

NATALIE FOX

Abuzywne zapożyczenia konstytucyjne jako „ciemna strona” liberalnej demokracji (artykuł recenzyjny)

1. Wprowadzenie

W ostatnich latach coraz powszechniejsze staje się zjawisko erozji demokracji, której dokonuje się za pomocą legalnych i stopniowo podejmowanych środków. W monografii zatytułowanej *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* autorzy, Rosalind Dixon i David Landau¹, poddali analizie zjawisko, które zostało niejako pominięte czy wręcz przeoczone przez wielu badaczy porównawczego prawa konstytucyjnego. W książce zwrócili uwagę na tzw. ciemną stronę, która przesłania liberalno-demokratyczne idee. Normy, które – co do zasady – mają na celu ochronę i promowanie demokracji, z łatwością mogą zostać wykorzystane do jej podważania. Autorzy stawiają tezę, że z jednej strony globalizacja konstytucyjna, a z drugiej strony kryzys i odstępowanie od demokracji są w pełni koherentnymi zjawiskami. Kluczowym ogniwem pomiędzy nimi są tzw. abuzywne zapożyczenia konstytucyjne², wykorzystujące liberalno-demokratyczne koncepcje, projekty i zasady konstytucyjne w celu

¹ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, ss. 208.

² Pojęcie *abusive constitutional borrowing* będzie również tłumaczone jako „nadużycia zapożyczeń konstytucyjnych”.

rozwijania autorytarnych praktyk³. Zdaniem autorów są to zmiany, które mają celowy i znacząco negatywny wpływ na tzw. demokratyczny rdzeń minimum, stanowiący kryterium dla oceny wpływu zapożyczeń.

Nie budzi wątpliwości fakt, że bezpośrednio po zimnej wojnie nowe demokracje Europy Wschodniej i świata postsowieckiego miały tendencję do patrzenia „na Zachód”. Wzorowały się w dużym stopniu na ustabilizowanych demokracjach Europy Zachodniej i Stanów Zjednoczonych jako swoistych wzorcach projektowania konstytucyjnego. Nowe konstytucje pisane powstawały w kontekście coraz głębszej wymiany idei liberalno-demokratycznych, co wpłynęło na treść tekstów konstytucyjnych. Spowodowało to, że konstytucje uchwalone w tym samym okresie przejawiały większą tendencję do zapożyczania pewnych podstawowych praw konstytucyjnych czy instytucji, takich jak kontrola sądowa, które praktycznie stały się uniwersalnymi cechami współczesnych konstytucji. W książce omówiona została przez autorów koncepcja abuzywnych zapożyczeń norm liberalno-demokratycznych dla celów antydemokratycznych. Zauważono, że reżimy hybrydowe, a nawet liczne reżimy autorytarne w rzeczywistości często utrzymują te same podstawowe cechy konstytucyjne, właściwe demokracji liberalnej. Z pozoru wyglądają jak liberalne państwa demokratyczne, ale w rzeczywistości bliżej im w kierunku określeń takich jak „ukryty autorytaryzm” (*stealth authoritarianism*) czy „autokratyczny legalizm” (*autocratic legalism*).

Recenzowana książka składa się łącznie z siedmiu rozdziałów. Pierwsze trzy rozdziały stanowią teoretyczne wprowadzenie do dalszych, bardziej praktycznych, rozważań. Obejmują prezentację podstawowych pojęć, takich jak nadużycie, zapożyczenia i ich formy, a także prezentują pojęcie demokratycznego rdzenia minimum oraz tzw. ciemnej strony demokracji. Zasadniczo rozważania skupiają się wokół dwóch wiodących nurtów stanowiących sedno tej książki, a mianowicie wokół triumfu liberalno-demokratycznego dyskursu konstytucyjnego i ograniczania demokracji. Co szczególnie istotne, autorzy podkreślają, iż współcześnie wiele ataków na liberalną demokrację przeprowadza się przy użyciu liberalno-demokratycznych norm konstytucyjnych. Ten celowy atak następuje za pomocą formalnych, jak i nieformalnych metod o *stricte* konstytucyjnym lub podkonstytucyjnym charakterze, które składają się na tzw. formy nadużyć konstytucyjnych. Nadto autorzy prezentują definicję i typologię czterech podtypów zapożyczeń, tj. pozorne,

³ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 22, 36.

selektywne, kontekstowe i antycelowe. W pozostałych trzech rozdziałach dokonują charakterystyki konkretnych form abuzywnych zapożyczeń konstytucyjnych wynikających z liberalno-demokratycznego porządku konstytucyjnego. Zaliczają do nich w szczególności prawa konstytucyjne, w tym społeczno-ekonomiczne, ponadnarodowy dialog sędziów⁴, rolę sądów konstytucyjnych (kontrolę sądową), władzę konstytucyjną, doktrynę niekonstytucyjnej zmiany konstytucji czy konstytucjonalizm (pluralizm) polityczny. Autorzy wskazują między innymi, że zapożyczenia tych demokratycznych instytucji dla antydemokratycznych celów mogą przynieść tego rodzaju skutek, iż zarówno krajowi, jak i międzynarodowi obserwatorzy będą mniej skłonni do wyrażania otwartej krytyki. Z kolei w ostatnim rozdziale autorzy próbują odpowiedzieć na pytanie, czy istnieje skuteczny sposób, aby powstrzymać abuzywne zapożyczenia konstytucyjne, wskazując na potrzebę ponadnarodowego monitoringu.

2. Konstytucyjne nadużycia i ich formy

Autorzy książki opierają się na definicji nadużyć (*abuse*), która koncentruje się na wpływie zmian na demokrację, a w szczególności na tzw. minimalnym rdzeniu demokracji, pojmowanym jako podstawowy zbiór praw i instytucji niezbędnych dla funkcjonowania prawdziwego konstytucyjnego porządku demokratycznego. Z nadużyciem mamy do czynienia, jeżeli w wyniku określonej zmiany porządek konstytucyjny w znacznym stopniu stanie się mniej demokratyczny, niż był przed tą zmianą. Autorzy posługują się koncepcją minimalnego rdzenia demokracji konstytucyjnej jako kryterium określenia nadużyć przy założeniu, że „demokracja obejmuje co najmniej przeprowadzanie regularnych, wolnych, uczciwych i powszechnych wyborów przy zachowaniu pewnego minimalnego poziomu konkurencji między partiami politycznymi, a ponadto wymaga poszanowania praw i wolności politycznych niezbędnych dla procesów demokratycznych oraz funkcjonowania zasady rządów prawa i ochrony innych elementów konkurencyjnego systemu wyborczego”⁵.

Współczesne demokracje mają tendencję do cofania się w kierunku autorytaryzmu poprzez łączenie różnych form nadużyć konstytucyjnych, które

⁴ A.M. Slaughter, *Judicial...*, s. 1103.

⁵ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 25–28. Zob. szerzej R. Dixon, D. Landau, *Competitive Democracy...*, s. 268–269.

dzielą się na zmiany konstytucyjne i podkonstytucyjne o formalnym lub nieformalnym charakterze. Do zmiany konstytucyjnej o formalnym charakterze zalicza się powszechnie przyjęte i stosowane w wielu krajach formalne procedury zmiany konstytucji. Chodzi mianowicie o zmianę konstytucji przez wprowadzenie poprawek lub zastąpienie jej zupełnie nową treścią⁶. Wprowadzanie poprawek konstytucyjnych wykorzystywane jest w praktyce w celu umacniania władzy wykonawczej, podważania praw wyborczych poprzez osłabienie opozycji lub stanowi bezpośredni atak na niezależność sądownictwa. Znane są również przypadki wprowadzania zmian konstytucyjnych w limitach kadencji prezydenckich na czas bliżej nieokreślony (np. prezydentura Daniela Ortegi w Nikaragui czy Eva Moralesa w Boliwii)⁷. Wyróżnia się także zmiany podkonstytucyjne o formalnym charakterze, a mianowicie zmianę lub uchylenie kluczowych ustaw konstytucyjnych lub quasi-konstytucyjnych. Przykładowo w Polsce Prawo i Sprawiedliwość w dużym stopniu uchwała lub nowelizuje ustawy w celu konsolidacji władzy i osłabienia opozycji, w sytuacji gdy brakuje jej konstytucyjnej większości do uchwalenia formalnych zmian ustawy zasadniczej. Ten sam mechanizm zastosowano w celu przejścia kluczowych instytucji sądowniczych (zwłaszcza Trybunału Konstytucyjnego), zatwierdzając ustawy wyraźnie naruszające obowiązujące uregulowania konstytucyjne⁸. Z kolei w Wenezueli reżim Hugona Cháveza opracował szereg ustaw mających na celu wprowadzenie zmian w instytucjonalnej strukturze państwa, po tym jak w 2007 r. przegrało referendum w sprawie wprowadzenia radykalnych (i w znacznej mierze antydemokratycznych) poprawek do konstytucji. Co więcej, tzw. potencjalni autorytarni przywódcy (*would-be authoritarians*) korzystają z podobnych praktyk, jakie można znaleźć w innych liberalnych demokracjach lub liberalnym porządku międzynarodowym, aby usprawiedliwić erozję demokracji. Przykładowo na Węgrzech rząd Viktora Orbána, naruszając demokratyczny porządek prawny, niejednokrotnie wskazywał na przykłady stosowania podobnych praktyk w tzw. demokracjach zachodnich. Przy okazji wprowadzenia ustawy medialnej z 2014 r.⁹ podkreślał, że w ustawie tej „brak jest

⁶ Zob. w szczególności R. Albert, *Constitutional Amendments...*

⁷ Autorzy wskazali wiele przykładów autokratycznych przywódców w całej Ameryce Łacińskiej, którzy posługują się doktryną niekonstytucyjnej zmiany konstytucji i związanymi z nią pomysłami na zniesienie limitów kadencji prezydenckich na podstawie rzekomego konstytucyjnego prawa do reelekcji.

⁸ Zob. szerzej W. Sadurski, *Poland's Constitutional...*

⁹ Ustawa, która uważana jest przez organizacje dziennikarzy i obrońców praw człowieka za próbę uciszenia i podporządkowania mediów. Weszła ona w życie 1 stycznia 2014 r. i powołała m.in.

regulacji, których nie można by znaleźć w prawodawstwie innego kraju europejskiego”, a następnie przekonywał, iż wszelkie próby zablokowania lub zmiany prawa przez instytucje europejskie miały „dyskryminujący” charakter.

Aby skutecznie chronić idee liberalno-demokratyczne, formalna ochrona konstytucyjna często musi być uzupełniona zmianami nieformalnymi. W szczególności sądy – poprzez dokonywaną przez nie wykładnię – są łatwą „drogą” do przeprowadzenia gruntownych zmian konstytucyjnych. Choć w literaturze sądy są często skonceptualizowane jako potencjalni obrońcy liberalnych konstytucji demokratycznych, niemniej mogą również stanowić skuteczną drogę do ich podważania, zwłaszcza jeśli zostały już przejęte przez reżim. Władza sądownicza staje się istotnym i skutecznym mechanizmem zmiany konstytucji w przypadkach, w których formalna nowelizacja jest trudna do przeprowadzenia¹⁰. Oczywiście istnieją również inne nieformalne „obejścia” polityki, rozumiane jako zmiany podejmowane przez polityków w praktyce politycznej. Przykładowo niekiedy przyjęta praktyka może przekształcić się w konwenanse konstytucyjne, które – mimo że nie podlegają prawnemu egzekwowaniu przez sądy (jak np. w Zjednoczonym Królestwie) – stanowią wiążące dla podmiotów politycznych normy o pozaprawnym charakterze¹¹.

3. Zapózyczenia norm liberalno-demokratycznych dla antydemokratycznych celów

Zdaniem autorów nadużywanie instytucji demokracji liberalnej może doprowadzić do zakorzeniania się autorytaryzmu i obalenia demokratycznego porządku prawnego. Pojęcie zapożyczenia konstytucyjnego w książce przedstawiono w ten sposób, że podmioty w obrębie jednego systemu konstytucyjnego dążą do zaadaptowania dla własnych celów norm zapożyczanych z innych systemów. Ów proces adaptacji przybierać może cztery formy, które pociągają za sobą przynajmniej częściowe oddzielenie formy normy konstytucyjnej od jej treści (istoty). Po pierwsze, spotykane są tzw. pozorne

wpływową Radę ds. Mediów, wybieraną przez parlament, która może sankcjonować media za „niezrównoważone politycznie” publikacje.

¹⁰ W tym duchu zob. B. Ackerman, *We the People...*; D. Strauss, *Common Law...*, s. 880–891.

¹¹ Na temat konwenansowych norm konstytucyjnych zob. T. Wiecech, *Konwenanse...*; F. Ahmed, R. Albert, A. Perry, *Judging Constitutional...*

zapożyczenia (*superficial or sham borrowing*), które mają na celu przyjęcie określonej formy normy konstytucyjnej bez zamiaru importowania towarzyszącej jej treści (bez nadania jej mocy prawnej). Jest to rodzaj fikcyjnego zapożyczenia, które wykorzystuje liberalne normy demokratyczne, tj. prawa konstytucyjne, które są szczególnie otwarte na pozorne zapożyczenia, bowiem rzeczywista ich realizacja w praktyce jest często znacznie trudniejsza do osiągnięcia. Drugim rodzajem są selektywne zapożyczenia (*selective borrowing*), gdzie następuje przyjęcie tylko części normy konstytucyjnej albo określonego zbioru norm, aby spotęgować antydemokratyczny efekt. Zamiast zaadaptować i wykorzystać cały „pakiet” norm podmioty konstytucyjne, wybierają jedynie jakiś instrumentalnie użyteczny ich podzbiór. Trzecia technika, zwana zapożyczeniami akontekstowymi (*acontextual borrowing*), skupia się na przenoszeniu norm do nowych kontekstów politycznych i społecznych w celu wywołania efektu odwrotnego do zamierzonego. Przyjmuje normy lub instytucje konstytucyjne w sytuacji braku odpowiednich ku temu warunków politycznych i ekonomicznych występujących w innych demokracjach. Zapozyczenia kontekstowe są zatem bardzo podobne do selektywnych, ale te drugie nie skupiają się na politycznym i społecznym kontekście, w jakim następuje zapożyczenie normy konstytucyjnej. W rzeczy samej przenoszenie idei obecnych w jednym porządku politycznym, społecznym i prawnym oraz przetransponowanie ich do innego porządku stanowi definicję tego, co autorzy nazywają „angażowaniem się w konstytucyjne zapożyczenia”. W zależności od przyjętego kontekstu dane reguły będą oddziaływały w odmienny sposób. W związku z powyższym autorzy przekonują, że selektywne i kontekstowe zapożyczenia mogą stanowić cechę wszystkich konstytucyjnych zapożyczeń¹². Najmniej oczywistą formą zapożyczenia, ale zdaniem autorów jedną z najciekawszych i najbardziej niebezpiecznych, jest czwarta – polegająca na odwróceniu zamierzonej treści poprzez przekształcenie liberalno-demokratycznych idei w pewnego rodzaju bumerang o antydemokratycznych skutkach. Konstytucyjne zapożyczenie może mieć „antycelowy” charakter (*anti-purposive borrowing*), który sprawia, że norma antydemokratyczna jest zmieniana w taki sposób, aby osiągnąć odwrotny cel do zamierzonego¹³.

Zdaniem autorów powyżej zaprezentowane formy konstytucyjnych zapożyczeń są podatne na nadużycia. Co istotne, wszystkie mogą zostać wykorzystane jednocześnie zarówno do prodemokratycznych, jak

¹² R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 44.

¹³ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 36–55.

i antydemokratycznych celów. Jednakże ich antydemokratyczne wykorzystanie skutkuje podważeniem tzw. demokratycznego rdzenia minimum. Potencjalni autokraci w sposób celowy i świadomy wykorzystują zapożyczenia jako narzędzia do ograniczania demokracji. Z abuzywnym zapożyczeniem norm konstytucyjnych mamy do czynienia, gdy spełnione zostaną łącznie dwie przesłanki. Po pierwsze, zapożyczenie musi posiadać wyraźne antydemokratyczny wpływ oraz po drugie, znajdować oparcie w doktrynie, instytucjach lub ideach, które w znacznym stopniu powiązane są z liberalno-demokratycznym konstytucjonalizmem. Niemniej wszystkie formy nadużyć mogą stanowić względem siebie substytuty, jak i mogą się wzajemnie uzupełniać¹⁴.

Centralnie uwikłane w analizę autorów są prawa konstytucyjne i koncepcja nadużycia sądowej kontroli, które są wykorzystywane do antydemokratycznych celów. W książce wskazano na liczne przykłady dążenia do przejęcia sądów, słusznie podkreślając, że wadą sądowej kontroli konstytucyjności jest możliwość nadużyć władzy sądowniczej¹⁵. Sądy wykorzystują swoje uprawnienia do usuwania konstytucyjnych przeszkód dla wprowadzania autorytarnych praktyk. Jak zauważono w książce, wykorzystywane są dwa rodzaje strategii w celu atakowania sądów. Potencjalni autorytarni przywódcy albo ograniczają uprawnienia sądów jako instytucji, albo za pomocą różnych strategii starają się kontrolować proces nominacji sędziów. Te same strategie stosowane są także w odniesieniu do innych niezależnych instytucji, których celem jest ochrona i promowanie demokracji konstytucyjnej, takich jak komisje praw człowieka, organy antykorupcyjne, instytucje wyborcze. Stosowane ograniczenia często neutralizują władzę instytucji, czyniąc ją niezdolną do ochrony porządku demokratycznego¹⁶.

W ten sposób w ciągu ostatnich trzech dekad nastąpiło upodmiotowienie sądownictwa. W wielu krajach sądy konstytucyjne stały się kolejnym ośrodkiem władzy, wysoce upolitycznionym. W tym kontekście autorzy – Rosalind Dixon i David Landau – przyglądają się koncepcji politycznego konstytucjonalizmu, głęboko zakorzenionej w naukach i praktyce liberalnej demokracji. Jej zwolennicy przekonują, że zobowiązania konstytucyjne znacznie lepiej są chronione przez bardziej polityczne niż sądowe formy

¹⁴ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 34.

¹⁵ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 81–83.

¹⁶ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 90–93.

egzekwowania konstytucji¹⁷. W celu egzemplifikacji wskazać należy, że w Polsce i na Węgrzech nadużywano konstytucyjnych idei politycznych, by usprawiedliwić destabilizację niezawisłego sądownictwa. Węgierski reżim Orbána podjął szereg formalnych i nieformalnych działań zarówno w celu osłabienia, jak i ustanowienia kontroli nad sądownictwem. W ten sposób współcześnie mamy do czynienia jedynie z powierzchowną i pozorną formą dialogu pod nazwą politycznego konstytucjonalizmu (pluralizmu politycznego). W książce zauważono, że wiele z tych praktyk konstytucyjnych zapożyczeń czerpie nie tylko z dyskursu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu, ale także z ponadnarodowych i międzynarodowych praw dotyczących praw człowieka. Nadużycia konstytucyjnych zapożyczeń są po części adaptacją autorytaryzmu do zmian w środowisku międzynarodowym. Jak podkreślają autorzy, abuzywne zapożyczenia konstytucyjne wykorzystywane są głównie do zmylenia lub spowolnienia międzynarodowej reakcji. W pozostałych przypadkach liberalne formy demokracji są przede wszystkim wykorzystywane do zdobywania poparcia lub tłumienia opozycji w kraju.

4. Monitorowanie nadużyć konstytucyjnych zapożyczeń przez ponadnarodowych i międzynarodowych odbiorców

Współcześnie wiele instytucji europejskich odgrywa znamienne rolę w procesie monitorowania i egzekwowania nadużyć (abuzywnych) zapożyczeń konstytucyjnych. W książce wskazano w szczególności jako przykład Unię Europejską (wraz z jej kryteriami kopenhaskimi i Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej [TSUE]) oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC), funkcjonujący przy Radzie Europy. Podkreślono także, iż wspólnota badaczy prawa konstytucyjnego porównawczego stanowi równie istotne źródło wpływu na kontrolowanie zapożyczeń. Najbardziej prominentni konstytucjoniści pełnią funkcję zagranicznych doradców w procesach tworzenia konstytucji i przeprowadzania innych reform, przy udziale różnorodnych organizacji międzynarodowych, pozarządowych, jak i lokalnych

¹⁷ Zob. m.in. R. Bellamy, *Political Constitutionalism...*, s. 89, 93 i n. Obecnie w większości krajów dominującym modelem liberalno-demokratycznym pozostaje sądowa, a nie polityczna ochrona praw. Jak wskazuje się w literaturze, w ciągu ostatniego stulecia odsetek konstytucji wyraźnie przyznających sądom uprawnienia do kontroli sądowej stale rośnie (w rzeczywistości w ciągu ostatnich kilku lat, od 2014 r., aż 84% konstytucji wyraźnie zezwala na kontrolę konstytucyjności przez sądy). Zob. m.in. T. Ginsburg, M. Versteeg, *Why Do Countries...*, s. 592.

uniwersytetów czy innych instytucji (tj. International Association of Constitutional Law – IACL).

Należy zwrócić uwagę, iż w końcowej części książki autorzy poddają pod rozwagę kwestię ewentualnej możliwości powstrzymania abuzywnych zapożyczeń konstytucyjnych. Wprawdzie przedstawiają sposoby na poprawę konstrukcji norm w celu ich ochrony przed nadużyciami, co nazywają „podejściem odpornym na nadużycia”, lecz trudno doszukać się konkretnych przykładów. Podkreślają, iż obecnie zauważalna jest tendencja podmiotów zewnętrznych (międzynarodowych) do oceniania zmian konstytucyjnych w sposób fragmentaryczny lub podzielony. Zdaniem autorów skuteczne monitorowanie nadużyć zapożyczeń konstytucyjnych wymaga stosowania podejścia kontekstowego i odwrócenia się od formalizmu prawnego. Tego rodzaju podejście wymaga zwrócenia uwagi na sposób, w jaki normy konstytucyjne są tworzone u podstaw, ale także na interakcje zachodzące między różnymi normami konstytucyjnymi lub sposób, w jaki określone normy i idee konstytucyjne funkcjonują jako część powiązanego zbioru. Zdaniem autorów od zewnętrznych interpretatorów konstytucji wymaga się zwracania uwagi na kontekst i treść konstytucyjną, a nie tylko jej formę. Konieczne jest podkreślenie znaczenia praktyki konstytucyjnej i jej wpływu na naruszenie norm konstytucyjnych w drodze sądowej wykładni, zmian legislacyjnych czy sposobu funkcjonowania różnych organów wykonawczych. Bardziej precyzyjne skupienie się na treści i kontekście stanowić powinno, zdaniem autorów, wyzwanie wymagające czasu i zaangażowania konstytucyjnego. Przede wszystkim konieczne jest wprowadzenie odpowiednich i bardziej skutecznych mechanizmów reagowania na dokonywanie zmian konstytucyjnych przez zagranicznych decydentów. Na przykład reakcje międzynarodowe mogą być motywowane poczuciem szacunku lub „empatii” wobec zagranicznych decydentów konstytucyjnych bądź obawą przed wywołaniem sprzeciwu ze strony ich rządów. Mogą również odzwierciedlać bardziej celową interpretację, która może wywołać odwrotny efekt do zamierzonego i zostać wykorzystana do krytyki słabych punktów liberalnych porządków demokratycznych, przykładowo narażając autorów interpretacji na zarzut hipokryzji.

Istnieje wiele ponadnarodowych i międzynarodowych instytucji, które korzystają z różnych narzędzi służących monitorowaniu i egzekwowaniu nadużyć zapożyczeń konstytucyjnych. Po pierwsze, międzynarodowi obserwatorzy mogą podważyć zdolność odwoływania się do porównawczych praktyk i precedensów w celu wygenerowania zarówno krajowego, jak i szerszego międzynarodowego poparcia dla zwalczania nadużyć zmian

konstytucyjnych. Istotny jest odpowiedni poziom sceptycyzmu, który powinien być wyrażany w obliczu wątpliwości co do słuszności działań realizowanych pod pozorem liberalnej demokracji. Jeśli nadużycie miało charakter zamierzony (celowy), to formę egzekwowania powinna stanowić ostra krytyka lub stosowanie odpowiednich sankcji. Innymi słowy, w przypadkach gdy antydemokratyczne działanie jest dość wyraźne, a kontekst, uzasadnienie prawne i nieprawidłowości proceduralne dają mocne dowody na to, że taki skutek jest zamierzony, obserwatorzy ponadnarodowi powinni być bardziej skłonni do zajęcia krytycznego stanowiska wobec podjętych decyzji¹⁸. Autorzy w szczególności wskazują na rolę Komisji Weneckiej w ochronie standardów liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu. Komisja, informując o proponowanych zmianach konstytucyjnych w Polsce i na Węgrzech, konsekwentnie wyrażała obawy, iż zmiany te zagrażają niezależności kluczowych instytucji, prawom i wolności oraz zasadzie podziału władzy. Stwierdziła wyraźnie, że „w prawie konstytucyjnym, być może nawet bardziej niż w innych dziedzinach prawa, konieczne jest uwzględnienie nie tylko normatywnego znaczenia przepisu, ale także zbadanie jego konstytucyjnego kontekstu” oraz: „sam fakt, że przepis istnieje również w konstytucji innego kraju, nie oznacza, że «pasuje» również do jakiegokolwiek innej konstytucji”. Komisja wydała szereg raportów uzupełniających na temat istniejących form nadużyć zmian konstytucyjnych, zarówno w drodze nowelizacji konstytucji, jak i ustawodawstwa. Mimo to w Polsce i na Węgrzech stworzono jedynie pozory poważnego traktowania zaleceń Komisji, bez dokonywania istotnych zmian w ustawodawstwie lub wprowadzania poprawek konstytucyjnych. Co jeszcze bardziej dramatyczne, zarówno Węgry, jak i Polska znalazły sposoby na podważanie lub ograniczanie przestrzegania wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE w celach antydemokratycznych¹⁹.

Występowanie abuzywnych zapożyczeń konstytucyjnych jest problematyczne co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, realizują antydemokratyczne cele, a po drugie, udaremniają niektóre wyzwania stojące przed liberalną demokracją. Prawdą jest, że konstytucjonalizm liberalno-demokratyczny stoi w obliczu ogromnego kryzysu. Autorzy zwracają uwagę, iż powinno się zachęcać do szeroko zakrojonego sprzeciwu wobec antydemokratycznych działań, z zastrzeżeniem konieczności ochrony demokratycznego rdzenia minimum. W różnych częściach świata tworzone są w tym celu instytucje monitorujące abuzywne nadużycia konstytucyjne. W celu egzemplifikacji

¹⁸ R. Dixon, D. Landau, *Abusive...*, s. 185.

¹⁹ Zob. A. Bień-Kacała, *Polexit is Coming...*

Ameryka Łacińska posiada silny system ochrony praw człowieka, w tym Międziamerykańską Komisję i Trybunał Praw Człowieka. Istnieje tam również kilka innych instytucji regionalnych, takich jak Organizacja Państw Amerykańskich i międzynarodowa organizacja gospodarcza Mercosur, które w pewnym stopniu zaangażowały się w monitorowanie i sankcjonowanie potencjalnych odstępstw w kierunku autorytaryzmu. W Afryce Unia Afrykańska przewidziała klauzulę dotyczącą demokracji, a kształtujący się system praw człowieka odegrał również pewną rolę w kwestiach erozji demokracji. Azja, Bliski Wschód i Pacyfik wydają się posiadać najmniej rozwinięte systemy regionalne mające wpływ na te kwestie. Na przykład członkostwo Fidżi we Wspólnocie Narodów (*Commonwealth*) zostało zawieszono po przewrocie wojskowym w 2006 r. na mocy deklaracji z Harare pomimo rzekomych argumentów uzasadniających przewrót na podstawie przypadków łamania prawa przez poprzedni reżim.

Wnioski

Konkludując, autorzy wskazują, że żyjemy w epoce globalizacji konstytucyjnej, w której podstawowe idee liberalnej demokracji są coraz powszechniej zapożyczane. Niemniej pozorny triumf liberalnych idei demokratycznych nieustannie niesie ze sobą potencjalne zagrożenia dla demokracji. Główne elementy liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu są powszechnie przekształcane w narzędzia do jego podważania. W tym sensie dominacja modeli liberalno-demokratycznych stworzyła przestrzeń dla nowych form autorytaryzmu. Od kilku dziesięcioleci mamy do czynienia z kryzysem demokracji przez zapożyczanie jej konstytucyjnych wzorów. Autorzy książki są głęboko zaangażowani w obronę liberalnej demokracji i zachęcają do wyrażania zdecydowanego sprzeciwu wobec nadużyć konstytucyjnych zapożyczeń. Otwarta debata na temat mocnych i słabych stron istniejących liberalnych konstytucji demokratycznych powinna być związana z niezachwianym naciskiem na ochronę demokratycznego rdzenia minimum. Trudno się nie zgodzić z autorami książki, że sprzeciw wyrażany przez międzynarodowych obserwatorów, w tym instytucje takie jak Unia Europejska, Komisja Wenecka czy ETPC, stanowi ostatecznie najlepsze rozwiązanie zwalczania nadużyć konstytucyjnych zapożyczeń.

Należy podkreślić, że monografia autorstwa Rosalind Dixon i Davida Landaua ma doniosłe znaczenie dla nauki prawa konstytucyjnego i prawa konstytucyjnego porównawczego. Jest to interesująca i inspirująca publikacja,

która z pewnością trafi do szerokiego grona czytelników. Autorzy bardzo trafnie opisali sposoby, w jakie współczesne demokracje ulegają stopniowej erozji. Z pewnością wartości stojące za liberalną demokracją muszą nieustannie przeciwstawiać się autorytarnym rządóm. Jednakże w moim przekonaniu autoróm książki nie do końca udało się odszukać skuteczne remedium na rozprzestrzenianie się autorytarnych praktyk pod pozorem demokracji.

Abstract

Abusive Constitutional Borrowing as a 'Dark Side' of Liberal Democracy (A Review)

In the book *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* its authors Rosalind Dixon and David Landau emphasize that legal globalization has its 'dark side' since the norms of liberal and democratic constitutionalism can easily be used for anti-democratic purposes. There appears disorientation in both the national and international political arena through the application of norms, which are peculiar to democracies, albeit they constitute potent tools for consolidating power and suppressing opposition. The present era is the time where democratic backsliding and covert autocratization have become the prevalent issues. Some regimes dress their activities under the guise of a liberal and democratic discourse. In lieu of committing military coups, modern policymakers tend to implement more legal forms of anti-democratic change to undermine democracy by using constitutional rights or the courts (judicial review). The characteristic feature of abusive constitutional borrowing is to maximize the achievement of antidemocratic goal. It is a deliberate attack on the democratic minimum core, which consequently leads to a gradual erosion of democracy. Modern democracies have a tendency to move back to autocratization by combining different forms of constitutional abuses, which can be classified as constitutional changes and sub-constitutional ones with a formal or informal character. Moreover, one can also discern various forms of borrowings i.e., superficial, selective, acontextual, and anti-purposive.

Keywords: abusive constitutional borrowing, constitutional rights, judicial review, liberal democracy, unconstitutional constitutional amendment, authoritarianism

NATALIE FOX  <https://orcid.org/0000-0002-4513-7997>

Doktor, asystentka w Katedrze Prawa Ustrojowego Porównawczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Bibliografia

- Ackerman B., *We the People: Foundations*, Cambridge 1991.
- Ahmed F., Albert R., Perry A., *Judging Constitutional Conventions*, „Oxford Legal Studies Research Paper” 2017, September, No. 59, <https://ssrn.com/abstract=3043190> (dostęp: 17.03.2022).
- Albert R., *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford 2019.
- Bellamy R., *Political Constitutionalism, and the Human Rights Act*, „International Journal of Constitutional Law” 2011, Vol. 9, No. 1.
- Bień-Kacala A., *Polexit is Coming or is it Already Here? Comments on the Judicial Independence Decisions of the Polish Constitutional Tribunal*, „International Journal of Constitutional Law Blog” 2020, 28 April, <http://www.iconnectblog.com/2020/04/polexit-is-coming-or-is-it-already-here-comments-on-the-judicial-independence-decisions-of-the-polish-constitutional-tribunal/> (dostęp: 17.03.2022).
- Dixon R., Landau D., *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford University Press, Oxford 2021.
- Dixon R., Landau D., *Competitive Democracy and Constitutional Minimum Core*, w: T. Ginsburg, A. Huq, *Assessing Constitutional Performance*, New York 2016.
- Ginsburg T., Versteeg M., *Why Do Countries Adopt Constitutional Review*, „Journal of Law, Economics and Organization” 2014, Vol. 30, No. 3.
- Sadurski W., *Poland’s Constitutional Breakdown*, Oxford 2019.
- Slaughter A.M., *Judicial Globalization*, „Virginia Journal of International Law” 1999, Vol. 40.
- Strauss D., *Common Law Constitutional Interpretation*, „University of Chicago Law Review” 1996, Vol. 63, No. 3.
- Wiecech T., *Konwenanse konstytucyjne*, Kraków 2011.