Brazil's polarizing new president, jair bolsonaro, in his own words*, „The New York Times”, <https://www.nytimes.com/2018/10/28/world/americas/brazil-president-jair-bolsonaro-quotes.html> (dostęp: 31.12.2023); *O que Bolsonaro já disse de fato sobre mulheres, negros e gays*, „El País”,

W przeciwnym razie nikogo się nie przestraszy. Międzynarodówka populistyczna, mimo podejmowanych niekiedy przez partie populistyczne prób wymiany doświadczeń, to oksymoron.

Całkowicie różne przyczyny nie mogłyby jednak na mocy ich wewnętrznej logiki wytwarzać za każdym razem podobnych efektów. Najwyraźniej pole sił sprzyjające rozwojowi populizmu – przyczajony w ciemności polityczny bogin – jest wszędzie mniej więcej takie samo. To mój punkt wyjścia w niniejszym tekście. Sądzę, że populistyczna polityka lęku ma u swych źródeł proces globalizacji rozumianej jako triumf późnego kapitalizmu. Globalny kapitalizm prowokuje zaś przede wszystkim dwa typy negatywnych reakcji: ekonomiczną frustrację oraz kulturowy bądź tożsamościowy niepokój. Oczywiście nie ma mowy o sztywnych granicach między nimi. Frustrację z powodu nierówności ekonomicznych rosnących w krajach globalnej Północy przynajmniej od lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku (reaktywacja procesu, którego długofalową logikę opisuje w *Kapitale w XXI wieku* Thomas Piketty)⁵, łatwo skojarzyć z niepokojem wywołanym obecnością w europejskich miastach rzesz turystów z Dalekiego Wschodu (w skali świata, głównie za sprawą rozwoju gospodarczego Chin, nierówności w ciągu kilkunastu ostatnich lat zmniejszyły się)⁶ lub rzekomą hiperpłodnością muzułmańskich

https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/06/politica/1538859277_033603.html (dostęp: 31.12.2023).

⁵ Zob. T. Piketty, *Kapitał w XXI wieku*, tłum. A. Bilik, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2015.

⁶ Lapidarnie podsumowuje tę sprawę Daniel Cohen. W skali globalnej mamy do czynienia z szybkim wzrostem gospodarczym i spadkiem nierówności. W krajach Pierwszego Świata – dziś nazywanych raczej Globalną Północą – obserwujemy proces odwrotny, a więc spadek tempa wzrostu gospodarczego połączony ze wzrostem nierówności (D. Cohen, *The Infinite Desire for Growth*, tłum. J. M. Todd, Princeton University Press, Princeton 2018, s. 99). To niewątpliwie proces pozytywny. Światowy wzrost gospodarczy stanowi jednak rzeczywisty problem ze względu na

kobiet (francuska „hipoteza” *grand remplacement*, mająca swój dokładny odpowiednik w Indiach, gdzie wielu przedstawicieli 80-procentowej hinduistycznej większości obawia się wyparcia przez ludność islamską)⁷. Sztuka populistycznej polityki, w tym szczególnie charyzma przypisywana populistycznym liderom, polega na sprawnym zarządzaniu widmem indukowanym przez globalny kapitalizm, a dokładniej – na obsadzaniu energii frustracji i niepokoju za pomocą konkretnych obiektów. Arsenal mobilizowanych w tym kontekście kulturowych środków jest właściwie niewyczerpany: teorie spisku, George Soros, islamscy terroryści, ChatGPT, prześladowania katolików, atom, wegańska bezpłodność itp. Ekonomiczna część populistycznego widma jest stabilniejsza. Ma ona, w moim odczuciu, tylko dwa podstawowe pasma: opisywaną wielokrotnie w kontekście populizmu frustrację będącą następstwem nierówności oraz interesujący mnie w tym tekście, „podprogowy” i słabo zdiagnozowany, niepokój wynikający z coraz bardziej ewidentnego kryzysu wzrostu⁸.

ekologię. Pierwszy z brzegu przykład: gdyby konsumpcja osiągnęła w Chinach poziom amerykański, Państwo Środka pochłaniałoby w 2030 r. dwie trzecie światowych zbiorów zboża.

⁷ Zob. P. Bardhan, *A World of Insecurity. Democratic Disenchantment in Rich and Poor Countries*, Harvard University Press, Cambridge 2022, s. 24. Bardhan przekonuje, że przy wyjaśnianiu płodności główną zmienną nie jest religia, lecz wykształcenie kobiety. Wskaźnik dzietności wśród muzułmańskich kobiet w tych rejonach Indii, gdzie mogą one liczyć na wykształcenie podobne do kobiet hinduskich, zbliża się do lokalnej średniej.

⁸ Plan, aby dorzucić własne trzy grosze do wątku ekonomicznych rozważań nad populizmem, pojawił się pod wpływem jednej z moich licznych rozmów z prof. Adamem Czarnotą (posiadającym dość unikalną i źródłowo grecką zdolność transsubstancjacji dobrej cianzy w strawę na wskroś duchową). Frustracja wynikająca z nierówności to temat dobrze rozpoznany. Natomiast jedyne znane mi miejsce, w którym pojęcie populizmu pojawia się w kontekście kryzysu wzrostu, stanowi książka Tima Jacksona *Postwzrost. Życie po kapitalizmie* (cytuując Jacksona, korzystam z przygotowywanego do druku tłumaczenia autorstwa Ewy Bińczyk i Janusza

2. Klątwa Moore'a

Pogląd mówiący o wyczerpaniu się globalnego projektu zwanego wzrostem gospodarczym to wciąż rodzaj społecznej herezji. Przy okazji większości poważnych recesji w dalszym ciągu przerabiamy stary rytuał: najpierw jest rachunek sumienia, poszukiwanie przyczyn oraz winnych kryzysu, potem – żal za grzechy i szczerą spowiedź przed obliczem srogiej parlamentarnej komisji, wreszcie – zbiorowe postanowienie poprawy i obietnica, że już nigdy nie splamimy się wzrostem PKB poniżej 2% rocznie. Jak dowiodła niedawna pandemia COVID-19, ideał wzrostu stał się wszędzie do tego stopnia oczywisty, że coraz rzadziej dostrzegamy niestosowność kalkulacji kładących na jednej szali wzrost PKB, a na drugiej – ludzkie życie. Twierdzenie, że bankructwo firmy zatrudniającej tysiąc osób jest mniejszą tragedią niż przedwczesna śmierć jednego emerytowanego urzędnika to w powszechnej opinii moralny szantaż, łzawy idealizm, a najprawdopodobniej jedno i drugie jednocześnie.

Ekonomiści, wbrew obowiązującej narracji, coraz częściej przekonują jednak, że istnieją długofalowe przyczyny powtarzających się kryzysów wzrostu. Gospodarcze pożary będą powracać. Dlaczego? Podstawowa wada konstrukcyjna systemu – o czym przekonuje m.in. Tim Jackson w *Postwzroście*⁹,

Grygieńcia). Jednak nawet Jackson, mimo kilku przenikliwych uwag, do których jeszcze wrócę, pisze o populizmie wprost wyłącznie w kontekście frustracji wynikającej z rosnących nierówności. Jego zdaniem populizm „w polityce w latach poprzedzających pandemię (...) był symptomem tego samego wypaczonego systemu ekonomicznego, który systematycznie przekazywał kapitalistyczne zyski nielicznym jednostkom, równocześnie zbyt wielu osobom odmawiając poszanowania podstawowych praw i godności. (...) wzrastająca prekarność płac oraz pogarszające się warunki pracy powodowały wzrastające poczucie izolacji i alienacji”.

⁹ T. Jackson, *Postwzrost. Życie po kapitalizmie*, tłum. E. Bińczyk, J. Grygieńć (maszynopis).

odkurzając klasyczne kategorie Marksa – tkwi w kategorii wartości dodatkowej bądź zysku, czyli stanowiącej rdzeń kapitalizmu różnicy między ceną sprzedaży produktu (usługi) a kosztem jego wytworzenia. Bez zysku nie będzie zaangażowania w grę rynkową i nowych inwestycji, a w konsekwencji – wzrostu. Zysk rośnie jednak odwrotnie proporcjonalnie do kosztów produkcji. Z tego powodu w interesie właścicieli kapitału – fabryk, maszyn, ziemi, nieruchomości – leży maksymalne tych kosztów ograniczenie. Pod wieloma względami to oczywiście dobrze. Ich redukcja, tak jak lenistwo, bywa twórcza. Kłopot w tym, że najważniejszym z kosztów produkcji jest ludzka praca, co na dłuższą metę prowadzi do pełzającego konfliktu między najbogatszymi a najbiedniejszymi członkami społeczeństwa.

Uściślijmy. Zbiory „kapitalistów” i żyjącego z pracy „proletariatu” nie są, rzecz jasna, rozłączne. Utrzymująca się z wynagrodzenia za pracę nauczycielka może mieć dodatkowe mieszkanie przynoszące jej co miesiąc niewielkie rentierskie zyski. Jackson słusznie zauważa jednak, że „rozdzielenie między tymi, którzy żyją z wynagrodzenia za pracę, a tymi, których dochody pochodzą z zysku lub renty”, jest ostatecznie dosyć proste, ponieważ sprowadza się do fundamentalnej i w gruncie rzeczy intuicyjnej „różnicy między najbogatszymi i najbiedniejszymi członkami społeczeństwa”. Kapitałiści, a więc najbogatsi, dążą do maksymalizacji zysków, co oznacza m.in. malejące zarobki. Ludzie żyjący z wynagrodzenia za pracę starają się temu za wszelką cenę zapobiec.

Rozgrzane głowy mogłyby ostudzić wzrost wydajności pracy, który nie wynika z redukcji płac. Dopóki ten mechanizm działa, wzrost unosi wszystkie łodzie, a płynące z niego korzyści skapują z grubsza do wszystkich:

Pracownicy mogą zarabiać więcej. Konsumenci mogą cieszyć się tańszymi towarami. Akcjonariusze mogą radować się

większym zyskiem. A firmy stać na inwestowanie w kolejne generacje technologii zwiększających wydajność pracy, co tworzy pewien rodzaj pozytywnego sprzężenia zwrotnego nieprzerwanego doskonalenia i ciągłego wzrostu¹⁰.

Najczęstszą kandydatką na nową awangardę wzrostu jest – cóżby innego? – branża nowych technologii, „ajtisznicy”. Prawo Moore’a, pisze Daniel Cohen, „zajęło ostatnio miejsce Malthusowskiej teorii wzrostu populacji jako jedno z podstawowych praw ekonomii”¹¹. Przypomnijmy: zgodnie z obserwacją Gordona Moore’a z 1965 r. moc obliczeniowa mikroprocesorów podwaja się co 18 miesięcy. Cyfrowy kapitalizm, a więc gospodarka opisywana niekiedy skrótem NBIC – nanotechnologia, biotechnologia, informatyka, kognitywistyka – to nic innego, jak kontynuacja tego procesu za pomocą ekonomicznych środków. Dzięki nieskończonej inwencji naukowców i naukowców oraz cudownym właściwościom krzemowych płytek, które następnie specjaliści od marketingu opakowują w swoje kolorowe papierki, nigdy nie przestaniemy przyspieszać.

Walt Rostow, jeden z pierwszych proroków endogenicznego wzrostu, pisał w 1960 r., że już w trzeciej z sześciu wyróżnionych przez niego faz rozwoju gospodarczego „Procent składany zostaje (...) wbudowany w zwyczaje i struktury instytucjonalne gospodarki”¹². Za sprawą nowych technologii informatycznych wydajność pracy stale rośnie, a krzywa opisująca dynamikę naszego życia przybiera kształt litery „J”.

Tyle że wieczny rozwój to szkodliwa fikcja. Vaclav Smil we wstępie do kilkusetstronicowego studium różnych postaci ziemskiego wzrostu – „od zakażeń bakteryjnych i infekcji

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Cohen, *The Infinite Desire...*, op. cit., s. 69.

¹² W. Rostow, *The Stages of Economic Growth. A Non-Communist Manifesto*, Cambridge University Press, London 1960, s. 7.

wirusowych, przez metabolizm leśny i ludzki, rosnące tempo konwersji energetycznych i megamiasta, po podstawowe procesy globalnej ekonomii¹³ – podkreśla, że niezależnie od ekstatycznych przepowiedni technooptymistów w rodzaju marzącego o nieśmiertelności (i przyjmującego w związku z tym sto tabletek dziennie) googlowskiego futurologa Raya Kurzweila współczesna cywilizacja podlega tym samym ograniczeniom co wszystkie jej poprzedniczki. To podstawowe twierdzenie ekonomii ekologicznej: gospodarka nie jest oderwanym od materii i życia *perpetuum mobile*, lecz „podzbiorem biosfery, tej zarazem względnie cienkiej, jak i niezwykle odpornej bariery zapewniającej możliwość przetrwania żywym organizmom opartym na węglu”¹⁴. Nieskończony wzrost, gospodarczy czy jakikolwiek inny, na skończonej planecie jest z definicji niemożliwy. Książka Smila, zgodnie z przyjętym przez niego założeniem („sądzę, że najlepszy sposób, by zrozumieć wzrost cywilizacyjnych osiągnięć i możliwości, stanowi porównanie ze sobą szerokiego wachlarza tych ich kluczowych parametrów, które można skwantyfikować z akceptowalną dokładnością”)¹⁵ – demonstruje za pomocą serii skrupulatnie udokumentowanych wykresów kolejne obszary, w których wzrost wyczerpuje swoje możliwości.

Po zapoznaniu się ze zgromadzonym przez niego materiałem dowodowym trudno mieć wątpliwości. To nie funkcja wykładnicza, litera „J”, lecz krzywa logistyczna (mająca kształt zbliżony do zapisanej kursywą i rozciągniętej w poziomie litery „S”) z punktem przegięcia w roku X (miejsce, w którym funkcja z wklęsłej staje się wypukłą; u Smila najczęściej chodzi o jakąś datę w drugiej połowie XX w.), a następnie zbliżająca się do swojej asymptoty, opisuje większość kluczowych zmiennych ekonomicznych:

¹³ V. Smil, *Growth. From Microorganisms to Megacities*, MIT Press, Cambridge 2019, s. XIX.

¹⁴ Ibidem, s. XVII.

¹⁵ Ibidem, s. 442

areal światowych pastwisk, pól uprawnych, produkcję elektryczności, wydobycie gazu ziemnego, ropy naftowej, podaż wszystkich form energii, a także, „last but not least”, mierzony PKB wzrost gospodarczy¹⁶. Najwyraźniej w główce od szpilki, mimo wszystko, nie da się upchnąć nieskończonej liczby światów. Fakt, że najczęściej tego nie dostrzegamy, Smil określa mianem „kłątwy Moore’a”¹⁷. Pod wpływem błyskawicznego wzrostu mocy obliczeniowej komputerów – wrażenie cudowności tego procesu potęgują noszone przez nas w kieszeniach superszybkie smartfony – doszliśmy do absurdalnego przekonania o mogącym trwać bez końca wykładniczym wzroście gospodarczym. Lub jeszcze inaczej: wykładniczą część wykresu opisującego dość wąski obszar rzeczywistości, jakim jest moc obliczeniowa komputerów, błędnie uznaliśmy za ogólne prawo dziejów.

3. Apologia i kwadratura wzrostu

Kryzys wzrostu stanowi jedną z głównych przyczyn populizmu.

W obliczu malejących zysków – pisze o historii gospodarczej ostatnich lat Jackson – producenci i akcjonariusze systematycznie zabezpieczali swoje dochody, obniżając wynagrodzenia za pracę. Rządy wspierały ten proces poprzez swobodną politykę monetarną, osłabianie nadzoru regulacyjnego i oszczędności budżetowe. W efekcie wielu zwykłych pracowników poniosło straty. Wraz z pogorszeniem się warunków socjalnych narastało zagrożenie dla stabilności demokracji¹⁸.

¹⁶ Zob. ibidem, s. 303–448.

¹⁷ V. Smil, *Moore's curse*. „North American” 2015, April, https://vac-lavsmil.com/wp-content/uploads/4.MOORE_.pdf, s. 26 (dostęp: 5.02.2024).

¹⁸ Inne „rozwiązanie” stanowi łatwy kredyt. Zob. M. Mazzucato, *Wartość wszystkiego. Wytwarzanie i zawłaszczanie w globalnej gospodarce*,

Nietrudno domyślić się dlaczego: populiści mniej lub bardziej świadomie mobilizują do własnych celów konflikt między górą a dołem społeczeństwa. Lewicowy populizm nazywa rzeczy po imieniu. Po jednej stronie są bogaci, po drugiej – wykluczeni. „We are the 99%”, problemem jest ekonomia (głupcze!). Wariant prawicowy obsadza napięcie klasowe za pomocą rekwizytów kulturowych. Miejsce wykluczonych zajmują tu zdrowi, kochający naród, a więc autentyczni Włosi, Polacy, Finowie czy Niemcy. Po przeciwnej stronie, za uginającym się od ośmiorniczek stołem, siedzi zepsuta przez przywileje, tęczowo-kosmopolityczna elita.

Negatywny wpływ słabnącego wzrostu nie ogranicza się jednak do podsycania frustracji i niepokoju z powodu „prekarności płac oraz pogarszających się warunków pracy”¹⁹. Na dłuższą metę narusza on również psychologiczne fundamenty demokracji. Benjamin Friedman, powołując się na ustalenia ekonomii behawioralnej, pisze w *The Moral Consequences of Economic Growth*, że istnieją dwa zasadnicze „punkty odniesienia, za pomocą których [ludzie – przyp. B.K.] oceniają swój aktualny standard życia”²⁰. Pierwszym są doświadczenia rodzinne, drugim – osiągnięcia sąsiadów. Obie metody szacowania własnego sukcesu mają charakter wymienny: „poczucie, że powodzi nam się dobrze, na podstawie jednego z tych kryteriów, osłabia

tłum. J. Bednarek, Wydawnictwo Ekonomiczne Heterodox, Poznań 2021, s. 158: „Konsekwencją wzrostu nierówności dochodów i majątku było to, że pracownicy, aby podtrzymać standard życia, którym cieszyli się od końca drugiej wojny światowej do lat 80., musieli zaciągać coraz większy dług. W szerszej perspektywie gospodarczej oznaczało to, że gdyby zadłużenie gospodarstw domowych nie rosło, popyt byłby niższy, podobnie jak sprzedaż. Sektor finansowy zapełnił tę lukę, oferując nowe formy kredytu, a generowane w ten sposób odsetki i opłaty umożliwiły ekspansję systemu”.

¹⁹ Jackson, *Postwzrost...*, op. cit.

²⁰ B. M. Friedman, *The Moral Consequences of Economic Growth*, Alfred A. Knopf, New York 2005, s. 91.

potrzebę przejmowania się drugim²¹. Na przykład zwycięstwo w grze społecznej gwarantuje nam poczucie satysfakcji właściwie bez względu na to, czy z biegiem lat zwiększyliśmy swój stan posiadania i czy zaczęliśmy żyć wygodniej. „Co mi tam bieda, skoro Kowalscy mają jeszcze gorzej!”. Pociuszające jest wszakże to, że w analogiczny sposób działają również niektóre autobiograficzne opowieści. „Ludzie, którzy żyją dziś lepiej niż kiedyś, względnie lepiej od tego, jak zapamiętali życie własnych rodziców, z dużym prawdopodobieństwem będą sądzić, że wiedzie im się dobrze²² – pisze Friedman. Możliwość snucia heroiczno-nostalgicznych gawęd o „pierwszym mieszkaniu”, w którym spaliłszy razem z psem i dziećmi na leżącym na podłodze materacu, albo o samochodzie, w którym podczas deszczu przeciekał dach, pozwala nam zdecydowanie mężniej znieść widok zaparkowanego pod naszym domem maserati.

Krótko mówiąc, przekładający się na rosące zarobki wzrost gospodarczy łagodzi obyczaje. Pacyfikuje skłonność do rywalizacji tym skuteczniej, że o cudzym awansie dowiadujemy się zwykle z pewnym opóźnieniem (na tej samej zasadzie subtelne zmiany we własnym wyglądzie zauważamy natychmiast, a w przypadku innych potrzebujemy do tego małej rewolucji).

Nie ulega wątpliwości, że wiele rodzin sądziło, iż jako pierwsze w ich dzielnicy miały odtwarzacz CD, a epokę wcześniej kolorowy telewizor, nie zdając sobie sprawy, jak wielu ludzi wyprzedziło ich pod tym względem. Jeszcze inne rodziny żywiły prawdopodobnie podobne uczucia w związku z przeprowadzką na przedmieścia lub wysłaniem dziecka na studia, dopóki nie zorientowały się, jak często to samo robili już inni²³.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, s. 82.

²³ Ibidem, s. 91.

Co nie zmienia faktu, że pozytywny efekt społeczny wynikający z poprawy własnej sytuacji został we wszystkich tych przypadkach osiągnięty! I jeszcze jeden argument na rzecz wzrostu: inwestowanie w środowisko stwarzające możliwość biograficznych zwycięstw jest potencjalnie korzystne dla wszystkich. Rywalizacja, „keeping up with the Joneses”, to gra o sumie zerowej. Wygrywa się w niej tylko o tyle, o ile ktoś inny traci. Społeczeństwo, w którym wszystkim powodzi się lepiej od innych, jest logiczną niedorzecznością. Dla odmiany społeczeństwo, w którym wszyscy są d z i m y, że mamy lepiej od innych (a jeśli nawet tak nie jest, to ze względu na pamięć o swoich skromnych początkach spektakularne sukcesy sąsiadów nie spędzają nam już snu z powiek), stanowi według Friedmana naturalną konsekwencję długotrwałego wzrostu.

Podobnych społecznych korzyści nie gwarantuje żaden, nawet najwyższy, standard życia. Friedman wyjaśnia:

W warunkach stagnacji ekonomicznej waga przywiązywana przez ludzi do tego, by żyć lepiej od tych, z którymi w naturalny sposób się porównują, rośnie. Fakt, że nie mają wówczas takiej możliwości, a przynajmniej nie istnieje ona w średnim przypadku, dodatkowo potęguje w ich oczach ten problem. Rodząca się frustracja powoduje nietolerancję, małoduszność i opór wobec dawania jednostkom dodatkowych możliwości. Podmywa ona również zaufanie będące warunkiem wstępnym działającej demokracji²⁴.

W społecznej szafie zaczyna budzić się populistyczny bogin. Zastój gospodarczy najdotkliwiej odczuwają bowiem ubożsi. Lepiej sytuowani mają różne formy kapitału, które pozwalają im amortyzować upadki. Na dole tak nie jest. Przedłużająca się

²⁴ Ibidem. s. 92.

stagnacja zmienia społeczeństwo w grę o sumie zerowej, co sprawia, że każdy jej nowy uczestnik – imigrant lub uchodźca – zaczyna być postrzegany jako potencjalny szkodnik. Heroiczne rodzinne opowieści o awansie odchodzą w końcu w niepamięć. Populista to człowiek, który w tej sytuacji rzuca na ziemię płonąca zapalnik²⁵. Najbardziej niepokojące jest wszakże to, że wzrost gospodarczy nie słabnie w ostatnim czasie pod wpływem przyczyn błaahych i krótkoterminowych. Zgodnie z analizą Smila przynajmniej do momentu wynalezienia nowej przełomowej technologii jest na to skazany. Co więcej, ze względu na kolejne przekraczane przez ludzkość granice planetarne, a więc ekologiczne koszty zewnętrzne (*externalities*) wzrostu, wszyscy powinniśmy sobie jego odejścia życzyć! Paul Romer pisze wprawdzie, że

(...) każde pokolenie zauważało granice wzrostu, które wynikają ze skończonych zasobów i jego niepożądanych efektów ubocznych, jeśli nie pojawią się nowe recepty i idee. I każde

²⁵ Część uwodzicielskiej siły populistycznej polityki wynika z nadawania przez nią nazwisk i adresów abstrakcyjnym lub „bezpodmiotowym” procesom społecznym i ekonomicznym. Zygmunt Bauman pisał w *Globalizacji. I co z tego dla ludzi wynika* (tłum. E. Klekot, PIW, Warszawa 2000, s. 14–17) o fenomenie nowych „nieobecnych dziedziców”, którzy czerpią korzyści z lokalnych zasobów i siły roboczej, nie biorąc na siebie właściwie żadnych związanych z nimi obowiązków. Jeszcze w XIX w. fabrykant musiał liczyć się z buntem ze strony pracowników. Teraz, jak pisze Bauman, nie musi się do niczego naginać, ponieważ w razie potrzeby może „zrobić unik” (ibidem, s. 17). Populiści – cynicznie lub szczerze – przenoszą odpowiedzialność za odczuwaną przez wielu ludzi frustrację na znanych przedstawicieli miejscowej, to jest narodowej, elity. Pod względem psychologicznym jest to strategia skuteczna. Tak jak w przypadku mechanizmu wentyla bezpieczeństwa lub kozła ofiarnego ogranicza się ona jednak do emocjonalnej ulgi. Publiczne grillowanie lokalnych celebrytów politycznych przynosi satysfakcję. Globalny problem pozostaje jednak nierozwiązany.

pokolenie nie doceniało potencjału odkrywania nowych recept i idei. Nieustannie umyka nam, jak wiele idei pozostaje do odkrycia. Takie same trudności mamy z potęgowaniem. Możliwości to nie suma, lecz iloczyn²⁶.

W *Mężu idealnym* z 1895 r. Oscar Wilde zapisał słynne zdanie: „To expect the unexpected shows a thoroughly modern intellect”. W międzyczasie, gdy będziemy oczekiwać na nieoczekiwane, czeka nas jednak przypuszczalnie dalszy ciąg późnokapitalistycznej kwadratury wzrostu: z jednej strony, musi on odejść, z drugiej – jego kryzys współtworzy warunki sprzyjające tym, którzy ze społecznych płomieni potrafią uczynić polityczne złoto, a przy okazji źródło całkiem przyzwoitego zarobku.

²⁶ Cyt za: Cohen, *The Infinite Desire for Growth...*, op. cit., s. 71.

Jolanta Sawicka

Odczarowanie polityki

Gdyby wybory mogły coś zmienić, zostałyby zakazane

Emma Goldman

Polityków i pieluchy należy wymieniać jak najczęściej
z tego samego powodu.

Mark Twain

1. Wstęp¹

Międzywydziałowe seminarium filozoficzno-prawne „Twarze sprawiedliwości” stanowi początek tej historii. Podczas tych spotkań, które krążyły wokół filozofii, polityki i prawa, poznałam prof. Adama Czarnotę, już wtedy powszechnie znanego i kojarzonego z badaniami oraz analizami takich kwestii, jak sprawiedliwość okresu przejściowego (*transitional justice*), rozliczenie osób i instytucji odpowiedzialnych za dawny ustrój, formalnie uznany za zakończony w 1989 r., czy pamięć zbiorowa. Te tematy

¹ Artykuł powstał w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki (Pre-ludium 12) nr rej. 0209/2847/17.

bynajmniej nie wyczerpywały szerokiego wachlarza zainteresowań Profesora. W trakcie różnych dyskusji i rozmów szybko można było dostrzec, że równie ważnymi problemami w działalności intelektualnej Jubilata są edukacja prawnicza, populizm oraz polityczność prawa. A to, co szczególnie zwracało uwagę i troskę Profesora, to sposób, w jaki teoretyczne pojęcia działają w praktyce, czyli jak dochodzi do operacjonalizacji idei.

W niniejszym tekście podejmę zagadnienie populizmu i polityki, często poruszane na różnych spotkaniach z prof. Czarnotą. A dokładnie – temat krytyki polityki obecny w populizmie i wpływ tej krytyki na społeczne postrzeganie sfery publicznej (w tym m.in. instytucji prawa czy obywatelskości). Krytyka polityki z pozycji populistycznych przyjmuje postać paradoksalnego zaprzeczenia: negacji polityki przy jednoczesnym jej wykorzystaniu w realizowaniu swoich doraźnych celów. To z kolei prowadzi do fundamentalnego dla życia społecznego pytania o politykę jako taką, o jej rozumienie i funkcję, tym bardziej współcześnie, w warunkach globalnych przemian, rewolucji technologicznej, konfliktów zbrojnych naruszających poczucie bezpieczeństwa, od niedawna również w Europie. O ile zjawiska te same w sobie nie są nowe (rywalizacja mocarstw o hegemonię, wojna, rewolucja przemysłowa), to dotyczą nowych pokoleń i niosą ze sobą nowe skutki. Rewolucja technologiczna, której jesteśmy świadkami i uczestnikami, bardzo mocno determinuje obecną sytuację. Zmienia chociażby ontologiczny status człowieka, jego pracy, wolności, prywatności i partycypacji w procesie decyzyjnym². W związku z tym, schematy i kategorie myślenia

² Człowiek jako dotychczasowy podmiot wobec narzędzi, którymi się posługiwał, sam teraz staje się przedmiotem i zasobem chociażby w kontekście sposobu działania algorytmów, ich wykorzystania i rozwoju nauki. Zob. N. Hatalska, *Wiek paradoksów. Czy technologia nas ocali?*, Znak, Kraków 2021, s. 231–246. Por. H. Graham, *Traktat o przedmiotach*, tłum. M. Rychter, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2013.

do tej pory obowiązujące zdają się zupełnie archaiczne w odniesieniu do nowych wyzwań stawianych przez bieg wydarzeń. Bez wątpienia wyczerpała się narracja liberalnych elit, że prawo i przede wszystkim prawo jest metodą rozwiązywania konfliktów oraz nośnikiem wartości, a polityka z kolei to sfera Hobbesowskiego stanu natury, której należy za wszelką cenę unikać, powierając swoje interesy ekspertom. Wzbudzanie strachu przed sferą polityczną to jedna z metod podtrzymywania tej narracji, do czego jeszcze wróczę.

Kolejne pytanie, które wyznacza strukturę tekstu i na które wskazuje tytuł, to pytanie o możliwość odczarowania polityki i przywrócenia jej obywatelom w postaci sprawczości. Odczarowania ze stereotypowego myślenia, że polityka to domena polityków i ich partykularnych interesów, stereotypowego rozumienia jej formy (liberalna demokracja przedstawicielska) oraz tego, kim są podmioty polityczne (*demos* w swej masie i oświecające go elity) i jaki ostatecznie jest cel sfery politycznej. Porzucenie myślenia potocznego, kreowanego i podsycanego w znacznym stopniu przez kapitalizm i współczesne media na rzecz myślenia refleksyjnego, krytycznego, przekraczającego postrzeganie polityki jako instrumentu władzy to zmiana, która może ochronić społeczeństwo przed rozpadem, w wyniku działań tejże władzy celowo polaryzującej wspólnotę, jak to ma miejsce w Polsce od ponad dekady³.

Teza, którą stawiam, jest taka: niezbędną dziś rzeczą, którą można zrobić w imię rozwoju i ochrony (m.in. przed nadużyciami ze strony reprezentacji władzy) demokracji oraz warunków,

Por. J. Bartlett, *Ludzie przeciw technologii. Jak Internet zabija demokrację (i jak ją możemy ocalić)*, tłum. K. Umiński, Wydawnictwo Sonia Draga, Katowice 2019.

³ Zob. P. Ruzkowski, A. Przestalski, P. Maranowski, *Polaryzacja światopoglądowa społeczeństwa polskiego a klasy i warstwy społeczne*, Wydawnictwo Collegium Civitas Press, Warszawa 2020, s. 5–13, 173–176.

sprzyjających samostanowieniu obywateli i poszerzaniu ich uczestnictwa w procesach decyzyjnych, jest podjęcie próby odczarowania sensu polityki i przywrócenie jej instrumentarium obywatelom. Polityka rozumiana jako aktywność obywatelska, jako wolność „do” i warunek emancypacji (prawo do posiadania praw, jak to określiła Hannah Arendt)⁴ to nadal jedynie teoria. Odnawiając pojęcie polityki w duchu obywatelskim, tworzymy realną okazję wprowadzenia do praktyki możliwości zmiany utartych schematów myślenia o demokracji, naszej przyszłości (tego, kim chcemy być jako społeczeństwo i w jakich warunkach żyć) i nowej umowy społecznej, której podstawą będzie obywatel, a nie władza; nowej umowy, gdzie nie tylko władza ma swoich przedstawicieli, lecz również obywatele posiadają swoją reprezentację.

Wychodzę z dwóch założeń. Po pierwsze, że polityka nie jest hermetyczną sferą parlamentarnych gier, do której dostęp mają tylko zawodowi politycy i eksperci – jest zupełnie odwrotnie. To przestrzeń obywatelskich relacji zarówno w wymiarze horyzontalnym, jak i wertykalnym, a więc również w linii wspólnota-władza; jest to, najogólniej ujmując, przestrzeń współpracy. W praktyce wygląda to inaczej z powodu narracji liberalizmu o indywidualizmie jako apogeum wolności (czytaj wolności „od”), która to stała się narracją dominującą. Podejście to, m.in., utowarowiło relacje międzyludzkie. Komerccjalizacja życia ma swoje wielowymiarowe i długofalowe skutki, w tym również w postrzeganiu polityki⁵. Drugie założenie natomiast jest takie, że polityka wyprzedza demokrację. Innymi słowy, ma wobec niej pierwszeństwo. A to dlatego, że demokracja to efekt działań w ramach polityki; instytucje wtedy będą demokratyczne

⁴ Zob. H. Arendt, *The rights of man. What are they?*, „Modern Review” 1949, t. 3, nr 1, s. 24–37.

⁵ Zob. E. Mishan, *Spór o wzrost gospodarczy*, tłum. Z. Wolińska, PIW, Warszawa 1986.

i wtedy będą spełniały swoją funkcję (ochrona pluralizmu wartości, uwzględnianie interesów różnych grup, bezpieczeństwo, wolność, sprawiedliwość, prawo do prywatności, wytrzymałość w obliczu kryzysu, odporność na różne konflikty itd.), kiedy przede wszystkim politycznie do tego zostaną zobowiązane zgodnie z zawartą ze społeczeństwem umową. Pod względem formalnym instytucje to jedynie biurokratyczna konstrukcja. Od tego, jaką zostaną wypełnione treścią, zależy ustrój, który będą reprezentować i uzasadniać. Ciągłość instytucjonalna, często podkreślana w dyskursie o demokratycznych rządach prawa, tak naprawdę możliwa jest w systemie monarchicznym. W demokracji z kolei wszystko jest zmienne i tymczasowe. Demokracja, jak słusznie zauważył Claude Lefort, to puste miejsce władzy⁶. Pozbawiona trwałych podstaw, w warunkach braku kryteriów pewności, demokracja dzieje się w ustalaniu procedur i dookreślaniu tego, kim jest sam podmiot, biorący w tym procesie udział. Innymi słowy, nie ma czegoś takiego, zdaniem Leforta, jak substancjalny podmiot w postaci ludu czy ucieleśnionej władzy w jakiejś jednej figurze. Te wszystkie ciągłości ulegają erozji, a potencjalność przekształcenia się demokracji w totalitaryzm jest głęboko wpisany w samą jej naturę. Zatem przekroczenie tej cienkiej linii zależy w dużej mierze od obecności obywateli w sferze publicznej, a wraz z nimi – pluralizmu działań i interesów. Trudno odmówić Lefortowi racji w tej kwestii. Polityka powstaje właśnie z tej przygodności wydarzeń inspirujących działanie. Wspólnota demokratyczna jest bytem okolicznościowym, który nabiera kształtu i dynamiki, uczestnicząc w w y d a r z e n i u.

Przyznawanie pierwszeństwa polityce nie jest poglądem powszechnie akceptowanym. Wielu badaczy traktuje ją jako wypadkową czy rezultat ustroju. Przyznawanie jej pierwszeństwa

⁶ Por. C. Lefort, *The question of democracy*, w: *Democracy and Political Theory*, tłum. D. Macey, Polity Press, Minnesota 1989, s. 10–18.

bynajmniej nie ma na celu dewaluowania demokracji jako takiej czy wydawania sądów na temat tego, co jest lepsze, a co gorsze. Warto pamiętać, że demokracja sama w sobie jest jedynym ustrojem stwarzającym warunki dla współdziałania obywateli i uczestniczenia w decyzjach⁷. W kwestii pierwszeństwa polityki wobec demokracji ponadto dochodzi kwestia semantyczna. Współczesna demokracja liberalna nie jest demokracją po prostu, lecz demokracją, która zarówno pod względem historycznym, jak i aksjologicznym stanowi paradoksalne połączenie dwóch różnych porządków. U swych początków demokracja nie była liberalna, a liberalizm nie był demokratyczny w dzisiejszym rozumieniu tego słowa. To jednak dla niniejszego wywodu temat poboczny. Najważniejsze w tym miejscu jest podkreślenie, że demokracja to jedynie forma i to od polityki oraz podejmowanych decyzji zależy, jaka będzie jej treść czy kondycja. Opiswane w niniejszym tekście zjawiska wpisują się w globalny proces pogłębiającej się przepaści między elitami a obywatelami. Jednak główne tło i źródło przykładów stanowi dla celów mojego wywodu Polska.

2. Polityka

Polityka to sfera publiczna i nasza codzienność. Choć dominująca ideologia liberalizmu przekonuje o czym innym, zastępując rzeczywistość właściwymi dla siebie deklaracjami, symbolami i marzeniami, to egzystencjalny wymiar polityki jest jej nieusuwalną cechą. Z drugiej strony, twierdzenie, że wszystko jest polityką, również nie wyjaśnia zbyt wiele. Pośród współczesnych

⁷ Skutki demokracji są bardzo dla rozwoju człowieka i społeczeństwa pożądane: pokój, dobrobyt, wolność, ochrona przed tyranią. Zob. R. Dahl, *O demokracji*, tłum. M. Król, Społeczny Instytut Wydawniczy Znak, Kraków 2002, s. 45–59.

filozofów w tym duchu wypowiada się m.in. Jacques Rancière. Francuski filozof przekonuje, że polityka jest wszystkim i polega na decydowaniu o tym, kto pozostaje widzialny, a kto nie; kto ma prawo i zasoby, by zabierać głos i decydować w sprawach publicznych, a kto jest z tego procesu wykluczony⁸. O ile faktycznie można się zgodzić, że walka o uznanie i widoczność rozgrywa się w granicach sfery politycznej, to rozciąganie jej na wszystkie dziedziny ludzkiej działalności usuwa podział potrzebny do rozstrzygnięcia, co może być rozwiązane za pomocą prawa, a co za pomocą polityki lub zwyczajów danej wspólnoty.

Pojęcie polityki rozumiane jest na różne sposoby⁹. Z tego powodu często ulega ono nadużyciom, co prowadzi do zatrącenia sensu. Brak sensu z kolei oznacza brak powodów do zaangażowania i obywatelską bierność. W sytuacji pojęciowego rozmycia samo zaangażowanie polityczne może oznaczać wiele rzeczy: być bezpośrednim zaangażowaniem w konflikt i przystąpieniem do jakiegoś obozu, a nawet zamknięciem się w tym obozie. Tak się dzieje w warunkach ostrej polaryzacji wewnątrz społeczeństwa, a więc wprowadzenia populistycznego dyskursu opartego na podziale my–oni. Opowiedzenie się po którejś ze stron i bronienie swojego stanowiska za wszelką cenę nie stanowi zaangażowania, lecz postawę polityczną sprowadzoną do deklaracji poparcia lub odrzucenia światopoglądu, a to jest właśnie obraz upadku polityki lub co najmniej jej zbanalizowania.

Wracając do kwestii odczarowania polityki, trzeba zauważyć, że jednym z elementów, który może pomóc w osiągnięciu tego celu, jest przypomnienie różnic pojęciowych. I tak oto,

⁸ Zob. J. Rancière, *Dzielenie postrzegalnego. Estetyka i polityka*, tłum. Jan Sowa, Kraków 2007, s. 69–70.

⁹ Zmienne w czasie i zależne od wielu czynników pojęcie polityki łatwe zarówno w definiowaniu, jak i rozumieniu nie jest. Zob. S. Opara, *Tyrania złudzeń. Studia z filozofii polityki*, Warszawskie Wydawnictwo Literackie Muza, Warszawa 2009, s. 17–32.

definiowanie jej można zacząć od wprowadzenia podziału na politykę formalną i spontaniczną/codzienną. W pierwszej wersji będziemy mieli do czynienia z polityką jako dziedziną zarządzającą życiem państwa i jego obywateli, zestawem mechanizmów, procedur i sieci instytucji, w których granicach realizowane jest sprawowanie władzy nad wspólnotą oraz tej władzy zdobywanie czy utrzymywanie. W tej drugiej natomiast polityka jest już trudniej uchwytana. W pewnym sensie również zawiera w sobie walkę o władzę, chociaż w innym wymiarze niż formalne składanie wniosku czy korzystanie z biernego prawa wyborczego. Ten wymiar polityki dotyczy sprawczości, relacji między obywatelami oraz obywatelami a państwem (władzą).

I ten właśnie rodzaj polityki mnie tutaj głównie interesuje. Będzie również podstawą rozumienia odczarowanego pojęcia polityki, a więc fundującego aktywne uczestnictwo obywateli w procesie decyzyjnym dotyczącym np. polityki klimatycznej, edukacji, planowania przestrzennego, redystrybucji pieniądza publicznego czy nawet wartości, norm, symboli. W obu przypadkach znaczenie ma bliskość polityki do rzeczywistości, chociaż warto podkreślić, że w niniejszym tekście nie jest ona rozumiana w stylu *Realpolitik* jako twarde zakotwiczenie w mierzalności siły, lecz raczej jako nietworzenie faktów alternatywnych, nieopieranie się na myśleniu życzeniowym. Optymizm przecież nie zastąpi nam sprawnie działającego państwa ani obywatelskiej odpowiedzialności. Warto też powtórzyć, że polityka rozumiana jako życie codzienne nie oznacza, iż wszystko jest polityką, lecz że ma ona realny wpływ na to, jak nasze życie codzienne wygląda, czy mamy możliwość rozwijania własnego potencjału; to znaczy, ma siłę kształtowania i zmieniania warunków. Z kolei wychodząc od potocznego rozumienia polityki („walka o władzę”, „zarządzanie masą”), można wyciągnąć wniosek, że jest to ten element rzeczywistości, którego nie sposób zmienić, wyeliminować i, co więcej, działania w jego ramach szkodzą

obywatelom¹⁰. A to dlatego, że władza jest zbyt kusząca, a człowiek ze swej istoty – zbyt egoistyczny i próżny, aby można było ten aspekt usunąć.

Poza tym, postulaty głoszące zbędność polityki to efekt ignorancji lub/i zinfantylizowanej nadziei, ponieważ, i przed tym ostrzegają m.in. Lefort oraz Arendt, zamiast oczyszczonej ze stereotypów polityki uzyskamy raczej formę autorytaryzmu. Zatem efektem nie będzie zakładana przez konserwatywny liberalizm „wolność od”, beztraska i powszechne zaufanie do instytucji, lecz brak możliwości sprzeciwu i emancypacji. A jakiegokolwiek zaangażowanie obywateli w proces decyzyjny stanie się mglistym wspomnieniem o niegdysiejszych przywilejach i możliwościach, z których nie zrobiono na czas pożytku. Innymi słowy, usunięcie polityki nie wprowadzi bezstronności czy neutralności, ale dowolność w decyzjach władzy i bezosobowość biurokracji zarządzającej masą, gdzie wszelka odpowiedzialność rozplynie się w wielopiętrowych betonowych strukturach.

Wieloznaczność i wielowymiarowość polityki budzi różne skojarzenia. W większości nie są one pozytywne. Nawet współczesne doświadczenie, już w ramach demokracji, która przecież jeszcze nie tak dawno w wielu miejscach, w tym w Polsce, była projektem nie do pomyślenia, wskazuje na symboliczne traktowanie obywateli i niesymboliczne traktowanie interesów silniejszych czy bogatszych. „Lud” tak naprawdę nie przekraczał swojego teoretycznego i symbolicznego wymiaru (nadal zresztą tego nie robi); nie materializował się w żadnym bycie. Materializowały się za to interesy tych, którzy ten „lud” wykorzystywali do legitymizacji (swojej) władzy. Z tego też powodu sfera polityki w opinii publicznej postrzegana jest jako sfera patologii, w której dominuje kategoria wulgarnej użyteczności,

¹⁰ Por. H. Arendt, *Polityka jako obietnica*, tłum. W. Madej, M. Godyń, Wydawnictwo Prószyński i S-ka, Warszawa 2007, s. 127.

bezsmyślnej rywalizacji i propagandy (dziś już raczej dezinformacji), gdzie nie ma miejsca na zasady, głębszą refleksję, a już z pewnością – na sprawiedliwość, solidarność, prawdę czy nawet dążenie do niej.

Głównym argumentem w publicznych dyskusjach jest argument ilościowy, z którym trudno polemizować, uzasadniając ważność odchyłeń i wyjątków, ponieważ z „faktami” się nie dyskutuje. Tego typu argumenty są bardzo chwytliwe i zbyt łatwe do reprodukcji, aby z nich zrezygnować w imię jakiejś tam prawdy czy innego punktu widzenia, ponieważ nie wymagają żadnego poważniejszego uzasadnienia. Liczby mówią same za siebie, a że jest to język uniwersalny, to trafia do wszystkich. W ten oto sposób dochodzi do eliminowania pluralizmu i trywializacji polityki oraz, ostatecznie, samej debaty prowadzonej w jej ramach.

Powraca więc pytanie, czy faktycznie należy szukać sposobu na zerwanie z negatywnym myśleniem o polityce; myśleniem opartym na kategoriach walki o władzę. Może to, jak rozumiemy politykę, jest ważne jedynie na poziomie akademickich sporów? W codziennym życiu prawo i ekonomia są wystarczające do zarządzania sferą spraw wspólnych. Jeżeli jednak uznamy, że polityka jest czymś więcej niż tylko wspomnianą walką i metodą zarządzania masą, a więc, że stanowi warunek powstania autentycznej wspólnoty obywatelskiej, w ramach której jednostki mają szansę kształtować przyszłość, dbać o sprawiedliwość i realizować swój potencjał, to rodzi się pytanie, w jaki sposób to osiągnąć. Myślę, że w pewnym stopniu pomocny będzie tutaj powrót do źródeł polityki. Są nimi, z jednej strony, natura ludzka, a więc stały zestaw predyspozycji układających się w potrzebę życia w ramach wspólnoty oraz współdziałanie z innymi, a z drugiej – przypadkowość wydarzeń i przygodność uczestnictwa w procesie podejmowania politycznych decyzji. Tak więc, wspólnota demokratyczna jest bytem okazjonalnym, każdorazowo rekonstruującym się wokół partycypacji w procesie decyzyjnym.

Natomiast przyczyną jej upadku jest próba usunięcia różnicy i konfliktu, wprowadzenie sztucznej jedności/jednomyślności lub w drugą stronę: silne polaryzowanie (współczesna plemienność, populizm) i zredukowanie roli obywatela do figury cyklicznego głosu wyborczego czy też biernego obserwatora sztuczek bazujących na najprostszych instynktach i emocjach, podsycanych nowymi mediami.

Warto tutaj przywołać perspektywę postfundacjonalistyczną, pomocną w odczarowaniu pojęcia polityki dzięki temu, że przedstawia myślenie oczyszczone z idealistycznego pojmowania działania ludzkiego w kategorii dobra i zła, moralizowania i powracających resentymentów. Myślenie o polityce poza dobrem i złem nie oznacza bynajmniej zredukowania polityki do cynizmu, lecz przekierowanie jej na trajektorię realnego, nie zaś magicznego, oceniania możliwości. Perspektywa postfundacjonalistyczna poszerza pole zaangażowania politycznego i przywraca realizm w myśleniu o polityce, wskazując, że oprócz chęci i deklaracji władzy ważne są możliwości obywateli wynikające z wolności zarówno tej „od”, jak i „do”¹¹. Stwierdzenie, że polityka to zajęcie typowe dla gatunku *homo sapiens*, a tymczasowość, w którą każdy jest uwikłany, wyznacza granice możliwości ustaleń i decyzji, ułatwi zrozumienie i uznanie, iż polityka powinna nie tylko pozostać otwarta na działalność obywateli, lecz do niej również zachęcać, w imię wolności i samostanowienia, ponieważ dotychczasowe, zniekształcone jej pojmowanie wynikało z przekonania rządzących o uciążliwej tychże obywateli obecności.

¹¹ Zob. O. Marchart, *Post-foundational Political Thought: Political Difference in Nancy, Lefort, Badiou and Laclau*, Edinburgh University Press, Edinburgh 2007, s. 134–159.

3. Populistyczna krytyka polityki

Pytanie o możliwość odczarowania dotychczasowego rozumienia polityki prowadzi nas również do pytania o przyczyny negowania konfliktowej natury społeczeństwa. Spór o główne elementy życia publicznego buduje dobre i pożądane nawyki demokracji. Przestrzeń publiczna rozumiana jako miejsce sporu uległa jednak skurczeniu ze względu na zjawisko jurydyzacji i ekonomizacji, a ostatnio również algorytmizacji polityki, wzmacniające fenomen postpolityki¹², czyli dominacji w sferze politycznej zawodowych polityków i wszelkiego rodzaju ekspertów. Drastyczna redukcja obywatelskiej obecności i jej znaczenia wspierała jednocześnie rozwój i wzmacnianie się ruchów populistycznych, obsługujących interesy pominiętych w ten sposób obywateli poprzez prostą (pomimo swoich różnych odmian) narrację, opartą na starym podziale: elity (dbające jedynie o siebie) *versus* lud (czekający na sprawiedliwość). Z jednej strony, konfliktowa natura sfery politycznej wymaga obecności i działania tych, którzy ze względu na swoją wiedzę pomogą w przezwyciężaniu sytuacji bez wyjścia, z drugiej zaś – ta rola przypada w dużej mierze właśnie ekspertom. I tak jak wszystko pozostawione bez kontroli, także i ich działalność przysłoniła rolę oraz sprawczość obywatela, a dokładnie – jego podmiotowość. Zamiast być pomocą i wsparciem, ekspert zaczął być decydentem¹³.

Związek wiedzy eksperckiej z polityką prowokuje wiele pytań, z czego dwa główne mogą być następujące. Pytanie pierwsze: czy

¹² Zob. M. Sokołowski, *Postopolityka, postprawda, populizm: Siła czy słabość? Pytania o wartości*, w: M. Sokołowski (red.), *Postopolityka, postprawda, populizm. Definiowanie (nie)oczywistych pojęć*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2023, s. 10–22.

¹³ Zob. R. Hoppe, *Scientific advice and public policy: Expert advisers' and policymakers' discourses on boundary work*, „Poiesis & Praxis”, t. 6, nr 34, s. 235–263.

wiedza ekspercka w politycznej rzeczywistości, zmiennej i nieprzewidywalnej, jest rozwiązaniem, a może bardziej problemem, chociażby dlatego, że propozycje eksperckie nie uwzględniają realnych warunków danej sytuacji? W książce *Światło, które zgasło* Iwan Krastew oraz Stephen Holmes analizują problem polityki imitacji: kopiowania rozwiązań bez uwzględnienia lokalnych ograniczeń i wynikających z tego konsekwencji dla funkcjonowania samej demokracji w postaci bierności i braku inicjatywy¹⁴. Pytanie drugie: czy wiedza taka nie jest wykorzystywana przez polityków do uzasadniania swoich interesów?

Wymienione wyżej zjawiska przekładają się na łączenie polityki z działaniami oderwanymi od społecznego kontekstu. Postrzegana jest jako doraźne manipulowanie interesami, celami, nastrojami za pomocą dezinformacji lub sztucznie wywoływanej mobilizacji wokół jakiejś sprawy, niekoniecznie tej, dzięki której marginalizowane dotychczas grupy mogą uzyskać polityczną widzialność i wyartykułować swoje potrzeby oraz naznaczyć zaniedbania ze strony państwa. To z kolei wzmacnia populizm i tym samym osłabia demokrację oraz ogranicza wolność obywateli. Populizm niszczy obywatelski wymiar polityki poprzez polaryzację. Demonizowanie polityki to kolejna z populistycznych metod uprawiania jej krytyki. Wynika nie tylko z charakterystycznej dla populizmu prymitywności wglądu w problemy, ze skłonności do uproszczeń i krótkoterminowych planów, lecz przede wszystkim z wyznaczonego celu, jakim jest zniechęcenie do polityki i zdobycie władzy¹⁵. Banalizuje i wypacza jej

¹⁴ Por. I. Krastew, S. Holmes, *Światło, które zgasło. Jak Zachód zawiódł swoich wyznawców*, tłum. A. Paszkowska, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2020, s. 15.

¹⁵ Odpowiedzialności za proces kompromitowania polityki nie ponosi wyłącznie populizm. Przed współczesną falą populizmu pierwsze momenty destrukcji sfery politycznej można odnaleźć w postmodernizmie i fascynacji subiektywnością. Jedną z głównych idei postmodernizmu jest to,

znaczenie, przekonuje, że jedynie „elity” mają na politykę realny wpływ, pozbawiając tym samym obywateli wszelkich aspiracji do uczestnictwa w życiu politycznym.

Bohater niniejszej księgi interpretuje populizm jako zwierciadło, w którym możemy przejrzeć naszą sytuację w społeczeństwie; twierdzi, że jest faktycznie głosem frustracji ignorowanej, niedostrzeganej wspólnoty (albo przynajmniej tej części, która nie należy do elity)¹⁶. A więc, że populizm jest tak naprawdę politycznym instrumentem dotychczas wykluczonych grup, wykorzystywanym, aby zyskać dzięki temu swoją widzialność¹⁷. Ten pogląd nie jest odosobniony. Do pewnego stopnia populizm może być postrzegany jako instrument polityczny, a dokładniej – jako odpowiedź na napięcia i nierówności w demokracji liberalnej. Taki pogląd możemy znaleźć u Chantal Mouffe¹⁸ i Ernesta Laclau¹⁹. W podobnym tonie wypowiada się amerykański socjolog Edward Shils, stwierdzając, że podatny grunt dla populizmu stwarza właśnie społeczny resentyment i wynikający

że ze względu na różnice (takie jak płeć, wykształcenie, klasa, perspektywa) fakty mogą być różnie postrzegane. Ten sposób myślenia usunął polityce fundament osadzony w doświadczaniu wspólnego losu. Jednocześnie prawda czy obiektywność zniknęły z horyzontu. W ich miejsce pojawiły się wartości i tożsamości. To z kolei ułatwiło rozgrywanie obywateli na poziomie emocjonalnym i radykalne ich polaryzowanie.

¹⁶ Por. A. Czarnota, *Populistyczny konstytucjonalizm czy nowy konstytucjonalizm?*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2019, t. 11, nr 1, s. 27–42.

¹⁷ W tej perspektywie populizm jest alternatywną formą polityki demokratycznej i będzie nam towarzyszyć tak długo jak demokracja. Por. M. Canovan, *The People*, Polity, Cambridge 2005.

¹⁸ Por. Ch. Mouffe, *Populist are on the rise but this can be a moment for progressives too*, „The Guardian”, 10.09.2018, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/sep/10/populists-rise-progressives-radical-right> (dostęp: 3.03.2024).

¹⁹ Por. E. Laclau, *Rozum populistyczny*, tłum. różni tłumacze, Wydawnictwo Naukowe DSW, Wrocław 2009.

z niego sprzeciw wobec narzuconego porządku, wprowadzonego bez społecznych konsultacji, przez wyalienowane klasy rządzące przekonane o tym, że dysponują władzą i mają wiedzę w zakresie ekonomii, edukacji, kultury, obyczajów oraz ogólnie prawo do decydowania²⁰.

We wspomnianej już książce *Światło, które zgasło* Krastew i Holmes jako przyczynę zwrotu ku populizmowi również wskazują odgórnie narzucane rozwiązania społeczno-polityczno-ekonomiczno-prawne, bezmyślnie kopiowane z tzw. Zachodu, bez uwzględnienia odmiennych warunków, tradycji i ekonomicznego kapitału państw postkomunistycznych²¹. Jednak w rękach populistów i w dłuższej perspektywie instrument ten stwarza więcej zagrożeń oraz niebezpieczeństw niż szans na kanalizowanie społecznego niezadowolenia²².

Populizm jako reakcja na nierówności i zmiany wprowadzane odgórnie nie jest niczym nowym. To, co jest nowe, to fakt, że ten sprzeciw nie ogranicza się jedynie do obwiniania elity za nierówności w społeczeństwie, lecz przybiera formę „marszu przez instytucje”. Dla populistów instytucje w ramach liberalnej demokracji przedstawicielskiej są zbyt oddalone od obywateli, aby móc skutecznie reagować na realne potrzeby. W nowym populizmie jednak nie chodzi o ich odrzucenie czy zanegowanie, lecz o przejście i uzdrowienie, o ich zbliżenie do codzienności zwykłych ludzi. Populizm w tym celu przejmuje symboliczny monopol na reprezentację ludu, eliminując w ten sposób niezbędny dla polityki (i demokracji) pluralizm, a wraz z nim również dialog, spór, kompromis. Krytyka polityki ma ukazać populizm jako prawdziwą antypolityczną troskę o obywateli,

²⁰ Zob. E. Shils, *The Torment of Secrecy: The Background and Consequences of American Security Policies*, Free Press, Glencoe 1956, s. 98–103.

²¹ Zob. S. Holmes, I. Krastew, *Światło, które zgasło*, tłum. A. Paszkowska, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2020.

²² Por. Czarnota, *Populistyczny konstytucjonalizm...*, op. cit.

jednak w praktyce przybiera postać politycznego antypluralizmu. Innymi słowy, dąży do ograniczenia wszelkiego pluralizmu²³. Populizm to publiczna zgoda na przeciętność. Bycie w głównym nurcie niezgody, wyznaczającej podział my–oni, jest uznaniem przeciętności i próbą budowania na jej gruncie wspólnoty oraz prawdziwej elity, która pozostaje blisko ludzi i rozumie ich problemy. Warto zaznaczyć, że populistą, mimo swojego języka troski i egalitaryzmu, nie radzi sobie z ideą bliźniego. Kategoria „oni” jest niezbędną do zbudowania swojej tożsamości i racji bytu. Resentyment staje się tu legitymizacją. Sama narracja populizmu jest przy okazji przejawem głębokiej tęsknoty za porządkiem wertykalnym, na którego szczycie umieszczona zostaje transcendencja (jakkolwiek rozumiana).

Strategia depolityzacji, używana przez liberalizm, również jest skrupulatnie wykorzystywana przez populistów. Na przykład, wskazując na instytucje nie pochodzące z wyboru, jak banki centralne czy sądy konstytucyjne i ich znaczenie dla funkcjonowania demokratycznej wspólnoty, wzmagają oni w społeczeństwie frustrację, bezsilność i niechęć do wszelkiej polityczności. Liberalizm strachu (podstawa strategii depolityzacji), jak pisze Judith Shklar, pozwala obywatelom odetchnąć od przykrych emocji i oddać sprawy w ręce tych, którzy się na tym znają. Według Shklar celem liberalizmu jest zapewnienie bezpieczeństwa egzystencjalnego, ponieważ stanowi ono warunek swobodnego życia; życia wolnego od skomplikowanych relacji w sferze publicznej i ryzyka. W ten sposób polityka, zauważa Shklar, zostaje skojarzona z działaniem, którego celem jest zapobieganie najgorszemu, a nie budowanie czy udoskonalanie, bo to wymagałoby obecności, zaangażowania i solidarności.

²³ Por. J. W. Müller, *Strach i wolność. O inny liberalizm*, tłum. P. Maśłowski, Biblioteka Kultury Liberalnej, Warszawa 2020, s. 70. Müller właśnie antypluralizm (a nie antyelitizm) identyfikuje jako najbardziej niebezpieczną cechę populizmu.

Strach w polityce nie jest wynalazkiem liberalizmu. To od dawna ważny wątek w refleksji o polityce i skuteczne narzędzie do jej uprawiania. Niepewność i możliwość pogrążenia się w chaosie bezprawia włączają racjonalne analizowanie zagrożeń i szans. Jak pouczał Thomas Hobbes, to właśnie strach leży u podstaw umowy społecznej. Nikt nie jest od niego wolny, a dodatkowo bardzo łatwo go w ludziach wzbudzić. Zwłaszcza w sytuacji poczucia bezsilności. Liberalizm, wracając do obserwacji Shklar, wyznaczył sobie zadanie ochrony jednostki przed ryzykiem, okrucieństwem i strachem. Paradoks polega na tym, że w tym wydaniu ochrona nie oznacza bynajmniej emancypacji, wyzwolenia, lecz zamknięcie ludzi w bierności. Nie ma wolności bez ryzyka. A to przecież wolność jest ostatecznym sensem polityki. W efekcie, liberalizm zamiast sprzyjać wolności, sprzyja kontroli. Aby wzmocnić skuteczność liberalizmu, potrzebne było zredukowanie idei polityki do minimum, do metody ograniczania władzy, ale już nie jako metody maksymalizacji przestrzeni dla samostanowienia jednostki i samoorganizacji wspólnoty²⁴.

Przejawiająca się w ten sposób arogancja liberalnych elit jest pożytkowana przez populistów. Jak podkreśla Jan-Werner Müller:

Taka arogancja zawsze jest gratką dla populistów – bo ci mogą stawiać bardzo zasadne pytania: co to za demokracja bez możliwości wyboru lub: co to za demokracja, w której nie pyta się narodu o zdanie? A gdy populiści zaczynają odnosić sukcesy przy urnach, technokraci jeszcze głośniejsze ubolewają nad brakiem rozsądku w narodzie i dążą do przyznania

²⁴ Zob. J. Shklar, *The liberalism of fear*, w: N. L. Rosenblum (red.), *Liberalism and the Moral Life*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1989, s. 21–38.

jeszcze szerszego zakresu decyzji instytucjom i innym aktorom niepochoǳącym z wyboru. To z kolei dodatkowo wzmacnia racje populistów – i tak bez końca²⁵.

Liberalizm ograniczając sferę polityki, przestrzeń niezbędną do podejmowania obywatelskich inicjatyw, nie oznacza jednak całkowitego wyeliminowania konfliktu. Konflikt zostaje sprowadzony do problemu, którego rozwiązanie dostarczają albo ekonomia, albo prawo. W przypadku ekonomizacji demokrację obywatele zastąpiono demokracją konsumentów. W przypadku jurydyzacji spontaniczność solidarności zastąpiono regulacjami²⁶. Jurydyzacja, jak to określił Jürgen Habermas, oznacza „społeczeństwo skolonizowane przez przepisy”²⁷, „prawne normowanie nowych dotychczas nieformalnie regulowanych stanów i faktów społecznych”²⁸. Czemu więc ma służyć ta nadprodukcja prawa i regulacji? Jeżeli celem ma być kontrola każdej dziedziny życia i przewidywalność ludzkich reakcji, to czy nie zostanie to osiągnięte kosztem szacunku dla prawa w ogóle i prawa człowieka do wolności? Jak słusznie zauważa cytowany powyżej Müller: „Dla liberałów (...) istotna nie jest wolność, lecz dyscyplina”²⁹.

Podkreślanie polityczności prawa przez populizm w ramach zjawiska jurydyzacji sfery publicznej także jest sposobem na przejmowanie władzy i niszczenie potrzebnych dla równowagi podziałów. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że mówienie o autonomii prawa wobec polityki nie oznacza, że prawo i polityka nie

²⁵ Müller, *Strach i wolność...*, op. cit., s. 97.

²⁶ Zob. N. Olsen, *The Sovereign Consumer: A New Intellectual History of Neoliberalism*, Palgrave Macmillan, Cham 2019, s. 19–36.

²⁷ Zob. J. Habermas, *Teoria działania komunikacyjnego*, t. 2, tłum. A. M. Kaniowski, PWN, Warszawa 2022, s. 637–642.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Müller, *Strach i wolność...*, op. cit., s. 58.

wchodzą ze sobą w relacje³⁰. Jednak zbyt często klasa prawnicza zapomina, że jej decyzje i działania mają swoje konsekwencje, chętnie i dokładnie wykorzystywane przez populistów.

W Polsce po 2016 r. wydarzenia wokół Trybunału Konstytucyjnego i nominacji sędziowskich są najlepszym przykładem czujności populistycznej, pilnującej, aby nie przepuścić żadnej okazji do politycznego podporządkowania tak ważnej instytucji dla demokracji, jak wymiar sprawiedliwości. Tego typu działanie jest również tym, co charakteryzuje nowy populizm. Według Czarnoty bardziej poważnie potraktował on kwestię prawa i konstytucji; populizm już nie działał pomimo instytucji, ale właśnie z ich użyciem. Celem nie jest ich zniesienie, a podporządkowanie i wykorzystanie. Celem jest konsolidacja władzy, a nie zmiana czy balansowanie konfliktów bądź łagodzenie napięć. Nie jest to już głos oburzonych na wykluczenie i nierówności, lecz próba zmiany konstytucyjnego porządku zgodnie ze swoimi założeniami normatywnymi³¹. Populizm przestał być prostą diagnozą bez możliwości wprowadzenia realnych rozwiązań, a stał się działaniem nastawionym na to, by te zmiany wprowadzić³².

³⁰ Por. K. Otręba, *Odrzucenie „mitu” o apolityczności Trybunału Konstytucyjnego – czy możliwe i czy pożądane?*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 10, s. 78–88.

³¹ Zob. A. Czarnota, *Sources of constitutional populism – Democracy, identity and economic exclusion*, w: M. Krygier, A. Czarnota, W. Sadurski (red.), *Anti-Constitutional Populism*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, s. 495–505.

³² Por. W. Sadurski, *A Pandemic of Populists*, Cambridge University Press, Cambridge 2022, s. 48–82.

4. Nowa umowa społeczna i nowa reprezentacja

Zbyt często przy każdej analizie czy prezentacji koncepcji demokracji bezpośredniej większość uwagi poświęcona zostaje jej brakom lub wadom, a zbyt rzadko – szansom, jakie ona ze sobą niesie. Wynikać to może z prostego powodu, a mianowicie takiego, że ogólnie rozumianej władzy (politykom czy wielkim biznesom) nie zależy na aktywnej obecności obywateli. Nie chcą oddać decyzyjności ani się nią dzielić, ponieważ wśród elit panuje przekonanie, że obywatele nie wiedzą, jak zarządzać sobą i swoim bogactwem, jak zarządzać wielkimi i ważnymi sprawami. Poza tym, elity polityczne (w Polsce, chociaż zapewne nie tylko) często bogacą się na tym pośrednictwie, a dokładnie – na redystrybucji publicznego pieniądza. Przedstawiciele w demokracji niczego bowiem nie produkują, nie pomnażają dobra w społeczeństwie. Mają jednak moc decyzyjną, podczas gdy obywatele nie posiadają innych narzędzi, aby polityków z tych decyzji rozliczać, jak tylko co kilka lat wybory³³.

Codziennosc ufundowana na totalnej tymczasowości i pogłębiających się nierównościach stała się bezdyskusyjną normą warunkującą myślenie, zaangażowanie i działanie. Z kolei państwo w spolaryzowanym społeczeństwie stanowi strukturę, która już nie zabezpiecza i nie gwarantuje wolności, stabilności,

³³ Idea reprezentacji może być rozumiana na dwa sposoby: jako delegacja swoich praw, co utożsamiało reprezentację z reprezentowanymi albo jako powiernictwo, co czyniło reprezentację niezależną od reprezentantów, dysponującą większą swobodą, działającą na korzyść ludu, a nie – zgodnie z jego wolą. Współczesne demokracje liberalne u swych podstaw mają rozumienie reprezentacji jako powierników interesów, a nie woli. Wybierani co kilka lat politycy są niezależni od swoich wyborców. Populizm stanowi reakcję na ten rozdział/rozdźwięk, coraz głębszy ich zdaniem, między sposobem działania przedstawicieli a interesami obywateli. Por. D. Runciman, M. Vieira, *Reprezentacja*, tłum. K. Sosnowska, Sic!, Warszawa 2011.

bezpieczeństwa, czyli warunków do rozwoju potencjału swoich obywateli, tylko staje się zakładnikiem wygrywającej wyborów partii. W XXI w. interesy obywateli, jak ochrona zdrowia czy prywatności, są sprzedawane zewnętrznym korporacjom lub BigTechom w zamian za „innowacje” oraz „inwestycje”, w których to obywatele, trzymeni w niewiedzy, pozostają przedmiotem i zasobem, a nie podmiotem. Kapitalizm przy akompaniamencie liberalizmu „przekonał” ludzi, że mogą żyć bez solidarności i zobowiązań wobec własnej wspólnoty. To również wykorzystał populizm, mając hasłami w stylu „teraz my”. W rezultacie różnych manipulacji i dezinformacji obywatele często głosują przeciwko własnym interesom, trzymając się kurczowo populistycznej polaryzacji (my–oni) jako wyznacznika ich przynależności i tożsamości niczym strzępków pożądanej stabilności. Polaryzacja uniemożliwia określenie podstawowych wspólnych interesów obywateli, takich jak: dostępność i ceny mieszkań, edukacja, komunikacja publiczna, opieka zdrowotna, polityka klimatyczna, bezpieczeństwo³⁴. To z kolei przekształca sferę polityczną w sferę estetyki, w której zarówno politycy, jak i obywatele ślizgają się po powierzchni rizomy³⁵, tej wielowymiarowej struktury, jaką jest życie polityczne.

Wracając do wątku demokracji bezpośredniej, należy zauważyć, że jest faktem, iż w warunkach dużych zbiorowości trudno

³⁴ A może to nie jest efekt działania populistów, tylko faktycznie tacy jesteśmy. Przemysław Sadura i Sławomir Sierakowski stawiają tezę, że siłę i charakter populizmu w Polsce tłumaczy niski poziom zaufania do instytucji w społeczeństwie; że to polityczny cynizm obywateli jest w dużej mierze odpowiedzialny za opłakaną kondycję państwa i instytucji publicznych (zob. P. Sadura, S. Sierakowski, *Społeczeństwo populistów*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2023).

³⁵ Pojęcia tego używam w sensie, jaki nadali mu Gilles Deleuze i Félix Guattari w książce *Mille plateaux*. Rizoma (w polskich tłumaczeniach można również spotkać określenie „kłącza”) to metafora wielości, w którą uwikłane jest życie, język, władza, relacje społeczne, sztuka.

wyobrazić sobie bezpośrednio sprawowanie władzy przez obywateli, jak to miało miejsce w demokracji ateńskiej. Powoływanie przedstawicieli „ludu” jest więc w pewnym stopniu konieczne. Reprezentacja oznacza bycie ponownie obecnym, lecz w wymiarze domyślnym, symbolicznym, zatem niedosłownym. To także oś głównego sporu w polityce, a mianowicie: kto i jak jest reprezentowany. *Demos* jest tym, o co się spieramy, a nie tym, czym jesteśmy. Tak więc demokracja bezpośrednia w znaczeniu działania we własnym imieniu nie leży w zasięgu naszych możliwości i nie jest alternatywą dla demokracji przedstawicielskiej.

Wybór, jaki mają obywatele w tym kontekście, to bycie reprezentowanym i niedziałanie we własnym imieniu w sensie dosłownym albo niebycie reprezentowanym i niedziałanie we własnym imieniu, jak to trafnie ujął Phillips Griffiths w artykule *How can one represent another?*. Nie mamy wyboru między demokracją a anarchią, lecz między demokracją a autorytaryzmem³⁶. Zło populizmu tkwi w tym, że wmawia ludziom możliwość wybrania reprezentacji, która będzie z nim tożsama i będzie podlegać kontroli do tego stopnia, iż w zasadzie ludzie rządzić się będą sami³⁷. Nie będą. I tego typu obiecywanie jest przyczyną fasadowości demokracji oraz jej słabnięcia w obliczu populistycznej mobilizacji. Tożsamość między reprezentowanymi a reprezentacją jest przeciwnie skuteczna. To właśnie dystans i klarowny podział jest tym, co daje obywatelom szansę na rozliczenie rządzących z ich obietnic, działań i efektów³⁸. Pytanie zatem brzmi następująco: w jaki sposób demokrację przedstawicielską uczynić

³⁶ Zob. A. P. Griffith, *How can one person represent another?*, „The Aristotelian Society” 1960, t. 34, s. 187–208.

³⁷ Zob. J. Dunn, *Situating democratic political accountability*, w: A. Przeworski, C. Susan, Stokes, B. Manin (red.), *Democracy, Accountability, and Representation*, Cambridge University Press, Cambridge 1999, s. 329–344.

³⁸ Por. F. Ankersmit, *Aesthetic Politics. Political Philosophy Beyond Fact and Value*, Stanford University Press, Stanford 1996, s. 38.

bardziej obywatelską, a więc taką, w której procesy decyzyjne będą przebiegać w towarzystwie poinformowanego i aktywnego społeczeństwa? Mówiąc inaczej: co sprawia, że jeden rząd jest bardziej reprezentatywny/inkluzyjny niż inny? Podobnie jak w przypadku polityki, tak i w kontekście demokracji przedstawicielskiej potrzebna jest zmiana myślenia i porzucenie przesądów. Demokracja przedstawicielska rozumiana jako system, w którym polityka i decyzje publiczne podlegają osądowi ludu, realnej kontroli i uczestnictwie w procesach, stanowi horyzont wyznaczający tę zmianę myślenia³⁹.

O demokratyczności demokracji nie świadczy to, czy lud ma bezpośredni udział w rządzeniu, tylko – czy polityka i decyzje publiczne faktycznie uwzględniają obecność obywateli oraz ich interesy, czy decyzje są przez tychże obywateli oceniane, opiniowane. Definiowanie kryzysu współczesnej demokracji poprzez to, że ludzie nie mają pełnej kontroli nad przedstawicielami, kreuje niebezpieczną iluzję, iż istnieje dla tego alternatywa, którą, co więcej, można osiągać. Z tej iluzji korzystają populiści, zapewniając, że władza należała i należy do ludu i trzeba tę władzę odebrać tym, którzy zapomnieli, przez kogo i dla kogo zostali powołani. Pomoc w jej odzyskaniu oczywiście oferują również populiści, pod warunkiem, że ją zdobędą. Jednak zrozumienie, że we współczesnych demokracjach obywatele są rządzeni przez innych, którzy wybierani są i zastępowani za pomocą głosów samych obywateli, może pomóc w zwiększeniu uczestnictwa tych ostatnich w decyzjach i wzmocnieniu jakości owych decyzji.

Kontrola instytucji (m.in. takich jak sądownictwo) oraz rozliczanie rządzących z powinności i odpowiedzialności prowadzi nas do tematu nowej umowy społecznej, w której podstawą miałyby być demokracja z obywatelem w centrum procesu

³⁹ Zob. B. Manin, *The Principles of Representative Government*, Cambridge University Press, Cambridge 1997.

decyzyjnego. Jednak aby to było możliwe, należy zastanowić się nad tym, co określilibyśmy w ramach wspólnoty jako podstawowe decyzje polityczne oraz podstawowe i jednocześnie sporne wartości. Realny wkład, udział obywateli nie jest niezbędny w ustalaniu szczegółów, ale w zarysowaniu wizji wspólnej przyszłości, wspólnego celu, przy jednoczesnym zachowaniu różnic, ponieważ homogenizacja społeczeństwa, ujednolicenie nie jest tutaj tym celem. W warunkach obecnej polaryzacji i stereotypów dotyczących polityki nie jest to jednak możliwe.

Analiza poglądów obywateli na temat demokratycznego znaczenia sfery politycznej wskazuje, że oczekują oni przestrzeni dla alternatywnych perspektyw, możliwości krytykowania władzy politycznej oraz dostępu do rzetelnych i wiarygodnych informacji w sprawach będących przedmiotem interesu publicznego⁴⁰. Wyniki tych badań potwierdzają tezę, że obywatelom bardziej zależy na sferze publicznej, gdy mogą skutecznie wpływać na podejmowanie decyzji politycznych⁴¹. Szansą dla demokracji są obywatele zaangażowani w politykę, ponieważ polityka właśnie jest tym, co stwarza warunki i możliwości przeciwdziałania pokusie autorytaryzmu. I to jest to, co powinniśmy rozumieć jako odczarowanie i powrót do polityki: oddanie jej obywatelom i pozwolenie na współdziałanie w ramach ustalonych procedur i reguł.

Jeszcze raz warto podkreślić, że w odczarowaniu polityki i oddaniu jej obywatelom nie chodzi o bezpośredni udział w demokracji, lecz o zyskanie politycznej widzialności, aby nie stanowili

⁴⁰ Zob. *Understandings and Evaluations of Democracy. Topline results from rounds 6 and 10 of the European Social Survey*, ESS Topline Results Series, 2023, nr 13, , <https://www.europeansocialsurvey.org/news/article/understandings-and-evaluations-democracy> (dostęp: 11.11.2023).

⁴¹ Zob. E. Hernández, *Europeans' views of democracy: The core elements of democracy*, w: M. Ferrín, H. Kriesi (red.), *How Europeans View and Evaluate Democracy*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 43–63.

oni symbolicznego wymiaru, tylko byli realnymi beneficjentami demokracji i jej uczestnikami. Poza tym, to obywatele stanowią skuteczne ograniczenie arbitralności władzy, skuteczniejsze nawet niż rządy prawa, które tworzone są przez ten sam element władzy, który mają ograniczać. Poczucie decyzyjności przekłada się na poczucie sensu codziennego życia i odpowiedzialności za swoje działania w kontekście całego społeczeństwa. Chociaż ma to nieco idealistyczny wydźwięk, to nietrudno zauważyć różnicę między jakością życia obywateli w demokracji a w jakimś klasycznie rozumianym reżimie dyktatorskim.

Negatywne skojarzenia związane z polityką to efekt utożsamienia polityki z „polityką dla samej polityki”, uskutecznianą w celu zdobycia czy utrzymania władzy; to, co polityczne, stało się synonimem partykularnej/partyjnej korzyści. Z tym skojarzeniem powinniśmy zerwać na rzecz krytycznego zaangażowania, które tworzy polityczność analityczną, a nie imitacyjną czy też w inny sposób bezmyślną. Należy odczarować politykę z myślenia magicznego. Analizowanie wyobrażeń dotyczących sfery publicznej zdaje się kluczowe dla jej rozwoju pod względem autentycznej inkluzywności, otwartości na nowe i przygotowania na przyjście tego, co dotąd było nieznanne.

Rzeczywistość polityczna to wielość dyskursów i tradycji, mnogość podziałów i nieprawidłowości. To liczne perspektywy, normy, reguły i od tych reguł wyjątki. Cała gama absurdów i paradoksów, w ramach których nie zawsze my i oni to ci sami „my” i ci sami „oni”. W tak rozdygotanym świecie rozgrywa się codzienność zarówno w wymiarze prywatnym, jak i publicznym. A każda próba poskromienia tej sinusoidy przygodności i zastąpienia jej idealnym i trwałym porządkiem, w imię szczelnego i bezpiecznego świata, prowadzi do tragedii, co dobitnie pokazał m.in. wiek XX i już pokazuje XXI. To wszystko jednocześnie wyznacza warunki i granice polityki oraz obywatelskiego zaangażowania. I aby nie dopuścić do repetycji historii w formie

farsy lub innego tragizmu, potrzebny jest powrót do polityczności i obywatelskości. Również, a może nawet przede wszystkim, powrót ten należy uczynić w imię wolności i solidarności. Bez tej oddolnej energii lub co najmniej zainteresowania sprawami wspólnymi prawdopodobnie czeka nas los Ateńczyków, którzy chcąc wygodnego życia, bardziej pragnęli bezpieczeństwa niż wolności, w efekcie tracąc wszystko: bezpieczeństwo, komfort i wolność⁴². Sensem polityki jest wolność. Jeżeli zatem jesteśmy w stanie zrezygnować z wolności, to spokojnie jako obywatele możemy zrezygnować również z polityki.

Jestem wdzięczna absurdom i kaprysom losu, że pozwolił dwóm zupełnie odmiennym pod każdym względem historiom przypadkowo się zbiec i skrzyżować. Poznanie prof. Czarnoty wniosło nowe spojrzenie na to, czym jest wysiłek intelektualny. A dzięki niejednej rozmowie i niejednemu spotkaniu z Profesorem potwierdziły się przy okazji moje intuicje i obserwacje dotyczące bezzasadności uniwersyteckiego feudalizmu oraz jeszcze lepiej mogłam zrozumieć, że myśl żywa i w ruchu potrzebuje przede wszystkim równości i uważności, a nie tytułów i ambon. Dzięki tej znajomości mogłam także spróbować smaku wielu czerwonych win i na nowo, z większą świadomością, wsłuchać się w piękno muzyki.

⁴² E. Hamilton, *Echo of Greece*, W. W. Norton and Company, New York 1964, s. 47-48.

Anna Młynarska-Sobaczewska, Jacek Zaleśny

Zastępczy pryncypał. Społeczne ruchy masowe a rozliczalność publiczna¹

1. Wstęp

Polska nauka prawa konstytucyjnego w znakomitej większości zdaje się ignorować interakcje między prawem a życiem politycznym i społecznym. Wychodząc z założeń o charakterze mitów założycielskich, jak suwerenność narodu, demokratyczne formy przedstawicielstwa i liberalna koncepcja praw człowieka, coraz częściej napotyka jednak na mur rzeczywistości, przed którym stara się nie ustępować. Mimo to przyjmujemy, w ślad za Adamem Czarnotą², że modele i konstrukty prawne podlegają

¹ Artykuł powstał w ramach realizacji projektu „Rozliczalność jako kategoria prawa konstytucyjnego”, finansowanego przez NCN, UMO 2018/29/B/HS5/01771.

² Zob. np. A. Czarnota, *Między polityką a prawem, czyli o sprawiedliwości okresu przejściowego*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Philosophica. Ethica – Aesthetica – Practica” 2015, nr 27; A. Czarnota, M. Krygier, *Po postkomunizmie – następny etap? Rozważania nad rolą i miejscem prawa*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 2; M. Stambulski, A. Czarnota, *Janusowe oblicze konstytucjonalizmu*, „Krytyka Prawa. Niezależne studia nad prawem” 2019, t. 11, nr 1, s. 8–18.

konfrontacji z realiami społecznymi i politycznymi, pokazujemy ich rzeczywistą treść oraz wagę przemian, jakie w społeczeństwie następują. W niniejszym tekście takiej refleksji poddajemy zjawisko, które w ostatnich latach nabrało szczególnego znaczenia – społeczne ruchy masowe.

System władzy publicznej we współczesnych państwach nie wyczerpuje się w klasycznym podziale władzy, a władza publiczna nie jest sprawowana wyłącznie przez podmioty wybierane i kontrolowane w ramach systemu konstytucyjnego. Pomijamy tu organizacje międzynarodowe, takie jak Unia Europejska, choć ich udział w sprawowaniu władzy publicznej jest bardzo ważny. Organizacje takie jednak dysponują mandatem udzielanym przez państwa i pozostają ściśle powiązane ze strukturami władzy w nich obecnymi. Istnieją jednak tacy aktorzy uczestniczący w sprawowaniu władzy, którzy z państwem nie mają nic wspólnego: nie są wybrani przez obywateli i formalnie jej nie sprawują, nie mieszczą się także w organizacji państwa. W prawie międzynarodowym podmioty takie są rozpoznawane od niedawna, nakłada się na nie pewne obowiązki³. Tymczasem na poziomie państw porządek konstytucyjny nadal tkwi w dychotomii między jednostką a państwem: reguluje pozycję i kompetencje podmiotów władzy, ściśle podporządkowując je regułom prawa, inne podmioty zaś traktowane są jako byty umożliwiające realizację praw jednostki, uznawane wręcz za istotę społeczeństwa obywatelskiego, w którym każdy człowiek ma prawo do ekspresji poglądów, aktywności ekonomicznej, stowarzyszania się. W tej sferze jest wolny od ingerencji państwa, a zatem także podmioty,

³ A. Clapham, *Human rights obligations for non-state actors: Where are we now?* w: F. Lafontaine, F. Larocque (red.), *Doing Peace the Rights Way: Essays in International Law and Relations in Honour of Louise Arbour*, Intersentia, Cambridge 2019, s. 11–36, <https://ssrn.com/abstract=2641390> (dostęp: 30.11.2023).

z pomocą których to czyni (zrzeszenia, korporacje, media), są tradycyjnie obdarzone statusem wynikającym z zagwarantowania praw jednostki.

Przyjrzyjmy się pod tym kątem ruchom masowym – niekiedy są to aktorzy potężni; ich moc bierze się z mobilizacji i uczestnictwa ogromnej liczby ludzi, zwykle niezaangażowanych w dotychczasową politykę.

2. Masowe ruchy społeczne a państwo

Masowe ruchy społeczne zazwyczaj opisywane są jako spontaniczne zrzeszenia, hybrydy organizacji i kampanii, pojawiające się nagle w rezultacie rozczarowania dysfunkcją państwa i szybko uzyskujące znaczne poparcie ludzi. Socjologia ruchów jest dość dobrze rozwinięta⁴, choć oparta na fenomenie tych z lat sześćdziesiątych, zakorzeniona w postrzeganiu ich pochodzenia ze słusznego gniewu oraz potencjału do zmiany społecznych postaw⁵. Refleksja socjologiczna zwykle koncentruje się na powstawaniu ruchów masowych i cyklu ich życia⁶. Obserwacje o ich politycznych strategiach, aliansach i partycypacji w życiu

⁴ J. D. McCarthy, M. N. Zald, *Resource mobilization and social movements: A partial theory*, „American Journal of Sociology” 1977, t. 82, nr 6, s. 1212–1241; J. C. Jenkins, *Resource mobilization theory and the study of social movements*, „Annual Review of Sociology” 1983, t. 9, s. 527–553.

⁵ A. Touraine, *An introduction to the study of social movements*, „Social Movements” 1985, nr 4(52), s. 749–787.

⁶ J. Gusfield, *Tradition and modernity: Conflict and congruence*, „Journal of Social Issues” 1968, t. 24, nr 4, s. 1–8; Ch. Tilly, *From Mobilization to Revolution*, University of Michigan, Ann Arbor 1978, s. 70–79, 86–89; T. Skocpol, *States and Social Revolutions: A Comparative Analysis of France, Russia and China*, Cambridge University Press, Cambridge 1979, s. 125–138.

politycznym oraz procesach społecznych⁷ muszą prowadzić do wniosku, że ruchy masowe są inicjatorami zmian społecznych, kulturowych i politycznych – a także konfliktów.

Masowe ruchy społeczne mają wielki wpływ na politykę, mobilizując ludzi, nadając ton dyskursowi publicznemu i konstruując silną tożsamość zbiorową⁸. Są ściśle związane z dążeniem do zmiany społecznej, proponując nowe normy, wartości i wzorce zachowań⁹. Jest to zmiana głęboka, która sięga do nowych kryteriów i odwołań¹⁰. Towarzyszy jej silnie ukształtowana polaryzacja społeczna; przez użycie jednoznacznie wyrażanych postaw, żądań i zarzutów powstaje manichejska wizja świata, a wraz z nią – nie tylko nowy podział społeczny i polityczny, lecz także nowa treść i zakres interesu publicznego¹¹, która definiuje na nowo wyzwania i pożądaną kierunki zmiany społecznej oraz politycznej.

Ten wpływ nie musi być tożsamy z sukcesem ruchu – zresztą miary tego sukcesu są trudne do określenia¹². W kategoriach sukcesu można też postrzegać samo skoncentrowanie i mobilizację wokół pewnych oczekiwań, a zatem – zaangażowanie

⁷ E. Amenta, N. Caren, E. Chiarello, Y. Su, *The political consequences of social movements*, „The Annual Review of Sociology” 2010, t. 36, s. 287–307.

⁸ F. R. Baumgartner, Ch. Mahoney, *Social movements, the rise of new issues, and the public agenda*, w: D. S. Meyer, V. Jenness, H. Ingrampp (red.), *Routing the Opposition: Social Movements, Public Policy, and Democracy*, University of Minnesota Press, Minneapolis 2005, s. 65–86.

⁹ Touraine, *An introduction...*, op. cit., s. 749–787.

¹⁰ A. Melucci, *The symbolic challenge of contemporary movements*, „Social Research” 1985, t. 52, nr 4, s. 789–816.

¹¹ Jenkins, *Resource...*, op. cit., s. 530–531.

¹² Zob. więcej: W. A. Gamson, *The Strategy of Social Protest*, Wadsworth, Belmont, CA 1990; L. A. Banaszak, *Why Movements Succeed or Fail: Opportunity, Culture and the Struggle for Woman Suffrage*, Princeton University Press, Princeton 1996.

i zmuszenie polityków do przyjęcia określonych postaw wobec nich. Wpływ ruchów na życie polityczne i publiczne zdecydowanie wykracza więc poza ich doraźne cele i zgłaszane żądania; często oznacza po prostu zmianę agendy politycznej, zmianę osi, wokół której toczy się debata publiczna (*Black Live Matters* w USA, ruch LGBT w USA i Europie, Czarny Protest w Polsce). Nierzadko powoduje też wymianę elit politycznych, jak w przypadku Chile w 2020 r. Sukces może być odroczony w czasie i trudno dostrzegalny, ma wiele stadiów i oblicz¹³.

Skolonizowanie przez ruchy masowe tożsamości zbiorowej, dobór żądań, promowanych albo napiętnowanych postaw wobec zjawisk społecznych i gospodarczych, żądanie zmian w prawie, koncentrowanie uwagi na pewnych zjawiskach i zdarzeniach – to niezwykle silne instrumenty wpływu, mobilizacji na poziomie państwa i ponadnarodowym, a tym samym – działanie polityczne *par excellence*. Według użytych w literaturze metafor, takie podmioty mogą być „brokerami”, *norm entrepreneurs*¹⁴ albo trzecim wierzchołkiem trójkąta w triadzie, która powinna zastąpić dotychczasową klasyczną dychotomię państwo-jednostka¹⁵.

Zarazem aktorzy ci są całkowicie transcendentni wobec reguł państwa demokratycznego i konstytucyjnego. Formalnie przybierają postać spontanicznych zrzeszeń, nie podlegając żadnym reżimom charakterystycznym dla podmiotów biorących udział w życiu politycznym, jak partie polityczne, stowarzyszenia czy inne organizacje pozarządowe. Jako podmioty działające poza strukturą władzy w państwie i porządku międzynarodowym

¹³ Zob. więcej: D. R. Piccio, *The Impact of social movements on political parties*, w: L. Bosi, M. Giugni, K. Uba (red.), *The Consequences of Social Movements*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 266.

¹⁴ C. R. Sunstein, *Social roles and social norms*, „Columbia Law Review” 1996, t. 96, nr 4, s. 903–968.

¹⁵ J. Balkin, *Free speech is a triangle*, „Columbia Law Review” 2012, t. 118, nr 7, s. 2011–2056.

nie są ograniczane regułami demokracji ani w konsekwencji nie poddają się zaklasyfikowaniu w relacji Agent–Pryncypał. Działają we własnym imieniu, tworząc niejako od podstaw swój byt i pozycję, poza łańcuchami powierzenia, natomiast z łatwością przejmują głos Pryncypała, nadają mu ton i niekiedy wprost przemawiają jego głosem. Sami nie są natomiast za swoje czyny i słowa odpowiedzialni ani gotowi, aby się rozliczyć. Nie ma zresztą nawet miejsca na kogoś, kto mógłby wobec nich sprawować funkcję odbierającego taką relację ze strony sprawowanej władzy w porządku państwa demokratycznego.

Ruchy zmieniają dwie podstawowe zasady demokracji; poprzez ich działanie dochodzi do zmiany reguł i środowiska partycypacji oraz deliberacji¹⁶. To są kluczowe elementy środowiska, w którym dochodzi do powierzenia władzy, uzyskania przez nią legitymacji oraz stworzenia warunków do odebrania raportu ze sprawowanej władzy (rozliczalności). Rozliczalność władz publicznych stanowi tymczasem trzon każdego systemu demokratycznego. Raport o podjętych działaniach bywa udzielany przez Agenta zdawkowo (raport z działań legislacyjnych), niechętnie, z uwzględnieniem uwarunkowań większości politycznej (relacja egzekutywy) albo w sposób mało komunikatywny (rozliczalność sędziów). Ale jednak jest udzielany, choćby w ułomnej postaci, co umożliwia przepływ komunikacji do tych, którzy dokonali powierzenia władzy.

Problem braku rozliczalności nie jest w ich przypadku akcentowany (tak jak m.in. wobec NGOs i grup interesów wokół nich skoncentrowanych)¹⁷. Dynamika przejmowania przez aktorów niepaństwowych wpływu na ludzkie postawy, działania i wybory

¹⁶ D. della Porta, *Democratic models in Europe*, w: C. F. Fominaya, R. Feenstra (red.), *Routledge Handbook of Contemporary European Social Movements*, Routledge, London 2020, s. 75.

¹⁷ O. Cisař, *Social movement diffusion in Eastern Europe*, w: Fominaya, Feenstra (red.), *Routledge ...*, op. cit., s. 240, 243–244.

zbiega się z kryzysem zaufania wobec porządku ekonomicznego i politycznego współczesnych państw¹⁸. Ten deficyt legitymacji instytucji dotychczas uznawanych za konieczne i stałe elementy porządku demoliberalnego, koniec wielkich narracji, by użyć określenia Jeana-François Lyotarda, dotyczy też opowieści o państwie i władzy, o dotychczasowym dogmacie demokracji jako rządów świątłych i wybranych, sferze publicznej, gdzie oświeceni deliberują, a wszyscy partycypują i kontrolują tych, którzy do wykonywania władzy zostali wyznaczeni. Wiele społeczeństw europejskich doświadcza zatem mobilizacji, żądając „większej demokracji” lub „prawdziwej demokracji”¹⁹.

Na uwagę zasługują zwłaszcza – powstałe na gruncie wzburzenia w czasach kryzysu ekonomicznego i działań państw (oraz instytucji traktowanych jako sprzymierzone z państwem liberalnym) – ruchy, które wybuchły w Europie i Ameryce Łacińskiej na początku drugiej dekady XXI w. i z łatwością przekroczyły granice państw. Pojawiają się zwykle w sytuacjach recesji, kryzysu i podejmowanych środków oszczędnościowych. Dobrze znanymi przedstawicielami takich ruchów są: *Indignados*, *Podemos*, *Syriza*, *Gilets Jaunes* (Żółte Kamizelki)²⁰ czy *Estallido Social* w Chile albo ruch islandzki, inicjujący tzw. *Saucepan Revolution*, która w 2014 r. doprowadziła do powstania projektu konstytucji²¹.

¹⁸ P. Mair, *Ruling the Void: the Hollowing of Western Democracy*, London–New York, Verso 2013, passim.

¹⁹ C. Fominaya, R. Feenstra, *Introduction*, w: Fominaya, Feenstra (red.), *Routledge...*, op. cit., s. 1, 9.

²⁰ J. Lobera, *Anti-Austerity movements in Europe* w: Fominaya, Feenstra (red.), *Routledge...*, op. cit., s. 267.

²¹ B. Thorarensen, *Why the making of a crowd-sourced Constitution in Iceland failed by 2014*, <https://www.constitutional-change.com/why-the-making-of-a-crowd-sourced-constitution-in-iceland-failed/> (dostęp: 30.11.2023).

W ostatniej dekadzie ruchy te zawojowały świat, przekraczały swobodnie granice państw zarówno w zakresie celów i żądań, jak i metod działania. Niezwykłe tempo rozpowszechniania się hasła, żądań i manifestacji postaw obserwowane w wielu ruchach, m.in. w postaci migracji krajowych ruchów Arabskiej Wiosny oraz wzajemnego oddziaływania hiszpańskich *Indignados* i *Occupy Wall Street*, jest wielokrotnie już opisywany sposób indukowane przez *social media*²². Nowa struktura publicznej debaty pozwala w czasie rzeczywistym i za darmo rozpowszechniać wszystko to, co ruch chce zakomunikować. A przynajmniej wszystko to, co administratorzy platform i mediów uznają za właściwe do zakomunikowania i zgodne z ich wewnętrznymi regulacjami.

Ruch masowy to aktor zbiorowy, szybko gromadzący rzesze zwolenników²³ i doskonale widoczny. Zarazem jego podmiotowość jest trudna do uchwycenia. Powstaje poza dotychczasowymi strukturami społeczeństwa, jest luźno zorganizowany, a często wręcz odrzuca drogę sformalizowania (*Gilets Jaunes*). Ruchy działają zwykle sieciowo, bez lidera i struktury wewnętrznej, a zatem bez podmiotów, które można byłoby łatwo

²² Dobrym przykładem jest ewolucja ruchu *Indignados* i wpływ na powstanie *Occupy Wall Street* poprzez rozpowszechnianie dokumentów powstałych w Hiszpanii (najbardziej znany: *How to Cook Up a Non-Violent Revolution*) w miejscach marszów, a następnie – za pośrednictwem stron internetowych jako: <https://takethesquare.net/2011/07/15/how-to-cook-a-pacific-revolution/>, Toma la plaza.net (obecnie już niedostępnych) oraz Democracia real Ya!, <https://web.archive.org/web/20110520210745/http://www.democraciarealya.es/> (dostęp: 19.08.2024), J. Lobera, V. Sampedro, *New intermediations of the electoral information flows. Changes in the digital public sphere in election campaigns in Spain (2008–2015)*, „Social Science Information” 2018, t. 57, nr 4, s. 553–572.

²³ Najbardziej wyrazistym tego objawem jest hasło jednego z ruchów: „We are the 99%” (#WeAreThe99%), które odnosiło się do pozycji wobec bogatych, ale jakże trafnie oddawało ideę powszechnego zjednoczenia przeciwko sile i woli mniejszości.

zidentyfikować i wciągnąć do gry lub zdyskredytować. Są amorficzne, pozbawione formalnego członkostwa oraz trybu podejmowania decyzji. To czyni z nich ekstremalnie trudnego przeciwnika albo partnera w dialogu dla organów państwa i tych podmiotów, które mają swoje struktury, władze (wybieralne), reguły i procedury działania, a przede wszystkim są włączone w życie publiczne na jasnych zasadach i w określonych granicach. Podmioty władzy i siły polityczne muszą określić swoją pozycję wobec nowo zgłoszonych postaw, które potrafią zawładnąć publicznym dyskursem i zdeterminować indywidualne wybory ludzi. Odnieść się do nich w sposób odpowiedzialny i rozliczalny – a tego oczekujemy od sił politycznych oraz władz w systemie konstytucyjnym – to karkołomne zadanie.

Ruchy powstają zwykle w proteście przeciwko konkretnym politykom socjalnym (lub ich brakowi). Wykazują słabość państwa i jego agend, a w konsekwencji prowadzić mogą do podważenia funkcji i instytucji państwa w obecnym kształcie, a także – dotychczasowych podziałów politycznych i partii. Nowe żądania oparte na silnym utożsamieniu z ruchem tworzą nowe społeczne i polityczne credo, kształtując nowy standard zachowania politycznego oraz restrukturyzując tkankę społeczną wokół nowych zjawisk i żądań.

Utrata zaufania do tradycyjnych źródeł autorytetu, wzrost zniecierpliwienia procedurami demokratycznymi i biurokratycznymi, ograniczeniami rządów prawa, powodują daleko idącą korozję legitymacji struktur państwa. Takie procesy stanowią także bardzo silną konkurencję dla partii politycznych, które działają w perspektywie długoterminowej, są stałym elementem demokratycznej gry, podczas gdy ruchy powstają spontanicznie, nieskrępowane w formułowaniu roszczeń i oskarżeń. Nie są związane wolą swoich wyborców (bo nikt ich nie wybrał i nikt ich nie odwoła), warunkami koegzystencji z innymi partnerami ani nawet własnym programem, który jest dowolnie

kształtowany. Działają w państwie, nadają agendę i zgłaszają żądania, rozliczają – a same nie są rozliczane ani ograniczone jakimikolwiek regułami. W wielu przypadkach to ruchy masowe w istocie określają agendę publiczną, zmuszają partie oraz instytucje państwa do konkretnych deklaracji lub działań. Dotyczy to polityków sprawujących mandat, ale także pretendentów do władzy. Wszyscy, prędzej czy później, zostaną zapytani o swój stosunek do ich roszczeń i w zależności od odpowiedzi zostaną spozycjonowani przez ruch oraz jego zwolenników. W ten sposób ruchy stają się nowym narzędziem w instrumentarium konstytucyjnym.

3. Państwo wobec ruchów masowych

Odpowiedź ze strony władz publicznych na żądania ruchów masowych jest bardzo trudna merytorycznie. Władze są związane regułami prawa oraz istniejącą strukturą i polityką publiczną, względami fiskalnymi, zobowiązaniami, jakie podjęły wobec obywateli i w stosunkach międzynarodowych. Ponadto, odpowiadają za swoje słowa, a jeśli nawet nie, to mają na uwadze ich konsekwencje. Ruchy masowe są znacznie mniej ograniczone w swoich słowach i czynach. Zmieniają zatem retorykę i język debaty na dogodny dla siebie, konfrontacyjny i nieograniczony żadnymi wskazanymi wcześniej względami. Działają poza systemem, w porządku zbliżonym do rewolucyjnego, a zatem bez więzów prawa, hierarchii, odpowiedzialności prawnej czy politycznej. Ruchy nie potrzebują demokratycznej legitymacji i łańcucha powierzenia. Jediną miarą ich skuteczności jest poparcie społeczne. Nie muszą brać odpowiedzialności, a zresztą – nie mają przed kim jej ponosić.

Zagrożenie dla porządku konstytucyjnego nie jest widoczne w krótkim czasie. Społeczne albo polityczne zmiany – o ile takie

zachodzą wskutek działania ruchów – są często witane z ulgą jako konieczna reforma albo wymiana elit. Ale z pewnego oddalenia widać, że ruchy masowe podważają nie tylko praktykę, lecz i całą logikę państwa konstytucyjnego, kontroli, rozliczalności, reprezentacji oraz rządów prawa. Być może założenia dotyczące istnienia tych ostatnich są iluzoryczne, ale tworzą jednak pewne imaginarium, w którym państwo działa, a obywatele funkcjonują politycznie, społecznie i kulturowo. Fenomen ruchów to coś, czego system konstytucyjny doświadcza – ale logika zjawiska ruchów masowych jest spoza jego reguł i źródeł.

A kiedy zyskują popularność i odnoszą zwycięstwa w swoim wpływie na życie publiczne, ich oczekiwania rosną – w kierunku coraz bardziej holistycznej wizji społeczeństwa i państwa. To jest moment, w którym ruch społeczny może pokusić się o zmianę najpoważniejszą: całkowitą zmianę ustroju. Był to przypadek odnotowany co najmniej dwukrotnie w ostatnich latach. Tak się stało w Islandii w 2010 r. oraz w Chile w latach 2021–2022. Żadna z tych prób się nie powiodła, ale godne uwagi jest to, że zaproponowano tam nie tylko nowy porządek polityczny, ekonomiczny i społeczny, lecz także zupełnie nową drogę pracy nad uchwaleniem nowych konstytucji.

Opisany dystans ruchów masowych wobec reguł demokratycznych i konstytucyjnych, owego „świata dorosłych”, jest wygodny, ale oczekiwania zwolenników ruchu, zgłaszane żądania i ich ewolucja, a często też eskalacja (zwłaszcza w dziedzinie ruchów antyoszczędnościowych [*anti-austerity*]) doprowadzają często do bezpośredniego udziału w życiu politycznym. Ruch staje przed dylematem: czy utrzymać ten dystans, czy też partycypować w życiu politycznym na jego wewnętrznych zasadach.

Historie takich udziałów w instytucjonalnym życiu politycznym wydarzyły się w wielu państwach, ale można poszukiwać pewnych regularności. Za przykład niech posłużą historie dwóch prób zmiany porządku konstytucyjnego, wywołanych kryzysem

gospodarczym. Pierwsza z nich to przypadek islandzkiego ruchu oporu wobec skutków kryzysu bankowego w 2008 r. – *Pots and Pans Revolution*, który próbował dokonać rozliczenia dotychczasowych elit z ich działań. Parlament (Alþingi) pod naciskiem protestu zdecydował, że powstać ma nowa konstytucja, stworzona w bezprecedensowym trybie: głosami zwykłych obywateli²⁴. Zorganizowano Forum Narodowe, w którym postanowienia konstytucji miały zostać wypracowane zgodnie z życzeniami Islandczyków. W wydarzeniu wzięło udział 950 osób, wybranych losowo, z uwzględnieniem reprezentatywności uczestników z całego kraju. Wybrano inne organy: Rada Konstytucyjna (zastąpiła pierwotnie powołane Zgromadzenie Konstytucyjne, którego wybór został uznany za nieważny przez Sąd Najwyższy), bazując na sugestiach i komentarzach Islandczyków, przedstawiła raport o nowym projekcie Parlamentowi. Niemniej efekt jej prac Parlamentu w istocie nie wiązał. Z islandzkiej konstytucji wynika, że może ona zostać zmieniona tylko przez Parlament, a poprawki wymagają zatwierdzenia przez niego dwóch kolejnych kadencji. Rola ciał obywatelskich, powołanych *ad hoc* w 2010 r., nie była w tym kontekście jasno określona, a stosunki między Radą a Parlamentem od początku pozostawały napięte. W końcu Parlament zdecydował o przeprowadzeniu referendum, w którym Islandczycy zdecydowali, czy ma on kontynuować prace nad nową konstytucją, i odpowiedzieli na pięć pytań dotyczących rozwiązań ustrojowych. W maju 2012 r. 2/3 wyborców zadeklarowało, że nowa konstytucja powinna być oparta na projekcie Rady Konstytucyjnej, jednak spotkał się on z silnym oporem środowiska akademickiego i politycznego²⁵.

²⁴ Ustawa 90/2010 z dn. 9 czerwca 2010 r.

²⁵ J. Ólafsson, *The constituent assembly a study in failure*, w: V. Ingimundarson, P. Urfalino, I. Erlingsdóttir (red.), *Iceland's Financial Crisis. The Politics of Blame, Protest, and Reconstruction*, Routledge, London 2016, s. 260, 264.

Komisja Konstytucyjna ostatecznie przedstawiła mocno zmieniony projekt konstytucji, a liderzy parlamentarni zawarli porozumienie o przesunięciu procesu rewizji na kolejną kadencję. Jednak w wyborach do Parlamentu w kwietniu 2013 r. rządząca od lutego 2009 r. koalicja straciła większość; do władzy powróciły partie, które sprawowały władzę w latach 1995–2007. Nowy rząd był przeciwny projektowi konstytucyjnemu. Nawet następny kryzys rządowy w 2016 r. nie spowodował wznowienia prac w tym zakresie. Kolejne wybory pokazały, że paliwo polityczne, jakim były prace konstytucyjne, straciło moc energetyczną²⁶. Kwestia ta nie wydawała się wpływać na zachowania wyborcze w wyborach parlamentarnych. Masowy ruch protestu wobec dotychczasowych reguł i elit, mimo że przekształcił się w siłę zdolną zainicjować proces tworzenia nowego ustroju, ostatecznie ugrzązł i uległ dotychczasowym elitom państwa oraz porządkowi konstytucyjnemu, który właśnie miał zmienić.

Podobnie pod kilkoma względami potoczyły się wypadki parę lat później w Chile. W 2019 r. protesty, bezpośrednio wywołane drastycznym wzrostem kosztów utrzymania, a pośrednio – niezadowoleniem z kontynuacji przez 30 lat skrajnie neoliberalnej polityki i brakiem reform, objęły całe państwo, uzyskując miano *Estallido Social* (dosł.: wybuch społeczny). Te protesty i wykreowany ruch masowy całkowicie zmieniły establishment i zakwestionowały porządek konstytucyjny. W listopadzie 2019 r. protestujący zawarli z rządem porozumienie: „Agreement for Social Peace and the New Constitution” i doprowadzili do powołania Konwencji Konstytucyjnej. W referendum jesienią 2020 r. 78% głosujących opowiedziało się za podjęciem prac konstytucyjnych, a 79% – za uznaniem Konwencji za ciało legitymowane do jej przygotowania. W maju 2021 r. 155 obywateli Chile wybrano do Konwencji,

²⁶ Thorarensen, *Why the making...*, op. cit.

która sporządziła projekt zaprezentowany rok później. Jednak we wrześniu 2022 r. Chilijczycy zdecydowaną większością go odrzucili (62% głosowało przeciw niemu). Politycznie odrzucenie komentowano w ten sposób, że społeczeństwo obawiało się, iż nowa konstytucja skieruje ich kraj na drogę wenezuelską i że projekt nie był reprezentatywny dla licznych obywateli o postawach konserwatywnych. Jednak z naszego punktu widzenia istotne jest to, że ruch, który zdolny był zmobilizować większość elektoratu do tego, by poprzeć pomysł nowej konstytucji, w procesie jej tworzenia poniósł porażkę²⁷.

Te dwie historie, z dwóch całkowicie odmiennych miejsc, o innych tradycjach ustrojowych i politycznych, mogą służyć za przykład ruchu masowego, który dokonał mobilizacji, by stać się siłą konstytuującą. W obu przypadkach powołane zostały nowe ciała, powstałe pod szyldem reprezentatywności, realizując ideę powszechnej partycypacji w tworzeniu ustroju. Początkowy entuzjazm i masowe poparcie dla procesu konstytucyjnego, wyrażone w referendum, dość szybko uległo jednak erozji. Po pierwsze, proces konstytucyjny okazał się dość skomplikowany i opinia publiczna mimo wcześniejszego zainteresowania hasłem nowego ustroju szybko przestała się na procesie tworzenia konstytucji koncentrować. Zapał i zarzewie świadomości konstytucyjnej ugrzęzły w szczegółach, a prace były kontestowane przez dotychczasowy establishment i to zarówno z powodu obaw przed eksperymentowaniem na żywym ciele narodu, jak i z przyczyn proceduralnych. Wreszcie, kiedy prace konstytucyjne przeszły

²⁷ W kolejnym referendum konstytucyjnym, które odbyło się 17 grudnia 2023 r., przypadł kolejny projekt, który w niczym jednak nie przypominał poprzedniego: S. Verdugo *Chile's New Constitutional Proposal: A Balance Between Change and Continuity?*, ConstitutionNet, International IDEA, 30 June 2023, <https://constitutionnet.org/news/chiles-new-constitutional-proposal-balance-between-change-and-continuity> (dostęp: 30.11.2023).

do etapu zatwierdzania, okazało się, że ruch nie jest w stanie sprostać wyzwaniu w sposób satysfakcjonujący już nie tylko prawników i polityków, ale także naród (jak pokazało chilijskie referendum w 2022 r.). Powstanie projektu, czyli pokazanie efektu prac, okazało się dla ruchu głoszącego zmianę początkiem przegranej.

W istocie, dość podobne regularności można odnaleźć w historii ruchów, które wkroczyły do świata instytucjonalnej demokracji, tworząc lub współtworząc partie polityczne; przykłady greckiej Syrizy i hiszpańskiego Podemos są znamienne. Ruchy masowe, o ile podlegają tym samym zasadom co partie polityczne, zwykle ulegają dotychczasowym siłom w dość krótkim czasie. Ich impet i zdolność do tworzenia zbiorowej silnej tożsamości przemijają, ulegają ramom instytucjonalnej demokracji – jakby nie mogły się w niej trwale i z sukcesem odnaleźć. Jeśli porównać je do rewolucji, to przecież każda kiedyś się kończy – i to niekoniecznie przejęciem władzy.

4. Zakończenie

Jak to się dzieje, że ruchy masowe tracą zdolność skutecznego działania właśnie wtedy, gdy już uzyskają tę możliwość? Ich kariery w świecie instytucjonalnej demokracji, kiedy przyjmują jej reguły, pokazuje doskonale napięcie między obywatelami a polityką. Ruchy, o ile chcą być wierne swoim początkom i wyznawcom, muszą być jednoznaczne i kategoryczne. To oznacza brak umiejętności gry politycznej i zdolności do kompromisu. Tu pouczający jest przykład Syrizy, która umiała protestować, ale nie umiała negocjować. Podobnie w przypadku islandzkiego protestu masowego i zrodzonej z niego konstytuandy, jej członkowie nie mieli zdolności debatowania z parlamentarzystami. Oni nie byli polityczni z natury.

Przykłady Syrizeny i Podemos wskazują, że ruchy często ulegają zdyskredytowaniu przez graczy politycznych o większym doświadczeniu i przewadze instytucjonalnej. Pozycja, struktura i charakter ruchu masowego protestu nie są przystosowane do cyklicznej walki o głosy. Ruchy mogą przekształcić się w partie lub partie skolonizować – ale takie przekształcenie zmienia obie strony. Z fazy wyrażania roszczeń, głoszenia żądań i haseł ruch musi przejść do fazy udziału w parlamentarnej grze, musi stać się bardziej wertykalny i zamknięty w swej strukturze.

Jeśli spojrzeć na te procesy z perspektywy rozliczalności, to włączenie ruchów masowych w świat instytucji demokratycznych pozbawia je podstawowego atrybutu – bycia poza światem polityki, ponad instytucjami. Włączenie w system konstytucyjny oraz weryfikacja efektu w ramach wyborów powszechnych lub referendum pokazały, że impet ruchu nie wystarcza na długo, a retoryka, jakiej używa, nie jest wystarczająco przekonująca. To bardzo ważny moment, bo można uznać, że ruchy masowe zaczynają być Agentem, a przestają być Pryncypałem. Stając się normalnym aktorem na scenie demokratycznej, muszą wykazać się zdolnością prowadzenia zwycięsko konfliktu politycznego, doprowadzenia swoich celów i żądań do realizacji. Udział w instytucjonalnej polityce eksponuje ruch masowy na ryzyko przegranej z lepiej przystosowanymi do tej gry aktorami, a poza tym, co najboleśniej, wystawia go na ocenę tego, kogo do tej pory utożsamiał.

Lidia M. Rodak

Społeczne śnienie, reguły subnieformalne i teoria prawa Adama Podgóreckiego

1. Wstęp

Adam Podgórecki¹ przedstawia system prawa jako złożony z reguł formalnych i nieformalnych, wskazując, że do efektywnego funkcjonowania potrzebna jest ich „odpowiednia relacja”². Analiza realizacji praw kobiet z poziomu reguł formalnych i nieformalnych przynosi konkluzję o dominacji tych drugich nad pierwszymi w postaci ich zależności od patriarchalnego kontekstu nieformalnego³. Pogłębiona analiza wskazuje, że reguły formalne wyrównujące status kobiet i mężczyzn są zbyt słabe,

¹ Bohater niniejszej książki, prof. Adam Czarnota, wykładał socjologię prawa z równą pasją w salach wykładowych i na spotkaniach towarzyskich. Opowieściom o Podgóreckim i jego teorii prawa zawdzięczam dziś prowadzenie badań w nurcie socjologii prawa.

² A. Podgórecki, *A Sociological Theory of Law*, Giuffrè, Milano 1991; A. Podgórecki, *Intuitive law versus folk law*, w: A. Allot, G. R. Woodman (red.), *People’s Law and State Law*, De Gruyter Mouton, Berlin 2011, s. 71–75.

³ L. Rodak, *Gender justice in Polish courts: Informally embedded formality*, „Studi Sulla Questione Criminale” 2019, nr 3, s. 45–66.

aby mogły przenieść efekt⁴. Dodatkowo, związany z kontekstem organizacyjnym osób stosujących prawo złożony poziom reguł nieformalnych, takich jak np. formalizm sędziowski czy niska skłonność do stosowania prawa europejskiego, wzmacnia dominację reguł nieformalnych o patriarchalnym charakterze⁵. Feministyczna jurisprudencja z kolei wskazuje wprost na męski charakter prawa jako tworzonego przez mężczyzn i dla mężczyzn⁶, a feminizm kulturowy – na nieobecność kobiet w tworzeniu kultury, wyrażoną w słynnej tezie Julii Kristevy o niemożliwości zdefiniowania kobiety, która dopiero musi stworzyć własny język, by w nim się wyrazić⁷.

Biorąc pod uwagę powyższe spostrzeżenia, proponuję w celu odwołania się do wypartych z kultury aspektów i wzorców kobiecości spojrzeć na problem w szerszym kontekście, mianowicie z poziomu nieświadomości zbiorowej. W niniejszym tekście przedstawię wybrany fragment badania grupy kolektywnego śnienia przedstawiający figury kobiet pojawiających się jako postaci archetypowe. Znajdujące się w snach obrazy, które rozsądek poprzednio odrzucił, przetworzone w matrycy społecznego śnienia, dają szansę ich przyłączania do świadomości zbiorowej.

W dalszej kolejności opierając się – w nawiązaniu do konceptualizacji Carla Gustawa Junga – na relacji między

⁴ Przepisy gwarantujące lub wprowadzające równość kobiet i mężczyzn w polskim prawie to głównie reguły typu dryft lub przepisy oparte na warstwowaniu, które mają słabą siłę oddziaływania. Zob. więcej: Rodak, *Gender justice...*, op. cit.

⁵ Ibidem, s. 45–66.

⁶ C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge 1990, s. 205.

⁷ J. Kristeva, *Women can never be defined*, tłum. M. August, w: E. Marks, I. de Courtivron (red.), *New French Feminism*, Harvester, Brighton 1981 s. 137.

nieświadomością zbiorową i indywidualną, proponuję włączenie trzeciego typu reguł, mianowicie reguł subnieformalnych. Pochodzą one z kolektywnej nieświadomości i uzupełniają działanie prawa złożonego z reguł formalnych i nieformalnych. Taką propozycję traktuję jako próbę osadzenia empirycznej wizji systemu prawa Podgóreckiego w porządku metafizycznym.

2. Badanie w grupie kolektywnego śnienia

Głównym celem projektu było dostarczenie empirycznego wglądu w świat śnienia, po to, żeby zrekonstruować imaginarium grupy śniących w społecznej matrycy śnienia, czyli aby zobaczyć, jakie „sny-obrazy” czy „sny-historie” wytwarzane są przez interakcję grupową.

Teoretycznie projekt został osadzony w koncepcji społecznego śnienia w matrycy śnienia według Gordona Lawrence’a⁸ oraz w koncepcji nieświadomości zbiorowej Carla Junga. Matryca śnienia jest rozumiana przez Lawrence’a na dwa sposoby: (1) jako proces – tj. system lub sieć emocji bądź myśli, obecny w każdej relacji społecznej, ale w większości przypadków jest ona pomijana i nieświadomiana; matryca odzwierciedla więc nieświadome lub nieskończone procesy w życiu na jawie; (2) jako forma – tj. grupa ludzi dzielących się swoimi snami i konstruujących nowe zbiorowe znaczenia⁹. Tak więc matryca społecznego śnienia według Lawrence’a to narzędzie przekształcania i rozwijania znaczenia snów poprzez interakcję między członkami społeczności.

W realizowanym projekcie matrycą śnienia (za Lawrence’em) była zbierająca się na kilkugodzinne spotkania grupa śniących,

⁸ G. Lawrence, *Social dreaming as sustained thinking*, „Human Relations” 2003, t. 56, nr 5, s. 609–624.

⁹ Ibidem.

których sny otwierano¹⁰ według ściśle określonej metody. W kolektywną przestrzeń wprowadzany był sen uczestnika, a jego znaczenie konstruowano w wyniku interakcji grupowych, np. poprzez wypowiedane skojarzenia, symbole itp. W tym rozumieniu celem interakcji było wspólne grupowe wytwarzanie znaczenia obrazów wywodzących się ze snów i przez to – dążenie do rozwijania relacji z tym, co nieświadome, na poziomie kolektywnym.

Wydobywanie znaczeń obrazów sennych przez przekształcanie obrazów indywidualnych w kolektywne przy pomocy grupy ma wymiar wyciągania na powierzchnię stłumionych w nieświadomości aspektów kulturowych. Przez transformowanie snów możliwe jest przejście od wymiaru nieświadomości zbiorowej, czyli tego, co nieznanne, do rzeczywistości symbolicznej, pełniejszej świadomości. Sny i ich transformacje w „sny-obrazy” czy „sny-historie” w matrycy społecznego śnienia stają się zbiorową historią i uznawane są za zjawisko kulturowe¹¹ z potencjałem zmiany społeczności, podobnie jak mity¹².

Badanie pilotażowe odbyło się w 2022 r. i trwało cztery miesiące. Wzięło w nim udział dziewięć osób spotykających się na sześciogodzinne spotkania raz w miesiącu, podczas których grupa „otwierała” zwykle dwa sny. Łącznie zostało wniesionych do grupy 16 snów. Spotkania nagrywano w formie audio. Grupa prowadzona była w postaci „kręgu”¹³ i opierała się na

¹⁰ Termin „otwieranie snu” sugeruje, że podjęta próba opowiedzenia go słowami stanowi już wprowadzenie go w logikę języka, w którym jest opowiadany, tak aby był zrozumiany. Jak wskazują badania nad językiem prowadzone przez E. Sapira i B. L. Whorfa, struktura języka snów jest subiektywna i irracjonalna. Zob.: O. Vedfelt, *Wymiary snów, Istota, funkcje i znaczenie marzeń sennych*, tłum. P. Billig, Eneteia, Wydawnictwo Psychologii i Kultury, Warszawa 1988.

¹¹ Ibidem.

¹² J. Campbell, B. Moyers, *The Power of Myth*, Anchor, New York 1991.

¹³ Krąg działa na bazie kontraktu grupowego ustalonego wspólnie na pierwszym spotkaniu, który zawiera co najmniej zasady: poufności,

założeniach o równości wszystkich uczestników, włączając prowadzących, którzy również wkładali w nią swoje sny. Główną metodą przeprowadzonego badania była obserwacja uczestnicząca z autorefleksyjnością w postaci notatek terenowych omawianych na spotkaniach grupy badawczej.

a. Metoda pracy

Praca ze snem w grupie marzeń sennych składa się z następujących po sobie etapów. Pierwsza jest faza autorefleksyjna, w której następuje przygotowanie snu przed spotkaniem przez opisanie go w formie krótkiej notatki lub namalowanie szkicu bądź obrazka. Praca indywidualna, będąca osobistym kontaktem ze snem otwierającym na subiektywną refleksję, o czym on jest dla danej osoby, pozostaje do jej wiadomości. Żaden sen nie jest traktowany jako źródło informacji o nieuświadomionych aspektach indywidualnych osób biorących udział w projekcie.

Kolejny etap to kolektywne otwieranie snu na spotkaniu grupy. Opiera się ono na kilku zasadach. Sen opowiadany jest w czasie terażniejszym – ma to pomóc w wiernym odwzorowaniu obrazu oraz uniknięciu interpretowania. Osoba śniąca opowiada sen lub odczytuje jego opis, posiłkując się dziennikiem snów, bądź pokazuje grupie namalowany obraz, nadając swojej opowieści narrację pierwszoosobową. W tym czasie uczestnicy wyobrażają sobie przedstawiany im sen.

Na następnym etapie grupa, otwierając sen osoby śniącej, dopytuje o szczegóły, by zweryfikować „rzeczywistość snu”

prywatności, szacunku, braku oceniania, wolności/dobrowolności, mówienia „stop” na każdym etapie uczestnictwa w procesie. Ponadto obowiązuje zasada brania odpowiedzialności za swoje uczucia oraz (dobrowolne) komunikowanie dyskomfortu w sytuacji nieradzenia sobie z emocjami (by uzyskać ewentualne wsparcie).

i zreaktualizować go w swojej wyobraźni. Dopytywanie opiera się na zasadzie prymatu odczuć nad zrozumieniem, przy czym dozwolone są również pytania o zapachy i smaki (choć „wzrok” w snach jest naszym dominującym zmysłem).

Potem następuje amplifikacja symboliczna/proces asocjacyjny, czyli wytwarzanie obrazu i n n e g o od obrazu osoby śniącej, poprzez skojarzenia, odniesienia do symboli, ale też do indywidualnych doświadczeń, odczuć i innych snów wiążących się z tym otwieranym. Uczestnicy posługują się frazami: „gdybym to ja śnił(a), tobym się czuł(a)...” lub „jako drugorzędna/-y śniąca/-y...”. Na tym etapie zalecane jest podchodzenie do snu od strony świadomości do nieświadomości (nie odwrotnie), co pozwala, by sen „sam się interpretował” – jak mówił Jung. Ważne jest też to, aby pozostawać w otwartości na sny oraz być uważnym na to, co one niosą, a nie na koncepcje, które mamy w głowie. Główny fokus na tym etapie to wytworzenie kolektywnego znaczenia snu na podstawie wspólnych symboli, archetypów znaczenia pochodzących z innych kultur itd.

Ostatnim etapem jest indywidualna obserwacja procesu śnienia po spotkaniu kręgu – to czas obserwowania, jak tworzenie wspólnej opowieści sennej wpływa na indywidualne imaginarium czy indywidualny proces śnienia. Refleksje z tego etapu mogą być opowiadane podczas spotkań grupy w czasie na tzw. rundkę początkową i końcową.

b. Sny¹⁴

Poniżej przedstawione zostały dwa przykłady snów w wersji zaktualizowanej pytaniami grupy w celu zweryfikowania

¹⁴ Zapis snów zachowuje oryginalny sposób wypowiedzi osoby opowiadającej.

rzeczywistości sennej. W obu snach pojawia się drugoplanowa postać babci, która została wskazana jako postać archetypowej staruchy dającej wskazówkę postępowania. W sytuacji rozpadu świata (wojna – sen nr 1; katastrofa klimatyczna – sen nr 2), kiedy nie możemy podążać za regułami formalnymi, a nawet nieformalnymi – mamy odniesienie do archetypu staruchy, której mądrość zbudowana jest na życiowych doświadczeniach.

Sen nr 1

„Jestem w moim mieście, idę przez główne ulice i widzę, że idzie wojsko, równym krokiem w kolumnie. Byli ubrani w mundury moro. Idę z przyjaciółmi (para) i pytam, co się dzieje. Ktoś z wojska opowiada, że idzie wojna, trzeba się chować. Słychać bomby, jakiś ostrzał. Panuje duże poruszenie. Słychać było marsz, rozmowy ludzi. I odczuwalny był szok: wojna idzie. Zapamiętałam bardzo mocno, że wojna nie jest, ale idzie. Potem przeszłam do etapu, w którym chowałam się pod pociągiem. Znałam to miejsce, bo jeździłam wtedy z przyjaciółmi do biblioteki na warsztaty. Na moście był pociąg i ukryłam się pod nim, ale on odjechał. Gdy uciekałam spod pociągu, nie wiedziałam, gdzie jestem. Biegłam dalej i szukałam schronienia. Jak chciałam wejść do budynku, ludzie zamykali przede mną drzwi. Babcia pokazała mi, gdzie mam się ukryć. Była w budynku, w który już uderzyła bomba. Stała na schodach i wskazywała miejsce, gdzie mam się ukryć, palcem. Poczułam strach o babcię, rozpacz za babcią. Drzwi zamknęły się za mną. Babcia mówiła bardzo powoli i spokojnie wskazywała, gdzie mam się ukryć. Zapytałam, co z nią. Odpowiedziała, żebym się o nią nie martwiła. Było południe, było dosyć pochmurnie, przełom wiosny i lata. Drzewa były zielone, rozkwitające. Mam wtedy 14–15 lat. Moja babcia ma we śnie tyle lat, ile naprawdę, pięćdziesiąt kilka”.

Grupowe otwieranie snu: wielogłosowa historia o rozpadzie świata

Sen otwierany przez grupę przywołał w pierwszej kolejności (A)¹⁵ sytuację wojny w Ukrainie i to odczytanie wskazało na sytuację cywili, którzy pozostawieni sami, mają się sobą zaopiekować. Czas początku wojny to czas rozpadu stanu normalności i sytuacji bezpieczeństwa, w którym instytucje przestają działać, „pociągi odjeżdżają”, „ludzie zamykają przed bohaterką drzwi”. W obliczu tego musi na własną rękę poszukiwać schronienia. Kontynuując ten tok myślenia, osoba (B) dodała:

W tej historii mamy kierunek szukania schronienia, najpierw na zewnątrz (pod pociągiem i u innych ludzi), który nie przynosi rezultatów, a potem kierunek bardziej wewnętrzny, wskazany przez babcię. Trzeba wziąć pod uwagę, że tym pociągiem można by było odjechać... Ja, jako śniąca ten sen, to mogłabym tylko iść za wskazówkami rodziny i się schować w domu.

Na co (C) dodała:

Dla mnie to mocne doświadczenie starszego pokolenia. Babcia jest wyżej, w miejscu, w którym ma już doświadczenie, bo jest zburzone. „Zobacz, moje życie się po części zawaliło, a ty idź do tego całego budynku”. Tutaj wojna doświadczyła, a tam nie. To, że ta babcia jest na gruzach i na schodach, daje mi poczucie, że patrzy z góry, ma wiedzę. W babci nie było widać strachu, tylko spokój. Ja mam wrażenie babci jako istoty anielskiej, która może się rozpląnąć. Może babcia jest głosem intuicji, może trzeba poszukać

¹⁵ (A), (B), (C), (D) – wypowiedzi poszczególnych uczestniczek/uczestników budujące opowiadany sen.

w swoim wnętrzu bezpiecznego miejsca. To jest najbardziej rozsądny głos w tym śnie – ludzie znikają, wojsko nic nie robi, a babcia jest głosem rozsądku. Mam poczucie, że moja rodzina nigdy mnie nie zawiedzie, gdy będę jej potrzebować.

Osoba (D) podkreśliła:

Jeśli potraktujemy babcię jako symbol... Czym jest intuicja? To wewnętrzny głos mówiący, jak się zachować. To jest jasny przekaz, żeby w tych czasach, które przypominają wojnę wszystkich ze wszystkimi, (...) słuchać mądrości wewnętrznego głosu. Jest nieobecny w naszych czasach. Jedyną mądrość w tym świecie możemy znaleźć u starszych.

Sen nr 2

„Śpimy z mężem w naszym łóżku i budzi nas telefon – już wtedy przeczuwam, że będzie to coś trudnego. Moja teściowa się zakrztusiła, ale nie dało się określić, czy przeżyła. Przyjechało pogotowie, ale przez emocje nie dało się nic zrozumieć. Kiedy rozmowa się skończyła, za chwilę za oknem zaczęły się wybuchy i fala uderzeniowa sprawia, że okna się roztrzaskują i lecą na nas szczątki ludzi i zwierząt. Zaczynamy się zbierać do ucieczki i w odruchu kierujemy się do piwnicy. Na schodach czujemy wybuchy i wieżowiec się kołysze. Nieokreślony sąsiad mówi nam z przerażeniem, że Rosjanie zaatakowali czymś, co jest bardzo niebezpieczne – nie była to bomba atomowa, ale coś o mniejszym rażeniu. Potem następuje dziura w śnie. Po jakimś czasie wracamy do mieszkania, które jest zdewastowane. Zaczynamy się organizować, sprawdzamy, kto jest w mieszkaniach. Nagle w mieszkaniu pojawia się moja teściowa i siostra mojego męża oraz nieznanego psa. W tym śnie próbuję kilku imion dla psa

i obserwuję, czy on reaguje na te imiona. Okazało się, że moja teściowa w wyniku tego wypadku ma jakiś niedowład. Mam ciągle w głowie to, że wypadek z teściową zdarzył się przed atakiem. I w śnie odbieram to jak oczywisty zwiastun tego, co się wydarzy. Gdyby nie ten telefon, nie moglibyśmy szybko zareagować i mogłoby się to źle skończyć. Następnego dnia dostajemy informację, że mamy się ewakuować, przyjeżdżają po nas autobusy. Za oknem zaczął padać śnieg, a ewidentnie było lato. Pomyślałam sobie, że to kolejna przeszkoda, żeby stamtąd uciec. Moja mama powiedziała »po co mamy uciekać, jeśli tu jest nasz dom i tu jesteśmy razem«. I po jej słowach zaczynam się zastanawiać, czy nie lepiej zostać w domu razem. Decydujemy się zostać”.

Grupowe otwieranie snu nr 2 ze względu na cel poniższego tekstu ograniczę wyłącznie do przedstawienia aspektu staruchy, który został przez grupę wskazany w budowanej kolektywnej narracji opartej na sieci skojarzeń.

c. Archetyp staruchy

W rozwoju cyklu kobiecości, czyli przejściu od dziewicy przez dojrzałą kobiecość (w tym matkę), starucha jest kulturowo najbardziej pominięta. Te dwa pierwsze etapy życia kobiety są przez kulturę dobrze opracowane¹⁶, jednak starucha pojawia się jedynie pod zniekształconą postacią spotworniałej wiedźmy czy też baby jagi. Te obrazy prezentują ją głównie jako odpychającą, budzącą strach, osamotnioną, niezrozumiałą, pozbawioną rozumu.

¹⁶ Krytyczne podejście do kulturowego opracowania postaci dziewicy, która jest zamknięta w kanonie niewinności, skromności, pozbawiona głosu, podążająca za nakazami świata, lub np. jako Maryja, rozbielona, niewyraźna, anemiczna, na wpół zapomniana, przedstawia np. C. P. Estés, *Untie the Strong Woman*, Sounds True, Boulder 2011.

Tymczasem starucha przedstawiona w przytaczanych snach jest wiedząca, to ta, która przynosi wiedzę. Jawi się jako cicha postać, często epizodyczna i ledwie zauważalna. W obu snach pojawia się tylko po to, by udzielić wskazówek głównej bohaterce. W drugim śnie dzwoniący telefon jest wiadomością ratującą życie, choć początkowo niezrozumiała („przez emocje nie rozumieliśmy nic”). Często w baśniach staruchy pojawiają się w podobny cichy sposób, by przynieść dziwną i początkowo niezrozumiałą wiadomość¹⁷.

Ostatecznie starucha demonstrowuje moc życiodajną i moc unicestwienia, jako ta, która ma zintegrowane wszystkie elementy psychiki kobiety, również te odrzucone przez kulturę. Starucha jest kobietą, która wie, jest silna i ma moc. Można powiedzieć, że pojawiająca się w snach jako dobra, ciepła babcia, jednocześnie wiedząca i silna, demonstrowuje się jako obraz, który może zostać przyswojony na poziomie indywidualnej psychiki śniących. Jednocześnie „starucha” z opowieści grupy śniących wchodzi w wymiar kolektywny, który może zostać przyswojony przez kulturę.

3. Kolektywna nieświadomość

Nieświadomość zbiorowa lub nieosobowa, jak również określa ją Jung, to treści psychiczne o charakterze intelektualno-emocjonalnym¹⁸, które stanowią duchowe dziedzictwo całej ludzkości.

¹⁷ Wielokrotnie postać wiedzącej staruchy pojawia się w baśniach zebranych przez Clarissę Pinkolę Estés, *Women who Run with the Wolves. Myths and Stories of the Wild Woman Archetype*, Random House Publishing Group, New York 1996.

¹⁸ M. Piróg, *Relacja między filozofią a psychologią w świetle jungowskiej koncepcji nieświadomości zbiorowej*, w: A. Motycka, W. Wrzosek (red.), *Nieświadomość jako kategoria filozoficzna*, Wydawnictwo Instytutu Filozofii i Socjologii Polskiej Akademii Nauk, Warszawa 2000, s. 100

Są sumą doświadczeń ewolucyjnych całego gatunku dotyczących treści, które zawsze i wszędzie stanowiły o byciu człowieka¹⁹. Według Junga, świadomość indywidualna jest zanurzona w nieświadomości zbiorowej, która nie pochodzi z jednostkowego doświadczenia, a jest przyrodzona. W ramach nieświadomości zbiorowej wrodzone są, jak podkreślał Jung, możliwości budowania obrazów (a nie same obrazy), które tworzą rodzaj psychiki podstawowej na poziomie nieświadomości zbiorowej. Funkcjonują podobnie jak idee aprioryczne, jak „kategorie działania fantazji możliwe do uchwycenia dzięki doświadczeniu”²⁰

Struktura nieświadomości zbiorowej jest zbudowana z pary przeciwieństw: z jednej strony – z instynktów, a z drugiej – z archetypów, które są „formami, czy też obrazami instynktów reprezentującymi ich znaczenie”²¹. Zbiorowa nieświadomość jest więc według Junga podstawową strukturą psychiczną wywodzącą się z epoki poprzedzającej pamięć i historię i składa się z archetypów, jak np. „stary mędrzec” czy „wielka matka”. Występują one we wszystkich epokach i wśród wszystkich ludów i znajdują odzwierciedlenie w mitach, sztuce, rytuałach religijnych, psychotycznych wizjach oraz marzeniach sennych.

Dostęp do nieświadomości zbiorowej możemy mieć w sposób „zewnątrzny”, np. poprzez analizę mitologii, i „od wewnątrz” – np. przez analizę snów. Jung przywołuje termin używany przez Heraklita – *enantiodromia*, oznaczający „odpływanie wstecz” jako sposób na powrót do dostępnych nam odwiecznych wartości i idei, które tkwią w nas o wiele głębiej niż dostępne nam pokłady świadomości. Jung wierzył również, że dzięki marzeniom

¹⁹ Ibidem.

²⁰ C. G. Jung, *Archetypy i symbole*, tłum. J. Prokopiuk, Czytelnik, Warszawa 1981, s. 396.

²¹ C. G. Jung, *Aion, Przyczynki do symboliki Jaźni*, tłum. R. Reszke, Wydawnictwo KR, Warszawa 1997, s. 15.

sennym ludzie mogą rozpoznawać te części swojej psychiki, które zostały stłumione lub zaniedbane.

Jednak przede wszystkim zagłębienie pod podszewkę nieświadomości jest możliwością spotkania się z tym wszystkim, co racjonalny porządek odrzucił, a jednocześnie jest szansą na przyłączenie do świadomości tego, co wygnane.

4. Reguły subnieformalne

Ujęcie systemu prawa jako złożonego z reguł formalnych i nieformalnych²² wyjaśnia, że ludzie kierują się nimi w standardowych sytuacjach. Jednak w niestandardowych czy w sytuacji kryzysu, kiedy reguły świadomości (formalne, nieformalne) przestają obowiązywać, jak pokazują przytoczone sny-opowieści, wpadamy w reguły nieświadomości kolektywnej w postaci reguł subnieformalnych. Warto jednak pójść o krok dalej i wskazać za Jungiem na relację zachodzącą pomiędzy nieświadomością zbiorową i indywidualną, w której ta pierwsza pełni nadrzędną funkcję i organizuje treści nieświadomości indywidualnej, gdyż ta jest wynikiem stłumienia i pozostaje uwikłana w przeżycia indywidualne. Taka dynamika relacji podważa kartezjańskie myślenie o świadomości reprezentowanej przez wewnętrznie niesprzeczne *ego cogito*, autonomicznie kierujące indywidualnym postępowaniem. Wizja jednostki oparta na autonomii, samokontroli i pełnej niesprzecznej świadomości jest podstawą w narracji prawnej daremnie poszukującej spójności.

Jeśli więc próbować rozważać system prawny jako zespół reguł formalnych i nieformalnych z punktu widzenia nieświadomości zbiorowej, reguły formalne jawią się jako te pochodzące z rozumu i uświadomione, reguły nieformalne zaś, wytwarzane

²² Podgórecki, A *Sociological Theory...*, op. cit., s. 71–75.

w spontanicznych interakcjach, zanurzone są w nieświadomości, choć wraz z praktyką przechodzą do zakresu świadomego działania. Włączenie poziomu nieświadomości zbiorowej, np. w postaci oddziałujących reguł subnieformalnych, zmienia dynamikę i trajektorię wzajemnych oddziaływań społecznych. Przy czym chciałabym podkreślić, że nieświadomość zbiorowa, tak jak pojmował ją Jung, powinna być rozumiana jako kategoria metafizyczna, a nie empiryczna²³. W związku z tym traktuję niniejszą propozycję włączenia reguł subnieformalnych jako próbę osadzenia empirycznej wizji systemu prawa Podgóreckiego w porządku metafizycznym.

Według Junga kierunek zmiany świadomości odbywa się od strony nieświadomości, czyli im więcej jest wypowiedziane i usłyszane, tym bardziej sfera świadomości się powiększa i wzrasta spójność pomiędzy tymi dwoma porządkami. Przejmowanie obrazów z kolektywnej nieświadomości przez włączenie działania reguł subnieformalnych jest szansą na zmniejszenie rozszczepienia pomiędzy tymi dwoma porządkami.

5. Wnioski

Obraz staruchy, który przychodzi z rzeczywistości kolektywnej nieświadomości, jest tym, co zostało wypchnięte poza ramy kulturowe – postać silnej i wiedzącej kobiety połączonej z cyklami życia: zarówno narodzinami, jak i śmiercią (starucha, która przychodzi na pomoc, w obu snach ratuje życie głównym bohaterkom). Widoczne jest tu wyparcie dwóch aspektów kobiecości: postaci silnej kobiety, ale i wartości, które dla kobiet są ważne.

Sny, poza tym, że pomagają zwiększyć zakres świadomości, wpływając na jego zmianę, pełnią też funkcje wyjścia poza reżimy

²³ Piróg, *Relacja między...*, op. cit., s. 101.

reprezentacji, co w przypadku kobiet ma szczególne znaczenie. Kobiety w swoich przedstawieniach kulturowych czy prawnych są zniewolone w redukujących je wyobrażeniach „podporządkowanych”, które kultura i prawo nieustannie powielają. Takie imaginarium jest częścią struktury dominacji, która toczy się zamkniętym kołem. Przez rekonstrukcję sennika, który w wymiarze społecznego śnienia odgrywa rolę współczesnych mitów, stwarzamy szansę wyjścia poza uproszone i zniewalające reżimy reprezentacji.

W analizowanym przykładzie widoczny jest kierunek zmiany uwarunkowania od nieświadomości do świadomości, od reguł subnieformalnych do reagujących na nie reguł nieformalnych i formalnych. Reguły subnieformalne jawią się jako te o największej sile i najwyraźniejszym wpływie na pozostałe, jako że nieświadomość kolektywna jest „uwarunkowaniem i psychę w ogóle”²⁴. Takie ujęcie nie tylko wskazuje na możliwość przeprowadzanych zmian w zakresie systemu prawa, które z poziomu reguł formalnych i nieformalnych wydają się mieć nikłą szansę realizacji, lecz także zdaje się tłumaczyć paradoks nieprzystawalności do siebie porządków prawa formalnego i nieformalnego. Przesadny proces racjonalizacji, na którym oparty jest porządek prawny, nie reprezentuje życia, bazuje bowiem na zbyt uproszczonej wizji człowieka.

²⁴ Jung, *Archetypy i symbole...*, op. cit., s. 101.

Summaries

Part I

Populism and its critics

Martin Krygier, *Law and Justice?*

This paper reflects on Adam Czarnota's appraisals of the sources and character of the Law and Justice (PiS) party's rise to power and (second) period in government, in 2015–2023. It seeks to do so by exploring his broader views of the character of post-communist legal, political, and social arrangements before, during, and after the PiS period in government. In particular, it discusses his views on the character of Polish political and legal elites before PiS came to power, while they were there, and immediately after they were defeated in the October 2023 elections. It seeks both to understand his views and to assess them critically. The author's views differ from Adam's, particularly on whether the party's name should be understood to express its aims and achievements or rather to contradict them.

Keywords: elites, populism, constitutionalism, lawyers, leaders

Wojciech Sadurski, *How to get rid of populism?*

The text explores strategies to defeat populist authoritarianism, emphasising the importance of democracy and the rule of law, while highlighting Adam Czarnota's commitment to democratic

verdicts. Reflecting on the October 2023 electoral victory of Poland's democratic opposition, Sadurski compares it to similar recent post-populist transitions in Brazil, the Philippines, and Israel. He highlights the necessity of a united democratic front and high voter turnout to overcome populist regimes. While non-electoral strategies are deemed unlikely or undesirable, the author asserts that populist regimes have inherent vulnerabilities, suggesting their downfall is achievable through cohesive, democratic efforts.

Keywords: populism, post-populism, democratic opposition, authoritarianism

Wojciech Zomerski, *The question of populism and its democratic promise*

This paper discusses Adam Czarnota's defence of right-wing populism and its alleged alignment with democratic principles, set against Poland's socio-political landscape from 2015 to 2023. It juxtaposes theoretical discussions of populist constitutionalism with the actual practices of the populist Law and Justice party. Despite Czarnota's claim that right-wing populism enhances parliamentary supremacy and citizen participation, empirical evidence from 2015 to 2023 suggests the opposite: a decline in parliamentary democracy and a consolidation of power at the expense of the legislature. The paper argues that the post-populist era offers a chance to restore parliamentary democracy and notes that this potentiality might reunite both proponents and critics of populist rule, potentially bringing together such normatively diverse figures like Adam Czarnota, Wojciech Sadurski, and Martin Krygier.

Keywords: populism in power, post-populism, populist constitutionalism, parliamentary democracy

Maciej Pichlak, *The social challenges of (re)building the rule of law*

This text investigates the societal challenges of rebuilding the rule of law in Poland, emphasising that it must go beyond merely restoring institutional legality. The author draws on the perspectives of Adam Czarnota, highlighting the need for a more democratic and citizen-responsive legal system. Pichlak critiques the narrow focus on legal formalities in current debates and argues for a deeper understanding of the social context and public trust. He identifies three levels of necessary reform: practical improvements in justice system organisation, symbolic restoration of judicial credibility, and the social internalisation of the rule of law principle. The author calls for broader citizen engagement, including referendums and deliberative panels, to ensure meaningful and lasting reforms.

Keywords: rule of law, civic engagement, social legitimacy of law

Part II

Constitutionalism and the rule of law at a crossroads

Mateusz Stępień, *Mapping basic typologies of constitutionalism: cleaning the Augean stable*

In this paper, the evolving concept of constitutionalism in Poland and beyond is explored. Initially marginal in Polish discourse, constitutionalism gained prominence following the 2015 Constitutional Tribunal crisis. The author categorises constitutionalism into several typologies: ideocentric vs. empirical, robust vs. thin, negative vs. positive, exclusive vs. inclusive, and structural vs. functional. The paper aims to clarify and systematise these varying interpretations, highlighting the need for a comprehensive

understanding of constitutionalism's diverse meanings and implications in contemporary debates.

Keywords: constitutionalism, Polish constitutional crisis, constitutional law

Michał Stambulski, *Constitutional populism beyond the liberal framework: Adam Czarnota's programme for sociology of constitutions*

The text explores Adam Czarnota's distinctive approach to constitutional populism, which diverges from the dominant liberal paradigm. Czarnota's work stresses the need to understand populism not merely as a threat to liberal democracy but as a movement rooted in genuine social grievances and democratic aspirations. His critique of liberal and legal constitutionalism highlights its reliance on strong normative and ideological assumptions and its marginalisation of 'the people', which populism seeks to reclaim. While Czarnota's approach offers a valuable sociological perspective on constitutions, his framework risks legitimising populist movements by treating them as valid responses to liberal exclusion without sufficiently addressing their potential to undermine democratic norms. Nevertheless, Czarnota's shift from evaluative judgments to descriptive analysis provides a promising perspective for those seeking the democratisation of constitutional discourse.

Keywords: critique of liberalism, populism, sociology of constitutions

Jakub Hudský, Anna Śledzińska-Simon, *Two populisms in CEE or how to wake up an angry citizen? Notes from research on reproductive rights*

This paper, dedicated to Adam Czarnota, analyses the dual nature of populism, which appears as both an ideology and a *modus operandi*. The text analyses the implications of populism

in each of these varieties for reproductive rights in Central and Eastern Europe. The authors argue that populist ideology mobilises citizens by presenting issues such as reproductive rights in opposition to elite interests. In contrast, the populist *modus operandi* manipulates these issues to maintain power. Using examples from Poland, Hungary, and the Czech Republic, the paper shows the complex relationship between populism and the social legitimisation of power. In particular, it explores how populist governments use the protection of reproductive rights depending on the intensity of public opposition. However, in each case, women's rights are instrumentalised for political ends. **Keywords:** populism, reproductive rights, Central Eastern Europe, populist rhetoric

Małgorzata Kiwior-Filo, *Between constitutionalism and populism: observations on the weakness of Italian democracy in the interwar period*

This text, highlighting Adam Czarnota's attachment to democracy and the rule of law, examines the fragility of Italian democracy during the interwar years. It explores how Italy's socio-political turmoil, exacerbated by World War I and the rise of fascism under Mussolini, led to the erosion of liberal democratic institutions. The analysis emphasises the moral crisis, the allure of populist ideologies, the disintegration of society, and the institutionalisation of a one-party state. The study underscores the lessons learned from this period, stressing the need for active citizen engagement to safeguard democratic values and institutions against authoritarian temptations.

Keywords: Italian democracy, interwar period, fascism, populism, democratic erosion

Part III
Transition and transitional justice

Rafał Mańko, *Systemic transformation and the resilience of legal forms*

Adam Czarnota once remarked that ‘the law is for us, it should serve us’. In this paper, it is argued that in order for the law to fulfil this function, it must be sufficiently autonomous from the current claims of the political and economic world and, at the same time, sufficiently, strongly, and socially legitimised. Simultaneously, however, the law cannot become completely detached from the changing environment, becoming a relic of the past or a living fossil. One answer to this apparent conundrum is the phenomenon of ‘legal survivals’ – the endurance of old legal forms reinterpreted to become adapted to new social needs – which is highlighted in the contribution. In the case of legal survivals, the law persists as a form but adapts in its content to the new, changing expectations of the social environment. The permanence of law as a form not only fulfils legitimising functions but is also the basis of law’s predictability and certainty. The paper underlines the need for the study of the continuity of legal forms from different scientific perspectives – sociological, historical, and philosophical – arguing that such research will enable unveiling this particular feature of law, i.e., the resilience of old forms coupled with a readiness to dynamically reinterpret their content.

Keywords: legal survivals, legal form, legal continuity, legal change

Piotr Eckhardt, *Housing is for the citizens? Transfers of ownership of dwellings built in the Polish People’s Republic as a field of study on justice during the transitional period*

Adam Czarnota identified property restitution as one of the main issues faced by transitional justice in post-communist countries.

He links the issues of property created under communism to this problem as well. The author of the paper highlights the need to extend this research field to include the fairness of property transfers in the area of housing during the post-1989 political transformation. He points to three main areas that need to be researched: communal housing (built by the state and sold to residents for a fraction of their value), company housing (built by state-owned companies that were privatised or went bankrupt after 1989, complicating the legal situation of these dwellings), and dwellings built by housing cooperatives (whose members were able to take ownership of the flats, regardless of whether their contributions covered the real construction costs).

Keywords: housing law, post-socialist transformation, privatisation

Michał Krotoszyński, *The case of the grudge informer: transitional justice and philosophy of law*

The aim of this paper is to revisit the famous case of the grudge informer in order to present its importance for the field of transitional justice. The paper begins by outlining the facts of the case. Then it examines the answers to the dilemma of the grudge as found in the works of some of the most influential legal philosophers of the post-war era: Gustav Radbruch, Herbert L. A. Hart, and Lon L. Fuller. Finally, the paper attempts to demonstrate the relevance of their ideas by linking them to problems encountered in contemporary transitional justice. In the end, it asserts that the field can still find inspiration in legal philosophy with regard to the purpose and acceptable methods of dealing with past wrongs.

Keywords: grudge informer, transitional justice, legal philosophy, nazi crimes, Gustav Radbruch

Part IV
Memory, lustration, and memory laws

Justyna Jezierska, *Contemporary currents in the relationship between law and collective memory: a research review*

In this text, highlighting Adam Czarnota's interest in memory studies, an analysis of contemporary research on the relationship between law and collective memory is undertaken. Four main research currents are distinguished: 1) juridification, 2) criminalisation, 3) transitional justice, as well as 4) memory and the rule of law. Two of these currents are discussed in more detail: juridification, memory and the rule of law. The phenomenon of the juridification of memory provides a broad field for research; however, in many studies, law is treated as an instrument for changing collective memory. Other possible approaches are considered. Regarding memory and the rule of law, it is pondered whether this is just an intellectual trend or if this trend has a chance to dominate research on the relationship between law and memory in the long term.

Keywords: collective memory, memory laws, transitional justice, rule of law

Filip Cyuńczyk, *From collective memory to collective remembering: legal regulation of social vision of the past in Central Europe*

This paper explores the intricate relationship between law and collective memory in Central Europe, focusing on how legal frameworks, including constitutions and national legislation, shape and institutionalise collective memories. It examines the dual role of law in embedding memory narratives and reflecting political and social transformations. Through an analysis of legal instruments and national memory institutions, the study reveals how these mechanisms influence societal remembrance

and identity. The paper provides insights into the complex interplay between legal structures and collective historical consciousness in the region while highlighting Adam Czarnota's influence in the fields of memory studies and transitional justice.

Keywords: collective memory, legal frameworks, constitutional mandates, national memory institutions, Central Europe

Bogdan Iancu, *Late lustration and latter-day anti-communism in Romania: the Ursu case in its context*

This paper addresses the law and politics of post-communist memory, a motif that relates directly to Adam Czarnota's work. More specifically, it discusses – in its context – a controversial 2023 judgment of the High Court of Cassation and Justice. The Ursu case is used as a showcase to illustrate various implications of Romanian latter-day anti-communism. The Bucharest High Court's reasoning, albeit not necessarily the holding, was problematic. The judges import crude generalisations about the nature of 1980s communism into an ostensibly technical-positivistic interpretation. By the same token, as argued, anti-communism in the Romanian, and arguably, more generally, in the CEE context, has been pursued long past its remedial usefulness, more often than not, in a crudely instrumental fashion. Late lustration/decommunisation initiatives and associated narratives have been used, more precisely, to 1) prop up ostensibly unrelated agendas (market fetishism, rejection of social solidarity, demonisation of political opponents), 2) as a foil against which to embellish wholesale, by contrast, edulcorated representations of the pre-communist period, and 3) as a common elite vocabulary of (imagined) resistance.

Keywords: post-communism; latter-day anticommunism; crude legal positivism; instrumentalism; crimes against humanity

Part V
Legal education

Michał Paździora, *Authority in legal education*

The shift from master to expert (craftsman) in legal education signifies a transition from a hierarchical mentor-student dynamic to a more egalitarian and interactive approach. Traditionally, the master model emphasises knowledge transfer through authority and unilateral communication, often limiting the development of critical thinking and autonomy in students. In contrast, the expert model fosters an environment of dialog and mutual respect, where the learning process is governed by collaboration and the teacher's empathy. This change encourages students to actively engage with the material, promoting a deeper understanding and the ability to apply knowledge in practical contexts. Such a transformation is crucial for cultivating legal professionals who are not only knowledgeable but also adaptable and innovative.

Keywords: master, craftsman, legal education, hierarchy, dialog

Jolanta Jabłońska-Bonca, *Digital law students, ChatGPT in law offices, e-hearings: the need for training virtual competencies for lawyers*

In the 21st century, the legal field is being reshaped by digital advancements and AI technologies. Traditional legal education and practice are adapting to new demands for digital proficiency and virtual skills. The rise of tools like ChatGPT and internet-based resources challenges conventional methods, emphasising the need for updated training approaches. Students and professionals must navigate the complexities of AI, which operates opaquely and is often unregulated. This text, highlighting Adam Czarnota's interest in legal education, argues for reforms

to address these evolving challenges, ensuring that legal training remains relevant in a technologically advanced environment.

Keywords: legal education, AI, ChatGPT, digital skills, e-hearings

Karolina Kocemba, *Between dirty togetherness and democracy. Adam Czarnota's critique of legal education in Poland*

The paper presents a reconstruction of Adam Czarnota's thoughts on legal education, accompanied by a critique and a reflection of what this critique brings to the discussion of the causes of the domestic crisis of the rule of law. Czarnota's international experience and social approach to law enabled him to identify several (ir)regularities upon his return to Poland. Firstly, he has noticed an absence of empirical research and reflection on legal education. Secondly, his observations indicate that in teaching, law is reduced to positivist dogma, with an emphasis on memorisation rather than critical thinking. Moreover, the academic environment is characterised by a hierarchical structure that restricts the academic community's growth and limits open dialog. Czarnota's legacy encompasses not only his academic contributions but also a community of researchers (CLEST) whom he inspired to conduct empirical research, adopt a critical approach to law, and comprehend it within a broader context. His work emphasises the impact of legal education on democratic attitudes and civic responsibility, advocating for reforms to better prepare future lawyers for their roles in society.

Keywords: legal education, lawyers, constitutional crisis, democracy

Part VI
Law, politics, society

Scott Veitch, *Nations and nationalisms: some jurisprudential reflections on an evergreen theme*

This text considers the persistence of nationalism in political and legal discourse and practice. It contrasts the role of the nation in processes of reconciliation with its use and abuse in contemporary nationalist politics. Brexit provides a good example of the latter, although even within the UK there are multiple nationalisms operating simultaneously.

Keywords: nationalism, Brexit, critical thinking

Bartosz Kuźniarz, *Populism and the end of the growth society*

In this paper, the nexus between populism and the decline of economic growth is explored. Drawing on J. K. Rowling's concept of the boggart, the author argues that populism, like a boggart, feeds on fear and adapts to local anxieties. He links the rise of populism to the perceived crisis of perpetual economic growth, suggesting that global capitalism inducing economic frustration and cultural anxiety has exacerbated populist sentiments. The paper examines how economic stagnation and increasing inequality contribute to populist rhetoric and destabilise democratic foundations, emphasising the interplay between economic realities and populist exploitation.

Keywords: populism, economic growth, global capitalism, economic inequality, democratic instability

Jolanta Sawicka, *Demystifying politics*

The contemporary appropriation of politics by different kinds of experts paradoxically fosters the polarisation of society, which strongly affects the quality and stability of democracy. Bringing politics back to the citizens in the form of agency and

decisiveness is an extremely difficult task but not impossible. Cleansing politics of stereotypes spread in different ways and for different reasons is a necessary step in the process of restoring citizens' empowerment. In this text, highlighting Adam Czarnota's interest in democratic politics and the question of populism, it is argued that, contrary to the dominant ideology of liberalism on the one hand and populism on the other, politics is not a hermetic sphere of parliamentary games but a space of civic relations, and, moreover, only within this space freedom is possible; freedom that gives the right to make decisions and shape the conditions of everyday life, which are the foundation and the guarantee for maintaining democratic standards.

Keywords: politics, decision making process, civic society, everyday life

Anna Młynarska-Sobaczewska, Jacek Zaleśny, *Substitute principal: social mass movements and public accountability*

The paper depicts newly recognised actors of political power, namely, mass social movements. The authors argue that some of their features make them strong and underestimated political agents, taking over the role of Principal. They present the participation of these movements in political life and the changes in political agenda made by them, as well as direct changes in the constitutional system. The ways of handling them made by public authorities and, finally, the weaknesses of the constitutional and political system in trying to deal with such appearances are also discussed; one of these weaknesses is the lack of accountability.

Keywords: social movements, accountability, democracy

Lidia M. Rodak, *Social dreaming, subinformal rules, and Adam Podgórecki's legal theory*

Adam Czarnota passionately taught the sociology of law in lecture halls and other social gatherings. His accounts of Adam Podgórecki and his legal theory influenced the research of the author of this paper in the field of sociology of law. Podgórecki's legal theory emphasises the balance between formal and informal rules for an effective legal system. Analysing women's rights through this framework, as proposed by the author, reveals informal patriarchal dominance over formal legal structures. Looking for a way out of this 'stalemate', this text suggests incorporating 'subinformal rules' from the collective unconsciousness into Podgórecki's framework. Utilising social dreaming, based on Gordon Lawrence's social dreaming matrix and Carl Jung's theories, the research explores archetypal female figures in dreams, for example, the crone integrating the powerful aspects of women. The findings suggest that subinformal rules can enhance the legal system by addressing suppressed femininity, offering a metaphysical dimension to Podgórecki's empirical legal vision, and demonstrating how dreams can drive social change.

Keywords: sociology of law, Adam Podgórecki, feminist jurisprudence, collective unconsciousness, social dreaming

Autorki i autorzy / Contributors

Filip Cyuńczyk – Uniwersytet SWPS w Warszawie oraz Uniwersytet Wrocławski, Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej (CLEST)

Piotr Eckhardt – Uniwersytet Wrocławski, CLEST

Jakub Hudský – Uniwersytet Wrocławski

Bogdan Iancu – University of Bucharest

Jolanta Jabłońska-Bonca – Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie

Justyna Jezierska – Uniwersytet Wrocławski, CLEST

Małgorzata Kiwior-Filo – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Karolina Kocemba – European University Institute we Florencji oraz Uniwersytet Wrocławski, CLEST

Michał Krotoszyński – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Martin Krygier – University of New South Wales w Sydney

Bartosz Kuźniarz – Uniwersytet w Białymstoku

Rafał Mańko – Central European University, Democracy Institute w Budapeszcie

Anna Młynarska-Sobaczewska – Instytut Nauk Prawnych PAN

Michał Paździora – Uniwersytet Wrocławski, CLEST

Maciej Pichlak – Uniwersytet Wrocławski

Lidia M. Rodak – Uniwersytet Śląski w Katowicach

Wojciech Sadurski – University of Sydney oraz Uniwersytet Warszawski

Jolanta Sawicka – Uniwersytet Warszawski oraz Uniwersytet Wrocławski, CLEST

Michał Stambulski – Erasmus University Rotterdam

Mateusz Stępień – Uniwersytet Jagielloński w Krakowie

Anna Śledzińska-Simon – Uniwersytet Wrocławski

Scott Veitch – University of Hong Kong

Jacek Zaleśny – Uniwersytet Warszawski

Wojciech Zomerski – European University Institute we Florencji
oraz Uniwersytet Wrocławski, CLEST



Adam Waldemar Czarnota (ur. 26 lipca 1953 r. w Kętrzynie) – polsko-australijski socjolog prawa, który zawodowo związany był z Uniwersytetem Mikołaja Kopernika w Toruniu (1982–1988), Macquarie University Law School (1990–2000) oraz Uniwersytetem Nowej Południowej Walii w Sydney (2000–2020). Był dyrektorem Oñati International Institute for the Sociology of Law (2013–2016) i rektorem Riga Graduate School of Law (2022–2024). Autor ponad stu publikacji naukowych. Jego badania koncentrują się na problematyce sprawiedliwości tranzycyjnej, edukacji prawniczej, rządów prawa i konstytucjonalizmu. Jest założycielem Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej na Uniwersytecie Wrocławskim i członkiem wielu stowarzyszeń naukowych, w tym Australian Society for Legal Philosophy oraz International Sociological Association.

Poszczególne części tej książki jubileuszowej koncentrują się wokół problemów populizmu, konstytucjonalizmu oraz rządów prawa, dotyczą sprawiedliwości okresu przejściowego, pamięci, lustracji, tzw. *memory law* i edukacji prawniczej, a wreszcie zagadnień ogólnych, tworzących ważny kontekst rozważań nad prawem w społeczeństwie, w tym pojęć narodu i nacjonalizmu, ruchów społecznych, odczarowania polityki czy kobiecego doświadczenia prawa.

Książka nie jest tylko wyrazem uznania dla dokonań prof. Adama Czarnoty, nie stanowi po prostu *hommage* dla Jubilata i nie ogranicza się do dogłębnego przedstawienia jego osiągnięć (...), lecz jest także zapisem żywej, a nawet ostrej polemiki pomiędzy nim a jego przyjaciółmi, współpracownikami, uczniami. Polemiki zmuszają czytelnika do zajęcia stanowiska, wypowiedzenia się za jakimiś argumentami czy tezami i wzmagają jego ciekawość.

prof. dr hab. GRAŻYNA SKĄPSKA

ISBN 978-83-68091-12-0



9 788368 091120

seria

**PRAWO
i TEORIA
SPOŁECZNA**

Seria wydawnicza zainicjowana w Centrum Edukacji Prawniczej i Teorii Społecznej Uniwersytetu Wrocławskiego. Celem serii jest konfrontowanie wiedzy prawniczej z jej politycznymi i społecznymi podstawami. Prawo jest wielowymiarową praktyką społeczną, w której ogląd prawniczy jest uprzywilejowany, lecz nie jedyny. Dlatego, nawiązując do współczesnych dyskusji filozoficznych i politycznych, autorzy i autorki książek publikowanych w serii dążą do poszerzenia granic wyobraźni prawniczej w duchu demokratycznego pluralizmu.

1. Michał Stambulski, *Wiadomość od cesarza. Pojęcie prawa w teorii analitycznej i postanalitycznej* (2020)
2. *Nowy konstytucjonalizm. Polityczność, tożsamość, sfera publiczna*, red. Adam Czarnota, Michał Paździora, Michał Stambulski (2021)
3. Avishai Margalit, *Etyka pamięci*, przeł. K. Liszka, U. Lisowska, Z. Rosińska (2023)
4. Wojciech Zomerski, *W kierunku demokratycznej nauki prawa? Dogmatyka, edukacja, postanalityczność* (2023)
5. Piotr Eckhardt, *Socialism under Construction: Law and Ideology in Housing, Construction and Spatial Planning in Poland 1944–1989* (2024)
6. Mateusz Stępień, *Zarys koncepcji placebo legislacyjnego* (2024)
7. Karolina Kocemba, *Poczekalnie. Interakcje w przestrzeniach edukacji prawniczej a sfera publiczna* (2024)
8. *Prawo jest dla obywateli i im ma służyć. Wokół myśli Adama Czarnoty*, red. Wojciech Zomerski, Filip Cyuńczyk, Piotr Eckhardt, Michał Paździora (2024)