

FILOZOFIA EUROPEJSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

**O ewolucji fundamentów
unijnego porządku prawnego**

ze słowem wstępnym Martina Shapiro

Tomasz Tadeusz Koncewicz

FILOZOFIA EUROPEJSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

**O ewolucji fundamentów
unijnego porządku prawnego**

ze słowem wstępnym Martina Shapiro

Tomasz Tadeusz Koncewicz

SERIA **MONOGRAFIE**

Książka powstała na podstawie badań naukowych prowadzonych w ramach pan-europejskiego projektu naukowego realizowanego w ramach H2020 Reconciling Europe with its citizens through democracy and rule of law RECONNECT (umowa 770142) i została dofinansowana z budżetu RECONNECT. Uniwersytet Gdański jest jednym z 18 europejskich uniwersytetów wchodzących w skład konsorcjum RECONNECT.

This book has received funding from the European Union's Horizon 2020 Research & Innovation Programme under Grant Agreement no. 770142.

Partnerem publikacji jest Miasto Gdynia.

Recenzenci

Prof. dr hab. Jan Barcz

Prof. dr hab. Mirosław Wyrzykowski

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Małgorzata Jarecka

Opracowanie redakcyjne

Grażyna Polkowska-Nowak

Projekt okładek serii

Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski



University of Gdańsk
50th Anniversary



Faculty of Law
and Administration
University of Gdańsk

This project has received funding
from the European Union's Horizon 2020
Research & Innovation programme
under Grant Agreement no. 770142



RECONNECT



© Copyright by Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8187-638-4

ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Barbarze i Martinowi Shapiro
z przyjaźnią i wdzięcznością za wszystko



Domenico Rosa, „Il Sole 24 Ore” z 28.10.1991 r.

Déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens

Preambula Traktatu ustanawiającego
Europejską Wspólnotę Gospodarczą

To those who believe that a single legal rule always exists out there somewhere which will yield a single correct, independent, neutral, just solution to whatever conflict is presented to the judge, the argument here is a contingent one. It applies only when judges do not seek the single rule and the correct answer but choose to make judgments on the basis of preferences. Those who believe that there are single correct rules and single correct legal answers and that judges always pursue them are excused reading what follows. For them it is simply nonsense with or without footnotes

Martin Shapiro, *The European Court of Justice.*
Of institutions and democracy

Le droit, en dernière analyse, contrôle la démocratie et non l'inverse

Pierre Pescatore, *La légitimité du juge en régime démocratique*

La Cour, chaque fois quel est saisie dans le cadre de sa compétence, a l'obligation de se prononcer, l'obligation de dire le droit conformément à la mission général qui lui est assignée par l'article 164 du traité

Pierre Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*

Dans le traité, toutefois, figure une disposition qui confie au juge le pouvoir le plus extrême. L'article 164 du traité CEE (...) se réfère à une distinction entre le traité, qui constitue la charte constitutionnelle de la Communauté et le Droit, qui prime le traité. Une disposition d'une teneur admirable, mais qui implique une énorme responsabilité

Constantinos N. Kakouris, *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l'ethos du juge*

The test of judicial decision is whether it is legally and intellectually credible as an answer to the problem the judge has been called upon to resolve. For the judge not to take a decision is both legally and intellectually indefensible, since it is a denial of its judicial function

David A.O. Edward, *Judicial Activism – Myth or Reality?*
Van Gend en Loos, Costa v. Enel and the Van Duyn family revisited

Indeed, it is in complex cases that courts often prove what they are (and are not) capable of. (...)

„Saying what the law is” often amounts to a risky venture, but one that cannot be avoided if the ECJ is to secure its external and internal legitimacy in pursuing the task conferred on it in Article 19 TEU

Koen Lenaerts, *How the ECJ thinks: A study on judicial legitimacy*

In fact, (...) the Court would appear to have granted a new remedy not expressly foreseen in the Treaties, by virtue of two general provisions of the Treaty, Art. 5 and 164... The door would appear to have been opened to the exercise of new sorts of judicial control in the complex relationship between Community institutions and Member States, going beyond the broad interpretation which the Court had already given to the express powers under the Treaties

John A. Usher, *General course in European Community law: The continuing development of law and institutions*

The Court was faced with an almost impossible task in trying to reconcile the duty imposed on it by Article 164 and its counterparts with the incomplete system of remedies laid down in the Treaties. It has rightly chosen to give precedence to the need to ensure respect for the rule of law in the Community

Anthony Arnall, *Does the Court of Justice have inherent jurisdiction?*

Spis treści

Wykaz skrótów	15
Od autora	17
<i>Martin Shapiro</i>	
Foreword	25
<i>Martin Shapiro</i>	
Słowo wstępne	29
Prolog	
Dlaczego książka o unijnym sądzie 16 lat po Akcesji?	33
1. Prawnik i Prawo Granicy	33
2. Kontekst	39
3. Przejmowanie państwa i obywatelskie TAK lub NIE	42
4. Polityka resentymentu jako doktryna konstytucyjna	56
5. Instytucja i fundamenty	59
5.1. Wspólnota prawa: bez wojny	59
5.2. Nie ma Unii bez sądu	60
5.3. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: Prawo – Etos – Trwanie – Przetwanie	63
5.4. Wierność unijnemu systemowi ochrony prawnej	67
5.5. Sędziowska obietnica w prawie unijnym	75
5.6. Czujne jednostki – prawdziwi strażnicy prawa europejskiego	82
5.7. NIE dla samopomocy	87
5.8. Prawo europejskie w sądach polskich	89

Część pierwsza

„Wspólnotowy umysł”	93
1. Aktywizm sądowy. Mit i rzeczywistość	95
1.1. Problem i terminologia	95
1.2. Jak pisać o Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej i jak rozumieć jego rolę?	101
2. Uzurpacja („aktywizm”) funkcji prawodawczej czy obrona systemu prawnego przed dezintegracją?	104
3. Jak rozumuje sędzia unijny?	106
3.1. Model	106
3.1.1. Sprawy łatwe – trudne i pytanie o dyskrecjonalność sędziowską	106
3.1.2. Sędzia unijny w świecie niedoskonałego tekstu	112
3.1.3. Trzy konteksty rozumowania sędziego Trybunału Sprawiedliwości	113
Podsumowanie. Od sądowego aktywizmu do unijnej racjonalności argumentacyjnej	119

Część druga

„Wspólnotowa metoda”. Teoria i aplikacja	122
1. Teoria	122
1.1. Filozofia art. 19 Traktatu o Unii Europejskiej i wspólnota prawa	122
1.2. Pluralizm argumentacyjny	125
1.3. Spójność powiązania argumentów	126
1.4. Substrat unijnej rozumności: zasady, polityki, wartości	128
2. Unijna metoda. Aplikacja	129
2.1. Od „ducha” i systemu Traktatu do bezpośredniego skutku prawa europejskiego	130
2.2. Łączenie i konstruowanie argumentów wzajemnie się wspierających. Sprawa ADBHU	133
2.3. Porządki pierwszeństwa argumentów w ramach spójnego systemu kontroli sądowej. Sprawa Les Verts	135
2.4. W obronie integralności systemu prawnego. Sprawa Foto-Frost	140
3. Europejska filozofia sądenia. W służbie wspólnoty prawa i obywateli	146

4. Precedens w prawie europejskim	155
4.1. Europejski precedens. Nie „czy?”, ale „jak?”	155
4.1.1. Fundamenty traktatowe	159
4.1.2. Fundamenty proceduralne	163
4.2. Unijna ścieżka precedensu	164
4.2.1. Rekonstrukcja	164
4.2.2. Aplikacja	167
4.2.3. Problem instrumentalizacji precedensu	173
4.2.4. Precedens i aktorzy integracji	174
4.2.5. Precedens i sąd wobec wyzwania „zmiany”	177
4.3. Jakość precedensu i tożsamość sądu	179
5. Dialog sądowy w prawie europejskim	184
5.1. Unijny dialog sądowy. Postępowanie prejudycjalne	186
5.1.1. Dialog jako istota postępowania prejudycjalnego ...	188
5.1.2. Dialog i podział jurysdykcji na podstawie art. 267 TFUE	193
5.1.3. Artykuł 267 TFUE i jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości	197
5.1.4. W kierunku dialogu kontrolowanego	200
5.1.4.1. Sprawy Foglia v. Novello jako cezura jurysdykcyjna	200
5.1.4.2. Warunki dostępu sądów krajowych do Trybunału Sprawiedliwości	213
5.1.5. Jaki dialog?	218
5.2. Dialog sądowy w europejskiej wspólnotie sądów. Trybunał Sprawiedliwości v. Europejski Trybunał Praw Człowieka	227
5.3. Sądowy dialog w działaniu. Sąd nad rzecznikiem (adwokatem) generalnym w Trybunale Sprawiedliwości ...	234
5.3.1. Orzecnictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	235
5.3.2. Orzecnictwo Trybunału Sprawiedliwości	237
5.3.3. W kierunku konwergencji	246
5.4. Sądowy dialog konstytucyjny i wspólnota sędziów	248
5.5. Sądowy dialog i sędziowski temperament	252
6. Wspólnotowa <i>chain novel</i> . Sędzia jako krytyk, twórca i kontynuator tradycji orzeczniczej	253

6.1. Ronald Dworkin i koncepcja <i>chain novel</i>	253
6.2. <i>Chain novel</i> i Trybunał Sprawiedliwości	256
6.3. <i>Chain novel</i> i Parlament Europejski	256
7. Orzeczenia wstępne Trybunału Sprawiedliwości: struktura i lektura. Jak czytać, aby zrozumieć?	263
7.1. Część wstępna	263
7.2. Uzasadnienie	264
7.3. Pytania czy problem prawny?	265
7.4. Odpowiedzi	265
7.5. Cytowanie orzecznictwa	266
7.6. Sentencja	267
Podsumowanie. Najpierw zrozum instytucje i kontekst, a potem krytykuj	268

Część trzecia

Prawo i sala sądowa. O obietnicach i granicach	271
1. Odkrywanie Van Gend en Loos.	
Sąd – Procedura – Obywatel	271
1.1. Wyrok Van Gend en Loos i wielopoziomowa rekonstrukcja	272
1.1.1. Poziom konstytucyjnego odczytania wyroku	272
1.1.2. Poziom aplikacji wyroku	274
1.1.3. Poziom implikacji wyroku	275
1.2. Filozofia Van Gend en Loos. Więcej niż metafora?	277
1.3. Wyrok Van Gend en Loos i idea Europy	279
1.4. Van Gend en Loos jako uprawomocnienie sądu krajowego	282
1.5. „Jednostka – sąd – procedura” i legitymizacja prawa europejskiego	283
1.6. Van Gend en Loos. Od uprawnionej jednostki do partycypatywnego obywatela	286
1.7. Van Gend en Loos i zobowiązany obywatel	289
1.8. Van Gend en Loos jako sądowy pakt dla Europy wczorajszej, dzisiejszej i jutrzejszej	293
2. Godność	294
2.1. Spór o godność	294
2.2. Prawo europejskie wobec godności	299

2.3. Sąd unijny wobec godności	301
2.3.1. Przełamanie milczenia. Sprawa Omega	302
2.3.2. Sprawa Omega i podwaliny jurysprudencji konstytucyjnej	305
2.3.3. „Życie na granicy systemów”	308
3. Rzecznik (adwokat) generalny – najbardziej wpływowy głos prawa unijnego	309
4. Ochrona tymczasowa w Trybunale Sprawiedliwości. Od Rospudy do Białowieży	316
4.1. Postępowanie w przedmiocie ochrony tymczasowej	316
4.2. Warunki dopuszczalności ochrony tymczasowej	318
4.3. Ochrona tymczasowa. Przegląd orzecznictwa	320
4.4. Ochrona tymczasowa w Dolinie Rospudy	322
4.5. Sprawa Puszczy Białowieskiej	323
5. „Prawo” jako racja argumentacyjna. Przypadek Gazociągu Północnego	330
5.1. Argumentacyjny walor prawa europejskiego	330
5.2. Prawo w (nie)działaniu	331
5.3. Gazociąg Północny jako precedens na dzisiaj. <i>Iura vigilantibus scripta sunt?</i>	336
Podsumowanie. Ścieżki integracji i walor odkrywania „starych” precedensów	340

Część czwarta

Forum	342
1. Walor procedury	342
2. Filozofia i istota procedury unijnej. Rekonstrukcja modelu ...	349
2.1. Wartości proceduralne. Filozofia unijnej procedury	350
2.2. Cechy i zasady proceduralne. Istota procedury unijnej ...	354
2.3. Aplikacja modelu na przykładzie postępowania prejudycjalnego	359
2.3.1. Cechy postępowania prejudycjalnego	359
2.3.2. Zasady proceduralne w świetle cech postępowania prejudycjalnego	363
3. Autonomia proceduralna państw członkowskich. Pragmatyczne przewartościowanie czy pryncypialne utrzymywanie <i>status quo?</i>	368

3.1. Wyzwanie racjonalizacji orzecznictwa	368
3.2. Orzecznictwo jako kontinuum	370
3.3. „Sfera remedialna” i przewartościowanie autonomii proceduralnej	373
3.4. Orzecznicze generacje	376
3.5. Precedens Unibet. Co się stało z autonomią proceduralną?	377
3.6. W kierunku pragmatycznego przewartościowania	380
Podsumowanie. Orzeczniczy „Catch 22”	390
Część piąta	
Sędziowska obietnica w prawie europejskim	392
1. Sędziowie czy quasi-prawodawcy? Jaka jest rola sędziów w prawie europejskim?	392
1.1. Bariery naszego myślenia o prawodawczej roli sądów	392
1.2. Szczególna rola prawodawcza sądów	395
2. Model kooperacyjny prawodawcy unijnego	398
2.1. Prawodawcza funkcja sądu unijnego	402
2.2. Kooperacja prawodawcy	408
2.3. Fluktuacja funkcji sądowego prawodawcy	424
2.4. Model kooperacyjny prawodawcy wobec równowagi władz i dynamiki prawa unijnego	426
2.5. Komplementarność funkcji prawodawcy sądowego	431
2.6. Sąd-prawodawca jako katalizator	436
2.7. Problem stronniczości prawodawcy sądowego	440
Podsumowanie. Obietnica sędziowska w obronie fundamentów Unii	444
Epilog czy... nowy Prolog? Quo vadis Polonia?	447
1. Jak myśleć i mówić o Europie w Polsce w czasie konstytucyjnego kryzysu?	447
2. Rzecz o polexicie	472
2.1. Obietnica roku 1989 i marzenie o Europie	472
2.2. Polexit, czyli co?	475
<i>Wojciech Szczurek</i>	
Posłowie	483
Wybrana literatura	485

Wykaz skrótów

CMLR	– Common Market Law Review
dyrektywa ptasia	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/147/WE z 30.11.2009 r. w sprawie ochrony dzikiego ptactwa (Dz.Urz. UE L 20 z 26.01.2010 r., s. 7, ze zm.)
dyrektywa siedliskowa	– dyrektywa Rady 92/43/EWG z 21.05.1992 r. w sprawie ochrony siedlisk przyrodniczych oraz dzikiej fauny i flory (Dz.Urz. WE L 206, s. 7, ze zm.)
ECLR	– European Constitutional Law Review
ECR	– European Court reports
EKPC, Konwencja	– Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)
ELJ	– European Law Journal
ELR	– European Law Review
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
EPS	– Europejski Przegląd Sądowy
ETPC	– Europejski Trybunał Praw Człowieka
GSP	– Gdańskie Studia Prawnicze
Konwencja o prawie morza	– Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay dnia 10.12.1982 r. (Dz.U. z 2002 r. Nr 59, poz. 543)
Pal.	– Palestra
PiP	– Państwo i Prawo

Rec.	– Reports of Cases
Regulamin TS	– Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z 25.09.2012 r. (wersja skonsolidowana)
RPEiS	– Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
Sąd	– Sąd Unii Europejskiej
SN	– Sąd Najwyższy
SPI	– Sąd Pierwszej Instancji
Statut TS	– Protokół (nr 3) w sprawie Statutu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.)
TEWG	– Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą (podpisany w Rzymie 25.03.1957 r.)
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.)
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TS, Trybunał	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.)
TWE	– Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz.Urz. UE C 321E z 29.12.2006 r.)
Verfassungsblog	– Verfassungsblog on Matters Constitutional
YEL	– Yearbook of European Law
ZNUJ	– Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego

Od autora

*Dla niektórych ludzi przychodzi taka godzina,
kiedy muszą powiedzieć wielkie Tak
albo wielkie Nie.
Od razu widać, kto z nich w sobie ma gotowe Tak.
Wypowiedziawszy je, coraz wyżej się wspina.
Wzrasta i w ludzkiej czci, i w zaufaniu do samego siebie.
Ten, kto powiedział Nie – nie żałuje.
Gdyby zapytali go, czy chce odwołać je, nie odwoła.
Ale właśnie to Nie – to słuszne Nie – na całe życie go grzebie.*

Konstandinos Kawafis, *Che fece ... il gran rifiuto*
(tłumaczenie Zbigniewa Kubiaka¹)

Ta książka jest dla mnie w pewnym sensie powrotem do źródeł i ponownym ich odkrywaniem, skoro sąd europejski, prawo i procedura od początku stanowiły centrum mojej podróży z prawem europejskim i w prawie europejskim. Wszystko zaczęło się od rzecznika generalnego, bohatera mojej pracy magisterskiej pisanej na Uniwersytecie Wrocławskim, i pierwszej wizyty w Trybunale Sprawiedliwości w grudniu 1998 r. w gabinecie sędziego Davida Edwarda. Ta wizyta zmieniła wszystko w moim życiu i pozwoliła mi zrozumieć, jakim prawnikiem chciałbym być, a także dostrzec szansę, którą daje prawo europejskie.

Następnie przyszły studia prawnicze na Uniwersytecie w Edynburgu i dysertacja magisterska pisana pod kierunkiem niezapomnianego Profesora Johna A. Ushera. Potem powroty do Luksemburga, rozprawa doktorska o granicach jurysdykcji sądu unijnego. Habilitacja. Kancelaria adwokacka i specjalizacja w kierunku litygacji strategicznej. To w największym skrócie.

¹ Zob. np. <http://wiersze.doktorzy.pl/chefece.htm> (dostęp: 1.05.2020 r.).

Dochodzimy do roku 2020 i wydaje się, że historia zatacza koło.

Poniżej opisuję wprawdzie szczegółowo, dlaczego uznałem za konieczne odkurzenie pamięci, ale osobne słowo wyjaśnienia już w tym miejscu jest także konieczne.

Książka o filozofii europejskiego wymiaru sprawiedliwości odpowiada potrzebie chwili. W 2020 r. upłynęło 31 lat od rozpoczęcia polskiej transformacji. W tym okresie mogliśmy zakładać, że sąd, prawo europejskie i poszanowanie dla procedur oraz orzeczeń stają się już bezpowrotnie elementem naszej kultury prawnej, penetrują głębiej i głębiej naszą codzienność obywatelską i rzeczywistość prawną. W 1989 r. powaga prawa i wiara w cywilizującą rolę niezależnych instytucji były kluczowymi postulatami i marzeniami jednocześnie. Polska transformacja ustrojowa była prowadzona pod hasłem, że prawo i instytucje mają zapewniać obywatelom poczucie bezpieczeństwa, a dla państwa mają stanowić nieprzekraczalną granicę ingerencji w autonomię jednostki. To były także drogowskazy dla naszego „powrotu” do Europy po 50 latach komunizmu, gdy Konstytucja była tylko kartką papieru zapisaną deklaracjami, a instytucje formalnie niezależne – przedłużeniem władzy i woli politycznej.

Tymczasem ostatnie lata dramatycznie zweryfikowały tę wiarę. Okres 2015–2020 znaczony jest odwrotem od zasad i reguł, które uznawaliśmy za nienaruszalne i które dobrowolnie przyjęliśmy do respektowania w dniu Akcesji do Unii Europejskiej. Polska staje się demokracją na peryferiach.

W prawdziwie demokratycznym państwie instytucje są wspólne, należą do nas, a nie do nich – kimkolwiek owi oni są. Dzisiaj taki przekaz jest niezwykle trudny wobec prymityzowania do granic przyzwoitości języka polityki, który gra na najniższych instynktach i karmi je. Należy jednak powtarzać – tam, gdzie się da – że instytucje mają pracować dla mnie, a nie dla władzy. Śmiertelne ciosy zadawaliśmy marzeniu o społeczeństwie obywatelskim, gdy nie rozumieliśmy, że wyjście na ulicę w obronie Trybunału Konstytucyjnego jest obywatelskim obowiązkiem, bo to sąd, który chroni mnie i ciebie przed dowolnością władzy, gdy nie rozumiemy, że dzisiaj zachowanie i uratowanie niezależności sądownictwa w ogóle urasta do kwestii podstawowej, nawet przy znanych bolączkach i niedoskonałościach, z którymi boryka się polski

wymiar sprawiedliwości. Wydaje się, że w swojej obojętności obywatelskiej daliśmy sobie narzucić antagonizującą narrację, która zawładnęła językiem dyskursu publicznego. Zwyciężyły pasywizm i krótkowzroczne wygodnictwo, bo skoro nie „ja” mam sprawy w Trybunale (w sądzie), to po co mam się o niego martwić dzisiaj. Miarą porażki było tych kilkanaście osób protestujących przed Trybunałem i krótko trwający zapal, gdy tymczasem chodziło o coś zupełnie fundamentalnego.

Gdy już na początku sporu o Trybunał Konstytucyjny pisałem o rozgrywającej się „tragedii konstytucyjnej”², widziałem z bezpiecznego dystansu Berkeley w Kalifornii na przełomie 2015/2016 wzruszenia ramion i słyszałem dramatycznie wybrzmiewające „nie będę nic robić, bo to nie mój sąd”. Te słowa i taka postawa świadczą o bierności i braku zainteresowania (czy dzisiaj ktoś jeszcze w ogóle pamięta, co się stało z Trybunałem Konstytucyjnym i o co w tym wszystkim chodziło?). Powtarzam zatem te niepokojące pytania i boję się usłyszeć odpowiedź³. Bezwzględna dominacja perspektywy „tu i teraz”, bez jakiegokolwiek refleksji „a co jutro”, wyrządzały i wyrządzają państwu prawa jeszcze większą szkodę niż powolne przejmowanie sądów i państwa przez większość parlamentarną.

Władza jednak chce takiej pasywnej reakcji, bo jest silna naszą pasywnością. Skoro my odwracamy wzrok, parlament wie, że nie musi liczyć się z ludźmi, ponieważ im i tak jest wszystko jedno. Gdy jednak wspólnota aspiruje do

² M. Wyrzykowski, *Antigone in Warsaw* [w:] *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, red. M. Zubik, Warszawa 2017; W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, „Sydney Law School Research Paper” 2018/18(1); W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enable*, „Hague Journal on the Rule Law” 2018/11(2); J. Zajadło, *Constitution-hostile interpretation*, „Przegląd Konstytucyjny” 2018/2. Zob. także moje analizy: T.T. Koncewicz, *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*, *Verfassungsblog*, 10.12.2015 r., <https://verfassungsblog.de/bruised-but-not-dead-yet-the-polish-constitutional-court-has-spoken-2/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *“Court-packing” in Warsaw: The Plot Thickens*, *Verfassungsblog*, 18.12.2015 r., <https://verfassungsblog.de/court-packing-in-warsaw-the-plot-thickens/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *Polish Constitutional crisis goes to Europe – or does it?*, *Verfassungsblog*, 1.01.2016 r., <https://verfassungsblog.de/polish-constitutional-crisis-goes-to-europe-or-does-it-2/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

³ Sam co roku publikuję tekst przypominający wszystkie powody, dla których opinii publicznej w Polsce nie wolno zapomnieć o konieczności odbudowy w Polsce niezawisłego sądownictwa konstytucyjnego. Zob. ostatnio T.T. Koncewicz, *Prawdziwy Trybunał Konstytucyjny trzeba odbudować od podstaw. Na 33. urodziny TK*, <https://oko.press/trybunal-konstytucyjny-musi-wrocic/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

społeczeństwa obywatelskiego, jej siła płynie z zaangażowania jednostek złączonych wspólną sprawą i myślących tak samo, z dala od polityki, a w kategoriach dobra wspólnego. Tym dobrem są właśnie nasze instytucje. Gdy ich zabraknie, jesteśmy zdani na łaskę i niełaskę państwa, ponieważ państwo wyzwolone spod wszelkich ograniczeń uzyska niekontrolowaną władzę nad jednostkami.

Profesor Kim L. Scheppelle słusznie pisała, że prawo jest zbyt ważne, aby pozostawić je wyłącznie prawnikom. W dzisiejszych czasach zamachy na państwo prawa nie odbywają się już, na szczęście, przy akompaniamencie strażów i nie towarzyszą im – tak jak kiedyś – masowe, łatwe do zlokalizowania, naruszenia praw człowieka. Raczej demokracja liberalna jest remontowywana krok po kroku za pomocą legalistycznie poprawnych metod, przy wykorzystaniu procedur i prawa. Za takimi legalistycznymi rewolucjami nie stoją generałowie, ale (niestety) sprytni i bezwzględni prawnicy. Wobec takiej zmiany technik i metod przed obywatelami rysuje się wielkie wyzwanie: zrozumieć, jak ten proces postępuje, wykazywać zaangażowanie i troskę o wspólne instytucje.

Zgadza się więc z Kim L. Scheppelle, że prawo to coś więcej niż prawnicy, podkreślam, że szczególna rola i obowiązki w zakresie nadania prawu ludzkiej twarzy obciążają jednak prawników. To ich obowiązkiem jest tłumaczenie opinii publicznej nowych zagrożeń, ostrzeganie przed skrywanymi pod osłoną niewinnie brzmiącego przepisu niebezpieczeństw dla systemu prawnego i praw obywatelskich oraz bronienie liberalnych podstaw demokracji⁴. Ten obowiązek nabiera szczególnego znaczenia w kontekście sądowej kontroli konstytucyjności prawa, ponieważ – jak słusznie podkreśla Martin Shapiro w cytacie otwierającym książkę – taka kontrola jest zawsze kosztem dla demokracji. Powody, dla których warto jednak te koszty ponosić, muszą być nieustannie tłumaczone obywatelom. Gdy tak czynimy, wychodzimy poza „tu i teraz” i bronimy sądownictwa jako instytucji.

Czytam więc przejmujący wiersz Konstandinosa Kawafisa *Che fece ... il gran rifiuto* o potędze sprzeciwu i odwadze zabrania głosu w czasach próby.

⁴ O tym M. Wyrzykowski, *The Ghost of an Authoritarian State Stands at the Door of Your Home*, 26.02.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/the-ghost-of-an-authoritarian-state-stands-at-the-door-of-your-home/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

To wezwanie do obywatelskiego „NIE” wobec oportunistów i zła oraz do „TAK” za przyzwoitością, uczciwością, standardami i w obronie instytucji, które na straży tych standardów powinny stać.

Czytam jego słowa i myślę o własnych, zdając sobie sprawę, jak daleka jest droga przed nami, abyśmy choć spróbowali dać znać o sobie i wykrzyczeli nasze obywatelskie „NIE” i „TAK”. Zrozumienie konsekwencji druzgocącego przejmowania państwa to jednak pierwszy i konieczny krok. Sam robię go, gdy wybieram praworządność, gdy bronię sądu unijnego, poszanowania dla prawa i miejsca Polski w europejskiej wspólnocie prawa, gdy pamiętam o polskim Trybunale Konstytucyjnym i przypominam, że jego przywrócenie musi być pierwszym zadaniem w lepszych, konstytucyjnych czasach. To jest właśnie moje TAK.

Elementami spajającymi tę książkę są części, które ją otwierają („Prolog. Dlaczego książka o unijnym sądownictwie 16 lat po Akcesji?”) i zamykają („Epilog czy... nowy Prolog? *Quo vadis Polonia?*”).

„Prolog” to omówienie systemowych fundamentów oraz instytucji prawa europejskiego i unijnego systemu ochrony prawnej, które obecnie są **podważane i zapominane**. Ta część jest w rzeczywistości syntetyczną mapą tematyczną książki i zaproszeniem do lektury.

Fundamenty są następnie szczegółowo porządkowane i rekonstruowane w kolejnych częściach. Wybór elementów konstrukcyjnych jest oczywiście subiektywny, ale wydaje się, że obejmuje te najważniejsze. Mamy więc dyskusję o aktywizmie sędziowskim, o metodach rozumowania sędziego unijnego, o trudnych wyborach dokonywanych przezeń w szarym i niedoskonałym świecie przepisu, mamy też analizę precedensu, procedury prejudycjalnej i dialogu sądowego. Na koniec uwaga jest poświęcona kontrowersyjnemu pytaniu o obietnicę sędziowską w prawie europejskim.

„Epilog” to z kolei część najbardziej mroczna i pesymistyczna. Traktuje o konsekwencjach nieprzestrzegania naszych dobrowolnie zaciągniętych w dniu Akcesji zobowiązań. Argumentacja w tej części zmierza do wykazania, że skoro – co książka stara się udowodnić – nasze członkostwo to lojalność wobec porządku prawnego i konkretne, wynikające z tego obowiązki,

to polest musi być rekonstruowany jako termin z bardzo precyzyjną treścią prawną i rozumiany jako cena jednostronnego wycofywania się z naszej części kontraktu unijnego. W tej końcowej części wskazuję także – w duchu bardziej optymistycznym – niezbędne elementy, które powinny w większym stopniu niż dotąd kierować europejskim dyskursem publicznym prowadzonym w Polsce przez tych, którzy nadal wierzą w Europę i nasze w niej trwanie.

W ten sposób idea książki i każdy rozdział z osobna są połączone jednym fundamentalnym, wspólnym mianownikiem: przypomnianiem o tym, że prawo, sąd i respektowanie wyroków to jest to, do czego zobowiązaliśmy się dobrowolnie w 2004 r.

To przypomnienie, wsparte odkurzeniem starych, kiedyś napisanych słów, powrotem do tekstów sprzed kilku lat, teraz spiętych tym wspólnym konstytucyjnym mianownikiem, jest szczególnie potrzebne właśnie dzisiaj.

W końcu zwracam uwagę Czytelnika na – i wyjaśniam – znaczenie i dobór cytatów, które otwierają książkę. Te cytaty to możliwie najbardziej syntetyczne wyrażenie ducha książki i argumentów w niej zawartych. To jednocześnie wskazanie i uznanie moich własnych inspiracji do myślenia o sądownictwie, roli sądu i prawa w europejskiej przestrzeni prawnej, której uczestnikiem (nadal) jest Rzeczpospolita Polska. Te starannie dobrane cytaty (zachowane w wersji oryginalnej)⁵ są powiązane niewidzialnymi na pierwszy rzut oka słowami-kluczami. Razem definiują one idee i wartości fundamentalne dla systemu prawa europejskiego: prawo – *rule of law* – autorytet sądu – sala sądowa – sędzia – kontrola sądowa – powaga wyroków – Konstytucja – wspólnota prawa – interpretacja – dialog sądowy – integracja – procedura – odmowa dania sprawiedliwości, a wszystko spięte „unią między narodami Europy”. To właśnie urzeczywistnianie tej unii jest w opinii byłego sędziego Trybunału Ulricha Everlinga najważniejszym *telos*, tłumaczącym i kierującym wyborami orzeczniczymi sądu unijnego, którego zadaniem i misją od zarania pierwszych Wspólnot było zapewnienie, że w procesie interpretacji i stosowania traktatów prawo jest przestrzegane⁶.

⁵ Jeżeli inaczej nie zastrzeżono, wszystkie tłumaczenia wykorzystane w książce pochodzą od jej autora.

⁶ Artykuł 164 TWEĞ: fr. „La Cour de Justice assure le respect **du droit** dane l'interprétation et l'application du présent Traité”; ang. „The Court of Justice shall ensure observance of **law** in the

Dodajmy też, za byłym sędzią Trybunału Constantinosem N. Kakourisem: „prawa przez duże P, prawa niepisanego, pewnego Ideału Prawa”⁷. Razem te słowa-klucze definiują europejską filozofię sądownictwa. Myślenie w kategorii tej filozofii i bronienie prawa europejskiego oraz cywilizacyjnego wyboru dokonanego w 2004 r. są polską racją stanu w tych niedobrych czasach w nieoliberalnej Polsce A.D. 2020.

Już wskazane motywacje i ambicje oraz moment, w którym Polska demokracja liberalna znalazła się w 2020 r., powodują, że książka ta jest dla mnie wyjątkowo ważna. Fakt, że mogę ją poświęcić Barbarze i Martinowi Shapiro, to uczucie tylko potęguje. Nigdy nie zapomnę przyjaźni i życzliwości, którą mnie obdarzyli i nadal obdarzają.

Wyrażam wielką wdzięczność Profesorowi Martinowi Shapiro za napisanie „Słowa wstępnego”. Profesor Martin Shapiro jest tą osobą, która miała olbrzymi wpływ na to, jak rozumiem rolę sądu i prawa. Jego klasyczna monografia *Courts* jest do dzisiaj powszechnie uznawana za jedną z najbardziej wpływowych kiedykolwiek napisanych, poświęconych sądom i sądowej metodzie rozstrzygania sporów. Uczły się na niej kolejne generacje prawników i politologów. Jego natomiast analizę z 1999 r. poświęconą Trybunałowi Sprawiedliwości uznaję za najlepszą poświęconą sądowi europejskiemu. To jedna z tych niebywałych i niezwykle rzadkich prac, pozwalających za każdym razem odkrywać nowe elementy, których wcześniej nie dostrzegaliśmy. Profesor Shapiro wyprzedzał czas i uprzedzał to, jak dzisiaj myślimy o sądach i ich roli. Przewidywał szybciej niż większość z nas, co i jak miało się wydarzyć w orzecznictwie, zanim sam sąd faktycznie zaczynał iść w tym kierunku.

Gdy poznawałem dzieło Martina Shapiro, nie przypuszczałem, że kiedyś będę miał zaszczyt współprowadzić z nim wykład dotyczący *comparative*

interpretation and application of this Treaty”. Brzmienie tego fundamentalnego dla tej monografii artykułu pozostaje bez zmian od początku istnienia Wspólnot. Wraz ze zmianą nazwy Traktatu o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej (TWEG) na Traktat o Wspólnocie Europejskiej (TWE) art. 164 TWEG stał się art. 220 TWE, a ten ostatni z kolei dzisiaj obowiązującym art. 19 TUE (wszystkie podkreślenia T.T.K.).

⁷ C.N. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois observations* [w:] *Festschrift für Ulrich Everling*, red. O. Due, M. Lutter, J. Schwarze, Baden-Baden 1995, s. 632. Do myśli sędziego C.N. Kakourisa wracam w tej pracy wielokrotnie. Jego wypowiedź doskonale uchwyciła istotę europejskiej filozofii sądownictwa.

constitutional law. Tak się stało w czasie mojego rocznego pobytu jako Fulbright Visiting Professor na University of California w Berkeley w latach 2015–2016. Nasze niekończące się rozmowy przy lunchu, wspólne wykłady i każda wspólnie spędzona minuta zmieniły mnie na zawsze. Fakt więc, że Jego „Słowo wstępne” otwiera tę książkę, ma dla mnie szczególne, symboliczne i emocjonalne znaczenie.

Last but not least, wyrazy wdzięczności kieruję pod adresem Pana dr. Wojciecha Szczurka, Prezydenta Miasta Gdynia, za zaszczylenie książki „Posłowiem”.

Tomasz Tadeusz Koncewicz

Florencja–Wrocław–Gdynia, maj 2020

Martin Shapiro

Foreword

We are now experiencing a perfect political storm on both sides of the Atlantic. The elements of that storm are many and overlapping and sometimes blow in opposite directions. There is a general, popular, discontent with government as such. More particularly there are geographic areas and certain segments of the labor force that perceive themselves as economic victims of globalization or technology or something whose plight has been ignored by liberal democratic governments. These feelings blend with anti-immigrant sentiment and vague feelings of segments of national publics that their country should be made great again.

A combination of flaws in liberal democracies, excessive government regulation and, conversely, free markets may or may not be major causes of the growing income gap between the rich and everyone else. Technocratic governments, run by arrogant experts, and armed by “science” that is often false, ignore diverse popular needs and sentiments. Governments dominated by elite political parties are seen as not listening to “us”, instead granting endless opportunities to the influential “chattering class”. Legislatures and courts have been captured, disarmed and/or unable to do their job of protecting the general public and insuring fairness for all and the rule of law.

Lately many commentators have declared that national governments and transnational ones such as the European Union can at best “muddle right thru” and may well do worse than that. Somehow or other “things fall apart”. In the face of all this, there come calls for a fundamental rethinking of democratic values and processes, rights, the rule of law and equality. “Muddling thru” is not enough.

This book calls for such a fundamental rethinking. Whether or not the reader is persuaded by the specific value stances and governance processes and institutions favored by the author, he has set a wide-ranging agenda that urgently requires pursuit and provides responses to that agenda that, at the very least, are worthy of our very careful consideration.

Professor Tomasz Tadeusz Koncewicz has been a leading figure to the comparative study of law and courts, both national and transnational. His treatment of the storm clouds hovering over courts is, therefore, worthy of special attention.

From time to time we all gather for the ritual of declaring that courts are not “political”, that they “interpret” law not make it, that they simply enforce “rights” declared by constitution and statute makers in order to neutrally defend the “rule of law”.

For the last fifty years or so, it has become widely acknowledged that courts are, at least to some extent, “political” in the sense of being more or less involved in deciding issues of governance and public policy, exercise at least limited discretion in their choices of resolution of those issues and that those choices are to some degree influenced by the political ideologies of each of the judges.

This movement in turn leads both to the defense of courts and to those elements of the perfect storm that attack courts as the storm attacks all liberal, democratic government. The storm attacks them as elitist and either too democratic or not democratic enough. Attacks on courts have become an integral part of electoral politics as the courts themselves have become more active in demanding that government technocracies provide more transparency and give more understandable reasons for their regulations.

Here again this book provides an agenda for dealing with judicial “politics” and a set of challenging recommendations.

Speaking only of France, General De Gaulle once said it was difficult to provide unified government for a country that made hundreds of kinds of cheese. The European Union greatly multiplies that number. This book

provides both a description of the current varieties of national and transnational political quandaries and an array of responses designed to achieve better cures.

Professor Martin Shapiro

University of California, Berkeley, November 2019

Martin Shapiro

Słowo wstępne*

Obecnie jesteśmy świadkami politycznej zawieruchy szalejącej po obydwu stronach Atlantyku. Wiejące wiatry mają wiele przenikających się obliczy i często wieją w przeciwstawnych kierunkach. Odczuwalne jest ogólne zniechęcenie i niezadowolenie z rządzących. W szczególności niektóre regiony świata i segmenty siły roboczej postrzegają siebie w kategorii ekonomicznych ofiar procesów globalizacyjnych i technologicznych, których niedola jest ignorowana przez liberalne demokratyczne rządy. Poczucie zapomnienia i odrzucenia łączy się z nastrojami antyimigracyjnymi i bliżej niesprecyzowanymi przekonaniem części opinii publicznej, że ich państwa niestety już nie są, ale zasługują na to, aby być, znów wielkimi.

Jako możliwych winowajców stale postępującego rozziwiania dochodowego między bogatymi a całą resztą wskazuje się na niedoskonałości demokracji liberalnych, zbyt daleko idącą regulację i wolny rynek. Technokratyczne rządy z aroganckimi ekspertami na czele i wsparte – często okazującą się fałszywą – „nauką” ignorują różnorodne potrzeby i opinie rządzonych. Rządy zdominowane przez elitystyczne partie polityczne są postrzegane jako niesłuchające „nas”, a zamiast tego przyznające niekończące się przywileje i otwierające coraz to nowe możliwości dla „wpływowym inteligentów”. Legislatywy i sądy zostają przejęte oraz pozbawione znaczenia. Nie są już w stanie chronić społeczeństwa, zapewniać sprawiedliwości dla wszystkich i egzekwować *rule of law*.

Ostatnio wielu komentatorów wyraża przekonanie, że krajowe i ponadnarodowe rządy, jak np. Unia Europejska, mogą co najwyżej tylko trwać, aby

* Tłumaczenie T.T. Koncewicz.

jakoś przetrwać, a nawet swoimi działaniami doprowadzić do pogorszenia obecnego stanu rzeczy. W świetle tego wszystkiego coraz częściej słychać głosy o konieczności fundamentalnego przemyślenia wartości i procedur demokratycznych, praw podmiotowych, *rule of law* i zasady równości. Staje się jasne, że proste dalsze „trwanie tylko po to, aby przetrwać” już nie wystarcza.

Oddawana do rąk Czytelników książka wzywa właśnie do dokonania takiego fundamentalnego przemyślenia. Z proponowanymi w książce i faworyzowanymi przez Autora stanowiskami wobec wartości, procesami decyzyjnymi i instytucjami można się zgadzać lub nie. To, co jednak zasługuje przynajmniej na naszą dogłębną uwagę, to fakt, że Autor zakresła niezwykle szeroką agendę działań, która wymaga pilnej realizacji, oraz oferuje możliwe odpowiedzi, jak tę agendę należy przeprowadzić.

Profesor Tomasz Tadeusz Koncewicz jest wiodącą postacią na polu komparatystycznych badań poświęconych prawu i sądom, zarówno krajowym, jak i ponadnarodowym. Dlatego sposób, w jaki analizuje chmury burzowe gromadzące się nad sądami, zasługuje na szczególną uwagę.

Od czasu do czasu wszyscy zbieramy się, aby odbyć kolejny rytuał, w czasie którego deklarujemy, że sądy nie są instytucjami „politycznymi”, że „interpretują” prawo, ale go nie tworzą, że jedynie zapewniają ochronę i egzekwują „prawa” ustanowione w konstytucji i ustawach, a wszystko to czynią w celu neutralnej obrony *rule of law*.

Przez ostatnie 50 lat „polityczna” rola sądów została potwierdzona i zaakceptowana. Należy jednak w sposób precyzyjny wyjaśnić, co kryje się pod ową „polityczną” rolą i funkcją sądenia. „Polityczna” oznacza, że sądy, w mniejszym lub większym stopniu, są zaangażowane w rozstrzygnięcie problemów dotyczących rządu i polityki publicznej. „Polityczna” oznacza, że sądy korzystają z ograniczonej dyskrecjonalności, jeżeli chodzi o wybór sposobów rozstrzygnięcia tych kwestii, oraz że na dokonywane przez nie wybory wpływa, przynajmniej w pewnym stopniu, polityczna ideologia sędziów decydujących w tych sprawach.

Uznanie tak rozumianej politycznej roli sądów z kolei prowadzi do obrony sądów, jak również wywołuje zawieruchy uderzające w te sądy i w liberalny

demokratyczny porządek. Sądy są atakowane z powodu swojej elitarności. Zarzuca się im, że są zbyt demokratyczne albo demokratyczne w stopniu niewystarczającym. Ataki wymierzone w sądy stają się chlebem powszednim polityki wyborczej wraz z coraz śmielszym i coraz bardziej aktywnym egzekwowaniem oraz domaganiem się przez sądy od technokratycznych rządów większej transparentności i bardziej zrozumiałego uzasadniania przez te rządy działań regulacyjnych przezeń podejmowanych.

Także w tym zakresie książka wskazuje, jak rozumieć tę „politykę” sądów, i oferuje katalog ambitnych i stanowiących wyzwanie rekomendacji.

Mając na myśli jedynie Francję, generał de Gaulle zauważył, że trudno jest rządzić państwem, w którym produkuje się setki serów. Unia Europejska tylko zwiększa tę liczbę. Książka Profesora Koncewicza oferuje opis różnorodnych politycznych dylematów o proveniencji zarówno krajowej, jak i ponadnarodowej oraz wskazuje wiele możliwych podpowiedzi zmierzających do znalezienia lepszych rozwiązań dla naszych bolączek.

Profesor Martin Shapiro

University of California, Berkeley, listopad 2019

Prolog

Dlaczego książka o unijnym sądzie 16 lat po Akcesji?

The new autocrats come to power not with bullets but with laws. They attack the institutions of liberal constitutionalism with constitutional amendments. They carefully preserve the shell of the prior liberal state – the same institutions, the same ceremonies, an overall appearance of rights protection – but in the meantime they hollow out its moral core. Constitutional institutions survive in the same buildings, but their liberal souls have been killed

Kim L. Scheppel⁸

Trybunał Sprawiedliwości jest po to, aby przypominać państwom o dobrowolnie zaciągniętych zobowiązaniach

David A.O. Edward⁹

1. Prawnik i Prawo Granicy

Rozwijając w tym miejscu wątki i osobiste motywy już poruszone, udzielenie bardziej szczegółowej odpowiedzi na postawione w tytule pytanie nie jest łatwe.

W czasach zdominowanych chwilą, w biegu codziennych spraw, trudno o chwilę refleksji nad wyzwaniem, które prawo stawia przed prawnikami. Refleksji, która w sposób krytyczny pozwoliłaby zastanowić się nad fundamentalnymi pytaniami: Po co ludziom sąd? Czym jest prawo w XXI w. i jak

⁸ K.L. Scheppel, *Autocratic legalism*, „University of Chicago Law Review” 2018/85(2), s. 582.

⁹ Tak w rozmowie z T.T. Koncewiczem, *Sędzia polski będzie sędzią wspólnotowym*, „Gazeta Prawna” z 28.01.2000 r.

działa? Kiedy prawo jest nadużywane i instrumentalizowane? Taka refleksja w Polsce nabiera jednak szczególnego znaczenia dzisiaj, ponieważ zamiast mozolnie uczyć się i innych nowoczesnego myślenia o prawie XXI w., my prawnicy musimy nie tylko bronić tego wszystkiego, co stanowi osiągnięcie demokracji liberalnej i polskiego państwa prawa po 1989 r., lecz także tłumaczyć obywatelom zawiłości i mechanizmy integracji europejskiej.

Aktualność tych wyzwań i pytań jest konsekwencją zmian, jakie następują obecnie w sposobie postrzegania prawa i odpowiednio zmieniającej się roli prawników. Mamy bowiem do czynienia z fenomenem, który można nazwać „proliferacją prawa”. Jest coraz więcej przepisów, które regulują coraz większą liczbę dziedzin życia społecznego. „Proliferaacja prawa” prowadzi z kolei do „jurydyzacji społeczeństwa”: obywatele korzystają z regulacji prawnej coraz częściej, bywa, że nie mają wyboru i muszą swoje stosunki określać za pomocą prawa. Oba procesy łączą się i tworzą sytuację „judycjalizacji”: skoro zachowania obywateli, ich obowiązki i uprawnienia są coraz częściej regulowane przez prawo, należy równocześnie zapewnić, że prawa i obowiązki będą w sposób efektywny egzekwowane. W tym celu zwracamy się do sądów, których obowiązkiem jest właśnie zapewnienie takiej ochrony.

Dzisiaj, w świecie podlegającym stałym zmianom i fluktuacjom, to sądy zapewniają stabilność i pewność prawną¹⁰. Antoine Garapon porównuje nawet w tym kontekście sędziego do „strażnika obietnic”¹¹. Sędziowie i sądy stanowią forum odwoławcze przeciwko eksplozji społeczeństwa demokratycznego, które nie jest w stanie rozwiązać skomplikowanych i różnorodnych problemów, które samo codziennie generuje. Gdy społeczeństwo nie może znaleźć sposobów na rozwiązanie rodzących się w nim stale konfliktów, metoda sądowa pozostaje jedyną dostępną. W tym też sensie możemy powtórzyć za Ronaldem Dworkinem, że dzisiaj to „sądy są stolicami prawa, a sędziowie ich książętami”. Pamiętajmy jednak, że sąd to nie tylko sędzia, lecz także prawnicy przed nim występujący.

Zasygnalizowane procesy nabierają jednak szczególnego znaczenia w aspekcie prawa europejskiego i systemów prawnych państw członkowskich Unii

¹⁰ Tak C.N. Kakouris, *La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et lethos du juge*, „Revue des Affaires Européennes” 1994/4, s. 36.

¹¹ A. Garapon, *Le Gardien de promesses – justice et démocratie*, Paris 1996.

Europejskiej. Z jednej strony prawo europejskie penetruje prawo państw członkowskich i rości sobie pierwszeństwo wobec tego prawa w razie konfliktu, ale z drugiej – zakłada, że system prawny Unii jest oparty na współistniejących krajowych systemach prawnych. Pierwszeństwo prawa europejskiego nigdy nie jest wartością absolutną. To raczej prawo musi dopiero zbudować – opierając się na dobrych argumentach – swoje roszczenie do pierwszeństwa. Centralna rola sądów (krajowych i ponadnarodowych) w procesie stosowania prawa unijnego, szczególne dyrektywy wykładni tego prawa i metody rozumowań prawniczych, myślenie prawnicze w kategoriach procedury i środków ochrony prawnej wyznaczają nową rzeczywistość prawną i, w konsekwencji, często wymuszają przewartościowanie zastanego (i wygodnego, bo dobrze znanego) krajowego *status quo*.

Pełne wykorzystanie prawa europejskiego nie jest jednak ani łatwe, ani oczywiste. Wymaga pewnych umiejętności interpretacyjnych, wyjątkowego zaangażowania w proces jego stosowania i interpretacji oraz rozumienia jego przemian, które z kolei są pochodną szczególnych właściwości tego prawa.

Po pierwsze, prawo UE nieustannie „się staje”, wymaga ciągłej uwagi i oceny sytuacyjnej, ważenia, niuansowania, łączenia, a nie prostego i wygodnego dzielenia oraz separowania.

Po drugie, prawo UE zawiera się nie tylko w tekście, ale w równym stopniu w działaniu aktorów interpretujących tekst i tworzących kontekst dla tekstu. Tymczasem prawnicy (nie tylko polscy) cały czas zbyt często swoją analizę prawa europejskiego zaczynają i kończą właśnie na tekście, lekceważąc wymiar faktycznego działania na nim i z nim. Widać to najlepiej, ilekroć Polsce stawiany jest zarzut naruszenia prawa europejskiego lub gdy Europejski Trybunał Praw Człowieka wydaje wyrok uznający Polskę za winną nieprzestrzegania Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Naszą obroną jest wówczas niezmiennie: „Ale przecież mamy przepis, więc w czym problem?”. Tymczasem najwyższy czas zrozumieć, że to nie przepis (tych mamy aż nadto!) jest źródłem naszych europejskich problemów, ale często brak standardu, zasad oraz dobrej praktyki stosowania i interpretacji prawa¹². Tu więc leży olbrzymi potencjał zmiany i poprawy, a mądry

¹² Szerzej T.T. Koncewicz, *Prawo z ludzką twarzą*, Warszawa 2015.

prawnik ma niebagatelną rolę do odegrania w procesie budowania, a potem stosowania dobrego standardu prawnego.

Po trzecie, prawo europejskie jest prawem wyboru i granicy. Poszerza możliwości działania jednostki dotychczas ograniczonej granicami krajowymi. Między jednostką a siłami prointegracyjnymi dochodzi do zawarcia szczególnego sojuszu. Dzięki prawu europejskiemu jednostka rzuca wyzwanie państwu. Jednostka przestaje żyć w cieniu potężnych niegdyś państw, staje wobec nich jako podmiot równorzędny, który walczy o swoje, ale nie dlatego, że państwo przyznało jej przywileje, tylko dlatego, że Traktat o Unii Europejskiej¹³ jest źródłem praw podmiotowych będących integralnym elementem statusu jednostki. Dzięki temu jednostka przestaje być prostym obserwatorem, a zmienia się w uczestnika, polegając na własnej aktywności i ocenie. Nie jest już uzależniona od dobrej woli podmiotów trzecich, które mogą, ale wcale nie muszą działać w jej imieniu.

Po czwarte, bezpośredni skutek prawa unijnego i jego internalizacja w krajowych porządkach prawnych prowadzą do nowego rozłożenia akcentów. Obowiązki państw przestają mieć jedynie wymiar publicznoprawny, lecz nabierają charakteru prywatnoprawnego, prowadząc do indywidualnych praw jednostek, które podlegają ochronie w sądach krajowych tu i teraz. Często iluzoryczne „prawo – tekst” staje się efektywnym „prawem w działaniu” w moim lokalnym sądzie.

Po piąte, prawo UE dezaktualizuje tradycyjne pojmowanie prawa jako miecza, tj. narzędzia władzy państwa nad jednostką. Staje się dla jednostki tarczą, dzięki której może ona skutecznie bronić się przed prawem rozumianym jako źródło opresji. Dzięki temu prawu jednostka wychodzi z cienia wszechpotężnego dotąd państwa i może z nim wygrać.

To wszystko wpływa w sposób fundamentalny na nasze rozumienie, kim jest dzisiaj prawnik. Nie wykorzystamy w pełni prawa unijnego, jeżeli ograniczymy się do wąsko pojmowanego rzemiosła i specjalizacji, do pasywnego

¹³ Gdy posługuję się rodzajowym terminem „traktaty” bez bliższego sprecyzowania, mam na myśli wszystkie traktaty europejskie – od pierwszych traktatów powołujących Wspólnoty Europejskie z 1951 i 1957 r. począwszy, a na Traktacie z Lizbony kończąc. Gdy natomiast odwołanie dotyczy konkretnego traktatu, jego nazwa jest podana za pośrednictwem odpowiedniego skrótu.

sylogizmu prawniczego, do mitycznego założenia, że sędzia jest tylko ustami prawodawcy, a przepis równa się prawu, że interpretacja językowa jest nadal królową. Szkoły prawa muszą uczyć, jak konstruktywnie i całościowo interpretować prawo, jak czytać orzeczenia sądów, które od zawsze odgrywały decydującą rolę w rozwoju tego prawa. Gdy państwa członkowskie swoją podróż kończą wraz z podpisaniem Traktatu, rola prawników dopiero się zaczyna i polega na nadaniu konkretnego kształtu niejasnym i ogólnym zapisom zawartym w Traktacie.

To dopiero dzięki aktom interpretacji i stosowania traktat ma stać się prawem w działaniu dla obywateli Unii Europejskiej. Dlatego prawo unijne oczekuje od prawników szczególnego zaangażowania. Na ich rolę musimy patrzeć w świetle konstytucyjnego wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 1962 r. w sprawie *Van Gend*¹⁴. W tej sprawie Trybunał odwrócił domniemanie powszechnie obowiązujące w prawie międzynarodowym, zgodnie z którym zmiany w sferze prawnej podmiotów prywatnych są uzależnione od krajowej regulacji prawnej. Specyfika prawa europejskiego nie polega tylko na istnieniu bezpośredniego skutku, ale na uznaniu, że stanowi on jego zasadę konstrukcyjną. Uznanie bezpośredniego skutku było z kolei pierwszym krokiem na drodze do konstytucjonalizacji traktatów i pozwoliło prawu unijnemu na penetrację prawa krajowego poprzez procedurę prejudycjalną. Z jednej strony sąd krajowy winien jest nadal posłuszeństwo swojemu prawu, ale z drugiej strony kluczowa dla tej książki filozofia *Van Gend en Loos* proponuje konkurencyjny punkt odniesienia i lojalności. Sąd krajowy (a w konsekwencji każdy prawnik przed nim występujący) zostaje bezpośrednio włączony do służby prawu unijnemu i czujnej, kontestującej rzeczywistość prawną jednostce. Bez dostępnego forum sądowego, sprawnych warsztatowo i uczciwych aksjologicznie aktorów (prawników) potencjalna energia zawarta w filozofii *Van Gend en Loos* nie zostanie nigdy uwolniona.

Dzisiaj żyjemy na granicy systemów, gdzie prawa podmiotowe płyną do nas z różnych źródeł. Próba zamykania polskiego systemu prawnego pod pozorem porządkowania i „ochrony” jednostek jest anachronizmem. Niech sam zainteresowany, czyli czujna i dbająca o swoje prawa jednostka (obywatel), zadecyduje, jaki system ochrony praw woli: zróżnicowany i dynamiczny

¹⁴ O tym szczegółowo w części trzeciej książki.

czy ujednoliczony i reglamentowany. Niech odpowie, czy woli skomplikowane, ale fascynujące życie na granicy czy egzystencję przewidywalną w zamkniętym świecie wyznaczonym przez ograniczone możliwości ochrony przed aparatem przymusu państwa. Serce prawa europejskiego bije zgodnie z założeniem, że uprawniony, przezorny i czujny podmiot walczy o swój status, a prawnik europejski musi być sojusznikiem w tej walce. Jednostka windykująca swoje prawa podmiotowe i dokonująca wyboru występuje wobec prawa europejskiego jako szczególna siła, która to prawo legitymizuje.

Dzisiaj promowanie wspólnoty prawa i dialogu sądowego wymaga wyjścia poza proste cytowanie orzeczeń sądu europejskiego czy bezmyślne odwoływanie się do prawa europejskiego, tak jak gdyby to częstotliwość cytowania orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka miała z prawnika zrobić prawnika europejskiego¹⁵. Prawidłowo rozumiane prawo europejskie niesie ze sobą wyzwanie pokory, szacunku i gotowości ustąpienia w przekonaniu, że sąd europejski (system prawny) może (ale nie musi) stanowić lepsze forum, może przekonać nas argumentami i dać cenny punkt odniesienia do udzielania ochrony prawnej w indywidualnej sprawie, w której mój los zawierzam sędziemu rozstrzygającemu sprawę.

Dzisiaj krajowe porządki prawne, sądy i prawnicy są ze sobą połączeni w sposób zarówno niezwykle skomplikowany, jak i subtelny. Przynależność do europejskiej wspólnoty prawników nie jest tylko zjawiskiem normatywnym, ale dotyka serc i umysłów. Prawdziwie dobry prawnik umie dokonać wyboru spośród konkurujących porządków prawnych, umiejętnie zastosować prawo inne niż krajowe i dokonać jego interpretacji. W XXI w. na tym polega jego prawdziwa obietnica, którą składa tym, którzy przychodzą do niego po pomoc prawną, a nie tylko po suchy odczyt z komputera. Wszystko to spięte założeniem „życia na granicy”, które charakteryzuje dzisiejsze prawo i systemy normatywne.

Po co obywatelom prawo europejskie, skoro nie będą go rozumieć i nie będą umieli go stosować? Po co obywatelom Trybunał Sprawiedliwości UE czy Sąd UE, jeżeli będą odległe i niedostępne? Jak argumentować, aby trafić do umysłu sędziego? Jak wykorzystać sąd krajowy, który jest „moim” sądem

¹⁵ O dialogu sądowym w części drugiej książki.

unijnym? Te pytania są elementem prawniczej codzienności, zarówno w wymiarze stosowania stale ewoluującego prawa, jak i uczenia o nim.

Przedstawione rozważania stanowią zaproszenie do rozmowy o tym, jak powinien ewoluować model prawnika europejskiego, jak musi się zmieniać system kształcenia studentów i szkolenia aplikantów, aby zrozumieli, że nie mają być prawnikami tekstu (przepisu), ale prawnikami sprawnie poruszającymi się w sferze pozatekstualnej, umiejącymi ważyć kolidujące prawa i interesy oraz dostrzegać, jak bardzo prawo wymaga każdorazowo mądrego dostrojenia angażowanych środków do założonych celów.

Prawnik polski jest „prawnikiem granicy”, a przynajmniej powinien do takiego tytułu aspirować. Aby tak się jednak stało, musi być świadom szczególnych obowiązków i oczekiwań. Prawnik granicy musi umieć odnaleźć drogę i swoje powołanie w kontekście prawa. Prawnik granicy dostrzega szarość i umie ważyć argumenty. Interpretuje prawo tak, aby jego litera nigdy nie przesłaniała celu ostatecznego i aspiracji każdego „dobrego prawa”, czyli sprawiedliwości. Tej ostatniej wcale nie musi towarzyszyć tak częsty na ustach prawników cyniczny uśmiech. W końcu tylko taki prawnik ma szansę stać się bezcennym przewodnikiem obywatela po prawie europejskim. Czas najwyższy, abyśmy tak zaczęli rozmawiać o naszym zawodzie i powołaniu, i w tym duchu uczyli o prawie. Przynajmniej w Polsce milczenie trwa zbyt długo...

Gdybym jednak skończył swoje rozważania w tym miejscu, odpowiedź na postawione wyżej pytanie o powody pisania książki o unijnym sądownictwie 16 lat po Akcesji nie byłaby pełna. W tym celu musimy wzrokiem sięgnąć dalej i głębiej: dostrzec i zrozumieć kontekst.

2. Kontekst

Niezajomość mechanizmów działania prawa europejskiego i instytucji europejskich oraz brak woli przestrzegania dobrowolnie przyjętych zobowiązań są dzisiaj na porządku dziennym w Polsce. Zasady (państwo prawa, prawa i wolności konstytucyjne, niezawisłość sądów) i reguły gry właściwe dla demokracji liberalnej (poszanowanie praw mniejszości i opozycji) ustąpiły pola niepohamowanej i bezlitosnej narracji demokracji większościowej.

Gdy Trybunał Konstytucyjny został obsadzony lojalnymi sędziami i w efekcie podporządkowany parlamentarnej większości¹⁶, wrogiem publicznym numer jeden stał się Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu. Najpierw były Minister Środowiska w sprawie wycinki Puszczy Białowiejskiej zafundował nam bezprecedensowy spektakl obstrukcji orzeczeń wydawanych przez sąd unijny i personalnych ataków na sędziów Trybunału. Białowieża była tylko powtórką z Doliny Rospudy z 2007 r.¹⁷ W 2017 r. najmocniejszym argumentem ministra był osławiony słoik z „kornikiem drukarzem”, w którego towarzystwie stał się w listopadzie 2017 r. na rozprawie w Luksemburgu.

Do antyeuropejskich nastrojów dołączył Jarosław Gowin, który publicznie zapowiadał, że wydanie przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczeń w odpowiedzi na pytania Sądu Najwyższego będzie sprzeczne z duchem prawa europejskiego, a Polska nie będzie miała wyboru i będzie musiała odmówić zastosowania się do orzeczenia tego Trybunału. W przejętym Trybunale Konstytucyjnym znalazła się już sprawa z wniosku Ministra Sprawiedliwości Zbigniewa Ziobry. Ten ostatni kwestionuje postępowanie prejudycjalne, jeden z kamieni węgielnych prawa europejskiego¹⁸. Wątpliwości polskich sądów dotyczące wprowadzanej przez PiS tzw. reformy wymiaru sprawiedliwości zostały przedstawione Trybunałowi Sprawiedliwości właśnie na tej zasadzie, co może wyjaśniać nagłe zainteresowanie Ministerstwa Sprawiedliwości procedurą, która obowiązuje w Polsce od 1.05.2004 r. W czasie toczącej się przed Trybunałem Sprawiedliwości rozprawy dotyczącej Krajowej Rady Sądownictwa pełnomocnik polskiego rządu został zaskoczony, gdy zza

¹⁶ O tym wnikliwie: L. Garlicki, *Disabling the Constitutional Court in Poland?* [w:] *Transformation of law systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr. dres. H. C. Rainer Arnold*, red. A. Szmyt, B. Banaszak, Gdańsk 2016, s. 63–69; M. Wyrzykowski, *Bypassing the Constitution or changing the constitutional order outside the constitution* [w:] *Transformation of law systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr. dres. H. C. Rainer Arnold*, red. A. Szmyt, B. Banaszak, Gdańsk 2016, s. 159–179; W. Sadurski, *What is Going on in Poland is an Attack against Democracy?*, *Verfassungsblog*, 15.07.2016 r., <http://verfassungsblog.de/what-is-going-on-in-poland-is-an-attack-against-democracy/> (dostęp: 25.01.2010 r.). Na temat chronologii zob. opracowanie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka: M. Szuleka, M. Wolny, M. Szwed, *The Constitutional Crisis in Poland 2015–2016. Report*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, 2016, http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFHR_The-constitutional-crisis-in-Poland-2015-2016.pdf (dostęp: 29.03.2019 r.).

¹⁷ O tym część czwarta i „Epilog czy... nowy Prolog? *Quo vadis Polonia?*”.

¹⁸ Zob. część czwartą książki.

jego pleców przedstawiciel Ziobry złożył niezgodniony wcześniej wniosek o wyłączenie ze składu sędziowskiego Prezesa TS Koena Lenaerts.

W czerwcu 2019 r. ten sam minister Ziobro mówił pogardliwie o opinii rzecznika generalnego Trybunału Jewgienija Tanczewa, wydanej w sprawie izby dyscyplinarnej Sądu Najwyższego (uznanej za niezgodną ze standardami europejskimi)¹⁹, że to „opinia jakiegoś Bułgara”. Kwestionowanie autorytetu Trybunału Sprawiedliwości jest obecne także w tle misternego planu wymierzonego w pytania, które sędziowie polscy skierowali do TS i które obecnie czekają na rozstrzygnięcie. Zgodnie z wnioskiem jednego z sędziów Sądu Najwyższego (wybranego przez niekonstytucyjną Krajową Radę Sądownictwa), złożonym do pseudo-Trybunału Konstytucyjnego, wybór sędziów desygnowanych przez „starą KRS” jest niekonstytucyjny. Gdyby pseudo-sąd konstytucyjny, Trybunał Konstytucyjny, miał orzec zgodnie z tym wnioskiem, oznaczałoby to chaos w polskim wymiarze sprawiedliwości²⁰. Dla PiS-u natomiast takie orzeczenie byłoby wykorzystane jako argument przeciwko pytaniom sędziów polskich, które kwestionują „reformę wymiaru sprawiedliwości” i są teraz rozpatrywane przez Trybunał Sprawiedliwości²¹.

¹⁹ Zob. wyrok TS z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18 i wyrok SN z 5.12.2019 r., III PO 7/19, oraz dyskusja niżej.

²⁰ O instrumentalnym wykorzystywaniu sądu konstytucyjnego do realizacji doraźnych celów politycznych i tworzeniu za jego pomocą pozorów legalności zob. E. Łętowska [w:] M. Pankowska, *Izba Dyscyplinarna chce ratować się w TK*, OKO.press, 21.01.2020 r., <https://oko.press/izba-dyscyplinarna-chce-ratowac-sie-w-tk-prof-letowska-musimy-sie-liczyc-z-blyskawiczna-reakcja/> (dostęp: 1.05.2020 r.). Te ruchy należy z kolei odczytywać w świetle ogólnego procesu polegającego na drastycznej zmianie roli sądu konstytucyjnego w Polsce po 2015 r. Mamy do czynienia z przechodzeniem od roli kontrolera władzy do instytucji podległej i stanowiącej przedłużenie władzy ustawodawczej i wykonawczej. O tej szerszej perspektywie zob. T.T. Koncewicz, *From Constitutional to Political Justice. How and Why do constitutional courts matter in the authoritarian regimes. Evidence from Poland*, Konstytucyjny.pl, 24.11.2019 r., <https://konstytucyjny.pl/tomasz-tadeusz-koncewicz-from-constitutional-to-political-justice-how-and-why-do-constitutional-courts-matter-in-the-authoritarian-regimes-evidence-from-poland/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

²¹ Sprawa C-522/18, DŚ v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle; sprawa C-537/18, YV; sprawa C-558/18, Miasto Łowicz v. Wojewoda Łódzki, sprawa C-563/18, VX, WW i XV; sprawa C-668/18, BP v. UNIPARTS sàrl; sprawa C-619/18, Commission v. Poland – opinia rzecznika generalnego z 11.04.2019 r. i wyrok z 24.06.2019 r. W sprawie C-619/18 Trybunał uznał, że tzw. reforma sądownictwa w Polsce jest niezgodna z prawem europejskim. W dwóch innych sprawach (C-192/18 i C-558/18) rzecznik generalny J. Tanczew przedstawił swoje opinie (odpowiednio 20.06.2019 r. i 24.10.2019 r.). Zob. też uwagi niżej.

Podważanie autorytetu Trybunału Sprawiedliwości nie może jednak dziwić. Wpisuje się ono w antykonstytucyjną i antyeuropejską doktrynę PiS-u. Jednym z jej naczelných elementów jest przyjęcie wszystkich instytucji, które mogą stać na drodze realizacji programu „dobrej zmiany”. W populistycznej narracji PiS-u Trybunał nie jest żadnym sądem – to raczej grupa nieodpowiedzialnych sędziów, która dumnemu, suwerennemu narodowi polskiemu narzuca obce polskiej tradycji prawnej wydumane interpretacje i zobowiązania. Dopóki instytucje nie są „nasze” i nie realizują naszego programu, dopóty nie zasługują na szacunek. Trybunał znajduje się poza kontrolą, nie jest „nasz”, jest więc wrogiem, z którym trzeba prowadzić walkę, zdezwuować go, ośmieszyć, a docelowo zniszczyć. W czarno-białym świecie PiS-u nie ma miejsca na kompromis. Walka toczy się o być albo nie być Polski i prawdziwych Polaków.

Czy mamy jednak świadomość, że taki dyskurs uderza w istotę Unii Europejskiej i jej systemu prawnego oraz stawia pod znakiem zapytania gotowość Polski do przestrzegania zobowiązań dobrowolnie przyjętych w 2004 r.?²² Polexit przestaje być tylko figurą retoryczną, a staje się realną możliwością²³.

3. Przejmowanie państwa i obywatelskie TAK lub NIE

W codziennym zaaferowaniu często tracimy z pola widzenia procesy, które choć dzieją się wokół nas, pozostają często niezauważone i niezrozumiałe. Wydarzenia „tu i teraz” absorbują naszą uwagę, która często nie wychodzi poza powierzchowne zainteresowanie i ogranicza się do przeczytania nagłówka. Żyjemy od newsa do newsa, gubiąc po drodze istotę i sens problemu, nawet się nad nimi często nie zastanawiając. Jednostkowy element przesła-

²² Szerzej „Epilog” niżej oraz analizy: L. Pech, P. Wachowiec, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, 13.01.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/>; L. Pech, P. Wachowiec, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, 15.01.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/> (dostęp: 1.05.2020 r.). Ostatnio także L. Pech, W. Sadurski, K.L. Scheppele, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, 9.03.2020 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

²³ T.T. Koncewicz, *POLEXIT? Quo vadis Polonia?*, który ukaże się w polsko-niemieckim magazynie „Dialog” 2020/13.

nia całość. Tymczasem tylko łączenie rozproszonych elementów pozwala zrozumieć otaczającą nas rzeczywistość i zmiany, którym ona podlega. Patrzenie na sytuację w Polsce przez pryzmat wydarzeń jednostkowych jest też głównym (choć nie jedynym) powodem ograniczonej efektywności Komisji Europejskiej²⁴ próbującej wyegzekwować od Polski przestrzeganie europejskich standardów praworządności. Tym wspólnym mianownikiem, który ucieka naszej uwadze, jest zbiorczy termin „niekonstytucyjne przejmowanie państwa i jego instytucji”. To, co stało się z Trybunałem Konstytucyjnym, sądami powszechnymi, Krajową Radą Sądownictwa i Sądem Najwyższym, to jedynie elementy tego metodycznego przejmowania państwa²⁵.

Istotne, że „przejmowanie” jest procesem, a nie tylko punktem w czasie i przestrzeni. Ma swoje głębokie źródła w kryzysie narracji liberalnej w byłych państwach bloku wschodniego²⁶, ale nie tylko²⁷. Liberalizm i demokracja

²⁴ Komisja potrzebowała kilku lat, aby zacząć w końcu wykorzystywać traktatowe instrumenty dla egzekwowania praworządności wobec Polski. Spośród wielu krytycznych analiz zob. w szczególności K.L. Scheppele, L. Pech, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, „Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2017/19, s. 3, i analizy tych autorów publikowane na [Verfassungsblog](http://Verfassungsblog.de).

²⁵ O tym niżej oraz: T.T. Koncewicz, *“The Existential Jurisprudence” of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey*, Reconnect, 8.08.2019 r., <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/> (dostęp: 25.01.2020 r.). Inne moje publikacje na ten temat: T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg, Part I: What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials?*, [Verfassungsblog](http://Verfassungsblog.de), 3.08.2019 r., <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg, Part II: How the Court of Justice is Spelling out the Constitution’s Unwritten Understanding(s)*, [Verfassungsblog](http://Verfassungsblog.de), 4.08.2019 r., <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *The Politics of Resentment and the Constitutional Capture. Learning from Constitutional Debacles and Thinking Counter-Strategies and Narratives*, LAPA, 2.12.2018 r., <https://lapa.princeton.edu/content/politics-resentment-and-constitutional-capture-learning-constitutional-debacles-and-thinking> (dostęp: 25.01.2020 r.); T.T. Koncewicz, *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, „Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019/26(2), s. 501; T.T. Koncewicz, *The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice [w:] EU in Populist Times. Crises and Prospects*, red. F. Bignami, Cambridge 2020.

²⁶ B. Bugarcic, *A crisis of constitutional democracy in post-communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, „International Journal of Constitutional Law” 2015/13, s. 219; B. Bugarcic, *Populist at the gates* (maszynopis w posiadaniu autora); I.T. Berend, *What is Central and Eastern Europe?*, „European Journal of Social Theory” 2005/8(4), s. 401, oraz specjalne prekursorskie wydanie czasopisma „Dedalus” z 1990 r.

²⁷ O tych procesach z perspektywy globalnej: D. Landau, *Abusive constitutionalism*, „University of California Davis Law Review” 2013/47, s. 189; O. Varol, *Stealth authoritarianism*, „Iowa Law Review” 2015/100, s. 1673; M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism*, „Cornell Law

(rozumiana jako coś więcej niż „demokracja statystyczna”, czyli rządy większości) przestają być tymi wartościami, które są traktowane jako aksjomaty systemów prawnych państw członkowskich UE. W efekcie przejmowania państwa podważone zostają zasady państwa prawnego, podziału władzy, niezależności sądownictwa, nadrzędności Konstytucji, centralnego miejsca sądu konstytucyjnego, który efektywnie kontroluje większościowego ustawodawcę²⁸.

„Przejmowanie” oznacza stopniowe osłabianie gwarancji składających się na podział władzy i przechodzenie od podstawowej zasady rozproszenia kompetencji pomiędzy różnymi instytucjami (aby wykluczyć skomasowanie władzy w jednym ośrodku) w kierunku monoinstytucji, które stoją na straży jednej oficjalnej narracji, mogą wszystko i nie mają nad sobą żadnej kontroli. Takie przejście podważa podstawowe założenie państwa liberalnego, że nie ma – i nie może być – instytucji wszechwładnej. W państwie liberalnej demokracji każda instytucja powinna być ograniczona przez prawo i może tylko tyle, ile pozwala jej obowiązujące prawo. Instytucje muszą akceptować i znosić kompetencje kontrolne wobec siebie innych instytucji działających w ramach systemu prawnego. W demokracji to prawo jest suwerenem.

Z czego jednak wynika popularność zawłaszczania instytucji i, szerzej, państwa w Polsce?

Specyfika transformacji ustrojowej oraz błędy popełnione w jej trakcie (których skalę odkrywamy dopiero teraz) sprzyjały przejmowaniu państwa prawa i instytucji przy nikłym sprzeciwie opinii publicznej²⁹. Mottem prze-

Review” 2015/100(2), s. 391; *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, red. C.R. Sunstein, New York 2018; A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, „UCLA Law Review” 2017/65, *Forthcoming*; T. Ginsburg, A. Huq, *How we lost constitutional democracy* [w:] *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, red. C.R. Sunstein, New York 2018, s. 135–156; T. Daly, *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, I-CONnect, 10.01.2017 r., <http://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

²⁸ Na temat „constitutional capture” zob. J.W. Müller, *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, Eurozine, 21.03.2014 r., <https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/> (dostęp: 25.01.2020 r.). Autor definiuje to pojęcie następująco: „constitutional capture aims at systematically weakening checks and balances and, in the extreme case, making genuine changes in power exceedingly difficult”.

²⁹ O tym wnikliwie E. Łętowska, *Państwo prawa na peryferiach Europy*, „Respublica”, 22.07.2017 r., <https://publica.pl/teksty/letowska-panstwo-prawa-na-peryferiach-europy-61676>.

wodnim transformacji ustrojowej 1989 r. było m.in. stopniowe odcinanie się od przeszłości komunistycznej: wzmocnienie sądu konstytucyjnego, wyeksponowanie państwa prawa jako meta-zasady całego ustroju, uwypuklenie znaczenia niezależnego sądownictwa. Państwo prawa było jednak budowane „od góry”, bez zwracania uwagi na to, w jaki sposób powstający nowy ład ustrojowy przekłada się na życie obywateli i jak jest przez nich rozumiany. Polska konsolidacja demokratyczna następowała w sferze deklaracji, tekstu i rozwiązań instytucjonalnych. Nie było prawdziwej dyskusji, po co obywatelom sądy, jak sądy mają sądzić, jak urzędnicy mają załatwiać sprawy, aby budować swoją społeczną legitymizację, na czym polega uznanie Konstytucji za najwyższe prawo RP itp. Odpowiedzią na problem(y) miało być tworzenie nowych instytucji i uchwalanie nowych regulacji prawnych. Odpowiedzialni za zmiany w Polsce nie do końca doceniali znaczenie procesu, który musi towarzyszyć tworzeniu coraz to nowych instytucji. Lekceważyli fakt, że wykonywanie przez instytucję swojego mandatu i kompetencji ma budować legitymizację społeczną nie tylko dla instytucji, ale w równym stopniu dla prawa, które te instytucje stosują.

Tymczasem nawet najlepiej skonstruowane instytucje muszą upaść, gdy atakowi z strony sił nieliberalnych towarzyszy brak społecznego zrozumienia, dlaczego instytucje istnieją, co i jak robią oraz jakie mają znaczenie w życiu codziennym obywateli. Brak tzw. nieformalnych reguł³⁰, które są podporą każdego dobrze urządzonego państwa, był i jest bolączką polskiej demokracji. Prawo i instytucje pozbawione społecznego zaufania i akceptacji są jak zamki budowane na piasku, a demokracja pozostaje ustrojem nieskonsolidowanym.

html (dostęp: 25.01.2020 r.). O polskiej demokracji jako demokracji peryferyjnej („democracy on the periphery”) i zaniechaniach transformacji ustrojowej po 1989 r. zob. T.T. Koncewicz, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, 7.07.2018 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

³⁰ O tym z szerszej perspektywy komparatystycznej S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die*, Crown, 2017, którzy piszą o wadze „informal rules” jako podporze każdej stabilnej demokracji. Zob. też ich wypowiedź w: U. Friedman, *How's Democracy Holding Up After Trump's First Year? It's not dying, but alarm bells are ringing*, „The Atlantic”, 13.01.2018 r., <https://www.theatlantic.com/international/archive/2018/01/trump-democracy-ziblatt-levitsky/550340/> (dostęp: 1.05.2020 r.).

Dramatyczne konsekwencje takiego odgórnego procesu widzimy i odczuwamy dzisiaj, gdy państwo prawa zostało bez większych problemów rozmontowane w ciągu pięciu lat w imię nieograniczonej woli mniejszościowego suwerena. Głos obywatelski w obronie instytucji był i jest ledwo słyszalny. Czy mogło być jednak inaczej i czy mieliśmy podstawy, by oczekiwać więcej w sytuacji, gdy Polak nie miał okazji do nauczenia się reguł demokracji i przyjęcia obowiązków wobec wspólnoty?

Pięćdziesiąt lat komunizmu nie sprzyjało budowaniu partycypacji i zaufania do państwa i prawa. Podobnie było w krótkim 20-leciu międzywojennym. Okres rozbiorów uczył zaś nie szacunku, ale raczej gloryfikował opór i nieposłuszeństwo wobec prawa (obcego) i państwa (nieswojego). Z kolei po 1989 r., poza krótkim okresem aktywności obywatelskiej w pierwszej połowie 1989 r., udział obywateli ograniczał się do symbolicznego oddania głosu w czasie wyborów, a kolejne cykle polityczne były zdominowane przez walkę polityczną „na górze” i technokratyczne podejście do konsolidacji demokratycznej według logiki „potrzebujemy więcej instytucji” i nowych przepisów prawa. W tym samym czasie Polacy rzucili się w wir walki „o swoje” – w wymiarze urządzania własnego życia i dostatku materialnego, tylko sporadycznie spoglądając w kierunku „rozpolitykowanej Warszawy”. Zasad gospodarki rynkowej uczyliśmy się znacznie szybciej niż reguł życia w demokracji...

Gdy więc PiS przeprowadziło „sprawne” i metodyczne przejęcie państwa, instytucje padały przy milczącej aprobacie opinii publicznej. Konsolidacja demokratyczna była oparta na słabych podstawach obywatelskich. Opinia publiczna dosyć łatwo uwierzyła w czarno-białe przesłanie, że Trybunał Konstytucyjny był faktycznie sądem elit, sądy zawsze były przeciwko tobie itp. Cnoty demokracji liberalnych w postaci tolerancji, poszanowania odmienności i pluralizmu nigdy nie stały się elementem codziennego życia Polaka. Wrota dla „dobrej zmiany” i powrotu polskich resentymentów i demonów, tylko chwilowo wyciszonych w czasie marszu do Europy po 1989 r., zostały uchylone na oścież... Dzisiaj Polacy zdają się nawet przyjmować do wiadomości (nie rozumiejąc powagi sytuacji), że przyjdzie im głosować w wyborach prezydenckich w 2020 r. mimo faktycznej sytuacji wyjątkowej w kraju. Pójdą albo nie pójdą i całą sytuację skwitują tradycyjnym wzruszeniem ramion, bo tak zadekretowano na górze... Czy to jest jeszcze obojętność, czy już ostateczny dowód obywatelskiej abdykacji?

A co z Europą? Jej własne problemy połączone z Polskimi demonami i zaniechaniami konsolidacji demokratycznej stworzyły zjawisko, które Martin Shapiro trafnie nazwał w swoim słowie wstępnym „perfect political storm”.

Obecnie Europa przeżywa falę, którą możemy nazwać polityką resentymentu³¹. Polityka resentymentu nie ma jednej receptury czy jednego kształtu³². Zawsze jest wynikiem splotu czynników, takich jak: historia, kultura, temperament narodowy, polityka mikro na poziomie krajowym. Jednak wykluczenie i nieufność to zawsze dwie siły sprawcze resentymentu: zwrócenie się mas przeciwko elitom podsycone jest populistycznym przekazem, że za moimi niepowodzeniami stoją owe tajemne siły, które knują na moją szkodę. Postępuje więc wykluczenie innego, budowanie wspólnoty ludzi, którzy wyglądają i myślą tak jak ja, nieufność, egalitaryzm, atak na autorytety rzekomo służące mniejszości. U źródeł polityki resentymentu leżą polityka zwrócona do wnętrza oraz historie narodowe widziane od wewnątrz i konfrontowane ze światem zewnętrznym według antagonizującego „lepsi my v. gorsi oni”. Tylko ci pierwsi mają prawo należeć do narodu. Każdy, kto myśli i czuje inaczej niż większość, jest ciałem obcym w wersji łagodnej albo gorszym sortem czy zdrajcą w wersji radykalnej.

Przejmowanie państwa kieruje się swoją własną, wewnętrzną logiką. Najpierw ludzie tracą zaufanie do państwa i instytucji publicznych. Zaczynają wierzyć, że dotychczasowa władza nie zaspokaja oczekiwań, zawodzi, że może być lepiej, niż jest. To, co mamy, jest postrzegane jako niewystarczające. Chcemy więcej, choć nie wiemy dokładnie, jak to więcej i lepiej zdefiniować. Głosy umiarkowane broniące *status quo* są spychane na margines. Zwycięża narracja, że wszystko, co było dotąd, to jakaś fantasmagoria, że państwo było przeciwko zwykłym obywatelom, że – cytując – amerykański *Main Street* (symboliczny „zapomniany Kowalski”) zawsze przegrywał z *Wall Street*³³.

³¹ *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, red. A. von Bogdandy, P. Sonnevend, Oxford–Portland 2015 z dalszymi odesłaniami do literatury; M. Bánkuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *Hungary's illiberal turn: disabling the Constitution*, „Journal of Democracy” 2012/23(3), s. 138; I. Pogany, *The crisis of democracy in East Central Europe: the 'New Constitutionalism' in Europe*, „European Public Law” 2013/19, s. 341.

³² T.T. Koncewicz, *Understanding the Politics of Resentment*, 28.09.2017 r., Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/understanding-the-politics-of-resentment/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

³³ Ta narracja jest także obecna w kryzysie demokracji w Stanach Zjednoczonych, gdy argument z „zapomnianego człowieka” jest jednym z centralnych elementów narracji i polityki

Dotychczasowa rzekomo gorzej traktowana większość ma w końcu odzyskać głos i przegonić tę obrzydliwą elitę, która reprezentuje mniejszość. Z taką retoryką oraz z takimi przekonaniem oddawany jest głos na tych, którzy mówią: „obrzydliwe elity i owa mityczna mniejszość były źródłem opresji wystarczająco długo”, „oddaj głos na nas, to przywrócimy tobie, prześladowana większości, należne miejsce i wpływ”, „system jest zły i trzeba go zmienić, a sposobem jest oddanie głosów na tych, którzy są antysystemowi”.

Taki obraz trafia na podatny grunt. Dotychczasowi rządzący tracą władzę, przejmują ją nowi i zaczyna się dobra zmiana zgodnie z zapowiedziami. W dalszym rozwoju wydarzeń następuje nieodpowiedzialna polityka rozdawnictwa i polegania na najniższych emocjach i potrzebach. Głosy i poparcie kupuje się za 500 zł w nadziei, że suweren nie będzie się nazbyt wtrącał w to, co robi władza nowo wybrana. Ci, co dostają owe 500 zł, są zadowoleni, ci, którzy nie, też – bo i tak nigdy się życiem publicznym nie interesowali. Nowi rządzący już myślą o utrzymaniu władzy, dlatego kolejnym krokiem jest wykluczenie zdobywców władzy przez opozycję, tak aby powrót tej ostatniej był niemożliwy.

W tym samym czasie trwa konsekwentny proces rozmontowywania systemu gwarancji praw obywatelskich i ograniczeń władzy, wygaszanie oporu i niezależności. W Polsce najpierw padł Trybunał Konstytucyjny, potem, albo równoległe, zostały przejęte sądy, centralne urzędy, spółki Skarbu Państwa... Wkrótce czas przyjdzie na samorządy³⁴. Gdy w końcu budzimy się i wyrrywamy (jeżeli w ogóle, bo takiego wyrwania wcale nie możemy uznawać za pewnik) z dotychczasowego pasywizmu, jest już za późno, bo państwo i jego instytucje zostały efektywnie przejęte. Wynik wyborów politycznych może wprowadzić (teoretycznie przynajmniej) doprowadzić do zmiany rządzących, ale odwrócenie konsekwencji faktów dokonanych poza urną i procesu przejęcia państwa będzie trwało znacznie dłużej.

W efekcie tego procesu mamy sytuację zupełnie nową w skali Unii Europejskiej: państwa przejęte i zawłaszczone w wyniku rozlewającego się

D. Trumpa. Zob. B. Gage, *Who is the 'Forgotten Man'?*, „New York Times” z 9.11.2016 r., <https://www.nytimes.com/interactive/projects/cp/opinion/election-night-2016/who-is-the-forgotten-man> (dostęp: 25.01.2020 r.).

³⁴ Szczególnego znaczenia nabiera w tym kontekście „Posłowie” Prezydenta Gdyni dr. W. Szczurka.

resentymentu przestają być wprawdzie państwami demokratycznymi w liberalnym znaczeniu, a mimo to nadal zasiadają przy tym samym stole, funkcjonują i głosują jak każde inne! W efekcie w Unii możemy mieć państwa członkowskie, które nie są państwami demokratycznymi i których konstytucje odrzucają ład liberalny. To zmiana epokowa i wydaje się, że do dzisiaj Unia próbuje dojść do ładu z tą nową rzeczywistością, lecz – sądząc po anemicznych reakcjach wobec Polski – wychodziło jej to przez długi czas z mizernym rezultatem. Dlaczego? Komisja od początku patrzyła na drzewa, a nie widziała lasu, skupiała się na łodzi, a zapominała o celu podróży. Komisja mówiła o jednostkowych przypadkach naruszenia praworządności, trójpodziału władzy, niezależności sądownictwa, mediów (listę można wydłużyć), zamiast skupić się na procesie przejmowania tych instytucji i zawłaszczania dyskursu publicznego przez jedną opcję, na procesie, który trwa i jest rozłożony w czasie³⁵. Gdyby Komisja spojrzała w sposób całościowy, nie dałaby się wciągnąć w grę wyznaczania kolejnych terminów, pustych sloganów o trwającym dialogu w dobrej wierze, wezwań do poszanowania konstytucji i innych podobnie brzmiących formułek. Taka gra (którą Viktor Orbán pogardliwie nazwał „tańcem pawia”) polega na fałszywych ruchach koncyliacyjnych na powierzchni, zgodnie z regułami gry europejskiej (negocjacje, kompromis, ucieranie stanowisk), które jednak w rzeczywistości mają ukrywać to, co się dzieje pod powierzchnią,

³⁵ J.W. Müller, *On the side of democracy*, Eurozine, 2.05.2013 r., <http://www.eurozine.com/on-the-side-of-democracy/> (dostęp: 25.01.2020 r.); J.W. Müller, *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, ELJ 2015/21(2), s. 141–160; J.W. Müller, *The failure of European intellectuals?*, Eurozine, 11.04.2012 r., <http://www.eurozine.com/the-failure-of-european-intellectuals/> (dostęp: 25.01.2020 r.); J.W. Müller, *What, if anything, is wrong with a Copenhagen Commission?*, „Transatlantic Academy Working Paper”, lipiec 2013 r., http://www.transatlantic-academy.org/sites/default/files/publications/Mueller_CopenhagenCommission_Jul13.pdf (dostęp: 1.05.2020 r.); J. Dawson, S. Hanley, *What's wrong with East-Central Europe?*, „Journal of Democracy” 2016/27(1), s. 20–34; I. Krastev, *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, „Journal of Democracy” 2016/27(1), s. 35–39; C. Walker, L. Way, *The authoritarian threat*, „Journal of Democracy” 2016/27(1), s. 46–63; *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area...*, red. A. von Bogdandy, P. Sonnevend; J. Kornai, *Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy*, „The Journal of Democracy” 2015/26(3), s. 34–38; A. Mungiu-Pippidi, *The transformative power of Europe revisited*, „The Journal of Democracy” 2014/25(1), s. 20–32; także analizy w specjalnym wydaniu „Journal of Democracy” 2007/18(4), w części: „Is East-Central Europe Backsliding?”. Ostatnio T.T. Konciewicz, *The democratic backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, *Constitutional Resilience*, 18.12.2018 r., <https://reconnect-europe.eu/blog/european-constitutional-design-error-konciewicz/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

i w ten sposób zdobywać element, który dla przejścia jest najbardziej drogocenny – czas³⁶.

„Lekcja” Orbána była i jest prosta, a obecna większość parlamentarna w Polsce dowodzi, że jest pojętym uczniem węgierskich lekcji z przejmowania państwa: z Unią Europejską należy grać na zwłokę, zapewniać, że słuchamy, bierzemy pod uwagę, zrobimy wszystko, co w naszej mocy, aby uchybienia wyeliminować, a w rzeczywistości przejmujemy bezwzględnie kolejne instytucje, wygaszamy stopniowo każde gniazdo niezależności, tak aby państwo stało się przejętym łupem. Odkręcenie tego wszystkiego (odbicie państwa definitywnie przejętego) jest nieporównywalnie trudniejsze niż zastopowanie przejścia w czasie, gdy cel końcowy nie został jeszcze osiągnięty. Gdy Unia się ocknie, czas na jakiegokolwiek ruchy już dawno minie. Wyznaczane kolejne ultimatum były jedynie środkiem do bezprawnego celu (zawłaszczenia instytucji), zamiast – wbrew szumnym zapowiedziom stroszącego europejskie pióra fałszywego polskiego pawia – zmierzać do załagodzenia konfliktu. To ostatnie nigdy nie było nawet rozważane, choć przekaz na zewnątrz szedł zupełnie inny, aby kupić czas potrzebny do sfinalizowania przejścia. Komisja wyznaczała naiwnie kolejne terminy, dochodząc w swojej polityce w grudniu 2016 r. do granic śmieszności, gdy tymczasem Trybunał Konstytucyjny upadał coraz niżej pod ciężarem kolejnych ciosów³⁷. Pod koniec zresztą sam rząd polski nie ukrywał już swoich intencji. Gdy poczuł niemoc Komisji, drwił z niej otwarcie i bez zażenowania.

Słowom tym można zarzucić przesadę. Jednak bezlitosne i wyrachowane, krok po kroku, przejście polskiego sądu konstytucyjnego jest najlepszym przykładem przejścia dokonanego. To nie stało się w grudniu 2015 r., gdy do Trybunału Konstytucyjnego zostali powołani „fałszywi sędziowie” (to sformułowanie lepiej oddaje istotę ich powołania niż nieco ambiwalentne i niefortunne określenie „sędziowie dublerzy”), ale trwa aż do dziś. Wprowadzenie „fałszywych sędziów” było wyłącznie jednym z elementów w zaplanowanym z góry i mistrzowsko w swojej demonicznej zrealizo-

³⁶ J.W. Müller, *The Problem with Poland*, „The New York Review of Books”, 11.02.2016 r., <https://www.nybooks.com/daily/2016/02/11/kaczynski-eu-problem-with-poland/> (dostęp: 25.01.2020 r.).

³⁷ T.T. Koncewicz, *Of institutions, democracy, constitutional self-defence and the rule of law: The judgments of the Polish Constitutional Tribunal in Cases K 34/15, K 35/15 and beyond*, CMLR 2016/53(6), s. 1753.