

Tomasz Tadeusz Koncewicz

Jak Odbudować Państwo Prawa w Polsce?

O Prawie, o Nas Samych i o Obietnicy „Nawyków Serca”^{*}

*Pamięci Profesora dr hab. Tomasza Kaczmarka, przyjaciela, mentora, prawnika - gentlemana,
dobrego człowieka.*

*Nigdy nie zapomnę naszych rozmów o wszystkim i wspólnych spacerów z biegającymi wokół i tak
ukochanymi przez Profesora wyżłami.*

Dziękuję Panie Profesorze.

*O kondycji wymiaru sprawiedliwości decyduje nie tylko dobre prawo,
ale również dobry sędzia.*

*Wymaganie od sędziego, aby był on człowiekiem gruntownie wykształconym, odczytanym,
o otwartym sposobie myślenia, emocjonalnie zrównoważonym i refleksyjnym w postrzeganiu
ludzi i przeżywaniu świata, stale towarzyszy życzeniom określającym
etos sędziego.*

*Zdaniem Bronisława Wróblewskiego i Witolda Świdy takie właśnie oczekiwanie jest czymś natural-
nym, gdyż sędzia ubogi pod względem umysłowym i duchowym
razi tak samo jak tępą profesora wyższej uczelni.*

Tomasz Kaczmarek, *Przedmowa*,
w: *System Prawa karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*¹

^{*} Tekst oparty na manuskrypcie Autora złożonym w 2021 r. do Księgi Jubileuszowej z okazji 85 urodzin Profesora dr hab. Tomasza Kaczmarka. Fragmenty tej analizy publikowane obecnie na łamach Monitora Konstytucyjnego ukazują się pod oryginalnym tytułem.

¹ (C.H. Beck, Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa 2015, s. VI.

Zapomnij o łodziach, skup się na podróży

To, co stało się z Trybunałem Konstytucyjnym, sądami powszechnymi, Krajową Radą Sądownictwa i Sądem Najwyższym (lista jest daleka niestety od wyczerpującej ...) to nie są przypadkowe zdarzenia². Wprost przeciwnie łączy je wspólny mianownik w postaci konsekwentnego przejmowania państwa w wszystkich jego wymiarach³. Specyfika polskiej transformacji ustrojowej oraz błędy popełnione w jej trakcie (których skalę odkrywamy dopiero teraz, o czym niżej) sprzyjały przejmowaniu państwa prawa i instytucji⁴.

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 permanentny⁵, a władza funkcjonuje poza wszelką kontrolą [...].

Już po wyborach parlamentarnych z 13 października 2019 r. odezwały się (i dosyć szybko zostały boleśnie zweryfikowane) umiarkowane optymistyczne głosy, że wynik tych wyborów to żaden koniec, ale raczej początek. Aby jednak tak się faktycznie stało, kierunek marszu musi zostać

2 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*, (Wolters Kluwer, 2020), s. 872 – 901, w szczególności s. 872 i nast. Część otwierająca nawiązuje do tego opracowania. Akademickie odesłania w tekście poniżej do przypisów zostały ograniczone do minimum.

3 Z perspektywy komparatystycznej D. Landau, *Abusive constitutionalism*, „University of California Davis Law Review” 2013/47, s. 189; O. Varol, *Stealth authoritarianism*, „Iowa Law Review” 2015/100, s. 1673; M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism*, „Cornell Law Review” 2015/100(2), 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” 2017/65; T. Ginsburg, A. Huq, *How we lost constitutional democracy* [w:] *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, red. C.R. Sunstein, New York 2018, s. 135–156; T. Daly, *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, I-CONnect, <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” 2015/13, s. 219; B. Bugarcic, *Populist at the gates* (maszynopis w posiadaniu autora) i rozdział B. Bugarcica [w:] *EU in Populist Times. Crises and Prospects*, red. F. Bignami, Cambridge 2020; także I.T. Berend, *What is Central and Eastern Europe?*, „European Journal of Social Theory” 2005/8(4), s. 401,

4 O tym E. Łętowska, *Państwo prawa na peryferiach Europy*, „Respublica”, 22.07.2017 r., <https://publica-pl/teksty/letowska-panstwo-prawa-na-peryferiach-europy-61676.html> (dostęp: 25.01.2020 r.). O polskiej demokracji jako demokracji peryferyjnej („democracy on the periphery”) i zaniechaniach transformacji ustrojowej po 1989 r. zob. T.T. Koncewicz, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/>

5 O tym wnikliwie M. Wyrzykowski, *Naruszają Konstytucję. Nie dziwmy się, gdy będą naruszać nasze prawa i wolności*, <https://oko.press/prof-wyrzykowski-naruszaja-konstytucje-beda-naruszac-nasze-prawa-i-wolnosc/>

dobrze nakreślony, nacisk na państwo prawa prawidłowo rozłożony i wyzwania w sposób czytelny nazwane. Oczywiście, że od silnej i pryncypialnie wiernej Konstytucji opozycji politycznej będzie w ciągu następnych 4 lat wiele zależeć. W każdym dojrzałym systemie demokratycznym 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 miałkość polskiej opozycji wszystkie wymienione elementy są przyszłe i niepewne niestety), nie mogą absolutnie wystarczać.

Poniższa analiza stawia sobie jednak ambicję otwarcia nowego rozdziału w studiach nad tym, co się wydarzyło w Polsce w latach 2015 – 2019: zamiast rwania szat i rozpamiętywania w duchu „co by było, gdyby” i koncentrowania się na „tu i teraz”, stara się raczej zadać trudniejsze pytanie o to, *dłaczego i, przede wszystkim, co dalej?*⁶.

1. 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 jakakolwiek zmiana zastanego stanu i ładu społecznego musi nastąpić w obrębie systemu konstytucyjnego.

Ostatnie pięć lat w Polsce pozwalają sformułować dziesięć podstawowych reguł nowej doktryny. Te reguły kreślą wizję państwa i prawa, które są obce demokracji liberalnej⁷ 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 Kim Lane Scheppele, gdy pisze: „w momencie, gdy mandat wyborczy i prawo są wykorzystywane w służbie nieliberalnego programu, mamy do czynienia z legalistycznym autorytaryzmem”⁸. Anty-konstytucja jest ukoronowaniem takiego autorytarneho przewrotu ubranego w szatę prawa⁹. To ostatnie podlega bezlitosnej deformacji i instrumentalizacji w imię

⁶ 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/ausgabendetails/nr-131-2020.html>) i *Kryzys Państwa Prawa* w: Czas Kultury 4/2020 (<http://czaskultury.pl/magazyn/czas-kultury-42020-207/>).

⁷ T.T. Koncewicz, *Ten Anti-Constitutional Commandments*, Verfassungsblog, 12.10.2019 r., <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*, OKO.press, 20.06.2019 r., <https://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/>

⁸ K.L. Scheppele, *Autocratic Legalism*, University of Chicago Law Review, 2018/45, s. 545.

⁹ K.L. Scheppele, *The social lives of constitutions* [w:] *Sociological Constitutionalism*, red. P. Blokker, Ch. Thornhill, Cambridge–New York 2017.

antykonstytucyjnej i niczym niekontrolowanej woli większości. Tylko analiza holistyczna pozwala dostrzec, że za dominującymi newsami i nieszczęsnej prawniczej fikscji przede wszystkim na tym „co tu i teraz” bez zdolności kierowania wzroku za następny zakręt, kształtuje się nowa doktryna: polityka resentymetu z własnymi tropami, wątkami i “bohaterami”¹⁰.

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 roku 2015 legł w gruzach. Sąd konstytucyjny stał się instytucją fasadową. 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.

10 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 nast. O tym też P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, *Verfassungsblog*, <http://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/>

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. 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 odbudowana. W 1989 r. podobnie wierzyliśmy w moc sprawczą prawa i niezależnych instytucji, które miały być jasnym zerwaniem z okresem fasadowych instytucji i konstytucji papierowej.

Mimo tej wiary, lata 2015 - 2020 boleśnie dowiodły, że w procesie polskiej transformacji ustrojowej czegoś ważnego zabrakło. Coraz częściej rozbrzmiewa więc pytanie, jak przywrócić w Polsce państwo prawa i czy jest to jeszcze w ogóle możliwe?¹¹

2. Niedokończona konsolidacja demokratyczna

Za tymi ważnymi 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. 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. Dyskusja jest niebezpiecznie jednostronna, ponieważ dominuje w niej myślenie instytucjonalne. Wysiłek ma słusznie koncentrować

¹¹ Zob. przykładowo ważne opracowanie T. Zalasieński, (red.), *Jak przywrócić państwo prawa?* (Warszawa, 2020).

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 była stopniowe odcinanie się od przeszłości komunistycznej: wzmocnienie sądu konstytucyjnego, wyeksponowanie państwa prawa jako meta zasady całego ustroju, uwypuklenie znaczenia niezawisłego sądownictwa etc. Państwo prawa było jednak budowane „od góry”, bez zwracania uwagi, w jaki sposób powstający nowy ład ustrojowo – instytucjonalny przekłada się na życie obywateli, 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 sędzić, 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 czterech 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? Wcześniejsze 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 urzędowania 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 po 2015 r. nastąpiło

“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. 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 powrotnego marszu do Europy po 1989 r., zostały uchylone na oścież ...

[...]

3. Lekcje z upadku państwa prawa w Polsce

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?

3.1. 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. Nie chodzi oczywiście o to, że o prawie mają mówić tylko prawnicy, co byłoby sugestią absurdalną i przekreślającą bezsporne znaczenie analizy prawa w duchu integracyjnego i całościowego doń podejścia (bliskiego także Prof. Tomaszowi Kaczmarskiemu) przez pryzmat kontekstu w jakim prawo funkcjonuje jako fakt społeczny i refleks społeczeństwa, jego kultury czy uwarunkowań ekonomicznych. Chodzi raczej o napiętnowanie, że sami prawnicy po 1989 r. przyjęli raczej postawę pasywną beneficjentów zmian w prawie, w konsekwencji pozostawiając wolne pole do zagospodarowania przez nie prawników zabierających publicznie głos o ... prawie. Dopiero po 2015 r. nastąpiło niezwykle wolne budzenie się środowiska prawniczego i świadomości, że państwo prawa nie jest dane, ale trzeba o nie walczyć, je pielęgnować, a przede wszystkim tłumaczyć. Trzeba było zniszczenia polskiego sądu konstytucyjnego, stopniowego podporządkowywania sądownictwa władzy politycznej i oczywistej instrumentalizacji prawem, abyśmy dostrzegli, że może jednak warto zabrać głos i wyjść z swojej prawniczej „*splendid isolation*”¹².

¹² Zob. jednak świetne eseje E. Łętowskiej i J. Zajadło publikowane na www.konstytucyjny.pl. Postawa tych autorów jest wzorem prawnik zaangażowanego, który nie przechodzi obojętnie, wobec tego, co się z i w prawie dzieje obok niego, ale na bieżąco komentuje i reaguje. O tym także ich ostatnia książka *O wygaszaniu państwa prawa*, (Wyd. Arche, Gdańsk, 2020).

Tymczasem to właśnie 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 (błédnego!), że przecież to jest tak niedorzeczne, że i tak nikt w to nie uwierzy (o tym etosie i zaangażowaniu zob. także część 6 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.

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 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

*niekonsekwencyj, 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 ...*¹³. 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 wieku, zwłaszcza w naszej części Europy, nie sposób sensownie prowadzić, jeżeli nie dostrzeżemy tej zależności. *Z jednej strony* bowiem obywatel zaczął dostrzegać 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 uelastyczniać 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. Dzisiaj jednak oczekiwania ludzi wobec prawa wzrosły, 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 niepomrotnie 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.

Lekcja IV “W sędziów wierzymy?”

13 (Iskry, Warszawa, 2005) w opracowaniu J. Tazbira.

Pamiętając o tym, jak pytanie o etos sądenia było zawsze bliskie Profesorowi Tomaszowi Kaczmarkowi (o czym świadczy choćby cytat otwierający niniejszą analizę), ta i kolejna lekcja zasługują na szczególną uwagę.

Poszukując odpowiedzi na pytanie “jak odbudować państwo prawa” będziemy musieli, intensywniej niż dotąd, połączyć ją z konieczną dyskusją o samym etosie sądenia, tak aby ludzie w końcu w prawie dostrzegli sojusznika, a nie tylko mroczną 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 2020 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.

Dzisiaj sami sędziowie zaczynają powoli dostrzegać 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 dobrą 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 proszę 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, zdaje 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 prawa konsekwencjami.

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?¹⁴ Czy aby jednak w 2020 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 wieku. Dzisiaj tego komfortu już nie mamy, ponieważ inna jest stawka i pilność materii. *Stawka* jest dramatycznie większa niż 5 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 [...].

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. Co więcej, jeśli dzisiaj cokolwiek jest jasne, to, że odbudowaniu państwa prawa muszą towarzyszyć trudne pytania. Spróbujmy więc wskazać podstawowe elementy rzetelnej dyskusji na temat „po co ludziom sądy w demokracji liberalnej”?

Lekcja V. Etos sądenia, czyli co?

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 zracjonalizować, 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. Mój głos nie jest tylko głosem kry-

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

tyki. To przede wszystkim zgłoszona w dobrej wierze rada „*amicus curiae*”, osoby ceniącej 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. Dla takiego 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 sędziego, „umie podać piłkę” tylko do tyłu, boi się przełamać stare przyzwyczajenia, zaskoczyć i wzbogacić swój warsztat o nowe techniki¹⁵.

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) i procesu legislacyjnego (słynne „lub czasopisma” jako niechlubny symbol) 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 swym 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 doda-

¹⁵ Analogia z piłką nożną nieprzypadkowa zważywszy, jak od lat anachronizm gry polskiej reprezentacji piłkarskiej boleśnie kontrastuje z nowymi i pięknymi stadionami.

wania 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 zwalniającą 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! Sąd 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 przytłaczającej 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 drugiej instancji. Rzekoma wstrzeźliwość sę-

dziowska 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 niełatwy, 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 rygoryzmem 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 robi (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 poczuwa się do żadnej odpowiedzialności, a każdą krytykę rozumie jako atak na swój status. Nie sposób dalej tkwić w 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 uczyć się jak świetnie pisał jeden z zachodnich sędziów. Tymczasem w polskim systemie akurat te elementy są wymysłem. Polski wymiar sprawiedliwości jest doskonałą machiną równającą wszystkich sędziów do jednej linii. Dostrzeżenie czegoś poza mitycznym kodeksem jest niebezpieczną aberracją, zakłóca święty spokój, liczy się *in minus*, a jednostkowy sędzia wychodzący przed szereg szybko i bezlitośnie jest sprowadzany na ziemię. To więcej niż tylko intuicja i obserwacja, ale także wynik rozmów z samymi sędziami, którzy w czasie szkoleń zgadzają się z moją wizją swojego zawodu, podkreślają, że chcieliby inaczej, czasami tekst przełamać, zaproponować coś nowego, ale wiedzą, że nie ma to żadnego sensu, bo i tak sąd odwoławczy uchyli. Każdy argument nierutynowy, wprowadzenie interpretacji z Konstytucji czy prawa europejskiego jest postrzegany z podejrzliwością, zamiast pobudzać dynamikę sporu i poszerzać go o nowe elementy, paraliżuje i usztywnia sędziego. Jeśli moje argumenty przełamują rutynę, są od razu dyskwalifikowane, bo nie wpisują się w „wyuczony” i codzienny sposób procedowania sędziego. To mnie przeraża i zasmu-

ca i to musi się zmienić, jeżeli państwo prawa w Polsce ma mieć jakiegokolwiek szanse. Na pewno nie po to mamy sąd i to musi wybrzmieć jak nigdy dotąd [...]

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 „ze sprawy nie można załatwić, bo ...”. Odsyłanie z urzędu do urzędu nie może być, tak jak jest dzisiaj, podstawową techniką załatwiania spraw. Takie pozorne administrowanie tylko wzmagają 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.

3.2. 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 drogowa 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 papieru, 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 wagi różnych kolidujących interesów. Gdy instytucje stosujące prawo, zaaakt zaczynają aakt 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 populistyczno-autorytarnych partii.

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

4.1. 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 zrozumiały. Obywatel, który prawa nie rozumie, staje się łatwym celem demagogów, którzy zarządzają strachem i wykorzystując resentyment i niewiedzę, rękoma 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 nie podlegająca 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 szarlatańskie większości parlamentarne przebiega przy obojętności ludzi. Brzmi znajomie?

4.2. A kiedy w sędziów uwierzimy?

Powyżej postawiłem pytanie, czy możemy w sędziów wierzyć i udzieliłem na nie odpowiedzi negatywnej. Pytanie postawione w tej części z kolei, zawiera obietnicę pozytywnej odpowiedzi. Aby tak się jednak stało, musimy stawić czoła wyzwaniu zrozumienia i zaakceptowania, że dzisiaj nie mamy tylko prawa do sądu, ale prawo do dobrego sądu i to prawo egzekwować.

Dobry sędzia musi być gotowy na swojej „trasie orzeczniczej” do wypełnienia przestrzeni prawnej racjonalnie zrekonstruowanymi regułami i odrzucać obezwładniającą wiarę w racjonalność

ustawodawcy¹⁶. 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, ale nigdy nie jest celem samym w sobie, ale 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 do 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 odcienia 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 subtelności, 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

¹⁶ W tej części nawiązuje do i łączę, wypowiedzi i tezy przedstawiane konsekwentnie od lat. min. w: *Prawo i niesprawiedliwość*, „Gazeta Wyborcza”, 11 września 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, czy w książce *Prawo z ludzką twarzą*, (C.H. Beck, Warszawa 2015).

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.

Sędziowie muszą zrozumieć i docenić społeczny wymiar swojego zawodu. 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 orzecznictwem. W dzisiejszych czasach społeczeństwo (okres 2015 – 2020 w Polsce ma w tym kontekście szczególne znaczenie) nadal przywiązuje dużą wagę do tego, aby sąd był absolutnie niezawisły, bezstronny i niezależny. W XXI wieku nie wystarcza to jednak dla stworzenia przekonania, że sprawiedliwość jest faktycznie czyniona. 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.

Sędziowie polscy twierdzą, że stosują tylko przepisy i nie można im z tego powodu czynić zarzutu. Ich zdaniem jedynym winowajcą jest ustawodawca, który pewnych kwestii nie przewidział, nie dookreślił etc. Tej linii obrony nie można lekceważyć zupełnie, ale nie może ona zwalniać sędziego zupełnie z odpowiedzialności za rozstrzygnięcie. Obrona zastanego *status quo* podkreśla dramat sytuacji, w której się znajdujemy, ponieważ dla sędziów polskich istnieją tylko dwa ekstrema pomiędzy którymi chcieliby się poruszać: proste stosowanie przepisów na jednym biegunie albo interwencja ustawodawcza na drugim. Uprzedzam od razu tradycyjny zarzut środowiska sędziowskiego jakoby moje rozumienie funkcji sądu 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 interpreta-

cji. 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. Pomiędzy 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.

„Dobre sędzenie” dzisiaj to właśnie gotowość ważenia różnych argumentów i refleksyjnego odczytywania suchych przepisów, zza 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 nie wynikające 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” (określenie samych sędziów w czasie jednego z prowadzonych wykładów!), 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 może 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. Pomiędzy przerażającym sędziów „*bywaniem twórczym*” a zupełnie im obym „*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 materiał normatywny w sposób całościowy i zdroworozsądkowy, z perspektywy systemu, kontekstu i celu regulacji prawnej.

Konstruktywnym sędzią może być zarówno sędzia wstrzemięźliwie 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 prawnicy musimy rozmawiać, aby prawu i Konstytucji nadać sens w życiu obywateli. Bez tego społecznego wymiaru, państwo prawa w Polsce nie ma szans.

4.3. Czy możliwy jest konsensus wokół wspólnych wartości?

Tyle o prawie i instytucjach. Czas spojrzeć nieco szerzej.

Ostatnie pięć lat było 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 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 ...

W październiku 2016 roku prezydent Gdańska Paweł Adamowicz umożliwił obchody 30-lecia powołania Trybunału Konstytucyjnego. Dlaczego w Gdańsku? – zapytałem go kiedyś. Ponieważ Trybunał Konstytucyjny i jego jurysprudencja zbudowana przez ostatnie 30 lat są dobrem wspólnym. Kie-

dy dzisiaj myślę o tragicznym ataku na Prezydenta P. Adamowicza w styczniu 2019 r. i podobnych sprawach, to moja odpowiedź na pytanie, czy między Polakami jest możliwy konsensus wokół wspólnych wartości, brzmi „nie”. Ale nie jestem zadowolony z tak krótkiej odpowiedzi i chciałbym nieco pogłębić tę kwestię. Moim zdaniem, samo pytanie powinno być uzupełnione: z kim jest możliwy konsensus wokół wspólnych wartości? Musimy zrozumieć, że druga strona nie traktuje nas jako osoby należące do wspólnoty „we, the people” – my, naród. Jedną z cech doktryny antykonstytucyjnej po 2015 roku, jest coś, co Jan Werner-Müller nazywa antypluralizmem i wyłącznością do reprezentacji¹⁷. Tylko my, którzy wyznajemy określone wartości, należymy do narodu. Tylko my, których ta część narodu wybrała, reprezentujemy te wartości i ten głos. Cała reszta nie jest częścią wspólnoty.

Po pierwsze, nie jest możliwy konsensus wokół wspólnych wartości, kiedy druga strona odrzuca mnie jako nienależącego do narodu. Po drugie, gdy druga strona odrzuca Konstytucję jako dokument, który mógłby być minimalnym wyznacznikiem wspólnych wartości. Po trzecie, kiedy druga strona odrzuca instytucje ustanowione w dokumencie konstytucyjnym jako nośnik wspólnych wartości.

Konsensus nie jest możliwy z perspektywy pryncypialnej. Różnimy się zasadniczo co do rozumienia roli państwa i jego legitymizacji, o czym często zapominamy. W odbiorze drugiej strony państwo polskie po 1989 aż do 2015 roku to był jakiś fantazmat, zrodzony ze zgniłego kompromisu przy Okrągłym Stole. W rozumieniu doktryny antykonstytucyjnej, wszystko, co się stało po 1989 roku, nie było rzeczywiste. Czy zatem jest możliwy konsensus wokół wspólnych wartości w sytuacji, gdy istnieją pryncypialne różnice w sposobie, w jaki odczytujemy państwo, jego rolę, legitymizację i nasze w nim miejsce? Proponuję, abyśmy rozważyli dwie kwestie. Konsensus byłby możliwy tylko wtedy, jeżeli będzie wiadomo, czego ma on dotyczyć, i jeżeli będziemy rozumieć poszczególne wartości: co to znaczy poszanowanie praw mniejszości czy zasada praworządności. Słynny hiszpański politolog Juan Linz w swojej książce *The Breakdown of Democratic Regimes: Crisis, Breakdown and Reequilibration. 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*”¹⁸. Do tego muszą być spełnione warunki na trzech poziomach: na poziomie *behavioralnym* – 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. Kiedy z tej perspektywy mówimy o wartościach, które nas łączą, musimy pamiętać, że polska demokracja liberalna po 1989 roku nigdy nie była demokracją skonsolidowaną. Jeżeli mówimy o wartościach i próbujemy odpowiedzieć na pytanie, jak odbudować państwo prawa, to możliwe są dwie perspektywy. Pierwsza to perspektywa instytucjonalna, druga – obywatelska. W jaki sposób tekst przetłumaczyć na kontekst? W jaki sposób ludziom wytłumaczyć, że Konstytucja jest także po to, aby ich chronić, a nie jest dokumentem

¹⁷ *What is Populism*, (University of Pennsylvania Press, 2016).

¹⁸ (Johns Hopkins University Press), 1978.

kończącym się na suchych zapisach. Nazywam to „ścieżką Konstytucji”, co polega na przejściu od tekstu do kontekstu, o czym jeszcze niżej.

5. 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, niedoceniając kontekstu i nieznajomość funkcjonowania mechanizmów demokratycznego państwa prawnego – jak to wszystko przekłada się na Europę. Niewiele osób pamięta, że w traktacie paryskim z 1951 roku 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 roku 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*”¹⁹. 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 roku nie przewidywał, że na poziomie krajowym poddawane będą w wątpliwość liberalne podstawy powojennego ładu europejskiego. Dzisiaj Węgry i Polska stawiają to niebezpieczeństwo na porządku dziennym.

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 roku 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 roku – że nie będziemy zawracać z drogi liberalizacji i przemian demokratycznych. W 2015

19 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 EWOLUJĄCEJ PODRÓŻY W KIERUNKU JAK NAJŚCIŚLEJSZEJ UNII POMIĘDZY NARODAMI EUROPY)*, Palestra 5/2020.

roku 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 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 roku.

Ważne jest, abyśmy w naszym dzisiejszym dyskursie w Polsce, w kontekście tego, o czym rozmawialiśmy, zrozumieli, co Unia Europejska robi wobec Polski. My, jako odpowiedzialni za kształtowanie dyskursu, musimy tłumaczyć ludziom, że jeżeli Komisja Europejska wszczyna 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 roku, 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 roku 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 egzystencjalne²⁰. Tego nie było w 1951 roku, czyli Unia Europejska też uczy się niejako w biegu.

Od dziesięciu lat, ilekroć prowadzę zajęcia dla sędziów, ilekroć spotykam się z młodzieżą, to biję się w piersi. Tak, mogliśmy zrobić więcej. Stoi przed nami wyzwanie nie do działania indywidualnego jako prawników, tylko do czegoś, co w doktrynie zachodniej nazywa się „*legal complex*”²¹. Potrzeba koalicji prawników liberalnych w obronie wartości liberalnych. Dlaczego ma to

20 O tym orzecznictwie 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. Koncewicz, *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:] *Profesor Marek Saffjan znany i niezany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, red. K. Szczepanowska-Kozłowska, 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-koncewicz/> 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. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg, Part II: How the Court of Justice is Spelling out the Constitution's Unwritten Understanding(s)*, Verfassungsblog, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>

21 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.

znaczenie? Dzisiejsi autokraci nie dochodzą do władzy z czołgami na ulicy. Oni wykorzystują własnych prawników i własne ustawy, tworząc legalistyczną przykrywkę dla niekonstytucyjnej zmiany systemu. Tutaj przed prawnikami pojawia się wielkie wyzwanie, żeby to zarchiwizować, zlokalizować i wskazać remedium. Co sam mogę zrobić? Jeżeli dostaję maila z biblioteki w Kutnie: „Panie profesorze, przeczytaliśmy wywiad z panem, niech pan przyjedzie i porozmawia z naszą młodzieżą w ośrodku kultury”, 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 słuchać. Ważne, ale zarazem trudne jest budowanie wiarygodności naszego zawodu i przekonanie, że bronimy zasad konstytucyjnych, a nie swojej pozycji.

Zaniechania ostatnich kilku lat są tutaj olbrzymim ciężarem dla nas. Jakie są zalety dyskusji o dzisiejszym kryzysie po trzech latach zmian? Po 1989 roku nie rozmawialiśmy tak często o tym, co to znaczy być sędzią w demokratycznym państwie prawa. Nie prowadziliśmy dyskusji, co to znaczy sędzić sprawiedliwie. Aharon Barak, były Prezes Izraelskiego Sądu Najwyższego, mówił: „podlegam osądzeniu, ilekroć wkładam łańcuch sędziowski na szyję”²². Gdy to przekazywałem sędziom przed 2015 rokiem, to sędziowie krytykowali. „O, *enfant terrible* burzy *status quo*”, wymądrza się etc. A ja im mówiłem: „Ogarnijcie się, bo wasza legitymizacja płynie z tego, jak jesteście odbierani na sali sądowej”. Przeciętny Kowalski nie ma bezpośredniego kontaktu z Konstytucją, ale ma kontakt z prawem w sądzie rejonowym, gdzie sąd mu tłumaczy, co oznacza prawo w jego konkretnej sprawie. Ja nie oczekuję, że każdy będzie znał Konstytucję, ale że to sędzia rejonowy w Kutnie będzie ją znał i przełoży Konstytucję na kazus konkretnej osoby [...].

Gdy myślę o naszej Konstytucji z 1997 r. widzę w niej 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 zastanowi się dwa razy. Nie wystarczy zbudować mocne instytucje, ale trzeba zbudować coś, co A. de Tocqueville nazywał „nawykami serca”²³. 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. [...]

Na wydarzenia jednostkowe możemy i powinniśmy się oburzać, ale to całość i rezultat końcowy („państwo przejęte”) nas zabolą, gdy zostaniemy z takim przejętym państwem skonfrontowani. Perspektywa państwa prawa to jednak nie tylko dzisiaj. To także wczoraj i jutro. To

22 *Judge in a Democracy*, (Princeton University Press, 2006), s. 315

23 *O Demokracji w Ameryce*, z wstępem Jana Baszkiewicza, (Państwowy Instytut Wydawniczy, 1976).

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.

6. Mapa drogowa i „ścieżka Konstytucji”

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 drogowskazem.

6.1. „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 zastrzeżenie 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. Prawdłowo 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.

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

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

Konstandinos Kawafis, *Che fece ... il gran rifiuto*

(tłumaczenie Zbigniewa Kubiaka)

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 skonsolidowany. Gdy ktoś mówi mi: „A teraz zrobisz 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 decydujące²⁴. 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, wmagając 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 pięć lat zobaczyliśmy, że nasze polskie państwo prawa budowane od góry przypominało faktycznie mało stabilną budowlę, która przy najmniejszym wstrząsie może się zawalić²⁵. Po 2015 r. okazało się, że na dole, poza sporadycznymi protestami nie było niestety wiele ...²⁶.

Czytając Kawafisa w Polsce A.D. 2021. Epilog, czy ... Nowy Prolog?

Czytam więc jeszcze raz Kawafisa i zastanawiam się, czemu dzisiaj powinniśmy się sprzeciwiać i za czym opowiadać?

O ile w polityce resentymetu niezależna instytucja jest postrzegana jako wróg, o tyle dla obywateli instytucja to sprzymierzeniec, który może pomóc pokonać bestię. Dlatego nie możemy być 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

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

25 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.

26 Zob. świetną profetyczną i gorzką dla nas analizę S. Hanley, J. Dawson, *Poland Was Never as It looked*, Foreign Policy, 3 stycznia 2017 r. <https://foreignpolicy.com/2017/01/03/poland-was-never-as-democratic-as-it-looked-law-and-justice-hungary-orban/>

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. Fakt, że Polacy do najłatwiejszych słuchaczy nie należą, a edukacja obywatelska i praca organiczna praktycznie nie istnieją, czyni z tego wyzwania zadanie iście herkulesowe ... Nie może to to nastrajać do optymizmu, jeśli chodzi o przyszłość. Jak 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.

Na koniec pozostaje więc 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 słuchać²⁷. Nie przechodzić obojętnie, gdy słyszę, że w III RP tylko kradli, że wszyscy sędziowie są skorumpowani, że UE narzuca nam obce standardy etc. etc. Trzeba zabrać głos i żmudnie tłumaczyć, że rzeczywistość nie jest taka czarno – biała, *ponieważ* ...

To wszystko co następuje po słowie „ponieważ” będzie 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 NIE w obronie naszych instytucji, prawa, dorobku ostatnich 25 lat. Takie obywatelskie NIE 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.

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

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 gotowości 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.

Dobra zmiana od dołu jest jednak 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. 2020 nie mogę jednak poprzestać na takiej prostej paternalistycznej konstatacji, tylko trzeba walczyć o to, aby poczucie obywatelskości rozbudzić, budować, potem pielęgnować i czynić z niego fundament prawdziwie dobrej zmiany. Dzisiaj żyjemy nie tylko w państwie pozbawionym jakichkolwiek bezpieczników i ograniczeń, w którym władza może w rzeczywistości wszystko, ale i w czasach katastrofy epidemiologicznej, która jest wykorzystywana jako „wygodna” wymówka do dalszej konsolidacji władzy i ograniczania praw obywatelskich. Działania zmierzające do przejęcia niezależnych instytucji domykają się w upiornie logiczną całość w najgorszym z możliwych momentów. Stawka nie podjęcia działania jest 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 przypominanie o esencjonalności konstytucyjnych.

I to właśnie należy wykrzyknąć 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. Dobrze, że opinia publiczna zdaje się już rozumieć, że tutaj nie ma miejsca na jakikolwiek kompromis. W tym celu jednak cały czas potrzebujemy więcej aktywności obywatelskiej w obronie podstaw porządku konstytucyjnego i instytucji, które stoją na ich straży [...].

Właśnie dzisiaj dostajemy jednak szansę, aby bronić praw obywatelskich, instytucji i przyzwoitości w życiu publicznym, dowieść, że zrozumieliśmy, że demokracja jest zawsze mocna głosem obywateli, że najlepszą bronią wobec każdej władzy jest obywatelska gotowość do zabrania głosu i sprzeciw, gdy wokół dzieje się źle z prawem i państwem. Musimy wierzyć, 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. Miejmy nadzieję, że po latach

cichego godzenia się z, i „urządzania się” w, niekonstytucyjnej rzeczywistości, jesteśmy obecnie świadkami narodzin obywatelskich nawyków serca²⁸. Jeżeli kiedykolwiek w Polsce ma być lepiej, to jest dzisiaj nasza jedyna szansa. Nie zmarnujmy jej tym razem.

Nie mam żadnej wątpliwości, że taki apel i wezwanie są drogie Profesorowi Tomaszowi Kaczmarkowi, któremu ten tekst z przyjaźnią i najlepszymi myślami, dedykuję, wyrażając jednocześnie wdzięczność za możliwość skreślenia tych kilku słów.

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