

Jak odbudować państwo prawa w Polsce?

O Prawie, o Nas Samych, o Europie i o Obietnicy „Nawyków Serca”

Tomasz Tadeusz Koncewicz*

*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*

*K. Kawafis, Che fece ... il gran rifiuto
(tłumaczenie Zbigniewa Kubiaka)*

Przed kolejnymi wyborami parlamentarnymi odzywają się coraz częściej głosy i pytania co dalej. Jak przywrócić w Polsce państwo prawa i czy jest to jeszcze w ogóle możliwe? Za tymi dramatycznie brzmiącymi pytaniami kryje się wielkie i trudne wyzwanie, a efekt końcowy jest wypadkową wielu czynników społecznych, kulturowych, ekonomicznych i politycznych. Jako prawnik myślę jednak o prawnym aspekcie tej dyskusji. Aby miała ona sens i brała pod uwagę punkt, w którym dzisiaj się znajdujemy, kierunek marszu musi zostać dobrze nakreślony, nacisk na państwo prawa prawidłowo rozłożony i wyzwania w sposób czytelny nazwane. Oczywiście, że od silnej i pryncypialnie wiernej Konstytucji opozycji politycznej wiele tutaj będzie zależeć, ponieważ w każdym dojrzałym systemie demokratycznym to opozycja polityczna stanowi jeden z kluczowych demokratycznych ograniczeń władzy większościowej. Jeżeli jednak nowe liberalne i społecznie odpowiedzialne otwarcie („początek”) mają być rzeczywiste i poważne, sama wiara w moralny kręgosłup opozycji, jej sprawność organizacyjną, wizję i odwagę jej przywództwa (mając na uwadze anemiczność i miślność polskiej opozycji wszystkie wymienione elementy są przyszłe i niepewne niestety), nie mogą absolutnie wystarczać. Pesymizm ten jest oparty na latach 2015–2023, a nie jednostkowym marszu 4.6.2023 r. Ten ostatni nic nie zmienia, jeśli chwilowa mobilizacja

nie zostanie przekuta w długofalowy i mniej spektakularny wysiłek obywatelskiej pracy organicznej, która nam Polakom, zawsze doskonałym w pierwszym porywie, nigdy nie wychodził.

Co jest więc nam potrzebne, aby państwie prawa dać w Polsce jeszcze raz szansę i wierzyć, że to może być istotnie nowy początek, bez jednak popełniania błędów przeszłości?

PROLOG: Zapomnij o łodziach, skup się na podróży

W Polsce A.D. 2023 represje wobec sędziów¹ i prokuratorów² są na porządku dziennym. Legalistyczna represja jest podszyta manipulacją i bezwzględną instrumentalizacją przez ludzi pozbawionych jakichkolwiek zasad i moralności³. Takie postawy są dzisiaj nagradzane⁴. To mocne słowa, ale w 2023 r. destrukcja wymiaru sprawiedliwości w Polsce nie pozostawia jakichkolwiek złudzeń. To, co stało się z Trybunałem Konstytucyjnym, sądami powszechnymi, Krajową Radą Sądownictwa i Sądem Najwyższym (lista jest daleka niestety od wyczerpującej ...) to jednak nie są przypadkowe zdarzenia⁵. Wprost przeciwnie łączy je wspólny mianownik

* Autor jest profesorem prawa, kierownikiem Katedry Prawa Europejskiego i Komparatystyki Prawniczej na Uniwersytecie Gdańskim; 2022–2023 Visiting Fellow/Professor, European University Institute; Członkiem Editorial Board *Oxford Encyclopedia of EU Law* i Zespołu Ekspertów ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu RP, adwokatem. Zasiada w *Radzie Fondation Jean Monnet pour L'Europe* w Lozannie.

¹ Zob. J. Kościerzyński (red.), Raport: Wymiar sprawiedliwości pod presją. Lata 2015–2019, dostępny na https://www.iustitia.pl/images/pliki/raport2020/Raport_PL_2020.pdf oraz streszczenie J. Kościerzyński, Streszczenie raportu „Wymiar sprawiedliwości pod presją – represje jako metoda walki o przejęcie kontroli nad władzą sądowniczą i Prokuraturą w Polsce. Lata 2015–2019”, *Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA*2/2020, s. 102 na <https://www.kwartalnikiustitia.pl/wp-content/uploads/2020/10/2-40-2020-SIR1.pdf>

² M. Jajoszewski, Ścigają prokuratora, który nie chciał stawiać zarzutów za Smoleńsk. Izba Dyscyplinarna uchyliła mu immunitet, na <https://oko.press/beda-scigac-prokuratora-ktory-nie-chcial-stawiac-zarzutow-za-smolensk>.

³ Tylko przykładowo: Afera hejtera, czyli co robią sędziowie w ministerstwie. Kto poza Piebiakiem przeszedł na ciemną stronę mocy? na <https://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1426994,hejt-na-sedziow-lukasz-piebiak-zbigniew-ziobro.html> i *Piebiak* poleca „utłuc kaściaka”. Rzecznik *Radzik* zamawia donos na <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/piebiak-poleca-utluc-kasciaka-a-sedzia-wszczyna-awanture-w-czeskiej-knajpie-w-obronie/cvd01xd>.

⁴ Tylko np.: Afera Łukasza Piebiaka. Ministerstwo aprobowało hejt na sędziów na <https://wiadomosci.onet.pl/afery-lukasza-piebiaka-ministerstwo-aprobowalo-hejt-na-sedziow> i Sędzia kojarzony z aferą hejterską ma awansować o dwa stopnie w górę na <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art37751701-sedzia-kojarzony-z-afery-hejterska-ma-awansowac-o-dwa-stopnie-w-gore>.

⁵ Wątki poruszane poniżej nawiązują do i opierają się na T.T. Koncewicz, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey*, <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/>; On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/> i On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten

w postaci konsekwentnego przejmowania państwa w wszystkich jego wymiarach i ostateczny cel: władza działająca poza wszelką kontrolą⁶. Specyfika polskiej transformacji ustrojowej oraz błędy popełnione w jej trakcie (których skalę odkrywamy dopiero teraz, o czym niżej) sprzyjały przejmowaniu państwa prawa i instytucji przy nikłym sprzeciwie opinii publicznej⁷.

Chcę jasno podkreślić, że pisząc w maju 2023 r. na gruzach polskiego państwa prawa⁸ mój głos nie może być (jak było to niestety odbierane często przed 2015 r.) traktowany jako prosty głos krytyki⁹. Dzisiaj to dramatyczny apel o gotowość do zmiany, przewartościowania i do krytycznej i niełatwej samorefleksji w momencie, gdy stawką jest przetrwanie polskiego wymiaru sprawiedliwości i państwa prawa. Ten tekst to przede wszystkim zgłoszona w dobrej wierze rada „*amicus curiae*”, osoby wierzącej w „kulturę ograniczenia” jako niezbędny element demokracji liberalnej i w walor sądowego rozstrzygnięcia sporów, który powinien dawać każdemu zarówno szansę przedstawienia swoich racji, jak i nadzieję rzeczywistego wysłuchania nie tylko przez niezależnego i bezstronnego sędziego, ale także takiego, który jest otwartym, myślącym konstruktywnie i krytycznie arbitrem rozstrzygającym prawdziwe problemy. To głos osoby, która rozumie, że państwa prawa nie buduje się tylko od góry, ale także poprzez tworzenie nawyków serca i praktykowanie *rule of law* no co dzień (tytułowe „o nas samych” i „nawyki serca”) tak, aby Konstytucja stała się „moją konstytucją”, sędzia „dobrym sędzią”, prawo „prawem z ludzką twarzą”, a państwo wyrastało ze wspólnoty opartej na otwartości, tolerancji i akceptacji dla różnorodności, zakorzenionej mocno w europejskiej współ-

nocie wartości (tytułowa „Europa”). Tutaj nie ma prostej recepty na powodzenie. Co więcej, pisząc ten tekst nie mogę być nawet pewien, czy po 8 latach niewyobraźalnego bezprawia i faktycznej zmiany profilu konstytucyjnego państwa polskiego z demokracji liberalnej w demokrację statystyczną funkcjonującą na peryferiach Europy, pozytywna odpowiedź na pytanie postawione w tytule jest jeszcze w ogóle możliwa.

Dzisiaj żyjemy w czasie próby i niepokojących oraz pozostających bez stanowczych odpowiedzi pytań: czy sędziowie powszechni orzekający na pierwszej linii będą mieli wystarczająco dużo odwagi, aby konsekwentnie i na dłuższą metę mówić „nie” władzy i orzekać wbrew jej oczekiwaniom?¹⁰ Czy aby jednak w 2023 r. nie płacimy ceny za brak dyskusji o etosie sądenia i zaniechania w zakresie budowania przez sądy społecznej legitymizacji dla swojej władzy? Przed 2015 r. sędziowie mogli mnie słuchać lub nie, i po prostu wrócić do ... „sprawiedliwości z taśmy”, jak to jeden z sędziów nazwał na jednym z moich wykładów poświęconych interpretacji prawa w XXI w. Dzisiaj tego komfortu już nie mamy, ponieważ inna jest stawka i pilność materii. **Stawka** jest dramatycznie większa niż 8 lata temu, bo od zmiany w sercach i głowach sędziów zależy przetrwanie niezawisłego sądownictwa w Polsce. **Pilność** z kolei jest zdefiniowana przez konieczność działania „tu i teraz” przez samych sędziów w duchu sprawiedliwszego orzekania. Nie ma już czasu na czekanie czy liczenie, że burza jakoś minie i wróci *status quo*. Nie wróci! Taka jest logika czasów rewolucyjnych, w których żyjemy. Bez podjęcia wyzwania przez sądy i samych sędziów w obrębie swojej przestrzeni, PIS zniszczy sądy do cna i zbuduje nowe na swoją modłę przy aprobacie, a co najmniej pasywności, ludzi.

Understanding(s) Part II, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>. The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles, w: K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin, Warsaw 2019; Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart, „Indiana Journal of Global Legal Studies” Nr 26/2019, p. 501; The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice, w: F. Bignami (red.), EU in Populist Times. Crises and Prospects, Cambridge University Press 2020; The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design, w: X. Contiades, A. Fotiadou (red.), Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change, Routledge 2020 oraz Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego, Warszawa 2020, w szczególności rozdziały I i V.

⁶ Szeroko o procesie przejmowania państwa w Polsce i jego logice piszę w Unijny etos sądenia. O fundamentach, meta polityce i POLEXIT, w: A. Bodnar, A. Płoszka, (red.), Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego, Warszawa 2020, s. 872–901, w szczególności s. 872 i n. oraz Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości, Warszawa 2021. Prolog nawiązuje do tych opracowań. Z perspektywy komparatystycznej D. Landau, *Abusive constitutionalism*, „University of California Davis Law Review” Nr 47/2013, s. 189; O. Varol, *Stealth authoritarianism*, „Iowa Law Review” Nr 100/2015, s. 1673; M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism*, „Cornell Law Review” Nr 100(2)/2015, s. 391; C.R. Sunstein (red.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York 2018; A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, „UCLA Law Review” Nr 65/2017; T. Ginsburg, A. Huq, *How we lost constitutional democracy*, w: C.R. Sunstein (red.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York 2018, s. 135–156; T. Daly, *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, I-CONnect, <http://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/>; B. Bugarcic, *A crisis of constitutional democracy in post-communist Europe: „Lands in-between” democracy and authoritarianism*, „International Journal of Constitutional Law” Nr 13/2015, s. 219; B. Bugarcic, *Populist at the gates* (maszynopis w posiadaniu autora) i rozdział B. Bugarcica, w: F. Bignami, EU in Populist Times. Crises and Prospects, Cambridge 2020; także I.T. Berend, *What is Central and Eastern Europe?*, „European Journal of Social Theory” Nr 8(4)2005, s. 401.

⁷ O tym E. Lętowska, *Państwo prawa na peryferiach Europy*, „Respublica” 22.7.2017 r., <https://publica.pl/teksty/letowska-panstwo-prawa-na-peryferiach-europy-61676.html> (dostęp: 25.1.2020 r.). O polskiej demokracji jako demokracji peryferyjnej („*democracy on the periphery*”) i zaniechaniach transformacji ustrojowej po 1989 r. zob. też T.T. Konciewicz, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, <https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/> oraz *When legal fundamentalism meets political justice. The case of Poland*, (2022)55 Israel Law Review 302.

⁸ T.T. Konciewicz, *On the rubble of the rule of law*, Eurozine, <https://www.eurozine.com/on-the-rubble-of-the-rule-of-law/>

⁹ Przykładowo *Prawo i niesprawiedliwość*, Gazeta Wyborcza, 11.9.2012 r.; *Sądzie, sądzi, Polityka* 2012, Nr 50; *Sędziów polskich trzeba uczyć*, In Gremio 2013, Nr 3; *Nie(ludzki) polski sąd*, In Gremio 2013, Nr 4.

¹⁰ O tym też rozmowa A. Łukaszewicz z A. Strzemboszem i T.T. Konciewiczem, *Historia pokazała, że warto być uczciwym*, „Rzeczpospolita” z 22.01.2020 r.

Wiem, że to bardzo trudna dyskusja i będą w niej padać trudne pytania, ale nie można jej ani tych pytań odkładać choćby o jeden dzień dłużej. Uczciwa dyskusja musi wyjść poza perspektywę instytucjonalną¹¹. Poniższa analiza stawia sobie ambicję otwarcia nowego rozdziału w studiach nad tym, co się wydarzyło i trwa w Polsce w latach 2015–2023 i trwa nadal: zamiast rwania szat i rozpamiętywania w duchu „co by było, gdyby”, stara się raczej zadać trudniejsze pytanie o to, *dłaczego* i, przede wszystkim, jak i co dalej?¹². Dlatego, gdy już nastaną lepsze czasy dla rządów prawa, konieczne będzie przeprowadzenie rzeczywistej i trudnej, bo krytycznej, rozmowy o etosie sądenia polskiego sędziego, w nadziei, że sami sędziowie rozumieją dzisiaj, że taka rozmowa (mocno spóźniona) nie może już być odwlekana i że nie każda krytyka musi być automatycznie wekslowana jako niedopuszczalny atak. Prof. Tomasz Kaczmarek pisał wnikliwie: „O kondycji wymiaru sprawiedliwości decyduje nie tylko dobre prawo, ale również dobry sędzia. Wymaganie od sędziego, aby był on człowiekiem gruntownie wykształconym, czytającym, o otwartym sposobie myślenia, emocjonalnie zrównoważonym i refleksyjnym w postrzeganiu ludzi i przeżywaniu świata, stale towarzyszy życzeniom określającym etos sędziego”¹³. W 2023 r. tylko takie szersze spojrzenie, zamiast zaklinanie starego *status quo*, ma sens, jeśli mamy mieć jeszcze kiedykolwiek szansę oddychać *rule of law* w Polsce. Ta stawka musi być jasno zrozumiała dla wszystkich od samego początku. Poniżej jednak dyskusja o etosie sądenia jest wprost związana z zupełnie dotąd zaniedbanym wymiarem socjologicznym zakorzenienia władzy sądowej, a szerzej instytucji i państwa prawa jako meta zasady polskiego porządku prawnego, w nawykach serca i postawach obywateli. Prawdziwa walka o państwo prawa rozegra się właśnie na poziomie tych nawyków i postaw.

W Polsce wszystko zaczęło się więc od demontażu niezależnego Trybunału Konstytucyjnego. Jeśli chcesz rządzić bez ograniczeń, musisz przejść instytucję, która jest powołana do kontroli władzy i ma chronić obywatela przed tą władzą. Proces destrukcji zawsze zaczyna się od sądu, który kontroluje konstytucyjność prawa, ponieważ ten sąd jako kontroler władzy jest podstawowym przeciwnikiem autokratów. Zniszczenie z kolei tego sądu wpływa na funkcjonowanie całego systemu prawnego. Potem przychodzi czas na prokuraturę, sądy powszechne, media ...¹⁴. Dlaczego przejście arbitra ma tak kluczowe znaczenie? Trzeba tu przyjąć perspektywę długofalową. To, co nadal nie jest do końca doceniane, to fakt, że dla legalistycznych autokratów sąd konstytucyjny nie jest zwykłą przeszkodą, którą po prostu trzeba usunąć. Plan jest znacznie bardziej wyrafinowany. Rola sądu konstytucyjnego jako jednego z filarów liberalnego porządku demokratycznego przekształca się z instytucji stanowiącej przeciwwagę dla większościowego ustawodawcy w bezkrytycznego sprzymierzeńca większości i bezwstydnego pomocnika rządu. Przejście tego sądu jest więc perłą w koronie autokratycznych

liderów. Proces rozpoczęty w grudniu 2015 r. zapoczątkował zmianę w tożsamości państwa: od państwa prawa do państwa bezprawia. Dzisiaj Polska jest państwem, w którym: i) kontrola sądowa jest wykorzystywana jako miecz wymierzony w przeciwników politycznych i szerzej w tych wszystkich, którzy myślą inaczej niż obecna większość parlamentarna; ii) kontrola konstytucyjna jest zinstrumentalizowana w służbie programu politycznego; iii) sądy mają ograniczać się do podstemplowywania niekonstytucyjnych inicjatyw rządu.

Co (i czy w ogóle jeszcze coś)? Możemy więc zrobić na tych zgłiszczach, jeszcze czasami rozświetlanych godnymi uznania aktami sędziowskiego oporu i sprzeciwu, czy jak ostatnio obywatelskim wzmożeniem?

I. Niedokończona konsolidacja demokratyczna

Mam wrażenie, że zadający pytanie i poszukujący nań odpowiedzi, nie dostrzegają jednego elementu, kluczowego dla powodzenia procesu przywracania państwa prawa i zaufania do niego wśród obywateli. Jego brak jest jednym z powodów sukcesu wyborczego PIS. Dyskusja jest niebezpiecznie jednostronna, ponieważ dominuje w niej myślenie instytucjonalne. Wysiłek ma słusznie koncentrować się na wskrzeszeniu Trybunału Konstytucyjnego, odbudowaniu niezawisłego sądownictwa powszechnego, czy odpolitycznieniu prokuratury. Nie ulega wątpliwości, że konieczny nowy ład instytucjonalny ma fundamentalne znaczenie, tym razem jednak perspektywa czysto instytucjonalna już nie wystarczy. Podejmując trud poszukiwania odpowiedzi na postawione wyżej pytanie, musimy nauczyć się wyciągać wnioski z błędów przeszłości. Przywracanie państwa prawa nie może być ograniczone do (niewątpliwie ważne) dyskusji o instytucjach, procedurach i mechanizmach. Tym razem wielki wysiłek musi być skierowany na budowanie społecznego rozumienia tychże.

Po 1989 r. mottem przewodnim zmian było stopniowe odcinanie się od przeszłości komunistycznej: wzmocnienie sądu konstytucyjnego, wyeksponowanie państwa prawa jako meta zasady całego ustroju, uwypuklenie znaczenia niezawisłego sądownictwa *etc.* Osiągnięcia w tym zakresie są niewątpliwie

¹¹ J. Czaja, M. Matczak, T. Zalasinski, W. Jasiński, Ł. Bojarski (red.), Jak przywrócić państwo prawa? (Fundacja Batorego, 2020), <https://www.batory.org.pl/publikacja/jak-przywrocic-panstwo-prawa/>.

¹² Zob. też opracowania *Rechtsstaatlichkeit. Das Ende der liberalen Demokratie in Polen? Praworządność. Koniec liberalnej demokracji w Polsce?*, w: DIALOG Nr 131/2020 (<https://www.dialogmagazin.eu/ausgaben-details/nr-131-2020.html>) i Kryzys Państwa Prawa, w: *Czas Kultury* 4/2020 (<http://czaskultury.pl/magazyn/czas-kultury-42020-207/>) oraz analiza niżej.

¹³ Przedmowa, w: T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2015, s. VI.

¹⁴ Szeroko o tym piszę *In Jerusalem my Heart wanted to Scream out: „I am Polin, too”*, <https://verfassungsblog.de/in-jerusalem-my-heart-wanted-to-scream-out-i-am-polin-too/> oraz *Z Izraela przywiozłem kilka lekcji dla naszej zagubionej i bezradnej opozycji*, *Gazeta Wyborcza* 18.4.2023 r., <https://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,29666328,tomasz-koncewicz-z-izraela-przywiozlem-kilka-lekcji-dla-naszej.html>.

i nastrajają dumą. Członkostwo w Unii Europejskiej w 2004 r. było w pewnym sensie kulminacją tego wielkiego wysiłku instytucjonalnego. Problemem jednak, o czym boleśnie przekonaliśmy się po 2015 r., jest to, że polskie państwo prawa było budowane „od góry”, bez zwracania uwagi na to, w jaki sposób powstający nowy ład ustrojowo-instytucjonalny 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, a urzędnicy załatwiać sprawy, aby budować swoją społeczną legitymizację? Na czym polega uznanie Konstytucji za najwyższe prawo RP? *etc.* 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, 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.

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. Prawo i instytucje pozbawione społecznego zaufania i akceptacji są jak zamki budowane na piasku. Dramatyczne konsekwencje takiego odgórnego procesu widzimy i odczuwamy dzisiaj, gdy państwo prawa zostało bez większych problemów rozmontowane w ciągu 4 lat w imię nieograniczonej woli większości. Głos obywatelski w obronie instytucji był i jest ledwo słyszalny, ale czy mogło być inaczej i czy mieliśmy podstawy oczekiwać więcej, skoro Polak nigdy nie miał okazji nauczyć się reguł demokracji i przyjąć obowiązków wobec wspólnoty? Wcześniej 50 lat komunizmu nie sprzyjało budowaniu partycypacji i zaufania do państwa i prawa, o krótkim 20-leciu międzywojennym nie wspominając. 123 lata rozbiorów z kolei uczyło nie szacunku, ale raczej gloryfikowało opór i nieposłuszeństwo wobec prawa (obcego) i państwa (nieswojego). Z kolei po 1989 r., poza krótkim wzmożeniem obywatelskim w pierwszej połowie 1989 r., głos 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 odgórnej 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 przeprowadził „sprawne” i metodyczne przejście 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 TK był faktycznie sądem elit, że sądy zawsze były przeciwko tobie *etc.* Cnoty demokracji liberalnej w postaci tolerancji, poszanowania odmienności i pluralizmu, nigdy nie stały się elementem codziennego życia i praktyki Polaków. 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 ...

Tymczasem, o czym boleśnie przekonujemy się od 2015 r., nawet najlepiej skonstruowane instytucje muszą upaść, gdy atakowi ze 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 reguł¹⁵, 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. 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 oczekiwać więcej, w sytuacji, gdy Polak nigdy nie miał okazji nauczyć się reguł demokracji i przyjąć obowiązków wobec wspólnoty? Wcześniej 50 lat komunizmu nie sprzyjało budowaniu partycypacji i zaufania do państwa i prawa, o krótkim 20-leciu międzywojennym nie wspominając. 123 lata rozbiorów z kolei uczyło nie szacunku, ale raczej gloryfikowało opór i nieposłuszeństwo wobec prawa (obcego) i państwa (nieswojego). Z kolei po 1989 r., poza krótkim wzmożeniem obywatelskim w pierwszej połowie 1989 r., głos 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 przeprowadził „sprawne” i metodyczne przejście 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

¹⁵ O tym z szerszej perspektywy komparatystycznej S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die*, New York 2017), którzy piszą o wadze „*informal rules*” jako podporze każdej stabilnej demokracji.

Konstytucyjny był faktycznie sądem elit, sądy zawsze były przeciwko tobie itd.¹⁶. 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 ...

Obojętność, by nie powiedzieć obywatelska abdykacja były do niedawna normą. Dzisiaj jednak coraz większa część społeczeństwa wydaje się w końcu rozumieć powagę sytuacji i życia w państwie, w którym stan naruszania Konstytucji ma charakter permanentny¹⁷, władza funkcjonuje poza wszelką kontrolą, a o kwestiach dla obywateli najistotniejszych może wyrokować pseudo sąd konstytucyjny orzekający większością głosów osób powołanych niezgodnie z Konstytucją. W konsekwencji staliśmy się obywatelami państwa pozbawionego wszelkich bezpieczników. Źródłem prawa stają się konferencje prasowe premiera i ministrów, a prawa i wolności obywatelskie są ograniczane poza wszelką kontrolą w drodze dowolnie wydawanych i jeszcze dowolniej zmienianych rozporządzeń.

II. Polityka resentymentu jako doktryna konstytucyjna

Kiedyś rozróżnienie było proste: demokraci byli za demokracją i liberalizmem, a przeciwnicy demokracji – rządy autorytarne – byli przeciwko demokracji i liberalizmowi.

Dzisiaj rządy autokratyczne – a takie mamy w Polsce – są za demokracją, ale przeciwko liberalizmowi. Obóz władzy definiuje demokrację w sposób najprostszy, by nie rzec prymitywny jako rządy większościowego ustawodawcy, który nie jest związany niczym poza aktualną wolą suwerena. Konstytucjonalizm prawidłowo rozumiany – konstytucjonalizm liberalny – wiąże zarówno suwerena, jak i wybranych przez suwerena. To jest ograniczenie nałożone na obydwie grupy, które szanują i akceptują, że jakkolwiek zmiana zastanego stanu i ładu społecznego musi nastąpić w obrębie systemu konstytucyjnego.

Ostatnie 8 lat w Polsce pozwalają sformułować dziesięć podstawowych reguł, którymi kieruje się obecna władza. Te reguły kreślą wizję państwa i prawa, które są obce demokracji liberalnej¹⁸ i które składają się na anty-konstytucję. Ta anty-konstytucja powinna fokusować nasze obywatelskie NIE. Antykonstytucyjny dekalog składa się na wyrafinowany projekt, który jednak z konstytucją ma niewiele wspólnego. Rację ma *Scheppele*, gdy pisze: „w momencie gdy mandat wyborczy i prawo są wykorzystywane w służbie nieoliberalnego programu, mamy do czynienia z legalistycznym autorytaryzmem”¹⁹. Anty-konstytucja jest ukoronowaniem takiego autorytarne przewrotu ubranego w szaty prawa²⁰. To ostatnie podlega bezlitosnej deformacji i instrumentalizacji w imię antykonstytucyjnej i niczym niekontrolowanej woli większości. Tylko analiza holistyczna pozwala dostrzec, że za dominującymi newsami i nieszczęsnej prawniczej fiksacji przede wszystkim

¹⁶ W istocie rozmontowanie polskiego sądu konstytucyjnego dostarcza książkowego przykładu jak krok po kroku przejmować niezależną instytucję i proces ten przystroić w szaty legalistyczne. Metodyczne zniszczenie sądu konstytucyjnego to jedna z tych lekcji na przyszłość, której nie można zapomnieć, lekcji, której wagi prawnicy nie docenili w grudniu 2015 r., i później. Pierwsze oznaki budzenia się z stanu hibernacji i wygodnego podejścia wyznaczonego przez „business as usual” nastąpił dopiero wtedy, gdy sąd konstytucyjny przestał faktycznie istnieć. Mobilizacja była tyleż gwałtowna i masowa, co boleśnie krótkotrwała. Pytanie powstaje, czy marsz 4.6.2023 r. należy po raz kolejny do takiego zrywu chwili? O tym pisałem No more „Business as Usual” Looking Beyond the Constitutional Oppression, <https://verfassungsblog.de/no-more-business-as-usual/> z odesłaniami do dalszej literatury. O demontażu TK wnikliwie *L. Garlicki*, Disabling the Constitutional Court in Poland? w: *A. Szmyt, B. Banaszak* (red.), Transformations of law systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr Dres. H.C. Rainer Arnold (Gdańsk 2016); s. 63–69; *M. Wyrzykowski*, Bypassing the Constitution or changing the constitutional order outside the constitution w: *A. Szmyt, B. Banaszak* (red.), Transformations of law systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989 – 2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr Dres. H.C. Rainer Arnold, s. 159–179; *W. Sadurski*, What is Going on in Poland is an attack against Democracy, na <https://verfassungsblog.de/what-is-going-on-in-poland-is-an-attack-against-democracy/>; *T.T. Koncewicz*, Polish Constitutional Drama: Of Courts, Democracy, Constitutional Shenanigans and Constitutional Self-Defense, „I-CONnect”, www.iconnectblog.com/2015/12/polish-constitutional-drama-of-courts-democracy-constitutional-shenanigans-and-constitutional-self-defense/; *T.T. Koncewicz*, Farewell to the Polish Constitutional Court, <http://verfassungsblog.de/farewell-to-the-polish-constitutional-court/>; *T.T. Koncewicz*, Statutory tinkering: on the Senate's changes to the Law on the Polish Constitutional Tribunal, <http://verfassungsblog.de/statutory-tinkering-senate-polish-constitutional-tribunal/>; O skutkach marginalizacji polskiego sądu konstytucyjnego: *T.T. Koncewicz*, 'Existential Judicial Review' in Retrospect and 'Subversive Jurisprudence' in Prospect. The Polish Constitutional Court Then, Now and... Tomorrow, <https://verfassungsblog.de/existential-judicial-review-in-retrospect-subversive-jurisprudence-in-prospect-the-polish-constitutional-court-then-now-and-tomorrow/>; *T.T. Koncewicz*, From constitutional to political justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court, na <https://verfassungsblog.de/from-constitutional-to-political-justice-the-tragic-trajectories-of-the-polish-constitutional-court/>; *T.T. Koncewicz, A. Podolska*, Constitutional Developments. Poland, w: *R. Albert, D. Landau, P. Faraguna, Š. Drugda* (red.), The I-CONnect, Clough Center 2018 Global Review of Constitutional Law (Clough Center for the Study of Constitutional Democracy, Boston 2019).

¹⁷ O tym tyleż wnikliwe co niezwykle smutne analizy Profesora *M. Wyrzykowskiego*, naruszają Konstytucję. Nie dziwny się, gdy będą naruszać nasze prawa i wolności, <https://oko.press/prof-wyrzykowski-naruszaja-konstytucje-beda-naruszac-nasze-prawa-i-wolnosci/>; Trwa wojna przeciw konstytucji, <https://kulturaliberalna.pl/2021/03/02/trwa-wojna-przeciw-konstytucji/>. W 2021 r. Konstytucja leży podarta na strzępy, <https://kulturaliberalna.pl/2021/03/09/w-2021-konstytucja-lezy-podarta-na-strzepy/>; to nie kryzys, to wojna, na <https://magazynpismo.pl/idee/rozmowa/miroslaw-wyrzykowski-to-nie-kryzys-to-wojna/?seo=pw>.

¹⁸ *T.T. Koncewicz*, Ten Anti-Constitutional Commandments, <https://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/>. W języku polskim: *T.T. Koncewicz, J. Zajadło*, Po co PiS-owi konstytucja? Po nic. Woli państwo bez prawdziwej Konstytucji, <https://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/> Ostatnio szeroko także From POLEXIT to E(U)EXIT? Poland, European Union and beyond. The essay in constitutional pessimism, in *A. Kozłowski* (eds.), Rządy prawa jako wartość uniwersalna: księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza (Rule of law as a universal value. Liber Amicorum Professor Krzysztof Wójtowicz), Wrocław 2022, Uniwersytet Wrocławski, [http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/135859/PDF/03_08_T_T_Koncewicz_From_POLEXIT_to_E\(U\)EXIT_Poland_European_Union_and_beyond.pdf](http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/135859/PDF/03_08_T_T_Koncewicz_From_POLEXIT_to_E(U)EXIT_Poland_European_Union_and_beyond.pdf).

¹⁹ *K.L. Scheppele*, Autocratic Legalism, University of Chicago Law Review, Nr 45/2018, s. 545.

²⁰ *K.L. Scheppele*, The social lives of constitutions w: *P. Blokker, Ch. Thornhill* (red.), Sociological Constitutionalism, Cambridge–New York 2017.

na tym „co tu i teraz” bez zdolności kierowania wzroku za następny zakręt, kształtuje się nowa doktryna: polityka resentmentu z własnymi tropami, wątkami i „bohaterami”²¹.

Po pierwsze, drastycznie zmienia się rola i rozumienie dokumentu konstytucyjnego: jego istotą nie jest już ochrona obywateli, lecz odzwierciedlenie i obrona unikatowości państwa i narodu. Ten ostatni rozumiany jest w kategoriach *stricte* etnicznych. Konstytucja nie jest już dokumentem najwyższej rangi, wyrażającym pewne uniwersalne zasady. Raczej staje się politycznym dokumentem wyrażającym reguły działania większości parlamentarnej „tu i teraz”.

Po drugie, rządy większości są uznane za świętość i ostateczne źródło legitymizacji prawa. Większość atakuje bezlitośnie konstytucjonalizm oparty na podstawowym założeniu, że zarówno wola rządzących, jak i wola narodu podlegają konstytucyjnym ograniczeniom i muszą się w tych ramach mieścić. Wola narodu wyrażona przez większość parlamentarną staje się niczym nieograniczona.

Po trzecie, prawo jest rozumiane jako wyraz politycznego działania danej większości i podlega wszechobecnej instrumentalizacji – nie stanowi już elementu cywilizującego politykę, raczej ma być polityce podporządkowane i tak interpretowane, aby tym celom politycznym ślepo służyć.

Po czwarte, zmienia się charakter konfliktu politycznego. Oponent polityczny nie jest już rywalem, którego w procesie demokratycznego dyskursu staramy się przekonać lub pokonać, nie kwestionując jednak w żadnym momencie jego legitymacji do rządzenia i patriotyzmu. Obecnie polityczny przeciwnik staje się wrogiem, którego trzeba zniszczyć i który nie ma tytułu do reprezentowania ludzi. W imieniu narodu może przemawiać tylko ten, kto wywodzi się z jedynej słusznej opcji politycznej, ponieważ tylko on ma wyłączność reprezentacji.

Po piąte, system „*checks and balances*” i podział władzy nie mają racji bytu, skoro to wola narodu, często rzekoma lub domniemana, jest decydująca.

Po szóste, jednym z paradygmatów całego powojennego europejskiego konstytucjonalizmu, potwierdzonym w 1989 r., było ograniczenie władzy poprzez utworzenie silnego i niezależnego sądu konstytucyjnego. Ten paradygmat w Polsce po 2015 r. legł w gruzach. Sąd konstytucyjny stał się instytucją fasadową, która dzisiaj jest wiernym sojusznikiem i przedłużeniem władzy wykonawczej. Polski „trybunał konstytucyjny” (cydzyśłów i pisownia małą literą nie jest przypadkowa) jest parodią i wynaturzeniem idei konstytucjonalizmu. Z poziomu dumnego kontrolera władzy został sprowadzony do poziomu instytucji serwilistycznej, która – w duchu sprawiedliwości politycznej – tworzy efektywne spektakle konstytucyjne, które nie mają precedensu w historii współczesnego konstytucjonalizmu.

Po siódme, zasada państwa prawa nie jest już zasadą naczelną, która trzyma władzę w ryzach i cywilizuje proces

ustawodawczy. Raczej jest przeszkodą w pełnej ekspresji większościowej woli suwerena.

Po ósme, międzynarodowe (ponadnarodowe) instytucje są wyśmiewane i poniżane jako obce, wrogie, elitarne, które nie rozumieją potrzeb narodu i ludzi.

Po dziewiąte, kolektywne rozumienie wspólnoty korzysta z bezwzględności pierwszeństwa przed prawami i interesami jednostek. Te ostatnie mają walor tylko jako część wspólnoty, nie jako jednostki wyposażone w przyrodzoną i niezbywalną godność.

Po dziesiąte w końcu, prawa człowieka w rozumieniu liberalnym, definiujące mój status godnościowy, stają się przywilejami przyznanymi z woli łaskawie nam panujących. Interesy wspólnoty są ważniejsze od indywidualnych praw podmiotowych, które dla władzy stają się niezrozumiałymi „pretensjami” jednostek. Te ostatnie muszą się wtopić we wspólnotę i akceptować jej pierwszeństwo.

To jednak nie wszystko.

Aby bowiem konstytucja zasłużyła na miano KONSTYTUCJI w XXI w., musi być ona wierna podstawowym zasadom europejskiego porządku konstytucyjnego, które nieprzerwanie po 1945 r. wyznaczają standard europejskiej kultury i praktyki konstytucyjnej (o wymiarze europejskim Polskiej tragedii 2015 – 2023 (i dalej?) zob. także część VI poniżej). Europejska tradycja liberalna zakłada prymat prawa nad polityką. Pomny tragicznych doświadczeń z przeszłości, gdy wola większości stawała się tępym narzędziem opresji i prowadziła do niewyobrażalnego bezprawia i zbrodni popełnianych w imię prawa, europejski konstytucjonalizm po 1945 r. odnalazł swoje powołanie i kierunek w wyeksponowaniu prawa jako tej siły, dzięki której Europa została odbudowana²². W 1989 r. podobnie wierzyliśmy w moc

²¹ Na temat *politics of resentment* jako uformowanej doktryny konstytucyjnej zob. T.T. Koncewicz, Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions..., s. 1; T.T. Koncewicz, European Union and Democratic Backsliding, Constitutional design and change, w: X. Contiades, A. Fotiadou (red.), Routledge Handbook of Constitutional Change (Routledge 2020); T.T. Koncewicz, The politics of resentment and first principles, s. 457 i n. O tym też P. Blokker, Populist Constitutionalism, <http://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/>. W języku polskim także J. Zajadło, T.T. Koncewicz, Po co PiS-owi konstytucja? Po nic. Woli państwo bez prawdziwej Konstytucji, <https://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-kontytucji>.

²² O tym zob. moje bardziej szczegółowe analizy Pogarda dla sądów to POLEXIT, „Gazeta Wyborcza”, <http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html>, POLEXIT? Quo Vadis Polonia? Dialog 131/2020; POLEXIT. Mit i rzeczywistość, Czas Kultury 4/2020; POLEXIT. Quo vadis POLONIA, <https://verfassungsblog.de/polexit-quo-vadis-polonia/> oraz ostatnio trzyczęściowe opracowanie Capturing the state and „polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część I): Meet the new (un)constitutional doctrine, <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit1/>; Capturing the state and „polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część II): Still paddling together?, <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit2/>; Capturing the state and „polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism (część III) From POLEXIT to E(U)EXIT: a rhetorical figure or (already) creeping reality?, <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit3/>.

sprawczą prawa i niezależnych instytucji, które miały być jasnym zerwaniem z okresem fasadowych instytucji i instytucji papierowej.

Państwa europejskie kiedyś rozstrzygały spory na polu bitwy i w drodze krwawych konfliktów. Od samego początku siłą i ambicją kiedyś Wspólnot²³, a dzisiaj ich spadkobiercy – Unii, miało być jednak oparcie się na prawie i instytucjach, które wiążą wszystkich. Dlatego po 1945 r. standardy europejskiej kultury i praktyki konstytucyjnej kształtowała tradycja liberalna, która zakłada prymat prawa nad polityką. Pomne tragicznych doświadczeń z przeszłości, gdy wola większości stawała się tępy narzędnikiem opresji i prowadziła do niewyobrażalnego bezprawia i zbrodni popełnianych w imię „większościowego prawa”, państwa europejskie były gotowe zrezygnować z części swojej suwerenności na rzecz niezależnej wspólnoty i silnych instytucji ponadnarodowych²⁴.

Po 1945 r. europejski konstytucjonalizm odnalazł swoje powołanie w wyeksponowaniu prawa jako siły, dzięki której Europa zostanie odbudowana w wymiarze zarówno duchowym, jak i materialnym. Gdy w 1989 r. upadał mur berliński, wierzyliśmy w moc sprawczą prawa i niezależnych instytucji, które miały być jasnym zerwaniem z okresem fasadowych konstytucji i fasadowej sprawiedliwości politycznej. Europejski konstytucjonalizm został zakorzeniony w symbolicznym „nigdy więcej” i dzisiaj składa się z kilku fundamentalnych zasad. Po pierwsze, Konstytucja musi być akceptowana jako najwyższe prawo bez względu na to, kto zdobywa chwilową większość parlamentarną. Po drugie, obowiązkiem państwa jest przestrzeganie praw i wolności konstytucyjnych obywateli, które wyznaczają granice działania każdej władzy. Po trzecie, władza na poziomie krajowym zostaje poddana kontroli z zewnątrz w postaci silnego i niezależnego mechanizmu sądowej kontroli sprawowanej przez Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu i Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu²⁵.

Mimo tej wiary, lata 2015–2023 boleśnie dowiodły, że w procesie polskiej transformacji ustrojowej czegoś ważnego zabrakło.

III. Zaczniemy od początku: Co straciliśmy w 2015–2023 i co tracimy dzisiaj?

W Europie doświadczonej jak nigdzie przez totalitaryzmy, zrozumiano lepiej niż gdziekolwiek, że demokracja musi być czymś znacznie więcej niż aktem oddania głosu przy urnie. Jednym z mitów założycielskich powojennej Europy było „nigdy więcej” i w tym celu demokracja miała być rozumiana jako nakaz respektowania fundamentalnych wartości i zasad systemowych przez rządzącą większość jak prawa człowieka, niezależność sądów, czy prawa mniejszości. To wobec właśnie tych elementów, sąd konstytucyjny miały do spełnienia funkcję gwarancyjną. Państwo i parlament za-

właszczone przez chwilową większość parlamentarną odchodzą, ale idea „państwa prawa” i sąd konstytucyjny zostają. Podstawowym atrybutem sądu konstytucyjnego w społeczeństwie pluralistycznym jest refleksyjność rozumiana jako odzwierciedlanie i branie pod uwagę różnorodnych postaw, interesów i stanowisk oraz umiejętne (co nie znaczy wolne od błędów!) roztrząsanie za i przeciw każdego z nich. W demokracji liberalnej sądy konstytucyjne nie są powoływane, aby być sojusznikami jakiegokolwiek władzy. Gdyby tak miało być, oznaczałoby to zaprzeczenie sensu ich istnienia, czyli kontrolera i cenzora tej władzy. Oczywiście, że każda władza chciałaby w sądzie widzieć instytucję jedynie aprobującą jej pomysły, ale wtedy oznaczałoby to, że taki słaby sąd konstytucyjny nie spełnia swoich funkcji i w ogóle nie byłby potrzebny. Sąd konstytucyjny, który uchyla niekonstytucyjne przepisy prawa, jest sądem mocnym mocą demokracji, praw konstytucyjnych, na straży których stoi. Prawdziwa demokracja konstytucyjna, to taka, w której mniejszość korzysta z ochrony prawnej w formie pisanej konstytucji, której większość nie może zmienić ani osłabiać. W normalnym państwie sąd konstytucyjny mielibyśmy właśnie po to, aby nam o tym wszystkim przypominać.

Autorytarne reżimy nie zawsze likwidują sądy²⁶. Coraz częściej „nowi autokraci” wykorzystują prawo i instytucje do nieliberalnych celów. Rozumieją wiele korzyści płynących z utrzymania sądów i zapewnienia, że są one kontrolowane, a nie zniszczone. Dla władzy sąd jest zawsze źródłem legitymizacji, które można wykorzystać i przekonywać świat zewnętrzny, że wszystko jest w porządku, skoro sądy ... działają. Świat zewnętrzny widzi faktycznie istniejące instytucje, my na miejscu natomiast wiemy więcej: że to tylko fasada, a w rzeczywistości serce sądu przejętego przez rządzących zostało wyrwane, a jego tożsamość niezależnego arbitra zmieniona na zawsze. W 1961 r. amerykański politolog i uciekinier z nazistowskich Niemiec, *Otto Kirchheimer* stworzył termin

²³ Należy wyjaśnić, że ilekroć posługuję się terminem „Wspólnoty” mam na myśli trzy pierwsze wspólnoty powołane w 1951 r. (EWWiS) i w 1957 r. (EWG i EUROATOM), które wraz z rozwojem procesów integracyjnych zostały zastąpione przez Unię Europejską. Odwołując się do orzecznictwa Trybunału sprzed 1992 r. i Traktatu z Maastricht o Unii Europejskiej, terminem podstawowym są więc „Wspólnoty”, ew. „Wspólnota”. Dopiero po 1992 r. terminem takim staje się „Unia”. Z kolei użycie terminu „wspólnota” pisanego z małej litery ma podkreślać i odnosi się do idei wspólnoty politycznej jako podstawowego celu integracji europejskiej.

²⁴ O tym *T.T. Konciewicz*, *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions*, s. 501; *T.T. Konciewicz*, *The politics of resentment and first principles*.

²⁵ O tym szeroko pisałem *Understanding the Transnational Legal Order – Part 1: Of Pressures and Ambitions*, <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-1-of-pressures-and-ambitions/>; *Understanding the Transnational Legal Order – Part 2: What kind of a transnational consensus?*, <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-2/>; *Understanding the Transnational Legal Order – Part 3: The TLO in Europe: a lost cause?*, <https://reconnect-europe.eu/blog/understanding-the-transnational-legal-order-part-3/>.

²⁶ O tym szeroko *W. Sadurski*, *Poland's Constitutional Breakdown* (Oxford University Press, 2019).

„sprawiedliwość polityczna”²⁷. Za jego pomocą próbował wyjaśnić, jak władza polityczna rozszerza swoją sferę wpływów poprzez uczynienie z sądów swoich popleczników. Sąd ma realizować cele polityczne, które stawia przed nim świat polityki. Taka „polityczna sprawiedliwość” ma zapewnić pewność rezultatu, który jest zgodny z jej oczekiwaniami i w ten sposób tworzyć „efektywne obrazy polityczne”, którymi władza może się pochwalić i manipulować opinią publiczną. Sala sądowa staje się wygodnym forum, na którym przeciwnik polityczny zostanie skompromitowany i pokonany, a zatriumfuje jedna słuszna wizja rzeczywistości.

Podporządkowany, a nie zlikwidowany, sąd działa jako wierny sługa sprawiedliwości politycznej. Dzięki kontrolowanej sali sądowej niektórzy aktorzy polityczni będą przedstawiani w roli czarnych charakterów i napiętnowani („sprawiedliwość została im wymierzona”), a inni promowani jako polityczni bohaterowie („ich cnota została w końcu nagrodzona”). Sprawiedliwość polityczna musi być szybka i pozostawiać w opinii publicznej niezatarte, czarne lub białe wspomnienia. To olbrzymia zmiana w stosunku do tego, do czego my Polacy aspirowaliśmy dążyliśmy w 1989 r. Gdy znika kontroler władzy, demokracja zaczyna rozpadać się kawałek po kawałku. Zanim się zorientujesz, obudzisz się w państwie zupełnie pozbawionym kontroli i bezpieczników. Tak rozumiana sprawiedliwość polityczna jest domeną populistycznego konstytucjonalizmu i dobrze wpisuje się w deklarowany cel przejmowania niezależnych instytucji i uczynienia zeń „naszych instytucji”.

„Sąd *Przylębskiej*” jest doskonałym ucieleśnieniem sprawiedliwości politycznej w państwie PIS²⁸. Tworzy efektywne obrazy polityczne na potrzeby nie tylko doraźnej polityki w kraju, ale także uprawomocnia konstytucyjne bezprawie, gdy chodzi o prawo europejskie²⁹. Sprawiedliwość polityczna działa, ponieważ ten sąd nie wypełnia już swojej funkcji kontrolnej wobec większościowego ustawodawcy i rządu, a zamiast tego wydaje rozstrzygnięcia oczekiwane. *Przylębska* manipulując chociażby składami sędziowskimi i stawiając na pewniaków, czy przekładając terminy rozpraw już wyznaczonych, minimalizuje element niepewności i przegranej, które zawsze powinny charakteryzować niezawisły system sędziowski. Jeśli czegoś nie można załatwić na Wiejskiej, ten sam cel zrealizujemy na Szucha i jeszcze lepiej, bo tym razem przy splendorze prawa, Konstytucji i rzekomo apolitycznych sędziów. Rząd dzięki takiemu sądowi konstytucyjnemu na niby tworzy polityczny spektakl i zarządza efektywnymi obrazami z sali sądowej. W „sądzie *Przylębskiej*” spektakl jest z góry ukartowany i przewidywalny. Każdy ma grać swoją rolę, aby stworzyć wrażenie, że sąd działa (skoro każdy może go zobaczyć „na żywo”), zachowane są pozory poprawności i legalności, gdy nowi sędziowie są „wybierani” *etc.* Władza nie tylko jednak obserwuje, jak orzeka ten „niby sąd”, ale jest gotowa do ingerencji, przy wykorzystaniu stworzonych

przez siebie w tym celu proceduralnych instrumentów, ilekroć odchylenia od „sprawiedliwości politycznej” będą zbyt kosztowne dla rządzących, a wynik sprawy niepewny. Lata 2016–2023 dobitnie ukazują, że sąd *Przylębskiej* doskonale spisuje się w tej nowej roli poplecznika rządu i większości. Błędem byłoby jednak proste uznanie, że funkcjonując w ten sposób „sąd *Przylębskiej*” jest tylko instytucją fasadową. Wprost przeciwnie stał się kluczowym gwarantem państwa PIS i jego trwania. Ten sąd jest dzisiaj głównym architektem „efektywnych obrazów politycznych”. To zastrzeżenie jest ważne, ponieważ obala szeroko rozpowszechniony pogląd, że populistyczni autokraci z PIS są *ex definitione* przeciw instytucjom państwa. Wręcz przeciwnie. Oni potrzebują instytucji, ale takich, które są podporządkowane, skompromitowane i gotowe do zapewnienia w sposób regularny i bez niespodzianek sprawiedliwości politycznej. Wyrok aborcyjny stanowi książkowe potwierdzenie, że na al. Szucha mamy pojętego i wiernego ucznia³⁰.

Tempo naszego codziennego życia jest bezlitosne, a cykl kolejnych newsów wydaje nigdy się nie kończyć. Jesteśmy bombardowani oburzającymi nagłówkami (sądy powszechne zniszczone i poddane władzy, postępowania dyscyplinarne wobec sędziów rozstrzygane pod osłoną nocy, niekonstytucyjna Izba Dyscyplinarna SN podważa orzeczenia unijnego sądu, tę listę można ciągnąć w nieskończoność). Jednocześnie w mediach czytamy i słyszymy: „Trybunał Konstytucyjny orzekł”, czy „według Prezes *Julii Przylębskiej*” itd. W pewnym jednak momencie to wszystko zaczyna stawać się nową oficjalną rzeczywistością i narracją. To co w normalnych czasach uznawano by za rażące naruszenia praworządności staje się normą, a zmęczone i zagonione dniem codziennym społeczeństwo przestaje zwracać uwagę. Gdy media, kierujące się albo plemiennym zewem wierności, albo niewybaczalną niedbałością redakcyjną i lenistwem, nadal mówią o *Przylębskiej* jako „Pani Prezes”, o osobach wybranych niezgodnie z konstytucją „sędziowie TK”, a o nieważnych orzeczeniach „sądu *Przylębskiej*” mówią „wyroki TK”, w ten sposób nastę-

²⁷ Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends (Princeton University Press, 1961).

²⁸ O tym szeroko piszę When legal fundamentalism meets political justice. The case of Poland, (2022) 55 Israel Law Review 302.

²⁹ P. Bard, N. Chronowski, Z. Fleck, Use, Misuse, and Abuse of Constitutional Identity in Europe, CEU Democracy Institute Working Paper 2023/06, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=436708; L. Pech, D. Kelemen, Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland, RECONNECT Working Paper 2/2018, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf>, O bezwstydnym nadużyciu przez „sąd *Przylębskiej*” autorytetu innych prawomocnych sądów konstytucyjnych celem petryfikowania bezprawia w kraju zob. T.T. Koncewicz, Eine Verfassungstragödie, die sich vor aller Augen abspielt, 11.8.2011, DIE ZEIT, https://www.zeit.de/politik/ausland/2021-08/tomasz-tadeusz-koncewicz-verfassungsrechtler-polen-eu-rechtsstaatprinzip?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F

³⁰ Political justice, *op. cit.*

puje zakorzenie w świadomości publicznej niekonstytucyjności i bezprawia. Te ostatnie w sposób niezauważalny stają się częścią naszego codziennego życia. W końcu nikt już nie pamięta, jak to wszystko się stało, kto jest sędzią wybranym zgodnie z Konstytucją, a kto nie, co jest nie tak z Izbą Dyscyplinarną Sądu Najwyższego itp. W wyniku tej maskarady bezczelna niekonstytucyjność i bezprawność zamachu stanu, który dokonał się w Polsce w latach 2015–2023 staje się codziennością, są wręcz obłaskiwane i zaczynają uchodzić za normalne, ponieważ ... życie musi się toczyć dalej. Bezprawie staje się naszą oswojoną codziennością ...³¹.

Ostatnia uwaga pozwala sformułować istotne spostrzeżenie, które wyznacza tło dla dalszej analizy i wraca wielokrotnie poniżej. Chodzi o wagę budowania konstytucyjnej narracji i tłumaczenie ludziom na każdym kroku co jest konstytucyjne, kto jest prawdziwym sędzią konstytucyjnym, dlaczego pseudo „sąd *Przylębskiej*” nie ma racji bytu w demokracji. Słowa, za pomocą których opisujemy rzeczywistość mają znaczenie. Przesłanie musi być proste i w kontrze do sprawiedliwości politycznej. to nie są wyroki, sędziowie ani Prezes. Dopóki przy ul. Szucha 12a w Warszawie będzie istniała instytucja odpowiedzialna za niekonstytucyjną opresję, praworządność w Polsce nie ma szans. Wybór tutaj jest jasny: albo zachowamy pamięć o normalnych czasach konstytucyjnych i będziemy rozmawiać z obywatelami w duchu tych czasów, albo pozwolimy, aby nielegalna narracja i inteligentne pozory konstytucyjności („Pani Prezes *Przylębska*”) zagłuszały konstytucyjną wierność i poczucie przyzwoitości. Przegramy, jeśli zaakceptujemy te pozory konstytucyjności jako nową normę społeczną i zgodzimy się żyć w zakłamanej i pozbawionej moralnych podstaw rzeczywistości. Nigdy nie możemy zapominać, że Polska demokracja jest demokracją liberalną, a nie tylko większościową, a istnienie silnego i niezależnego od jakiegokolwiek władzy, sądu konstytucyjnego pozostaje zawsze sprawą fundamentalną. Za takim sądem dajemy dzisiaj swój głos, gdy bronimy kobiet i demaskujemy niegodziwość i bezprawność tego pseudo sądu. Musimy pamiętać i walczyć o prawdziwy TK, dzisiaj i, przede wszystkim, jutro. Ta pamięć ma do odegrania kluczową rolę w długofalowym i fundamentalnym wyzwaniu w przyszłości – odbudowaniu państwa prawa w Polsce. Liczy się każdy zaangażowany głos, każdy akt odwagi i nazywania opresji po imieniu.

To ważny fundament dla dalszej analizy.

IV. Lekcje z upadku państwa prawa w Polsce

La droit, en dernier analyse, controle la démocratie et non l'inverse
P. Pescatore, La légitimité du juge en régime démocratique³²

Co jest więc nam potrzebne, aby państwie prawa dać w Polsce jeszcze raz szansę i wierzyć, że to może być istotnie nowy początek, bez jednak popełniania błędów przeszłości?

Na dobry początek

Lekcja I. (Krytycznie) o sobie samym

Przede wszystkim zacznijmy od tego, że problemem polskiej demokracji po 1989 r. była pasywność elit intelektualnych, w tym samych prawników. Ta pasywność jest zresztą refleksem problemu szerszego tj. braku zaangażowania obywatelskiego w ogóle i myślenia w kategoriach wspólnoty, za którą ja jako Obywatel też muszę ponosić odpowiedzialność. W Polsce, o prawie w charakterze ekspertów mówili (z małymi wyjątkami) niestety wszyscy, tylko nie prawnicy. Mamy socjologów, ekonomistów, politologów, którzy nagle odkrywają w sobie ukrytego prawnika i z swadą wypowiadają się w mediach na temat bieżących kontrowersji związanych z prawem, sądami *etc.* Tymczasem to prawnik (szczególna rola w tym zakresie prawników-naukowców) powinien współkształtować rzeczywistość dzięki swojej wiedzy, zdolności krytycznego myślenia i umiejętności opisywania świata. Niestety, to jak naukowiec widzi siebie w Polsce odbiega zasadniczo od tego, jak postrzega siebie w Europie Zachodniej i czego od niego oczekuje opinia publiczna. Tam naukowiec jest uprzywilejowanym uczestnikiem debaty publicznej i współtworzy ją. U nas w kraju, często nie potrafi wytłumaczyć, w jaki sposób jego wiedza może być użyteczna dla społeczeństwa, jakie jest jej praktyczne zastosowanie, boi się konfrontacji z szerszym audytorium, przemawia do już przekonanych, zamiast konfrontować swoje poglądy, być gotowym do ich zmiany i zabierać głos w sprawach ważnych i nurtujących opinię publiczną. Nawet jeżeli słyszy lub czyta w mediach piramidalne bzdury (żelazne „po wejściu do UE, Niemcy nas wykupią”; w SN zasiadają komunistyczni sędziowie *etc.*) nie reaguje, wychodząc z założenia (błędne!), że przecież to jest tak niedorzeczne, że i tak nikt w to nie uwierzy (o tym etosie i zaangażowaniu zob. także część 7 poniżej). Na tym polega właśnie błąd, bo to co jest niedorzeczne dla niego z przyczyn oczywistych, jest wyznacznikiem myślenia i wiedzy o świecie dla innych, którzy wierzą w spłaszczoną białą-czarną wizję rzeczywistości, w teorie spiskowe, czy w antagonizujące wyjaśnianie własnych niepowodzeń („nie idzie mi przez owych innych”). To wszystko oznacza, że tym bardziej trzeba umieć podjąć próbę wyjaśnienia (co jest czymś innym niż dążenie do przekonania za wszelką cenę!), że możliwa jest alternatywna wizja rzeczywistości i jej postrzegania.

³¹ Odsyłam do T.T. Koncewicz, No more business as usual, <https://verfassungsblog.de/no-more-business-as-usual/>; De la justice constitutionnelle à la justice politique, (2020)79 Revue des droits et libertés fondamentaux, <http://www.revuedlf.com/droit-fondamental/dossier/de-la-justice-constitutionnelle-a-la-justice-politique-quest-ce-que-les-polonais-ont-perdu-en-2015-et-quant-ils-obtenu-en-retour/>) oraz Trybunałowi Konstytucyjnemu z okazji urodzin życzę, żeby przestał być potakiwaczem władzy, Gazeta Wyborcza 8.3.2023 r., <https://wyborcza.pl/alehistoria/7,121681,29535527,trybunalowi-konstytucyjnemu-z-okazji-urodzin-zycze-zeby-przestal.html>.

³² W tłumaczeniu: „w ostateczności to prawo kontroluje demokrację, a nie na odwrót”; 90/2000 Commentaire 2000/2 (Numéro 90), s. 339–349.

Lekcja II. Zła diagnoza

W Polsce po 1989 r. zbyt często jedyną receptą na problem(y) była ... zmiana obowiązującego prawa i tworzenie nowych regulacji (tylko tytułem przykładu w trzecim roku kadencji Sejmu kadencji 2015–2019 uchwalonych zostało 268 ustaw!). Przepisu(ów) jednak nie tylko przybywa w zastraszającym tempie, ale ich jakość jest często na żenująco niskim poziomie legislacyjnym. Niechlubnym symbolem degrengolady Parlamentu jest nocne przepychanie za wszelką cenę i przy wykluczeniu jakiegokolwiek debaty parlamentarnej ustaw, które punktowo realizują postulaty polityczne partii rządzącej, zamiast tworzyć spójną regulację prawną. Tymczasem naszym problemem nigdy nie był brak przepisów, ale deficyt mądrej interpretacji tego, co już jest (wracam do tego poniżej). Nawiązując do *Monteskiusza*, musimy przestać pytać jakie są prawa, ale raczej jacy są ci, kto te prawa stosują. My tymczasem cały czas robimy znak równości pomiędzy prawem, a przepisem prawa. Ta tekstocentryczność miesza się z hipokryzją, skoro przepis jest fasadowy: obowiązuje, ale nikt go nie stosuje. Postępując w ten sposób nie dostrzegamy zasadniczej różnicy pomiędzy przepisem prawa a ideą prawa. Przepis to prawo pisane (*lex*), podczas gdy sprawiedliwość (*ius*) to sfera prawa rozumianego jako kombinacja ideałów słuszności, racjonalności i efektywności. W Polsce cały czas mamy za dużo *lex*! „Prawo z ludzką twarzą” to jednak nie tylko suche przepisy, ale także, a może przede wszystkim, dobra praktyka, która decyduje o ostatecznym kształcie prawa i jego odbiorze przez obywateli. Można w tym miejscu powtórzyć boleśnie prorocze słowa *Łozińskiego*, który tak pisał w swoim „Prawem i lewem. Obyczaje na Rusi Czerwonej w pierwszej połowie XVII wieku”: „to nie brak prawa zgubił obyczaje, ale brak władzy, nie brak sankcyj karnych, ale brak ich wykonania. Wiemy, że prawa były dorywcze, niedostateczne, niestanowcze, niejasne i pełne niekonsekwencji, ale to było mniejsze zło, stokroć gorszym było to, że było bezsilne, że istniejąc, a nie działając, już samym tym martwym swoim istnieniem robiły niekiedy więcej szkody, niż gdyby ich wcale nie było ...”³³. Polska nigdy nie miała problemu polegającego na braku prawa, ale jej problemem było nieumiejętne i oportunistyczne stosowanie prawa już istniejącego. Ta prawda jest nadal daleka od dotarcia do wszystkich, którzy o niej wiedzieć powinni.

Lekcja III. Prawo i państwo to nie tylko opresja

Jeżeli państwo polskie gdzieś zawiodło po 1989 r. to w sferze niezrozumienia, że kluczowym aspektem państwa prawa jest także „prawo z ludzką twarzą”. Po 1989 r. mieliśmy i mamy do czynienia z dwoma fundamentalnymi procesami dotyczącymi sposobu patrzenia na, i rozumienia, prawa. Dyskusji o prawie w XXI w., zwłaszcza w naszej części Europy, nie sposób sensownie prowadzić, jeżeli nie dostrzeżemy tej zależności. Z jednej strony bowiem, obywatel zaczął do-

strzegać w prawie tarczę, dzięki której może bronić się przed dominującym i władcym państwem. O ile jednak obywatel w prawie dostrzegł instrument obrony, praktyka prawa (sądy i urzędy) pozostały w tyle za tą cywilizacyjną zmianą i nie zrozumiały konieczności odpowiedniego dopasowania, tak w wymiarze warsztatu interpretacyjnego, jak i świadomości. Prawo z perspektywy państwa polskiego było i jest cały czas niestety zdominowane przez perspektywę miecza, dzięki któremu od obywatela trzeba wyegzekwować jego zobowiązania wobec Państwa. W tej konfiguracji państwo jest gotowe na wszelką staranność, czasami bezwzględność w dochodzeniu „swojego”. Podczas gdy oczekiwanie ludzi na „prawo z ludzką twarzą”, które chroni jest bardzo duże, praktyk stosowania i interpretacji prawa pozostały w tyle. Sąd i urząd cały czas mentalnie pozostają po stronie „prawa miecza”, gdzie rządzi formalizm i legalizm. „Prawo-tarcza” zamiast korygować i uelastycznić system prawny przez wprowadzenie elementów sprawiedliwości, godności, czasami nawet zdrowego rozsądku, jest cały czas postrzegane jako aberracja i spotyka się z niezrozumieniem w sądach i urzędach.

Oczekiwania ludzi wobec prawa jednak wzrastały, a Polacy chcieliby, aby sąd chronił ich efektywnie (aspekt prawa w działaniu), a nie jedynie iluzorycznie (prawo kończy się na „przepisie w księgach”). Nic tak nie alienuje ludzi jak przekonanie, że prawo jest fasadowe, gdy tekst coś daje, ale zapóźniona praktyka i interpretacja nie nadążają za tekstem i prawo rozczarowuje ludzi, którzy w sądzie z różnych względów nie dostają tego, czego słusznie oczekują i intuicyjnie rozumieją jako sprawiedliwość. I tu pojawia się zgrzyt, ponieważ sędzia czy urzędnik przyzwyczajony do „starego” jest niepomiarnie zdziwiony, że oto nagle ma przed sobą obywatela, który śmie twierdzić, że państwo jest wobec niego do czegoś zobowiązane, a nie na odwrót. Gdy obywatel chce jako podmiot uprawniony walczyć z państwem, sąd nie jest gotów go bronić z równą gotowością z jaką egzekwuje wobec obywatela prawo jako miecz. To się musi zmienić. Bez takiego przewartościowania cała dyskusja o państwie prawa zostanie znów sprowadzona do ... kolejnej reformy instytucjonalnej.

Wiem, że jest to trudne, bo wymaga uderzenia się w pierś, ale jest konieczne.

Lekcja IV. „W sędziów wierzymy?”

„As I sit at trial I stand on trial”

A. Barak, The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice³⁴

Poszukując odpowiedzi na pytanie „jak odbudować państwo prawa” będziemy musieli, intensywniej niż dotąd, połączyć ją z konieczną dyskusją o samym etosie sądenia,

³³ Iskry, Warszawa 2005 w opracowaniu J. Tazbira.

³⁴ O. Wiklund (red.), Judicial Discretion in European Perspective, Stockholm 2003, s. 14.

tak aby ludzie w końcu w prawie dostrzegli sojusznika, a nie tylko mroczną i niezrozumiałą siłę. To sami sędziowie muszą zrozumieć, że gdy akceptują z pokorą krytykę, są gotowi do zmian w sposobie myślenia o swoim powołaniu i władzy. Po 1989 r. nigdy nie mieliśmy rzetelnej dyskusji o tym, po co ludziom sąd i o tym jak sami sędziowie postrzegają i rozumieją swoje powołanie w społeczeństwie. Jeżeli więc chcemy w przyszłości rzetelnie odbudować państwo prawa, dyskusja musi być tym razem budowana wokół tego jak zapewnić zaufanie obywatela do państwa i prawa „od dołu”, w sądzie, w urzędzie. W 2023 r. wiemy już, że zaufania tego nie zbuduje deklaracja „Polska jest demokratycznym państwem prawa”. Konieczne jest umiejętne przekładanie na sprawy i problemy zwykłych ludzi. To na sądach ciąży szczególna odpowiedzialność. Tylko wtedy konstytucja ma szansę stać się naszą KONS-TY-TUC-JĄ.

Bez względu na atak z strony PIS wymusił, że sami sędziowie zaczęli dostrzegać w końcu wagę społecznej funkcji swojego zawodu, konieczność komunikowania w sposób zrozumiały swoich orzeczeń, tłumaczenia prawa ludziom, którzy w sądzie widzą ostatnią deskę ratunku, uczynienia z Konstytucji codziennego elementu ich orzekania. Na początek więc przywracania państwa prawa, III RP będzie potrzebowała prawdziwej, rzetelnej i często trudnej dla samych sędziów, dyskusji o etosie sądenia w demokratycznym państwie prawnym. Trzeba w końcu jasno powiedzieć i egzekwować wobec sędziów, że dobre sądenie to rozstrzygnięcie konfliktów i ważenie, a nie tylko stosowanie suchego przepisu. Prawo nigdy nie będzie dostarczać zero-jedynkowych, prostych rozwiązań. Obywatel nie idzie do sądu, żeby usłyszeć, że coś jest niejasne w przepisie i prosię poczekać, musimy zapytać kogoś mądrzejszego, tylko po to, aby w tym sądzie dostać ochronę. Sędzia, który chce zrobić coś więcej ponad rutynę interpretacyjną, który dostrzega, że niewolnicze zaślepienie przez tekst może prowadzić do wydania wyroku niesprawiedliwego, zasługuje na uznanie, ale i wsparcie. Takie też orzekanie jest podstawową funkcją niezależnych i pewnych siebie (w dobrym znaczeniu słowa) sędziów. Gdy o tym piszę, zdaję sobie sprawę, że to nie jest łatwe, ponieważ w każdej grupie jest naturalne dążenie do uniformizacji, robienia tak jak wszyscy, aby się nie wychylić. Ten kto idzie pod prąd jest od razu wskazywany palcem, a presja środowiska jest czasami nie do udźwignięcia. W naszej dyskusji o sądach zbyt dużo uwagi od lat przywiązywaliśmy do budowania obrazu sądu jako formalistycznej maszyny do liczenia, która zacina się gdy wprowadzimy złe dane. Dramat polskiego wymiaru sprawiedliwości, ale, co należy mocno podkreślić, państwa prawa jednocześnie, polegał na tym, że sądy nie rozumiały, że obywatel swoje wyobrażenie o prawie buduje właśnie w oparciu o kontakt z sądem, na sali sądowej. Jeżeli będzie więcej rozstrzygnięć, które kłócą się z elementarnym poczuciem sprawiedliwości, to nikt za sądy nie będzie umierał. Dlaczego

mam walczyć za kogoś, kto nie potrafi mnie obronić? Ten społeczny resentyment rósł latami, aż w końcu został wyzwolony z dramatycznymi dla państwa prawami konsekwencjami.

Rozumiem, że jest to trudna prawda, ale w 2023 r. nic innego nam nie pozostaje, jak spojrzenie jej w oczy. Tylko wtedy *rule of law* w Polsce może mieć jakąkolwiek szansę. Idźmy dalej.

Lekcja V. Etos sądenia, czyli co?

There was a time when it was thought almost indecent to suggest that Judges make law – they only declare it. Those with a taste for fairy tales deem to have thought that in some Alladin's cave, there is hidden the Common Law in all its splendor and that on a judge's appointment there descends on him the knowledge of the magic words Open Sesame. Bad decisions are given when the judge has muddled the password and the wrong door opens. But we do not believe in fairy tales any more.

Lord Reid, *The Judge as Law-maker*, Legal Studies, 12/1972

Po 1989 r. polska dyskusja o sądeniu zawsze była zdominowana przez perspektywę negatywną eksponującą to „czego sędzia nie może zrobić”. Zamiast zwalniać sądy z odpowiedzialności przez wskazanie, czego nie wolno im robić, nowoczesne myślenie o interpretacji powinno eksponować bardziej wymagającą perspektywę pozytywną, a więc co sądy muszą robić, aby zasługiwać na miano „sądów prawa”. Takie pozytywne sądenie jest nastawione na konstruktywne (z różną intensywnością, a więc i także wstrzemięźliwe) rekonstruowanie prawa, czyli proces, który dzisiaj w coraz bardziej skomplikowanym i zglobalizowanym świecie nie ma jasnych i jednoznacznych granic, który nie da się zmierzyć i do końca zrationalizować, który coraz częściej wymaga od sędziego wychodzenia poza granice swojego systemu prawnego i patrzenia w kierunku sądów i prawa innych niż polskie. Obrona za wszelką cenę i taksowanie każdej krytyki pod adresem sądów jako ataku na ich niezawisłość i niezależność wyrządza ogromne szkody przede wszystkim samym sędziom. Utrwała ich obraz jako nieodpowiedzialnej za nic grupy zawodowej, która widzi błędy wszędzie tylko nie u siebie i nie umie pchnąć dyskusji o sobie na nowe tory. Polski wymiar sprawiedliwości stoi nie tylko przed wyzwaniem reformy instytucjonalnej i ustrojowej, ale przede wszystkim przed koniecznością zmiany języka, którym sędziowie mówią myśląc o prawie i o swojej funkcji sądenia.

Dla dobrego sędziego przepis (także jasny) zawsze powinien być tylko początkiem, nigdy końcem, drogi. To przewartościowanie jest wielkim wyzwaniem dla sędziowskiego charakteru i temperamentu. Nie da się go niestety zadekretować kolejnymi przepisami, ale musi ono nastąpić w głowach i sercach sędziów. To o potrzebie takiej zmiany musimy dzisiaj mówić i jej oczekiwać. W przeciwnym razie w coraz nowocześniejszych infrastrukturalnie i błyszczących od nowości sądach, będzie grać sędziowska drużyna, która wbrew panującym trendom i warsztatowi nowoczesnego sę-

dziego, „umie podać piłkę” tylko do tyłu, boi się przełamać stare przyzwyczajenia, zaskoczyć i wzbogacić swój warsztat o nowe techniki³⁵.

W ramach lekcji 5 konieczne są z kolei **dwa zabiegi**, o których teraz słów kilka.

Odrzućmy mit przepisu

Sędziowie często bronią się, że stosują tylko przepisy i nie można im z tego powodu czynić zarzutu Zdaniem sędziów, jedynym winowajcą jest ustawodawca, który w sposób nieracjonalny buduje regulację prawną, pewnych kwestii nie przewiduje, czy nie dookreśla *etc.* Wobec ułomności polskiego ustawodawcy (wystarczy przez moment posłuchać obrad Sejmu, zwłaszcza dwóch ostatnich kadencji ...) i procesu legislacyjnego (pisanie ustaw na kolanie, aby zająć się indywidualnymi problemami konkretnych osób) ten argument nie może zwalniać sędziego z wszelkiej odpowiedzialności za rozstrzygnięcie sprawy. Wielkim wyzwaniem jest więc zrozumienie konieczności działania nie tylko formalnie legalnego, ale także niuansującego interwencje w sferę autonomii jednostki. W naszej kulturze prawnej nie doceniamy zmian innych niż poza tekstem. Wystarczy zaobserwować jak prowadzona jest debata publiczna, gdy tylko pojawia się jakikolwiek problem. Odpowiedź jest automatyczna – trzeba zmienić prawo (rozumiane jako suma przepisów) i wprowadzić nową regulację, która ma rzekomo działać jako magiczna różdżka i samym pojawieniem się rozwiązać te problemy. Ani jednak prawo tak nie działa, ani parlament nie jest w stanie przewidzieć z góry wszystkich okoliczności, w jakich przepisy są i będą stosowane. Takie myślenie jest jednak przede wszystkim szkodliwe, ponieważ tworzy błędne przekonanie, że wszystko można rozstrzygnąć zmieniając przepisy i trzeba tylko poczekać na parlament. Zupełnie nie dostrzega się możliwości poszukiwania odpowiedzi w tym czym sędzia dysponuje i czym może umiejętnie wypełnić przestrzeń, która jest tylko rzekomo pusta. W wielu przypadkach złem jest niekoniecznie złe prawo, ale właśnie oportunistyczna i minimalistyczna praktyka jego stosowania i interpretacji. Nowe rozłożenie akcentów „od przepisu do praktyki” oznaczałoby, że moglibyśmy mieć mniej kazuistycznego, niedoskonałego i spóźnionego prawa, a więcej dobrej i rozumnej interpretacji sądowej tego co już jest. Bardzo często systemowe spojrzenie na prawo zawiera odpowiedź i rozwiązanie problemów bez konieczności dodawania nowego przepisu. Trzeba tylko umieć łączyć elementy rozsiane w różnych miejscach, ważyć je i dokonywać racjonalnego oraz całościowego wyboru. Tymczasem w polskim sądzie nie tylko brak, ale już sama niejasność przepisu prawa, stanowią wygodną okoliczność zwalnającą sędziego z obowiązku orzekania, skoro jest „dobry” argument, że parlament zawiódł, bo czegoś nie przewidział lub nie dookreślił. W ten sposób sędziowie tylko pozorują wymierzanie sprawiedliwości, a w rzeczywistości maskują

swoją bezradność i banalizują swój zawód. Nie oznacza to oczywiście, że sędziowie mają zastępować parlament. Tak może myśleć tylko ten kto rzeczywistość postrzega w sposób ekstremalny według logiki „albo przepis albo nic”. Sędzia ma być tak kształcony i tak potem rozumieć swoje powołanie, aby spełniać rolę krytycznego rozmówcy dla prawodawcy, umiejętnie wypełniać luki, nadawać sens przepisom, wyciągać z nich elementy humanistyczne i racjonalnościowe, brać pod uwagę system i kontekst, w jakich przepis (często niedoskonale) funkcjonuje i którego jest tylko jednym z elementów. Sąd ma ludziom dawać nadwyżkę ponad przepis, bo tylko w ten sposób może uzasadnić swoje trwanie i roszczenie do olbrzymiej władzy, jaką ma nad nami. Słyszę od razu głosy sprzeciwu sędziów, że byłby to pierwszy krok do dowolności. Jest akurat na odwrót. To byłby właśnie krok w kierunku indywidualnej sprawiedliwości, refleksyjności i ważenia. To nie jest kwestia znajomości z góry znanej formuły, która pasuje do każdej sprawy. Dobrze rozumiany etos sądenia wymaga, aby każdy sędzia był gotów poszukiwać swojej formuły i nie odwracał się od problemu tylko dlatego, że istnieją wątpliwości. Sędzia właśnie w wątpliwościach interpretacyjnych powinien odnajdywać swoje powołanie i udowadniać nam wszystkim, że jest sędzią właśnie po to, aby wątpliwości rozstrzygać. Jednocześnie podkreślmy sama w sobie wierność przepisowi nie jest oczywiście niczym złym. Chodzi o to, jak sędzia polski rozumie ową jasność i co jest gotów zrobić, gdy owa jasność okazuje się „złem”. Jest oczywiste, że sądy nie mogą zawsze interpretować przepisów w sposób „twórczy”, bo to sprowadziłoby proces interpretacji do absurdu. W przeważającej liczbie spraw istotnie będziemy mieli do czynienia z tzw. „sprawami prostymi”, w których wystarczy wykładnia językowa. To co natomiast wywołuje sprzeciw, to łatwość, z jaką sądy polskie wierzą w ekstrema: albo interpretacja musi się zakończyć w momencie uznania, że przepis jest jasny albo że interpretacja nie jest możliwa w braku interwencji ustawodawcy. Z taką filozofią prawa wymiar sprawiedliwości nie ma sensu, ponieważ każdy z nas mógłby dokonywać interpretacji jasnych przepisów i nie potrzebowałby w tym celu sądów!

Jeśli ma być lepiej, sędzia polski musi zrozumieć, że istnieje zasadnicza różnica pomiędzy przepisem prawa a ideą prawa. **Przepis to prawo pisane (*lex*), podczas gdy sprawiedliwość (*ius*) to sfera prawa rozumianego jako kombinacja ideałów słuszności, racjonalności i efektywności.** Rygor językowy przepisu musi być właśnie łagodzony przez subtelne odwoływanie się do kryteriów pozatekstowych. Sędzia musi być gotowy do wyjścia z zakłętego „świata *lex*” i odkrywania sfery poza przepisem. Tylko wtedy jego orzeczenie ma szansę wyważać kolidujące interesy stron i zasłużyć na miano sprawiedliwego. Polski sąd jest niestety w przytła-

³⁵ Analogia z piłką nożną nieprzypadkowa zważywszy, jak od lat anachronizm gry polskiej reprezentacji piłkarskiej boleśnie kontrastuje z nowymi i pięknymi stadionami.

czającej większości „sądem przepisu prawa”, a nie „sądem prawa”. W jego warsztacie dominuje podejście formalistyczne. przygotowanie sprawy przesłania wszystko zamiast być tylko jednym z elementów warsztatu, stając się w rzeczywistości głównym elementem strategii sądowego działania. Troska o niewzruszalność jest głównym motywem działania (jak orzekać, aby nie uchylili), a dopiero na drugim planie rozstrzygnięcie problemu, które w danych okolicznościach niewiele musi mieć wspólnego z troską o utrzymanie się orzeczenia w II instancji. Rzekoma wstrzemięźliwość sędziowska ukrywa w istocie bezradność metodologiczną i brak jakiegokolwiek pomysłu interpretacyjnego. Sąd potwierdza w ten sposób, że nie ma nic do zaproponowania poza argument z tekstu. Jego wiedza niczym się nie różni od nas, którzy patrzą w kodeks i próbują go zrozumieć. Dla sądu wszystko jednak jest w porządku, bo jego działaniem i myśleniem rządzi rutyna. Dlatego niełatwo, bo wymagający sprzeciwu wobec wygodnego *status quo*, zabieg numer 2 to:

Piętnujemy sprawiedliwość rutynową

Prawdziwy sędzia nigdy nie jest urzędnikiem, ale osobą, która ma być mądrzejsza od przeciętnego Kowalskiego i rozwiązywać problemy, a nie mówić stronie: „faktycznie mamy problem, ale ja nie mogę go rozwiązać, bo ...”. Sędzia polski jest uczony, jak robić na nie i jak „wspaniale”, z pompą, z całym rygorystem prawa tłumaczyć, dlaczego nie może się sprawą zająć, a więc wypełnić treścią, to co następuje po słowie „bo”. W tym nasi sędziowie są mistrzami. Sędziowie nie czują presji, że powinni „uczciwie” orzekać, bo przyjdzie im się tłumaczyć z jakości swojego orzecznictwa przed innymi kolegami, skoro ocena jest formalnością i nikomu krzywdy nie zrobi (najwyżej sędzia zostanie skierowany na kilka szkoleń). Pożądana stabilizacja zawodu nie powinna jednak mieć nic wspólnego z błogim przeświadczeniem, że zostałem sędzią dożywotnim i tak już musi być. Takie przeświadczenie to pierwszy krok w kierunku arbitralności i utraty kontaktu z rzeczywistością. Nikt nie jest skazany na bycie sędzią, ale wprost przeciwnie powinni być nimi tylko najlepsi. Ktoś kto uważa, że te słowa są atakiem na niezależność sądownictwa, dowodzi, że nie rozumie na czym polega dzisiaj istota wymiaru sprawiedliwości, który wielką władzę sędziów musi łączyć z elementem kontroli i odpowiedzialności. Sędzia nie może słusznej krytyki rozumieć w sposób automatyczny jako atak na swój status. W funkcjonującym państwie prawa nie sposób trwać przy micie niezależności rozumianym jako brak jakiegokolwiek kontroli. Tak rozumiana staje się własną karykaturą i uderza wprost w społeczny odbiór sądownictwa i jego legitymizację. Wiem o czym piszę, ponieważ na początku swojej drogi zawodowej przeszedłem lekcję sądowego uczenia do zawodu. Trudno mi sobie nawet wyobrazić siebie dzisiaj, gdybym w swojej przygodzie z prawem nie zrezygnował po dwóch tygodniach z aplikacji

etatowej w sądzie. Co z ciekawością, krytycznym podejściem do rzeczywistości, odwagą przełamywania stereotypów, konstruktywnym podejściem do prawa, a więc cechami, które każdy sędzia powinien mieć i je w swojej linii orzeczniczej rozwijać? Sądzić innych to także uczyć się o sobie, jak świetnie pisał jeden z zachodnich sędziów. Tymczasem w polskim systemie akurat te elementy są wymysłem. Polski wymiar sprawiedliwości był doskonałą machiną równającą wszystkich sędziów do jednej linii. Dostrzeżenie czegoś poza mitycznym kodeksem równało się z niebezpieczną aberracją, zakłócało święty spokój, liczyło się *in minus*, a jednostkowy sędzia wychodzący przed szereg szybko i bezlitośnie był sprowadzany na ziemię. To więcej niż tylko intuicja i obserwacja, ale także wynik rozmów z samymi sędziami, którzy w czasie szkoleń przed 2015 r. zgadzali się z moją wizją swojego zawodu, podkreślali, że chcieliby inaczej, czasami nawet tekst przełamać, zaproponować coś nowego, ale wiedzieli, że nie ma to żadnego sensu, bo i tak sąd odwoławczy to uchylili. Każdy argument nierutynowy, wprowadzenie interpretacji z Konstytucji czy prawa europejskiego był postrzegany z podejrzliwością, zamiast pobudzać dynamikę sporu i poszerzać go o nowe elementy, paraliżował i usztywniał sędziego. Jeśli moje argumenty przełamują rutynę, są od razu dyskwalifikowane, bo nie wpisują się w „wycuczony” i codzienny sposób procedowania sędziego. Nie jest przypadkowe, że trzeba było zniszczenia wymiaru sprawiedliwości, aby sędziowie nagle naprawdę zainteresowali się prawem europejskim i postępowaniem prejudycjalnym...³⁶.

To zawsze mnie przerażało i zasmucało i to właśnie musi się teraz i jutro zmienić, jeżeli państwo prawa i obrona Konstytucji w Polsce mają mieć jakiegokolwiek szanse. Na pewno nie po to mamy sąd i to musi wybrzmieć mocno jak nigdy dotąd. W przeciwnym razie kolejne inkarnacje *Kaczyńskich*, *Ziobrow* *etc.* będą bezlitośnie wykorzystywać ten nagromadzony przez lata resentyment społeczny.

Lekcja VI. Psychologia

Aby odbudowa państwa prawa się powiodła, konieczna jest także kultura i etos pracy. Problemy i rzeczywistość należy nie tylko tłumaczyć, ale także rozwiązywać, zamiast uprawiać „psychologię” według logiki, że ktoś inny powinien się sprawą zająć. Potrzebne jest myślenie pozytywne, co „ja”, jako urzędnik, sędzia *etc.* muszę i mogę zrobić, aby nie zawieść oczekiwań tych, którzy przychodzą do mnie ze swoimi problemami i wiarą, że zostaną one rozwiązane, zamiast otrzymania formułki „że sprawy nie można załatwić, bo ...”. Odsyłanie z urzędu do urzędu nie może być, tak jak jest dzisiaj, podstawową techniką załatwiania spraw. Takie pozorne

³⁶ Zob. mój gorzko-optymistyczny wywiad z A. Kublik, Jak trwoga, to do Luksemburga. Jak sędziowie ratują nas przed władzą, Gazeta Wyborcza, 18.10.2018 r., <http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,24067276,jak-trwoga-to-do-luksemburga-jak-sedziowie-ratuja-nas-przed.html>.

administrowanie tylko wzmagając frustracje ludzi i utwierdza ich w przekonaniu, że w Polsce nic nie uda się dobrze załatwić, że system faktycznie zawodzi, jest niefunkcjonalny, a w konsekwencji trzeba go „reformować”. A to tylko woda na młyn populistów i legalistycznych autokratów.

V. Zbuduj mapę drogową „przywracanie państwa prawa” w Polsce

Nie bądź obojętny. Widmo państwa autorytarnego stoi u drzwi twojego domu. Nie zapuka do drzwi. Wejdz bez zaproszenia.

I zostanie na długo

M. Wyrzykowski³⁷

Gdy już odrobisz lekcje ...

Jakakolwiek konstelacja polityczna zechce w przyszłości podjąć wyzwanie przywrócenia państwa prawa w Polsce, musi zarzucić marzenie o „instytucjonalnej różdżce” i fałszywej narracji „a teraz naprawiamy od góry”. Nasza mapa drogową na początek może być za to wyznaczona przez 4 skromne podpowiedzi.

Po pierwsze, czas najwyższy przestać zaklinać rzeczywistość i odejść od uproszczonego, by nie powiedzieć prymitywnego, rozumienia terminu „prawo”, które utożsamia tekst prawny z prawem. Musimy zrozumieć, że integralnym elementem prawa jest pojęcie „standardu” czyli połączenia tekstu i praktyki. W konsekwencji oderwania tekstu od praktyki i utożsamiania tekstu z prawem, polskie prawo ma często charakter fasadowy, jest sprowadzone do pięknie zapisanej kartki, która nijak ma się do rzeczywistości.

Po drugie, słowami kluczami prawa w XXI w. jest sytuacyjność i szarość, która odchodzi od rozwiązań zero-jedynkowych na rzecz proporcjonalności i ważenia różnych kolidujących interesów. Gdy instytucje stosujące prawo, z zaakt zaczynają dostrzegać człowieka z krwi i kości, stosować Konstytucję jako tarczę dla obywateli wobec państwa, tym samym budują w oczach opinii publicznej swoją własną legitymizację i uzasadniają swoją użyteczność. Sąd, który chroni, zyskuje najpotężniejszego sojusznika: obywatela.

Po trzecie, w Polsce jesteśmy świetni w zarządzaniu problemami, odsyłania, zwracania z powodów proceduralnych *etc.* Zamiast spróbować wydać rozstrzygnięcie, które zakończy problem, mamy do czynienia z rytualnym i pozornym tańcem nad przepisem, który ma tworzyć wrażenie zewnętrznej (formalnej) poprawności, a który w rzeczywistości alienuje ludzi i zniechęca wobec własnego Państwa.

Po czwarte, mnożąca się na każdym kroku manipulacja prawem. Manipulacja prawem wymaga od prawników poważnie myślących o prawie i państwie zabrania głosu, prostowania, tłumaczenia, a nie wygodnego milczenia, bo ludzie i tak nie wierzą w takie bzdury. Otóż błąd: ludzie wierzą i wracają do domów z taką uproszczoną, często antagonizującą wizją rzeczywistości. Tym samym stają się łatwym łupem dla populistycznych partii w typie PIS.

Od „prawa na niby” do „prawa z ludzką twarzą”?

Wszystko to nabiera ogromnego znaczenia w dzisiejszych czasach, ponieważ obywatel potrzebuje, aby o prawie mówić do niego w sposób zrozumiały³⁸. Obywatel, który prawa nie rozumie, staje się łatwym celem *Kaczyńskich* i jemu podobnych demagogów, którzy zarządzają strachem i wykorzystując resentyment i niewiedzę, rzekomo reformują państwo.

Tymczasem ani urzędnik, ani prawnik, nie potrafią komunikować prawa w sposób jasny. Ich prawnicza nowomowa alienuje człowieka, powoduje, że prawo jawi się jak jakaś ciemna i niepodlegająca racjonalnej kontroli siła, której trzeba się bać, prawo jest arbitralnie komunikowane, zamiast być wyjaśniane. A to nic bardziej mylnego! Dobre prawo to takie, które jest zrozumiałe, które tworzy w jego adresatach uczucie, że warto się do niego stosować, które tworzy nawyk i kulturę posłuszeństwa, która nie ma nic wspólnego z sankcją grożącą za naruszenie prawa. Bez tego nigdy nie będziemy państwem prawa bez względu na to, jak pompacyjne deklaracje odnajdujemy w tekstach prawnych i jakie nowe instytucje politycy opozycji malują przed nami. Państwo prawa musi działać i to działać w sposób widoczny dla zwykłych ludzi, a nie tworzyć wrażenie, że i tak nie warto, bo układ, procedury, *czas etc.* Z czasem nikt już nie pamięta o co chodziło w sprawie, media przestają się interesować, bo wczorajszy news nie jest już wart dzisiaj uwagi. W ludziach natomiast pozostaje przekonanie, że winni i tak nigdy nie zapłacą i wszyscy czekamy na kolejną aferę, dwa dni zainteresowania medialnego i powolne toczenie się maszyny państwowej rozwiązującej problem, aż do uczynienia zeń jeszcze jednej sprawy, która jak zwykle pozostała na etapie „rozwojowej”. Na końcu tej gry prawem „na niby” zaufanie do państwa i jego prawa jest na poziomie zerowym. A wtedy manipulowanie i instrumentalizowanie prawem przez kolejne szarlatanijskie większości parlamentarne przebiega przy obojętności ludzi.

Brzmi znajomo?

Kiedy w sędziów uwierzymy?

To pytanie kluczowe, ale i najtrudniejsze, jeśli przywracanie państwa prawa ma być czymś więcej niż kolejnym rytualnym tańcem instytucjonalnym.

Powyżej postawiłem pytanie, czy możemy w sędziów wierzyć. Pytanie postawione w tej części zawiera obietnicę warunkowej pozytywnej odpowiedzi³⁹. Aby tak się jednak

³⁷ Ten cytat pochodzi z polskiego manuskryptu wystąpienia prof. M. Wyrzykowskiego, który znajduje się w posiadaniu autora. Tekst angielski został opublikowany na VERFASSUNGSBLOG 26.2.2020 *The Ghost of an Authoritarian State Stands at the Door of Your Home*, <https://verfassungsblog.de/the-ghost-of-an-authoritarian-state-stands-at-the-door-of-your-home/>.

³⁸ Zob. T.T. Koncewicz, *Prawo z ludzką twarzą* Warszawa 2015.

³⁹ O tym pisze Polish Judiciary and the Constitutional Fidelity. „In Judges We Trust”? w: J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarska*, Wrocław, 2017, <https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/129025/edition/118399/polish-judiciary-and-the-constitutional-fidelity-in-judges-we-trust-koncewicz-tomasz-tadeusz>.

stało, musimy stawić czoła wyzwaniu zrozumienia i zaakceptowania, że dzisiaj nie mamy tylko prawa do sądu, ale prawo do dobrego sądu⁴⁰.

Dobry sędzia musi być gotowy na swojej „trasie orzeczniczej” do wypełnienia przestrzeni prawnej racjonalnie zrekonstruowanymi regułami i odrzucać obezwładniającą wiarę w racjonalność ustawodawcy⁴¹. Sędzia musi zachować dystans do siebie i zrozumieć, że inna osoba czy instytucja może wiedzieć więcej i warto się czasami zapytać. Dobry sędzia traktuje swój zawód jak misję i sposób życia. Osoba, która uznaje, że zjadła wszystkie rozumy, natychmiast powinna zrezygnować. Nasz dobry sędzia to taki, który jest świadom swojej roli, robi pełny użytek ze środków, które ma do dyspozycji. Jest kreatywny. Dostrzega granice systemu prawnego i jest ich świadom, a w konsekwencji umie wyczuć, gdzie leżą ograniczenia jego sędziowskiego mandatu, których nie wolno przekroczyć. Zachowuje otwarty umysł, jeśli chodzi o interpretowany tekst prawny. Tekst jest dla niego ważnym elementem warsztatu, lecz nigdy nie jest celem samym w sobie, a zawsze elementem szerszego kontekstu i systemu. Dobry sędzia doceniając walor tekstu postrzega go jako punkt wyjścia, a nie jako punkt docelowy. Dobry sędzia jest spójny. Spójność można oszacować tylko w oparciu o całościową analizę pracy sędziego, a nie na podstawie jednego błędnego orzeczenia. Dobry sędzia nie popada w skrajności i nie widzi świata w kolorach czarno-białych. Przeciwnie, jest w stanie wyważyć skrajności i dokonać wyboru, który najlepiej pasuje i odzwierciedla wartości społeczne. Dobry sędzia rozumie, że nie staje się dobrym sędzią automatycznie, tylko dlatego, że korzysta z niezawisłości i niezależności. „Dobry sąd” jest statusem, na który sędzia musi pracować każdego dnia, udowadniając, że świadom jest swoich obowiązków wobec jednostki. Dzisiejsze prawo ma liczne odcienie szarości, a obowiązkiem dobrego sądu jest orzekanie nie tylko formalnie legalnie, ale także miarkować intensywność stosowania rygorów prawa, dostrzegać wielość sytuacji faktycznych w jakich prawo jest stosowane.

Dobry sędzia powinien nieustannie zadawać sobie jedno fundamentalne pytanie „A co z prawem”? rozumiejąc, że każda interpretacja prawa ma zmierzać do zapewnienia minimum racjonalności i jest obowiązkiem sądu bez oglądania się na ustawodawcę. Właśnie to sądy są nam winne i z tego powinny być rozliczane, a nie tylko z ilości orzeczeń uchylonych/utrzymanych w mocy. Nasi sędziowie w ogóle nie umieją uzasadniać wyroków tak, aby wytłumaczyć się faktycznie przed stronami i opinią publiczną w sposób zrozumiały z motywów rozstrzygnięcia i upewnić nas, że istotnie zasługuje na swoje przymioty bezstronności i niezależności. W orzecznictwie zupełnie nie funkcjonuje konstytucja i konwencja, które na stole sędziowskim powinny leżeć zawsze obok kodeksu. Kodeks mamy odczytywać w świetle Konstytucji i konwencji, a nie na odwrót. Gdyby sądy częściej

chciały odwoływać się do Konstytucji i/lub konwencji, wiele spraw można byłoby rozstrzygnąć zupełnie inaczej, bardziej różnorodnie i „subtelniej”; skoro treści kodeksu podlegałyby umiejętnemu uzupełnieniu i wzbogacaniu. W polskim sądzie nie mieści się to jednak w wizji „rutynowej sprawiedliwości”. Odwołanie poza kodeks jest traktowane z pobłażliwością, czasami nerwowością, że ktoś zakłóca błogi spokój i porządek rzeczy. Potem jednak załamujemy ręce, gdy czytamy statystyki strasburskie i dowiadujemy się o kolejnych wyrokach wydawanych przeciwko Polsce, gdy tymczasem większość tych spraw do Strasburga nigdy nie powinna trafić, gdyby na poziomie krajowym był sąd, który chciałby ludzi chronić, czynić sprawiedliwość, a nie tylko wymierzać ją z automatu. Nie może być jednak inaczej, skoro sąd polski jest zamknięty w wieży z kości słoniowej, boi się nowości, nie wzbogaca swojego warsztatu, nie zderza kodeksu z innymi źródłami prawa, nie próbuje nawet interpretować ustawy w świetle Konstytucji, a co dopiero konwencji! Gdyby tak robił wydobywałby z prawa ukrytą treść, miarkował rygoryzm prawa – miecza, niuansował przekaz, słowem jawił się jako sprawiedliwy arbiter, który dostrzega wiele poziomów, na których może dzisiaj poszukiwać swojego prawa, które musi stosować na co dzień, zamiast czekać na brakującą regulację.

Państwo prawa jest społecznie zakorzenione, gdy sami sędziowie rozumieją i doceniają społeczny wymiar swojego zawodu, o czym wspominałem już wyżej. Często Kowalski o prawie będzie wiedział, tyle, co i jak dowie się w sądzie. Dlatego tak ważne jest zrozumienie, że sąd buduje legitymizację społeczną swoim orzecznictwem⁴². W dzisiejszych czasach społeczeństwo (okres 2015–2023 w Polsce ma w tym kontekście szczególne znaczenie) nadal przywiązuje dużą wagę do tego, aby sąd był absolutnie niezawisły, bezstronny i niezależny. W XXI w. nie wystarcza to jednak dla stworzenia przekonania, że sprawiedliwość jest faktycznie czyniona.

⁴⁰ O tym pisze Polish Judiciary and the Constitutional Fidelity. „In Judges We Trust”? w: J. Giezek, D. Gruszecka, T. Kalisz (red.), Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego. Księga Jubileuszowa Profesora Tomasza Kaczmarska, Wrocław, 2017, <https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/publication/129025/edition/118399/polish-judiciary-and-the-constitutional-fidelity-in-judges-we-trust-koncewicz-tomasz-tadeusz>.

⁴¹ W tej części nawiązuję do i łączę, wypowiedzi i tezy przedstawiane konsekwentnie od lat m.in., w: Prawo i niesprawiedliwość, Gazeta Wyborcza 11.9.2012; Sądzie, sądz, Polityka 2012, Nr 50; Sędziów polskich trzeba uczyć, In Gremio 2013, Nr 3; Nie(ludzki) polski sąd, In Gremio 2013, Nr 4, T.T. Koncewicz, Jak interpretować prawo w XXI wieku? Perspektywa europejska i polska, w: Wymiar sprawiedliwości w dobie oczekiwań społecznych, cz. 1: Prawo, P. Banasik (red.), Warszawa 2015 czy w książce Prawo z ludzką twarzą, Warszawa 2015. W języku angielskim In Judges We Trust? A long overdue Paradigm Shift within the Polish Judiciary (Part I) na <https://verfassungsblog.de/in-judges-we-trust-a-long-overdue-paradigm-shift-within-the-polish-judiciary-part-i/>. In Judges We Trust? A long overdue Paradigm Shift within the Polish Judiciary (Part II) <https://verfassungsblog.de/in-judges-we-trust-a-long-overdue-paradigm-shift-within-the-polish-judiciary-part-ii/>.

⁴² O tym także E. Łętowska, Niezależność sędziowska a trudności zyskiwania społecznego zaufania, IUSTITIA Nr 2–3(48)/2022, <https://www.kwartalnikiustitia.pl/niezaleznoscd-sedziowska-a-trudnosci-zyskiwania-spoecznego-zaufania1,11980>.

Coraz więcej zależy bowiem od samych sędziów. Obowiązkiem sędziego sprawiedliwego nie jest tylko proste sądzenie, ale takie, które jest „dobre”, w którym sędzia jest winny wierność nie tylko przepisowi, ale i prawu. Ma to szczególne znaczenie w świetle postępującej degrengolady parlamentu i procesu politycznego, które zostają zdominowane interesem partykularnym, alienując opinię publiczną i wzmacniając przekonanie, że pozytywna zmiana na lepsze przez prawo stanowione jest mało realna. W tych warunkach sądy nie mogą po prostu, jak kiedyś, zasłaniać się racjonalnością prawodawcy i biernie oczekiwać na wynik procesu politycznego. Ludzie coraz częściej oczekują, że minimum racjonalności i spójności regulacji prawnej zostanie zapewniona w drodze interpretacji, a orzeczenie sądowe będzie czymś więcej niż suchym wydrukiem komputerowym powtarzającym, to czego (nie)zapisano w przepisie.

Wskazywałem już wyżej, że linia obrony sędziego polskiego sprowadza się do przerzucenia winy za złe prawo na ustawodawcę, który pewnych kwestii nie przewidział, nie określił *etc.* Tej linii obrony nie można lekceważyć zupełnie, ale nie może ona zwalniać sędziego zupełnie z odpowiedzialności za rozstrzygnięcie. Taka obrona zastanego *status quo* zawsze bowiem podkreślała niespełnioną obietnicę państwa prawa skoro sędziowie polscy czuli się komfortowo w świecie znającym tylko dwa ekstrema, które wyznaczają ich pole manewru: proste stosowanie przepisów na jednym biegunie albo interwencja ustawodawcza na drugim. Uprzedzam od razu tradycyjny zarzut środowiska sędziowskiego jakoby moje rozumienie funkcji sądu rzekomo lekceważy interpretację językową. Wprost przeciwnie, także dla „mojego dobrego sędziego” jest ona punktem wyjścia. Jest oczywiste, że sądy nie mogą zawsze interpretować przepisów w sposób „twórczy”, bo to sprowadziłoby proces interpretacji do absurdu. W przeważającej liczbie spraw będziemy mieli do czynienia z tzw. „sprawami łatwymi”, w których wystarczy prosty zabieg wykładni językowej. To co natomiast wywołuje mój sprzeciw, to łatwość, z jaką sędzia polski uznaje, że interpretacja musi się zakończyć w momencie uznania, że przepis jest rzekomo jasny albo nie może się w ogóle rozpocząć, bo przepis jest niejasny. Już sam termin „jasność” jest wieloznaczny. Kiedy przepis jest jasny na tyle, że możemy poprzestać na wykładni językowej, a kiedy jest jasny w sposób uzasadniający wyjście poza wykładnię opartą wyłącznie na brzmieniu? Nie można tego ustalić z góry i w sposób generalny według naiwnej reguły, że to co jasne nie wymaga interpretacji. Podobnie niejasność przepisu nie może być dla sędziego sygnałem do konstatacji niemożności orzekania i wygodnym usprawiedliwieniem bezradności, bo to banalizuje wymiar sprawiedliwości. Sądy mamy właśnie po to, aby wyłożyć i interpretować, to co jest niejasne i nieprecyzyjne. Takie ujęcie nie musi wcale oznaczać dowolności i arbitralności. Pomiedzy ekstremami istnieje bowiem szara strefa, którą właśnie dobrzy sędziowie

powinni zagospodarować umiejętnie rekonstruowanymi regułami i umieścić przepis prawny w szerszym kontekście normatywnym. To w tym sensie do sądu idziemy po „nadwyżkę ponad przepis” i to ona uzasadnia naszą wiarę w sądy i ich potężną władzę. Sędzia polski musi zostać nauczony, jak umiejętnie korzystać ze swojej dyskrecjonalności i wyczuwać, gdzie leży granica, której nie powinien przekraczać.

W sądy uwierzmy, gdy „dobre sądenie” zostanie wyrażone przez gotowość ważenia różnych argumentów i refleksyjnego odczytywania suchych przepisów, z za których sąd zawsze dostrzega człowieka z krwi i kości. Interpretacyjny świat, w którym żyje polski sędzia jest niestety nieskomplikowany. W większości przypadków samo już powoływanie się na argumenty niewynikające wprost z przepisu spotyka się z nierozumieniem sądu („przecież przepis milczy”) i oportunistycznym argumentem, że sąd stosuje tylko to co jest zapisane wprost i nic więcej. Zgłoszenie samej wątpliwości interpretacyjnej usztywnia i paraliżuje sędziego, który taksuje je z marszu jako próbę niedopuszczalnej interpretacji *contra legem*. W konsekwencji mamy „sprawiedliwość z taśmy”, w której sąd jest mistrzem w sztuce technokratycznej interpretacji, noszącej pozory poprawności, a w rzeczywistości kompromitującej się bezkrytyczną akceptacją sylogizmu prawniczego gwarantującego spokój, że sąd wyższej instancji takiego orzeczenia nie uchyli. Nasz sędzia ślepo wierzy w niezawodność rozumowania *a contrario*, z lubością i autorytatywnie pisząc „skoro tekst nie mówi o czymś wprost, to znaczy że nie masz prawa, czegoś ci nie wolno *etc.*”. A jeżeli już nawet tekst coś reguluje, to dla sądu oznacza to że wszystkie inne przypadki są nieuregulowane. Nie ma tutaj miejsca na jakąkolwiek sytuacyjność orzekania, subtelność i choćby rozważanie, czy aby nie warto skorzystać z rozumowania *a simili*, odwoływać się do systemu prawa, czy przepis(y) potraktować jako jedynie egzemplifikację, a nie wyczerpujące uregulowanie danej materii. Tu właśnie tkwi wielki potencjał zmiany na lepsze.

Sędziowie polscy boją się być „twórczy”, bo to ich zdaniem zakłóca linię podziału pomiędzy ustawodawcą a sobą. W ten sposób jednak argument ze wstrzemięźliwości sędziowskiej stanowi dla sędziów wygodną maskę, pod którą kryje się w rzeczywistości ubóstwo interpretacyjne sądu. Tymczasem dobrze rozumiana kreatywność jest tylko jednym z elementów postawy konstruktywnej do prawa, ale jej nie wyczerpuje. Pomiedzy przerażającym sędziów „bywaniem twórczym”, a zupełnie im obcym „byciem konstruktywnym” istnieje zaś fundamentalna różnica. „Konstruktywna” nie musi oznaczać tylko „twórcza”. Twórcza interpretacja sugeruje działalność jednokierunkową (sędzia rozszerza zakres przepisu, powiększa swoje kompetencje *etc.*), podczas gdy interpretacja konstruktywna może oznaczać zarówno interpretację rozszerzającą, jak i zawężającą. Interpretacja konstruktywna nie eksponuje rezultatu, ale raczej proces, który go poprzedza. Zakłada, że sędzia jest gotów spojrzeć na dostępny mate-

riał normatywny w sposób całościowy i zdroworozsądkowy, z perspektywy systemu, kontekstu i celu regulacji prawnej.

Konstruktywnym sędzią może być zarówno sędzia wstrzeмиęźliwie interpretujący przepis, jak i ten, który rozszerza zakres jego stosowania („twórczy”). Sama „kreatywność” nie tworzy więc z sędziego dobrego. O ile sędziowie mogą, ale nie zawsze muszą być twórczy, to zawsze ich obowiązkiem jest zajęcie postawy konstruktywnej wobec prawa i według tego powinniśmy ich oceniać. Dominujące w polskim dyskursie prawnym próby wykazywania za wszelką cenę, że w pewnych dziedzinach sądy muszą dokonywać interpretacji w sposób ostrożny („nie mogą być twórcze”) zubaża dyskusję o roli sądów, bo z góry chce przesądzać, jak mają interpretować prawo, jeżeli tylko przepis należy do określonej kategorii. Jakże byłoby pięknie, gdyby prawo dało się tak zaszeregować! Poza sporem jest np. że przepisy prawa karnego dotyczące odpowiedzialności karnej muszą być interpretowane w sposób ostrożny, ale czy sam charakter karny sprawy musi od razu przesądzać o niedopuszczalności podejścia konstruktywnego? Oczywiście, że nie, skoro także w prawie karnym tzw. trudne przypadki pojawiają się nie rzadziej niż w innych dziedzinach prawa i to one wymagają otwartego i krytycznego umysłu sędziego. Myślenie życzeniowe i etykietowanie spraw („tu możesz być twórczy, a tu już nie”) powoduje, że gdy sprawa choć trochę odbiega od standardu, sędzia jest bezbronny, bo nagle nie umie zareagować i jedyne co ma do zaproponowania to powtórzenie interpretacji językowej, która w przypadku choć trochę niestandardowym nie może przynieść rozwiązania. W efekcie zamiast podjąć próbę nadania przepisowi sensu, sąd pisze zaporowe i hermetyczne uzasadnienia, których nikt nie jest w stanie zrozumieć.

O tym wszystkim my prawnicy⁴³ musimy w dobrej wierze i bez zaciętrzewienia rozmawiać, aby państwu prawa i Konstytucji nadać namacalny sens w życiu obywateli. Bez tego społecznego wymiaru i obywatelskiego zakorzenienia, państwo prawa w Polsce nie ma szans. Dramatyczna konstatacja, ale adekwatna do naszej sytuacji w 2023 r.

O instytucjonalnej bezbronności

Bolesne lekcje z upadku niezależnego sądownictwa w Polsce pokazały jak bezbronne są instytucje, które nie cieszą się społecznym poparciem i zrozumieniem⁴⁴.

Społeczna legitymizacja sądów musi być analizowana jako połączenie właściwości, procesu i percepcji. Tutaj znaczenie moich lekcji dla Izraela wykraczało poza Polskę i Izrael. Perspektywa „właściwości” wyjaśnia nam relacje między sądami a ich bezpośrednim otoczeniem. Istotne jest przekonanie, że instytucje posiadają atrybuty (np. służy dobru wspólnemu, są rozsądne, sprawiedliwe itp.), które uzasadniają nasze uznanie ich autorytetu i tłumaczą naszą ciągłą i ponawianą gotowość do ich respektowania. Uznanie instytucji za prawomocne nie wynika po prostu z ich formalności („bo jest”), ale przede

wszystkim ze społecznego zaufania i wiary w te instytucje. Kiedy autorytet instytucji staje się społecznie akceptowany, instytucje i ich władza stają się w oczach społecznych prawomocne. Społeczna legitymizacja jako „proces” z kolei sponadwa się do niełatwego procesu „stawiania” się społecznej legitymizacji. Nie jest ona dana, lecz zmienna: zaufanie wobec instytucji w głowach członków wspólnoty, której instytucje służą, jest generowana w czasie i jest wynikiową historii, kontekstu i kultury. Legitymizacja społeczna sądów jest budowana w wyniku powtarzalnej długotrwałej praktyki i działania, które budują postawy i nawyki. To wymierzanie sprawiedliwości według Akceptowalnego społecznie standardu tworzy w głowach obywateli poczucie, że sądy zasługują na społeczne uznanie i obronę. W końcu legitymizacja społeczna jako „percepcja” dotyka społecznego zakorzenienia władzy sądowniczej i jej zakotwiczenia w sercach obywateli. Sądy muszą dążyć do budowania poczucia wspólnej sprawy i celu wykraczającego poza własny interes. Im bardziej instytucje bronią praktyki rządów prawa i tłumaczą ją obywatelom, tym trudniej będzie je przechwycić i tym bardziej legitymizacja społeczna będzie funkcjonować jak tarcza przeciwko tym, którzy chcą zawłaszczyć instytucje i niszczyć konstytucję.

Gdy uda się połączyć te trzy elementy, na koniec możemy dojść do wierności konstytucyjnej, a więc sytuacji, gdy abstrakcyjne idee i zasady konstytucyjne są przekształcane w praktykę i żywe doświadczenie. Społeczne osadzenie funkcji sądów oznacza, że konstytucja staje się „konstytucją obywateli”, że sąd staje się „moim sądem” i wreszcie, że sędzia staje się „dobrym sędzią” chroniącym obywatela przed państwem i tworzącym w obywatelu przekonanie, że niezależnych sądów nie można skazać na zapomnienie, a prawa gwarantowane w Konstytucji muszą coś znaczyć w praktyce⁴⁵.

⁴³ Warto w tym miejscu podkreślić, jak ważna jest dyskusja o roli prawnika w czasach, gdy prawo podlega niestającej manipulacji, instrumentalizacji i zakłamywaniu. O tym *T.T. Koncewicz*, Being a Lawyer in Times of „Constitutional Pandemics”. On Sheltered Memories and Fidelities: Personal and Constitutional at <https://verfassungsblog.de/being-a-lawyer-in-times-of-constitutional-pandemics/>.

⁴⁴ Piszę o tym In Jerusalem my Heart wanted to Scream out: „I am Polin, too” ..., <https://verfassungsblog.de/in-jerusalem-my-heart-wanted-to-scream-out-i-am-polin-too/> oraz Z Izraela przywiozłem kilka lekcji dla naszej zagubionej i bezradnej opozycji, *Gazeta Wyborcza* 18.4.2023 r., <https://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,29666328,tomasz-koncewicz-z-izraela-przywiozlem-kilka-lekcji-dla-naszej.html>.

⁴⁵ Argumenty o niezbędnej kontroli konstytucyjności prawa sprawowanej przez sądy powszechne w sytuacji zniszczenia Trybunału Konstytucyjnego wpisują się w sposób myślenia, który za wszelką podkreśla ochronę integralność dokumentu konstytucyjnego. Sądy mają w tym zakresie szczególne zobowiązanie wobec obywateli i ich Konstytucji. Obrona Konstytucji w sądach powszechnych byłaby z kolei istotnym elementem w procesie budowania przez sądy legitymizacji społecznej, tak eksponowanej powyżej. O konieczności „emergency judicial review” sprawowanej przez sądy powszechne zob. min. moje analizy: „Emergency Constitutional Review”: thinking the unthinkable? A Letter from America, <https://verfassungsblog.de/emergency-constitutional-review-thinking-the-unthinkable-a-letter-from-america/> i The Court is dead, long live the courts? On judicial review in Poland in 2017 and „judicial space” beyond, <https://verfassungsblog.de/the-court-is-dead-long-live-the-courts-on-judicial-review-in-poland-in-2017-and-judicial-space-beyond/>.

Sądy bez poparcia społecznego są bezbronne. Dlaczego tylko władza sądownicza zakorzeniona społecznie jest brana na poważnie przez przebiegłych autokratów: co ostatni rozumieją, że zanim zaatakują wymiar sprawiedliwości będą musieli zmierzyć się z obywatelami gotowymi walczyć o „swoje sądy”. Dotyczy to każdej instytucji.

To może być nie tylko najważniejsza lekcja, której nigdy nie odrobiliśmy w Polsce, ale w tym miejscu przede wszystkim, wyzwanie na przyszłość. W sytuacji bezprawia jako codzienności, bez takiego stawiania sprawy, przyszłość i *rule of law* w Polsce będą brzmieć jak ponury żart.

Tyle o prawie i instytucjach z perspektywy krajowej. Czas spojrzeć szerzej.

VI. Polskie państwo prawa: a co z Europą?

Europejski wymiar prowadzonych tutaj rozważań jest istotny, ponieważ umiejscawia naszą dyskusję w kontekście wartości i wspólnoty, które dobrowolnie zobowiązaliśmy się przestrzegać. Wydaje się, że w Polsce zapominamy, w jaki sposób nasz wewnętrzny spór o podstawowe wartości, niedoceniecie kontekstu i niezrozumienie funkcjonowania mechanizmów demokratycznego państwa prawnego – jak to wszystko przekłada się na Europę. Niewiele osób pamięta, że w traktacie paryskim z 1951 r. Wspólnota była oparta na jednym fundamentalnym założeniu: łączymy się, ponieważ zakładamy, że są określone wspólne i minimalne wartości, esencjonalia konstytucyjne, które, mimo różnic, powodują, że chcemy być razem. Te wspólne wartości to nie był tekst, ale standard, wynikający z kultury prawnej budowanej przez pokolenia.

Teraz Polska (a wcześniej Węgry) proponuje nowe rozumienie decyzji o integracji: my, Europejczycy, różnimy się co do rozumienia „*constitutional essentials*”, ponieważ „*rule of law*”, w Polsce znaczą coś innego niż gdzie indziej i nie ma w tym zakresie na zgodę na poziomie wspólnego rozumienia np. elementów niezawisłości sędziowskiej. Zestawienie wartości ustabilizowanych na poziomie państw członkowskich Unii Europejskiej z naszym tekstualnym rozumieniem wspólnoty i wartości, które tę wspólnotę tworzą, prowadzi do nieuchronnego zderzenia. **Dlaczego po 2015 r. Unia Europejska działała nieco anemicznie w sprawie Polski? Moim zdaniem, Unia Europejska była zaskoczona naszym kryzysem konstytucyjnym i sporem wokół wartości. Unia została powołana na podstawie założenia, że jest celebrazją demokracji liberalnej i że nie znajdzie się wewnątrz wspólnoty państwo, które zakwestionuje tę podstawę i wspólny system wartości.** Po angielsku nazywa się to „*constitutional design in error*”⁴⁶. W jaki sposób założenia ładu konstytucyjnego nie sprawdzają się w rzeczywistości? Na czym polega błąd założenia konstytucyjnego Unii Europejskiej? Wspólnota nie umie chronić przed niebezpieczeństwami, ponieważ nikt w 1951 r. nie przewidywał, że na poziomie krajowym poddawane będą

w wątpliwość liberalne podstawy powojennego ładu europejskiego. Dzisiaj Węgry i Polska stawiają to niebezpieczeństwo na porządku dziennym⁴⁷.

Jak zatem przemyśleć założenie o wspólnych wartościach w sytuacji, gdy są państwa, które, po pierwsze, nie rozumieją wspólnych wartości na poziomie kontekstu, a po drugie, proponują własną wizję funkcjonowania we wspólnocie?

Przystąpienie do Unii Europejskiej w 2004 r. to był wyłącznie tylko jeden moment w czasie. Ale Akcesja do Unii stawiała szersze pytanie: jak funkcjonować we wspólnocie i integracji, która jest procesem? Jak operacjonalizować nasze uczestnictwo poprzez budowanie standardów? Tutaj ponosimy spektakularne klęski, w pewnym sensie następuje przełamanie podstawowego paradygmatu z 1989 r. – że nie będziemy zawracać z drogi liberalizacji i przemian demokratycznych. W 2015 r. ten paradygmat został podważony, ponieważ przechodzenie z jednego etapu do drugiego zostało zawrócone. Wracamy do punktu wyjścia i próbujemy na nowo zdefiniować nasze wartości. Największe wyzwanie brzmi: jak

⁴⁶ Szeroko pisałem o tym w *The supranational rule of law as first principle of the european public space – on the journey in ever closer union among the peoples of europe in flux* (ponadnarodowa rule of law jako metazasada europejskiej przestrzeni publicznej – esej o ewoluującej podróży w kierunku jak najbliższej unii pomiędzy narodami europy), *Palestra* Nr 5/2020.

⁴⁷ L. Pech, S. Platon, The beginning of the end for Poland's so-called –judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case), <https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>; L. Pech, S. Platon, Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>; A. Rosas, The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?, „CEPS Policy Insights” 2019/3; Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games, „European Papers” 2017/2, s. 797; P. Wennerås, Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017, „Common Market Law Review” 2019/56, s. 541; T.T. Konciewicz, The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey at <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-konciewicz/>; T.T. Konciewicz, On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>; T.T. Konciewicz, On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten Understanding(s) Part II, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>; M. Bonelli, M. Claes, Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary, „European Constitutional Law Review” 2018/14, s. 622; L. Pech, S. Platon, Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case, „Common Market Law Review” 2018/55, s. 1827; T.T. Konciewicz, The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts, <https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/>; D. Sarmiento, Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law, <http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/>. Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games, „European Papers” 2017/2, s. 797; L. Couton, La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieża, „Revue Trimestrielle de droit européen” 2018/4–6, s. 321; T. Martin, Le large pouvoir d'appréciation du juge des référés au service de l'efficacité du droit de l'Union européenne, „Cahiers de droit européen” 2018/54, s. 495; P. Wennerås, Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017, EU:C:2017:877, „Common Market Law Review” 2019/56, s. 541.

zbudować kontekst konstytucyjny wokół wspólnych wartości, wiedząc, że duża część społeczeństwa nie rozumie, jakie postanowienia zawiera Konstytucja? Ale zbudowanie kontekstu konstytucyjnego to znacznie więcej i znacznie trudniejsze zadanie niż dodawanie nowych instytucji i tworzenie procedur. Nie możemy się skupić tylko na tym, bo popełnimy ten sam błąd, który popełniliśmy w 1989 r., coś co powtarzam w tej analizie na każdym kroku.

Ważne jest, abyśmy w naszym dzisiejszym dyskursie w Polsce, zrozumieli, co Unia Europejska robi wobec Polski. My, jako odpowiedzialni za kształtowanie dyskursu, musimy tłumaczyć ludziom, że jeżeli Komisja Europejska wszczynając postępowanie przeciwko Polsce, to nie oznacza narzucania woli, tylko przypominanie o zobowiązaniach dobrowolnie zaciągniętych w momencie akcesji. Jeżeli istnieje jeden paradygmat integracji europejskiej z 1951 r., to on brzmi następująco: państwa łączą się, ponieważ istnieje między nimi zgoda, że władza polityczna na poziomie krajowym musi być władzą ograniczoną, nie tylko poprzez zasady konstytucyjne wewnątrz, ale poprzez powołanie instytucji i standardów, które będą egzekwowane z zewnątrz. W 1951 r. na poziomie deklaracji to wystarczyło. Od 2018 r. Trybunał Sprawiedliwości tłumaczy w praktyce, co to oznacza. Na przykład po raz pierwszy w 60-letniej historii integracji europejskiej Trybunał powiedział, że elementem zasady praworządności jest niezawisłość sędziowska, a dla efektywnej kontroli sądowej zagwarantowanie niezawisłości sądów ma znaczenie egzystencjalne⁴⁸. Tego nie było w 1951 r., czyli Unia Europejska też uczy się niejako w biegu.

Amerykański konstytucjonalista *Bruce Ackerman* jest autorem wpływowej teorii momentu konstytucyjnego. W swojej ostatniej książce *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law* sformułował tezę, że gdyby polska Konstytucja została przyjęta w 1991 r., to byłaby prawdziwie rewolucyjną Konstytucją i cieszącą się szeroką aprobatą opinii publicznej. W takiej sytuacji *Jarosław Kaczyński* nie byłby rewolucjonistą niszczącym, przewracającym porządek prawny, ale jednym z ojców-założycieli Trzeciej Rzeczypospolitej. Fundamentalnie nie zgadzam się z taką tezą. Kiedy myślę o tym, co jest prawdziwie rewolucyjną Konstytucją, która odzwierciedla ducha „Solidarności”, to jest nią Konstytucja z 1997 r. Chodzi nie tylko o treść, otwartość, poszanowanie praw człowieka i mniejszości. Pamiętajmy, kto nad nią pracował: ojcem tego dokumentu był *Tadeusz Mazowiecki*, który odzwierciedla najlepsze tradycje polskiego konstytucjonalizmu i myślenia o państwie w duchu kompromisu i troski o dobro wspólne. I dlatego to jest moja Konstytucja, za którą warto oddać głos i warto jej bronić. Nie dajmy sobie narzucić narracji, że inna Konstytucja byłaby lepsza. Jednak musimy się nauczyć tłumaczyć tę Konstytucję na język codzienności i pokazać ludziom, jak Konstytucja, i – szerzej – prawo ich chroni. Wtedy każdy rząd autorytarny w przyszłości zastano-

wi się dwa razy. Nie wystarczy zbudować mocne instytucje, ale trzeba zbudować coś, co *A. de Tocqueville* nazywał „nawykami serca”⁴⁹. A tego nie zrobi żadna z góry zadekretowana reforma, ponieważ nawyki serca wymagają czasu i pracy organicznej rozłożonej często na generacje. Nawyki serca, szacunek dla prawa i przywiązanie obywatelskie do instytucji, stanowią niezbędne uzupełnienie demokracji liberalnej. Jeżeli władza autorytarna się czegoś boi, to właśnie społeczeństwa obywatelskiego, które rozumie wagę swojego głosu i partycypacji oraz pielęgnuje swoje nawyki serca.

Trwające od 8 lat w Polsce przejmowanie państwa nie zatrzymuje się tylko na instytucjach. Ma charakter wszechogarniający, ponieważ u jego podstaw leży systemowy i pryncypialny sprzeciw wobec wszystkiego, co nawet luźno związane jest z liberalną narracją konstytucyjną po 1989 r. Nowe i przejęte państwo chce się odróżnić od „starego”, któremu dodatkowo odbiera przymioty państwa (tak graniczący z paranoją polityczną argument, że Polska po 1989 r. nie była państwem tylko jakimś fantazmatem skrojonym przy zgniłym Okrągłym Stole). Tylko państwo przejęte będzie prawdziwe. Przejęcie dotyczy całego dyskursu publicznego – nie tylko w wymiarze teraźniejszości, ale i przeszłości (buduje się nową pamięć i wizję historii oraz tego, skąd przychodzimy), i przyszłości (tworzy się nowych bohaterów i punkty odniesienia, których jedynym wyróżnikiem jest to, że ta nowa przyszłość ma się w sposób jasny odróżniać od tej wizji). Każdy, kto miał jakikolwiek związek ze starym ustrojem, musi odejść, a w nowo przejętych instytucjach zasiadą nowi, którzy dają początek nowej elicie państwa przejętego. Oni zawdzięczają awans przejściu i od niego zależą, dlatego będą bezwzględnie walczyć o utrzymanie nowego stanu rzeczy.

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 am-

⁴⁸ O tym orzecznictwie także *M. Bonelli, M. Claes*, Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary, ECLR 2018/14, s. 622; *L. Pech, S. Platon*, Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case, CMLR 2018/55, s. 1827; *A. Rosas*, *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, „CEPS Policy Insights” 2019/3; *T.T. Konciewicz*, The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles, w: *K. Szczepanowska-Kozłowska* (red.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznan*. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin, Warszawa 2019, z dalszymi odesłaniami do literatury i orzecznictwa oraz „The Existential Jurisprudence” of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey, <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-konciewicz/>. Inne moje publikacje na ten temat: 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*, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>; *T.T. Konciewicz*, 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*, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>

⁴⁹ O Demokracji w Ameryce, z wstępem *Jana Baszkiewicza*, Warszawa 1976.

biwalentne 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 zrealizowanym planie destrukcji sądu konstytucyjnego. W efekcie dzisiaj nie ma powrotu do stanu sprzed wyborów 2015 r. Coś, co kiedyś było dumnym sądem konstytucyjnym, dzisiaj jest potakiwaczem i instytucją ornamentową. Polski Trybunał Konstytucyjny będziemy musieli, jeżeli w ogóle, odbudować od podstaw, gdy nastaną ku temu lepsze czasy. Takie są długofalowe konsekwencje przejęcia, które nie zostało zatrzymane, gdy jeszcze można było choć próbować. Dzisiaj rządząca formacja może (lub nie) przegrać następne wybory, ale swoim następcom zostawi państwo przejęte i demokrację na peryferiach Europy⁵⁰. Na wydarzenia jednostkowe możemy i powinniśmy się oburzać, ale to całość i rezultat końcowy („państwo przejęte”) nas zaboli, gdy zostaniemy z takim przejętym państwem skonfrontowani.

Już sprawa wycinki Puszczy Białowieskiej była krokiem w stronę *polexitu*, czyli jednostronnego podważania podstawowych zasad systemu prawnego Unii⁵¹. Kontynuowanie wycinki wbrew autorytetowi TS-u, prowadzona bezwzględnie czystka w SN czy ostatnio podważanie postępowania prejudycjalnego to już jest, niestety, *polexit*. Ale *polexit* to znacznie więcej niż odrzucenie autorytetu prawa europejskiego i bezwzględny atak na sądy.

Ataki na TS, kwestionowanie procedury prejudycjalnej, lekceważące wypowiedzi pod adresem członków TS, nie tylko ostatecznie wypychają Polskę z Unii, ale czynią z obywatela polskiego na powrót sługę państwa i obywatela europejskiego drugiej kategorii: pozbawionego ochrony, którą daje prawo, sąd i procedura prejudycjalna. Państwo PiS pragnie mieć „obywateli sterowanych”, którzy będą przekonani, że decyzje państwa są zawsze dla nich dobre. Tymczasem prawdziwa, a nie politycznie instrumentalizowana i niezrozumiała, idea i duch prawa europejskiego polegają na tym, że jest ono źródłem praw podmiotowych dla obywateli, którzy rzucają wyzwanie państwu, które chce za nich decydować, gdzie i jak żyć. Dzięki orzecznictwu ETS i postępowaniu prejudycjalnemu Unia Europejska i jej prawo emancypują obywatela, który jest prawdziwym beneficjentem procesów integracyjnych. Dzięki prawu europejskiemu taki obywatel żyje „na granicy systemów” i nigdy nie należy już wyłącznie do terytorium wyznaczonego granicami „swojego” państwa. Dokonuje własnych wyborów, gdzie chce pracować, kupić samochód *etc.* I rozstrzyga o swoim modelu życia w obrębie wspólnoty. Prawo europejskie przetrwało 60 lat właśnie dlatego, że było i jest stosowane w indywidualnych sprawach obywateli w lokalnych sądach państw członkowskich. Duch integracji, tak często instrumentalizowany i niezrozumiały w Polsce, polega na wyzwoleniu obywatela spod gorsetu wszechpotężnego państwa, w cieniu którego obywatel dotąd

żył i na bezwzględny przestrzeganiu wydanych wyroków. Duch prawa europejskiego oznacza efektywną ochronę obywateli przed ich państwem, otwiera przed nimi nowe sfery aktywności, daje nieznanne wcześniej wybory, gdzie i jak chcą żyć, pracować, gdzie chcą kupić samochód itd. Tymczasem państwo PIS za wszelką cenę dąży do wtłoczenia obywatela w ramy państwowe.

Podczas gdy Europa powojenna promuje konstytucyjną kulturę wstrzeźliwości i ograniczenia, „państwo PIS” chce w sposób nieograniczony ingerować w prawa i życie obywateli. Podczas gdy prawo UE otwiera przed nami nowe możliwości, „państwo PIS” chce was wtłoczyć za wszelką cenę w ramy państwowe. Dla PiS-u dobry obywatel to obywatel sterowany, przekonany, że decyzje państwa są zawsze dla niego dobre, i potulnie je akceptujący. To powrót do świata, w którym *Kowalski* ma świecić światłem odbitym państwa. Nie może więc dziwić, że prawo europejskie i stojący na straży emancypacji obywateli Trybunał Sprawiedliwości są śmiertelnymi wrogami PIS.

Wydarzenia ostatnich miesięcy razem z zapowiedziami działań odwetowych wobec ETS-u w ramach otwartego już konfliktu ministra sprawiedliwości z Trybunałem w pełni uzasadniają postawienie dramatycznego pytania w tytule: „*Quo vadis, POLONIA?* Co z twoją gotowością do respektowania dobrowolnie zaciągniętych zobowiązań, szanowania wyroków i procedur?”

Na naszych oczach rozgrywa się politycznie ukartowany spektakl, w którym każdy gra swoją rolę na pisowskiej planszy gry zatytułowanej „Jak manipulować prawem i instytucjami” i „Jak niszczyć prawo i instytucje, gdy stawiają opór”. Dzieje się to przy akompaniamencie suwerennościowej retoryki wojennej, a solistami są przedstawiciele rządu prześcigający się w ignorancji, sądowym warcholstwie i łzawych scenach martyrologicznych w nadziei, że ich elektorat to dostrzeże i doceni. To spektakl, w którym pseudo-sąd konstytucyjny wypowiada się na temat zgodności postępowania prejudycjalnego z polską konstytucją, a parlament co chwila ponawia legislacyjne próby przejęcia resztki niezawisłego wymiaru sprawiedliwości i zniweczenia sensu zadawania przez polskie sądy pytań ETS-owi. Ten spektakl z tragikomedii staje się dramatem państwa prawa i europejskiej demokracji liberalnej, gdy wiceminister sprawiedliwości walczy z niepokornymi sędziami za pomocą internetowo-medialnej kampanii.

Gdy jednak prawo i instytucje zaczynają służyć bezwzględnej polityce, zamiast ją cywilizować i krępować, zniszczony zostaje jeden z fundamentów powojennego ładu europejskiego: wiara, że każda władza polityczna musi być władzą ograniczoną i kontrolowaną przez instytucje od niej niezależne, przede wszystkim sądy. Miejsmy więc świadomość stawki, o jaką toczy się ta bezkompromisowa politycz-

⁵⁰ E. Łętowska, Państwo..., *op. cit.*,

⁵¹ Zob. odesłania w przypisach 49-50 i 54.

na rozgrywkę. To nasze trwanie w europejskiej wspólnocie prawa, której reguły i zasady z własnej woli zaakceptowaliśmy w 2004 r. i które były marzeniem i aspiracją całych generacji Polaków po 1945 r. Albo ... definitywny *polexit*⁵².

Czytam *Kawafisa* o potędze sprzeciwu i odwadze zabrania głosu w czasach próby. Teraz już wiem, w imieniu czego trzeba wykrzyknąć moje własne obywatelskie TAK: w obronie integracji, prawa europejskiego, sądu i logiki sali sądowej, a w konsekwencji i pokojowej Europy.

VII. Mapa drogowa i „ścieżka Konstytucji”

History doesn't repeat itself but it often rhymes

M. Twain⁵³

Ostatnie 8 lat było prawdziwym szokiem dla wszystkich, którzy w duchu samozadowolenia, uwierzyli, że polska demokracja jest demokracją skonsolidowaną, a Polacy pełnoprawnymi obywatelami. Jeżeli populistyczno-autorytarne rządy boją się czegoś, to właśnie „obywatelskiego NIE”, którego kontrolowanie jest znacznie trudniejsze od zniszczenia bezbronnej instytucji. Jeżeli chcemy dać państwu prawa w Polsce szansę, musimy dominujące myślenie instytucjonalne uzupełnić przez żmudny proces budowania przywiązania do państwa i prawa wśród obywateli. Kształtowanie serc jest największym wyzwaniem każdego systemu demokratycznego i tak musi być traktowane w Polsce, jeżeli (od)budowanie państwa prawa ma nastąpić tym razem na solidnych, bo obywatelskich, podstawach. Problem jednak w tym, że budowanie nawyków serca jest o niebo trudniejsze niż tworzenie kolejnych instytucji. Wymaga cierpliwości i trwa nieskończenie dłużej niż nocna sesja parlamentu, czy powołanie kolejnej anonimowej i ... „perfekcyjnej” instytucji. Jeżeli mamy więc mówić o początku czegoś dobrego, zacznijmy „na dole”, od siebie, tu i teraz ...

Hiszpański politolog *Juan Linz* w swojej książce *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown and Re-equilibration. An Introduction poświęconej analizie procesów towarzyszących rozkładowi systemów demokratycznych, postawił tezę, że demokracja jest systemem skonsolidowanym tylko wtedy, gdy można o niej powiedzieć że staje się „the only game in town”⁵⁴. Do tego muszą być spełnione warunki na trzech poziomach: na poziomie behawioralnym – gdy każdy aktor polityczny akceptuje legitymizację systemu, w ramach którego funkcjonuje; na poziomie postaw – gdy obywatele utożsamiają się z zastanym porządkiem konstytucyjnym; na poziomie konstytucyjnym – gdy wszyscy aktorzy sceny politycznej akceptują, że każda zmiana zastanego stanu prawnego musi nastąpić w ramach procedur i obowiązującego porządku konstytucyjnego.*

Perspektywa państwa prawa to nie tylko dzisiaj. To także wczoraj i jutro. To konieczność wzbudzenia w sobie wierności i lojalności w obronie dokumentu konstytucyjnego i jego

wartości. Z tych powodów element głosu i „sfokusowanie” obywatelskiej uwagi nabierają dzisiaj egzystencjalnego znaczenia. Wierność konstytucyjna ma w tym względzie szczególną symboliczną rolę. Na zakończenie więc kilka słów i o tym aspekcie naszego planu przywrócenie państwa prawa. Dochodzę w końcu do tej części analizy, którą zapowiadałem na początku, a którą mogę nazwać obywatelską. Uzupełnia ona w sposób konieczny perspektywę instytucjonalną. Połączenie obywatelskości z instytucjami jest fundamentem mapy drogowej i jej najważniejszym drogowiskazem.

„Wierność Konstytucji”

Wierność konstytucyjna to znacznie więcej niż tylko przywiązanie do tekstu Konstytucji. To lojalność wobec podstawowych zasad i wartości, na których opiera się dokument konstytucyjny. To wierność zasadom i wartościom, które mają charakter ponad-generacyjny, w tym sensie, że tłumaczą skąd my, Naród Polski, przychodzimy, gdzie jesteśmy i dokąd zmierzamy. Mądra preambuła do polskiej Konstytucji z 1997 r. podkreśla znaczenie ponadtysiącletniej polskiej historii, a w jej ramach – różnorodności i szacunku dla wszystkich. Dobra konstytucja ma być właśnie dokumentem, w którym spotykają się przeszłość (skąd przychodzimy?), teraźniejszość (kim jesteśmy dzisiaj?) i przyszłość (dokąd zmierzamy?).

Każdy z tych trzech elementów oddziałuje na pozostałe: teraźniejszości nie możemy zrozumieć, jeżeli zapomnimy o przeszłości, przyszłości nie odkryjemy, jeżeli źle odnajdziemy siebie dzisiaj. Każdy z tych elementów musi być także analizowany w sposób całościowy, tj. z uwzględnieniem rzeczy dobrych i złych. Wierność konstytucyjna powstaje na skrzyżowaniu praktyki, tekstu, interpretacji i kultury. Konstytucyjny dokument zawsze zmierza do odzwierciedlenia narodu w sposób jak najwierniejszy, ale w świadomości, że nigdy nie uda się to w sposób perfekcyjny. To ostatnie zastrze-

⁵² I. Krastev, Un Polexit pourrait se produire, non par stratégie, mais par accident, 5.11.2021 r., *Le Monde*, https://www.lemonde.fr/international/article/2021/11/05/ivan-krastev-un-polexit-pourrait-se-produire-non-par-strategie-mais-par-accident_6101092_3210.html; D. Sarmiento, Poland is a problem for the EU precisely because it will not leave, 16.10.2021 r., *The Economist* na <https://www.economist.com/europe/2021/10/14/poland-is-a-problem-for-the-eu-precisely-because-it-will-not-leave>. Szeroko piszę też o tym tutaj: *From POLEXIT to E(U)EXIT? Poland, European Union and beyond. The essay in constitutional pessimism*, w: A. Kozłowski (red.), *Rządy prawa jako wartość uniwersalna: księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza, (Rule of law as a universal value. Liber Amicorum Professor Krzysztof Wójtowicz)*; Wrocław, 2022, [http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/135859/PDF/03_08_T_T_Koncewicz_From_POLEXIT_to_E\(U\)EXIT_Poland_European_Union_and_beyond.pdf](http://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/135859/PDF/03_08_T_T_Koncewicz_From_POLEXIT_to_E(U)EXIT_Poland_European_Union_and_beyond.pdf) i *POLEXIT. Quo vadis POLONIA?* at <https://verfassungsblog.de/polexit-quo-vadis-polonia/>; W języku polskim: *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?* *Dialog* 131/2020.

⁵³ Przywołuję za J. Sommer, *Funny, but I've Heard This Market Song Before*, (*New York Times*, Section: Money and Business/Financial Desk, 19.6.2001 r.).

⁵⁴ *Johns Hopkins University Press*, 1978.

żenie wynika z faktu, że „my naród” podlega stałym zmianom i ewolucji równoległe z dokumentem konstytucyjnym. Wierność Konstytucji jest zawsze definiowana przez zakotwiczenie w przeszłości, rozwijanie i wzrastanie w teraźniejszości i przechodzenie w przyszłość. Takie rozdarcie między patrzeniem w przeszłość i w przyszłość jest cechą charakterystyczną dobrych konstytucji, które opierają się na tekście, kontekście i tradycji. Takie międzypokoleniowe paktowanie między tym, co było, co jest i co będzie, jest wyzwaniem dla każdej generacji, która musi wyciągać na światło dzienne konsekwencje zobowiązań wyrażonych w dokumencie konstytucyjnym.

Wierność nie ma jednak nic wspólnego z bezkrytyczną recepcją historii, w której „my naród” jawimy się wyłącznie jako zwycięzcy, recepcji i wizji, którą jesteśmy karmieni przez ostatnie lata. Prawidłowo rozumiana wierność oznacza uznanie, że nasza tradycja to także porażki i ciemne strony. Przyznanie się do porażki nie oznacza jednak, że powinniśmy się obawiać jej dzisiaj. Porażka jest elementem wierności, gdyż nie ma konstytucji idealnych. Nie ma – ponieważ każda konstytucja jest wypadkową niedoskonałych przeszłości i teraźniejszości oraz wyidealizowanej przyszłości. O ile przeszłość jest kluczem do przyszłości, o tyle jej znaczenie sięga znacznie głębiej. Konstytucje, które mają przetrwać, muszą być rozumiane jako dokumenty zaadresowane do ludzi różniących się diametralnie. Sięgamy do przeszłości nie dlatego, że zawiera ona wszystkie rozwiązania naszych obecnych problemów, lecz dlatego, że jest rezerwuarem naszych wspólnych zmagania i zobowiązań. Jako taka – przeszłość zawiera nieocenione źródło informacji o nas samych, w czasie, gdy spieramy się o najważniejsze kwestie, których i tak nie będziemy w stanie rozstrzygnąć raz na zawsze.

O wierności konstytucyjnej w czasach ... obywatelskiej obojętności i samotności

W państwie przejętym na poziomie instytucji egzystencjalnego znaczenia nabiera zapewnienie, że sami obywatele identyfikują się z „państwem starym”, które zostało przejęte, że nadal wierzą w system demokratyczny wychodzący poza urnę, że chcą być obywatelami i podmiotami, a nie tylko pasywnymi świadkami dobrej zmiany. Aktywność i czujność obywatelska to podstawowy warunek uznania systemu demokratycznego za skonsolidowany⁵⁵. Gdy ktoś mówi mi: „A teraz zrobię cię demokratą” albo „Wymieniam instytucje, bo one nie pracowały dla ciebie”, od razu odzywają się we mnie sygnały alarmowe. Demokratą nie da się kogoś zrobić, trzeba się nim czuć, widzieć siebie jako część wspólnoty, być zaangażowanym w jej sprawy, krytycznie patrzeć na to, co proponują rządzący. To nie jest jednak kwestia zadekretowania czy perspektywy nakazu/zakazu, tak hołubionego w naszej kulturze prawnej. To wyzwanie społeczeństwa obywatelskiego i jego sił żywotnych, które albo będzie w stanie dać odpór, albo nie,

dowodząc, że takowym nigdy się nie staliśmy. To pierwsze jest aktywne, reaguje, wspólnotę postrzega poza swoimi czterema ścianami, nie chce tylko świecić światłem odbitym władzy, ale odpowiadać jej swoim własnym głosem i bronić swojej sfery. Społeczeństwo decyzyjne to jednostki rozbite, skupione na sobie i myślące o swoich czterech ścianach, nigdy dalej.

Znaczenie działalności edukacyjnej prawników ma w tym kontekście znaczenie decydujące⁵⁶. Na przejmowanie państwa to oni muszą odpowiadać zdecydowanie NIE, ale nie tylko na konferencjach dla wtajemniczonych i najczęściej już przekonanych, lecz przede wszystkim w dyskursie skierowanym do trzech grup: (i) do nieprzekonanych; (ii) do tych, którzy nie wiedzą, nie rozumieją, bo nikt im nigdy nie tłumaczył i nie interesował się nimi, w końcu (iii) do tych, którzy w ogóle nie są zainteresowani. Ta ostatnia grupa jest najtrudniejsza. Musimy uwierzyć, że wszystkie te grupy potrzebują, aby do nich mówić o prawie i państwie w sposób zrozumiały, tłumaczyć. Musimy to robić bezinteresownie, nie zniechęcać się. Tego nie robiliśmy przez ostatnie 25 lat, wzmagając przekonanie, że dbamy tylko o siebie. To w tym sensie wyzwanie jest olbrzymie: budowanie państwa prawa nie tylko na poziomie instytucji, lecz także w sercach obywateli, budowanie kultury „dobrej roboty”, uwrażliwienie na niegodziwość, wzmocnienie potrzeby partycypacji i aktywności trwa znacznie dłużej i jest znacznie trudniejsze niż budowanie państwa prawa od góry, poprzez nowe instytucje, procedury, kodeksy, teksty. Bez solidnego podglebia wszystko budowane na górze przypomina zamek z piasku. Przez ostatnie 8 lat zobaczyliśmy, że nasze polskie państwo prawa budowane od góry przypominało faktycznie mało stabilną budowlę, która przy najmniejszym wstrząsie może się zawalić⁵⁷. Po 2015 r. okazało się, że na dole, poza sporadycznymi protestami nie było niestety wiele ...⁵⁸.

Od przejętego państwa do ... zniewolonego umysłu

W XXI w. legalistyczni autokraci przejmą kontrolę nad niezależnymi instytucjami metodami całkowicie zgodnymi

⁵⁵ Niestety wartości liberalne i demokratyczne nigdy nie były ugruntowane w polskim społeczeństwie. O tym szczerzy do bólu, ale prawdziwy, tekst S. Hanleya, J. Dawsona, Poland Was Never as It looked, Foreign Policy, 3.1.2017 r., <https://foreignpolicy.com/2017/01/03/poland-was-never-as-democratic-as-it-looked-law-and-justice-hungary-orban/>.

⁵⁶ Szerzej o roli intelektualistów w ogóle zob. klasyczny tekst N. Chomsky'ego, The Responsibility of Intellectuals, New York Review of Books 23.2.1967 r., <https://www.nybooks.com/articles/1967/02/23/a-special-supplement-the-responsibility-of-intelle/>.

⁵⁷ O tym także też L. Cianetti, J. Dawson, S. Hanley, Rethinking „democratic backsliding” in Central and Eastern Europe – looking beyond Hungary and Poland, „East European Politics” 2018/34(3), s. 243–256.

⁵⁸ Zob. świetną profetyczną i gorzką niestety dla Nas analizę S. Hanley, J. Dawson, Poland Was Never as It looked, Foreign Policy, 3.1.2017 r., <https://foreignpolicy.com/2017/01/03/poland-was-never-as-democratic-as-it-looked-law-and-justice-hungary-orban/> oraz moje własne doświadczenie z pobytu w Izraelu w przypisie 14.

z prawem – z jego literą, ale nie duchem. Nie mamy jak kiedyś (i na szczęście) czołgów. Nie jesteśmy świadkami masowego łamania praw człowieka, morderstw politycznych czy masowego osadzania ludzi w więzieniach. Raczej pod przykrywką formalnie poprawnych przepisów prawnych elementy liberalnego systemu prawnego są patroszone od środka.

Ukoronowaniem przejmowania państwa jest, uczynienie, z nas, cytując *Czesława Miłosza*, „zniewolone umysły”: potulne, bierne i głuche na wszelkie niegodziwości i przyjmujące bezprawie jako „*business as usual*”⁵⁹. My w Polsce przechodzimy teraz od przejścia państwa, które już nastąpiło, do zniewolenia umysłów i totalnej obojętności na otaczającą nas bezczelność władzy, zakłamanie i pogardę wobec tych, którzy nie akceptują Polski w wydaniu PIS. To wielka tragedia, bo szkody w tkance społecznej mogą być nieodwracalne. Nigdy nie rozumieliśmy, że walka nie dotyczyła tylko Sądu Najwyższego, ale obrony pewnego sposobu życia we wzajemnie szanującej się wspólnocie obywateli aspirujących do życia w przyzwoitym i otwartym państwie. Wracam tutaj do niepokojącej niepewności, czy w tej sytuacji bezprawia, cynizmu, oszustwa, które przeniknęły wszystkie sfery życia, w Polsce da się jeszcze przywrócić państwo prawa.

Ta niepewność jest ostatecznym potwierdzeniem dramatycznej sytuacji, w której Polska się znajduje. Czy naprawdę (my obywatele i politycy opozycji) to rozumiemy?

Czytając *Kawafisa* w Polsce A.D. 2023. Epilog ...

*Nie bądź obojętny. Widmo państwa autorytarnego stoi u drzwi
twojego domu. Nie zapuka do drzwi. Wejdzie bez zaproszenia.
I zostanie na długo*

Mirosław Wyrzykowski⁶⁰

Czytam więc jeszcze raz przejmujący wiersz *Kawafisa* i zastanawiam się, czemu dzisiaj powinniśmy się sprzeciwić i za czym opowiadać?

O ile dla państwa PIS niezależna instytucja to wróg, o tyle dla obywateli instytucja to sprzymierzeniec, który może pomóc pokonać bestię. Dlatego nie możemy bać się stanąć po stronie instytucji, każdy we własnym skromnym zakresie, bo razem wytworzymy energię i presję, która może instytucje uratować. Powiedzmy głośno NIE wobec niszczenia instytucji, nie przechodźmy obojętnie, wykażmy minimalne zaangażowanie, wybierzmy instytucję, której chcemy bronić. Powiedzmy: „To jest Nasze Państwo i to są Nasze Instytucje”. Gdy wyślemy taką wiadomość do rządzących, nikt nie będzie w stanie choćby próbować robić nam dobrej zmiany od góry i przekonywać, że dopiero teraz instytucja po przejściu będzie nam służyć... Każde takie zapewnienie jest końcem wolności, bo poddaje nas arbitralnej władzy. Nic już nie zależy od nas, ale właśnie od misternie fundowanej odgórnie dobrej

zmiany. Obowiązek i odwaga mówienia NIE – gdy reszta mówi przymilnie TAK, trzyma z silniejszym, gra cynicznie pod siebie, bo tak wygodnie i dobrze akurat dzisiaj – jest dowodem słabości państwa obywatelskiego.

Konstytucja jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej. Gdy nie bronimy instytucji, musimy się liczyć z tym, że w pewnym momencie zostaniemy sami i będzie to samotność, która stanie się kresem naszej wolności i człowieczeństwa. Moment, w którym wypowiemy te słowa i skonstatujemy, że jesteśmy sami, będzie oznaczał, iż przejście państwa faktycznie się powiodło. Obywatel jest pozostawiony sam sobie, staje twarzą w twarz z przejętym państwem i uwolnioną spod wszelkich ograniczeń władzą. Przejęte państwo triumfuje, bo nie ma już oporu. Większość równa się państwo, a o to od początku chodziło i to napędzało przejmowanie instytucji.

Zadanie prawników jest dzisiaj bardzo trudne, bo nasze wyzwanie sprowadza się do odzyskania wiarygodności w oczach obywateli i tłumaczenia, że dzisiaj bronimy zasad konstytucyjnych, a nie swojej pozycji. Jak jednak bronić państwa prawa, jakim językiem mówić do ludzi i jak docierać do nich w czasach, gdy prawnicy są konfrontowani z wszechobecnym przekonaniem społecznym i zarzutem, że nasze działania są podyktowane korporacyjnym poczuciem zagrożenia własnych interesów i po prostu obawą, że możemy coś stracić. Fakt, że to niezwykle trudne, nie zwalnia nas jednak z odpowiedzialności za podjęcie próby. Stawka niepodjęcia działania jest jednak olbrzymia. Jest nią przetrwanie naszej liberalnej Konstytucji. W takich chwilach nie ma mowy o jakichkolwiek kompromisach i ustępowaniu pola. Nie możemy się cofnąć choć na krok, gdy w grę wchodzi egzekwowanie i przypomnienie o esencjach konstytucyjnych. I to właśnie należy wykrzyczeć z całą mocą dzisiaj, pełni jednak dramatycznej świadomości, że dotarcie do obywateli po wielu latach zaniechań jest i będzie o niebo trudniejsze niż tworzenie kolejnych rzekomo doskonałych instytucji. W tym sensie czas wielkiego wyzwania wzbudzania obywatelskiej wierności konstytucyjnej w czasach samotności i budowanej przez lata obojętności obywatelskiej już spogląda nam w twarz ... Albo spróbujemy mu sprostać, każdy w swoim skromnym zakresie i z własnym oddolnym TAK lub NIE albo nasz rytualny polski taniec będziemy dalej odprawiać z zwieszoną głową i już na gruzach państwa prawa.

⁵⁹ *The Captive Mind* (New York: Alfred A. Knopf, 1953 z przedmową B. Russella). O przejściu od captured state do captive mind pisałem, w: *From Captured State to Captive Mind The authoritarian train's last stop*, <https://verfassungsblog.de/from-captured-state-to-captive-mind/>.

⁶⁰ Z wystąpienia wygłoszonego podczas 48 Konferencji Prezesów Europejskich Adwokatów i Stowarzyszeń Prawniczych w Wiedniu. Wersja polska dostępna na <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/12718> <https://oko.press/prof-wyrzykowski-nie-badz-obojetny-widmo-panstwa-autorytarnego-stoi-u-drzwi-twojego-domu> Wersja angielska na <https://verfassungsblog.de/the-ghost-of-an-authoritarian-state-stands-at-the-door-of-your-home/>

Dobrze więc, że ostatnie 8 lat to także nauka (nawet jeśli często po fakcie) o tym, co składa się na państwo prawa. Opinia publiczna zdaje się już rozumieć (czasami mam wrażenie lepiej od samych prawników...)⁶¹, że jeśli chodzi o np. Sąd Przemysłowy, nie ma już miejsca na jakikolwiek kompromis: uzurpator udający sąd musi odejść, a w jego miejsce przyjąć prawdziwy sąd konstytucyjny. W tym celu jednak cały czas potrzebujemy więcej aktywności obywatelskiej w obronie podstaw porządku konstytucyjnego i instytucji, które stoją na ich straży. Po 2015 r. nasza zbiorowa niepamięć i obojętność, akceptowanie niekonstytucyjnego stanu rzeczy, obdarzanie zaufaniem tych, którzy dopuścili się wielokrotnego naruszenia Konstytucji czy oportunistyczne odwracanie wzroku, były największym triumfem obecnej władzy. Ta ostatnia chce w nas widzieć egoistyczne jednostki, niezainteresowane niczym poza swoimi czterema ścianami. Pasywizm i przyzwolenie na niegodziwość mają jednak swoją cenę: otwierają pole dla autorytarnych szarlatanów. Właśnie dzisiaj dostajemy jednak szansę, aby broniąc praw obywatelskich, instytucji i przyzwoitości w życiu publicznym, dowieść, że zrozumieliśmy, że demokracja jest zawsze mocna głosem obywateli, że najlepszą bronią wobec pisowskiej arogancji i autorytaryzmu jest obywatelska gotowość do zabrania głosu i sprzeciw wobec kłamstwa i manipulacji prawem.

Czy Nowy Prolog? Od „prawa na niby” do „państwo prawa”. Zaczniemy od serc. Wszyscy

Na koniec kilka uwag osobistych i spinających argumenty przedstawione powyżej.

Przed 2015 r., ilekroć prowadziłem zajęcia dla sędziów, ilekroć spotykałem się z młodzieżą, biłem się w piersi. Tak, my prawnicy mogliśmy zrobić więcej. W 2023 r. stoi przed nami wyzwanie nie do działania indywidualnego jako prawników, tylko do czegoś, co w doktrynie zachodniej nazywa się „legal complex”⁶². Potrzeba zbudowania koalicji prawników liberalnych w obronie wartości liberalnych. Dlaczego ma to znaczenie? Podkreślałem już powyżej, że dzisiejsi auto-kraci, tacy jak *Jarosław Kaczyński*, nie dochodzą do władzy z czołgami na ulicy. Oni wykorzystują ... własnych służbnych absolwentów prawa⁶³ (celowo podkreślam absolwentów prawa, a nie prawników: absolwentem jesteś, bo tak mówi twój dyplom, prawnikiem stajesz się i na to miano zasługujesz, tylko gdy trzymasz określone standardy i przestrzegasz zasad) i własne ustawy, tworząc legalistyczną przykrywkę dla niekonstytucyjnej zmiany systemu. I tutaj właśnie przed prawnikami pojawia się wielkie wyzwanie, żeby bezprawie, manipulacje prawem, niegodziwość, zarchiwizować, zlokalizować, tłumaczyć i proponować remedium.

Na koniec pozostaje więc zawsze niepokojące pytanie, które stawiam sam sobie: co więc ja mogę zrobić tu i teraz?

Z pewnością nie tylko pisać, ale i pojechać, gdy zapraszają do małych miast i miasteczek, gdzie trzeba mówić, tłumaczyć i słuchać⁶⁴. Jeżeli dostaję maila z Kutna: „Panie Profesorze, przeczytaliśmy wywiad z panem, niech pan przyjedzie i porozmawia z naszą młodzieżą szkolną”, to się pakuję się i jadę do Kutna. Nie mam żadnych oczekiwań wobec tych, którzy mnie zaprosili. Wprost przeciwnie, jestem im wdzięczny, że po 30 latach prawniczego pasywizmu elit ktoś chce mnie w ogóle jeszcze słuchać. Nie przechodzić obojętnie, gdy słyszę, że w III RP tylko kradli, że wszyscy sędziowie są skorumpowani, że UE narzuca nam obce standardy *etc.* Trzeba zabrać głos i żmudnie tłumaczyć, że rzeczywistość nie jest taka czarno – biała, ponieważ ... To wszystko co następuje po słowie „ponieważ” będzie moim/naszym prawniczym wkładem w, i dopisaniem do, żmudnego odbudowywania państwa prawa na lepszych i mocniejszych, bo tym razem obywatelskich, podstawach. Konieczne jest zrozumienie i przekonywanie, że prawdziwa „dobra zmiana” zawsze zaczyna się wokół mnie i we mnie, na poziomie rodziny, znajomych, sąsiadów, mojej wspólnoty, osiedla, gminy. Jeżeli mam odwagę sprzeciwić się podłości, złu i niesprawiedliwości wokół siebie, to taki głos będzie słyszalny wyżej, wtedy, gdy trzeba powiedzieć TAK w obronie naszych instytucji, prawa, dorobku ostatnich 30 lat. Takie obywatelskie TAK byłoby znakiem, że jesteśmy czymś więcej, niż tylko zlepkiem egoistycznie nastawionych jednostek, które dbają tylko o siebie i swoje najbliższe otoczenie, które dobre i rzetelne państwo postrzegają jako coś, o co warto się starać, walczyć i czego warto bronić. Bez tego będziemy zawsze podatni na „dobre zmiany” od góry, fundowane przez tych wyłącznie prawomyślnych Polaków.

Gdybym sam poprzestał na akceptacji, że jest źle i nie będzie lepiej, bo co ja sam mogę poprawić, dawałbym jasno do zrozumienia, że jestem już człowiekiem złamanym obywatelsko, który odwraca się plecami do spraw publicznych, który nie chce się angażować, który się wycofuje. Bez goto-

⁶¹ Zob. *J. Zajądło, T.T. Koncewicz*, Niektórzy mówią: nic nie robić z Trybunałem Konstytucyjnym, poczekać, aż sam padnie. Z wirusem też byśmy czekali?, *Gazeta Wyborcza* 27.1.2023 r., <https://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,29387384,niektorzy-mowia-nic-nie-robic-z-trybunalem-konstytucyjnym.html#commentsAnchor>.

⁶² Zob. prekursorskie prace *T.C. Halliday, L. Karpik, M. Feeley*, *Fighting for Political Freedom Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism* (Hart Publishing, 2007) oraz *L. Karpik, T.C. Halliday*, *The Legal Complex*, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 7, s. 217–236, 2011.

⁶³ Tak niezwykle celnie *M. Wyrzykowski* w cytowanym już Nie bądź obojętny. Widmo państwa autorytarnego stoi u drzwi Twojego domu, <https://oko.press/prof-wyrzykowski-nie-badz-obojetny-widmo-panstwa-autorytarnego-stoi-u-drzwi-twojego-domu> O tym podziale mówiłem także w czasie wykładu *Understanding the Legitimacy of the Judicial Power in Times of Constitutional Reckoning*, w czasie konferencji *Accountability and Freedom of Expression of Magistrates and Attorneys in Europe* zorganizowanej 17–18.6. 2022 r. przez European University Institute w Florencji. Tekst wykładu, <https://www.youtube.com/watch?v=1Vu-0LLmZk>.

⁶⁴ *T.T. Koncewicz*, *Being a Lawyer in Times of „Constitutional Pandemics”*. On Sheltered Memories and Fidelities: Personal and Constitutional, <https://verfassungsblog.de/being-a-lawyer-in-times-of-constitutional-pandemics/>

wości zaangażowania się i partycypacji w życiu publicznym jesteśmy tylko jednostkami, a nie wspólnotą, a gdy dodamy do tego jeszcze zniszczenie instytucji i braki w zakresie kultury prawnej stajemy się bezbronni. Przejmowanie państwa natomiast postępuje z milczącym przyzwoleniem ludzi, którzy nic nie rozumieją, o nic nie dbają, nie są nawet zainteresowani słuchaniem. Wszystko to piszę w głębokiej świadomości i z pokorą, rozumiejąc, że dobra zmiana od dołu jest niezwykle trudna do przeprowadzenia w Polsce, gdzie dominuje pasywność obywatelska, brak kultury konstytucyjnej i rytualne tańce wobec procedur i przepisów prawa. To wszystko nie sprzyja budowaniu obywatelskości niestety ...

W Polsce A.D. 2023 nie można jednak poprzestać na takiej prostej paternalistycznej konstatacji. Trzeba walczyć o to, aby poczucie obywatelskości rozbudzić, budować, potem pielęgnować i czynić z niego fundament prawdziwie dobrej zmiany. Protesty wobec orzeczenia aborcyjnego, czy akty solidarności z represjonowanymi sędziami i prokuratorami, a ostatnio marsz 4.6.2023 r., to nie tylko dowód naszej pamięci obywatelskiej, ale przede wszystkim wyzwanie. Pamięci o tym co się stało z polskim TK i państwem prawa. Wyzwanie, bo dzisiaj na gruzach państwa prawa jeden spektakularny marsz to już za mało. Nasz opór musi trwać i być słyszalny dzień w dzień, aby przynieść efekt nie tylko wobec „opresji z Szucha”, ale szerzej, odegrać kluczową rolę w długofalowym i fundamentalnym wyzwaniu: odbudowaniu państwa prawa w Polsce. Tego państwa nie będzie bez niezależnego sądu konstytucyjnego, niezależnych instytucji, wolnych mediów i poszanowania praw mniejszości. Jeśli ma być lepiej, musimy zrozumieć, że zawsze każdy z nas może zrobić coś dobrego wokół siebie i dostrzec jak wiele jest osób myślących podobnie. Aby być trwałą, każda dobra zmiana musi zacząć się w ludzkich sercach. Może po latach cichego godzenia się z, i „urządzenia się” w, niekonstytucyjnej rzeczywistości, jesteśmy obecnie świadkami narodzin obywatelskich nawyków serca⁶⁵? Znak zapytania nieprzypadkowy.

Żyjemy dzisiaj w czasach próby dla każdego z nas i testu dla naszej demokracji liberalnej (tego co z niej jeszcze zostało). Ostatnie lata były prawdziwym szokiem dla wszystkich, którzy w duchy samozadowolenia, uwierzyli, że polska demokracja jest demokracją skonsolidowaną, a Polacy pełnoprawnymi obywatelami. Jeżeli populistyczno-autorytarne rządy boją się czegoś, to właśnie „obywatelskiego NIE”, którego kontrolowanie jest znacznie trudniejsze od zniszczenia bezbronnej instytucji. Jeżeli poważnie myślimy o nowym początku, musimy dominujące myślenie instytucjonalne uzupełnić przez żmudny proces budowania przywiązania i wierności do państwa i prawa wśród obywateli. Kształtowanie serc jest największym wyzwaniem każdego systemu demokratycznego i tak musi być traktowane w Polsce, jeżeli (od)budowanie państwa prawa ma nastąpić tym razem na solidnych, bo obywatelskich, podstawach.

Jeżeli chcemy poważnie myśleć i rozmawiać o odbudowaniu państwa prawa w Polsce, musimy spróbować nauczyć się tłumaczyć tekst prawa na kontekst. W jaki sposób ludziom wytłumaczyć, że Konstytucja jest także po to, aby ich chronić, a nie jest dokumentem kończącym się na suchych zapisach. Nazywam to „ścieżką Konstytucji”, co polega na przejściu od tekstu do kontekstu i na stworzeniu sytuacji, gdy *rule of law* jest doświadczana i przeżywana przez obywateli jako „*lived experience*”. Zaniechania ostatnich kilku lat ciążyą i będą ciężać. Jakie są jednak zalety dyskusji o dzisiejszym kryzysie po 8 latach antysystemowych zmian i „reform”? Po 1989 r. nie rozmawialiśmy tak często jak obecnie o tym, co to znaczy być sędzią w demokratycznym państwie prawa. Nie prowadziliśmy dyskusji, co to znaczy sędzić sprawiedliwie. Metodyczne niszczenie państwa prawa wymusiło taką spóźnioną i niełatwą dyskusję. Cytowany wyżej *Aharon Barak*, były Prezes Izraelskiego Sądu Najwyższego, mówił: „podlegam osądzeniu, ilekroć wkładam łańcuch sędziowski na szyję”⁶⁶. Gdy to słyszałem z jego ust, momentalnie myślałem o naszym dumnie brzmiącym staropolskim „*Iustitias vestras iudicabo*”. Gdy to przekazywałem sędziom przed 2015 r., to sędziowie krytykowali. „*O, enfant terrible burzy status quo*”, wymądrza się *etc.* A ja im mówiłem w dobrej wierze i z pełnym przekonaniem: „Ogarnijcie się, bo wasza legitymizacja płynie z tego, jak jesteście odbierani na sali sądowej, a nie jesteście odbierani najlepiej ... Chcę wam pomóc”. Do dzisiaj wspominam te wykłady z uczuciem osobistego żalu, przykrości, ale i niespełnionej szansy.

To wszystko tłumaczy, dlaczego niniejszy tekst traktuje jako jeden z najważniejszych, które ostatnio napisałem. Przesądzają o tym nie tylko elementy osobiste. Powyższe refleksje składają się także na mój własny rozrachunek z Polską nie tylko ostatnich 8 lat, ale także z Polską po 1989 r., i czasem wielkich zmian i obietnic, znaczących osiągnięć, ale i zawiedzionych nadziei i nieprzepracowanych lekcji.

Ten rozrachunek wzmacnia moje przekonanie, że dzisiaj musimy za wszelką cenę starać się iść do przodu, a nie odwracać smętnie głowy w tył. Zamiast sentymentalnego rozpamiętywania, musimy rozmawiać o problemach rzetelnie, w dobrej wierze i otwarcie, nazywając je po imieniu. Czasy bezpiecznej „wieży z kości słoniowej” skończyły się bezpowrotnie i na pewno nie wrócą „po PIS” (jeśli takie „po PIS” w ogóle nastanie...). Jeśli ktokolwiek czytając ten tekst, chce powrotu „*status quo*” sprzed 2015 r., to już przygotowuje grunt pod zwycięstwa kolejnej hordy legalistycznych autokratów i populistycznych szarlatanów. Nie popełniamy błędów z przeszłości. Raczej przyjmijmy do wiadomości, że nie było najlepiej, jakaś w tym jest i moja wina, i pytajmy o to co

⁶⁵ O tym moje „*A Good Constitution*” and the Habits of Heart, <https://verfassungsblog.de/a-good-constitution-and-the-habits-of-heart/>.

⁶⁶ Judge in a Democracy, Princeton University Press, 2006, s. 315.

trzeba teraz zrobić, aby razem ruszyć do przodu, mądrzejsi, przezorniejsi, skromniejsi ...

Problem jednak w tym, że **budowanie obywatelskich nawyków serca u, i w, Nas samych jest znacznie trudniejsze niż tworzenie kolejnych nawet najdoskonalszych instytucji**. Wymaga cierpliwości i trwa nieskończenie dłużej niż

nocna sesja parlamentu, czy powołanie kolejnej anonimowej i ... rzekomo perfekcyjnej instytucji, komisji *etc.* jako remedium na całe zło. W 2023 r. powinniśmy już rozumieć, że tak nigdy nie odbudujemy państwa prawa.

Jeżeli mamy więc mówić o początku czegoś dobrego, zaczynijmy „na dole”, każdy od siebie, tu i teraz ...

SUMMARY

„How to restore («recapture») the rule of law in Poland?

About the Law, About Ourselves and Europe, and the Promise of «the Habits of Heart»

This analysis offers a road map for the challenge of recapture of the rule of law in Poland. Contrary to the mainstream narrative, it goes beyond the often-simplistic proposals that focus entirely on the institutional aspect of the challenge. Instead, it argues that even the strongest institutions must fall if they are not supported by the citizenry and the civic engagement. Its focus is on learning from the past mistakes of building the rule of law top-down. It charts a novel trajectory for the rule of law in Poland, one that is anchored and embedded in the practice of the rule of law and lived experience. The sociological aspect of bottom-up rule of law and anchoring the institutions in the public imagination must be front and centre for the rule of law in Poland to have another chance. In this vein the courts must strive at building a feeling of common cause and purpose beyond self-interest. The more the institutions live the practices of the rule of law and translate them for the citizenry, the more difficult the capture and the more the social anchoring of these institutions will act as a shield against would-be autocrats bent on the constitutional capture. At the end you might arrive at a constitutional fidelity where constitutional ideas and principles will be indeed turned into practice and lived experience. Embedding the social function of courts takes us on the trajectory from *their* (elites) constitution to *my* (citizens' constitution), from *a court* to *my court* and finally from *a judge* to *good judge*. With the judicial power socially embedded in the elusive habits of heart, the capture knows that before taking on the courts, it will have to face off with the citizens' ready to fight for *their* courts. Therefore, trying to take on the challenge of answering the question of how to recapture the rule of law, this analysis offers a set of guidelines and benchmarks, all underpinned by one overarching theme: if you really want to rebuild the rule of law in Poland, start thinking out of the institutional and erroneous box. Instead embrace the difficult task of making the rule of law a lived experience and as such consolidating the liberal democracy from the ground up.

Key words: Rule of law, judicial independence, social legitimacy, judicial ethos, social anchoring of the judiciary, Constitution, path of the Constitution, supranational legality, habits of heart

REKLAMA



Kodeks spółek handlowych

ksiegarnia.beck.pl

▪ Tel.: 81 46 13 300 ▪ E-mail: kontakt@beck.pl

