

maj

5/2020



PALESTRA

Pismo Adwokatury Polskiej





maj

5/2020

PALESTRA

P i s m o A d w o k a t u r y P o l s k i e j

Rok LXV nr 750



Naczelna Rada Adwokacka

Redaktor naczelny:
Maciej Gutowski

Sekretarz redakcji:
Klaudiusz Kaleta

Redaktor języka angielskiego:
Julian Bąkowski

Prezydium Kolegium Redakcyjnego:
Piotr Kardas (przewodniczący),
Jacek Giezek (wiceprzewodniczący),
Maciej Łaszczuk (wiceprzewodniczący)

Członkowie Kolegium Redakcyjnego:

Stanislav Balik
Zbigniew Banaszczyk
Andrzej Bąkowski
Monika Florczak-Wątor
Lech Gardocki
Joseph Hoffmann
Aleksander Kappes
Jan Kuklewicz
Katalin Ligeti
Erik Luna
Elwira Marszałkowska-Krześ
Marek Mikołajczyk
Andrzej Mączyński
Frank Meyer
Marek Antoni Nowicki
Adam Olejniczak
Lech K. Paprzycki
Mychajło Petriw
Krzysztof Piesiewicz
Krzysztof Pietrzykowski
Jerzy Pisuliński
Stanisław Rymar
Philippe Sands
Piotr Sendecki
Tomasz Siemiątkowski
Tomasz Sójka
Ewa Stawicka
Stephen C. Thaman
Andrzej Tomaszek
Paweł Wiliński
Witold Wołodkiewicz
Józef Wójcikiewicz
Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz
Włodzimierz Wróbel
Małgorzata Wrzolek-Romańczuk
Stanisław Zablocki
Jerzy Zajadło
Robert Zawlocki
Piotr Zientarski
Jerzy Zięba

WYDAJE
NACZELNA RADA ADWOKACKA
WARSZAWA

Na okładce:

Majowy numer „Palestry” poświęcony został w całości problematyce znaczenia, konsekwencji i wpływu wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18 na reguły prawa polskiego, a także innych zdarzeń związanych z powyższym orzeczeniem lub powstałych w jego następstwie.



Przystąpienie przez Polskę do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak również do Unii Europejskiej, było tożsame z zaakceptowaniem stanu współdzielenia kompetencji. W konsekwencji powyższego w miejsce systemu prawa, tradycyjnie pojmowanego jako monocentryczny i zhierarchizowany, w Polsce funkcjonuje już od lat model wielośrodkowy, który wymaga zmiany tradycyjnego myślenia o prawie przez pryzmat wertykalnej hierarchii norm.

Na okładce budynek Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stanowiącego jeden z integralnych elementów europejskiego oraz polskiego wymiaru sprawiedliwości, czego symbolem są powiewające wspólnie na wietrze flagi – Polski oraz Unii Europejskiej.

fot. Dominique Perrault Architecture;

INFO FOTO FACTORY

Przygotowanie okładki do druku: Artur Tabaka

Adres Redakcji:

00-202 Warszawa, ul. Świętojerska 16, lok. 33

tel./fax 22 831 27 78, 22 505 25 34, 22 505 25 35

e-mail: redakcja@palestra.pl

Internet: www.palestra.pl

Ark. wyd.: 17.5. Nakład: 1000 egz.

ISSN 0031-0344, indeks 36851

Spis treści

KONSEKWENCJE ORZECZENIA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 19.11.2019 R. DLA POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

Marek Safjan

Prawo do skutecznej ochrony sądowej – refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18 5

Ewa Łętowska

Czego uczą odpowiedzi na pytania prejudycjalne dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości 30

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

Kilka uwag o sporze kompetencyjnym między Sejmem RP i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym 46

Maciej Szpunar

Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich 60

Małgorzata Wrzolek-Romańczuk

Status prawny osoby formalnie powołanej na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez Krajową Radę Sądownictwa w obecnym składzie – uwagi na tle wyroku TSUE z 19.11.2019 r. oraz orzeczeń Sądu Najwyższego będących konsekwencją tego rozstrzygnięcia 74

Krzyszyna Szczepanowska-Kozłowska

Prawo do skutecznego środka prawnego i bezstronnego sądu – art. 47 Karty Praw Podstawowych w relacjach horyzontalnych – kilka uwag w związku z wyrokiem TSUE w sprawach połączonych C-585/18; C-624/18; C-625/18 104

Aleksander Kappes, Jacek Skrzydło

Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20) 120

Zbigniew Banaszczyk, Justyna Baszczeska

Czy konsekwencją wyroku TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18 powinna być w jakimkolwiek zakresie debata nad pierwszeństwem prawa unijnego przed prawem polskim? 142

Jerzy Zajadło

„Nie biorąc prawa poważnie” – uwagi w związku z wyrokiem TSUE w sprawach połączonych C-585/18; C-624/18; C-625/18 156

Tomasz Koncewicz

The supranational rule of law as first principle of the European Public Space – on the journey in ever closer union among the peoples of Europe in flux (Ponadnarodowa rule of law jako metazasada Europejskiej Przestrzeni Publicznej – esej o ewoluującej podróży w kierunku jak najściślejszej unii pomiędzy narodami Europy) 167

Miroslaw Wyrzykowski

Nie bądź obojętny – wystąpienie na 48. European Presidents’ Conference of Lawyers 217

Table of contents 226

Pojęcia kluczowe: *rządy prawa, niezależność sądownictwa, skuteczność ochrony sądowej, Krajowa Rada Sądownictwa, wadliwość procedury powołania sędziego*

Artykuły

Marek Safjan

PRAWO DO SKUTECZNEJ OCHRONY SĄDOWEJ – REFLEKSJE DOTYCZĄCE WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 19.11.2019 R. W SPRAWACH POŁĄCZONYCH C-585/18, C-624/18, C-625/18

Artykuł wskazuje na kluczową rolę zasady niezawisłości sądownictwa dla istnienia rządów prawa i efektywnego stosowania prawa Unii Europejskiej. Zagrożenie dla tych zasad, w którymkolwiek państwie członkowskim, stwarza ryzyko dla całego porządku prawnego Unii Europejskiej, a nie tylko dla państwa członkowskiego, w którym pojawiają się naruszenia niezależności sądownictwa. Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, takie jak wyrok z 19.11.2019 r., określające na podstawie przepisów traktatów i Karty Praw Podstawowych UE kryteria oceny niezawisłości sędziowskiej, muszą być respektowane przez sądy krajowe, które na tej podstawie mają obowiązek badania także wad procedury nominacyjnej. Ani przepis ustawy, ani orzeczenie sądu konstytucyjnego nie mogą zakazać sądowi przeprowadzenia takiej oceny.

KILKA UWAG WSTĘPNYCH

Prawo do sądu ma znaczenie kluczowe dla skutecznej ochrony wszelkich innych praw podstawowych oraz dla efektywnego stosowania prawa europejskiego, jest koniecznym instrumentem pozwalającym na urzeczywistnienie wartości i zasad, które wynikają z art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹. Tocząca się dzisiaj debata w Unii Europej-

¹ Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30), dalej TUE. Art. 2 TUE zawiera swoisty „kod genetyczny” UE, wyrażając te wartości, które mogą być uznane za współokreślające

skiej nad zasadą rządów prawa skupia się przede wszystkim na sprawie niezależności sądownictwa, bo bez niej prawo do skutecznej ochrony sądowej staje się iluzją. W istocie jest to jednocześnie debata nad przyszłością samej Unii jako przestrzeni, w której może realizować się skutecznie koncepcja obywatelstwa europejskiego, w ramach której jednostka korzystająca, według ujęcia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w wyroku w sprawie *Grzelczyk*², ze swojego „statusu podstawowego jako obywatel Unii” ma „prawo do praw”, a więc do tego, aby być autentycznym podmiotem praw gwarantowanych przez prawo unijne zgodnie z art. 20 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³.

W poniższych rozważaniach przedstawiam w pierwszym punkcie pewne refleksje odnoszące się do kompetencji TSUE w odniesieniu do spraw związanych ze skutecznością drogi sądowej w państwach członkowskich; w drugim zajmuję się metodologią i znaczeniem kryteriów zastosowanych przez TSUE w wyroku z 19.11.2019 r.⁴, a także ich implementacją w orzecznictwie krajowym; w pkt trzecim i czwartym – zagadnieniami skutków wynikających z braku gwarancji niezależności i bezstronności sędziowskiej dla ważności orzeczeń.

GRANICE AUTONOMII PAŃSTW CZŁONKOWSKICH W ZAKRESIE ORGANIZACJI I ZASAD FUNKCJONOWANIA KRAJOWYCH ORGANÓW SĄDOWYCH

Jeden z podstawowych argumentów wysuwanych na rzecz tezy opozycyjnej w stosunku do orzecznictwa TSUE w sprawach związanych z funkcjonowaniem systemu sądowego w krajach członkowskich wskazuje na brak kompetencji do oceny rozwiązań przyjmowanych w poszczególnych systemach krajowych, ponieważ kwestie odnoszące się do organizacji struktur sądowych, procedur, liczby instancji i zasad wyłaniania sędziów miałyby, w myśl tego ujęcia, należeć do kompetencji wyłącznej systemów krajowych i znajdowałyby się w konsekwencji poza sferą prawa unijnego. Argument ten był także podnoszony przez rząd polski w sprawie Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego⁵. Rozumowanie to wskazujące na brak kompetencji TSUE opiera się jednak na całkowitym nieporozumieniu.

tożsamość europejską. Bywa też określany jako „*umbrella principle*” w stosunku do innych zasad UE, a także jako wyrażający europejski porządek publiczny; por. M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia narodowego*, Warszawa 2019; K. Lenaerts, *La vie apres l'avis. Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, „Common Market Law Review” 2017/3, s. 824; K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union (2007)*, „Common Market Law Review” 2007/6, s. 1625.

² Wyrok w sprawie *Grzelczyk* z 20.08.2001 r., C-184/99, pkt 31.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE. Co do takiego ujęcia konstrukcji z art. 20 ust. 2 TFUE zob. M. Safjan, D. Duesterhaus, *The EU Citizen`s Right to have Rights and the Court`s Duty to Protect it (in:) An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosaa*, (ed. by K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski, Hart 2019, s. 206.

⁴ Wyrok TSUE z 19.11.2019 r. (Niezależność Izby Dyscyplinarnej) w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18, dalej wyrok w sprawie *Izby Dyscyplinarnej*.

⁵ Zob. stanowisko Prokuratora Generalnego RP, pkt 73 wyroku w sprawie *Izby Dyscyplinarnej*.

Po pierwsze bowiem, nie ulega wątpliwości, że kwestie związane z funkcjonowaniem skutecznej ochrony sądowej zarówno na poziomie samej Unii Europejskiej, jak i państw członkowskich, zapewniającej efektywność stosowania prawa europejskiego, należą, jak już wspomniano, do najważniejszych składników tego, co nazywamy wspólną przestrzenią prawną Unii Europejskiej, wspartą o zasadę wzajemnego zaufania⁶. Bez dialogu sądowego pomiędzy TSUE a sądami krajowymi, będącego warunkiem jednolitego i efektywnego stosowania prawa UE, nie mógłby funkcjonować wspólny system prawny, zakłada on bowiem z natury rzeczy istnienie organów krajowych, które są sądami i spełniają jako takie konieczne gwarancje prawa do ochrony sądowej. Na tym założeniu opiera się mechanizm pytań prejudycjalnych, system współpracy sądowej w sprawach cywilnych i karnych, w tym wzajemnego uznawania i wykonywania wyroków, a także samego istnienia wspólnej przestrzeni Schengen, w której najpełniej jest realizowana zasada swobody poruszania się obywateli Unii Europejskiej.

Niezależne i efektywnie funkcjonujące sądownictwo jest jednocześnie najistotniejszą i konieczną przesłanką ochrony praw i wolności obywateli Unii Europejskiej gwarantowanych w traktatach oraz w Karcie Praw Podstawowych⁷. Nie bez powodów prawo do ochrony sądowej jest umiejscowione w rzędzie tzw. metapraw, które wyprzedzają jako swoisty warunek realizację wszelkich innych praw⁸. Z tego punktu widzenia zakwestionowanie zasad, na których opiera się funkcjonowanie systemu sądowego w systemie krajowym, ma zawsze bezpośrednie, negatywne przełożenie na wszelkie dziedziny prawa europejskiego i musi włączać czerwone światła ostrzegawcze.

Po drugie, zasadnicze nieporozumienie w kwestii braku kompetencji Unii Europejskiej w zakresie funkcjonowania sądów krajowych polega tym, że ocena systemów państw członkowskich dokonywana w oparciu o art. 19 TUE w związku z art. 47 KPP dotyczy podstawowych zasad, na których opiera się funkcjonowanie sądownictwa, a nie konkretnych rozwiązań organizacyjnych i procedur krajowych należących istotnie do zakresu

⁶ Szczególnie istotne znaczenie zasady wzajemnego zaufania dla ochrony porządku prawnego UE i współpracy sądowej zostało podkreślone przede wszystkim w opinii 2/13 TSUE z 18.12.2014 r. w sprawie aktu przystąpienia UE do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4.11.1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.). Słusznie akcentuje się fakt, że zasada wzajemnego zaufania ma wymiar konstytucyjny i nie może być redukowana jedynie do zwykłego domniemania, jej sens wyraża nie tylko samo istnienie „zaufania”, ale fakt, że jest ono wzajemne – por. Ch. Timmermans, *How Trustworthy is Mutual Trust? Opinion 2/13 Revisited* (in: *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosas* (ed. by K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski, Hart 2019, s. 21).

⁷ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s.1), dalej KPP.

⁸ Co do roli i znaczenia zasady rządów prawa i ochrony sądowej dla efektywnego stosowania innych praw podstawowych por. np N. Póltorak, *European Union Rights in National Courts*, Wolters Kluwer 2015, Kluwer Law International; G.N. Toggenburg, J. Grimheden, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights* (in: C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016, p. 155; zob. także D. Duesterhaus, M. Safjan, *A Union of Effective Judicial protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, *Yearbook of European Law* 2014/1, p. 3–40, Oxford University Press 2014; M. Safjan, *Rule of Law and the Future of Europe*, „*Il Dritto dell'Unione Europea*” 2019/3, s. 431; M. Safjan, D. Duesterhaus, *The EU Citizens' Right...*, s. 201.

autonomii proceduralnej⁹ każdego państwa członkowskiego. Zasady te bowiem określają ramy i granice, w jakich mieści się swoboda państw członkowskich w odniesieniu do organizacji wymiaru sprawiedliwości oraz autonomii proceduralnej¹⁰. Nie może być żadnych wątpliwości, że z tego punktu widzenia możliwe jest zaakceptowanie różnych, a nawet zasadniczo odmiennych rozwiązań, w poszczególnych systemach krajowych, o ile tylko te różnice nie wpływają negatywnie na podstawowe gwarancje ochrony sądowej, zwłaszcza na niezawisłość i bezstronność sędziowską. Zasady te tworzą, jak słusznie zauważył rzecznik generalny M. Bobek, podstawową konstrukcję, na której wspiera się budowla stworzona przez system sądowy¹¹. Stąd też gwarancje wynikające z art. 19 TUE muszą dotyczyć każdego sądu, bez względu na dziedzinę prawa europejskiego, której dotyczy konkretne postępowanie¹², a art. 47 KPP ma zastosowanie bezpośrednie i może jako taki stanowić bezpośrednią podstawę stosowania przez sądy w postępowaniach krajowych¹³.

W konsekwencji twierdzenie o wyłączności kompetencji krajowych we wskazanych wyżej kwestiach opiera się na zdecydowanie błędnym poglądzie, którego przyjęcie musiałoby zaprzeczać długiej i utrwalonej linii orzecznictwa TSUE¹⁴. Wyrażne stanowisko potwierdzające ścisły związek zasad i gwarancji odnoszących się do niezależności i skuteczności drogi sądowej w systemach krajowych z prawem europejskim zostało potwierdzone w wielu orzeczeniach, a w szczególności w sprawach rozpoznawanych od 2018 r. w związku z ryzykiem kryzysu systemowego w Polsce, przejawiając się w takich orzeczeniach jak *LM (Ministry of Justice)*¹⁵, *Popławski*¹⁶, *wiek emerytalny sędziów*¹⁷, *Sąd Naj-*

⁹ Por. co do pojęcia autonomii proceduralnej orzecznictwo TSUE, m.in. wyrok TSUE z 7.07.1981 r. nr 158/80 w sprawie *Rewe Handelsgesellschaft*, pkt 44; wyrok z 27.06.2013, C-93/12 w sprawie *Agrokonsulting*, § 35.

¹⁰ Por. pkt 15 wyroku w sprawie *Izby Dyscyplinarnej* i cyt. tam orzecznictwo.

¹¹ M. Bobek, *Opinia w sprawie Torubarov*, C-556/17, § 55.

¹² Por. pkt 33 wyroku z 26.03.2020 r. *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny (C-558/18 i C-563/18)*: „Co się tyczy zakresu stosowania art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, z orzecznictwa Trybunału wynika ponadto, że postanowienie to dotyczy «dziedziny objętych prawem Unii», niezależnie od tego, w jakiej sytuacji państwa członkowskie stosują to prawo w rozumieniu art. 51 ust. 1 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej EU:C:2018:117, pkt 29; wyrok TSUE z 19.11.2019 r., A.K. i in. (*Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego*), C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, pkt 82 i przytoczone tam orzecznictwo”.

¹³ Co do bezpośredniego zastosowania art. 47 zob. w szczególności wyrok w sprawie *Egenberger* z 17.04.2017 r., C-414/15, pkt 78 „(...) art. 47, dotyczący prawa do skutecznej ochrony sądowej, samoistnie, a więc bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego, przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać”; także wyrok w sprawie *Torubarov*, C-556/17, pkt 56; także wyrok z 19.12.2019 r. w sprawie *Deutsche Umwelthilfe*, C-752/18, pkt 34–35.

¹⁴ Por. np. orzeczenia takie jak w sprawie *Inuit Tapirit Kanatani* z 3.10.2013 r., C-583/11, pkt 91, 94; w sprawie *Unibet* z 13.03.2007 r., C-432/05, pkt 39–42; w sprawie *Achmea* z 6.03.2018 r., C-284/16, pkt 34–36.

¹⁵ Wyrok z 25.07.2018 r. *Ministry of Justice (LM)*, C-216/18 PPU, dotyczący wykonania europejskiego nakazu aresztowania wydanego przez sąd polski wobec obywatela polskiego, pkt 34–37.

¹⁶ Wyrok z 24.06.2018 r., C-573/17, dotyczący wykonania ENA.

¹⁷ Wyrok z 5.11.2019 r. (dotyczący wcześniejszego przechodzenia na emeryturę sędziów sądów powszechnych), C-192/18, § 374, 375.

wyższy¹⁸, Izba Dyscyplinarna¹⁹, Sąd w Łowiczu²⁰, a ostatnio także w postanowieniu o środkach tymczasowych w sprawie *Komisja/Polska* dotyczącej ukształtowania postępowań dyscyplinarnych²¹.

We wszystkich tych orzeczeniach można odnaleźć podobne przesłanki oceny odnoszące się do niezależności sądownictwa krajowego. Trybunał Sprawiedliwości UE kładł nacisk nie tylko na wyraźne określenie składników niezależności sędziowskiej²², ale także na istnienie takich rozwiązań, z których może wynikać zagrożenie dla sędziowskiej niezawisłości, w tym także w aspekcie zasad powoływania i przedłużania mandatu sędziowskiego (np. w wypadku wieku emerytalnego)²³, a także na ryzyko wynikające z nieodpowiedniego ukształtowania postępowań dyscyplinarnych²⁴. Niepokój szczególnie muszą budzić w tym zakresie próby wykorzystywania postępowań dyscyplinarnych dla ograniczenia, czy wręcz wyłączenia, dopuszczalności pytań prejudycjalnych przez sądy krajowe²⁵.

W kontekście tego orzecznictwa na uwagę zasługuje kwestia oceny sytuacji w Polsce jako kryzysu systemowego²⁶ w sferze funkcjonowania sądownictwa krajowego²⁷. Trybu-

¹⁸ Wyrok z 24.06.2019 r. (*Sąd Najwyższy*), C-619/18, § 45–50.

¹⁹ Wyrok z 19.11.2019 r. (*Izba Dyscyplinarna*), pkt 115.

²⁰ Wyrok w sprawach połączonych *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny* (C-558/18 i C-563/18) pkt 36. „Ponadto należy przypomnieć, że chociaż organizacja wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich należy do kompetencji tych ostatnich, to wciąż przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie mają obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii, a w szczególności z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE (wyrok z 5.11.2019 r., *Komisja/Polska (Niezależność sądów powszechnych)*, C-192/18, EU:C:2019:924, pkt 102 i przytoczone tam orzecznictwo)”.

²¹ Postanowienie TSUE z 8.04.2020 r. w sprawie *środków tymczasowych*, C-791/19 R.

²² Co do pojęcia niezależności sędziów zob. np. wyrok z 25.07.2018 r. w sprawie *LM*, C-216/18 PPU, pkt 63–67.

²³ Por. pkt 119 wyroku w sprawie *wieku emerytalnego sędziów sądów powszechnych* z 5.11.2019 r., C-192/18, co do ryzyka arbitralności decyzji Ministra Sprawiedliwości w sprawie wydłużenia mandatu po osiągnięciu tego wieku.

²⁴ Zob. co do zagrożeń dla niezależności sędziowskiej wynikających z nieodpowiedniego ukształtowania postępowań dyscyplinarnych wyrok TSUE z 25.07.2018 r., *Minister for Justice and Equality* (nieprawidłowości w systemie sądownictwa), C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, pkt 67; a także wyrok TSUE z 24.06.2019 r., *Komisja/Polska (Niezależność Sądu Najwyższego)*, C-619/18, EU:C:2019:531, pkt 77; z 5.11.2019 r., C-192/18 (*w sprawie wieku emerytalnego*), pkt 114.

²⁵ Por. w tej kwestii zdedygowane stanowisko TSUE w postanowieniu z 8.04.2020 r., C-791/19 R, o *zastosowaniu środków tymczasowych*. Należy tymczasem wyraźnie podkreślić, że pytania prejudycjalne są nie tylko uprawnieniem, ale i w określonych sytuacjach obowiązkiem sądów krajowych, którego naruszenie może wywołać odpowiedzialność państwa członkowskiego za naruszenie prawa unijnego. TSUE stwierdził np. niedawno w ramach procedury naruszeniowej *Komisja/Francja* naruszenie prawa unijnego przez francuską Radę Stanu, która była zobowiązana do zadania pytania na podstawie art. 267 ust. 3 TFUE w sprawie C-416/17; w tej kwestii por. też D. Duesterhaus, *In the Court(s) We Trust – A procedural Solution to the Mutual Trust Dilemma, Freedom, Security and Justice*, „European Legal Studies” 2017/1, s. 26.

²⁶ Zob. tu przede wszystkim wyrok z 25.07.2018 r. w sprawie *LM*, C-216/18, pkt 69; zob. też inne orzecznictwo odwołujące się do pojęcia kryzysu systemowego, np. wyrok w sprawie *NS* z 21.12.2011 r., C-411/10 oraz C-493/10, a także z 5.04.2016 r. w sprawie *Aranyosi i Caldararu* (C-404/15 oraz C-659/15 PPU).

²⁷ Por. co do pojęcia kryzysu systemowego P. Bogdanowicz, M. Schmidt, *The Infringement procedure in the rule of law Crisis: How to make effective use of Art. 258 TFEU*, „Common Market Law Review” 2018,

nał Sprawiedliwości UE wprost powołał się na możliwość jego wystąpienia w Polsce i ten właśnie czynnik odnoszący się do intensywności i rozległości zagrożeń dla niezależności sędziowskiej stanowił istotną przesłankę dla wykluczenia automatycznego wykonania europejskiego nakazu aresztowania wystawionego przez sąd polski w stosunku do obywatela polskiego, co sprawia, że decyzja w sprawie wydania osoby objętej nakazem wymaga uprzedniego, dodatkowego badania *in casu*, w celu sprawdzenia, czy istnieje w konkretnym postępowaniu zagrożenie naruszenia prawa do sądu.

Jedną z cech orzecznictwa TSUE w sprawach związanych z ochroną sądową jest położenie nacisku na efektywność ochrony sądowej i gwarancje prawa do sądu, które, jak już wspomniano, zgodnie z zasadą pierwszeństwa i bezpośredniego stosowania prawa unijnego ograniczają autonomię proceduralną państwa członkowskiego²⁸. Szerokie podejście do wymagań odnoszących się do efektywności krajowych postępowań sądowych pojawiło się w szeregu orzeczeń TSUE w ostatnich latach. Dotyczyły one m.in. takich kwestii, jak intensywność i zakres kontroli sądowej w wypadku badania naruszeń zasady zakazującej dyskryminacji w sferze zatrudnienia²⁹, uzupełnienie – bezpośrednio w oparciu o art. 47 KPP – systemu środków krajowych o możliwość rozstrzygnięcia co do istoty, w miejsce wyłącznej prerogatywy kasatoryjnej w odniesieniu do decyzji organu administracyjnego w sprawie udzielenia opieki międzynarodowej³⁰, a także niezbędności zapewnienia w systemie krajowym efektywnego wykonania wyroku sądowego, nawet w sytuacji kiedy sankcja musiałaby prowadzić do pozbawienia wolności funkcjonariusza sądowego³¹.

Cytowane tu orzecznictwo wyraża bardzo jasno jedno z podstawowych założeń, bez którego nie można zrozumieć aktualnej linii orzecznictwa w sprawach polskich, a mianowicie obowiązek każdego systemu krajowego przestrzegania zasady skutecznej ochrony sądowej. Ostatnie lata wykazały bardziej jednoznacznie niż kiedykolwiek, że nie można problemów pojawiających się w związku z kryzysem rządów prawa w jednym z państw członkowskich traktować jako odseparowanych, niezależnych od sytuacji kształtującej się na poziomie całej Unii Europejskiej i innych państw członkowskich. Tworzymy w UE swoisty system naczyń połączonych, w którym istotne deformacje i wadliwości systemowe w którymkolwiek z państw członkowskich przekładają się automatycznie na kryzys rządów prawa w samej Unii, blokują funkcjonowanie konstytucyjnej

s.1061–1100; A. von Bogdandy, M. Ioannidis, *Systemic Deficiency in the rule of Law: What it is, what has been done, what can be done*, „Common Market Law Review” 2014, s. 59–96. Por. też M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, s. 409.

²⁸ Por. co do zasady efektywnej ochrony sądowej D. Duesterhaus, M. Safjan, *A Union of Effective Judicial Protection...*, s. 5; zasada efektywnej ochrony sądowej jest zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zasadą ogólną prawa unijnego wynikającą ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, potwierdzoną również w art. 47 KPP (zob. np. wyrok TSUE z 15.05.1986 r. w sprawie *Johnston* 222/84, pkt 18 i 19; wyrok TSUE w sprawie *Heylens* nr 222/86 z 15.10.1987 r., pkt 14; wyrok TSUE w sprawie *Union de Pequenos Agricultores* z 19.06.2003 r., C-50/00 P, pkt 39); wyrok TSUE w sprawie *Popławski* z 24.06.2019 r., C-573/17, pkt 53–55; wyrok TSUE w sprawie *Stowarzyszenie Sędziów Portugalskich* z 27.04.2018 r., C-64-16, pkt 37.

²⁹ Por. wyrok *Egenberger* z 17.04.2017 r., C-414/16, pkt 68, pkt 78.

³⁰ Zob. sprawa *Torubarov* z 29.07.2019 r., C- 556/17, pkt 72–74.

³¹ Wyrok z 19.12.2019 r., C-752/18, w sprawie *Deutsche Umwelthilfe*, pkt 40–42.

zasady porządku prawnego UE, którą jest zasada wzajemnego zaufania. Orzecznictwo rozwijane na tle spraw polskich, a zwłaszcza wyrok w sprawie *LM*, jest bardzo wyraźnym potwierdzeniem tej tezy³².

Obecnie przejdziemy do kilku obserwacji, które nasuwają się na tle wyroku TSUE z 19.11.2019 r.³³

WYROK TSUE Z 19.11.2019 R. JAKO INTERPRETACJA PRAWA UE – INTERPRETACJA A STOSOWANIE PRAWA UNIJNEGO W ORZECZNICTWIE KRAJOWYM

Na początku kilka dość banalnych uwag metodologicznych, które pozwolą na przyjęcie poprawnej perspektywy przy ocenie tego orzeczenia. Wyrok TSUE w sprawie *Izby Dyscyplinarnej* wywołuje bowiem wiele nieporozumień, a nawet jest niekiedy powodem rozczarowania, ze względu na zarzucany temu rozstrzygnięciu brak kategorycznej i jasnej odpowiedzi na postawione pytania prejudycjalne. Tego rodzaju krytyka pomija w konsekwencji znaczenie podziału ról pomiędzy TSUE, do którego należy interpretacja prawa unijnego, a sądem krajowym, który ostatecznie podejmuje decyzje o rozstrzygnięciu w toczącej się przed nim sprawie w oparciu o kryteria i interpretacje określone w orzeczeniu Trybunału.

Oczywiście niejednokrotnie zdarza się, że odpowiedź udzielana przez TSUE w oparciu o interpretację normy unijnej kwalifikująca określone rozwiązanie prawne przyjęte w prawie krajowym jako zgodne lub niezgodne z prawem UE jest w istocie równoznaczna z oceną przepisu krajowego³⁴. Nawet i w takich jednak sytuacjach nie jest wcale przesądzone, jaki kierunek rozstrzygnięcia przybierze sąd krajowy stosujący tę interpretację w postępowaniu, które było podstawą zadania pytań prejudycjalnych³⁵. Może to być np. zasadnicza zmiana dotychczasowej interpretacji ustalonej w orzecznictwie krajowym³⁶, a w przypadku normy europejskiej znajdujacej bezpośrednie zastosowanie, np. odmowa zastosowania w postępowaniu przepisu krajowego, który zawiera niezgodne z ową normą rozwiązanie³⁷. Zdarza się, że sąd krajowy uzna, że *in casu* nie ma możliwości zastosowania interpretacji wskazanej przez TSUE, bo musiałby przyjąć interpretację normy krajowej *contra legem*³⁸, a jednocześnie zastosowanie normy

³² Zob. szerzej M. Safjan, *Domestic Infringements of the Rule of Law as a European Union Problem*, „Oster-europa Recht” 2018/4, s. 553.

³³ Wyrok TSUE z 19.11.2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 oraz C-625/18.

³⁴ Por. np. orzeczenia dotyczące ochrony konsumenta w sferze umów kredytowych, np. wyrok TSUE w sprawie *Duarte Hueeros* z 3.10.2013 r., C-32/12, pkt 41–43; wyrok TSUE w sprawie *Dziubak* z 3.10.2019 r., C-260/18, pkt 3 i 4 sentencji wyroku.

³⁵ Zob. co do tych kwestii N. Póltorak, *European Union Rights...*, s. 185.

³⁶ Dodajmy, że orzecznictwo TSUE wskazuje nawet w takim wypadku na obowiązek odstąpienia od ustalonej interpretacji w prawie krajowym, por. np. wyrok w sprawie *Dansk Industri*, C-441/14, pkt 33.

³⁷ Zob. instruktywny pod tym względem wyrok w sprawie *Dominguez*, C-282/10, pkt 24.

³⁸ Zob. o granicy interpretacji, prawo unijne nie narzuca sędziemu obowiązku interpretacji *contra legem* przepisu krajowego, aby zapewnić pełną skuteczność przepisu dyrektywy, por. wyrok w spra-

europejskiej w miejsce wadliwego przepisu krajowego nie może wchodzić w rachubę ze względu na brak jej skutku bezpośredniego. W takim wypadku jedynym środkiem ochrony strony, wywodzącej swoje prawa z regulacji europejskiej, pozostaje roszczenie odszkodowawcze wobec władzy publicznej z tytułu niezgodności normy krajowej z prawem europejskim³⁹. Na konieczność czynienia dystynkcji pomiędzy stosowaniem i interpretacją wskazuje też fakt, że bardzo często ostateczna ocena określonego rozwiązania prawnego zależy od dalszych ustaleń dokonywanych w toku stosowania prawa⁴⁰. Przez pryzmat tych ogólnych uwag można dopiero dobrze zrozumieć sens i przesłanie wyroku z 19.11.2019 r.

Orzeczenie TSUE zawiera dwie podstawowe części, pierwsza z nich stanowi syntezę dotychczasowego orzecznictwa europejskiego ukształtowanego na tle art. 19 TUE oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych, druga jest konkretyzacją tych kryteriów w odniesieniu do oceny problemów postawionych w pytaniach prejudycjalnych.

Trzonem pierwszej części uzasadnienia wyroku są rozważania wokół niezbywalnych cech organów sądowych, a w szczególności dotyczących niezależności sędziowskiej – cech niezawisłości w znaczeniu obiektywnym i subiektywnym (wewnętrzny) oraz bezstronności. Wcześniejsze rozstrzygnięcia TSUE dostarczają, jak już wspomniano, bardzo wyraźnych wskazówek i kryteriów oceny w tym względzie⁴¹. Istotne jest przede wszystkim przesłanie, że elementy związane z niezależnością sędziowską są fundamentalne dla funkcjonowania każdego systemu ochrony sądowej⁴², i stąd można wywieść przesłanie, że istnieje obowiązek skrupulatnego badania tej kwestii w wypadku powstania jakiegokolwiek wątpliwości⁴³. Należy więc uznać, że nie jest to wyłącznie sprawa uprawnienia składu orzekającego, który natrafia na takie wątpliwości, ale jego obowiązek związany z poprawnym stosowaniem prawa unijnego bez względu na dziedzinę tego prawa.

W drugiej części TSUE skupił się na poszukiwaniu związków pomiędzy trybem wy-

wie *Dansk Industri*, C-441/14, pkt 32; wyrok w sprawie *Smith* z 7.08.2018 r., C-122/17, pkt 49; wyrok z 8.05.2019 r. w sprawie *Praxair MRC*, C-486/18, pkt 38.

³⁹ Zob. np. taka właśnie była sytuacja w sprawie *Association de Médiation Sociale*, C-176/12 z 15.01.2014 r., pkt 50.

⁴⁰ Por. co do podziału ról pomiędzy TSUE i sądem krajowym wyrok TSUE z 15.07.2010 r., *Panon Gep Centrum*, C-368/09, pkt 28.

⁴¹ Zob. w szczególności pkt 121–125.

⁴² Por. wyrok w sprawach połączonych *Simpson oraz HG*, C-542/18 RX-II oraz C-543/18 RX-II z 26.03.2020 r., pkt 73.

⁴³ Kwestia ta może nawet wyprzedzać postępowanie merytoryczne i właśnie w takim charakterze stała się samodzielnym przedmiotem pytania sądu odsyłającego, co do oceny *a limine litis* w tej sprawie zob. pkt 57v. W tym względzie należy podkreślić, że gwarancje dostępu do niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy, a w szczególności gwarancje określające pojęcie, jak również skład tego sądu, stanowią podstawę prawa do rzetelnego procesu sądowego. Prawo to oznacza, że każdy sąd jest zobowiązany zbadać, czy ze względu na swój skład stanowi on taki właśnie sąd, jeżeli pojawia się w tym względzie poważna wątpliwość. Badanie to jest nieodzowne w kontekście zaufania, które sądy społeczeństwa demokratycznego muszą wzbudzać u jednostki. W tym sensie taka kontrola stanowi istotny wymóg formalny, którego należy bezwzględnie dochować i którego spełnienie należy sprawdzić z urzędu (zob. podobnie wyrok z 1.07.2008 r., *Chronopost i La Poste/UFEX i in.*, C-341/06 P i C-342/06 P; EU:C:2008:375, pkt 46, 48). Zob. też pkt 99; zob. też co do powinności sądów w zakresie badania gwarancji niezależności pkt 146 wyroku.

laniania sędziów ukształtowanym po wejściu w życie nowej ustawy o KRS oraz ustawy o Sądzie Najwyższym oraz kompetencjami i miejscem w strukturze wymiaru sprawiedliwości tych organów a przesłankami niezależności sędziowskiej. Po raz pierwszy w orzecznictwie TSUE ukazane są z taką wyrazistością mechanizmy, które potencjalnie zawierają w sobie istotne ryzyko ingerencji politycznej w sferze funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości i tym samym fundamentalnie zagrażające niezawisłości sędziowskiej. Należy pamiętać, że jest to analiza dokonywana z perspektywy gwarancji ochrony sądowej udzielanej przez prawo unijne, a nie z punktu widzenia poprawności hierarchicznej reguł krajowych w systemie prawa polskiego. Trybunał nie ocenia więc – mówiąc inaczej – zgodności przyjętych rozwiązań ze standardami Konstytucji RP, w tym z orzecznictwem konstytucyjnym⁴⁴, a odnosi się do tych elementów systemu krajowego, które potencjalnie zagrażają efektywności ochrony sądowej z punktu widzenia prawa unijnego – traktatów i Karty Praw Podstawowych.

Jest to jednocześnie ocena wielopłaszczyznowa obejmująca szeroki kompleks składników, które łącznie mogą prowadzić do ustalenia realnego istnienia ryzyka dla niezależności sądownictwa, i to także wtedy, kiedy oceniane z osobna niekoniecznie takie ryzyko musiałyby one reprezentować⁴⁵. Trybunał odnosi się w ten sposób do argumentu podnoszonego nieustannie przez rząd polski (w tej i w innych sprawach), że poszczególne rozwiązania przyjęte w polskim systemie prawnym znajdują odpowiedniki w innych systemach europejskich. Nie można bowiem zapominać, że te same rozwiązania mogą, ze względu np. na odmienne tradycje prawne, ustalony obyczaj konstytucyjny, odmienne doświadczenie demokratyczne oraz kontekst funkcjonować zupełnie inaczej i w niczym nie tworzyć ryzyka dla gwarancji niezależności sędziowskiej. Mogą też one znajdować swoiste „bezpieczniki” w innych regulacjach prawnych danego systemu, które neutralizują potencjalne zagrożenie⁴⁶. Łączna ocena tych kryteriów należy do sądu krajowego, a ów podział ról pomiędzy TSUE a sądem krajowym stanowi wyraźne potwierdzenie istnienia klasycznej dystynkcji pomiędzy interpretacją a stosowaniem prawa, która utrzymuje się od lat w orzecznictwie TSUE.

Kryteria oceny wskazywane przez TSUE obejmują, po pierwsze, status powołanej na nowo Krajowej Rady Sądownictwa jako organu odgrywającego podstawową rolę przy ocenie i ustalaniu kandydatów na sędziów, z uwzględnieniem skrócenia kadencji poprzedniej Rady, jej obecną kompozycję (zapewniającą silną dominację czynnika politycznego przy powoływaniu członków Rady), a także sposób działania, wskazujący na słabe dotych-

⁴⁴ Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia fakt, że np. wcześniej Trybunał Konstytucyjny orzekł o zgodności ustawy o KRS z Konstytucją – por. wyrok TK z 25.03.2019 r. (K-12/18). Oczywiście nie wyklucza to zarazem uznania istotnych wątpliwości co do zgodności z Konstytucją jako jednej z przesłanek, która wśród wielu innych może wskazywać na motyw legislacyjny, jakim jest ograniczenie niezawisłości sędziowskiej, por. § 143 wyroku o *Izbie Dyscyplinarnej*.

⁴⁵ Zob. pkt 142, pkt 152 wyroku o *Izbie Dyscyplinarnej*.

⁴⁶ Strategia powoływania się na rozwiązania przyjęte w innych krajach została określona literacko jako swoisty zabieg „frankenszteinizacji” systemu prawnego, polegający na tworzeniu prawnej hybrydy złożonej z najgorszych elementów występujących w innych systemach prawnych – por. L. Pech, *L'UE peut limiter les violations de l'Etat de droit, mais les solutions doivent venir des citoyens*, „Le Monde” z 5.03.2020 r.

czas zaangażowanie w sprawy ochrony niezależności sędziowskiej⁴⁷. Po drugie, wskazuje się na status nowej Izby Dyscyplinarnej, autonomiczny, niemieszczący się w strukturze Sądu Najwyższego, w tym także podlegający odrębnym regułom sposób ukształtowania składu tej Izby (np. wyłączeni spośród potencjalnych kandydatów sędziowie SN w obecnym składzie)⁴⁸. Po trzecie, obejmuje też samo ukształtowanie procedury odwoławczej od uchwał KRS w kwestii stanu spoczynku, w sposób odbiegający od utrwalonej od wielu lat regulacji w tej kwestii przyznającej kompetencje w takich sprawach Izbie Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, przy jednoczesnym pozostawieniu w gestii Prezydenta decyzji dyskrecjonalnej co do przedłużenia mandatu sędziowskiego⁴⁹.

Dla ustalenia przyjętego w wyroku TSUE z 19.11.2019 zakresu kryteriów, które sąd krajowy ma obowiązek zastosować przy ocenie niezawisłości sędziowskiej, jest pozbawiony znaczenia fakt, że ostateczna decyzja o nominacji sędziego należy do Prezydenta RP, a legalność takiej decyzji nie podlega – według sądu pytającego – kontroli w ramach jakiegokolwiek innego postępowania⁵⁰. Do tego stwierdzenia, które TSUE przytacza jedynie za sądem pytającym, niektórzy, ale także wyrok SN – Izby Kontroli Nadzwyczajnej⁵¹, przywiązywali istotną wagę, uznając je za ważny argument merytoryczny. Miałby on bowiem wskazywać na wyłączenie możliwości badania, czy osoby powołane legalnym i niepodważalnym aktem nominacyjnym prezydenta RP spełniają wymagane gwarancje niezawisłości sędziowskiej. W tym rozumowaniu zasadniczą rolę miałyby pełnić odwołanie się do konstytucyjnie umocowanych prerogatyw głowy państwa, które w żadnym trybie nie mogą być zakwestionowane. Rozumowanie to opiera się jednak na zasadniczym nieporozumieniu.

Po pierwsze, jak już była o tym mowa, TSUE wywodzi obowiązek badania gwarancji niezawisłości sędziowskiej z prawa unijnego, a nie z regulacji krajowych, także wtedy kiedy znajdowałyby one swoje oparcie w Konstytucji.

Po drugie, ocena ta wywiedziona z przepisów prawa pierwotnego Unii jest czymś zupełnie innym niż ocena legalności decyzji nominacyjnej, z czego należy wyprowadzić wniosek, że w wypadku zaistniałych wątpliwości odnosić się ona powinna do każdej osoby pełniącej funkcje sędziowskie niezależnie od legalności – według prawa krajowego – samego aktu powołania.

Po trzecie, zasada pierwszeństwa prawa unijnego (także wobec regulacji konstytucyjnych) sprzeciwiałaby się stanowisku, według którego treść normy krajowej, także o randze konstytucyjnej, mogłaby zablokować badanie podstawowej gwarancji, od której zależy funkcjonowanie skutecznej ochrony sądowej.

⁴⁷ Por. pkt 143 oraz 144 wyroku o Izbie Dyscyplinarnej.

⁴⁸ Por. § 150 oraz 151.

⁴⁹ Por. pkt 145–148 wyroku o Izbie Dyscyplinarnej; kwestia ta była już wcześniej przedmiotem oceny TSUE w wyroku z 24.06.2018 r. w sprawie C-619/18 (*Sąd Najwyższy*).

⁵⁰ Por. pkt 145 wyroku o Izbie Dyscyplinarnej.

⁵¹ Zob. wyrok składu 7 sędziów SN – Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 8.01.2020 r. (INOZP 3/19), www.sn.pl; wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19), Legalis nr 2286171, opiera się na takim rozumowaniu. Nie można jednak zapominać, że wyrok SN został podjęty z naruszeniem zasady *nemo iudex in causa sua* (w składzie znajdowali się wyłącznie sędziowie powołani przez nową KRS), a wyrok TK – z udziałem sędziego wadliwie obsadzonego (jako tzw. dubler).

Po czwarte, wpływ oceny przeprowadzonej według kryteriów określonych w wyroku TSUE na status decyzji Prezydenta nie należy do prawa europejskiego, a więc kwestia ta musi być rozwiązana przez system krajowy.

Odpowiedź TSUE na pytania prejudycjalne zawarta w wyroku z 19.11.2019 r. została poprawnie zrozumiana i zastosowana w orzecznictwie Sądu Najwyższego, przede wszystkim w wyroku SN z 5.12.2019 r., wydanym w składzie, który wystąpił z pytaniami prejudycjalnymi⁵², a następnie w uchwale połączonych trzech Izb SN z 23.01.2020 r.⁵³ Nie jest zadaniem tego artykułu referowanie argumentacji Sądu Najwyższego, natomiast na uwagę zasługuje przekonująca ocena odnosząca się do wpływu przyjętych rozwiązań ustawowych w zakresie procedury powoływania sędziów i ukształtowania statusu Izby Dyscyplinarnej na niezależność sędziowską⁵⁴. W uchwale trzech połączonych Izb Sąd Najwyższy trafnie wskazał, że sam akt nominacji sędziowskiej przez głowę państwa nie może prowadzić do swoistej konwalidacji statusu sędziego, jeżeli poprzedzający go proces wyłaniania kandydata na sędziego był wadliwy, a w konsekwencji nie może on uchylać zasadności oceny, „czy i w jakim zakresie osoby te mogą wykonywać czynności jurysdykcyjne, tak by nie dochodziło przez to do naruszenia standardu bezstronności i niezależności wymaganego od sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości”⁵⁵. Ocena przeprowadzona przez Sąd Najwyższy w odniesieniu do Izby Dyscyplinarnej ma charakter uogólniony, dotyczy wszystkich sędziów tej Izby, zważywszy nie tylko na sam proces nominacyjny sędziów, ale także i przede wszystkim na status i zakres kompetencji tej Izby, niemieszczących się w istocie w strukturze organów konstytucyjnych RP. W tym punkcie uchwała aprobeuje stanowisko składu trzech sędziów SN w wyroku z 5.12.2019 r.⁵⁶, przyjmując, że Izba Dyscyplinarna strukturalnie nie spełnia cech niezależnego sądu w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 6 ust. 1 EKPC, i ma charakter sądu wyjątkowego⁵⁷.

Uchwała 3 połączonych Izb SN zawiera odpowiedź na przedstawione przez Pierwszą Prezes SN zagadnienie prawne i tak jak każda uchwała rozstrzygająca problem prawny charakteryzuje się odpowiednim stopniem ogólności czy nawet abstrakcyjności rozważań, które mają prowadzić do skonstruowania zasady prawnej wiążącej i mającej zastosowanie w innych sprawach rozstrzyganych przez wszystkie składy SN. Nie znajduje więc uzasadnienia twierdzenie formułowane przez krytyków uchwały, przede wszystkim po stronie rządowej, że oto w ten sposób Sąd Najwyższy przejął

⁵² Zob. wyrok SN – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), Legalis nr 2256715.

⁵³ Uchwała z 23.01.2020 połączonych Izb Cywilnej, Karnej, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 23.01.2020 r., BSA I-4110-1/20 (dalej uchwałą 3 Izb).

⁵⁴ Istotne jest wskazanie podstaw prawnych w systemie krajowym (art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c.) do dokonywania kontroli poprawności powołania sędziego – zob. zwłaszcza analizę w pkt 2–30 uzasadnienia uchwały 3 Izb.

⁵⁵ Por. pkt 36 uchwały 3 Izb.

⁵⁶ Wyrok SN – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), Legalis nr 2256715.

⁵⁷ Por. pkt 45 uchwały; warto zauważyć, że ta ocena współgra z oceną przyjętą w postanowieniu Trybunału Sprawiedliwości z 8.04.2020 r. w sprawie zastosowania środków tymczasowych w postaci działalności Izby Dyscyplinarnej w ramach postępowania *Komisja/Polska*, C-791/19 R.

kompetencje prawodawcze, naruszając tym samym zasady podziału władzy określone w Konstytucji RP. Sąd Najwyższy nie wykreował normy prawnej, a jedynie zastosował bezpośrednio nakazy płynące z przepisów prawa pierwotnego Unii (z art. 19 TUE oraz z art. 47 KPP) skonkretyzowane w orzecznictwie TSUE, a przede wszystkim w orzeczeniu z 19.12.2019 r. Rozstrzygnięcie to w odniesieniu do interpretacji prawa unijnego oraz ustalonych kryteriów ma charakter powszechnie wiążący dla wszystkich innych sądów i nie może być ograniczone wyłącznie do sprawy, w której zostały sformułowane pytania prejudycjalne⁵⁸. To przede wszystkim natura tych kryteriów określonych przez TSUE, a odnoszących się do immanentnych defektów całej procedury powołania sędziów do Izby Dyscyplinarnej (a przede wszystkim do naruszeń towarzyszących utworzeniu nowej Krajowej Rady Sądownictwa), a nie – co należy podkreślić – do okoliczności warunkujących przedstawianie poszczególnych kandydatów na sędziów (np. takich jak kwalifikacje, oceny, doświadczenie *etc.* poszczególnych osób), sprawia, że zastosowanie wyroku TSUE musi prowadzić do oceny dostatecznie uogólnionej, która wykracza poza ramy konkretnych postępowań. Błędne jest przy tym stanowisko wyrażone wcześniej w składzie 7 sędziów SN Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 8.01.2020 r.⁵⁹, w którym dopuszcza się możliwość oceny wadliwości związanych z powołaniem sędziów po utworzeniu nowej Krajowej Rady Sądownictwa wyłącznie do badania uchybień procedury nominacyjnej w ramach odwołania od uchwały KRS w przedmiocie przedstawienia prezydentowi kandydata na sędziego. W konsekwencji ocena taka nie mogłaby być formułowana (jak przyjmuje trafnie uchwała trzech Izb SN w odniesieniu do sędziów Izby Dyscyplinarnej), ze względu na immanentność wad ukształtowania tej procedury jako takiej (naruszających *per se* gwarancje niezależności sędziowskiej), ale jedynie wtedy, kiedy zostanie wykazane, że brak niezależności KRS miał w konkretnym wypadku wpływ na treść jej uchwały lub okoliczność lub okoliczności, że sąd, w składzie którego taki sędzia będzie zasiadał, nie będzie niezależny i bezstronny. Zakazuje się zarazem „badania skuteczności aktu ustrojowego powołania sędziego”, z czego wynikałoby, że podnoszenie zarzutów odnoszących się do wad tej procedury na późniejszych etapach nie będzie dopuszczalne. Dowód co do istnienia tych przesłanek trzeba uznać za niemożliwy do przeprowadzenia⁶⁰, a w konsekwencji przyjęcie stanowiska wyrażonego w orzeczeniu Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw

⁵⁸ Por. pkt 76 postanowienia TSUE o *środkach tymczasowych* C-791/19 R z 8.04.2020 r.: „Co się tyczy konkretnie tych elementów wykładni – w zakresie, w jakim zasadniczo odnoszą się one do właściwości Izby Dyscyplinarnej, jej składu, warunków i procesu powoływania jej członków oraz stopnia autonomii tej izby w ramach Sądu Najwyższego – ich istotności nie można zawęzić do okoliczności faktycznych właściwych sprawie, w której został wydany wyrok Sądu Najwyższego z 5.12.2019 r. W rezultacie nie można uwzględnić argumentu Rzeczypospolitej Polskiej mającego na celu zaprzeczenie istotności tego wyroku ze względu na to, że zapadł on na kanwie konkretnego stanu faktycznego”.

⁵⁹ Zob. uchwałę SN – Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych z 8.01.2020 r. (I NOZP 3/19).

⁶⁰ Przeprowadzenie takiego dowodu wymagałoby np. udowodnienia, że w konkretnym wypadku osoby nieprawidłowo powołane do KRS głosowały według określonych wskazań politycznych, sugestii ministra sprawiedliwości albo kierując się przypuszczeniem, że taka osoba będzie skłonna ulegać w przyszłości wpływowi z zewnątrz w ramach swej aktywności orzeczniczej. Dlatego właśnie przedmiotem weryfikacji musi być ten sam mechanizm określający skład i funkcjonowanie KRS, a więc okoliczności obiektywne, a nie subiektywne motywacje członków KRS w poszczególnych wypadkach.

Publicznych stanowiłoby oczywistą deformacją kryteriów określonych w wyroku TSUE z 19.11.2019 r. Przypomnijmy, że odwołują się one do sposobu ukształtowania – w ramach całościowych zmian w systemie wymiaru sprawiedliwości – procedury nominacyjnej, która – jako dotknięta istotną wadą – nie zapewnia „rezultatu” w postaci powołania sędziego gwarantującego zachowanie niezależności sędziego. Takie stanowisko zakłada więc przyjęcie zgoła innej metodologii oceny ryzyka dla niezawisłości sędziowskiej niż przewidywana w cytowanym orzeczeniu SN (Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych) z 8.01.2020 r.

W przedstawionym wyżej rozumowaniu nieustannie przewija się myśl, że ocena orzecznictwa sądów krajowych musi być silnie uwarunkowana zasadą pierwszeństwa prawa unijnego i związanym z nią obowiązkiem respektowania wyroków Trybunału Sprawiedliwości. Dopiero z takiej perspektywy można prawidłowo ocenić poprawność rozstrzygnięć sądów krajowych, a przede wszystkim Sądu Najwyższego. Wybór przez Sąd Najwyższy drogi postępowania zmierzał do najpełniejszego wykonania wyroku TSUE z 19.11.2019 r., a ustalenie zasady prawnej w uchwale z 23.01.2020 r. w zakresie stosowania kryteriów określonych przez TSUE powinno być potraktowane jako poszukiwanie sposobu na stabilizację systemu prawnego i próbę ograniczenia istniejącej niepewności prawnej związanej z ukształtowaniem nowych mechanizmów i struktur w wymiarze sprawiedliwości. Sąd Najwyższy miał nie tylko prawo, ale i obowiązek dokonania tego rodzaju oceny, a wobec tego żadne regulacje prawne czy to rangi ustawowej, czy nawet konstytucyjnej nie mogą stać na przeszkodzie przeprowadzeniu oceny wymaganej w wyroku TSUE⁶¹, zgodnie z zasadą pierwszeństwa i skutku bezpośredniego prawa europejskiego. Nie bez powodu TSUE odwołuje się więc w swym niedawnym postanowieniu z 8.04.2020 r. (wydanym w ramach toczącego się postępowania *Komisja/Polska*), przede wszystkim do orzeczenia Sądu Najwyższego z 5.12.2019 r. dla dokonania oceny zasadności wystąpienia przesłanek zastosowania środka tymczasowego w postaci zawieszenia funkcjonowania Izby Dyscyplinarnej – w zakresie wszelkich postępowań dyscyplinarnych przeciwko sędziom⁶².

W konsekwencji, podsumowując ten wątek, należy stwierdzić, że po pierwsze, wykonaniu orzeczenia TSUE nie może stać na przeszkodzie regulacja ustawowa taka jak przyjęta w ustawie o zmianie ustawy o sądach powszechnych⁶³, która eliminowałaby

⁶¹ Por. np. wyrok TSUE z 24.06.2019 r. w sprawie *Popławski*, C-573/17, co do zasady pierwszeństwa i wynikających stąd skutków

⁶² To ograniczenie wynika z zakresu samego postępowania w sprawie głównej, w ramach której doszło do zastosowania środków tymczasowych (C-791/19, *Komisja/Polska*). Nie zmienia to jednak w niczym oceny sędziów Izby Dyscyplinarnej jako nieuprawnionych do orzekania także w innych sprawach (np. sprawy dyscyplinarne adwokatów), ponieważ kategoria „niezawisłości i bezstronności” ma charakter niepodzielny. Jeżeli sędzia nie odpowiada tym wymaganiom ze względu na wady nominacyjne, to dotyczy to z natury rzeczy wszelkiej działalności orzeczniczej.

⁶³ Zob. ustawę o zmianie ustawy o sądach powszechnych z 20.12.2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz.190), zob. w szczególności art. 107 § 1 pkt 3 odnoszący się do podstaw odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów; zob. też pkt 57 wyroku w połączonych sprawach *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny* (C-584 i C-563/18). „Przepis prawa krajowego nie może zatem stanowić przeszkody dla tego, by sąd krajowy mógł skorzystać z tego uprawnienia, które stanowi w istocie nieodłączny element ustanowionego na mocy art. 267 TFUE systemu współpracy pomiędzy sądami krajowymi a Trybunałem i jest nieodłącz-

obowiązek, a nawet możliwość badania prawidłowości powołania sędziego w wypadku istniejących wątpliwości co do jego niezależności. Aby tego uniknąć, każdy sąd prowadzący odpowiednie ustalenia ma obowiązek pozostawienia bez zastosowania regulacji krajowych stojących temu na przeszkodzie. Po drugie, stwierdzenie odnoszące się do bezwzględniego nakazu respektowania wyroku TSUE przez sądy krajowe oznacza, że nawet regulacja rangi konstytucyjnej nie mogłaby blokować prowadzenia postępowania zmierzającego do zastosowania kryteriów ustalonych w wyroku z 19.11.2019 r.⁶⁴ Ani postanowienie tymczasowe TK o zawieszeniu postępowania przed Sądem Najwyższym z 28.01.2020 r.⁶⁵ w związku z toczącym się sporem kompetencyjnym, ani też późniejszy wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 4.03.2020 r. orzekający o niekonstytucyjności przepisów pozwalających na badanie wadliwości powołania sędziego, który został powołany przez prezydenta⁶⁶, a także niedawny wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20.04.2020⁶⁷, nie może pozbawić Sądu Najwyższego, sądów powszechnych i administracyjnych kompetencji do wydania orzeczenia stosującego kryteria ustalone w orzecznictwie TSUE⁶⁸.

nie związane ze sprawowaniem powierzonych sądom krajowym przez to postanowienie funkcji sądów stosujących prawo Unii – wyrok z 19.11.2019 r., *A.K. i in. (Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego)* w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18, EU:C:2019:982, pkt 103 i przytoczone tam orzecznictwo”.

⁶⁴ Należy jednak podkreślić, że nie istnieje rozbieżność pomiędzy normą konstytucyjną zawartą w art. 45 Konstytucji a art. 47 KPP. W związku z tym nie ma powodów, aby wykładnia norm konstytucyjnych, w tym także dotycząca prerogatyw prezydenta, przyjmowała kierunek pozwalający na kontrolę niezawisłości i niezależności osób mianowanych przez prezydenta. Gdyby jednak taka kolizja została zidentyfikowana, to zasada pierwszeństwa prawa unijnego znajdowałaby w pełni zastosowanie, z możliwością bezpośredniego odwołania się do art. 47 KPP dla sprawdzenia, czy zapewnione są gwarancje niezawisłości i bezstronności. W kwestii relacji standardów konstytucyjnych i unijnych w zakresie praw podstawowych zob. M. Safjan, *The Charter and Constitutional dialogues in the EU* (in:) *Judicial Cooperation in European Private Law*, ed. by F. Cafaggi, S. Law, Edward Elgar Publishing 2017, s. 51; M. Safjan, *Les dilemmes de l'application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle* (w:) *Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles 2015, s. 545.

⁶⁵ Por. postanowienie tymczasowe TK z 28.01.2020 r. w sprawie zawieszenia postępowania przed SN w związku z toczącym się sporem kompetencyjnym (Kpt 1/20), w którym zawieszono zostało wykonanie uchwały SN (3 połączonych Izb) z 23.01.2020 r. Pomijając oczywistą kwestię braku jakiegokolwiek sporu kompetencyjnego pomiędzy Sądem Najwyższym a Sejmem, zwraca uwagę fakt udziału w składzie orzekającym nieprawidłowo obsadzonego sędziego (tzw. dublera), zajmującego miejsce sędziego Romana Hausera.

⁶⁶ Wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19), Legalis nr 2286171.

⁶⁷ Wyrok TK z 20.04.2020 (U 2/20) w sprawie uchwały połączonych Izb: Cywilnej, Karnej i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. Pomijając już kwestię braku kompetencji orzekania przez TK w kwestii uchwały Sądu Najwyższego (to nie jest akt normatywny!), nieprawidłowości składu TK, trzeba stwierdzić, że rozumowanie jurydyczne zawarte w uzasadnieniu tej uchwały jest błędne ze względu na całkowicie nietrafną argumentację odnoszącą się do skutków wynikających z prawa europejskiego oraz do oceny mocy wiążącej orzecznictwa TSUE.

⁶⁸ Por. np. co do niedopuszczalności i tym samym nieskuteczności uniemożliwiania sądowi niższej instancji zastosowania reguł zgodnych z prawem europejskim przez sąd wyższej instancji wyrok TSUE w sprawie *Elczinov* z 5.10.2010 r., C-173/09, wydany na tle sporu sądu niższej instancji z Najwyższym Sądem Administracyjnym; por. też np. wyrok TSUE z 15.01.2013 r. w sprawie *Krızan*, C-416/10, o niedopuszczalności narzucenia sądowi niższej instancji interpretacji sądu konstytucyjnego, jeśli jest ona niezgodna z prawem europejskim, a także wyrok TSUE w sprawie *Deutsche Umwelthilfe* z 18.12.2019 r.,

Z tego punktu widzenia może budzić tylko zdumienie decyzja Izby Dyscyplinarnej o wystąpieniu do Trybunału Konstytucyjnego z pytaniem prawnym o zgodność z Konstytucją RP postanowień traktatowych dopuszczających wydanie orzeczeń o środkach tymczasowych w odniesieniu do działalności organów jurysdykcyjnych państwa członkowskiego⁶⁹. Dodajmy, że zgodnie z ustalonym orzecznictwem samego Trybunału Konstytucyjnego nie ma on kompetencji do badania zgodności z Konstytucją norm traktatowych⁷⁰.

W stosunku do sędziów sądów powszechnych Sąd Najwyższy przyjął stanowisko bardziej zniuansowane, uwzględniające ocenę skonkretyzowaną, odwołującą się do przesłanek i okoliczności, które towarzyszyły poszczególnym nominacjom sędziowskim⁷¹. Warto odpowiedzieć sobie na pytanie, na ile tego typu zróżnicowane podejście znajduje oparcie w stanowisku przyjmowanym w orzecznictwie europejskim lub w innych systemach krajowych.

ZASADA LE JUGE LÉGAL A PRAWO DO SĄDU NA TLE ART. 47 KPP

Wśród składników prawa do sądu ma znaczenie nie tylko prawo do skargi sądowej, ponieważ równie istotną gwarancję spełniają przesłanki odnoszące się do bezstronności i niezależności sędziego oraz samego statusu oraz kompozycji sądu jako ustanowionego zgodnie z prawem. Zgodnie z koncepcją UE jako unii prawa za sądy mogą być uważane

C-752/18. Zob. pkt 49 wyroku TSUE w sprawie *Segro Horvath*, C-52/16 i C-113/16: „w tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądy krajowe mają jak najszersze uprawnienie do wystąpienia do Trybunału o wykładnię przepisów prawa Unii wymagających zastosowania z ich strony, a skorzystaniu przez sąd krajowy z tego uprawnienia nie może stanąć na przeszkodzie przepis krajowy. Uprawnienie takie stanowi bowiem nieodłączny element ustanowione na mocy art. 267 TFUE systemu współpracy pomiędzy sądem krajowymi a Trybunałem i jest nieodłącznie związane ze sprawowaniem funkcji sądów stosujących prawo Unii, powierzonych przez to postanowienie sądom krajowym”. Podobnie wyrok z 5.04.2016 r., *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 32, 33 i przytoczone tam orzecznictwo. Istnienie przepisu prawa krajowego powodującego zwiazanie sądów, które nie orzekają w ostatniej instancji, oceną prawną dokonaną przez sąd wyższego stopnia nie może samo z siebie pozbawić tych sądów tego uprawnienia (wyrok z 22.06.2010 r., *Melki i Abdeli*, C-188/10 i C-189/10, EU:C:2010:363, pkt 42, wyrok ten dotyczył kwestii sporu pomiędzy francuską Radą Konstytucyjną a Sądem Kasacyjnym w sprawie pierwszeństwa pytań konstytucyjnych).

⁶⁹ Zob. Oświadczenie Prezesa Sądu Najwyższego kierującego pracą Izby Dyscyplinarnej z 10.04.2020 r.; zob. też postanowienie SN – Izba Dyscyplinarne z 9.04.2020 r. (I DO 16/20), www.sn.pl.

⁷⁰ Zob. w tej kwestii wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), *Legalis* nr 68382 w sprawie Traktatu akcesyjnego, a także m.in. postanowienie z 19.12.2006 r. (P 37/05); z 20.05.2009 r. (Kpt 2/08); z 21.07.2009 r. (K 7 /09). Por. też w tej kwestii R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer Polska 2014, s. 219.

⁷¹ Por. art. 45 uchwały, w którym stwierdza się, że status sędziów sądów powszechnych jest inny niż sędziów Sądu Najwyższego, ze względu na inne kompetencje i inne wymagania, a ponadto skala uchybień w postępowaniach konkursowych była poważniejsza przy obsadzaniu stanowisk sędziów Sądu Najwyższego. Można natomiast wyrazić wątpliwość, czy słuszne jest stanowisko, że wymagania w zakresie minimalnych warunków bezstronności i niezawisłości są w stosunku do sądów sprawujących kontrolę instancyjną wyższe (pkt 48 uchwały).

jedynie takie instytucje, które zostały powołane jako organy wymiaru sprawiedliwości zgodnie z regułami systemu prawnego. Ukształtowanie sądu jako organu sprawującego wymiar sprawiedliwości nie jest pozostawione dowolnej decyzji organów władzy wykonawczej mającej oparcie w demokratycznej legitymacji, nie może ona w konsekwencji określić jako „sąd” dowolnie wybranej instytucji ani nadać atrybutu sędziego komukolwiek. Wymóg sądu ustanowionego zgodnie z prawem oznacza zarazem, że sąd nie tylko musi być powołany zgodnie z „jakąś regułą” prawa, ale ma być to reguła poprawna, zgodna z hierarchicznym podporządkowaniem norm systemu, uwzględniającym w pierwszym rzędzie zasady usytuowane na najwyższym szczeblu tego systemu, wynikające z Konstytucji oraz z traktatów europejskich⁷².

Analiza art. 6 EKPC⁷³ oraz art. 47 KPP zdaje się wyraźnie wskazywać na to, że przesłanka „sądu ustanowionego na podstawie ustawy” pełni funkcję autonomiczną, jest w jakimś sensie niezależna od wymagania sprawiedliwego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem. Logika takiego rozwiązania wydaje się być trudna do zakwestionowania: wymagania bezstronności i niezawisłości mogą być przecież adresowane nie do każdego, ale do tych, którzy pełnią funkcję zgodnie z prawem, a „niebycie” sędzią powołanym przez ustawę odbiera wszelki sens wszystkim dalszym przesłankom zawartym w gwarancjach odnoszących się do prawa do sądu. Na tym tle pojawiają się jednak dwa zasadnicze podejścia.

Pierwsze z nich zakładałoby, że „niebycie sędzią”, a więc brak (utrata) atrybutu sędziego powołanego zgodnie z ustawą, jest efektem każdej wadliwości odnoszącej się do trybu i aktu powołania danej osoby na stanowisko sędziego, a więc bez potrzeby dalszego kwalifikowania takiej przesłanki.

Drugie, utrzymując co do zasady „autonomiczność” wymagania związane z przesłanką „sądu ustanowionego na mocy ustawy”, nakazuje jednak przeprowadzenie uzupełniającej analizy, w celu określenia, czy i w jakim stopniu „wadliwość proceduralna” związana z powołaniem sędziego rzutuje na dalsze fundamentalne cechy sądu, a mianowicie na jego bezstronność i niezależność.

Możliwe są w konsekwencji rozmaite podejścia, z jednej strony mocniej akcentujące samodzielność przesłanki „sądu ustanowionego na mocy ustawy”, z drugiej podejmujące próbę wartościowania uchybień proceduralnych zastosowanego w konkretnym

⁷² Nie jest w tym przypadku decydująca atrybucja czysto formalna polegająca na określeniu danego organu orzekającego jako „sąd”. Ważne jest, czy organ orzekający o określonych kompetencjach mieści się w strukturze systemu i odpowiada przesłankom materialnym bycia sądem. Ta kwestia była niejednokrotnie przedmiotem analizy w orzecznictwie TSUE, które musiało odpowiedzieć na pytanie, jak zakwalifikować organy rozstrzygające spory, które mogą zadać pytanie prejudycjalne. W orzecznictwie pojęcie sądów krajowych jest uzależnione od spełnienia szeregu kryteriów, takich jak: ustanowienie przez prawo, stałość funkcjonowania, obligatoryjność postępowania dla osiągnięcia rozstrzygnięcia w określonych sprawach, kontrydiktoryjność procedury, stosowanie reguł prawa, niezależność i bezstronność – zob. wyrok z 19.09.2006 r., *Wilson*, C-506/04, pkt 48. Badanie, czy dany organ jest sądem, jest podejmowane z urzędu, postanowienie TSUE z 16.11.2017 r., *Air Serbia i Kondic*, C-476/16, pkt 15.

⁷³ Zob. wyrok ETPCz: z 8.07.2014 r. w sprawie *Biagioli przeciwko San Marino*, CE:ECHR:2014:0708DEC000816213, § 72–74; ETPCz z 2.05.2019 r. w sprawie *Pasquini przeciwko San Marino*, CE:ECHR:2019:0502JUD005095616, § 100, 101 i przytoczone tam orzecznictwo.

wypadku trybu w zależności od wagi tych uchybień z punktu widzenia podstawowych gwarancji prawa do sądu oraz od ustalenia ich związku z przesłankami bezstronności i niezależności. Dodatkowym elementem, ale odgrywającym, przede wszystkim z punktu widzenia praw jednostek, istotną rolę w ramach ostatecznej oceny, jest także kwestia bezpieczeństwa prawnego – ściślej pewności prawnej dla ważności i skuteczności orzeczeń podejmowanych w nieprawidłowo powołanym składzie orzekającym.

Interesujące jest z tego punktu widzenia orzecznictwo sądów międzynarodowych, Trybunału EFTA (Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu) oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

W swym niedawnym orzeczeniu Trybunał EFTA⁷⁴ bardzo wyraźnie podkreślił znaczenie prawidłowego trybu powołania sędziego dla respektowania gwarancji jego niezależności: „(...) zachowanie wymagania niezawisłości sędziowskiej nakłada obowiązek ścisłego respektowania właściwych reguł mianowania sędziów (...). Jakikolwiek inne podejście niesie za sobą ryzyko osłabienia (nadwerżenia) zaufania publicznego do Sądu i może w konsekwencji zaszkodzić postrzeganiu takiego sądu jako organu niezależnego i bezstronnego” (tłum. M.S.)⁷⁵.

Podobny kierunek reprezentuje rozumowanie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawie oceny prawidłowości powołania sędziego islandzkiego⁷⁶. Interwencja ministra sprawiedliwości w ustaleniu listy, a ściślej ustalenie kolejności przedstawienia kandydatów na urząd sędziego, prowadziła w tym wypadku do naruszenia równowagi w relacjach pomiędzy organami władzy w wyniku dyskrecjonalnego aktu przedstawiciela władzy wykonawczej. Trybunał strasburski uznał, że naruszenie było istotne w świetle art. 6 EKPC, a gwarancje prawa do „sądu ustanowionego przez ustawę” zostały w ten sposób naruszone. Wadliwość ta podważała status powołanego w takim trybie sędziego, a w konsekwencji powinna ona prowadzić unieważnienia aktu nominacyjnego.

Argumentacja ETPCz położyła silny akcent na „istotność” naruszenia proceduralnego, które poprzez daleko idącą ingerencję przedstawiciela władzy wykonawczej, wykraczającą poza ustalone zasady procedowania, mogło podważać zaufanie opinii publicznej do aktu powołania i rodzić podejrzenia co do stopnia niezależności powołanego w takiej procedurze sędziego.

Podobne, chociaż wydaje się, że bardziej radykalne stanowisko w kwestii wymagań związanych z „pojęciem sądu ustanowionego uprzednio przez ustawę” zajął Sąd Unii Europejskiej⁷⁷.

Sąd uznał, że naruszenie zasad trybu konkursowego wyłaniania kandydatów na sędziego Trybunału Funkcji Publicznych prowadzi do nieważności samego aktu powołania i w konsekwencji do nieważności orzeczeń wydanych z udziałem nieprawidłowo powo-

⁷⁴ Wyrok z 14.02.2016 r. w sprawie *Pascal Nobile*, E 21/16.

⁷⁵ Zob. § 16 uzasadnienia w sprawie *Pascal Nobile*, E 21/16.

⁷⁶ Wyrok ETPCz z 12.03.2019 r. w sprawie *Ástrálfsson przeciwko Islandii*, CE:ECHR:2019:0312JUD002637418, nieprawomocny (sprawa rozpatrywana obecnie przez Wielką Izbę ETPCz).

⁷⁷ Wyrok Sądu Unii Europejskiej (izba ds. odwołań) z 19.07.2018 r., *Simpson/Rada* (T-646/16 P) oraz wyrok w sprawie *HG/Komisja* (T-693/16 P).

lanego sędziego. Radykalność tego stanowiska przejawiała się w uznaniu, że przesłanka „sądu ustanowionego ustawą” jako w pełni autonomiczna gwarancja skutecznej ochrony sądowej nie wymaga dalszego ustalania, w jakim stopniu ustalona wada procedury konkursowej prowadzi w konsekwencji do podważenia kolejnych gwarancji prawa do sądu związanych z wymaganiem niezależności i bezstronności sędziowskiej. Przyjęta przez Sąd UE koncepcja prowadziłaby więc *de facto* do swoistego automatyzmu – każda bowiem wadliwość proceduralna trybu nominacyjnego naruszająca obowiązujące reguły normatywne mogłaby samodzielnie przesądzić o nieskuteczności aktu powołania, bez potrzeby dalszego wartościowania charakteru takiego naruszenia.

Inne stanowisko zajął w tej sprawie TSUE w swym niedawnym wyroku Wielkiej Izby z 26.03.2020 r. w połączonych sprawach *E. Simpson i HD*⁷⁸, w którym wskazane wyżej orzeczenia Sądu UE zostały poddane procedurze tzw. szczególnej kontroli. Rozstrzygnięcie TSUE wskazuje wyraźnie, że nie każde uchybienie proceduralne w stosunku do reguł ustalonych prawem powinno prowadzić do najdalej idących konsekwencji, a więc do bezskuteczności samego aktu powołania i nieważności orzeczeń wydanych w składzie z udziałem takiego sędziego. Nie negując znaczenia reguł konkursowych dla samego procesu nominacyjnego, a przede wszystkim dla wynikających stąd gwarancji skutecznej ochrony sądowej w art. 47 KPP, istotne jest jednocześnie poszukiwanie właściwej równowagi pomiędzy charakterem (stopniem) uchybienia a negatywnymi konsekwencjami, które wynikają z podważenia ważności powołania sędziego dla zasady bezpieczeństwa prawnego i ochrony ukształtowanych już praw i interesów stron po zakończonym prawomocnie postępowaniu, a także dla efektywności drogi sądowej. Jak stwierdził bowiem Trybunał, chodzi tu nie o jakąkolwiek nieprawidłowość, ale o taką, która „ma taki charakter i wagę, że stwarza ona rzeczywiste ryzyko, że pozostałe władze, w szczególności władza wykonawcza, mogły skorzystać z nienależnych im uprawnień dyskrejonalnych, narażając prawidłowość skutku, do którego prowadzi procedura mianowania, i wzbudzając w ten sposób uzasadnione wątpliwości w przekonaniu jednostek co do niezawisłości i bezstronności danego sędziego lub danych sędziów, co ma miejsce, gdy chodzi o podstawowe normy stanowiące integralną część ustroju i funkcjonowania tego systemu sądownictwa”⁷⁹.

Podstawową przesłanką oceny powinno być więc ustalenie związku pomiędzy uchybieniem a innymi gwarancjami prawa do sądu. Chodzi w szczególności o badanie, w jakim stopniu uchybienie w procedurze wyłaniania sędziego jest przejawem dążenia do wywierania politycznego wpływu na pozycję sędziego, na ile może więc prowadzić do naruszenia gwarancji niezależności sędziowskiej, w tym także z punktu widzenia oceny zewnętrznej, a zatem wpływać na osłabienie autorytetu sędziego i stopnia zaufania opinii publicznej do sędziego⁸⁰.

⁷⁸ Wyrok Wielkiej Izby TSUE z 26.03.2020 r. w sprawie *E. Simpson i HD* w połączonych sprawach C-542/18 RX II oraz C-543/18 RX II, ECLI:EU:C:2020:232.

⁷⁹ Pkt 75 wyroku w połączonych sprawach C-542/18 RX II oraz C-543/18 RX II.

⁸⁰ Jest interesujące, że TSUE przeprowadził zabieg swoistego *distinguishing* w stosunku do cyt. wyżej orzeczenia Sądu EFTA w sprawie *Pascal Nobile*, w którym wadliwość powołania była daleko bardziej istotna, polegająca na mianowaniu sędziego na kadencję trzyletnią zamiast kadencji sześcioletniej

Warto przy okazji dodać, że taki kierunek rozstrzygnięcia, wiążący konsekwencje uchybień w procedurze powoływania sędziego z ich naturą i intensywnością, jest też przyjęty w wielu systemach europejskich, np. w Niemczech⁸¹, we Francji⁸², w Hiszpanii⁸³. Nie można jednak tracić z pola widzenia, że są też liczne systemy, w których wady procedury nominacyjnej, a więc naruszenie zasady *le juge legal*, prowadzi z zasady do konsekwencji w postaci nieważności orzeczenia wydanego z udziałem sędziego nieprawidłowo powołanego – np. w Belgii⁸⁴, Irlandii⁸⁵, na Litwie⁸⁶. Dla pierwszego podejścia podstawowe znaczenie zdaje się mieć zasada bezpieczeństwa prawnego, która jest także ważnym składnikiem ochrony praw jednostki w kontekście prawa do sądu⁸⁷, dla drugiego gwarancje wynikające z poprawności procedury.

W odniesieniu do sytuacji, która zaistniała w Polsce, stanowisko przyjęte przez Sąd Najwyższy w uchwale trzech połączonych Izb, które różnicuje ocenę w odniesieniu do Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i do sędziów sądów powszechnych, wydaje się wychodzić naprzeciw postulatowi ważenia racji, poszukiwaniu punktu równowagi pomiędzy bezpieczeństwem prawnym obywateli działających w zaufaniu do sądu, a zwłaszcza do definitywności ukształtowanych przez prawomocne orzeczenia stosunków prawnych, a ochroną wartości związanych z podstawowymi gwarancjami niezależności sędziowskiej. Argumentem za czynieniem owej dystynkcji jest – poza racjami wcześniej wymienionymi (związanymi zwłaszcza z innymi statusem i rolą sędziów sądów powszechnych niż w wypadku sędziów Sądu Najwyższego) – z pewnością uzasadniona – obawa przed chaosem prawnym, grożącym w wypadku przyjęcia stanowiska ortodoksyjnego, powodującego nieważność wszystkich orzeczeń wydanych przez sędziów mianowanych w ramach procedury dotkniętej wadliwością. Warto dodać, że z taką skalą problemu nie zmagał się dotychczas żaden kraj respektujący zasady rządów prawa i pod tym względem poszukiwanie punktów odniesienia w analizach porównawczych z natury rzeczy musi mieć ograniczone znaczenie. Jednocześnie należy mieć świadomość, że przyjęte rozwiązanie nie jest doskonałe i może budzić wątpliwości z punktu widzenia wewnętrznej spójności rozstrzygnięcia, zważywszy na to, że na rzecz podejścia radykalnego też można by przytoczyć poważne argumenty. Kwestie związane z naprawieniem wad systemu mogą być jednak rozwiązane w sposób konsekwentny i całościowo jedynie przez samego ustawodawcę, który dysponuje koniecznymi do tego instrumentami. Można było oczekiwać, że po wyrokach TSUE dotyczących polskiego systemu, w których bardzo wyraźnie zostały zidentyfikowane istotne defekty i ryzyka

(por. pkt 80 wyroku *Simpson*), a więc tym samym prowadziło do naruszenia podstawowej normy dotyczącej kadencji sędziowskiej, która jest gwarancją niezawisłości sędziowskiej.

⁸¹ Por. wyrok Bundesgerichtshof, postanowienie z 29.04.2004 r. (V Z 46/03); Bundesverfassungsgericht, postanowienie z 27.10.1996 (2 BvR 1375/96).

⁸² Por. wyrok Cour de Cassation (chambre criminelle) z 4.06.1981 r., nr 80-92232.

⁸³ Por. wyrok Tribunal Constitucional z 6.07.2015 r., nr 152/2015.

⁸⁴ Por. wyrok Cour de Cassation z 4.11.2011 r., nr C.09.0130.

⁸⁵ Por. Supreme Court, *Shelly v. District Justice Mahon* (1990) 1 IR 36.

⁸⁶ Por. wyrok SN, *Auksciausiasis Teismas*, z 21.03.2007 r., nr 3K-3-117/2007.

⁸⁷ Por. co do znaczenia tego argumentu w omawianym kontekście orzeczenie niemieckiego Bundesverfassungsgericht z 27.10.1996 r. (2 BvR 1375/96).

związane z funkcjonowaniem ochrony sądowej w Polsce, w tym ryzyko zaistnienia kryzysu systemowego, ustawodawca – zgodnie z postulatem lojalnej współpracy państw członkowskich i Unii Europejskiej (art. 4 ust. 3) – podejmie niezbędne działania zmierzające do usunięcia tych uchybień. Tak się jednak nie stało. Wręcz przeciwnie, podejmowane działania prowadzą do powiększania chaosu i niepewności, o czym świadczą kolejno postępujące po sobie zmiany ustawodawcze, ale także i praktyka postępowania władzy wykonawczej (myślę tu w pierwszej kolejności o nieustannej presji wywieranej na sędziów w drodze wszczynanych postępowań wyjaśniających i dyscyplinarnych, w szczególności w związku z postawieniem pytań prejudycjalnych lub zastosowaniem kryteriów ustalonych w wyroku TSUE z 19.11.2019 r.)⁸⁸. Poszukiwanie w tej sytuacji innych instrumentów, do których zaliczyć trzeba także orzecznictwo Sądu Najwyższego, a przede wszystkim uchwałę trzech połączonych Izb z 23.01.2020 r., aby uniknąć jeszcze większych zagrożeń dla zasady rządów prawa, staje się konieczne, nawet jeśli rozwiązania orzecznicze dają jedynie odpowiedź cząstkową.

KILKA OBSERWACJI OGÓLNYCH ZAMIAST KONKLUZJI

Zmagania o utrzymanie rządów prawa w Polsce mają charakter wyjątkowy na tle historii demokratycznych państw prawnych w Europie. Wyjątkowość ta wynika nie tylko z tego, że pojawiły się, pomimo istniejących zabezpieczeń konstytucyjnych, istotne zagrożenia dla zasady podziału władz oraz niezależności sądownictwa, bo historia Europy XX wieku odnotowuje przypadki załamania się demokracji konstytucyjnej o znacznie bardziej dramatycznym przebiegu i o dużo większej skali (by wspomnieć lata trzydzieste w Austrii i w Niemczech), ale z powodu determinacji i sprzeciwu przejawianych przez ogromną większość sędziów, którzy konsekwentnie bronią wartości, jaką jest dla rządów prawa niezależne sądownictwo.

Jest sporo racji w twierdzeniu, że demokratyczne rządy prawa mogą się utrwalić, okrzepnąć, zaistnieć realnie jako zasada powszechnie akceptowana w społeczeństwie dopiero wtedy, kiedy będą mogły wesprzeć się na skumulowanym doświadczeniu obejmującym fundamentalne spory o istotę podziału władzy i niezależności sędziowskiej, w tym także na przełomowych rozstrzygnięciach sądowych.

Demokracja amerykańska byłaby dzisiaj zapewne czymś zupełnie innym, gdyby w jej początkach nie zaistniał przed Sądem Najwyższym fundamentalny spór o legalność aktu Kongresu tworzącego nowe stanowiska sędziów obwodowych, rozstrzygnięty w duchu zasady podziału władzy i prymatu prawa (Konstytucji) nad władzą ustawodawczą i wykonawczą.

Rozstrzygnięcia zapadające w sprawach polskich przed TSUE, a także orzecznictwo Sądu Najwyższego, w tym przede wszystkim ostatnie orzeczenie z 23.01.2020 r., mają charakter precedensowy zarówno z punktu widzenia prawa europejskiego, jak i z perspektywy sys-

⁸⁸ Swojemu stanowisku w odniesieniu do tej kwestii daje jednoznacznie wyraz TSUE w swym wyroku *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny* (C-558/18 i C-563/18), wskazując na niedopuszczalność takiej praktyki i ryzyko dla niezależnego dialogu sądowego, pkt 58 i 59, a także w postanowieniu o środkach tymczasowych z 8.04.2020 r. w sprawie *Komisja/Polska*, C-791/19 R.

temu polskiego. Jest to orzecznictwo, które będzie w przyszłości porównywalne ze wskazanym wyżej przełomowym wyrokiem Sądu Najwyższego USA w sprawie *Marbury v. Madison*⁸⁹ i będzie, można mieć nadzieję, silnym fundamentem rządów prawa w Polsce.

Wyrok ten łącznie z wyrokiem TSUE z 19.11.2020 r. będzie bardzo wyraźnie wyznaczał granice, w jakich może poruszać się władza ustawodawcza, kiedy podejmuje się „reformowania” systemu. Przedmiotem oceny w obu tych orzeczeniach jest istota gwarancji niezależności, która musi być zawsze respektowana. Ani czysto formalny, zewnętrzny aspekt funkcjonowania jakiegoś organu – określanego normatywnie jako sąd, ani też sam akt nominacyjny – nie przesądzą bowiem jako takie o istocie władzy sądowniczej. Wyrok ma fundamentalne znaczenie konstytucyjne, ukazując przy okazji znakomicie, jak można i w jaki sposób należy uwzględniać w rozstrzygnięciach o stosowaniu prawa perspektywę konstytucyjną. Nie ma przy tym różnicy, czy owa perspektywa konstytucyjna wynika z zasad Konstytucji RP, czy z pierwotnego prawa unijnego, w tym także z Karty Praw Podstawowych (art. 47 KPP), ponieważ w tym zakresie istnieje pełna koincydencja aksjologiczna odnosząca się do treści gwarancji, które muszą być zachowane w odniesieniu do niezależności wymiaru sprawiedliwości.

Można wyrazić też mocne przekonanie, że to, co wynika z doświadczeń ostatnich lat w związku z powstającymi zagrożeniami dla rządów prawa w Europie, będzie też miało istotne znaczenie dla przyszłości Unii Europejskiej. Trybunał Sprawiedliwości bardzo wyraźnie wyznacza obecnie granice, które są nieprzekraczalne, gdy chodzi o podstawowe wartości europejskie. Nigdy wcześniej w historii TSUE nie doszło do tak intensywnego, w tak krótkim czasie, skoncentrowania się orzecznictwa na kwestiach dotyczących pojęcia i zasad państwa prawa. W pewnym sensie na nowo został odkryty w orzecznictwie art. 19 TUE, którego przesłanie stanowi podstawę najważniejszych rozstrzygnięć w sprawach polskich. Równie mocno Trybunał wypowiedział się ostatnio na temat „aksjologicznego DNA” Unii Europejskiej zawartego w art. 2 TUE, podkreślając znaczenie najważniejszych zasad i wartości porządku unijnego⁹⁰. Ryzyko kryzysu przejawiającego się w systemowym naruszaniu wartości z art. 2 TUE w jednym z państw członkowskich otworzyło po raz pierwszy w historii Unii potrzebę uruchomienia przez Komisję procedury „nuklearnej” z art. 7 TUE⁹¹, a także wywołało dyskusje o potrzebie stworzenia nowych mechanizmów wczesnego ostrzegania⁹² i reagowania na postępującą degradację rządów prawa w którymkolwiek państwie unijnym⁹³.

⁸⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA w sprawie *Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803), w którym Sąd Najwyższy ustanowił zasadę badania konstytucyjności prawa i utrwalił zachowaną do dzisiaj pozycję amerykańskiego Sądu Najwyższego.

⁹⁰ Zob. ostatnio w postanowieniu z 8.04.2020 r. w sprawie środków tymczasowych, C-791/19 r.

⁹¹ Por. wniosek Komisji Europejskiej do Rady Europejskiej do sprawie uruchomienia procedury z art.7 Traktatu UE (zagrożenia dla rządów prawa) z 20.12.2017 r.

⁹² Zob. np. European Parliament Resolution of 25 October 2016 on the Establishment of an EU Mechanism on Democracy, the Rule of law and Fundamental Rights (2015/2254(INL), a także propozycje mechanizmu systematycznego monitorowania sytuacji w państwach członkowskich *RULE of Law Review Cycle* przedstawione przez Komisję w lipcu 2019 r.; zob. też w tej kwestii M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, s. 103.

⁹³ Zob. szerzej na ten temat L. Pech, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and*

Orzecznictwo TSUE ostatnich lat w sprawach polskich z pewnością stało się swoistym polem doświadczalnym dla instrumentów ochrony rządów prawa w państwach członkowskich i posunęło zasadniczo naprzód refleksję nad efektywnością tych instrumentów⁹⁴, a zarazem określiło już pewne granice, w których mogą być one wykorzystywane. Proces testowania tych instrumentów nie jest z pewnością zakończony, nie na wszystkie pytania została już udzielona definitywna odpowiedź. Nie jest jeszcze do końca wyjaśniona interakcja pomiędzy zasadą z art. 2 TUE, art. 19 TUE oraz art. 47 KPP. Wyrok Wielkiej Izby z 26.03.2020 r. zdaje się mocno zawężać możliwość wykorzystania instrumentu, jakim jest pytanie prejudycjalne oparte na art. 19 TUE w związku z art. 47 KPP w tych postępowaniach, w których nie pojawia się łącznik z prawem UE, co najmniej w takim znaczeniu, w jakim wystąpił on w wyroku ASJP (Stowarzyszenie Sędziów Portugalskich). Wyrok ten uznaje jednocześnie, że problem tak zdefiniowany, jak w pytaniach prejudycjalnych w tej sprawie, może być przedmiotem postępowania na podstawie wniosku bezpośredniego Komisji Europejskiej z tytułu naruszenia prawa UE przez państwo członkowskie (art. 258 TFUE). Daleki byłbym jednak od przekonania, że jest to rozstrzygnięcie zamykające definitywnie dyskusje o granicach wyznaczających możliwość odwołania się w ramach pytań prejudycjalnych do art. 2 i 19 TUE w związku z art. 47 KPP. Możliwość szerszego samodzielnego wykorzystania tych instrumentów powinna być otwarta w tych szczególnych okolicznościach, w których kryzys systemowy rządów prawa pojawia się z intensywnością prowadzącą w konsekwencji do zakwestionowania istoty ochrony sądowej. Debatowanie w takiej sytuacji nad poszukiwaniem mniej lub bardziej bezpośrednich łączników z prawem unijnym traci swój sens, ponieważ załamanie się ochrony sądowej w związku z kryzysem państwa prawa dotyka z natury rzeczy wszystkich sfer i dziedzin prawa i zawsze ma w konsekwencji, w sposób niejako automatyczny, wpływ na efektywność ochrony praw wynikających z porządku unijnego⁹⁵.

Z tych samych powodów, odnoszących się do sytuacji, w której pojawiają się symptomy systemowego kryzysu rządów, przyłączam się do stanowiska, że podstawą procedury naruszeniowej może być w pewnych okolicznościach samodzielnie art. 2 TUE, wymaga to jednak dobrej i precyzyjnej identyfikacji natury zaistniałych deformacji systemowych, których usunięcie nie mogłoby nastąpić jedynie poprzez eliminację tych lub innych konkretnych uchybień występujących w danym systemie prawnym⁹⁶.

Jest imperatywem czasu obecnego zadbanie o to, aby w sytuacji nadzwyczajnej zo-

Rule of Law Toolbox, Working Paper No.7 – March 2020, Middlesex University London, s. 33–35.

⁹⁴ Tak też C. Landenburger, *The principle of Mutual Trust in the Area of Freedom, Security and Justice: Some Reflections on its Corollaries* (in: *An Ever Changing Union?...*, s. 163.

⁹⁵ Co do kwestii wpływu kryzysu rządów prawa na kooperację sądową zob. też M. Safjan, D. Duesterhaus, *De l'encadrement de l'ordre public procedural des Etats membres a l'ordre procedural autonome de l'Union* (in: *50th Anniversary Brussels Convention*, Max Planck Institute (w druku).

⁹⁶ Tezy te wyrażają mój osobisty pogląd, a nie stanowisko Trybunału Sprawiedliwości. Zob. w tej kwestii mój artykuł, *Rule of Law...*, „IL Dritto dell'Unione Europea” 2019/3, s. 435 i cyt. tam literaturę (oparty na wystąpieniu w Sądzie Najwyższym 10.05.2019 r.). Zob. też podobnie w odniesieniu do zasady z art. 2 TUE oraz relacji do innych instrumentów ochrony praworządności M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności...*, s. 375.

stały podjęte atypowe, ale możliwie najbardziej skuteczne środki, które pozwolą na utrzymanie integralności porządku prawnego Unii – obszaru wolności, praw człowieka i rządów prawa. Wymaga to wyobraźni, odejścia od rutyny i porzucenia wąskiego spojrzenia na problemy, z którymi zmagają się dzisiaj cała Unia Europejska. Nie można sobie pozwolić na przeoczenie momentu, w którym jeszcze istnieją szanse na zahamowanie niebezpiecznych tendencji. W sprawach fundamentalnych dla samej egzystencji Unii trzeba odłożyć na bok wszelkie partykularyzmy, egoizmy narodowe, a także pojawiające się tu i ówdzie idee tworzenia Unii różnych kręgów, przy założeniu, że krąg najdalszy nie będzie już dzielił wspólnoty wartości z resztą. W sprawach dotyczących zasad i wartości wyrażonych w art. 2 TUE nie może być żadnych wyjątków, odstępstw, negocjacji i kompromisów. Wartości z art. 2, takie jak rządy prawa czy niezależność sędziowska, nie mogą być więc przestrzegane tylko częściowo w oparciu o kulawe kompromisy. Albo uznaje się je w całości, albo podlegają one unicestwieniu. Nie ma trzeciej drogi. Im szybciej to zrozumiemy, tym szybciej będziemy zdolni do stworzenia lepszej i bardziej przyjaznej Unii Europejskiej.

ABSTRACT

prof. dr hab. Marek Safjan

The author is a professor of legal sciences; a judge at the Court of Justice of the European Union; retired judge and former President of the Constitutional Tribunal, tutorial member and former vice-president of the Académie internationale de droit comparé; member of the Association internationale droit, éthique et science, Polish Academy of Sciences; doctor honoris causa of the European University Institute (Florence).

Right to effective judicial protection – reflections on the judgment of the CJEU of 19/11/2019 in joined cases C-585/18, C-624/18, C-625/18

The article indicates the key role of the principle of independency of justice for the existence of the rule of law and the effective application of EU law. Threats for this principle in some Member State creates a direct risk for the entire legal order of EU and not only for this Member State. The judgments of ECJ as the ruling of 19 November 2019 identifying on the basis of the provisions of the Treaties and the EU Charter of Fundamental Rights criteria for evaluation judicial independency must be respected by the national courts, which on this basis are also required to appreciate the shortcomings of the nomination procedure. Neither a legislative provision nor a decision of a constitutional court may prohibit a national judges from carrying out such an assessment.

Keywords: *rule of law, independency of justice, effective judicial protection, shortcomings of the nomination procedure of judges, National Judicial Council*

prof. dr hab. Marek Safjan

ORCID: 0000-0002-5712-451X; e-mail: marek.safjan@curia.europa.eu

Autor jest profesorem nauk prawnych, sędzią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej; sędzią w stanie spoczynku i byłym Prezesem Trybunału Konstytucyjnego, członkiem tytularnym i byłym wiceprzewodniczącym Académie internationale de droit comparé; członkiem Association internationale droit, éthique et science, Polskiej Akademii Umiejętności; doktorem *honoris causa* Europejskiego Instytutu Uniwersyteckiego (Florencja).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Adam Roberto, Safjan Marek, Tizzano Antonio**, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer Polska 2014
- Bobek Michal**, *Opinia w sprawie Torubarov*, C-556/17, § 55
- Bogdanowicz Piotr, Schmidt M.**, *The Infringement procedure in the rule of law Crisis: How to make effective use of Art. 258 TFEU*, „Common Market Law Review” 2018/4, p. 1061
- Duesterhaus Dominik**, *In the Court(s) We Trust – A procedural Solution to the Mutual Trust Dilemma*, „Freedom, Security and Justice: European Legal Studies” 2017/1, s. 26
- Duesterhaus Dominik, Safjan Marek**, *A Union of Effective Judicial protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, „Yearbook of European Law” 2014/1, p. 3–40, Oxford University Press 2014
- Duesterhaus Dominik, Safjan Marek**, *De l`encadrement de l`ordre public procedural des Etats membres a` l`ordre procedural autonome de l` Union* (in:) *50 th Anniversary Brussels Convention*, Max Planck Institute (w druku)
- Duesterhaus Dominik, Safjan Marek**, *The EU Citizen`s Right to have Rights and the Court`s Duty to Protect it* (in:) *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosas* (ed. by K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski, Hart 2019
- Lenaerts Koen**, *La vie après l`avis. Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, „Common Market Law Review” 2017/3, s. 824
- Lenaerts Koen**, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union (2007)*, „Common Market Law Review” 2007/6, s. 1625
- Pech Laurent**, *L`UE peut limiter les violations de l`Etat de droit, mais les solutions doivent venir des citoyens*, „Le Monde” z 5.03.2020 r.
- Pech Laurent**, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and Rule of Law Toolbox*, Working Paper no.7 – March 2020, Middlesex University London, p. 33–35
- Póltorak Nina**, *European Union Rights in National Courts*, Wolters Kluwer 2015, Kluwer Law International

- Safjan Marek**, *Domestic Infringements of the Rule of Law as a European Union Problem*, „Ostereuropa Recht” 2018/4, s. 553
- Safjan Marek**, *Les dilemmes de l` application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l` identité constitutionnelle (w:) Liber Amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles 2015
- Safjan Marek**, *Rule of Law and the Future of Europe*, „IL Dritto dell` Unione Europea” 2019/3, s. 435
- Safjan Marek**, *The Charter and Constitutional dialogues in the EU (in:) Judicial Cooperation in European Private Law*, ed. by F. Cafaggi, S. Law, Edward Elgar Publishing 2017
- Taborowski Maciej**, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia narodowego*, Warszawa 2019
- Timmermans Christiaan**, *How Trustworthy is Mutual Trust? Opinion 2/13 Revisited (in:) An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosaa* (ed. by K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski, Hart 2019
- Toggenburg Gabriel N., Grimheden Jonas**, *The Rule of Law and the Role of Fundamental Rights*, (in:) C. Closa, D. Kochenov (eds.) *Reinforcing Rule of law Oversight in the European Union*, Cambridge 2016
- von Bogdandy Armin, Ioannidis Michael**, *Systemic Deficiency in the rule of Law:What it is, what has been done, what can be done*, „Common Market Law Review” 2014/1, p. 59

Pojęcia kluczowe: państwo prawa, pogorszenie standardów rule of law, niezawisłość sędziowska, pytania prejudycjalne, TSUE, wymiar sprawiedliwości

Artykuły

Ewa Łętowska

CZEGO UCZĄ ODPOWIEDZI NA PYTANIA PREJUDYCJALNE DOTYCZĄCE POLSKIEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

Artykuł dotyczy trudnego procesu wzmacniania sieciowej struktury wymiaru sprawiedliwości w Unii Europejskiej, dokonywanego w drodze bezpośredniego dialogu na linii TSUE–krajowy wymiar sprawiedliwości. Przykładem są pytania prejudycjalne z Polski dotyczące judykatury i reakcja na nie ze strony władzy politycznej oraz polskiego SN.

1. WZMACNIANIE SIECIOWEJ STRUKTURY WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W UNII EUROPEJSKIEJ

1.1. ZACZĘŁO SIĘ OD PORTUGALII

Wyrok w sprawie sędziów portugalskich miał znaczenie przełomowe: powiązał obowiązki traktatowe (art. 19 TUE) i podmiotowe prawo do sądu (art. 47 KPP) z gwarancyjnym wymiarem niezależności sądów. Po raz pierwszy w orzecznictwie odwołanie się do TUE i KPP wystąpiło w takiej konfiguracji, wykazując związek między realizacją obowiązku traktatowego „zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii” (art. 19 1. zd. drugie TUE) i działań państwa, którego wewnętrzne decyzje polityczne, przyobleczone w formę aktów władczych (tu: obniżenie wynagrodzeń w obliczu kryzysu w Portugalii), mogących wpływać na pomniejszenie gwarancji niezależności sądów – zostały uznane za kwestię podlegającą ocenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). I chociaż ostateczny wynik analizy przeprowadzonej w danym wypadku przez TSUE był negatywny (bo uznano, że skoro redukcja wynagrodzeń dotyczyła ogółu zatrudnionych, to nie można się dopatrzyć po stronie rządu

krajowego działania wymierzonego akurat w wymiar sprawiedliwości), nie umniejsza to przełomowego znaczenia wyroku C-64/16. Od tego czasu nie ma wątpliwości, że krajowe reżimy prawne odnoszące się do wymiaru sprawiedliwości są, a raczej bywają (bo po sprawdzeniu może się okazać, że daną sprawę wstępnie źle wytypowano), „sprawami europejskimi”, podlegającymi kognicji TSUE.

Tak się złożyło, że po orzeczeniu portugalskim serii pytań akurat z Polski¹ przypadła rola katalizatora² procesu trwającego dłużej czas³. Chodzi tu o formułowanie przez TSUE różnych kryteriów i wymagań wobec sądów krajowych, pełniących przecież zarazem funkcje sądów unijnych i zobowiązanych do dbałości o efektywne wdrażanie prawa europejskiego. Dokonuje się to poprzez serię wyroków TSUE odnoszących się do rozmaitych składowych krajowych reżimów prawnych dotyczących wymiaru sprawiedliwości. Tym sposobem bowiem tworzy się dodatkowy kanał bezpośrednich więzi (tym razem dotyczących sądownictwa) instytucjonalnych na poziomie UE i organów krajowych. Oznacza to wzmocnienie sieciowej struktury unijnej w zakresie więzi bezpośrednich kosztem dotychczasowej luźniejszej struktury. To jednak jednocześnie wiąże się z osłabieniem pozycji centralnych politycznych organów krajowych i z tej przyczyny wzbudza opór, nie tylko zresztą w Polsce (gdzie jest on szczególnie wyraźnie widoczny, z uwagi na eurosceptycyzm i nieufność wobec organów, organizmów i organizacji niezależnych od scentralizowanych władz politycznych).

Ostatnimi czasy zarysowała się w tej materii kontrowersja między TSUE i niemieckim Bundesverfassungsgericht, na tle wyroku tego ostatniego z 5.05.2020 r. dotyczącego programu PSPP Europejskiego Banku Centralnego⁴. W sprawie tej TSUE orzekł o zgodności z prawem europejskim wspomnianego programu⁵, natomiast BfVg zarzucił TSUE działanie *ultra vires*.

1.2. ROLA SPRAW Z POLSKI

Polska – dręczona kryzysem konstytucyjnym, zniemionym polityką kwestionowania pozycji judykatury jako władzy równej dwóm innym („podział i równowaga” – art. 10 Konstytucji), co w konsekwencji prowadzi do obniżania standardów niezależności sądów i niezawisłości sądów⁶ – stała się tu **głównym dostarczycielem przykładów systemowych**

¹ Sprawy: Pytanie prejudycjalne z Irlandii, *Celmer*, ECLI:EU:C:2018:586; C-585/18, C-624/18, C-625/18, z 19.11.2019 r. (dotyczące niezależności KRS i niezawisłości sędziów ID SN). Zawisły także pytania C-522/18, C-537/18, C-558/18, C-563/18, C-623/18, C-824/18, C-487/19, C-508/19, C-748/19, C-749/19, C-750/19, C-751/19, C-752/19, C-753/19, C-763/19, C-764/19, C-765/19, C-55/20 oraz skarga Komisji na podstawie art. 267 TFUE, C-791/19; w sumie 19 pozycji.

² E. Łętowska, „Równanie w dół” – zagrożenie państwa prawa. Polska Herostratesem czy katalizatorem?, „Przeгляд Konstytucyjny” 2020/4.

³ M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019, zwłaszcza rozdz. I i VI, *passim*, s. 524 i n.

⁴ Wyrok z 5.05.2020 r. dotyczący programu PSPP Europejskiego Banku Centralnego, BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 – 2 BvR 859/15, paras. (1–237), (dostęp: 12.05.2020 r.)

⁵ Wyrok TSUE z 11.12.2018 r., C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000.

⁶ W tej kwestii najpełniejsze ujęcie por. TSUE C-585/18, C-624/18, C-625/18, z 19.11.2019 r. omówienie: *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu*

naruszeń⁷ kształtującego się standardu. „Systemowe naruszenia” to chronologiczny ciąg zjawisk w porządku krajowym, odnoszących się do prawnego reżimu wymiaru sprawiedliwości, a także praktyki stosowania prawa, celowo wyzyskujących ich synergię do stabilizacji (jeżeli zgoła nie nieodwracalności) stanu stwarzanego przez legislacyjne, administracyjne i polityczne naruszenia standardów państwa prawa⁸. Jako przykłady podać tu można kolejne zmiany dotyczące Sądu Najwyższego, prawnej pozycji, struktury i wyborów do Krajowej Rady Sądownictwa (i praktykę jej działania – nieprzejrzystą, w niewielkim stopniu poddaną kontroli), zmiany w obsadzie stanowisk funkcyjnych w sądach, cały łańcuch zmian w systemie odpowiedzialności dyscyplinarnej (i wybiórczą praktykę jej aplikowania, także w sferze orzeczniczej sądów), ustawę zwaną kagańcową (i jej konsekwencje). Dochodzi tu do kumulacji następstw poszczególnych innowacji, a także do sterowania zachowaniami sędziów, poprzez skutki mrozące tych posunąć.

Konsekwencje gwałtownego dopływu do TSUE spraw z Polski są wielorakie. Na płaszczyźnie politycznej zjawisko to jest ambarasujące i dla Polski, i dla TSUE, i dla całości UE, choć oczywiście w różnym stopniu, jakkolwiek genetycznie przyczyna jest wspólna: sygnalizowane na wstępie wzmocnienie sieciowej struktury unijnej na szczeblu wymiaru sprawiedliwości. **Zmiany systemowe w zakresie wymiaru sprawiedliwości w Polsce wyrażają się w wysiłkach wzmocnienia wpływu dwóch władz politycznych na sądownictwo i zakwestionowania podziału władz wedle formuły „władze równe i równoważące” (art. 10 Konstytucji) i powrotem do prymatu władz politycznych. Jednocześnie są przejawem wyjątkowo zintensyfikowanego, choć i spotykanego też gdzie indziej⁹ i w innych postaciach – „równania standardu do dołu”, bez zmiany zasad czy to konstytucyjnych, a nawet czasem ustawowych. Zmian dokonuje się tu poprzez intensywną zmianę praktyki stosowania prawa, przy werbalnym zachowaniu wierności pryncypiom konstytucyjnym. Tego rodzaju *race to the bottom* bywa praktykowana także przez państwa członkowskie w ramach UE (i nie tylko w kwestiach praworządności) – jeżeli tylko poszczególne państwa mogą sobie bezkarnie pozwolić na wygodny partykularyzm praktyki, przy werbalnej deklaracji wierności zasadom. Dzieje się tak, gdy praktykowany (i tolerowany przez UE) partykularyzm (zarzucenie zasad i decydowanie wedle gry sił) przynosi więcej doraźnych korzyści niż trwanie przy deklarowanej traktatowo zasadzie przyjaznej współpracy. Oplącalność tego rodzaju praktyk w zakresie *rule of law* oznaczałaby jednak zgodę na niebezpieczną erozję systemu wspólnotowego w zakresie art. 2 TUE¹⁰. Z pewnością więc zainteresowanie Komisji, jej funkcjonariuszy odpowiedzialnych za kwestie praworządności czy Komisji Weneckiej nie jest wyra-**

Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1.

⁷ M. Safjan *Państwo prawa* na konferencji „Przyszłość Europy opartej na rządach prawa”, <https://archiwumosiadynskiego.pl/wpis-w-debacie/rzady-prawa-a-przyszlosc-europy-tekst-wystapienia-w-sadzie-najwyzszym/> (dostęp: 3.03.2020 r.).

⁸ Zob. <https://wyborcza.pl/7,75398,25761694,freedom-house-o-rzadach-pis-w-2019-r-polska-coraz-bardziej.html>.

⁹ M. Taborowski, *Mechanizmy...*, s. 12.

¹⁰ Por. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, Raport 15025 z 6.01.2010 r. *The functioning of democratic institutions in Poland*, pkt 129, 134.

zem maniakalnego „uwzięcia się na Polskę” przez agendy UE, jak by chcieli to widzieć promotorzy i apologeti zaskarżanych zmian¹¹. Tym bardziej nie jest to jednak wynik subiektywnych niechęci czy animozji u rzeczników generalnych czy sędziów TSUE. Z punktu widzenia reakcji TSUE **kazus Polski byłby raczej normalną reakcją organu, w którego kompetencjach leży prawnie efektywne przeciwdziałanie wspomnianej erozji. Sprawy z Polski, z uwagi na ich liczbę, uporczywość i zakres naruszeń, czynią z nich – i to nie z upodobania, ale z konieczności zapobieżenia dalszej *race to the bottom*, praktykowanego przez inne państwa – udatne tworzywo interpretacyjne dla TSUE. Sprawy z Polski są więc egzemplifikacją ogólniejszego procesu i zarazem katalizatorem w ewolucji doszukującej się w samym art. 19 ust. 1 TUE gwarancji dla sądów krajowych jako uczestników ustawicznego, „kolektywnego procesu edukacji państw uczestniczących w integracji europejskiej”¹², co do znaczenia i rangi praworządności w ramach art. 2 TUE.**

2. DEFICYT KOMUNIKACYJNY NA LINII WARSZAWA–RESZTA EUROPY

2.1. ORGANIZACJA WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI TO SPRAWA WEWNĘTRZNA PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

To, że **organizacja wymiaru sprawiedliwości jest sprawą wewnętrzną państw członkowskich** – nie jest kwestionowane. Tyle że **nie jest równoznaczne z niedopuszczalnością określenia na poziomie UE minimalnych kryteriów wspólnych dotyczących sędziów i sądów**. Sytuację można przyrównać do swobody konstruktora maszyn czy pojazdów, gdzie wolność projektanta istnieje w ramach konieczności zapewnienia norm bezpieczeństwa, wytrzymałości czy nieszkodliwości dla środowiska. Tak więc argument o zasadniczej niedopuszczalności orzekania TSUE w kwestiach wymiaru sprawiedliwości, co ustawicznie zgłasza polski rząd, jest bezpodstawny. Podobnie jak myśl o szczególnym „uwzięciu” się akurat na Polskę. W tej ostatniej kwestii zauważyć należy, że krytykowana „aktywistyczna kontrola” wymiaru sprawiedliwości przez TSUE, umacniająca pozycję sądownictwa wobec pozostałych władz, mająca jakoby być dowodem niechęci wobec Polski jako strony postępowania, jest do zaobserwowania także w sprawach, gdzie skarga obraca się także przeciw administracji unijnej¹³, niechęć zaś władz politycznych do sądowych jest czymś znanym zarówno w porządkach krajowych (jakkolwiek od kultury prawnej zależy, jak brutalne czy ostantacyjne formy to przybiera), jak i na linii TSUE–władze polityczne innych państw¹⁴.

¹¹ Zarzuty te dotyczyły w szczególności Fransa Timmermansa, którego resentymentom przypisywano w latach 2017–2018 krytykę polskich reform wymiaru sprawiedliwości – jedna z wielu wypowiedzi polskich funkcjonariuszy MS: <https://www.youtube.com/watch?v=XpPkZk76X5Y> (dostęp: 1.04.2020 r.).

¹² K. Lenaerts, *Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift” 2017/21, s. 640.

¹³ Sprawy połączone *Eric Simpson przeciw Radzie UE, HG przeciw Komisji Europejskiej*, C-542/18 RX-II, C-543/18 RX-II z 26.03.2010 r.

¹⁴ M. Cedro, E. Świętochowska, *Suwerenność vs. rozpychanie traktatów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 11.02.2010 r., s. D4–D5. Świadczy o tym niedawny kryzys niemiecki: TSUE wydał tu komunikat prasowy potwierdzający wyłączność jego kognicji w zakresie prawa europejskiego, <https://curia.eu->

2.2. EWIDENTNY DEFICYT KOMUNIKACYJNY

W jednym natomiast **można się zgodzić z często powoływaną linią obronną polskiego rządu: chodzi o ewidentny deficyt komunikacyjny na linii Warszawa–reszta Europy**¹⁵. Deficyt ten dotyczy kompatybilności rozumienia nie tyle nawet aksjologii *rule of law*, ile mechanizmu jego funkcjonowania. A brak wspólnego znaczenia dotyczy:

- relacji między tekstem prawa na papierze i mainstreamowym standardem jego stosowania. W UE nie można wyprowadzać wniosku o nieadekwatności prawa w sytuacji, gdy co prawda istnieje dający się bronić tekst prawa, ale gdy **jednocześnie** *law in action* nie działa efektywnie; natomiast w Polsce argument o braku skutecznej prawnej ochrony spotka się z ripostą, że wszystko jest w porządku, ponieważ do *law in books* nie zgłasza się zastrzeżeń. Różnica ujęć jest oczywista i polskie wynika z formalistycznego ujęcia prawa jako bytu idealnego; UE jest bardziej realistyczna;
- roli, jaką w tej relacji odgrywają niezależność sądów i niezawisłość sędziów; nie tylko **deklarowane** w ustawach, ale **zarazem** wolne od praktykowanych i tolerowanych w Polsce efektów mrozących i konsekwencji nomenklaturowej polityki personalnej w wymiarze sprawiedliwości, co w konsekwencji wymusza zachowania niezgodne z deklaracjami ustawowymi;
- ujmowania zjawisk prawnych jako współpracujących ze sobą części wspólnego mechanizmu wytwarzającego *effet utile* (tak UE), w przeciwieństwie do (lansowanego w Polsce) ujęcia prawa jako statycznego zbioru przepisów, pomysłów, instytucji, „które wszak wszystkie występują gdzie indziej”. W konsekwencji ich zestawianie razem, bez troski co do czego pasuje, aby zapewniało funkcjonujący, zamierzony efekt – jest traktowane jako spełniające wymagania standardu. W konsekwencji aprobowana (prawda, że raczej tylko wśród polityków, a nie prawoznawców w Polsce) koncepcja „frankensteinizacji prawa” jest odrzucana przez organy UE, ujmujące koncepcję *rule of law* i praworządności w kategoriach działającego mechanizmu, a nie kompilacji tekstowej¹⁶.

ropa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058pl.pdf, natomiast Ursula von der Leyen zapowiedziała rozważenie procedury przeciwnaruszeniowej przeciw Niemcom, <https://www.tvp.info/47973648/niemiecki-tk-sprzeciwil-sie-tsue-von-der-leyen-rozwaza-procedure-o-naruszenie-prawa-ue> (dostęp: 12.05.2020 r.).

¹⁵ Zob. <https://www.tvp.info/41021192/mateusz-morawiecki-dla-cnn-przyjaciele-z-europy-zachodniej-nie-rozumieja-europy-srodkowej> (dostęp: 11.04.2020 r.; wypowiedź – jedna z wielu – ze stycznia 2019 r., szczyt w Davos).

¹⁶ Tego określenia użyto w raporcie *The functioning of democratic institutions in Poland* (Zgromadzenie Parlamentarne RE, Raport 15025 z 6.01.2010 r.) opisującym strategię polskiego rządu negocjowania zastrzeżeń wobec sposobu przeprowadzania reform wymiaru sprawiedliwości w Polsce – pkt 9, 24, 134, <https://tvn24.pl/najnowsze/hek9n0-Raport-Rady-Europy-o-zmianach-w-polskim-sadownictwie/raport+Rady+Europy.pdf>. Podobną strategię obserwuje się zarówno wobec Komisji (Biała Księga w sprawie reform polskiego wymiaru sprawiedliwości z 7.03.2018 r., https://www.premier.gov.pl/files/files/biala_ksiega_pl_full.pdf (dostęp: 20.06.2019 r.); odpowiedź SSP „Iustitia” na Białą Księgę, <https://www.iustitia.pl/images/pliki/odpowiedz_na_biala_ksiege_pl.pdf> (dostęp: 20.06.2019 r.), a także w zakresie stanowiska polskiego rządu prezentowanego w poszczególnych sprawach przed TSUE, por. A. Kappes,

2.3. FAŁSZYWOŚĆ PRZECIWSZTAWIENIA: ALBO *INTER PARTES* ALBO *ERGA OMNES*

Niedoświadczeni obserwatorzy orzecznictwa sądowego błędnie przypuszczają, że doniosłość każdego wyroku wyczerpuje się w odpowiedzi na proste pytanie „kto wygrał, a kto przegrał”. Oczywiście każde rozstrzygnięcie (także np. umorzenie czy odrzucenie wniosku) zawiera informację, czy inicjator postępowania miał rację, przedstawiając sądowi swoje wątpliwości czy roszczenia. Ta kwestia jest najbardziej interesująca dla ewentualnych beneficjentów i tych, których obciążają skutki indemnizacyjne czy restytucyjne. Jednak z szerszego punktu widzenia każde rozstrzygnięcie sądu jest jednocześnie wypowiedzią w ogólniejszym dyskursie/dyskursach o efektywności ochrony prawnej, o skuteczności i wydolności narzędzi prawnych, o środkach stymulacyjnego czy prewencyjnego oddziaływania na społeczeństwo i jednostki. Dotyczy to zwłaszcza orzeczeń sądów i trybunałów najwyższych instancji, zwłaszcza tych, które – jak TSUE – mają monopol interpretacyjny w jakiejś sferze. W wypadku TSUE jest to monopol na wiążące ustalenie znaczenia prawa europejskiego jako granicy dla legislacji i praktyki krajowej. Często zatem w wypadku krajowych sądów najwyższych i z reguły w wypadku TSUE samo skierowanie sprawy na drogę sądową jest inspirowane zamiarem testu interpretacyjnego. Tak np. działał rzecznik praw obywatelskich, dążąc do uzyskania precedensu¹⁷. Taka też sytuacja występuje przy pytaniach prejudycjalnych kierowanych do TSUE, które wręcz są pomyślane (art. 267 TUE), aby stworzyć okazję do wypowiedzi interpretacyjnej co do zakresu prawa europejskiego. Wtedy uzyskanie rozstrzygnięcia *inter partes* bywa po prostu wtórne wobec sygnalizowanego wyżej zamiaru testu interpretacyjnego dotyczącego prawa europejskiego, choć oczywiście odpowiedź TSUE na pytanie obejmuje zarówno skutek *inter partes* (w konkretnej sprawie, dającej asumpt do postawienia pytania), jak i *erga omnes* (w zakresie poglądu TSUE na sens i zakres normowania prawa europejskiego). Wydają się tego nie dostrzegać prawnicy reprezentujący stronę rządową¹⁸ w sprawach polskich pytań prejudycjalnych, dążący do zakwestionowania zasady ukształtowanej w sprawie *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* z 27.02.2018 r. (C 64/16), zezwalającej TSUE na zajęcie się krajowym reżimem sytuacji sądów/sędziów, jeżeli tylko oddziałuje on na kryteria niezależności sądów i niezawisłości sędziów uznane za wiążące dla standardu europejskiego.

2.4. POZYTYWNY SKUTEK PYTANIA PREJUDYCJALNEGO

Pozytywny skutek *erga omnes* pytania prejudycjalnego osiąga się zawsze, niezależnie od tego, czy TSUE podzieli czy nie podzieli wątpliwości sądu pytającego – co wynika wprost z określenia przez art. 267 TFUE przedmiotu pytania. Zawsze bowiem w takim wypadku

J. Skrzydło, *Zarzuty o rzekomym braku kompetencji organów unijnych w sferze sądownictwa nie mają oparcia w prawie*, <https://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/303109998-Unia-Europejska-o-praworzadnosci-w-Polsce-obca-ingerencja-czy-uprawniona-reakcja.html> (dostęp: 11.04.2020 r.).

¹⁷ Było to wręcz założenie strategii Rzecznika Praw Obywatelskich pierwszej kadencji – por. E. Łętowska, *Sugestie dla mego librecisty (wykład w czasie uroczystości przyznania doktoratu honoris causa Uniwersytetu Warszawskiego, 24.06.2016) r.*, „Państwo i Prawo” 2016/9, s. 114–123.

¹⁸ Por. W. Gontarski, *Dlaczego wyrok Izby Pracy SN w sprawie KRS jest contra legem*, „Rzeczpospolita” z 27.12.2019 r.

przeprowadzi się test zgodności z prawem europejskim, a wyrok będzie miał walor poznawczy i będzie obligował wszystkie 27 państw UE¹⁹. Tak też się stało na tle sprawy *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*: uznano, że rząd portugalski prawa unijnego nie naruszył, ale zarazem sformułowano wiele wskazówek co do prawa UE jako granicy swobody normowania spraw wymiaru sprawiedliwości w prawach krajowych. Na marginesie zauważyć należy, że nie jest to sytuacja odosobniona. Sprawa *Marbury v. Madison* z 1803 r., po ponad pięćdziesięciu latach od wydania wyroku, została odkryta jako dająca początek amerykańskiej koncepcji sądowej kontroli konstytucyjności prawa²⁰ – sama w sobie też nie zakończyła się po myśli inicjatora postępowania: William Marbury nie został sędzią. W należącej do kamieni milowych orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (problem proporcjonalności, ochrona wolności słowa) sprawie *Handyside vs Zjednoczone Królestwo* (1976) bynajmniej nie przyznano racji wydawcy ocenzonej książki. Porażka procesowa w tych judykatach nie umniejsza ich ogólniejszego znaczenia ani nie odbiera prekursorskiej satysfakcji ich inicjatorom. Trzeba zatem być wstrzemięźliwym w ocenie i krytyce zasadności pytań prejudycjalnych czy dyskwalifikacji sędziów je stawiających, nawet jeśli ich wątpliwości TSUE nie uzna za zasadne. W pytaniach prejudycjalnych znaczenie mają przede wszystkim *obiter dicta*. Ze strony TSUE mamy do czynienia z zachętą do dialogu i stawiania pytań²¹ – TSUE jest zainteresowany „wystawianiem pitek”. Politykom współpraca TSUE–sądy krajowe nie jest na rękę. Nie trzeba daleko szukać: autorom pytań prejudycjalnych w rozstrzygniętych przez Wielką Izbę 16.03.2020 r. sprawach połączonych C-558/18 i C 563/18 przypisano podejrzenie „deliktu orzeczniczego”. Rzecznik dyscyplinarny sędziów wobec dwójki pytających sędziów wszczął²² postępowanie wyjaśniające. To prawda, że je następnie umorzono – ale negatywnego rozgłosu medialnego, konieczności wyjaśnień, straty czasu – nie wymazało późniejsze umorzenie postępowania. Ta praktyka spotkała się karzącą oceną TSUE w uzasadnieniu powołanego wyroku (pkt 58–59): „Nie są zatem dopuszczalne przepisy krajowe, z których wynikałoby, że sędziowie krajowi mogą być narażeni na postępowania dyscyplinarne z powodu wystąpienia do Trybunału z odesłaniem prejudycjalnym (zob. podobnie

¹⁹ M. Pilich (w.): *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa* (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, s. 25.

²⁰ S. Kubas, *Warta na obrzeżach konstytucji. Dekonstrukcja mitu założycielskiego amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa*, Kraków 2019.

²¹ Wyrok Wielkiej Izby z 26.03.2020 r. w sprawach połączonych C-558/18 i C 563/18: procedura odesłania prejudycjalnego przewidziana w art. 267 TFUE jest kluczowym elementem systemu sądowniczego ustanowionego w traktatach, ponieważ poprzez ustanowienie dialogu między sądami, zwłaszcza między Trybunałem a sądami państw członkowskich, ma ona na celu zapewnienie jednolitej wykładni prawa Unii, umożliwiając tym samym zapewnienie jego spójności, pełnej skuteczności i autonomii oraz wreszcie odrębnego charakteru prawa ustanowionego w traktatach (opinia 2/13 z 18.12.2014 r., EU:C:2014:2454, pkt 176; a także wyrok z 24.10.2018 r., *XC i in.*, C-234/17, EU:C:2018:853, pkt 41–55; oraz „(...) art. 267 TFUE przyznaje sądom krajowym jak najszerze uprawnienie do wystąpienia do Trybunału, jeśli uznają one, że w zawieszony przed nimi sprawie pojawiły się pytania związane z wykładnią lub oceną ważności przepisów prawa Unii wymagające udzielenia odpowiedzi w celu rozstrzygnięcia rozpatrywanego przez te sądy sporu” (pkt 56).

²² Zob. <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/sedzia-schab-dwa-postepowania-wyjasniajace-do-pytan-prejudycjalnych/wbs1pd8> (dostęp: 2.04.2020 r.).

postanowienie prezesa Trybunału z 1.10.2018 r., *Miasto Łowicz i Prokuratura Okręgowa w Płocku*, C-558/18 i C-563/18, niepublikowane, EU:C:2018:923, pkt 21). **Już sama bowiem wizja wszczęcia w danym wypadku postępowania** [efekt mrozący, podkr. E.Ł.] dyscyplinarnego z powodu takiego wystąpienia lub zdecydowania się na późniejsze podtrzymanie go może negatywnie wpłynąć na faktyczne wykonywanie przez sędziów krajowych uprawnień i funkcji (...) Zapewnienie, by sędziowie ci nie byli narażeni na postępowania lub sankcje dyscyplinarne z racji skorzystania z takiego uprawnienia do zwrócenia się do Trybunału, która to decyzja leży wyłącznie w ich gestii, stanowi ponadto gwarancję nierozłącznie związaną z ich niezawisłością (...)

3. WIELOŚĆ I NIEJEDNORODNOŚĆ KRYTERIÓW NIEZALEŻNOŚCI I NIEZAWISŁOŚCI WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI W ORZECZNICTWIE TSUE

W niedawnym orzeczeniu TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18, będącym odpowiedzią na pytania prejudycjalne SN z 30.08.2018 r. (III PO 7/18), główną kwestią są kryteria niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Trybunał Sprawiedliwości UE analizuje stan normatywny (czy nie narusza on prawa UE), zobowiązuje natomiast sąd krajowy (SN) do oceny praktyki funkcjonowania KRS i ID SN (bo oceny prawa krajowego i praktyki jego stosowania sam TSUE nigdy nie dokonuje). Ciekawe jednak, że TSUE odwołuje się jeszcze do innych kryteriów niż teksty i praktyka (standard). W pkt 123, 134, 153 uzasadnienia mamy odwołanie się do społecznego postrzegania wymiaru sprawiedliwości jako niezależnego i niezawisłego; natomiast w pkt 140, 142, 143, 152 – do konieczności holistycznej oceny, na podstawie wagi całości okoliczności prawnych i faktycznych, decydujących o osiągnięciu wymaganego standardu niezależności i niezawisłości. Pluralizm kryteriów został dostrzeżony przez komentatorów jako wyróżniająca cecha orzeczenia²³. Jednocześnie jego krytycy powoływali te same okoliczności, zarzucając im nieostrość i nieprawnicze nowinkarstwo. Dotyczy to autorów²⁴ reprezentujących punkt widzenia zgodny ze stanowiskiem rządowym. Tu trzeba zauważyć, że problem nie jest bynajmniej nowy i o nowinkarstwie nie może być mowy. Powszechnie znane jest często cytowane wyrażenie brytyjskiego sędziego, lorda Gordona Hewarta „it is not merely of some importance, but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”²⁵. Wyrok TSUE z 19.11.2019 r. powtarza tę samą

²³ I. Kamiński (w.): *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa* (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, s. 2.

²⁴ W. Gontarski, <https://www.rp.pl/Opinie/312199948-Waldemar-Gontarski-Dlaczego-wyrok-SN-ws-KRS-i-Izby-Dyscyplinarnej-jest-contra-legem.html> (dostęp: 19.12.2019 r.); A. Stępkowski, *Czekając na to, co orzeknie Luksemburg*, „Rzeczpospolita” z 14.11.2019 r.; A. Stępkowski, *Europejskie kryteria niezawisłości sędziów a Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego*, „Dziennik Gazeta Prawna. Prawnik” z 19.11.2019 r. (uwagi autora były formułowane na podstawie opinii Rzecznika Generalnego).

²⁵ To ważne, aby sprawiedliwość wymierzyć, ale fundamentalnie jest ważne, aby wszyscy byli pewni i nie mieli wątpliwości, że została ona wymierzona, *Rex v. Sussex Justices*, 9.Nov. 1923 KBR 1924, vol. I, s. 259.

ideę. To zjawisko w wymiarze sprawiedliwości bynajmniej nie nowe, tyle że związane z odwołaniem się do pozatekstowości prawa (jego skuteczności). Oprócz rozwiązań instytucjonalnych oraz gwarancji sformułowanych w prawie pozytywnym i praktyki działania TSUE dodatkowo wymaga (określając wytyczne dla sądu krajowego²⁶), aby te zasady i gwarancje *in books* i *in action* utrwały publicznie wiarę w ich istnienie i należyte funkcjonowanie. Nie wystarcza tu zatem sam tekst; nie wystarcza standard efektywnej ochrony; wymaga się nadto wywoływania „stosownego odczucia społecznego”, a sprawdzić to musi, na gruncie rodzimym – sąd krajowy. Wymaganie to, skierowane do sądu polskiego, stawia go przed zadaniem pionierskim. Powstaje bowiem pytanie, do jakich danych, źródeł referencyjnych sąd może i powinien się odwołać, poszukując odpowiedzi (zgodnie z przedmiotem pytania prejudycjalnego w tej sprawie), „jakie społeczne wrażenie w kwestiach wymiaru sprawiedliwości ukształtowało działanie nowej KRS i Izby Dyscyplinarnej SN”. Odwołanie do publikacji medialnych, ocen ekspertów (jeśli istnieją), badań empirycznych, notoriów, ujęć *common sense* wiedzy potocznej – sprawa jest tu otwarta²⁷, a zarazem naraża na duży rozrzut ocen, zwłaszcza w dobie wielości dyskursów publicznych i „baniak informacyjnych”. Jednocześnie nie można zapominać, że formacja polskich sądów, ich formalistyczne przywiązanie do tekstu, do ekscesywnego poszukiwania wsparcia biegłego, gdy chodzi o oceny faktów, bynajmniej nie ułatwia wymaganego unowocześnieńcia spojrzenia na kryteria, jakim powinien odpowiadać wymiar sprawiedliwości.

4. STRATEGICZNE ZNACZENIE WYROKU WIELKIEJ IZBY TSUE Z 16.03.2020 R. W SPRAWACH POŁĄCZONYCH C-558/18 I C-563/18

Była to odpowiedź na **kolejne dwa polskie pytania prejudycjalne** odnoszące się do wpływu czynnika administracyjnego (minister sprawiedliwości) **na system dyscyplinowania polskich sędziów**. Trybunał Sprawiedliwości UE uznał pytania za niedopuszczalne, z uwagi na brak łącznika europejskiego w postępowaniu głównym. Tok myślenia przedstawiony w pytaniach polskich sędziów nie spotkał się więc z aprobatą rzecznika generalnego, Komisji Europejskiej i samego Trybunału. Osnowa wyroku była zatem spodziewana. Pytania uznano za niedopuszczalne, bo odpowiedź na nie nie była niezbędna do rozstrzygnięcia spraw, na tle których je zadano. Tu można uczynić uwagę, że niebawem będzie rozstrzygana sprawa C-791/19 z wniosku Komisji (na podstawie art. 267, a więc niemająca ograniczeń właściwych dla pytania prejudycjalnego) dotycząca naruszenia obowiązków traktatowych, poprzez ukształtowanie w prawie krajowych reżimu sędziowskich postępowań dyscyplinarnych. Jest to zatem kwestia, której dotyczyły sprawy połączone C-558/18 i C-563/18 i do których zbadania tu nie doszło. Trybunał nie miał

²⁶ Pkt 123, 134, 153 uzasadnienia wyroku TSUE, z powołaniem na wcześniejsze judykaty podobnie ujmujące tę kwestię.

²⁷ Nie bez przyczyny ten właśnie fragment uzasadnienia wyroku SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) wydane-go w następstwie realizacji tych dezyderatów TSUE wzbudzał krytykę prawników reprezentujących przegrywającą stronę rządową – por. <https://www.rp.pl/Opinie/312199948-Waldemar-Gontarski-Dlaczego-wyrok-SN-ws-KRS-i-Izby-Dyscyplinarnej-jest-contra-legem.html> (dostęp: 19.12.2019 r.).

zatem potrzeby kierowania wysiłku interpretacyjnego na poszukiwanie okazji do zajęcia się problemem zgłaszanym w pytaniu prejudycjalnym; niezadługo przecież będzie mógł tego dokonać bez trudności stwarzanych przez fakt, że wątpliwości – które uważa za znaczące (świadczy o tym wybór formy rozstrzygnięcia – wyrok Wielkiej Izby, a nie postanowienie) bez ograniczeń wynikających z trybu pytania prejudycjalnego. Poza tym w tym samym dniu wydano inny wyrok (por. niżej pkt 6), gdzie dotknięto kluczowego problemu, inkorporowanego w „polskich”, nieodpowiedzianych pytaniach.

5. CO TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ POWIEDZIAŁ *OBITER DICTA*

W uzasadnieniu wyroku Wielkiej Izby istnieje zapowiedź frontalnego zajęcia się wpływem reżimu prawnego odpowiedzialności dyscyplinarnej. Znaczące jest przy tym, że TSUE w sprawie C-791/19 zdecydował się na zastosowanie zabezpieczenia (postanowienie z 8.04.2020 r.) w postaci „zawieszenia stosowania przepisów art. 3 pkt 5, art. 27 i art. 73 § 1 ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego, zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, w sprawach dyscyplinarnych sędziów”²⁸.

Nieodpowiedziane pytania umożliwiają bowiem TSUE dołożenie kolejnej cegiełki do **trwającej budowy gmachu zbudowanego z zasad (które pytający sędziowie ocenili trafnie²⁹, co podkreśla sam TSUE – pkt 56, 59) i sytuacji, do których te zasady należy odnieść – i gdzie wystąpiła różnica ocen.** To orzeczenie, jak i kilka wcześniejszych, także w polskich sprawach, dokonuje się metodą dookreślania sytuacji decydujących dla delimitacji prawa krajowego i unijnego przy kształtowaniu prawnego reżimu wymiaru sprawiedliwości.

W uzasadnieniu wyroku pada kilka niezwykle ważnych stwierdzeń.

- Po pierwsze to, że TSUE omówił odpowiedzi na pytania, nie oznacza, że sędziowie pytający nie mieli podstaw czy prawa zadać tych pytań.
- Po drugie, w uzasadnieniu wyraźnie stwierdzono, że nie wolno sędziów zadających pytania TSUE w jakikolwiek sposób za to represjonować. A przecież dwójka

²⁸ Zob. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047pl.pdf> (dostęp: 12.5.2020 r.). Postanowienie to jest wykonane przez Izbę Dyscyplinarną SN, mimo perturbacji związanych z uchynieniem przez p.o. I Prezesa SN decyzji poprzedniej I Prezesa SN, wyłączającej ID SN w ogólności z działań w SN i mimo skierowania do TK w dniu 5.05.2020 r. wniosku z ID SN o uznanie zabezpieczenia TSUE jako działającego *ultra vires*, por. http://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/Komunikat_PID_06.05.2020.pdf (dostęp: 12.05.2020 r.). Ezopowy język postanowienia zabezpieczającego został odczytany *a la lettre*, w najwęższym z możliwych zakresów oddziaływania na funkcjonowanie Izby Dyscyplinarnej SN – por. wypowiedź M. Safjana, <https://wyborcza.pl/7,162657,25937032,marek-safjan-o-wyborze-pierwszego-prezesa-sadu-najwyzszego.html> (dostęp: 12.05.2020 r.).

²⁹ Brak zatem podstaw do zarzucania sędziom pytającym niekompetencji czy wręcz „kompromitacji” – tak wiceminister sprawiedliwości Marcin Warchoń, komentując orzeczenie TSUE, napisał na Twitterze: „Kompromitacja prawnicza sędziów kierujących te pytania i dowód, że kierowali się wyłącznie motywami politycznymi”. Końcowy wniosek jest przy tym niezrozumiały: nawet gdyby pytania były dowodem nieuctwa, to dlaczego miałyby to świadczyć o politycznej motywacji ich przedstawiania?

sędziów zadających pytania była z tego powodu szykanowana już po wystąpieniu z pytaniami. Rzecznik dyscyplinarny sędziów wszczął wobec nich postępowanie, które następnie umorzył (pkt 20, 21, 54). Ale samo tylko wszczęcie postępowania – niezależnie od jego finału – już było formą nękania³⁰.

Strategiczna rola orzeczenia nakazuje widzieć w nim budulec konieczny do wydania kolejnych rozstrzygnięć dotyczących sądów, także w „polskich” sprawach zawisłych przed TSUE.

W przypadku rozstrzygania pytań prejudycjalnych TSUE rozpatruje sprawę według stanu z daty zadania pytania. Ale TSUE nie ma zamkniętych oczu i w uzasadnieniu wyroku dostrzegł zarówno nękanie sędziów zadających pytania, jak i nowe ustawodawstwo kraju członkowskiego pozwalające karać sędziów za zadawanie pytań TSUE (zmiany w ukształtowaniu deliktów dyscyplinarnych³¹ wprowadzone tzw. ustawą kagańcową³²). Stąd stwierdzenie (w uzasadnieniu wyroku z 16.03.2019 r.), że prawo wewnętrzne nie może doprowadzić do sytuacji, że sędzia z obawy przed sankcjami nie będzie korzystał z całego wachlarza środków, którymi potencjalnie dysponuje. Sędzia nie ma prawa się bać, zwłaszcza tego, że wchodzi w dialog z TSUE.

Problemem jest bowiem to, że obecnie polscy sędziowie zostali wprowadzeni w sytuację konfliktu między tym, co wynika z prawa europejskiego, a mianowicie wyjaśnianiem wątpliwości dotyczących także ich własnego statusu i ograniczeń jako sędziów europejskich na drodze pytań prejudycjalnych (tak wyraźnie wyrok Wielkiej Izby – pkt 56, 57) i nowym deliktem dyscyplinarnym, o nieco kamuflującej etykiecie: „działania kwestionujące istnienie stosunku służbowego sędziego, skuteczność powołania sędziego lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej”. Problem w tym, że w Polsce tę uogólnioną formułę odnosi się nie tylko do ewentualnego badania przez sądy aktów indywidualnego powoływania sędziów, ale i badania prawidłowości obsady konkretnych składów sądzących, co „od zawsze” stanowiło obowiązek procesowy sądu. Rozróżnienie tych dwóch kwestii wyznacza linię demarkacyjną sporu między poglądem TSUE oraz ujęciem uchwały trzech Izb SN³³, stanowiącą implementację wyroku TSUE z 19.11.2019 r. i Kancelarią Prezydenta RP³⁴.

³⁰ *Sędzia Schab zapowiada postępowania wyjaśniające pytań prejudycjalnych*, <https://wiadomosci.onet.pl/kraj/sedzia-schab-dwa-postepowania-wyjasniajace-do-pytan-prejudycjalnych/wbs1pd8> (dostęp: 5.04.2020 r.). W. Gontarski, *Szewc bez butów chodzi*, „Dziennik Gazeta Prawna. Prawnik” z 23.07.2019 r., nie dopatruje się szykany we wszczynaniu nękańcych postępowań wyjaśniających.

³¹ Ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 190). Wprowadziła szczególny delikt: „działania kwestionujące istnienie stosunku służbowego sędziego, skuteczność powołania sędziego, lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej” – art. 107 § 1 znowelizowanego prawa o sądach powszechnych, art. 82 znowelizowanej ustawy o Sądzie Najwyższym, art. 23a § 2 znowelizowanego Prawa o ustroju sądów wojskowych.

³² Ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 190).

³³ Uchwała trzech Izb SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20).

³⁴ A. Dalkowska, *To jest ustawa usprawniająca*, „Rzeczpospolita” z 21.01.2020 r., komentująca wprowadzenie nowych deliktów dyscyplinarnych.

6. CO WYNIKA Z INNYCH SPRAW ROZPATRZONYCH PRZEZ TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI TEGO SAMEGO DNIA

Tego samego dnia, 26.03.2020 r., TSUE rozpatrzył inną sprawę³⁵ (przegapioną przez polskie media), gdzie *expressis verbis* zaakcentowano dopuszczalność i potrzebę badania przez sądy prawidłowości obsady konkretnych składów sądzących. Trybunał powiedział tu wyraźnie, że sprawy obsady sądu są elementem gwarancji efektywnej ochrony praw jednostki w krajach członkowskich. To oznacza, że może się tymi kwestiami zajmować. Warto przytoczyć: „gwarancje dostępu do niezawisłego i bezstronnego sądu (...) a w szczególności gwarancje określające pojęcie, jak również skład tego sądu, stanowią podstawę prawa do rzetelnego procesu sądowego. Prawo to oznacza, że każdy sąd jest zobowiązany zbadać, czy ze względu na swój skład stanowi on taki właśnie sąd, jeżeli pojawia się w tym względzie poważna wątpliwość. Badanie to jest nieodzowne w kontekście zaufania, które sądy społeczeństwa demokratycznego muszą wzbudzać u jednostki. W tym sensie taka kontrola stanowi istotny wymóg formalny, którego należy bezwzględnie dochować i którego spełnienie należy sprawdzić z urzędu”. To ważne, bo z tego wynika, że rację miała uchwała trzech Izb SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), stwierdzając, że sądy mają prawo (i obowiązek) badać, czy ich skład orzekający składa się z sędziów odpowiadających unijnym kryteriom niezawisłości i niezależności. Ta uchwała, będąca konsekwencją i wykonaniem wyroku TSUE w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18, spotkała się z gwałtowną krytyką ze strony polityków. Tymczasem widać, że kolejne wyroki TSUE, i to bynajmniej nie w sprawie przeciw Polsce, tylko przeciw organom unijnym (bo w tym wypadku przeciw Radzie UE i przeciw Komisji Europejskiej), konsekwentnie trzymają się tezy, że sąd sam, z urzędu, ma badać prawidłowość własnej obsady. Zatem miał rację SN, orzekając w składzie trzech Izb, a nie mają racji krytykujący go politycy. Warto przy tej okazji zwrócić uwagę na różnicę między stylem sporu o *ultra vires* TSUE, jaki jest toczony w Polsce i w Niemczech. W Polsce spór przypomina jednoczesną grę na planszach różnych gier: elementy polityczne są tu wymieszane z polemiką prawniczą. Spór niemiecki – jeżeli rozgrywa się nawet na dwóch planszach, to jednak w każdej z gier uczestniczą różni uczestnicy, a w ramach jednej gry stosuje się reguły dla niej właściwe. Co gorzej, w Polsce nastąpiła wasalizacja sądownictwa konstytucyjnego, co jest konsekwencją załamania się podziału władz i właściwego dla niej poszanowania niezależności sądownictwa. W konsekwencji orzeczenie TK z 21.04.2020 r. (Kpt 2/20)³⁶ odcięło się od tez interpretacyjnych, reprezentowanych w uchwale trzech Izb SN z 23.01.2020 r. W konsekwencji mamy rozszczępienie orzecz-

³⁵ W sprawach połączonych *Eric Simpson przeciwko Radzie UE, HG przeciwko Komisji Europejskiej*, C-542/18 RX-II i C-543/18 RX-II.

³⁶ Orzeczenie (poprawność rozumowań, którą zakwestionowano w zdaniu odrębnym M. Muszyńskiego, skądinąd zgadzającego się z rozstrzygnięciem) zmierza (inna sprawa czy udatnie) w kierunku dyskwalifikacji uchwały trzech izb SN, uznając jej interpretację za dokonaną *contra legem*: „Sąd Najwyższy – również w związku z orzeczeniem sądu międzynarodowego – nie ma kompetencji do dokonywania prawotwórczej wykładni przepisów prawa, prowadzącej do zmiany stanu normatywnego w sferze ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości, dokonywanej w drodze uchwały, o której mowa w art. 83 § 1 ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym”.

nictwa (SN i TK), gdy idzie o stosunek do wymagań TSUE w odniesieniu do kryteriów decydujących o niezależności sądownictwa i sędziów.

7. REGRES DIALOGU, ZNAKI ZAPYTANIA I TRUDNA DO PRZEWIDZENIA PRZYSZŁOŚĆ

Rozwój wydarzeń przyspieszył, a czas i okoliczności z wielu powodów (także z powodu konsekwencji walki z pandemią i groźących kryzysów ekonomicznych) nie sprzyjają „kolektywnemu procesowi edukacji państw uczestniczących w integracji europejskiej”³⁷ poprzez dialog na poziomie krajowym i unijnym. Trybunał Sprawiedliwości UE nadal pracuje. Kierunek jest raczej możliwy do przewidzenia. Najnowsze (8.04.2020 r.) zabezpieczenie w sprawie C-791/19 R (sprawa z wniosku KE przeciw Polsce o naruszenie obowiązków traktatowych, art. 258 TFUE) zobowiązuje do wstrzymania aktywności orzeczniczej Izby Dyscyplinarnej w Sądzie Najwyższym. Jest to logiczne następstwo wyroku TSUE z 19.11.2019 r., wyroków SN z 5.12.2019 r. oraz uchwały 3 Izb z 23.01.2010 r.

Jednakże pracuje także Trybunał Konstytucyjny, który w orzeczeniu z 29.01.2020 r. (Kpt 1/20) (rzekome spory kompetencyjne, w które miałyby być uwikłany Sąd Najwyższy, Sejm i Prezydent) postanowił „wstrzymać wykonywanie przez Sąd Najwyższy kompetencji do wydawania uchwał, jeżeli miałyby dotyczyć zgodności z prawem krajowym, międzynarodowym oraz orzecznictwem sądów międzynarodowych” w kwestiach sądownictwa. Oznacza to zanegowanie dopuszczalności dotychczasowych form dialogu SN–TSUE.

Pracuje także SN. Jego Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, która po wydaniu uchwały 3 Izb z 23.01.2020 r. wstrzymała się od orzekania, 6.04.2020 r. dokonała aktu autolegitymizacji (I NW 14/20): „Bezpieczeństwo prawne niniejszego rozstrzygnięcia wynika z obowiązującego od 14.02.2020 r. art. 29 § 3 ustawy o Sądzie Najwyższym. Zgodnie z tym przepisem niedopuszczalne jest ustalanie lub ocena przez Sąd Najwyższy lub inny organ władzy zgodności z prawem powołania sędziego lub wynikającego z tego powołania uprawnienia do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości. Taki sam skutek wynika także z postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 29.01.2020 r. (Kpt 1/20), na mocy którego wstrzymano stosowanie uchwały połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110- 1/20). Oznacza to niedopuszczalność interpretacji przepisów zgodnie z wykładnią przyjętą w powołanej uchwale”.

Ta sama Izba w odpowiedzi na zabezpieczenie TSUE (z 8.04.2020 r.) skierowała 9.04.2020 r. do Trybunału Konstytucyjnego pytanie (I DO 16/20), czy wynikający z art. 4 ust. 3 zdanie 2 TUE nakaz lojalnego wykonywania obowiązków traktatowych, obejmując środki tymczasowe orzeczone przez TSUE (w odniesieniu – *verbatim* – do kształtu ustroju i funkcjonowania konstytucyjnych organów władzy sądowniczej tego państwa) – jest zgodny z art. 2, art. 7, art. 8 ust. 1 i art. 90 ust. 1 w zw. z art. 4 ust. 1 Konstytucji RP.

Wraz z zadaniem tego pytania uległo redukcji pole orzeczniczego manewru. Już nie chodzi o zanegowanie dotychczasowych form dialogu, lecz o sięgnięcie do konsekwencji, jakie wydawały się ongiś odległą i mało realną, ostrożnościową perspektywą.

³⁷ K. Lenaerts, *Die Werte...*, s. 640.

W wyroku pełnego składu TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011/9, poz. 97, powtórzono stanowisko innego pełnego składu TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), OTK-A 2005/5, poz. 49, gdy TK badał zgodność akcesji do UE z Konstytucją. Sformułowano wtedy ostrzeżenie: „Niewątpliwie orzeczenie o niezgodności prawa unijnego z Konstytucją powinno mieć zatem charakter *ultima ratio* i wystąpić jedynie wówczas, kiedy zawiodłyby wszystkie inne sposoby rozstrzygnięcia konfliktu z normami należącymi do unijnego porządku prawnego. Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie Traktatu akcesyjnego (K 18/04) wskazał, że w sytuacjach tego rodzaju istnieją trzy możliwości reakcji Polski na wystąpienie niezgodności między Konstytucją a prawem unijnym:

- a) dokonanie zmian w Konstytucji,
- b) podjęcie działań zmierzających do wprowadzenia zmian w przepisach unijnych, albo
- c) podjęcie decyzji o wystąpieniu z Unii Europejskiej.

Decyzję taką winien podjąć suweren, którym jest Naród polski, lub organ władzy państwowej, który w zgodzie z Konstytucją może reprezentować Naród”.

Jeżeli się zważy, że chodzi o konsekwencje orzeczenia środków tymczasowych i że dopiero czeka nas ostateczne rozstrzygnięcie merytoryczne sprawy C-791/19 R, przekonamy się, że czas płynie nad wyraz szybko.

W Polsce postępuje ograniczanie niezależności judykatury od egzekutywy. A rezultaty tych prac poznamy, gdy poznamy wyroki w sprawach zawisłych obecnie przez TSUE i reakcję polskich władz politycznych i polskiego sądownictwa na te rozstrzygnięcia. Wtedy będzie można ocenić, czy dotychczasowa linia dialogu bezpośredniego między sądami krajowymi i TSUE będzie kontynuowana, czy też ulegnie spowolnieniu lub regresowi i czy Polsce w tym procesie przypadła rola katalizatora, czy zupełnie inna.

ABSTRACT

prof. dr hab. Ewa Łętowska

The author is full member of the Polish Academy of Sciences, member of Polish Academy of Arts and Sciences and a retired Justice of the Constitutional Tribunal.

What do we learn from the answers to the preliminary questions regarding the Polish judiciary?

Author deals with the difficult process of strengthening the network structure of justice in the European Union, carried out through a direct dialogue between the CJEU and the national justice system. An example is the preliminary questions from Poland regarding judiciary and the response from political authorities and the Polish Supreme Court.

Keywords: *rule of law, deterioration of the existing standard of the rule of law, judges' independence, preliminary referrals, CJEU, judiciary*

prof. dr hab. Ewa Łętowska

e-mail: Ewa@Letowska.com

Autorka jest profesorem nauk prawnych, członkiem rzeczywistym Polskiej Akademii Nauk i członkiem czynnym Polskiej Akademii Umiejętności; sędzią Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Cedro Magdalena, Świętochowska Emilia**, *Suverenność vs. rozpychanie traktatów*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 11.02.2010 r., s. D4
- Dalkowska Anna**, *To jest ustawa usprawniająca*, „Rzeczpospolita” z 21.01.2020 r.
- Gontarski Waldemar**, *Dlaczego wyrok Izby Pracy SN w sprawie KRS jest contra legem*, „Rzeczpospolita” z 27.12.2019 r.
- Gontarski Waldemar**, *Szewc bez butów chodzi*, „Dziennik Gazeta Prawna. Prawnik” z 23.07.2019 r.
- Kamiński Ireneusz** (w:) *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa* (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, s. 2
- Kappes Aleksander, Skrzydło Jacek**, *Zarzuty o rzekomym braku kompetencji organów unijnych w sferze sądownictwa nie mają oparcia w prawie*, <https://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/303109998-Unia-Europejska-o-praworzadnosc-w-Polsce-obca-ingerencja-czy-uprawniona-reakcja.html> (dostęp: 11.04.2020 r.)
- Kubas Sebastian**, *Warta na obrzeżach konstytucji. Dekonstrukcja mitu założycielskiego amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa*, Kraków 2019
- Lenaerts Koen**, *Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union: eine Annäherung*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift” 2017/21, s. 640
- Łętowska Ewa**, *„Równanie w dół” – zagrożenie państwa prawa. Polska Herostratesem czy katalizatorem?*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020/4
- Łętowska Ewa**, *Sugestie dla mego librecisty (wykład w czasie uroczystości przyznania doktoratu honoris causa Uniwersytetu Warszawskiego, 24.06.2016) r.*, „Państwo i Prawo” 2016/9, s. 114
- Pilich Mateusz** (w:) *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady*

Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, s. 25

Safjan Marek, *O wyborze pierwszego prezesa Sądu Najwyższego*, <https://wyborcza.pl/7,162657,25937032,marek-safjan-o-wyborze-pierwszego-prezesa-sadu-najwyzszego.html> (dostęp: 12.05.2020 r.)

Safjan Marek, *Państwo prawa na konferencji „Przyszłość Europy opartej na rządach prawa”*, <https://archiwumosiatsynskiego.pl/wpis-w-debacie/rzady-prawa-a-przyszlosc-europy-tekst-wystapienia-w-sadzie-najwyzszym/> (dostęp: 3.03.2020 r.).

Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1

Stępkowski Aleksander, *Czekając na to, co orzeknie Luksemburg*, „Rzeczpospolita” z 14.11.2019 r.

Stępkowski Aleksander, *Europejskie kryteria niezawisłości sędziów a Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego*, „Dziennik Gazeta Prawna. Prawnik” z 19.11.2019 r. (uwagi autora były formułowane na podstawie opinii Rzecznika Generalnego)

Taborowski Maciej, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Warszawa 2019

The functioning of democratic institutions in Poland, Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, Raport 15025 z 6.01.2010 r., pkt 129, 134

Artykuły

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

KILKA UWAG O SPORZE KOMPETENCYJNYM MIĘDZY SEJMEM RP I SĄDEM NAJWYŻSZYM ORAZ PREZYDENTEM RP I SĄDEM NAJWYŻSZYM

Wykorzystując ustalenia teorii prawa dotyczące kompetencji oraz dotyczące niezgodności między normami kompetencyjnymi doprecyzowano w artykule konstytucyjne pojęcie sporu kompetencyjnego. Wykazano na tej podstawie, że przekazany do rozstrzygnięcia polskiemu Trybunałowi Konstytucyjnemu spór między Sejmem RP i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym jest sporem politycznym, a nie kompetencyjnym¹.

1. Określenie „spór kompetencyjny” pojawiło się w dwóch doniosłych polskich tekstach prawnych. Posłużył się nim ustrojodawca, udzielając w 1997 r. Trybunałowi Konstytucyjnemu upoważnienia do rozstrzygania sporów kompetencyjnych między centralnymi konstytucyjnymi organami państwa i – co w konstytucjach nierzadkie – nie objaśniając jego znaczenia. Gorzej jednak, że określenie, którym się posłużył, nie należało, moim zdaniem, do tzw. pojęć zastanych, do których mógłby zainteresowanych odesłać. Ustalenie więc, czym jest spór kompetencyjny, a w konsekwencji do czego został upoważniony TK, przypadło ustawodawcy oraz doktrynie. Nawiązując do utrwalonego w nauce prawa administracyjnego i w praktyce rozróżnienia sporów pozytywnych i negatywnych, obowiązująca ustawa o organizacji i trybie postępo-

¹ Artykuł powstał i został oddany do druku jeszcze przed wydaniem przez Trybunał Konstytucyjny orzeczenia z 21.04.2020 r. (Kpt 2/20), nie uwzględnia zatem komentarza do stanowiska zaprezentowanego przez TK.

wania przed Trybunałem Konstytucyjnym² przyjmuje, że „Trybunał rozstrzyga spory konstytucyjne w przypadku gdy:

- 1) co najmniej dwa centralne konstytucyjne organy państwa uznają się za właściwe do rozstrzygnięcia tej samej sprawy lub wydały w niej rozstrzygnięcia;
- 2) co najmniej dwa centralne, konstytucyjne organy państwa uznają się za niewłaściwe do rozstrzygnięcia określonej sprawy” (art. 85 ustawy o TK).

Podobne znaczenie określeniu „spór kompetencyjny” nadawała w art. 53 nieobowiązująca już ustawa o Trybunale Konstytucyjnym z 1997 r.³

I konstytucyjne, i ustawowe uregulowania nie są wystarczająco precyzyjne, a wspierające je ustalenia doktrynalne, do pewnego czasu bezsporne, zaczęły być kwestionowane. W literaturze przedmiotu oraz skąpym orzecznictwie Trybunału spór kompetencyjny określa się jako spór o istnienie bądź nieistnienie kompetencji oraz o jej kształt prawny⁴, jako spór o zakres kompetencji⁵ lub spór, w którym „chodzi o orzekanie określające kształt i zakres obowiązków i uprawnień” organów uwikłanych w spór⁶. Są to niewątpliwie określenia skrótowe, ale sygnalizujące co najmniej jedno, że spór kompetencyjny jest sporem o jakość rozumianą kompetencję organu centralnego i konstytucyjnego. Tymczasem w piśmiennictwie z zakresu prawa konstytucyjnego pojawiła się propozycja wyróżniania sporów kompetencyjnych w szerokim i wąskim znaczeniu tego określenia, z zastrzeżeniem jednak, że ustawa o Trybunale Konstytucyjnym posługuje się wąskim rozumieniem „sporu kompetencyjnego”, co miałyby zapewne znaczyć, że tak właśnie wąsko została ukształtowana kompetencja TK⁷.

Jeżeli sformułowania wymienionych art. 53 ustawy o TK z 1997 r. i art. 85 ustawy o TK traktować jako zwroty definiujące spory kompetencyjne, to muszą to być spory o kompetencję (mówiąc językiem ustawy o „właściwość”) albo jej brak do rozstrzygnięcia tej samej sprawy. Inne szerokie znaczenie „sporu kompetencyjnego” nie znajduje oparcia ani w Konstytucji, ani w żadnej z ustaw o Trybunale, jest przy tym nieprecyzyjne, a przez to nieoperatywne dla wyznaczenia trybunalskiej kompetencji. Jest wreszcie pojęciem w doktrynie nieukształtowanym. Jak zaznaczono wcześniej, prawodawca może odsyłać do pojęć doktrynalnych, ale muszą to być pojęcia w doktrynie niesporne, a nie różnego rodzaju propozycje czy postulaty. Te wysuwane w literaturze zmierzają najczęściej w kierunku takim, jak wyrażony w najnowszym komentarzu do Konstytucji. Twierdzi się w nim, że „sporem **nadającym się** [podkreślenie – S.W.-J.] do rozstrzygnięcia przez TK będzie więc także sytuacja, w której działanie jednego organu, w ramach jego własnych, szeroko interpretowanych kompetencji – prowadzi do nieuprawnionego oddziaływa-

² Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2072 ze zm.), dalej ustawa o TK.

³ Ustawa z 1.08.1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U. nr 102 poz. 634 ze zm.), ustawa o TK z 1997 r.

⁴ Postanowienie TK z 20.05.2009 r. (Kpt 2/08), OTK-A ZU 2009/5, poz. 78.

⁵ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 375.

⁶ L. Garlicki (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, t. VI, uwaga do artykułu 189 Konstytucji, s. 114–115.

⁷ P. Czarny, *Konstytucyjne spory kompetencyjne (wybrane zagadnienia teoretyczne)*, „Przegląd Konstytucyjny” 2014/2, s. 77.

nia na kompetencję lub sytuację prawną innego organu, w danej materii niemogącego samodzielnie podjąć określonych działań”⁸. Teza ta, a raczej propozycja, zdaje się nawiązywać do poglądu wyrażonego swego czasu przez Pawła Sarneckiego⁹. Tak rozumiany spór może mieć dużą doniosłość społeczną lub polityczną. Potraktowanie go jako sporu kompetencyjnego opiera się jednak – w aktualnym stanie prawnym i wobec rozchwianych propozycji doktryny – na nieporozumieniu.

Najpierw niepokój budzi określenie „szeroka interpretacja kompetencji”, bo sugeruje, że możliwe są co najmniej dwie (szeroka i wąska) interpretacje przepisów udzielających TK kompetencji; obie – jak należy rozumieć – w obowiązującym stanie prawnym dopuszczalne. Tymczasem interpretacja tekstu powinna kończyć się stanowczą konkluzją, że dana norma przyznaje jakiemuś podmiotowi kompetencje albo że brak prawnych podstaw do stwierdzenia, iż dany podmiot kompetencje uzyskał. Jeśli zgodzić się z tym banalnym wnioskiem, to albo podmiot uzyskał stosowne upoważnienie i jego działanie jest uprawnionym czynieniem z niego użytku, albo wykracza on poza swoje kompetencje. Zwrócić jednak trzeba uwagę, że w pierwszym ze wskazanych przypadków działanie w ramach swoich kompetencji może dysfunkcjonalnie oddziaływać – mówiąc najogólniej – na sytuacje prawne innych podmiotów. Mamy wtedy do czynienia z błędem prawodawcy, który nie może być jednak naprawiony w procedurze rozstrzygnięcia sporów kompetencyjnych. Zauważyć przy tym warto, że w drugim przypadku owo nielegalne działanie organu może mieć swe źródło w niekonstytucyjności normy, która kompetencji udziela (bo jest czynieniem użytku z kompetencji przez taką normę udzielanej), co z kolei może być naprawione przez TK, ale w procedurze hierarchicznej kontroli norm.

2. Spór jest sytuacją, w której jeden podmiot kwestionuje z większym lub mniejszym stopniem stanowczości pogląd innego podmiotu, wyraża nań niezgodę, co daje się ująć w formie zdań, z których jedno stwierdza, że jest T, a drugie temu zaprzecza, albo w formie pytania, czy jest czy nie jest T?¹⁰. Podmiotami sporów kompetencyjnych, o których mowa w art. 85 ustawy o TK, są centralne konstytucyjne organy państwa, co w praktyce i w literaturze nie budzi większych wątpliwości.

Znacznie trudniej jest, o czym wspomniano, ustalić, co jest przedmiotem sporu określonego jako kompetencyjny. Nawiązując do ustawowego sformułowania, można go ująć w formie następującego pytania: który organ, X czy Y, jest kompetentny (właściwy) do rozstrzygnięcia sprawy S? Precyzując sens tego pytania, pożyteczne jest odwołać się do ustaleń dotyczących kompetencji, które poczyniono w teorii prawa.

⁸ A. Mączyński, J. Podkowik (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 2, uwaga do art. 189 Konstytucji.

⁹ P. Sarnecki, *Spory kompetencyjne przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2009/5, s. 14 i n. Zob. też M. Zubik, *O rozstrzygnięciu „sporów kompetencyjnych” przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Prawa człowieka – społeczeństwo obywatelskie – państwo demokratyczne*, red. P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas, Warszawa 2010, s. 232–233 oraz 238.

¹⁰ M. Wojciechowski, *Spory sędziowskie. Zdania odrębne w polskich sądach*, Gdańsk 2019, s. 408–410.

3. Kompetencja jest sytuacją prawną najtrudniejszą do precyzyjnego wyrażenia w przepisach prawa. Zależnie od przyjmowanej w danym systemie prawnym koncepcji źródeł prawa wyznaczana jest przez normy prawa stanowionego, normy prawa zwyczajowego czy precedensy prawotwórcze i polega na tym, że normy te upoważniają określony podmiot do dokonywania czy jednorazowego dokonania określonej czynności konwencjonalnej doniosłej prawnie z określonym skutkiem prawnym. Wyznaczenie sytuacji prawnej określonej jako kompetencja (upoważnienie) wymaga więc wskazania podmiotu tę kompetencję uzyskującego, określenia rodzaju czynności konwencjonalnej, do dokonania której się go upoważnia, i sposobu jej dokonania (reguł dokonywania danej czynności, trybu, procedury) oraz prawnych konsekwencji, jakie związane są z dokonaniem danej czynności. Ze względu na skomplikowany charakter wielu czynności konwencjonalnych (np. aktu uchwalenia ustawy, czynności instancyjnej kontroli wyroku sądu) przedmiotem dyskusji bywają najczęściej reguły dokonywania czynności konwencjonalnych (procedura) i skutki naruszenia owych reguł. Nawiasem zauważyć należy, że wypracowanie pełnego katalogu reguł dokonywania skomplikowanych czynności konwencjonalnych dokonuje się na ogół w toku swoistej współpracy prawodawcy (udzielającego upoważnienia) oraz doktryny prawniczej, która prawodawcę uzupełnia. Nietrudno dostrzec, że spory o to, czy dana czynność została dokonana zgodnie z regułami oraz jakie są prawne konsekwencje naruszenia reguł, mają swe źródło właśnie w niedostatkach regulacji prawnych lub braku bezspornych ustaleń doktrynalnych. Każda kompetencja powiązana jest z wolnością albo obowiązkiem czynienia z niej użytku. Dodać przy tym należy, że obowiązek czynienia użytku z kompetencji ma być wyznaczony jakąś normą inną niż norma, która tej kompetencji udziela, co nie stoi na przeszkodzie, by obie te normy zostały wyrażone w jednym przepisie prawnym (np. „Wybory do Sejmu i Senatu zarządza Prezydent Rzeczypospolitej...”). Tak sprawa rysuje się, gdy poprzestajemy na charakterystyce formalnej.

W tych unormowaniach prawnych, które zakładają autonomię woli stron, upoważnienia przyznane określonym podmiotom są zazwyczaj połączone z wolnością czynienia z nich użytku. Prawodawca, szanując wolę określonych podmiotów, zakładając ich zdolność do rozeznania swoich interesów i zdolność podejmowania racjonalnych decyzji, traktuje przyznawane im kompetencje jako instrumenty, którymi mają się swobodnie posługiwać, ponosząc odpowiedzialność za ich użycie. Dlatego na gruncie prawa prywatnego wykształciła się reguła interpretacyjna nakazująca przyjmować, że upoważnienie jakiegoś podmiotu jest połączone z obowiązkiem czynienia z niego użytku jedynie wtedy, gdy przesądza o tym jednoznaczny tekst prawny. Inaczej mówiąc, w razie wątpliwości przyjmować należy, że upoważnienie jest powiązane z wolnością. Nie znaczy to, że prawodawca nie ingeruje w sposób czynienia użytku z przyznawanych w prawie prywatnym upoważnień, czego przykładem jest instytucja przedawnienia roszczeń – przedawniają się one, jeśli ten, komu roszczenie przysługuje, nie uczynił z niego w odpowiednim czasie użytku.

Inaczej rzecz ma się w prawie publicznym. Zauważyć należy najpierw, że kompetencje przyznawane różnym organom i instytucjom władzy publicznej są tu zazwyczaj powiązane z obowiązkiem czynienia z nich użytku. Związek ten jest tak silny, że

w dogmatykach prawa administracyjnego i konstytucyjnego kompetencja organu bywa utożsamiana z jego obowiązkiem. Obowiązek, o którym mowa, jest zazwyczaj wyrażany w przepisach prawnych wprost, choć za pomocą różnych i często niejednoznacznych formuł językowych. Uwzględniając jednak, że określone role i zadania do spełnienia wyznacza instytucjom prawa publicznego prawodawca i że przyznawane im kompetencje są swoistymi narzędziami, w które je wyposaża i z których mają korzystać zadania te realizując, w prawie publicznym dopuszczalne jest przyjąć, że jeżeli obowiązek uczynienia użytku z kompetencji nie jest wyrażony wprost, to ma on charakter instrumentalny. Jest przy tym rekonstruowany z wielu różnych przepisów prawnych, innych niż przepisy udzielające kompetencji.

Wykonanie czynności konwencjonalnej jako instrumentalnie konieczne dla należytego zrealizowania przez instytucje władzy publicznej wyznaczonych im zadań jest w tym sensie dla nich obowiązkowe¹¹. Stąd i przyjmowana w prawie publicznym reguła interpretacyjna nakazująca, by w razie językowych wątpliwości co do treści przepisów przyjmować, że wyrażają one obowiązek skorzystania z kompetencji. Jest to reguła pozostawiająca interpretującemu znaczny zakres swobody wykładni. Pamiętać jednak trzeba, że towarzyszy jej rygorystyczna reguła nakazująca ściśle interpretować przepisy udzielające kompetencji, w tym zakazująca rozszerzającej interpretacji jednoznacznych językowo przepisów kompetencyjnych¹².

Kompetencja aktualizuje się w określonych okolicznościach. Muszą więc zostać spełnione przewidziane prawem warunki, by można było uczynić z niej użytek. Sytuacja komplikuje się wtedy, gdy podmiot upoważniony musi zaistnienie owych okoliczności sam rozpoznać. Ów akt rozpoznania warunkuje skorzystanie z przyznanej podmiotowi kompetencji. Odróżnić należy od niego sytuację, w której aktualizuje się obowiązek skorzystania z kompetencji. Aktualizacja kompetencji oraz aktualizacja obowiązku czynienia z niej użytku są pojęciowo różne, choć – jak się wydaje – obie te aktualizacje występują najczęściej w jednym momencie: gdy aktualizuje się kompetencja do dokonania jakiejś czynności, aktualizuje się też obowiązek jej dokonania. Wskazane tu elementy kompetencji oraz obowiązek albo wolność czynienia z niej użytku stwarzają pole do rozmaitych wątpliwości i sporów.

Każda czynność konwencjonalna, do dokonania której jakiś podmiot uzyskuje upoważnienie (wydanie wyroku czy decyzji administracyjnej, powołanie na stanowisko, uchwalenie ustawy), ma swoją treść określaną jako zakres czynności konwencjonalnej. Ów zakres jest wyznaczany przez obowiązujące normy. Trudność wskazania zakresu czynności konwencjonalnej przekonująco daje się wykazać na przykładzie najbardziej złożonej spośród kompetencji – kompetencji prawodawczej do stanowienia ustaw. Zakres kompetencji ustawodawczej jest ograniczony przez nader ogólny warunek zgodności unormowań ustawowych z Konstytucją (dla uproszczenia pomijam w tym miejscu inne jeszcze prawne ograniczenia), a nadto bywa też wskazany w Konstytucji w takim np. przepisie: „Organizację Trybunału Konstytucyjnego oraz tryb postępowania przed Trybunałem

¹¹ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 104–111.

¹² M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006, s. 342.

określa ustawa” (art. 197 Konstytucji). Poza wcześniej wskazanymi, także i tu wyłania się obszerne pole do sporów, tym razem o zakres udzielanych kompetencji.

Złożoność sytuacji prawnej określanej jako „czyjaś kompetencja” powoduje, że spór kompetencyjny określany skrótowo jako spór o właściwość co najmniej dwóch organów do rozstrzygnięcia danej sprawy wyraża się w rozbudowanym pytaniu: „czy organ X czy Y jest upoważniony do tego, by przez dokonanie określonej czynności konwencjonalnej w określonych okolicznościach rozstrzygać określoną sprawę?”. Przy takiej skomplikowanej sytuacji rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego musi być poprzedzone jednoznacznym określeniem wszystkich wskazanych w pytaniu elementów.

4. W ujęciu modelowym kompetencje przyznawane organom państwa mają charakter rozłączny¹³. Takim założeniem kieruje się racjonalny prawodawca, konstruując system prawny. Dyrektywą o rozłączności kompetencji kieruje się też interpretator przepisów prawnych. Zgodnie z podstawową intuicją kompetencje dwóch organów są rozłączne, jeżeli żaden z nich nie został upoważniony do dokonania tej samej czynności konwencjonalnej lub nawet różnych czynności konwencjonalnych, ale powodujących te same konsekwencje (szerokie rozumienie rozłączności) albo jest tak, że organy te uzyskały wprawdzie kompetencje do dokonywania tej samej czynności lub czynności powodujących te same konsekwencje, ale nie w tych samych okolicznościach lub nie po to, by przez te czynności rozstrzygać sprawy tego samego rodzaju (wąskie rozumienie rozłączności).

Poza respektowaniem dyrektywy rozłączności kompetencji modelowy system prawny wolny jest od luk konstrukcyjnych; nie jest w nim tak, że przewiduje dokonywanie czynności konwencjonalnych, nie wskazując podmiotów upoważnionych do ich dokonywania lub reguł dokonywania tych czynności¹⁴.

Spór kompetencyjny jest, jak zaznaczono, sytuacją, w której podmioty formułują sprzeczne względem siebie twierdzenia. Źródłem ich sporu jest niejasność stanu prawnego lub aspiracje uwikłanych w spór organów zmierzających do rozszerzenia swoich wpływów¹⁵. Z punktu widzenia rozstrzygnięcia sporów kompetencyjnych motywy którymi się kierują, są obojętne.

Każdy z uczestników sporu utrzymuje, że jego kompetencja ma podstawy prawne wywodzone najczęściej z tekstu prawnego. Tekst ten musi więc zostać przez rozstrzygającego spór poddany interpretacji.

W przypadku gdy w wyniku interpretacji przepisów kompetencyjnych zostanie ustalone, że upoważnienie do rozstrzygnięcia spraw danego rodzaju w drodze określonej czynności konwencjonalnej i w określonych okolicznościach przysługuje organowi Y, a nie organowi X, spór zostaje rozstrzygnięty na korzyść tego pierwszego. Jeżeli w rezultacie dokonanej wykładni organ rozstrzygający spór skonstatuje wadę systemu polegającą

¹³ K. Świrydowicz, *Analiza logiczna pojęcia kompetencji normodawczej*, Poznań 1981, s. 20.

¹⁴ Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 219–224.

¹⁵ W. Skrzydło, *Rola Trybunału Konstytucyjnego w rozstrzygnięciu sporów kompetencyjnych* (w:) *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi W. Sokolewiczowi na 70 urodziny*, Warszawa 2002, s. 484.

jąca na tym, że system obciążony jest luką lub kompetencje organów nie są rozłączne, to znaczy, że toczony między organami spór nie ma charakteru sporu kompetencyjnego i jego rozstrzygnięcia nie może dokonać TK. Naprawienie wady systemu wymaga bowiem w takiej sytuacji ingerencji prawodawcy, do dokonywania której Trybunał nie został upoważniony. Mowa tu oczywiście o działaniach TK w granicach wyznaczonych mu kompetencji, a nie o możliwych do wyobrażenia rozstrzygnięciach faktycznych o charakterze precedensowym.

Może wystąpić jeszcze jedna „sporna” sytuacja, o której była już wcześniej mowa, mianowicie że uczynienie użytku z kompetencji przez podmiot X wpływa na kompetencje podmiotu Y, zakres tych kompetencji lub sytuację prawną, która została ukształtowana przez uczynienie przez podmiot Y z jego kompetencji użytku. Spór taki, dotyczący kompetencji tych organów, nie jest jednak sporem o charakterze kompetencyjnym, lecz sporem o podstawy kompetencyjne działania organu X, a więc o normę udzielającą mu kompetencji. A w przypadku ustalenia, że organowi X kompetencje przyznano, stwierdzić trzeba jeszcze inną wadę systemu, mianowicie niezgodność prakseologiczną norm, która to wada także nie jest eliminowana w drodze rozstrzygnięcia sporów przez Trybunał Konstytucyjny.

5. Spróbujmy z kolei, opierając się na poczynionych ustaleniach, rozważyć, jaki charakter ma spór, o którym Marszałek Sejmu twierdzi, że toczy się między Sejmem RP i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym, i określa każdy z nich jako spór kompetencyjny.

Podmiotami sporu są, co niewątpliwe, organy państwa mające status organów centralnych i konstytucyjnych. Pozostaje więc ustalić przedmiot sporu. Zauważmy najpierw, że poszczególne te organy należą odpowiednio do władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, które to władze, zgodnie z art. 10 Konstytucji, są rozdzielone. Dokonując zatem interpretacji przepisów określających ich kompetencje, trzeba nie tylko kierować się dyrektywą głoszącą, że kompetencje przyznane jakiemuś organowi muszą być jednoznacznie wyrażone w przepisach, nie tylko dyrektywą, że językowo jednoznaczny przepis, przyznający jakiemuś organowi kompetencje, nie może być interpretowany rozszerzająco ani zwężająco, ale także zasadą głoszącą, że kompetencje przyznane organom państwa należącym do poszczególnych wymienionych władz są rozłączne i możliwe wątpliwości interpretacyjne należy rozstrzygać zgodnie z tą zasadą.

Określając przedmiot sporu kompetencyjnego między Sejmem a Sądem Najwyższym, Marszałek Sejmu formułuje go w postaci pytania, które po pewnym niezmiennym jego sensu przereformowaniu brzmi następująco: „który z organów, Sejm czy Sąd Najwyższy, jest upoważniony, by rozstrzygać sprawy z zakresu ustroju i wymiaru sprawiedliwości (w związku z orzeczeniem sądu międzynarodowego)?”.

Zgodnie z art. 176 ust. 2 Konstytucji „Ustrój i właściwość sądów oraz postępowanie przed sądami [co we wniosku Marszałka zostało określone jako spory z zakresu ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości – przyp. S.W.-J.] określają ustawy”. Kompetencja Sejmu do unormowania („rozstrzygnięcia”) wyżej przytoczonych spraw przyznana ustawą zasadniczą nie budzi wątpliwości. Podobnie wątpliwości nie budzi czynność,

poprzez którą to rozstrzygnięcie następuje. Jest nią akt uchwalenia ustawy – w rozważanym przypadku – normującej sprawy wskazane w art. 176 ust. 2.

Sąd Najwyższy z kolei w ramach nadzoru judykacyjnego (art. 183 ust. 1 Konstytucji) został przez ustawodawcę upoważniony do wydawania uchwał interpretacyjnych, a więc uchwał zawierających rezultat poddanych wykładni przepisów prawnych. Przy czym, zgodnie z art. 83 ustawy o Sądzie Najwyższym, może to uczynić w określonych okolicznościach („jeżeli w orzecznictwie sądów powszechnych, sądów wojskowych lub Sądu Najwyższego ujawnią się rozbieżności w wykładni przepisów prawa będących podstawą ich orzekania”) i na wniosek podmiotów wskazanych w § 1 i § 2 tego artykułu. Uchwały, o których mowa, mogą mieć, jak się utrzymuje w literaturze, charakter abstrakcyjny. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że ustalenie wykładniczych kompetencji Sądu Najwyższego jest znacznie trudniejsze niż ustalenie ustawodawczych kompetencji Sejmu w tym przypadku. Kompetencja SN aktualizuje się w określonych okolicznościach, jest realizowana na wniosek, którego wystąpienie jest uwarunkowane z kolei „zapewnieniem jednolitości orzecznictwa” i – co najtrudniejsze – wykładni mogą być poddane przepisy prawa „będące podstawą orzekania” przez sądy, w których orzecznictwie ujawniły się rozbieżności w wykładni.

Samo sformułowanie przedmiotu sporu kompetencyjnego wskazuje, że chodzić ma w nim o sprawy tego samego rodzaju, mianowicie o „ustrój i organizację wymiaru sprawiedliwości”. Nie sposób się z tym nie zgodzić. Trzeba jednak podkreślić, że w przypadku Sejmu sprawy te – zgodnie z rolą Sejmu jako władzy ustawodawczej – mają być przedmiotem jego regulacji ustawowej, w przypadku Sądu Najwyższego natomiast – zgodnie z wyznaczonymi mu zadaniami – regulacje dotyczące ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości mają być przedmiotem jego wykładni, przybierającej sformalizowaną postać. „Rozstrzygnięcie” tych spraw ma odbywać się przy tym za pomocą różnych czynności konwencjonalnych powodujących odmienne konsekwencje, Sejm jest bowiem upoważniony do stanowienia ustaw, a Sąd Najwyższy do wydawania wykładniczych uchwał. Nie mamy tu więc do czynienia z sytuacją, w której co najmniej dwa organy uznają się za właściwe (kompetentne) do rozstrzygnięcia tej samej sprawy. I to już wystarczy do skonstatowania, że w rozważanym przypadku nie mamy do czynienia ze sporem kompetencyjnym Sejmu z Sądem Najwyższym. Nie oznacza to braku konfliktu między tymi organami, czy też wątpliwości co do tego, czy Sąd Najwyższy, wydając 23.01.2020 r. żywo dyskutowaną uchwałę trzech połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, nie przekroczył przyznanych mu kompetencji. Pytanie o wykładnicze kompetencje SN¹⁶, w szczególności o przepisy mogące być przedmiotem jego wykładni (przepisy będące „przedmiotem orzekania sądu”), jest jednak pytaniem o sprawę inną niż spór kompetencyjny. Nawiasem można dodać, że prawodawca musi liczyć się z tym, iż jego tekst jest poddawany interpretacji przez organy stosujące prawo i jej wynik może nie odpowiadać jego intencji. Dzieje się tak niezależnie od tego, czy organy te zostały wyposażone w specjalne kompetencje wykładnicze, czy upoważnienia takiego nie uzyskały i ich interpretacja ma charakter wykładni dokonywanej

¹⁶ Uchwała połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), dalej uchwała 3 Izb; www.sn.pl.

w procesie bieżącego stosowania prawa i nieprzybierającej postaci wykładni sformalizowanej. Stan prawny jest bowiem kształtowany przez prawodawcę stanowiącego przepisy, instytucje dokonujące wykładni tych przepisów oraz uznaną doktrynę prawniczą. Jeżeli jakiś organ, w rozważanym przypadku SN, uzyskuje kompetencję do wydawania wykładniczych uchwał i z kompetencji tej czyni użytek, to możliwe jest postawienie co najmniej dwóch pytań: czy nie przekroczył przyznanych mu kompetencji do dokonywania aktów wykładni oraz czy norma udzielająca mu kompetencji nie jest niezgodna z normą wyższego rzędu. Można także zapytać, czy norma udzielająca kompetencji nie jest dysfunkcyjna dla systemu. Odpowiadając na pierwsze pytanie, można dojść do wniosku, że organ ten działał nielegalnie, na drugie zaś – że norma, w oparciu o którą działał, jest niekonstytucyjna, a na trzecie – że w systemie ujawniła się niezgodność prakseologiczna. Żaden ze wskazanych przypadków nie ma nic wspólnego z konstytucyjnym rozumieniem sporu kompetencyjnego. Sprawa dotyczy bowiem istnienia albo nieistnienia kompetencji Sądu Najwyższego i jej ewentualnego przekroczenia.

Niezależnie od legalności albo nielegalności aktu wykładni dokonanej przez organ stosujący prawo prawodawca, który nie godzi się z rezultatami tej wykładni, dysponuje narzędziem, by się jej przeciwstawić (w praktyce chodzić będzie o wystarczająco powszechne i utrwalone rezultaty wykładni). Narzędziem tym jest zmiana treści przepisów prawnych i nadanie im takiego kształtu słownego, by niepożądana przez prawodawcę wykładnia okazywała się niemożliwa, a w skrajnym przypadku zmiana przepisów upoważniających do dokonywania wiążącej wykładni.

Nie można jednak podzielić poglądu, że akty prawne Sejmu muszą być interpretowane zgodnie z aktualną wolą Sejmu¹⁷. W polskiej kulturze prawnej wykładni dokonuje się według powszechnie przyjętych w niej reguł wykładni: nie znajdujemy wśród nich reguły nakazującej interpretować akty parlamentu zgodnie z wolą aktualnej większości.

6. Jeżeli chodzi o spór między Prezydentem RP a Sądem Najwyższym, to określenie jego przedmiotu jest we wniosku Marszałka nader niejasne. Najogólniej wskazanym przedmiotem sporu mogą być – jak w przypadku sporu Sądu Najwyższego i Sejmu – sprawy z zakresu „ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości”, tyle że w tym zakresie spraw udzielono Prezydentowi upoważnienia do dokonywania, typowych dla władzy wykonawczej, indywidualnych aktów nominacyjnych. Wątpliwości zgłaszane we wniosku oraz ich uzasadnienie w sposób mało precyzyjny odnoszą się do kilku spraw: wykładni przepisów Konstytucji, działań Prezydenta i „niweczących” je działań SN. Wnioskodawca kwestionuje w szczególności upoważnienie Sądu Najwyższego do oceny skuteczności powołania sędziego przez Prezydenta, zwłaszcza „nadania sędziemu, którego dotyczy akt powołania prawa do wykonywania władzy sądowniczej” oraz kompetencję tego sądu do dokonywania „wiążącej interpretacji przepisów Konstytucji w związku z wykonywaniem przez Prezydenta prerogatywy, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji RP”.

Ujmując przedmiot sporu w formę pytania, wnioskodawca nadaje mu następującą

¹⁷ L. Morawski, *Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej 21.12.2015. – Analiza krytyczna*, „Prawo i Więź” 2017/2, s. 114.

niefortunną postać: czy wykonywanie kompetencji do powoływania sędziów (art. 179 Konstytucji RP) i związana z tym kompetencja do interpretacji przepisów Konstytucji w tym zakresie oraz ocena skuteczności dokonanego aktu nominacyjnego może być (jest) przedmiotem weryfikacji Sądu Najwyższego lub innego sądu, czy też czynności te są zastrzeżone wyłącznie do kompetencji Prezydenta i nie podlegają kontroli władzy sądowniczej? Jako przedmiot sporu wskazuje się więc czynność powołania sędziego, kontrolę tej czynności oraz wykładnię przepisów odnoszących się do powołania sędziego. W gruncie rzeczy chodzi jednak o to, czy prezydencki akt powołania sędziego może być weryfikowany przez Sąd Najwyższy lub inny sąd, z takim skutkiem, że uznaje się, iż owemu sędziemu nie przysługuje władza sędziowska.

Spśród czynności wskazanych w sformułowanym wyżej pytaniu dwie mają niewątpliwie charakter czynności konwencjonalnych: akt powołania sędziego przez Prezydenta i akt kontroli powołania przez sąd, przy czym są to czynności konwencjonalne zupełnie innego rodzaju. Mamy tu więc do czynienia z dwiema różnymi kompetencjami, bo kompetencjami do dokonywania różnych czynności konwencjonalnych powodujących odmienne konsekwencje.

Co natomiast dotyczy wykładni przepisów dokonywanej przez podmioty, które zdaniem Marszałka Sejmu są uwikłane w spór, to każdy z nich jest upoważniony w zakresie spraw, które rozstrzyga, do dokonywania interpretacji przepisów do tych rozstrzygnięć niezbędnych. Ich wykładnia nabiera przy tym mocy wiążącej w stosunku do rezultatów wykładni innych podmiotów uczestniczących w sprawie. Z tego punktu widzenia dokonywana przez Prezydenta wykładnia przepisów odnoszących się do powoływania sędziego nie wyróżnia się niczym szczególnym; ma charakter wiążący w sprawie, którą Prezydent rozstrzyga, ale nie ma waloru wykładni powszechnie wiążącej. Mówiąc dobitniej – dokonując aktu powołania sędziego, Prezydent interpretuje przepisy Konstytucji odnoszące się do aktu powołania i jego wykładnia ma charakter wiążący dla uczestników postępowania nominacyjnego.

Natomiast istota pytania o wykładnicze kompetencje SN, przyznane mu w art. 83 ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym, polega na tym, czy konstytucyjne przepisy dotyczące powołania sędziego są przepisami, do wiążącej interpretacji których Sąd Najwyższy uzyskał upoważnienie.

Pytanie, które zadaje Marszałek Sejmu, dotyczy także samego aktu powołania sędziego. W świetle unormowań konstytucyjnych jest oczywiste, że kompetencja do powoływania sędziego przysługuje wyłącznie Prezydentowi RP. Wprawdzie działa on nie z własnej inicjatywy, lecz na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, jednak akt powołania jest jego prerogatywą. Sąd Najwyższy nie jest wyposażony w kompetencje tego rodzaju i nie wysuwa takich roszczeń. Jeśli więc chodzi o powoływanie sędziego, nie istnieje między Prezydentem RP a Sądem Najwyższym spór kompetencyjny – spór dwóch organów, uznających się za właściwe do dokonywania czynności konwencjonalnych tego samego rodzaju czy powodujących te same konsekwencje.

Pytanie o spór między Prezydentem a Sądem Najwyższym w zakresie kompetencji do kontrolowania aktu powołania sędziego można odczytać jako pytanie o kompetencje Prezydenta i SN do kontrolowania procedury poprzedzającej sam akt powołania sędzie-

go – procedury toczącej się przed Krajową Radą Sądownictwa, kompetencje Prezydenta do dokonania samokontroli powołania albo pytanie wyłącznie o kompetencje SN do kontrolowania prezydenckiego aktu powołania sędziego.

Odpowiadając na pierwsze pytanie, trzeba zauważyć, że kompetencja Prezydenta do kontrolowania procedury poprzedzającej akt nominacyjny (procedury toczącej się przed KRS) wywoływała w praktyce i literaturze wiele sporów, a i dziś jeszcze nie ma w tym zakresie utrwalonego, jednoznacznego stanowiska. Jeżeli przyjąć, że Prezydent jest upoważniony do kontroli, o której mowa, a może nawet do niej obowiązany, i że jego kompetencja do powołania sędziego aktualizuje się dopiero po jej dokonaniu, to nie ma to wpływu na sam akt powołania. Uchybienia w zakresie kontrolnym mogą mieć bowiem wpływ jedynie na to, że akt powołania będzie obarczony wadą, a nie na jego ważność. Mogą też mieć wpływ na ewentualną osobistą odpowiedzialność Prezydenta.

Orzekając z kolei o kompetencji Sądu Najwyższego do kontrolowania przednominacyjnego postępowania, trzeba by wskazać normę udzielającą mu takiego upoważnienia. Tymczasem w systemie brak takiej normy; SN nie został upoważniony do działań kontrolnych, o których mowa. Nie może więc istnieć spór kompetencyjny między Sądem Najwyższym a Prezydentem polegający na tym, że oba te organy zostały upoważnione do weryfikowania czynności poprzedzających powołanie sędziego przez Prezydenta.

Jeśli chodzi o drugie pytanie, to trzeba stwierdzić, że Prezydent nie ma upoważnienia, by dokonywać aktu samokontroli swoich aktów nominacyjnych. Wreszcie odpowiadając na trzecie z pytań, zauważyć należy najpierw, że możliwe są takie sytuacje, w których akt powołania sędziego przez Prezydenta byłby tak dalece i oczywiście wadliwy, że byłby aktem nieistniejącym (nieaktem). Wtedy nieistnienie takiego aktu stwierdzić może każdy, a zatem także SN. W każdym innym przypadku Sąd Najwyższy musiałby być wyposażony w kompetencje do kontrolowania aktu powołania sędziego. W polskim systemie prawnym żaden podmiot nie został upoważniony do dokonywania aktów tego rodzaju. Można postawić pytanie, czy jest politycznie i prawnie uzasadnione, aby w państwie prawa istniały takie czynności publicznoprawne, które nie podlegają niczyjej kontroli, ale *de lege lata* akt, o którym mowa, do takich należy. Z tego zaś można wysnuć wniosek, że Marszałek Sejmu formułuje zarzut, iż SN uzurpuje sobie prawo do weryfikowania prezydenckiego aktu powołania sędziego, podczas gdy akt ten na gruncie prawa polskiego nie podlega niczyjej kontroli. Zarzut Marszałka dotyczy więc działania SN bez podstawy prawnej. Sprawa wydaje się jednak jeszcze bardziej skomplikowana. Z aktem powołania sędziego związane jest, jak utrzymuje Marszałek Sejmu, „prawo do wykonywania władzy sądowniczej” (jest ono istotą, treścią tego aktu) i to prawo nie może zostać zakwestionowane. Pogląd taki wywodzi wnioskodawca z art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji, przyjmując, że prezydencka interpretacja tych przepisów jest wiążąca także dla Sądu Najwyższego. Tymczasem – jak twierdzi Marszałek Sejmu – SN, wydając uchwałę z 23.01.2020 r., kwestionuje to właśnie prawo „osób powołanych na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady

Sądownictwa, ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw”, czyniąc to nie poprzez konwencjonalny akt kontroli powołania sędziego, lecz wykładnię art. 439 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego¹⁸ oraz art. 379 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego¹⁹ dotyczących odpowiednio nienależytej obsady sądu albo sprzeczności składu sądu z przepisami prawa. Czyni więc użytek ze swojej konstytucyjnej kompetencji, skonkretyzowanej normą wyrażoną w art. 83 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym. Zarzut, który takiemu działaniu stawia Marszałek Sejmu, dotyczy tego, że przyjęta przez SN wykładnia wymienionych powyżej przepisów stwarza w konsekwencji możliwość zakwestionowania prawa niektórych osób powołanych przez Prezydenta na stanowisko sędziego do sprawowania przez nie władzy sądowniczej. I w tym sensie akt prezydencki zostaje poddany weryfikacji SN lub innego sądu.

Zauważmy, że teoretycznie możliwe jest takie ukształtowanie instytucji powołania sędziego przez głowę państwa, że akt powołania będzie w szczególnych okolicznościach i przy spełnieniu określonych warunków poddany weryfikacji władzy sądowniczej. *De lege lata* takie rozwiązanie nie znajduje podstaw w polskim systemie prawnym. Marszałek zdaje się przy tym twierdzić, że na gruncie obowiązującego polskiego prawa rozwiązanie takie byłoby możliwe jedynie, gdyby przewidywała je ustawa zasadnicza, bo tylko ona mogłaby przewidzieć wyjątek od „istoty aktu powołania”, jaką jest sprawowanie władzy sądowniczej.

Zgodnie ze stanowiskiem Marszałka Sejmu wykładnia dokonana przez Sąd Najwyższy uchwałą z 23.01.2020 r. daje podstawy do tego, by Sąd Najwyższy lub inny sąd kwestionował władzę sprawowania wymiaru sprawiedliwości przyznaną osobie, którą Prezydent powołał na sędziego na wniosek nowej KRS. Czynienie użytku z tak rozumianej kompetencji sądów pozostaje w niezgodzie z kompetencją Prezydenta RP do powoływania sędziów, bo „niweczy” prezydencki akt ich powołania. Jeżeli jednak jest tak, to zarzut Marszałka dotyczy kompetencji do dokonywania przez Sąd Najwyższy wykładni stosownych przepisów Kodeksu postępowania karnego oraz Kodeksu postępowania cywilnego (a nie przepisów Konstytucji odnoszących się do powołania sędziego) – zakresu tej kompetencji i poprawności dokonanej przez SN wykładni, a skierowany do Trybunału wniosek nie jest wnioskiem o rozstrzygnięcie sporu kompetencyjnego, którego tu nie ma, lecz wnioskiem o weryfikację rezultatów wykładni dokonanej przez SN lub ewentualnie podstaw prawnych, w oparciu o które jej dokonano.

Sprawa poprawności wykładni dokonanej przez SN nie jest tematem mojego zainteresowania. Trzeba jednak zaznaczyć, że została ona dokonana w związku z wyrokiem TSUE, co istotnie zmieniło kontekst interpretowanych przepisów. Interpretacja polskich unormowań musi się w tej sytuacji odbywać w kontekście prawa Unii Europejskiej odnoszącego się do prawa wykonywania władzy sądowniczej.

¹⁸ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

¹⁹ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

7. Wniosek Marszałka Sejmu opiera się na szerokim, postulowanym jedynie w literaturze i nieznajdującym żadnego oparcia w praktyce orzeczniczej pojmowaniu „sporu kompetencyjnego”, zmierzając do wydania przez TK precedensowego rozstrzygnięcia. Propozycje wysuwane w literaturze uważam za nieuzasadnione przede wszystkim dlatego, że doktrynalna zmiana definicji „sporu kompetencyjnego” prowadziłaby – a miałyby to miejsce w rozważanym przypadku – do zmiany kompetencji udzielonej Trybunałowi Konstytucyjnemu. Ponadto, o czym wspomniano, szerokie rozumienie „sporu kompetencyjnego” jest niebezpiecznie nieprecyzyjne, a to narusza wszelkie standardy wyznaczania kompetencji organom władzy publicznej. Ów brak precyzji stwarza pokusę instrumentalnego występowania z wnioskami o rozstrzygnięcie sporów kompetencyjnych, motywowanego nie potrzebą rozstrzygnięcia sporu, lecz zawieszeniem postępowania przed organami, które spór prowadzą. Wreszcie w szerokim rozumieniu sporu kompetencyjnego mieszczą się sytuacje, które określono wcześniej jako rodzaj prakseologicznej niezgodności między normami. Pozostawienie ich rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu byłoby wyposażaniem go w kompetencje prawotwórcze, wykraczające daleko poza rolę negatywnego prawodawcy.

ABSTRACT

prof. dr hab. Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

The author is a theoretician of law, a retired professor of legal sciences at the University of Adam Mickiewicz in Poznan, retired judge of the Constitutional Tribunal.

Some remarks on the competence dispute between Sejm of the Republic of Poland and Supreme Court, and between President of the Republic of Poland and Supreme Court

The article expounds on the findings of theory of law regarding competence and incompatibilities between competence norms, with the aim to clarify constitutional concept of a competence dispute.

On this basis, it has been shown that the dispute between Sejm of the Republic of Poland and Supreme Court, and between President of the Republic of Poland and Supreme Court, which has been forwarded to the Polish Constitutional Court, is a dispute which concerns politics, not the competence.

Keywords: *Constitution, competence, concept of a competence dispute*

prof. dr hab. Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

ORCID: 0000-0001-9363-9986; e-mail: swj@amu.edu.pl

Autorka jest teoretykiem prawa, emerytowanym profesorem Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, sędzią Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Czarny Piotr**, *Konstytucyjne spory kompetencyjne (wybrane zagadnienia teoretyczne)*, „Przegląd Konstytucyjny” 2014/2, s. 77
- Garlicki Lech** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, t. VI, uwaga do artykułu 189 Konstytucji
- Garlicki Lech**, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012
- Mączyński Andrzej, Podkowiak Jan** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, t. 2, uwaga do art. 189 Konstytucji
- Morawski Lech**, *Opinia Komisji Weneckiej w sprawie ustawy nowelizującej 21.12.2015. – Analiza krytyczna*, „Prawo i Więź” 2017/2, s. 114
- Sarnecki Paweł**, *Spory kompetencyjne przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2009/5, s. 14
- Skrzydło Wiesław**, *Rola Trybunału Konstytucyjnego w rozstrzyganiu sporów kompetencyjnych* (w:) *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane Profesorowi W. Sokolewiczowi na 70 urodziny*, Warszawa 2002
- Świrydowicz Kazimierz**, *Analiza logiczna pojęcia kompetencji normodawczej*, Poznań 1981
- Wojciechowski Maciej**, *Spory sędziowskie. Zdania odrębne w polskich sądach*, Gdańsk 2019
- Wronkowska Sławomira, Ziemiński Zygmunt**, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997
- Zieliński Maciej**, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2006
- Ziemiński Zygmunt**, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980
- Zubik Marek**, *O rozstrzyganiu „sporów kompetencyjnych” przez Trybunał Konstytucyjny* (w:) *Prawa człowieka – społeczeństwo obywatelskie – państwo demokratyczne*, red. P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas, Warszawa 2010

Pojęcia kluczowe: *bezpośredni skutek prawa UE, pierwszeństwo prawa UE, autonomia proceduralna, pojęcie podmiotu prywatnego w prawie UE*

A Artykuły

Maciej Szpunar

WYBRANE PROBLEMY STOSOWANIA PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ PRZED SĄDAMI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

Artykuł dotyczy podstawowych pojęć związanych ze stosowaniem prawa UE przed sądami krajowymi. Rozważania autora koncentrują się przede wszystkim na tych zagadnieniach, które – w świetle jego doświadczeń zawodowych – mają znaczenia dla praktyków prawa. W pierwszej kolejności autor omawia zasadę bezpośredniego skutku i zasadę pierwszeństwa. Szczególną uwagę poświęcono problematyce autonomii proceduralnej i jej konsekwencjom. W ostatniej części artykułu odniesiono się do pojęcia podmiotu prywatnego.

WPROWADZENIE

Celem niniejszego opracowania jest próba usystematyzowania zagadnień związanych ze stosowaniem prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich. Zdaję sobie oczywiście sprawę, że wyczerpujące omówienie tej problematyki jest zadaniem niezwykle trudnym, a może wręcz niewykonalnym. O ile podstawowe zasady stosowania prawa Unii wydają się być już od wielu lat ugruntowane, o tyle wiele spośród zagadnień szczegółowych budzi kontrowersje, i to zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie.

Dodatkowe utrudnienie wynika z faktu, że dla opisanego zasad stosowania prawa Unii używa się, przede wszystkim w doktrynie, skomplikowanej siatki pojęciowej. Zdarza się również, że te same pojęcia są różnie rozumiane. Nie jest moją ambicją, aby w tym miejscu kwestie te szczegółowo wyjaśniać. Chciałbym ograniczyć się do przypomnienia

najbardziej istotnych i zarazem najmniej kontrowersyjnych mechanizmów służących stosowaniu prawa Unii Europejskiej w państwach członkowskich. Pominę przy tym zagadnienia, które w moim przekonaniu są istotne przede wszystkim dla rozważań doktrynalnych, a skupię się na tym, co – w świetle moich doświadczeń zawodowych – może zainteresować praktyków prawa.

W ostatnich latach – głównie w kontekście debaty związanej z praworządnością – obserwowujemy zwiększone zainteresowanie, przede wszystkim praktyków, prawem Unii. Pragnąłbym zatem, aby niniejsze opracowanie stało się swego rodzaju „brykiem”, czy używając terminologii angielskiej „*executive summary*”, dla tych prawników, którzy do tej pory nie zajmowali się prawem Unii, a chcieliby się na ten temat czegoś więcej dowiedzieć – bez sięgania do pogłębionych opracowań. Należy przy tym podkreślić, że niniejsze opracowanie nie jest adresowane do prawników, którym bliska jest problematyka prawa Unii Europejskiej. Nie sądzę, aby znaleźli oni w nim cokolwiek nowego.

Celowo nie używam w niniejszym opracowaniu zwrotu „stosowanie prawa Unii w porządkach prawnych państw członkowskich”, bowiem prawo Unii jest elementem tych porządków prawnych. Nie mamy tu do czynienia z żadną dychotomią. Przecistawianie porządku prawnego państw członkowskich prawu Unii jest błędne. Mówiąc zatem o polskim porządku prawnym, jak i o porządku prawnym każdego innego państwa członkowskiego, nie możemy zapominać, że ich elementem jest również prawo Unii.

Stosowanie prawa Unii przez organy sądowe państw członkowskich opiera się na dwóch naczelnych zasadach. Chodzi o **zasadę pierwszeństwa** i **zasadę bezpośredniego skutku**.

PIERWSZEŃSTWO PRAWA UNII

Zasada pierwszeństwa oznacza, że w przypadku kolizji pomiędzy normą unijną a normą prawa wewnętrznego należy zastosować normę unijną. Wydaje się, że warto w tym miejscu przypomnieć, jak rozumiana jest zasada pierwszeństwa w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. Otóż można w tym zakresie wyprowadzić kilka bezspornych wniosków.

1. Zasada pierwszeństwa nie wynika z uregulowań konstytucyjnych państw członkowskich, lecz ma swoje źródło w samych traktatach. Oznacza to, że pierwszeństwo prawa Unii jest niezależne od tego, jak konstytucja danego państwa reguluje stosunek prawa międzynarodowego do prawa wewnętrznego.
2. Działanie zasady pierwszeństwa od chwili wejścia normy unijnej i normy wewnętrznej (norma unijna jest nadrzędna zarówno w stosunku do wcześniejszej, jak i późniejszej normy prawa wewnętrznego).
3. Zasada pierwszeństwa dotyczy także norm konstytucyjnych państwa członkowskiego.
4. Sprzeczność normy wewnętrznej z normą unijną nie powoduje nieważności normy wewnętrznej, lecz jedynie wyłączenie możliwości jej zastosowania. Tym niemniej, choć sprzeczność z prawem Unii nie powoduje *ipso iure* nieważności przepisu wewnętrznego, to jednak ze względu na bezpieczeństwo obrotu prawnego państwo członkowskie powinno uchylić taki przepis.

5. Obowiązek zastosowania normy unijnej i pominięcie sprzecznej z nią normy wewnętrznej spoczywa na każdym organie państwa członkowskiego odpowiedzialnym za stosowanie prawa.
6. Każdy organ państwa członkowskiego stosujący prawo musi mieć kompetencję do samodzielnego stwierdzenia sprzeczności i do odmowy zastosowania sprzecznego z prawem Unii przepisu prawa wewnętrznego. Jego kompetencja w tym zakresie nie może być uzależniona od decyzji innego organu (np. sądu konstytucyjnego).

BEZPOŚREDNI SKUTEK PRAWA UNII

Zasada bezpośredniego skutku oznacza możliwość bezpośredniego powoływania się na przepisy prawa Unii przed organami państw członkowskich. Najczęściej dotyczy to tych sytuacji, w których strona dochodzi swoich praw, których źródłem jest prawo Unii. Dziś nie ma wątpliwości, że z bezpośrednim skutkiem mamy do czynienia także wówczas, gdy strona powołuje się na normę prawa Unii nie w celu wywiedzenia z niej swoich praw, lecz w celu podniesienia zarzutu opartego na obiektywnej wadliwości danej procedury lub decyzji. Z sytuacją taką mamy do czynienia chociażby wówczas, gdy strona kwestionuje ważność decyzji administracyjnej, powołując się na niedopełnienie w trakcie jej wydawania wymogów wynikających z prawa Unii (np. w zakresie oceny oddziaływania na środowisko). Inny przykład, zainspirowany polskimi doświadczeniami, to kwestionowanie dopuszczalności stosowania aktów prawnych przyjętych z naruszeniem obowiązku notyfikacji, to znaczy wcześniejszego konsultowania projektu aktu prawnego z instytucjami Unii.

W wielu podręcznikach, a także w orzecznictwie sądów Unii Europejskiej, napotkać można na twierdzenie, że tylko te normy prawa Unii mogą być bezpośrednio skuteczne, które są „wystarczająco precyzyjne” i „bezwarunkowe”. Nie chcę wprost kwestionować prawdziwości takiego twierdzenia. Nie wydaje mi się jednak, aby oddawało ono istotę problemu, przed którym mogą stanąć organy stosujące prawo w państwach członkowskich. Stojąc wobec dylematu, czy dany przepis prawa Unii może być bezpośrednio zastosowany, należy sobie zadać inne pytanie, a mianowicie takie, czy na podstawie takiego przepisu można określić jego adresata oraz zakres praw i obowiązków z niego wynikających. Innymi słowy, chodzi o określenie, czy dany przepis nadaje się po prostu do stosowania.

Odpowiedź na tak postawione pytanie zależy nie tylko od samej treści takiego przepisu, lecz także od kontekstu proceduralnego, w którym dochodzi do jego ewentualnego zastosowania. W gruncie rzeczy dylematy, przed którymi stoimy, stosując normy prawa Unii, nie różnią się znacząco od dylematów towarzyszących stosowaniu prawa wewnętrznego.

Pomijam w niniejszym opracowaniu problematykę **bezpośredniego skutku dyrektyw**. Ograniczę się jedynie do przypomnienia kwestii oczywistych. Otóż na podstawie przepisów dyrektywy, które nie zostały w ogóle implementowane do prawa wewnętrznego lub które zostały implementowane nieprawidłowo, nie można nakładać obowiązków na podmioty prawa. Wyjątkiem jest sytuacja, w której strona powołuje się bezpośrednio na przepis dyrektywy przeciwko państwu członkowskiemu, które naruszyło obowiązek implementacji (tak zwany **bezpośredni skutek wertykalny**).

Co do zasady natomiast wyłączony jest tak zwany **bezpośredni skutek horyzontalny**. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (Trybunał Sprawiedliwości lub Trybunał) – którego spójność pozostawia wiele do życzenia – na dyrektywę nie można się bezpośrednio powołać przeciwko podmiotowi prywatnemu (w celu wyłączenia zastosowania przepisu wewnętrznego sprzecznego z dyrektywą lub w celu wywiedzenia swoich praw wynikających z dyrektywy). Chciałbym podkreślić, że to ograniczenie w żaden sposób nie wpływa na kompetencję sądów państw członkowskich do zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniami prawnymi o wykładnię dyrektywy lub w celu dokonania oceny zgodności dyrektywy z aktami wyższego rzędu. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości to do sądu krajowego należy decyzja, czy w konkretnym przypadku będzie można bezpośrednio zastosować dyrektywę.

Ustalenie, że prawo Unii ma pierwszeństwo przed prawem wewnętrznym oraz że prawo to jest stosowane bezpośrednio, nie wyjaśnia wszystkich wątpliwości.

WYKŁADNIA AUTONOMICZNA PRAWA UNII

Stosowanie prawa Unii wiąże się z problematyką wykładni. Wykładni prawa Unii dokonują w pierwszej kolejności organy stosujące prawo w państwach członkowskich. Ostatecznym arbitrem w kwestii wykładni prawa Unii jest Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Do tej właśnie instytucji zwracają się sądy państw członkowskich zgodnie z procedurą prejudycjalną określoną w art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹.

W tym miejscu należy przypomnieć, że wykładnia prawa Unii opiera się najczęściej na **autonomicznym rozumieniu pojęć** użytych w przepisach tego prawa. Tylko w ten sposób można zapewnić, że prawo Unii będzie stosowane jednolicie we wszystkich państwach członkowskich. Temu właśnie celowi służy wspomniana wyżej procedura prejudycjalna i wynikająca z niej kompetencja Trybunału Sprawiedliwości do dokonywania wykładni prawa Unii.

Wykładnia autonomiczna stanowi częstokroć największe wyzwanie dla prawników w państwach członkowskich. Zmuszeni jesteśmy wówczas do tego, aby nadać inne znaczenie nawet najbardziej utrwalonym i powszechnie wykorzystywanym w prawie wewnętrznym pojęciom. Interpretując prawo Unii, możemy do prawa wewnętrznego sięgać tylko wówczas, jeżeli przepis prawa Unii zawiera stosowne odesłanie, a zdarza się to bardzo rzadko.

Zdarza się także, że dokonując wykładni takich pojęć zamieszczonych w przepisach prawa Unii, należy uwzględnić zarówno ich autonomiczny charakter, jak i prawo państwa członkowskiego. Jako przykład niech posłuży art. 5 rozporządzenia 1346/2000 w sprawie postępowania upadłościowego. Stanowi on:

„1. Wszczęcie postępowania upadłościowego nie narusza praw rzeczowych wierzycieli lub osób trzecich na materialnych lub niematerialnych, ruchomych lub nieruchomych składnikach majątku dłużnika – zarówno na określonych przedmiotach, jak i na

¹ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

zbiorze nieokreślonych przedmiotów o zmiennym składzie – które w chwili wszczęcia postępowania znajdują się na terytorium innego państwa członkowskiego.

2. Do praw określonych w ust. 1 należą w szczególności:

a) uprawnienie do zbycia przedmiotu lub przeznaczenia go do zbycia i zaspokojenia się z uzyskanych środków lub pożytków tego przedmiotu, w szczególności z tytułu zastawu lub hipoteki;

b) wyłączne prawo ściągnięcia wierzytelności, w szczególności z tytułu zastawu na wierzytelności lub przelewu tej wierzytelności w celu zabezpieczenia roszczenia;

c) prawo żądania wydania przedmiotu od każdego, kto wbrew woli uprawnionego posiada go lub użytkuje;

d) prawo rzeczowe do pobierania pożytków z przedmiotu”.

Otóż aby uznać dane prawo za prawo rzeczowe w rozumieniu tego przepisu, należy rozważyć dwie kwestie. Po pierwsze, musi chodzić o prawo rzeczowe w rozumieniu prawa państwa, na którego terytorium rzecz się znajduje. Po drugie, takie prawo rzeczowe musi spełniać – wynikające z prawa Unii – kryteria autonomiczne, o których mowa w ust. 2 cytowanego przepisu.

Przy dokonywaniu wykładni danego przepisu należy zatem uwzględnić miejsce tego przepisu w systemie prawa Unii. Dla przykładu, przepis zamieszczony w rozporządzeniu czy w dyrektywie powinien być interpretowany w świetle traktatów – w tym świetle Karty Praw Podstawowych², w świetle prawa międzynarodowego wiążącego Unię Europejską oraz w świetle ogólnych zasad prawa unijnego.

AUTONOMIA PROCEDURALNA

Szczególne trudności wynikają z faktu, że prawo Unii Europejskiej jest najczęściej stosowane obok prawa wewnętrznego państwa członkowskiego. Trudno jest mi wyobrazić sobie sytuację, w której sąd polski rozstrzygałby spór wyłącznie w oparciu o prawo unijne. Owo „kumulatywne stosowanie” prawa unijnego z prawem wewnętrznym może przejawiać się w dwóch wymiarach.

Pierwszy wymiar polega na konieczności zapewnienia „materialnej” zgodności prawa wewnętrznego z prawem unijnym. Chodzi zatem o dokonanie oceny, czy podlegający zastosowaniu w danym postępowaniu przepis prawa wewnętrznego jest zgodny z prawem Unii. Najczęściej polega to na tym, aby ustalić, czy dyrektywy unijne zostały należycie implementowane. Może też chodzić, na przykład, o dokonanie oceny, czy dany przepis prawa wewnętrznego jest zgodny z postanowieniami TFUE o podstawowych swobodach rynku wewnętrznego. W przypadku sprzeczności przepis taki nie może być zastosowany w związku z pierwszeństwem prawa Unii.

Drugi wymiar – i to na nim skupimy się w tej części rozważań – dotyczy **wykonywania (realizacji) praw wynikających z prawa Unii** przed organami państw członkowskich. To właśnie tutaj najlepiej widać, że prawo Unii nie może istnieć bez prawa wewnętrznego. Dzieje się tak z dwóch powodów.

² Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s.1), dalej KPP.

Po pierwsze, jak powszechnie wiadomo, zasadniczy ciężar stosowania prawa Unii spoczywa na organach państw członkowskich, podczas gdy instytucje unijne, jak chociażby Trybunał Sprawiedliwości, stosują prawo Unii w granicach przysługujących im kompetencji, które są ściśle wyznaczone w traktatach. I tak na przykład kompetencja Trybunału Sprawiedliwości do merytorycznego rozstrzygnięcia spraw ogranicza się wyłącznie do sporów, których stronami są instytucje Unii.

Jak wynika z art. 19 akapit 2 Traktatu o Unii Europejskiej³, państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii. To właśnie na tym tle pojawia się często nieporozumienie w odniesieniu do tego, co oznacza, że organizacja wymiaru sprawiedliwości podlega kompetencji państwa członkowskiego. Otóż bez wątplenia to państwa członkowskie decydują o ustroju sądownictwa. Ponieważ jednak sądy państw członkowskich są także odpowiedzialne za stosowanie prawa Unii, to w świetle traktatów, a przede wszystkim art. 19 akapit 2 TUE, należy ocenić, czy zapewniają one „skuteczną ochronę prawną w dziedzinach objętych prawem Unii”.

Po drugie, dość często zdarza się, że prawo Unii nie określa szczegółowo reguł, według których prawa (uprawnienia) wynikające z norm unijnych są dochodzone przed organami krajowymi. W takich sytuacjach z pomocą przychodzi – ukształtowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości – **zasada autonomii proceduralnej** państw członkowskich. Oznacza ona, że dochodzenie przed sądami krajowymi uprawnień wynikających z prawa Unii – w zakresie, w jakim nie reguluje tego samo prawo Unii – podlega prawu wewnętrznemu. Warto podkreślić, gdyż jest to często przedmiotem nieporozumień, że odesłanie do prawa wewnętrznego nie ogranicza się do prawa procesowego w ścisłym tego słowa znaczeniu. Wyobraźmy sobie, że strona dochodzi od Skarbu Państwa odszkodowania z tytułu naruszenia przez Polskę – jako państwo członkowskie – prawa Unii. Otóż w takiej sytuacji prawo polskie określi zarówno wszelkie kwestie procesowe służące realizacji takiego roszczenia (np. właściwość sądu, terminy), jak również materialnoprawne przesłanki takiej odpowiedzialności (w szczególności te, które wynikają z przepisów Kodeksu cywilnego⁴).

Trzeba jednak zaznaczyć – i jest to prawdopodobnie najbardziej znacząca z punktu widzenia praktyki uwaga poczyniona w ramach tej części rozważań – że właściwość prawa wewnętrznego w ramach autonomii proceduralnej nie jest nieograniczona. Prawo wewnętrzne podlega w tym zakresie ocenie pod względem zgodności z **zasadami równoważności i skuteczności**.

Zasada równoważności oznacza, że reguły postępowania w sprawach mających na celu zapewnienie ochrony uprawnień wynikających z prawa Unii nie mogą być mniej korzystne niż w przypadku podobnych postępowań o charakterze wewnętrznym.

Zasada skuteczności wymaga, by przepisy wewnętrzne nie były ukształtowane w sposób powodujący w praktyce, że korzystanie z uprawnień przyznanych przez porządek prawny Unii stanie się niemożliwe lub nadmiernie utrudnione.

³ Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30), dalej TUE.

⁴ Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.), dalej k.c.

ISTNIENIE „ELEMENTU TRANSGRANICZNEGO” JAKO PRZESŁANKA ZASTOSOWANIA PRAWA UNII

Chciałbym w tym miejscu odnieść się do zagadnienia, które budzi liczne wątpliwości – szczególnie z punktu widzenia postępowań przed organami państw członkowskich. Chodzi mianowicie o istnienie tak zwanego **elementu transgranicznego**. Innymi słowy, często pojawia się wątpliwość, czy można stosować prawo Unii w stanach faktycznych, które całkowicie zamykają się w jednym państwie członkowskim.

Otóż wymóg istnienia owego „elementu transgranicznego” dotyczy wyłącznie bezpośredniego stosowania przepisów traktatów o podstawowych swobodach rynku wewnętrznego (swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału). Wynika to wprost z zakresu zastosowania tych przepisów, który został ograniczony do utrudnień w funkcjonowaniu tych swobód pomiędzy państwami członkowskimi. Wymóg istnienia „elementu transgranicznego” nie występuje w innych sytuacjach. Pozostałe przepisy traktatów dotyczące np. zakazu dyskryminacji ze względu na płeć nie są ograniczone do stanów faktycznych o charakterze transgranicznym. Wymóg ten nie ma zastosowania również w przypadku podstawowych swobód rynku wewnętrznego, jeżeli dana materia została objęta harmonizacją na poziomie prawa pochodnego. Zastosowanie dyrektywy lub rozporządzenia nie jest co do zasady uzależnione od występowania „elementu transgranicznego”, chyba że wyjątkowo co innego wprost wynika z odpowiednich przepisów tych dyrektyw lub rozporządzeń.

STOSOWANIE PRAWA UNII A RODZAJ POSTĘPOWANIA PRZED ORGANEM PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Tę część opracowania chciałbym rozpocząć od kilku założeń wstępnych, których celem jest przypomnienie specyfiki oddziaływania prawa Unii na prawo państw członkowskich.

Po pierwsze, z punktu widzenia prawa Unii nie ma znaczenia, czy postępowanie przed sądem państwa członkowskiego dotyczy prawa publicznego, czy prywatnego. Zresztą sama próba zdefiniowania, czy w danej sprawie mamy do czynienia z prawem publicznym, czy prywatnym, byłaby w wielu sytuacjach nie tylko skomplikowana, ale i bezużyteczna. Nikt nie ma dziś wątpliwości, że prawo publiczne oddziałuje na stosunki cywilnoprawne, na przykład określając publicznoprawne konsekwencje zdarzeń cywilnoprawnych. Nie ma także znaczenia, wedle jakiej procedury toczy się postępowanie przed sądem krajowym (cywilna, karna czy sądownoadministracyjna).

Po drugie, prawo Unii jest prawem publicznym w tym znaczeniu, że traktaty stanowiące podstawę Unii Europejskiej są umowami międzynarodowymi zawartymi pomiędzy państwami członkowskimi. Oznacza to, że państwa członkowskie – jako strony tych traktatów – są w pierwszej kolejności i w sposób szczególny odpowiedzialne za realizację ich celów (art. 4 ust. 3 TUE).

Po trzecie, niektóre spośród przepisów prawa Unii są „adresowane” do podmiotów

prywatnych – jako podmiotów objętych zakresem zastosowania *ratione personae* danego przepisu. Oznacza to, że mogą one bezpośrednio nakładać obowiązki na podmioty prywatne. Przykładów tego rodzaju przepisów jest wiele. Mogą to być zarówno przepisy prawa pierwotnego, jak i prawa pochodnego. Spośród przepisów traktatowych, których zakres zastosowania obejmuje podmioty prywatne, wymienić można art. 18 TFUE – zakazujący dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, czy art. 157 TFUE – wyrażający zasadę równego wynagrodzenia dla kobiet i mężczyzn za taką samą pracę lub pracę tej samej wartości. Nie ma bowiem znaczenia, czy podmiotem, któremu zarzuca się naruszenie tych przepisów, jest podmiot prywatny, państwo członkowskie, czy podmiot usytuowany w strukturze administracyjnej państwa członkowskiego. Podobny charakter ma art. 101 TFUE, który zakazuje wszystkim przedsiębiorstwom działań o charakterze antykonkurencyjnym. Spośród aktów prawa pochodnego można wskazać rozporządzenie nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów⁵. Nakłada ono na wszystkich przewoźników lotniczych ściśle określone obowiązki wobec konsumentów. Przepisy prawa Unii są również źródłem europejskich praw własności intelektualnej. Dotyczy to wspólnotowych znaków towarowych⁶, wzorów przemysłowych⁷, oznaczeń geograficznych⁸, czy też ostatnio – patentów⁹.

Oddziaływanie tych przepisów polega na tym, że mogą one powodować powstanie, zmianę lub wygaśnięcie stosunku prawnego pomiędzy stronami. Dla przykładu, umowa sprzeczna z art. 101 TFUE (prawo konkurencji) jest nieważna. Podobnie, naruszenie tego samego przepisu przez przedsiębiorcę może skutkować jego odpowiedzialnością odszkodowawczą względem podmiotu, który poniósł z tego tytułu szkodę. Wreszcie, konsument uzyskuje – na podstawie unijnego rozporządzenia – uprawnienia względem przedsiębiorcy (np. do żądania odszkodowania za opóźniony lot).

OBOWIĄZKI PAŃSTW CZŁONKOWSKICH I ICH ORGANÓW W ŚWIETLE PRAWA UNII

Jak już wspomniałem powyżej, prawo Unii przywiązuje istotne znaczenie do ustalenia, czy adresatem obowiązku określonego w normie unijnej jest **państwo członkowskie, czy podmiot prywatny**.

⁵ Rozporządzenie nr 261/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.02.2004 r. ustanawiające wspólne zasady odszkodowania i pomocy dla pasażerów w przypadku odmowy przyjęcia na pokład albo odwołania lub dużego opóźnienia lotów, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2004/261/oj>.

⁶ Rozporządzenie Rady (WE) nr 207/2009 z 26.02.2009 r. w sprawie wspólnotowego znaku towarowego, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2009/207/oj>.

⁷ Rozporządzenie Rady (WE) NR 6/2002 z 12.12.2001 r. w sprawie wzorów wspólnotowych, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2002/6/oj>.

⁸ Rozporządzenie Rady (WE) nr 510/2006 z 20.03.2006 r. w sprawie ochrony oznaczeń geograficznych i nazw pochodzenia produktów rolnych i środków spożywczych, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2006/510/oj>.

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1257/2012 z 17.12.2012 r. wprowadzające wzmocnioną współpracę w dziedzinie tworzenia jednolitego systemu ochrony patentowej, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1257/oj>.

To **państwa członkowskie** – jako strony traktatu – są odpowiedzialne za realizację zadań Unii (Wspólnoty). Wyrazem tej odpowiedzialności jest chociażby, wynikająca z art. 4 ust. 3 TUE, **zasada lojalnej współpracy** (zwana również zasadą solidarności), w świetle której państwa członkowskie podejmują wszelkie środki służące realizacji zobowiązań wynikających z traktatu oraz ułatwiają Unii wykonywanie jej zadań. Obowiązki te nie ograniczają się do funkcjonowania tych organów państwa członkowskiego, które reprezentują to państwo na zewnątrz – wobec innych państw członkowskich oraz wobec Unii. W omawianym kontekście szczególne obowiązki spoczywają na organach odpowiedzialnych za stosowanie prawa w danym państwie członkowskim: na sądach i na organach administracyjnych. Chodzi tu przede wszystkim o obowiązki wynikające z zasady pierwszeństwa, zasady zgodnej („prounijnej”) wykładni oraz ze spoczywającego na tych organach obowiązku zapewnienia – szeroko rozumianej – praktycznej skuteczności prawa unijnego (*l'effet utile*).

Prawo Unii obejmuje liczne mechanizmy służące kontroli przestrzegania przez państwa członkowskie prawa UE. Takim mechanizmem jest chociażby – wynikająca z art. 258–260 TFUE – możliwość wystąpienia przez Komisję do Trybunału Sprawiedliwości o stwierdzenie naruszenia traktatu przez państwo członkowskie, co w ostateczności może prowadzić do nałożenia na to państwo kary finansowej. Istotne znaczenie ma również – sformułowana w judykaturze Trybunału – zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za szkodę wyrządzoną podmiotom prywatnym na skutek naruszenia prawa Unii.

Sytuacja **podmiotów prywatnych** – niebędących rzecz jasną stroną traktatów – jest znacząco inna. W tym przypadku obowiązek przestrzegania przez te podmioty prawa Unii może mieć jedynie źródło w konkretnej normie prawa Unii (której adresatem jest podmiot prywatny) i jedynie w świetle tej normy można rozważać konsekwencje jej naruszenia.

Z tego też względu warto przyjrzeć się, jak w świetle prawa Unii rozumiane są pojęcia „państwo” i „podmiot prywatny”.

ROZUMIENIE POJĘCIA „PAŃSTWO” W PRAWIE UNII

Pojęcie państwa jest w prawie Unii rozumiane bardzo szeroko. Obejmuje ono również podmioty, które w świetle prawa wewnętrznego stanowią odrębny byt prawny, lecz z uwagi na swoje usytuowanie w systemie władzy państwowej lub samorządowej oraz z uwagi na sprawowane funkcje są traktowane jako „emanacja państwa”. Literatura i orzecznictwo dotyczące omawianego zagadnienia są bardzo bogate i ilustrują złożoność problematyki. W każdym razie rozróżnienie pomiędzy państwem a innymi podmiotami prawa ma olbrzymie znaczenie praktyczne. Adresatami większości przepisów prawa Unii – i to zarówno prawa pierwotnego, jak i pochodnego – są państwa członkowskie. Jak zostało już podkreślone, państwa członkowskie są również stronami traktatu, a zatem również w świetle prawa międzynarodowego ponoszą one pełną odpowiedzialność za jego przestrzeganie niezależnie od tego, któremu podmiotowi funkcjonującemu w szeroko rozumianej strukturze państwa przypisuje się naruszenie prawa.

Nie jest oczywiście wykluczone, że odpowiedzialność odszkodowawczą – obok pań-

stwa członkowskiego – będzie ponosić podmiot publiczny, który w rzeczywistości wyraził szkodę. Judykatura dopuszcza także, aby w państwach o strukturze federalnej odpowiedzialność odszkodowawczą ponosiły także jednostki terytorialne tworzące federację. Nie powoduje to jednak zwolnienia państwa członkowskiego z ponoszenia odpowiedzialności ani nie zmienia to faktu, że rola państw członkowskich w zakresie stosowania prawa Unii ma charakter szczególny.

Konieczność zdefiniowania pojęcia państwa, „emanacji państwa”, organu administracyjnego czy też organu władzy publicznej pojawia się przy okazji stosowania wielu przepisów prawa Unii. Dotyczy to zarówno przepisów prawa pierwotnego, jak i prawa pochodnego.

W prawie pierwotnym chodzi tu między innymi o zatrudnienie w administracji publicznej w ramach swobodnego przepływu pracowników (art. 45 ust. 4 TFUE), o pomoc państwa dla przedsiębiorstw (art. 107 i n. TFUE), o przestrzeganie reguł konkurencji przez przedsiębiorstwa publiczne oraz przedsiębiorstwa, którym państwa członkowskie przyznają prawa specjalne lub wyłączne (art. 106 TFUE). Warto także wspomnieć o unormowaniach dotyczących polityki gospodarczej i pieniężnej (art. 119 i n. TFUE), z których – dla przykładu – art. 123 ust. 1 TFUE zakazuje Europejskiemu Bankowi Centralnemu udzielania „pożyczek na pokrycie deficytu lub jakichkolwiek innych kredytów instytucjom, organom lub jednostkom organizacyjnym Unii, rządowi centralnym, władzom regionalnym, lokalnym lub innym władzom publicznym, innym instytucjom lub przedsiębiorstwom publicznym państw członkowskich”.

Liczne odniesienia do pojęcia państwa lub organu publicznego odnajdujemy w prawie pochodnym. Dotyczy to przede wszystkim całej dziedziny zamówień publicznych, a także szczególnych uregulowań, jak chociażby dyrektywa 90/313/EWG w sprawie swobody dostępu do informacji o środowisku¹⁰ czy też dyrektywa 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi¹¹.

Z kolei w bogatej judykaturze Trybunału Sprawiedliwości odnajdujemy wiele odniesień do pojęcia państwa lub „emanacja państwa” w kontekście odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego z tytułu naruszenia prawa Unii oraz w kontekście bezpośredniego powoływania się na przepis dyrektywy w aspekcie wertykalnym (przeciwko organowi państwa). Warto także wspomnieć o definiowaniu przez Trybunał pojęcia „państwo” w przypadku określania personalnego zakresu zastosowania przepisów traktatu o podstawowych swobodach rynku wewnętrznego.

Jest kwestią dyskusyjną, czy w każdym z powyższych przypadków pojęcie państwa należy rozumieć w ten sam sposób. Próba udzielenia odpowiedzi na to pytanie wymaga-

¹⁰ Dyrektywa 2003/4/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 28.01.2003 r. w sprawie publicznego dostępu do informacji dotyczących środowiska i uchylająca dyrektywę Rady 90/313/EWG, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2003/4/oj>.

¹¹ Dyrektywa Komisji 2005/81/WE z 28.11.2005 r. zmieniająca dyrektywę 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi oraz w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2005/81/oj>.

łaby dokładnej analizy każdego z wymienionych przepisów prawa UE, co z pewnością wykraczałoby poza ramy rozważań. Nie wchodząc jednak w szczegóły tej problematyki, można sformułować kilka uwag o charakterze generalnym.

W każdym przypadku, w którym prawo Unii odwołuje się do pojęcia państwa, należy interpretować to pojęcie, uwzględniając funkcję danego przepisu. Nie ulega zatem wątpliwości, że inaczej należy rozumieć pojęcie państwa w kontekście zatrudnienia w administracji publicznej jako wyjątku od swobodnego przepływu pracowników (art. 45 ust. 4 TFUE), a inaczej – na przykład – w kontekście regulacji pomocy państwa (art. 107 i n. TFUE). Ponadto w niektórych przypadkach, jak chociażby w odniesieniu do prawa zamówień publicznych, regulacja unijna ustanawia autonomiczną definicję państwa, organów państwa oraz organów podlegających prawu publicznemu. Wydaje się, że posługiwanie się tymi definicjami w innych dziedzinach prawa Unii byłoby nadużyciem.

Prawo Unii w żaden sposób nie narzuca państwom członkowskim wewnętrznej struktury organizacyjnej. Jedynie w świetle prawa konstytucyjnego danego państwa członkowskiego należy ocenić, które organy tego państwa są wewnętrznie odpowiedzialne za wykonywanie zobowiązań nałożonych przez traktaty. Z punktu widzenia prawa Unii istotne jest wyłącznie to, czy zobowiązania te są należycie wykonywane. Nie ulega natomiast wątpliwości, że pojęcie „państwo” – i to niezależnie o jaką dziedzinę prawa Unii chodzi – należy interpretować autonomicznie. Innymi słowy, to w świetle kryteriów określonych prawem Unii należy ocenić, czy zachowanie danego organu lub podmiotu może być przypisane państwu członkowskiemu.

ROZUMIENIE POJĘCIA „PODMIOT PRYWATNY” W PRAWIE UNII

W rozważaniach na temat wpływu prawa Unii na postępowania przed organami państw członkowskich nie sposób pominąć odpowiedzi na pytanie, czym jest – w świetle prawa Unii – „podmiot prywatny”. Chciałbym w tym miejscu wyjaśnić nieścisłość terminologiczną. Sformułowanie „podmiot prywatny” (pojęcie to utożsamiam z pojęciami „jednostka” lub „podmiot indywidualny”) jest z pewnością błędne z punktu widzenia teorii prawa prywatnego. Opierając się za zasadzie równorzędności stron, prawo cywilne zasadniczo nie przywiązuje wagi do tego, czy podmiotem stosunku prawnego jest „państwo” lub „emanacja państwa”. W zależności od przyjętego zapatrywania znaczenie ma jedynie metoda regulacji lub autonomiczny charakter stosunków pomiędzy podmiotami prawa. Jeżeli podmiot państwowy działa w sferze prawa prywatnego (*dominium*), może być on stroną stosunku prawnego tak jak każdy inny podmiot, a prawo cywilne nie łączy z taką okolicznością istotnych konsekwencji.

Posługiwanie się kryteriami metody regulacji lub autonomiczności jest jednak mało przydatne w prawie unijnym. Przepisy prawa Unii – w zakresie, w jakim nakładają obowiązki na państwa członkowskie – nie rozróżniają oceny wykonywania tych obowiązków w zależności od tego, czy państwo członkowskie działa w sferze prawa publicznego, czy prawa prywatnego. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości nie pozostawia w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości. Z uwagi na zasadę pierwszeństwa wyłączone jest zastosowanie wszelkich sprzecznych z prawem Unii przepisów wewnętrznych państw członkowskich, niezależnie od użytej w nich metody regulacji.

Zagadnienie to ilustruje także judykatura dotycząca bezpośredniego skutku dyrektyw. Jak wspomniałem wyżej, bezpośrednie zastosowanie przepisu dyrektywy jest dopuszczalne wyłącznie w relacjach „wertykalnych”, to znaczy przeciwko państwu członkowskiemu, które ponosi odpowiedzialność za nienależytą implementację dyrektywy. Nie ma przy tym znaczenia, że w postępowaniu, w którym strona powołuje się bezpośrednio na przepis dyrektywy, państwo członkowskie występuje jako podmiot stosunku prywatnoprawnego (np. pracodawca lub strona umowy cywilnoprawnej).

Wydaje się zatem, że dla potrzeb niniejszych rozważań pojęcie podmiotu prywatnego należy zdefiniować w sposób negatywny. Podmiotem prywatnym jest zatem każdy podmiot, który nie może być w świetle prawa Unii traktowany jako „państwo” lub „emanacja państwa”. Wątpliwość dotyczy tylko pytania, do której z wymienionych wyżej definicji państwa należałoby się odnieść.

Moim zdaniem najbardziej wskazane byłoby odwołanie się do definicji państwa wypracowanej przez judykaturę Trybunału w odniesieniu do problematyki odpowiedzialności odszkodowawczej państwa z tytułu naruszenia prawa Unii. Podmiotem prywatnym jest zatem podmiot, którego nie można uznać za związany – wynikającą z art. 4 ust. 3 TUE – zasadą lojalnej współpracy.

Ponieważ samo pojęcie „państwo” lub „emanacja państwa” interpretuje się zgodnie z prawem Unii, również pojęcie podmiotu prywatnego jest autonomicznym pojęciem prawa Unii.

SPOSÓB ODDZIAŁYWANIA PRAWA UE NA POSTĘPOWANIA PRZED SĄDEM PAŃSTWA CZŁONKOWSKIEGO

Tę część rozważań chciałbym rozpocząć od propozycji usystematyzowania problematyki oddziaływania prawa Unii na postępowania przed sądami państw członkowskich. Mam nadzieję, że przyczyni się ona do wyjaśnienia przynajmniej niektórych wątpliwości pojawiających się w praktyce orzeczniczej.

Otóż sytuacje, w których sądy stosują prawo Unii, można podzielić na dwie grupy:

- 1) strona postępowania (np. podmiot prywatny) jest bezpośrednim adresatem normy prawa Unii;
- 2) prawo Unii określa lub wpływa na ramy prawne, na podstawie których sąd rozstrzyga toczący się przed nim spór.

Zdaję sobie sprawę, że tego rodzaju podział może wydawać się mało przejrzysty. Z pewnością nie ma sensu, aby podział ten stosować w przypadku wydawania rozstrzygnięcia w oparciu o jeden (wewnętrzny) system prawny. Należy jednak uwzględnić, że prawo Unii w zasadzie nigdy nie jest przez sąd państwa członkowskiego stosowane samodzielnie. Jest ono stosowane „kumulatywnie” czy „za pomocą” przepisów wewnętrznych, i to nie tylko procesowych, ale również materialnych. Moim zdaniem ten właśnie element przesądza o przydatności posługiwania się tego rodzaju podziałem w celu ułatwienia zrozumienia oddziaływania prawa na prawo państw członkowskich.

W pierwszym przypadku chodzi o sytuacje, w których przepis prawa Unii oddziałuje bezpośrednio na podmioty prywatne. Innymi słowy, chodzi te przepisy prawa Unii, które swoim zakresem zastosowania *ratione personae* obejmują podmioty prywatne.

Przykłady takich przepisów zostały podane już powyżej. W tym miejscu warto podkreślić, że tylko niektóre przepisy prawa Unii nakładają obowiązki na podmioty prywatne. Do tej kategorii należą przede wszystkim dyrektywy harmonizujące wybrane aspekty prawa prywatnego. Pomijam oczywiście problematykę tzw. bezpośredniego skutku dyrektyw.

Osobno należy wspomnieć o rozporządzeniach unijnych dotyczących współpracy sądowej w sprawach cywilnych, które odnoszą się do rozmaitych aspektów postępowania w tego rodzaju sprawach. W zakresie, w jakim regulują one problematykę właściwości sądów, kwestię wykonywalności i uznawalności orzeczeń zagranicznych oraz niektóre aspekty procedury cywilnej, rozporządzenia te nie stanowią podstawy prawnej rozstrzygnięć sporów co do istoty.

Z kolei te spośród tych rozporządzeń, które zawierają normy kolizyjne prawa prywatnego międzynarodowego, też nie stanowią same w sobie podstawy do wydawania rozstrzygnięć. Służą jedynie wskazaniu prawa właściwego, w oparciu o które sąd będzie rozstrzygał spór.

W drugim przypadku prawo Unii oddziałuje w sposób pośredni. Nie reguluje ono działań lub zaniechań podmiotów prywatnych, a jedynie wpływa na ramy prawne toczącego się sporu. Już po ustaleniu przez sąd orzekający, które przepisy – najczęściej prawa wewnętrznego – mają zastosowanie w konkretnej sprawie, sąd ten musi ustalić, czy przepisy te są zgodne z prawem unijnym. Oznacza to, że prawo Unii nie reguluje wprost praw i obowiązków stron postępowania, a jedynie stanowi kryterium oceny przepisów mających bezpośrednio zastosowanie w danej sprawie.

Sytuacja ta może dotyczyć zarówno prawa wewnętrznego, jak i prawa Unii.

Przykładem tej pierwszej sytuacji jest konieczność dokonania oceny, czy akt prawa wewnętrznego mający zastosowanie w konkretnym sporze nie narusza innych przepisów prawa Unii aniżeli te, które bezpośrednio regulują zachowania stron postępowania. Może się okazać, że akt prawa wewnętrznego wszedł w życie z naruszeniem obowiązku notyfikacji przewidzianego np. w dyrektywie 98/34/WE w sprawie ustanowienia procedury wymiany informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz przepisów dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego. Wówczas – w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości – akt prawa wewnętrznego nie może być stosowany. Nie ma przy tym znaczenia, że wspomniana dyrektywa nie nakłada żadnych obowiązków na podmioty prywatne i dotyczy wyłącznie relacji pomiędzy ustawodawcą państwa członkowskiego a Unią Europejską.

Z kolei przykładem tej drugiej sytuacji jest konieczność dokonania oceny, czy mający zastosowanie w konkretnej sprawie akt prawa pochodnego Unii jest zgodny z traktatami, w tym z Kartą Praw Podstawowych.

Nie można również zapominać, że prawo pochodne Unii musi być zgodne z prawem pierwotnym (traktatowym). Dotyczy to zarówno zgodności w znaczeniu materialnym, jak i proceduralnym (tzn. w kontekście stanowienia prawa pochodnego – szczególnie w odniesieniu do zasady kompetencji powierzonych). W ostatnich latach coraz częściej mamy do czynienia z koniecznością dokonania oceny zgodności norm prawa unijnego z prawami podstawowymi, które przede wszystkim wynikają z Karty Praw Podstawowych.

Oddziaływaniem polegającym na współkształtowaniu przez prawo Unii ram prawnych, na podstawie których sąd państwa członkowskiego rozstrzyga spór, jest także obowiązek dokonywania tak zwanej zgodnej („prounijnej”) wykładni. Polega on na konieczności takiej interpretacji mających zastosowanie przepisów prawa, aby zapewnić ich zgodność z przepisami wyższego rzędu. Chodzi tu zarówno o dokonywanie wykładni prawa wewnętrznego w świetle prawa Unii, jak i samego prawa Unii w świetle norm unijnych wyższego rzędu (traktatów, w tym Karty Praw Podstawowych).

ABSTRACT

dr hab. Maciej Szpunar

Author is an advocate, First Advocate General at the Court of Justice of EU, professor at the University of Silesia in Katowice.

Selected Problems of the Application of the Law of the European Union Before the National Courts

The article deals with basic notions related to the application of the Law of EU before the national courts. The author focuses the analysis on problems that – in the light of his professional experience – are of particular importance for practitioners. In the first place, the notions of direct effect and of supremacy are discussed. The author placed emphasis on procedural autonomy and its consequences. The last part of the article is devoted to notion of a private party.

Keywords: *direct effect of EU Law, primacy of EU Law, procedural autonomy, notion of a private party in EU Law*

dr hab. Maciej Szpunar

ORCID: 0000-0001-7035-0805; e-mail: Maciej.Szpunar@curia.europa.eu

Autor jest adwokatem, Pierwszym Rzecznikiem Generalnym Trybunału Sprawiedliwości UE oraz profesorem na Uniwersytecie Śląskim w Katowicach.

Pojęcia kluczowe:

status sędziego, Krajowa Rada Sądownictwa, status prawny Krajowej Rady Sądownictwa, uprawnienie do powoływania sędziów jako prerogatywa Prezydenta RP, naruszenia procedury powoływania sędziów, konwalidacja wadliwej procedury nominacyjnej, kwestionowanie powołania na urząd sędziego

Artykuły

Małgorzata Wrzolek-Romańczuk

STATUS PRAWNY OSOBY FORMALNIE POWOŁANEJ NA URZĄD SĘDZIEGO NA SKUTEK REKOMENDACJI UDZIELONEJ PRZEZ KRAJOWĄ RADĘ SĄDOWNICTWA W OBECNYM SKŁADZIE – UWAGI NA TLE WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 19.11.2019 R. ORAZ ORZECZEŃ SĄDU NAJWYŻSZEGO BĘDĄCYCH KONSEKWENCJĄ TEGO ROZSTRZYGNIĘCIA

Artykuł zawiera uwagi sformułowane na tle wybranych zagadnień ujętych w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 19.11. 2019 r. w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18, zainicjowanych pytaniami prejudycjalnymi Sądu Najwyższego – Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, oraz w orzeczeniach Sądu Najwyższego będących konsekwencją tego rozstrzygnięcia, to jest przede wszystkim w wyroku z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) oraz uchwale połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.01.2020 r., a także spostrzeżenia odnoszące się do kwestii związanych z tymi wyrokami, a zwłaszcza ze statusem osób formalnie powołanych na urząd sędziego. Stwierdzenia te obejmują między innymi polemikę z tezą o sanującym skutku prezydenckiego aktu powołania na urząd sędziego oraz o niedopuszczalności kwestionowania takiego aktu. Zanegowanie tezy o niedopuszczalności kwestionowania aktu powołania na urząd sędziego dało asumpt do rozważań na temat instrumentów prawnych przewidzianych w polskim prawie, które mogą być wykorzystywane do podważenia nominacji.

Punktem wyjścia do uwag zamieszczonych w artykule są ustalenia wynikające z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 19.11.2019 r. w połączonych

sprawach: A.K. *przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa* (C-585/18) oraz CP (C-624/18) i DO (C-625/18) *przeciwko Sądowi Najwyższemu*, zainicjowanych pytaniami prejudycjalnymi Sądu Najwyższego – Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych¹, oraz orzeczeń Sądu Najwyższego (SN) będących konsekwencją tego rozstrzygnięcia². Rozstrzygnięcia te skłaniają do refleksji nad określonymi aspektami poruszonymi w ich uzasadnieniach oraz inspirują do rozważenia kwestii z nimi związanych, zasygnalizowanych w treści, lecz celowo nierozwijanych szerzej. Jedną z nich jest zagadnienie statusu osób formalnie powołanych na urząd sędziego w okolicznościach, które stanowiły podstawę orzekania. Głównym celem artykułu jest zatem przeprowadzenie analizy w tym zakresie, w aspekcie teoretycznym i praktycznym, a zwłaszcza odniesienie się do tezy o sanującym (konwalidującym) skutku prezydenckiego aktu powołania na urząd sędziego oraz niedopuszczalności kwestionowania tej czynności. Takie rozważania stwarzają także okazję do zdementowania czy skorygowania niektórych nieporozumień i przeinaczeń, jakie pojawiły się na tle powyższych orzeczeń w publikacjach i innych przekazach medialnych. Z uwagi na szeroki wachlarz omawianych zagadnień oraz ograniczone ramy artykułu niniejsze uwagi nie pretendują do wyczerpującego ujęcia tej problematyki.

1. WYROK TSUE

Charakter uwag nasuwających się na tle tych fragmentów wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), które odnoszą się do powołania na urząd sędziego, wymaga przytoczenia istotnych w tym zakresie punktów 133, 134, 135 oraz punktu 125 (w związku z odesłaniem zawartym w punkcie 135), jak również punktu 145 tego rozstrzygnięcia³.

„133. W tym względzie i w odniesieniu do samych okoliczności, w jakich doszło do powołania członków Izby Dyscyplinarnej, należy na wstępie sprecyzować, że sam fakt, iż są oni powoływani przez Prezydenta RP, nie może powodować zależności owych członków od tego organu ani budzić wątpliwości co do ich bezstronności, jeżeli po powołaniu osoby te nie podlegają żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich obowiązków (...)” (dalsza część punktu 133 zawiera odesłanie do orzecznictwa TSUE oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – ETPCz).

„134. Pozostaje jednak konieczne upewnienie się, że materialne warunki oraz zasady proceduralne odnoszące się do decyzji o powołaniu tych członków są sformułowane w sposób nieprowadzący do powstania w przekonaniu jednostek uzasadnionych wątpliwości co do niezależności danych sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów po tym, jak zostaną oni

¹ Zob. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=220770&doclang=PL&mode=req&occ=first&pageIndex=1&part=1&text=> (dostęp: 30.04.2020 r.), dalej wyrok TSUE z 19.11.2019 r.

² Przede wszystkim wyrok SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) oraz uchwała połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), dalej uchwała 3 Izb; www.sn.pl.

³ Zob. <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62018CJ0585&lang1=pl&type=TXT&ancre=> (dostęp: 7.03.2020 r.).

powołani (zob. analogicznie wyrok z 24.06.2019 r., Komisja/Polska (*Niezależność Sądu Najwyższego*), C-619/18), EU:C:2019:531, pkt 111”.

„135. W tym względzie szczególnie ważne jest to, by te warunki i zasady zostały opracowane w taki sposób, aby spełniały wymogi przypomniane w pkt 125 niniejszego wyroku”.

„125. W tym względzie ważne jest, by sędziowie byli chronieni przed ingerencją lub naciskami z zewnątrz, które mogłyby zagrozić ich niezależności. Zasady, o których mowa w pkt 123 niniejszego wyroku, powinny pozwalać w szczególności na wykluczenie nie tylko wszelkiego bezpośredniego wpływu w postaci zaleceń, ale również bardziej pośrednich form oddziaływania, które mogą zaważyć na decyzjach danych sędziów (zob. podobnie wyrok z 24.06.2019 r., Komisja/Polska (*Niezależność Sądu Najwyższego*), C-619/18, EU:C:2019:531, pkt 112 i przytoczone tam orzecznictwo”.

„145. Ponadto i z uwagi na to, że – jak wynika z akt sprawy, którymi dysponuje Trybunał – decyzje Prezydenta RP w sprawach powołania sędziów Sądu Najwyższego nie mogą być przedmiotem kontroli sądowej, do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy sposób, w jaki ustawa o KRS określa w swym art. 44 ust. 1 i 1a zakres odwołania, które przysługuje od uchwały KRS obejmującej rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego tego sądu, umożliwia zapewnienie skutecznej kontroli sądowej takich uchwał, przynajmniej w zakresie pozwalającym na ustalenie, że nie doszło do przekroczenia uprawnień lub nadużycia władzy, naruszenia prawa lub popełnienia oczywistego błędu w ocenie (zob. podobnie orzeczenie ETPCz z 18.10.2018 r. w sprawie *Thiam przeciwko Francji*, CE:ECHR:2018:1018JUD008001812, § 25, 81)”.

Stanowisko wyrażone w punktach 133 i 134 wyroku TSUE daje podstawę do wyodrębnienia trzech faz analizy, które obejmują:

- założenie „wyjściowe”, że sam fakt, iż sędziowie Izby Dyscyplinarnej, a także inni sędziowie, są powoływani przez Prezydenta RP, nie może powodować zależności owych członków od tego organu ani budzić wątpliwości co do ich bezstronności; założenie to należy rozumieć w ten sposób, że przyjęcie w prawie państwa członkowskiego systemu nominowania sędziów przez piastuna organu władzy wykonawczej nie stanowi – samo przez się – zagrożenia w postaci uzależnienia tak powołanych sędziów od tego organu ani nie powinno być uznawane za powodujące wątpliwości co do bezstronności takiego sędziego;
- test „prawdziwości” (pierwszego stopnia) powyższego założenia, polegający na konieczności sprawdzenia, czy „po powołaniu osoby te nie podlegają żadnej presji i nie otrzymują zaleceń podczas wykonywania swoich obowiązków”⁴;
- test „prawdziwości” (drugiego stopnia) powyższego założenia, zakładający odwoływanie się do opinii obywateli, polegający na upewnieniu się, czy „w przekonaniu jednostek” nie powstają uzasadnione wątpliwości co do niezależności powołanych w ten sposób sędziów od czynników zewnętrznych oraz ich neutralności względem ścierających się przed nimi interesów po tym, jak zostaną oni powołani⁵.

⁴ Por. także punkt 125 wyroku TSUE.

⁵ Wymaga podkreślenia, że we francuskojęzycznej wersji wyroku TSUE z 19.11.2019 r. m.in. w punkcie 134 użyto terminu „justiciable”, którego znaczenie w języku polskim – „podsądny”

Zgodnie ze stanowiskiem TSUE jedynie pomyślne przejście obu stopni wskazanego testu, z uwzględnieniem zdarzeń mających miejsce po akcie powołania oraz przekonań „podsądnych”, powala zaakceptować założenie „wyjściowe” i w konsekwencji przyjąć, że w danym wypadku może dojść do niewadliwego powołania sędziego. W tym kontekście nie sposób podzielić zapatrywania, jakoby punkt 133 wyroku TSUE stanowił podstawę do sformułowania uproszczonej tezy, że „z chwilą powołania przez prezydenta powstaje stosunek służbowy sędziego”⁶, a więc że stosunek ten powstaje niejako bezwarunkowo. Takie stanowisko jest co najmniej nierzetelne. Wszak w punkcie 133 wyroku z 19.11.2019 r. TSUE nie odniósł się w ogóle do tych faz procedury nominacyjnej, które poprzedzają akt powołania. Tym samym w punkcie 133 wyroku TSUE wcale nie „(...) stwierdził, że powołania sędziów przez prezydenta nie mogą być weryfikowane, ani przez innych sędziów, ani przez żaden inny organ władzy”, ani nie potwierdził tym samym dotychczasowego niekwestionowanego dorobku orzeczniczego sądów polskich, w tym Trybunału Konstytucyjnego (TK)⁷.

Dla problematyki poruszanej w artykule szczególnie ważny okazał się punkt 145 uzasadnienia wyroku TSUE. Jego brzmienie wykorzystuje się bowiem, całkiem bezpodstawnie, do uzasadniania tezy, że konsekwencją przyjęcia konstytucyjnego modelu czynności urzędowej Prezydenta RP polegającej na powołaniu na urząd sędziego jako prerogatywy, jest niedopuszczalność kwestionowania tego aktu w jakimkolwiek trybie, w tym na drodze sądowej⁸. Brzmienie punktu 145 wyroku TSUE nie daje jednak podstaw do sformułowania tak daleko idącego i jednoznacznego zapatrywania, gdyż pomija istotne zastrzeżenia poczynione przez TSUE oraz część wyводу zamieszczonego po pierwszym zdaniu punktu 145 wyroku.

Otóż po pierwsze, TSUE wyraźnie zastrzegł w części wstępnej punktu 145, że swoje spostrzeżenie opiera na aktach, którymi dysponował przy rozpatrywaniu połączonych spraw C-585/18, C-624/18 oraz C-625/18. Wynika z tego, że TSUE nie poczynił pogłębionych ustaleń w tym zakresie. Przywoływanie tego fragmentu wyroku TSUE na potwierdzenie tezy o niedopuszczalności kwestionowania powołania na stanowisko sędziego stanowi zatem oczywiste nadużycie. Po drugie zaś, rozważania TSUE zamieszczone w punkcie 145 wyroku TSUE koncentrują się wokół kwestii sądowej kontroli uchwały

– ma inny, mocniejszy wydźwięk niż użyte w polskojęzycznej wersji słowo „jednostka”; wszak podsądny to osoba, która styka się z wymiarem sprawiedliwości i jest bezpośrednio narażona na wadliwość w zakresie powołania „sędziego”, pod władzę którego trafia; podobna uwaga dotyczy użycia w polskim tłumaczeniu słowa „jednostka” w punktach 100, 123, 127, 128, 153, 165, 171 wyroku TSUE.

⁶ Tak przedstawiono tę kwestię w uzasadnieniu projektu ustawy zawartym w druku sejmowym nr 69 Sejmu IX kadencji, www.sejm.gov.pl.

⁷ Tak A. Dalkowska, podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości, w wywiadzie opublikowanym 3.03.2020 r. na portalu Prawo.pl (dostęp: 3.03.2020 r.); wskazane w tej wypowiedzi postanowienie NSA z 26.11.2019 r. (I OZ 550/19) wcale nie pochodzi z „dotychczasowego” orzecznictwa, lecz zostało wydane po wyroku TSUE z 19.11.2019 r.

⁸ Por. np. uzasadnienie projektu ustawy zamieszczonego w druku sejmowym nr 69 Sejmu IX kadencji, www.sejm.gov.pl; A. Dalkowska w wywiadzie opublikowanym w „Rzeczpospolitej” z 14.02.2020 r.; podobnie A. Dalkowska w wywiadzie z 3.03.2020 r. opublikowanym na portalu Prawo.pl (dostęp: 30.03.2020 r.).

KRS obejmującej rozstrzygnięcia w przedmiocie wniosków o powołanie na urząd sędziego, a zatem dotyczą materii kontroli procedury poprzedzającej prezydencki akt powołania. Szczególnie znamienna jest końcowa część punktu 145 wyroku TSUE, która wyraża zobowiązanie dla sądu odsyłającego, by zbadał, czy sposób, w jaki ustawa o KRS określa w swym art. 44 ust. 1 i 1a zakres przewidzianego tam odwołania, umożliwia zapewnienie skutecznej kontroli sądowej takich uchwał, przynajmniej w zakresie pozwalającym na ustalenie, że nie doszło do przekroczenia uprawnień lub nadużycia władzy, naruszenia prawa lub popełnienia oczywistego błędu w ocenie. Ten fragment wyroku nie pozostawia wątpliwości, że TSUE zakłada, że sądowa kontrola jest w tym wypadku nieodzowna – wszak nie stawia dylematu „czy w ogóle wymagana jest procedura kontroli”, lecz poleca sądowi odsyłającemu zbadać, czy dana regulacja prawna spełnia określone wymagania, jak należy sądzić, zawarte w unormowaniach konwencyjnych (art. 6 i 13 EKPC⁹), a także w art. 45 Konstytucji RP¹⁰.

W świetle powyższego jasne jest, że w punkcie 145 wyroku z 19.11.2019 r. Trybunał wcale nie wyraził własnego zapatrywania o wykluczeniu dopuszczalności w prawie polskim zaskarżenia aktu powołania sędziego w jakimkolwiek trybie, w tym na drodze sądowej.

2. ORZECZENIA SĄDU NAJWYŻSZEGO BĘDĄCE KONSEKWENCJĄ WYROKU TSUE Z 19.11.2019 R.

Podjmując rozstrzygnięcia zawarte w wyroku z 5.12.2019 r. w sprawie III PO 7/18 oraz w uchwale 3 Izb, Sąd Najwyższy działał w celu wykonania prawa unijnego, którego wykładnię przesądził TSUE w wyroku z 19.11.2019 r. Dla niniejszych rozważań wyjściowe znaczenie ma założenie przyjęte zarówno w wyroku z 5.12.2019 r. (punkt 62 *in fine* uzasadnienia tego orzeczenia), jak i w uchwale 3 Izb co do zakresu przedmiotowego rozstrzygnięć, polegające zwłaszcza na wyłączeniu z tego zakresu oceny ważności czy skuteczności powołania sędziego przez Prezydenta RP. Istotę tego założenia oddaje brzmienie punktów 4, 11 i 30 uzasadnienia uchwały 3 Izb, w których podkreślono między innymi, że:

- wykonanie wyroku TSUE następuje przez wyjaśnienie praktycznych procesowych konsekwencji, jakie łączą się z zasiadaniem w składzie orzekającym sądu przez sędziego, który został powołany na urząd w postępowaniu prowadzonym przez KRS, co do której test niezależności od władzy ustawodawczej i wykonawczej ma wynik negatywny, a samo postępowanie przed nią i ewentualnie także wcześniejsze lub kolejne etapy postępowania zmierzającego do uzyskania przez konkretną osobę powołania na urząd sędziego dotknięte są jeszcze innymi uchybieniami;
- zagadnienie prawne rozstrzygane przez skład połączonych Izb nie zmierza do rozwiązania problemów ustrojowych związanych z określeniem statusu osób, które

⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), dalej Konstytucja.

- po przeprowadzeniu postępowań ukształtowanych ustawą z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa zostały powołane na urzędy sędziowskie przez Prezydenta RP, gdyż kwestia tego statusu nie została objęta wnioskiem Pierwszej Prezes SN z 15.01.2020 r.; wątpliwości interpretacyjne, które zarysowały się w orzecznictwie, odnoszą się do wpływu wadliwości procesu wskazywania kandydata na urząd sędziego przez KRS w brzmieniu wynikającym z ww. ustawy zmieniającej na sposób stosowania prawa procesowego karnego i cywilnego;
- SN wyraził wprawdzie przekonanie, że osoby te uzyskały formalnie status sędziów, niemniej jednak – co ma kluczowe znaczenie dla niniejszych uwag – zastrzegł, że założenie to nie wyklucza jego negatywnej weryfikacji w zależności od wyniku postępowań w sprawach oznaczonych w SN sygnaturami III CZP 25/19 i II PO 3/19, który w dużej mierze uwarunkowany jest odpowiedzią ze strony TSUE na pytania prejudycjalne przedstawione w tych sprawach (punkt 11 uzasadnienia uchwały 3 Izb *in fine*).

Właśnie powyższe zastrzeżenie daje asumpt do sformułowania pewnych uwag, wychodzących poza zakres przedmiotowy uchwały 3 Izb, zmierzających w kierunku podobnym do wytyczonego w pytaniu skierowanym do TSUE w postanowieniu SN z 12.06.2019 r.¹¹ na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹², które brzmi „czy art. 19 ust. 1 akapit drugi, art. 2, art. 4 ust. 3 oraz art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹³ w związku z art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej¹⁴ oraz art. 267 akapit trzeci TFUE należy interpretować w ten sposób, że sąd ostatniej instancji państwa członkowskiego może stwierdzić w postępowaniu o ustalenie nieistnienia stosunku służbowego, że nie jest sędzią osoba, której doręczono akt powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w tym sądzie wydany na podstawie naruszających zasadę skutecznej ochrony sądowej przepisów lub w trybie niezgodnym z tą zasadą, gdy intencjonalnie uniemożliwiono zbadanie tych kwestii przez sąd przed wręczeniem tego aktu”?

3. PROCEDURA NOMINACYJNA

3.1. Artykuł 179 Konstytucji RP stanowi, że sędziowie są powoływani przez Prezydenta Rzeczypospolitej, na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, na czas nieoznaczony. Procedura nominacyjna została gruntownie omówiona w doktrynie i orzecznictwie; z tej racji ograniczam się do przywołania kwestii istotnych dla głównego przedmiotu i celu artykułu.

W świetle przytoczonej regulacji zawartej w ustawie zasadniczej nie budzi wątpliwości, że powołanie sędziego składa się z dwóch podstawowych etapów¹⁵, przy czym

¹¹ Postanowienie SN z 12.06.2019 r. (II PO 3/19), www.sn.pl.

¹² Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

¹³ Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30), dalej TUE.

¹⁴ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1), dalej KPP.

¹⁵ W praktyce, przy uwzględnieniu innych regulacji prawnych, procedura ta jest wieloetapowa

w każdym z nich postępowanie odbywa się z udziałem innego organu – najpierw KRS, a następnie Prezydenta RP, w ramach ich odrębnych kompetencji¹⁶.

W tym względzie brzmienie art. 179 Konstytucji nie pozostawia wątpliwości¹⁷ i wskazuje na konieczność zachowania sekwencji¹⁸, obejmującej:

- 1) wniosek KRS, którego sposób formułowania i procedura wydania są określone w ustawie, a który to organ ma wyłączną kompetencję do wystąpienia z takim wnioskiem, bez którego nie może dojść do skutecznego powołania, oraz następnie
- 2) akt powołania sędziego przez Prezydenta RP.

3.2. Do pierwszego etapu nawiązano w punkcie 31 uzasadnienia uchwały 3 Izb, zaznaczając, że „w świetle art. 179 Konstytucji RP, Prezydent RP nie powołuje na stanowisko sędziego kogokolwiek, według własnego uznania co do jego kwalifikacji i zdolności do pełnienia tej funkcji, lecz wykonuje to uprawnienie na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa. Złożenie przez Krajową Radę Sądownictwa stosownego wniosku jest zatem warunkiem *sine qua non* skutecznego powołania. Zarazem jednak wniosek o powołanie sędziego ma pochodzić nie od kogokolwiek, lecz od organu działającego jako Krajowa Rada Sądownictwa, nie tylko ze względu na odwołanie się do pewnej nazwy, ale i sposobu jego obsadzenia oraz warunków, w jakich realizuje swoje kompetencje (postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 23.06.2008 r., 1 Kpt 1/08)”¹⁹. Co również ważne, „wniosek KRS jest nie tylko konieczny, lecz ma także charakter konstytutywny, ponieważ dopiero wystąpienie z nim do Prezydenta uruchamia jego kompetencję powołania danej osoby na urząd sędziego”²⁰.

3.3. Samo powołanie na stanowisko sędziego jest czynnością odrębną, a zarazem późniejszą w stosunku do czynności KRS w postaci wystąpienia z wnioskiem o powołanie,

– por. wyrok TK z 5.06.2012 r. (K 18/09), pkt 3 uzasadnienia i cytowane tam piśmiennictwo, Internetowy Portal Orzeczeń TK; J. Sułkowski, *Glosa do wyroku SN z 10.06.2009 r. (III KRS 9/08)*, „Przegląd Sejmowy” 2010/5, s. 228.

¹⁶ Por. M. Florczak-Wątor, S. Patyra, *Opinia prawna na temat skutków wadliwości postępowania nominacyjnego sędziów Sądu Najwyższego w aspekcie skuteczności ich powołania*, „Iustitia” 2019/1, s. 46; uzasadnienie wyroku TK z 23.06.2008 r. (Kpt 1/08).

¹⁷ Brzmienie to nie jest natomiast jednoznaczne w aspekcie istnienia bądź nieistnienia obowiązku prezydenta czynienia użytku z jego kompetencji przewidzianej w art. 179 Konstytucji, por. bliżej J. Ciapała, *Charakter kompetencji Prezydenta RP. Uwagi w kontekście kompetencji w zakresie powoływania sędziów*, „Przegląd Sejmowy” 2008/4, s. 37; M. Ziółkowski, *Prerogatywa Prezydenta RP do powoływania sędziów (uwagi do art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji)*, „Przegląd Sejmowy” 2013/1, s. 62 – autor przywołuje orzeczenia TK i wypowiedzi doktryny w materii dopuszczalności odmowy powołania sędziego; przychyła się do poglądu nieuznającego takiej możliwości – por. s. 68–76.

¹⁸ Por. M. Masternak-Kubiak, *Komentarz do art. 179 Konstytucji*, stan prawny: 2014.09.15, LEX/el., teza 2.

¹⁹ Zob. też J. Ciapała, *Charakter kompetencji Prezydenta...*, s. 37.

²⁰ K. Weitz (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, komentarz do art. 179, nb 11, zob. też cytowaną tam literaturę.

co oznacza również, że czynność powołania sędziego, o której mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP, nie może być utożsamiana z całością postępowania prowadzącego do obsady poszczególnych stanowisk sędziowskich (szerzej w punkcie 3.7.).

3.4. W powyższym kontekście celowe jest zinterpretowanie nowych „legalnych” definicji sędziego, wprowadzonych do poszczególnych ustaw ustrojowych na mocy art. 1 pkt 20, art. 2 pkt 6, art. 3 pkt 1 oraz art. 4 pkt 10 ustawy z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw²¹. Istota definicji sprowadza się do wskazania, że sędzią jest osoba powołana na to stanowisko przez Prezydenta RP, która złożyła ślubowanie wobec niego. Literalne odczytanie definicji sędziego prowadzi do konkluzji, że dochodzi tu do pominięcia pierwszego ze wskazanych wyżej etapów procedury nominacyjnej, którego przejście, jak przyjmuje się powszechnie, jest warunkiem koniecznym skutecznego powołania. Przy takim rozumieniu definicji sędziego nie budzi wątpliwości, że zawierające je przepisy ustaw ustrojowych są w oczywisty sposób sprzeczne z art. 179 Konstytucji RP. Prawdziwe intencje ustawodawcy, które przesądziły o kształcie rozważanych przepisów, zostały zdemaskowane w Uwagach Sądu Najwyższego do projektu ww. ustawy zawartego w druku sejmowym nr 69 Sejmu IX kadencji. Wynik oceny projektu w tym aspekcie ujęto w stwierdzeniu, że „proponowane regulacje mają wyłącznie na celu «ustawowe zalegalizowanie» wątpliwej konstytucyjnie procedury nominacyjnej sędziów, jaka miała miejsce przy udziale nowo ukształtowanej Krajowej Rady Sądownictwa. Proponowane rozwiązania nie tylko stoją w sprzeczności z Konstytucją RP, ale przede wszystkim budzą zasadnicze zastrzeżenia z punktu widzenia prawa UE”²². Paradoksalnie zatem pominięcie pierwszego ze wskazanych punkcie 3.1. i 3.2. etapów procedury nominacyjnej przez projektodawcę ww. definicji, a następnie ustawodawcę, wyraźnie wskazuje na świadomość wadliwości, jakie wystąpiły w tej fazie procedury nominacyjnej.

Już w tym miejscu trzeba dodać, że definicje sędziego zawarte obecnie w odpowiednich ustawach ustrojowych nie mają żadnego znaczenia na gruncie prawa UE; niezależnie bowiem od ich brzmienia aktualny pozostaje obowiązek TSUE i sądów krajowych weryfikacji, czy w danej sprawie jest zapewniona efektywna ochrona sądowa przez niezależny organ sądowy (szerzej w punkcie 4.3. artykułu).

3.5. Nieodzowny udział KRS w pierwszej fazie procedury nominacyjnej implikuje konieczność oceny, pod względem zgodności z Konstytucją RP oraz z prawem UE, aktualnego sposobu kreowania części składu tego organu oraz sposobu i trybu jego funkcjonowania, czyli zbadania statusu KRS w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej. Wykonując wskazania TSUE zawarte w wyroku z 19.11.2019 r., Sąd Najwyż-

²¹ Ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 190), dalej ustawa zmieniająca z 20.12.2019 r.; podstawę do prac nad ustawą stanowił druk sejmowy nr 69 Sejmu IX kadencji.

²² Pismo zawierające uwagi dostępne na stronie www.sejm.gov.pl w dokumentach związanych z drukiem sejmowym nr 69; por. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Prezydent nie ma mocy naprawiania wad prawnych*, „Rzeczpospolita” z 13.01.2020 r.

szy ocenił w uzasadnieniu wyroku z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) status KRS oraz zbadał zgodność rozwiązań przyjętych w ustawie o Krajowej Radzie Sądownictwa w brzmieniu obowiązującym od 2018 r. z prawem unijnym; SN przywołał jednocześnie art. 91 ust. 3 Konstytucji zawierający upoważnienie do takiego badania. Reasumując szczególne rozważania (zawarte w punktach 40–59 uzasadnienia wyroku) i łącznie oceniając objęte nimi okoliczności, SN stwierdził, że obecna KRS nie daje wystarczających gwarancji niezależności od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej w procedurze powoływania sędziów (punkt 60 uzasadnienia ww. wyroku). Tym samym SN uznał, że KRS w obecnym składzie nie spełnia wymagań wynikających dla organu o takim charakterze z prawa unijnego.

Z kolei Sąd Najwyższy w składzie wydającym uchwałę 3 Izb w pełni podzielił stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), zgodnie z którym tak ukształtowana KRS nie jest organem niezależnym, lecz działa jako organ podporządkowany bezpośrednio władzy politycznej. Prowadzone przez tę Radę konkursy na urząd sędziego miały i mają wobec tego charakter wadliwy, wywołujący zasadnicze wątpliwości co do motywów występowania z wnioskiem o powołanie konkretnych osób na urząd sędziego. Niezależnie od tego tworzenie faktycznych i prawnych przeszkód zmierzających do uniemożliwienia usunięcia wątpliwości co do legalności powołania poszczególnych członków Rady, przybierające wręcz postać bezprawnej odmowy wykonywania orzeczeń sądowych, powoduje, że stabilność i prawomocność decyzji Rady może być trwale kwestionowana i staje się przedmiotem sporu politycznego, który stawia pod znakiem zapytania neutralność osób wskazanych przez KRS. Osobom takim może być bowiem przypisywany – w obiektywnej ocenie – motyw popierania jednej ze stron tego sporu dla ochrony własnych interesów (w tym stanowiska)²³.

3.6. Analiza wszystkich zastrzeżeń podniesionych w wyroku SN w sprawie III PO 7/18 oraz w uchwale 3 Izb pod adresem KRS w obecnym składzie prowadzi konsekwentnie do następujących wniosków.

- 1) KRS w obecnym składzie nie jest organem, o jakim mowa w art. 186 ust. 1 i art. 187 ust. 1 oraz art. 179 Konstytucji; przesądzające znaczenie ma tu sposób powołania sędziowskiej części tego organu, zarówno z uwagi na zmienioną od 2018 r. regulację ustawową, jak i okoliczności udzielenia poparcia osobom, które kandydowały do obecnej KRS, jak również niewypełnianie funkcji stania na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów²⁴, co w sumie spowodowało zmianę pozycji ustro-

²³ Por. też uzasadnienie postanowienia z 15.01.2020 r. (III PO 8/18) oraz (III PO 9/18), www.sn.pl; M. Florczak-Wątor, S. Patyra, *Opinia prawna na temat skutków wadliwości...*, s. 49; *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa* (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, dalej Debata EPS, ze wskazaniem nazwiska uczestnika i strony, w tym wypadku A. Grzelak, *Debata EPS...*, s. 8.

²⁴ Zob. M. Gutowski, P. Kardas, *To był jednak nieskuteczny wybór Rady*, „Rzeczpospolita” z 25.02.2020 r.; R. Piotrowski, *Konstytucyjne granice reformowania sądownictwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2017/2, s. 14 i cytowane tam piśmiennictwo; A. Rakowska-Irela, *Opinia prawna – Czy możliwe jest skuteczne wycofanie poparcia udzielonego sędziemu – kandydatowi do Krajowej Rady Sądownictwa?*, „Iustitia” 2019/3,

- jowej KRS bez zmiany Konstytucji i utratę przez nią tożsamości konstytucyjnej²⁵; wszak o przysługiwaniu statusu nie decyduje nazwa organu, lecz sposób jego tworzenia, zakres zadań i sposób, w jaki je wypełnia;
- 2) w związku z powyższym należy uznać, że nie doszło do sformułowania skutecznego wniosku o powołanie przewidzianego w art. 179 Konstytucji RP i tym samym należytego przedstawienia Prezydentowi RP kandydatur do powołania na urząd sędziego;
 - 3) rozważane w artykule powołanie sędziego nie nastąpiło „na wniosek” KRS działającej w kształcie przewidzianym w art. 186 ust. 1 i 187 ust. 1 Konstytucji; inaczej mówiąc, nie było wniosku w rozumieniu art. 179 Konstytucji, a jak zauważa R. Piotrowski, bez wniosku KRS „nie sposób zostać sędzią”²⁶.

3.7. Wcześniej zasygnalizowano już, że samo powołanie na stanowisko sędziego jest czynnością odrębną, a zarazem późniejszą w stosunku do czynności KRS polegającej na wystąpieniu z wnioskiem o powołanie, co oznacza również, że akt powołania sędziego, o którym mowa w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji, nie może być utożsamiany z całością postępowania prowadzącego do obsady danego stanowiska sędziowskiego.

W myśl art. 144 ust. 1 Konstytucji Prezydent RP realizuje swoje konstytucyjne i ustawowe kompetencje przez wydawanie „aktów urzędowych”. Nie wchodząc w szczegóły, na potrzeby niniejszych uwag wystarczy zaznaczyć, że w piśmiennictwie przyjmuje się powszechnie szerokie rozumienie tej kategorii pojęciowej, obejmujące wszystkie działania Prezydenta podejmowane w ramach przysługujących mu konstytucyjnych i ustawowych kompetencji²⁷. Przepisy Konstytucji regulujące zakres przedmiotowy kompetencji Prezydenta przewidują:

- obowiązywanie zasady, zgodnie z którą akty urzędowe Prezydenta wymagają dla swojej doniosłości i skuteczności prawnej podpisu Prezesa Rady Ministrów (wymaganie kontrasygnaty – art. 144 ust. 2 Konstytucji);
- zamknięty katalog (trzydziestu) czynności wykonywanych samodzielnie przez Prezydenta, niewymagających kontrasygnaty ze strony Premiera (prerogatywy Prezydenta, art. 144 ust. 3 Konstytucji).

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie TK i dominującym w piśmiennictwie, znajdującym oparcie w art. 7 i art. 2 Konstytucji (zasada legalizmu i demo-

s. 143, 146; P. Słowik, *Listy poparcia jawne, ale tajemnic nadal wiele*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 17.2.2020 r.; *Status KRS wciąż pełen niejasności* – strona Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, <https://www.hfhr.pl/status-krs-wciaz-pelen-niejasnosc> (dostęp: 20.03.2020 r.).

²⁵ Por. R. Piotrowski, *Konstytucyjne granice...*, s.13; postanowienie SN z 15.01.2020 r. (III PO 8/18), punkt 4 uzasadnienia, www.sn.pl.

²⁶ R. Piotrowski, *Konstytucyjne granice...*, s. 18; mając to na uwadze, w tytule artykułu użyłam słowa „rekomendacja” zamiast terminu wniosek, jakim operuje art. 179 Konstytucji.

²⁷ Zob. R. Balicki, *Komentarz do art. 144 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, LEX/el., stan prawny: 15.09.2014 r.; B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 686 i n. oraz cytowane tam piśmiennictwo.

kratycznego państwa prawnego), przepisy określające prerogatywy Prezydenta należy interpretować w sposób ścisły²⁸.

Na gruncie art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji oraz przy uwzględnieniu konstrukcji całego art. 144 ustawy zasadniczej RP nie budzi wątpliwości, że powołanie sędziego stanowi prerogatywę (osobiste uprawnienie) Prezydenta, akt podejmowany samodzielnie przez Głowę Państwa, a tym samym niewymagający kontrasygnaty²⁹. Rzeczywiste znaczenie prerogatywy Prezydenta RP polega na tym, że akt o takim charakterze jest wyróżniany w opozycji do aktu urzędowego wymagającego kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Co więcej, m.in. z punktu widzenia konieczności udziału KRS w procedurze nominacyjnej „wyłączenie czynnika rządowego powinno być (...) interpretowane jako wzmocnienie gwarancji apolityczności. Nie musi jeszcze oznaczać, że prezydent dysponuje swobodą oceny, tak zwanym luzem decyzyjnym, w szczególności zaś nie jest dopuszczalne przyjęcie, że nie jest związany prawem, w tym kompetencjami innych organów”³⁰.

Z tak określonego charakteru prawnego prerogatywy nie wynikają zatem dalej idące konsekwencje. Co najwyżej, jak przyjął TK w wyroku z 5.06.2012 r. (K 18/09)³¹, ujęcie kompetencji w zakresie powoływania sędziów w formę prerogatywy podkreśla, że Prezydent nie ma prawnego obowiązku uwzględnienia wniosku KRS, przy czym odmowa powinna mieć miejsce tylko w sytuacji nadzwyczajnej i musiałoby ją poprzedzać przedstawienie Krajowej Radzie Sądownictwa zastrzeżeń przez zasiadającego w niej przedstawiciela Prezydenta.

3.8. Tymczasem odwoływanie się do charakteru prawnego aktu powołania sędziego jako prezydenckiej prerogatywy, m.in. z podkreśleniem, że odpowiada ona dawnym atrybutom władzy monarchy (absolutnego), stanowi koronny argument na rzecz tezy o (rzekomym) sanującym (konwalidującym) skutku prezydenckiego aktu powołania, uzdrawiającym ewentualne wcześniejsze nieprawidłowości, w tym brak wniosku prawidłowo ukonstytuowanego organu, o jakim mowa w art. 186 ust. 1 i art. 187 ust. 1 Konstytucji³².

²⁸ Por. pkt 6 uzasadnienia postanowienia TK z 22.02.2006 r. (K 4/06), OTK-A 2006/2, poz. 24; M. Ziółkowski, *Prerogatywa Prezydenta...*, s. 68 i n., s. 71, co oznacza odrzucenie koncepcji prerogatyw pochodnych i analogicznych; pogląd ten, szeroko aprobowany w piśmiennictwie, zachował aktualność – por. M. Florczak-Wątor, S. Patyra, *Opinia prawna na temat skutków wadliwości...*, s. 51. oraz cytowana tam literatura.

²⁹ Por. postanowienie TK z 23.06.2008 r. (Kpt 1/08); J. Ciapała, *Charakter kompetencji Prezydenta...*, s. 42; K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, red. L. Bosek, M. Safjan, komentarz do art. 179, nb 14.

³⁰ J. Ciapała, *Charakter kompetencji Prezydenta...*, s. 42; por też M. Ziółkowski, *Prerogatywa Prezydenta...*, s. 66.

³¹ Wyrok z 5.06.2012 r. (K 18/09), OTK-A 2012/6/63.

³² Por. np. wyrok NSA z 26.11.2019 r. (I OZ 550/19), CBOSA; postanowienie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 17.05.2019 r. (I NO 55/18); wyrok Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 1.07.2019 r. (I NO 70/19); uchwała składu 7 sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 8.01. 2020 r. (I NOZP 3/19); www.sn.pl; L. Bosek, G. Żmij, *Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 12.03.2019 r.*, 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019/7, s. 33, 38; wypowiedzi przedstawicieli Sejmu i Prezydenta RP podczas rozprawy

Teza ta budzi sprzeciw zarówno w kontekście określonej w Konstytucji sekwencji zdarzeń koniecznych w procedurze nominacyjnej, jak i z punktu widzenia zasady legalizmu (art. 7 Konstytucji), zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), a także zasady podziału i równowagi władz (art. 10 ust. 1 Konstytucji), zasady odrębności i niezależności sądów od innych władz (art. 173 Konstytucji), zasady niezależności sądów i niezawisłości sędziów (art. 178 ust. 1 i 3 Konstytucji), oraz, a może przede wszystkim, zasady prawa do sądu (art. 45 Konstytucji). Akceptacja dla rozważanego skutku sanującego oznaczałaby bowiem w istocie uznanie dopuszczalności wkroczenia Prezydenta RP do pierwszego ze wskazanych etapów procedury nominacyjnej, a więc – według powszechnego stanowiska doktryny – w obszar zastrzeżony do wyłącznej kompetencji KRS, czyli w istocie dla niedopuszczalnego „zastąpienia” (żeby nie powiedzieć „wyręczenia”) tego organu w czynnościach należących do jego kompetencji. Z drugiej strony oznaczałoby to akceptację dla naruszenia zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP, gdyż byłoby równoznaczne z przypisaniem Prezydentowi nowej kompetencji bez należytej podstawy prawnej wyrażonej w Konstytucji czy w ustawie szczególnej³³. Tymczasem brak skutecznego wniosku KRS w rozumieniu art. 179 Konstytucji pozbawia Prezydenta możliwości działania w zastrzeżonej dla niego drugiej fazie procedury nominacyjnej i podjęcia urzędowego aktu powołania sędziego, a tym bardziej wyklucza możliwość usanowania wadliwości procedury poprzedzającej ten akt. W kontekście ww. „argumentu koronnego” należy zaś podkreślić, że nadanie danemu aktowi urzędowemu Prezydenta statusu prerogatywy nie zwalnia go z przestrzegania innych postanowień Konstytucji, między innymi wymienionych wyżej. Obowiązek taki wynika wyraźnie z art. 126 ust. 3 Konstytucji, zgodnie z którym Prezydent RP wykonuje swoje zadania w zakresie i na zasadach określonych w Konstytucji i ustawach³⁴.

Z kolei na gruncie art. 2 Konstytucji wykluczona jest akceptacja takiej interpretacji przepisów prawa, a zwłaszcza art. 179 Konstytucji RP, która pozwoliłaby na uznanie, że prezydencki akt powołania miałby sanować bezprawie, jakie wystąpiło na etapie poprzedzającym skierowanie do Prezydenta „wniosku” o powołanie na urząd sędziego. Wykładnia prowadząca do takich rezultatów wykracza zdecydowanie poza formułę demokratycznego państwa prawnego. Wbrew obawom, wyrażonym m.in. w uzasadnieniu postanowienia Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 17.05.2019 r. (I NO 55/18)³⁵, oraz w licznych wypowiedziach medialnych, nie ma tu niebezpieczeństwa naruszenia zasady nieusuwalności sędziów (art. 180 ust. 1 Konstytucji), gdyż w rozważanych okolicznościach nie istnieją podstawy do uznania, że osoby powołane na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez Krajową Radę Sądownictwa w obecnym składzie w ogóle uzyskały statusu sędziego krajowego i europejskiego, o czym niżej.

w dniu 3 i 12.03.2020 r. w sprawie fikcyjnego sporu kompetencyjnego (Kpt 1/20), nie licząc licznych wypowiedzi medialnych.

³³ Zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Prezydent nie ma mocy...*; Opinia SN do projektu ustawy zmieniającej z 20.12.2019 r. (druk sejmowy nr 69); pismo SN z 28.01.2020 r. w sprawie Kpt 1/20.

³⁴ Por. też wyrok TK z 5.06.2012 r. (K 18/09), OTK-A 2012/6/63.

³⁵ Postanowienie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 17.05.2019 r. (I NO 55/18), www.sn.pl.

Bez względu na to, czy uzna się, w kontekście koniecznego udziału w procedurze nominacyjnej dwóch organów, to jest KRS i Prezydenta, których kompetencje się dopełniają, że ich pozycja nie jest równoważna³⁶, czy podzieli się zapatrywanie, iż „żaden z przepisów Konstytucji nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, zgodnie z którym uprawnienie nominacyjne prezydenta przeważa nad kompetencjami KRS”³⁷, przepis art. 179 Konstytucji zakłada współdziałanie KRS i Prezydenta, co wyklucza możliwość zastępowania się przez te organy.

Ze wskazanych powodów nie może być w tym zakresie mowy o jakiegokolwiek konwalidacji (sanacji)³⁸. Wyczerpujące rozwinięcie tej konkluzji zawarte jest w punkcie 36 *in fine* uzasadnienia uchwały 3 Izb SN: „Warunki minimalne wykonania omawianej prerogatywy przez Prezydenta RP wymagają więc, by inicjatorem jego działania był prawidłowo powołany i obsadzony organ mający status Krajowej Rady Sądownictwa. W okresie od wejścia w życie ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz ustawy o SN z 2017 r., Krajowa Rada Sądownictwa nie była obsadzona w sposób wymagany przepisami Konstytucji RP, nie mogła zatem wykonywać przypisanych jej kompetencji, co Prezydent RP powinien był stwierdzić przed podjęciem decyzji o wykonaniu prerogatywy. Osoby, które wskazane zostały na listach rekomendacyjnych powstałych w wadliwej procedurze obsadzania urzędów sędziowskich nie mogą być uważane za właściwie przedstawionych Prezydentowi RP kandydatów do objęcia urzędu, którym Prezydent RP władny był powierzyć ten urząd. Nawet przy założeniu, że wręczenie takim osobom aktów powołania czyni je formalnie powołanymi na urząd sędziego, konieczne jest dokonywanie oceny, czy i w jakim zakresie osoby te mogą wykonywać czynności jurysdykcyjne, tak by nie dochodziło przez to do naruszenia standardu bezstronności i niezależności, wymaganego od sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości”.

4. SKUTKI WADLIWOŚCI W PROCEDURZE NOMINACYJNEJ

4. 1. Skoro w rozważonych okolicznościach nie nastąpiło skuteczne przedstawienie wniosku KRS w rozumieniu art. 179 Konstytucji, to „powołanie” w wyniku przedstawienia Prezydentowi takiego „wniosku” nie jest powołaniem, o jakim mowa w art. 179 Konstytucji, co prowadzi do konstatacji, że nie doszło do skutecznego powołania na urząd sędziego osób wskazanych przez KRS w obecnym składzie. W konsekwencji osobom tym nie przysługuje status sędziego w znaczeniu, jakie temu pojęciu nadaje Konstytucja RP, a więc nie są one uprawnione do orzekania³⁹.

Inną kwestią jest natomiast określenie charakteru prawnego rozważanej wadliwości. W okolicznościach związanych z powołaniami sędziów wypowiedane są w tej materii różne poglądy. I tak, w kontekście braku kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów (RM)

³⁶ Tak K. Weitz (w:) *Konstytucja...*, red. L. Bosek, M. Safjan, s. 1041.

³⁷ J. Sułkowski, *Glosa do wyroku SN z 10.06.2009 r...*, s. 229.

³⁸ Por. A. Kappes, J. Skrzydło, *Prezydent nie ma mocy...*

³⁹ Por. stanowisko SN z 28.02.2020 r. złożone w sprawie Kpt 1/20 (znak: PPI-0131-252/20), www.trybunal.gov.pl – dokumenty w ww. sprawie (dostęp: 9.03.2020 r.).

na obwieszczeniu Prezydenta RP o wolnych stanowiskach sędziego w SN, przyjęto, że skoro obwieszczenie takie było (jest) nieważne, to nieważna jest cała ta procedura, a w konsekwencji akt powołania sędziów SN przez Prezydenta, przy czym nieważność aktu urzędowego nie może być w żaden sposób konwalidowana, „w tym również przez późniejszy akt urzędowy zwolniony z wymogu kontrasygnaty”; także wszelkie uchwały KRS podejmowane w procedurze nominacyjnej są bezwzględnie nieważne⁴⁰. W innym ujęciu, wypracowanym wprawdzie na gruncie prawa administracyjnego, ale pozwalającym na odpowiednie zastosowanie do czynności Prezydenta RP podejmowanej bezpośrednio na podstawie Konstytucji, czynność taka powinna być oceniana jako tzw. „nieakt”. Jest on nieco odmiennie definiowany w różnych tradycjach prawnych i w piśmiennictwie, w tym także jako nienakierowane na wywołanie jakichkolwiek skutków prawnych zjawisko faktyczne, którego nie można przypisać organowi władzy publicznej, a które stwarza pozór istnienia aktu takiego organu⁴¹.

Przytoczone poglądy można odpowiednio odnieść do nieprawidłowości wynikających z nieprzedstawienia Prezydentowi wniosku KRS w rozumieniu art. 179 Konstytucji. Bez względu na opowiedzenie się za jednym z przedstawionych stanowisk skutek naruszeń prawa jest w obu wypadkach taki sam – osoba „powołana” w rozważanych okolicznościach nie uzyskała (nie mogła uzyskać) statusu sędziego w rozumieniu art. 179 Konstytucji.

4.2. W punkcie 45 (*in fine*) uzasadnienia uchwały 3 Izby stwierdzono, że w wypadku sędziów Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego zachodzą dodatkowe okoliczności potwierdzające tezę o braku możliwości dochowania przez sąd orzekający z ich udziałem standardu niezawisłości i bezstronności, które dotyczą bezpośrednio organizacji, ustroju i sposobu powołania tej Izby oraz jej daleko idącego wyodrębnienia w strukturze SN. W uchwale 3 Izby Sąd Najwyższy podzielił w pełni ocenę prawną oraz jej uzasadnienie wyrażone w wyroku SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), że Izba Dyscyplinarna strukturalnie nie spełnia cech niezawisłego sądu w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, a także art. 6 ust. 1 EKPC, i ma charakter sądu wyjątkowego, którego ustanowienie – na mocy art. 175 ust. 2 Konstytucji RP – jest zakazane w czasie pokoju⁴². Stanowi to wystarczający powód do uznania, że orzeczenia wydane przez składy sędziowskie działające w ramach Izby Dyscyplinarnej nie mają charakteru orzeczeń wydanych przez należycie obsadzony sąd. Przenosząc powyższe stanowisko na grunt niniejszych rozważań, trzeba konsekwentnie uznać, że skoro Izba Dyscyplinarna nie może być uznana za sąd w rozumieniu prawa UE i z tego powodu nie jest także sądem prawa krajowego, to osoby powołane do takiego tworzenia/organu nie mają statusu sędziów, co oznacza, że nie mają władzy orzekania.

⁴⁰ M. Florczak-Wątor, S. Patyra, *Opinia prawna na temat skutków wadliwości...*, s. 51; M. Florczak-Wątor, *Spór o SN: zła procedura to nieważne wybory*, „Rzeczpospolita” z 18.09.2018 r.

⁴¹ S. Gajewski, A. Jakubowski, *Nieakt w prawie administracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013/6, s. 73, s. 84.

⁴² Zob. podwaliny do tego stanowiska – W. Wróbel, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra” 2019/1–2, s. 17.

4.3. Status sędziego krajowego i europejskiego jest niepodzielny (nie można być „trochę” sędzią europejskim); każde stanowisko sędziego jest związane potencjalnie z koniecznością stosowania prawa europejskiego. Niezależnie zatem od oceny na gruncie prawa krajowego, rozważane powołanie na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez KRS w obecnym składzie powinno być uznane za dokonane z naruszeniem prawa unijnego, to jest z pogwałceniem zasady skutecznej ochrony sądowej. Każdy sąd krajowy może bowiem (potencjalnie) orzekać w sprawach (kwestiach) związanych z prawem Unii Europejskiej (UE); w każdej sprawie może wystąpić zagadnienie wymagające wykładni lub stosowania prawa UE. Trybunał Sprawiedliwości UE przyjmuje przy tym, że obowiązek państwa członkowskiego wynikający z art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE aktualizuje się już w razie stwierdzenia, że dany organ krajowy jest sądem w rozumieniu prawa UE, w jego kompetencjach mieści się zaś wykładnia lub stosowanie prawa UE. W tym rozumieniu stosowanie art. 19 ust. 1 zdanie 2 TUE do oceny realizacji obowiązku państwa członkowskiego zapewnienia skutecznej ochrony sądowej nie jest uzależnione od tego, czy w danym wypadku określony sąd stosuje prawo UE⁴³.

Wykładnia prawa unijnego przyjęta za podstawę wyroku TSUE z 19.11.2019 r. wywołuje wpływ na ocenę legalności powołania na urząd sędziego w okolicznościach rozważanych w artykule. Podstawę do takiej oceny daje przekonanie o szerokim znaczeniu wyroku TSUE z 19.11.2019 r., wykraczającym poza problematykę związaną z samą Izbą Dyscyplinarną SN⁴⁴. Wszystko to prowadzi do konstatacji, że osobie powołanej z naruszeniem standardów unijnych, w szczególności z naruszeniem standardu niezawisłości, nie przysługuje status sędziego – ani krajowego, ani europejskiego. W konsekwencji oznacza to, że także w aspekcie uregulowań unijnych w rozważanych okolicznościach nie doszło do skutecznego powołania na urząd sędziego, a tym samym nie istnieje stosunek służbowy sędziego, który wiązałby tak „powołaną” osobę z danym sądem.

Oceny tej nie podważa jeszcze inny (niż odnoszący się do prerogatywy określonej w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji) argument koronny, zmierzający do osłabienia znaczenia wyroku TSUE z 19.11.2019 r., a mianowicie wielokrotnie powtarzana teza, że kwestia organizacji wymiaru sprawiedliwości pozostaje wewnętrzną materią państwa członkowskiego.

Istotnie, organizacja wymiaru sprawiedliwości, zasady funkcjonowania, m.in. takie, jak liczba stopni w strukturze sądownictwa, właściwość sądów, procedura, należą do kompetencji państw członkowskich (argument z art. 5 TUE)⁴⁵. Wskazana teza jest więc co do zasady prawdziwa, ale sama w sobie nie tylko nie oddaje w pełny sposób istoty

⁴³ Por. np. wyrok TSUE z 21.02.2018 r., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas*, dostępny na stronie <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&doclang=PL>.

⁴⁴ Za takim stanowiskiem opowiedziała się większość uczestników Debaty EPS; A. Sakowicz, s. 7, M. Zieliński, s. 9, A. Kastelik-Smaza, s. 9, D. Kornobis-Romanowska, s. 10, M. Ziółkowski, s. 11, M. Pilich, s. 27; por. też wyroki Trybunału Sprawiedliwości: z 27.03.1963 r., *Da Costa en Schaake NV i in.*, sprawy połączone 28 do 30/62, EU:C:1963:6; z 6.10. 1982 r., *Srl CILFIT i Lanificio di Gavardo SpA przeciwko Ministero della Sanità*, sprawa 283/81, EU:C:1982:335.

⁴⁵ Por. A. Wróbel (w:) *Karta Praw Podstawowych UE. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020, s. 1117, 1118, s. 1121 oraz cytowane tam orzecznictwo.

rzeczy, lecz prezentuje jej wypaczony obraz. Całkowitym milczeniem pomija się tu bowiem, że zakres autonomii państw członkowskich jest ograniczony, co wynika przede wszystkim z art. 2 TUE, art. 4 i 19 TUE, a z punktu widzenia obywatela (podsądnego) z art. 47 KPP. W konsekwencji przy ustalaniu zasad funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości państwo członkowskie musi respektować m.in. zasadę praworządności oraz stanowiącą jej element zasadę niezależności i niezawisłości sądownictwa⁴⁶. Trybunał Sprawiedliwości jest zaś władny oceniać spełnienie tych wymagań. Efektywności tej kontroli służy zasada powszechnego związania sądów krajowych wykładnią prawa unijnego dokonaną przez TSUE, która wynika z istoty i funkcji postępowania prejudycjalnego oraz autonomii prawa unijnego względem prawa krajowego⁴⁷.

5. DOPUSZCZALNOŚĆ KWESTIONOWANIA ZGODNOŚCI Z PRAWEM POWOŁANIA NA URZĄD SĄDZIEGO

5.1. Na wstępie tej części artykułu konieczne jest zaznaczenie, że w zawartych w niej uwagach nie chodzi o kwestionowanie istoty uprawnień Prezydenta do powoływania sędziów. Także analiza wyroku SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18) oraz uchwały 3 Izb nie daje żadnych podstaw do zakładania, że SN ma jakiegokolwiek wątpliwości co do przysługiwania tej prerogatywy Prezydentowi RP. Przedmiotem dalszych rozważań jest natomiast sprawa dopuszczalności kwestionowania zgodności z prawem powołania konkretnego sędziego na określone stanowisko sędziowskie w określonych okolicznościach. W tej materii zarysowują się trzy stanowiska.

Jedno z nich wyklucza kontrolę czy podważenie prezydenckiego aktu powołania na urząd sędziego przez jakiegokolwiek organy władzy publicznej, a zwłaszcza przez sąd w ramach procedury karnej, cywilnej czy administracyjnej, w której organ ten mógłby oceniać prawidłowość powołania innego sędziego (innych sędziów). To zapatrywanie opiera się przede wszystkim na odwołaniu się do charakteru prawnego aktu powołania jako prerogatywy Prezydenta RP⁴⁸.

W uchwale składu 7 sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 8.01.2020 r. (I NOZP 3/19), wydanej z naruszeniem zasady *nemo iudex in causa sua*, przyjęto, że Sąd Najwyższy uchyla, w granicach zaskarżenia, uchwałę KRS w przedmiocie przedstawienia Prezydentowi kandydata do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, jeżeli odwołujący się wykaże, że brak niezależności KRS miał wpływ na treść

⁴⁶ P. Mikłaszewicz, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów w kontekście zasady rządów prawa – zasadniczy element funkcjonowania UE w świetle orzecznictwa TSUE*, „Państwo i Prawo” 2018/3, s. 45, 52.

⁴⁷ Por. pkt 112 wyroku TSUE z 19.11.2019 r. oraz uzasadnienie postanowienia SN z 15.01.2020 r. (III PO 8/18) oraz cytowane tam piśmiennictwo, orzecznictwo SN i TSUE, www.sn.pl.

⁴⁸ Por. pkt 3.7. artykułu oraz M. Kryszkiewicz, *Przebudzenie TK*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 5.03.2020 r.; artykuł zawiera relację z rozprawy i ogłoszenia ustnych motywów wyroku TK z 4.03.2020 r. w sprawie P 22/19, zob. też uzasadnienie projektu ustawy zamieszczonego w druku sejmowym nr 69 Sejmu IX kadencji, www.sejm.gov.pl (dostęp: 16.03.2020 r.); w tym kierunku zmierzają pytania przedstawione TK do rozstrzygnięcia w fikcyjnym sporze kompetencyjnym – sygn. akt Kpt 1/20 oraz wypowiedzi przedstawicieli Sejmu i Prezydenta RP podczas rozprawy w dniach 3 i 12.03.2020 r.

tej uchwały „(...) lub jeżeli – uwzględniając konstytucyjny zakaz badania skuteczności aktu ustrojowego powołania sędziego oraz wynikającego z niego stosunku ustrojowego – odwołujący się wykaże okoliczność określoną w pkt 125, lub łącznie okoliczności wymienione w pkt 147–151 wyroku TSUE, wskazujące, że sąd, w składzie którego taki sędzia będzie zasiadał nie będzie niezależny i bezstronny”. Stanowisko wyrażone w tezie uchwały zostało rozwinięte m.in. w punkcie 25 jej uzasadnienia, w którym nawiązano do przepisów art. 179 w zw. z art. 144 ust. 3 pkt 17 w zw. z art. 126 ust. 1 i 2 w zw. z art. 127 ust. 1 Konstytucji. Zamieszczono tam także tezę, że powołanie sędziego jest aktem prawa ustrojowego, polegającym na kształtowaniu substratu osobowego władzy sądowniczej, który – w myśl utrwalonego, jednolitego orzecznictwa – nie podlega kontroli sądowej. W punkcie 25 uzasadnienia uchwały składu 7 sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (I NOZP 3/19) przywołano także bogate orzecznictwo NSA w tej materii, ale należy zastrzec, czego nie uczyniono jednak w motywach uchwały, a co może wprowadzać w błąd i sugerować uniwersalny charakter takiego stanowiska, że w przywołanych judykatach NSA wyłączono możliwość kwestionowania aktów urzędowych Prezydenta w przedmiocie powołania na stanowisko sędziego na drodze administracyjnej oraz sądownoadministracyjnej, a nie w każdym postępowaniu sądowym.

Istotne jest, że w punkcie 27 uzasadnienia uchwały w sprawie I NOZP 3/19 doprecyzowano stanowisko przez podkreślenie, że chodzi o wyłączenie dopuszczalności badania ważności lub skuteczności aktu powołania sędziego i wynikającego z niego stosunku ustrojowego łączącego sędziego z Rzeczpospolitą Polską, odrębnego od stosunku służbowego, w tym dopuszczalność ustalenia istnienia albo nieistnienia tego stosunku, a więc jak należy rozumieć stosunku ustrojowego, na drodze sądowej (nawiązano do postanowienia SN z 5.11.2009 r.⁴⁹, o którym poniżej).

W podobnym nurcie mieści się wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19)⁵⁰, zgodnie z którym art. 41 § 1 w zw. z art. 42 § 1 k.p.k.⁵¹ stosowany odpowiednio na podstawie art. 74¹ pkt 1 ustawy z 6.07.1982 r. o radcach prawnych⁵² w zakresie, w jakim dopuszcza rozpoznanie wniosku o wyłączenie sędziego z powodu wadliwości powołania sędziego przez Prezydenta RP na wniosek KRS, w skład której wchodzi sędziowie wybrani na podstawie art. 9a ustawy z 12.05.2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa w brzmieniu nadanym przepisami ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, jest niezgodny z art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji RP.

5.2. Z kolei zapatrywanie przedstawione w zdaniu odrębnym SSN W. Kozielowicza do uchwały 3 Izb należałoby uznać za pośrednie. Z jednej bowiem strony uznano, że postanowienie Prezydenta RP w przedmiocie powołania sędziego, jako akt podejmowany w ramach prerogatywy wymienionej w art 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji RP oraz wynikający z tego postanowienia stosunek ustrojowy łączący sędziego z Rzeczą-

⁴⁹ Postanowienie SN z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09), OSNC 2010/C, poz. 69, s. 5.

⁵⁰ Wyrok TK z 4.03.2020 r. (P 22/19), Legalis nr 2286171.

⁵¹ Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

⁵² Ustawa z 6.07.1982 r. o radcach prawnych (Dz.U. z 2020 r. poz.75).

pospolitą Polską, nie może być poddane kontroli (pod względem ważności lub skuteczności) w jakimkolwiek postępowaniu toczącym się na podstawie procedur obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej. Wykluczono także możliwość ustalenia istnienia albo nieistnienia tego stosunku na drodze postępowania sądowego⁵³. Z drugiej zaś strony w przytoczonym zdaniu odrębnym dopuszczono możliwość stwierdzenia wadliwości powołania do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego w wypadku, gdy:

- 1) podczas rozpatrywania i oceny kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez KRS doszło do popełnienia przestępstwa ustalonego prawomocnym wyrokiem skazującym, które spowodowało podjęcie przez KRS uchwały zawierającej wniosek o powołanie danego uczestnika postępowania (kandydata) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego lub
- 2) gdy wykonanie przez Prezydenta RP jego konstytucyjnej prerogatywy w zakresie powołania sędziego zostało uznane za delikt konstytucyjny i za którą to czynność Prezydent został prawomocnie skazany przez Trybunał Stanu;

udział tak powołanych osób w składach orzekających sądów stanowi uchybienie określone w art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c.⁵⁴

5.3. W moim przekonaniu istotne argumenty przemawiają zarówno przeciwko całkowitemu wyłączeniu możliwości kwestionowania zgodności z prawem powołania sędziego, jak i tak znacznemu ograniczeniu tej możliwości, jak ma to miejsce w wypadku stanowiska pośredniego. Część z tych racji, zwłaszcza nawiązujących do braku skutku uzdrawiającego aktu powołania stanowiącego prerogatywę Prezydenta, przywołano już wyżej, w punkcie 3.8. artykułu. W uzupełnieniu celowe jest przytoczenie jeszcze następujących wypowiedzi.

Otóż w piśmie SN z 28.02.2020 r. złożonym w sprawie fikcyjnego sporu kompetencyjnego zarejestrowanej w TK pod sygn. Kpt 1/20⁵⁵ podniesiono, że „w stanowiskach Sejmu RP, Prokuratora Generalnego i Prezydenta RP nadaje się temu pojęciu [prerogatywy – przyp. M.W.-R.] znaczenie, jakie przypisywano uprawnieniom monarchy w czasach absolutyzmu. Prerogatywa nie jest uprawnieniem niepodlegającym czyjejkolwiek kontroli. Wszak prezydent RP, jak każdy organ władzy publicznej, musi działać nie tylko na podstawie, ale i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP)”. Jak wywiedziono dalej, nie może być zatem tak, że w demokratycznym państwie prawa wykonywanie prerogatywy przez prezydenta RP, polegającej na powołaniu sędziego, nie tylko sanuje uchybienia popełnione w konkretnej procedurze powołania na urząd sędziego, ale także niekonstytucyjność wchodzącej w grę regulacji, gdyż takie zapatrywanie narusza zasadę legalizmu wyrażoną w art. 7 Konstytucji RP. „Podkreślenia wymaga, że prerogatywa ta została wykreowana na potrzeby sporu poli-

⁵³ Z odwołaniem się do postanowienia SN z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09), o którym poniżej.

⁵⁴ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c. W poruszonym tu zakresie w podobnym kierunku idzie zdanie odrębne SSN Z. Myszki do uchwały 3 Izb SN, por. zwłaszcza pkt 15, 18, 20.

⁵⁵ Stanowisko zamieszczone na stronie www.trybunal.gov.pl; dokumenty w sprawie Kpt 1/20 (znak: PPI-0131-252/20) (dostęp: 9.03.2020 r.) oraz na stronie www.sn.pl (dostęp: 20.03.2020 r.).

tycznego trwającego od [w cytowanym fragmencie użyto przyimka „do” – przyp. M.W.-R.] 2015 r. i nie była wcześniej znana nauce prawa konstytucyjnego. Nie może zatem stanowić podbudowy teoretycznej wniosku oraz stanowisk złożonych do akt sprawy”.

Podobnie w punkcie 3 cytowanych już wcześniej Uwag SN do druku sejmowego nr 69 Sejmu IX kadencji zdecydowanie odrzucono tezę, jakoby akt powołania osoby na stanowisko sędziego przez Prezydenta RP nie mógł podlegać jakiegokolwiek kontroli. Jak dalej argumentowano, Prezydent jest zobowiązany do działania na podstawie prawa i w jego granicach (art. 7 Konstytucji); w razie naruszenia Konstytucji, ustawy lub popełnienia przestępstwa może być pociągnięty do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu. „Odpowiedzialność ta dotyczy naruszenia każdego przepisu Konstytucji RP, także tego wyposażającego go w prerogatywę”.

5.4. Podejście zaprezentowane w punkcie 5.3. powyżej oraz zdecydowanie negatywna ocena definicji sędziego wprowadzonych do ustaw ustrojowych (punkt 3.4. artykułu) implikują konieczność odniesienia się do przepisów art. 1 pkt 32, art. 2 pkt 6, art. 3 pkt 2 oraz art. 4 pkt 1 ustawy zmieniającej z 20.12.2019 r., które wprowadziły zmiany do ustaw ustrojowych, przewidujące zakaz badania i kwestionowania prawidłowości powołania określonych osób na stanowiska sędziowskie, z rozróżnieniem dwóch aspektów:

- niedopuszczalności kwestionowania umocowania sądów i trybunałów, konstytucyjnych organów państwowych oraz organów kontroli i ochrony prawa, oraz
- niedopuszczalności ustalania lub oceny przez sąd lub inny organ władzy zgodności z prawem powołania sędziego lub wynikającego z tego powołania uprawnienia do wykonywania zadań z zakresu wymiaru sprawiedliwości.

Na pełną aprobatę zasługuje stanowisko SN wyrażone w Uwagach do druku nr 69 Sejmu IX kadencji, że takie rozwiązania stanowią „próbę legalizacji każdego w istocie powołania na stanowisko sędziego, nawet skrajnie wadliwego, bo polegającego np. na powołaniu osoby niespełniającej jakichkolwiek warunków do bycia sędzią i bez dochowania jakichkolwiek warunków proceduralnych, skoro każdorazowo decydujące znaczenie ma sam akt powołania przez prezydenta i jednocześnie proces powołania sędziego nie może być kontestowany w drodze orzeczenia sądu. Naruszenie standardów ma w tym wypadku postać kwalifikowaną. Z jednej bowiem strony przyjmuje się błędne założenie, że akt powołania jest jedyną i wyłączną przesłanką legalności uzyskania statusu sędziego, z drugiej natomiast zakazuje się ustawowo – konstytucyjnie do tego powołanym organom, jakimi są niezależne sądy – dokonywać prawnej weryfikacji tego stanu rzeczy”. Co więcej, w pełni zasadne jest twierdzenie SN, że rozważane rozwiązania ingerują w zasadę pierwszeństwa prawa unijnego i uniemożliwiają sądowi krajowemu wypełnienie obowiązku zapewnienia efektywności regulacji unijnych na poziomie krajowym, co w sumie jest równoznaczne z wprowadzeniem ustawowego zakazu wykonywania wyroku TSUE z 19.11.2020 r.⁵⁶ O kwalifikowanym naruszeniu standardów przesądza także okoliczność, że wbrew postanowieniom zabezpieczającym

⁵⁶ Na sprzeczność rozważanych przepisów ze wskazaniami zawartymi w wyroku TSUE, a tym sa-

NSA⁵⁷ Prezydent RP powołał określone osoby na urząd sędziowski; tym samym nie dopuścił on do weryfikacji procedury nominacyjnej toczącej się przed KRS.

6. ASPEKTY PROCEDURALNE ZWIĄZANE Z KWESTIONOWANIEM POWOŁANIA NA URZĄD SĘDZIOWSKI

6.1. Konstytucja nie zawiera regulacji w materii kwestionowania aktu powołania na urząd sędziowski. Jak podkreślono w punkcie 28 uzasadnienia uchwały 3 Izb, także w przepisach pozakonstytucyjnych nie przewidziano wprost żadnej szczególnej procedury lub środka, pozwalających stronie na kwestionowanie skuteczności powołania do pełnienia urzędu sędziego osoby zasiadającej w składzie orzekającym, jeżeli nastąpiło ono w okolicznościach powodujących następnie wątpliwości co do tego, czy osoba, która je uzyskała, jest zdolna do sprawowania wymiaru sprawiedliwości w składzie sądu z zachowaniem niezawisłości i bezstronności. W uchwale 3 Izb Sąd Najwyższy przeprowadził wykładnię wchodzących w grę przepisów na płaszczyźnie zgodności składu sądu orzekającego z przepisami prawa. Jak zaznaczono na wstępie artykułu, jednym z jego celów jest natomiast wyjście poza tę granicę, podjęcie próby oceny statusu takiej osoby oraz wskazanie instrumentów pozwalających na kwestionowanie wadliwego powołania.

Podzielając w pełni powyższe stanowisko SN, trzeba jednak zauważyć, że system prawa pozytywnego, rozumiany zgodnie z jego naturą jako całokształt norm prawnych funkcjonujących w naszym państwie, zawiera uregulowania pozwalające na kwestionowanie skuteczności powołania do pełnienia urzędu sędziego przy wykorzystaniu do tego postępowań toczących się zarówno przed trybunałami, jak i sądami (Rozdział VIII Konstytucji RP), i to nie tylko w zakresie stosunku służbowego (stosunku zatrudnienia), ale także w sferze stosunku ustrojowego (szerzej w punkcie 6.3.2. artykułu).

Stanowisko wyrażone w zdaniu odrębnym SSN W. Koziielewicz, a także SSN Z. Myszki, do uchwały 3 Izb potwierdza możliwość i dopuszczalność podjęcia działań prowadzących w efekcie do zakwestionowania stosunku ustrojowego łączącego sędziego z Rzeczpospolitą Polską w postępowaniu przed Trybunałem Stanu, które w ostatecznym rezultacie prowadziłyby do stwierdzenia, że akt nominacji okazał się deliktem konstytucyjnym, za który organ nominujący zostałby prawomocnie skazany przez Trybunał Stanu. W świetle uwarunkowań konstytucyjnych oraz przewidzianych w ustawie z 26.03.1982 r. o Trybunale Stanu⁵⁸, a zwłaszcza w art. 6 i 13 ust. 1 tego aktu prawnego, oraz z uwagi na aktualne uwarunkowania polityczne, skorzystanie z tej drogi pozostaje na razie w sferze teorii.

mym sprzeczność z prawem unijnym, a także z Konstytucją RP, zwraca uwagę S. Biernat, *Debate EPS...*, s. 32.

⁵⁷ Zob. np. postanowienie NSA z 8.10.2018 r. (II GW 31/18), CBOSA, wydane w sprawie z wniosku kandydata na urząd sędziego o udzielenie zabezpieczenia w postępowaniu o uchylenie określonej uchwały KRS w przedmiocie przedstawienia (nieprzedstawienia) wniosków o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego SN; NSA postanowił wstrzymać wykonanie uchwały KRS w zaskarżonej części.

⁵⁸ Ustawa z 26.03.1982 r. o Trybunale Stanu (Dz.U. z 2019 r. poz. 2122).

6.2. Z przyczyn przedstawionych niżej trzeba wykluczyć sensowność wykorzystywania przewidzianych skądinąd prawem środków takich, jak pytanie sądu przewidziane w art. 193 Konstytucji, czyli – z punktu widzenia pełnomocnika czy obrońcy – składanie do danego sądu wniosku o wystąpienie z pytaniem czy skarga konstytucyjna (art. 79 Konstytucji).

W celu oddania aktualnego stanu Trybunału Konstytucyjnego (TK) używa się różnych określeń – kryzys, istotne zakłócenie działalności TK⁵⁹, istnienie jedynie formalne, z nazwy, jako organ fasadowy. Niezależnie od tego, które z nich najlepiej opisuje sytuację, jedno nie podlega kwestii – Trybunał Konstytucyjny został pozbawiony zdolności do wykonywania podstawowego zadania określonego w art. 188 Konstytucji RP, to znaczy sprawowania hierarchicznej kontroli norm (w aspekcie generalno-abstrakcyjnym)⁶⁰.

W tej sytuacji istnieją podstawy do pogłębionego rozważenia argumentów przemawiających za dopuszczalnością badania konstytucyjności *ad hoc* przez sądy (art. 8 ust. 2 Konstytucji). Wymaga tego przede wszystkim wzgląd na konieczność stworzenia alternatywnych mechanizmów realizacji zasady nadrzędności Konstytucji. Brak takich środków oznaczałby „pozbawienie znaczenia podstawowych zasad ustrojowych, takich jak zasada konstytucjonalizmu i zasada podziału władz (...)”, mógłby „(...) też istotnie zagrozić ochronie konstytucyjnych praw i wolności jednostki. Innymi słowy, naruszenie konstytucyjnej pozycji TK nie może być premiowane uznaniem, że Konstytucja RP – jako taka – zostaje pozbawiona swojej nadrzędności wobec ustawy”⁶¹. Sądy stosują normy konstytucyjne bezpośrednio i nie zostały pozbawione jurysdykcji w sprawach, w których występuje problem zgodności ustawy z Konstytucją. W sytuacji głębokiego i przedłużającego się kryzysu całego systemu prawnego wystąpienie przez sąd z pytaniem prawnym do TK na podstawie art. 193 Konstytucji RP trzeba zatem na nowo odczytywać jako dyskrecjonalne uprawnienie sądu, a nie obowiązek.

Już na początku obecnego kryzysu prawnego pojawiły się wypowiedzi opowiadające się za takim rozwiązaniem⁶²; uznano mianowicie, że zmiana modelu kontroli powinna iść w kierunku „pogłębienia niekwestionowanego obowiązku sięgania do prokonstytucyjnej wykładni ustaw przez sądy świadome ich szczególnego obowiązku ochrony konstytucyjnych praw, jednak w ostateczności, w razie niekonstytucyjności przepisów ustawy, nie tylko możliwości, ale wręcz obowiązku odmówienia stosowania przez sąd przepisów z Konstytucją sprzecznych (...)”. Przy takim założeniu „o zgodności przepisu

⁵⁹ Por. L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016/7–8, s. 7, 8, 11, 16; autor opisuje trzy stadia kryzysu konstytucyjnego; późniejsze obserwacje wskazują na to, że stan kryzysu jeszcze się pogłębił i proces ten trwa nadal.

⁶⁰ W tym kontekście należy odnotować, że M. Pyziak-Szafnicka, *Nowa rola Trybunału Konstytucyjnego*, „Rzeczpospolita” z 19.02.2020 r. (dodatek „Sądy i Prokuratura”) zwróciła uwagę na ujawnioną w ciągu ostatnich lat nową rolę TK, to jest „legitymizowanie, czy też potwierdzanie legalności, ustaw uchwalanych przez większość parlamentarną oraz aktów podejmowanych przez wywodzącego się z tego samego obozu politycznego Prezydenta RP”. W dalszej części artykułu autorka wskazuje i analizuje konkretne sprawy potwierdzające przytoczoną tezę; zob. też A. Kappes, J. Skrzydło, *Trybunał Konstytucyjny sięgnął bruku*, „Rzeczpospolita” z 4.02.2020 r.

⁶¹ L. Garlicki, *Sądy a Konstytucja...*, s. 21.

⁶² M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania prawa*, „Palestra” 2016/4, s. 29.

aktu normatywnego z Konstytucją TK rozstrzyga w formie orzeczenia ze skutkami przewidzianymi w ustawie; sąd powszechny nie orzeka zaś o zgodności przepisu z Konstytucją, lecz jedynie odmawia zastosowania regulacji niezgodnej z Konstytucją. Taki model eliminuje ryzyko wydawania przez sądy orzeczeń na podstawie przepisów sprzecznych z Konstytucją, jednocześnie nie stanowi zagrożenia dla funkcjonowania TK⁶³.

Cały ciężar kontroli aktów powołania na stanowiska sędziowskie spoczywa zatem obecnie na sądach (głównie na sądach powszechnych – art. 177 Konstytucji, art. 199¹ k.p.c.), czyli w istocie na orzekających w nich sędziach, co wobec realnego zagrożenia postępowaniami dyscyplinarnymi stawia ich przed dramatycznymi dylematami. Kontrola ta powinna się także rozciągać na weryfikację zgodności tych działań z określonymi aktami prawa UE. W wypadku, gdy taka weryfikacja doprowadzi do ustalenia, że dany akt normatywny (przepisy takiego aktu) jest sprzeczny z prawem UE, a wykładnia zawartych w nim przepisów nie pozwala na osiągnięcie takiej zgodności, unormowania te powinny podlegać pominięciu⁶⁴.

Podjmując uchwałę z 23.01.2020 r., SN działał w celu wykonania prawa unijnego, którego wykładnię przesądził TSUE w wyroku z 19.11.2019 r. Sąd Najwyższy uznał więc, że zgodnie z zasadą bezpośredniego stosowania prawa unijnego, utrwaloną w orzecznictwie TSUE⁶⁵, miał obowiązek pominięcia wszelkich przepisów ustawowych, działań władzy wykonawczej czy orzeczeń sądowych, które uniemożliwiłyby mu wydanie orzeczenia, urzeczywistniającego prawo unijne⁶⁶. Analogiczna praktyka może, a nawet powinna, być udziałem sądów powszechnych⁶⁷. Także sędziowie tych sądów mogą stosować, z pierwszeństwem przed ustawą, ratyfikowane za zgodą Sejmu umowy międzynarodowe, które chronią m.in. prawa podstawowe (art. 91 ust. 2 i 3 Konstytucji).

6.3. Należy podzielić, co do zasady, przywołane wcześniej, utrwalone stanowisko⁶⁸, że działania Prezydenta RP podejmowane przy powoływaniu sędziów nie podlegają kognicji sądów

⁶³ M. Gutowski, P. Kardas, *Sądowa kontrola...*, s. 29; zob. też M. Gutowski, P. Kardas, *O relacjach między demokracją a prawem, czyli kilka uwag o istocie demokracji konstytucyjnej*, „Palestra” 2017/1–2, s. 22; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 576–579 oraz cytowane tam obszernie piśmiennictwo.

⁶⁴ Por. M. Pilich, *Debata EPS...*, s. 27; A. Śledzińska-Simon, *Lojalność konstytucyjna czy lojalność unijna? – znaczenie zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej dla sądów krajowych* (w:) *Zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2015, s. 205–207.

⁶⁵ Por. np. pkt 33 wyroku TSUE z 6.03.2018 r. w sprawie C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

⁶⁶ Zob. pkt 4 uzasadnienia uchwały 3 Izby; pkt 15 uzasadnienia postanowienia SN z 15.01.2020 r. (III PO 8/18), w którym SN odwołał się do rozstrzygnięć TK oraz do orzecznictwa unijnego; w tym zakresie inicjujące znaczenie miał wyrok TSUE z 9.03.1978 r., 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, zob. zwłaszcza pkt 20; w kontekście niniejszych rozważań takim pominięciem powinien być objęty m.in. wyrok TK z 25.03.2019 r. (K 12/18), w którym m.in. uznano za zgodną z Konstytucją procedurę wyboru sędziowskiej części składu KRS przez Sejm.

⁶⁷ Por. *Debata EPS...* – M. Pilich, s. 27; I.C. Kamiński, s. 27; S. Biernat, s. 31.

⁶⁸ Z najnowszego orzecznictwa zob. zaś postanowienie NSA z 27.01.2020 r. (I OSK 1917/18), CBOSA, które zapadło w kontekście wniosku o wyłączenie sędziego powołanego przez KRS w obecnym składzie.

administracyjnych⁶⁹. Gdy chodzi zaś o instrumenty, które stoją do dyspozycji w ramach procedury cywilnej i karnej, można wyróżnić takie, które są aktualne na gruncie postępowania toczącego się przed sądem, w którego składzie orzeka „sędzia” powołany w rozważanej wadliwej procedurze nominacyjnej, oraz takie, którymi można się posłużyć, wszczynając odrębną sprawę, z ewentualnym wnioskiem o zawieszenie innego, toczącego się postępowania.

6.3.1. W ramach pierwszej z tak wyróżnionych grup można wskazać:

- 1) wniosek o wyłączenie sędziego, składany już w pierwszej instancji na podstawie art. 49 k.p.c. oraz art. 41 § 1 k.p.k.⁷⁰, jako element realizacji prawa do sądu zagwarantowanego w art. 45 Konstytucji oraz w art. 6 EKPC;
- 2) w apelacji w postępowaniu cywilnym oraz w śródku odwoławczym wnoszonym na podstawie Kodeksu postępowania karnego:
 - a) podniesienie zarzutu nieważności postępowania cywilnego (art. 379 pkt 4 k.p.c.) oraz zarzutu znajdującego oparcie w art. 439 § 1 k.p.k.;
 - b) zamieszczenie wniosku o przedstawienie zagadnienia prawnego związanego ze statusem „sędziego” orzekającego w pierwszej instancji Sądowi Najwyższemu na podstawie art. 390 § 1 k.p.c. oraz art. 441 § 1 k.p.k.;
- 3) w wypadku orzeczenia prawomocnego:
 - a) zamieszczenie w skardze kasacyjnej wnoszonej w postępowaniu cywilnym wniosku o przyjęcie do rozpoznania z powołaniem się na nieważność postępowania (art. 398⁹ § 1 k.p.c. w związku z art. 379 pkt 4 k.p.c.);
 - b) skarga o stwierdzenie niezgodności z prawem prawomocnego orzeczenia (art. 424¹ § 2 k.p.c.) z powołaniem się na to, że niezgodność z prawem wynika z naruszenia konstytucyjnego prawa do sądu;
 - c) wznowienie postępowania na podstawie art. 401 pkt 1 k.p.c. ze wskazaniem jako podstawy wznowienia okoliczności, że w składzie sądu uczestniczyła osoba nieuprawniona;
 - d) wniesienie na podstawie art. 523 § 1 k.p.k. kasacji z powodu uchybień wymienionych w art. 439 k.p.k.;
 - e) wniesienie skargi na wyrok sądu odwoławczego na podstawie art. 539a § 1 k.p.k. w związku z art. 439 § 1 k.p.k.;
 - f) wystąpienie z wnioskiem o wznowienie postępowania karnego na podstawie art. 540 § 3 k.p.k.

⁶⁹ Inaczej jednak ocenił to NSA postanowieniu z 18.04.2019 r. (II GZ 60/19), CBOSA, w której chodziło o potwierdzenie faktu przejścia sędziego w stan spoczynku lub przeniesienia w ten stan; w tym wypadku, w kontekście art. 39 ustawy o Sądzie Najwyższym, NSA uznał, że wejście w rolę organu administracyjnego w ujęciu funkcjonalnym w ustawie o SN otwiera drogę do sądowej kontroli działań Prezydenta RP w zakresie statusu prawnego sędziów SN. Przyjęcie innej interpretacji obowiązujących przepisów prowadziłoby zdaniem NSA do naruszenia zasad wynikających z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP; bo *de facto* sędzia SN zostałby pozbawiony możliwości sądowego kwestionowania działań mających wpływ na zakres jego praw i obowiązków, wynikających ze stosunku prawnego łączącego ten podmiot z państwem.

⁷⁰ Szerzej zob. M. Pilich, *Debata EPS...*, s. 29.

6.3.2. Jeżeli chodzi o samodzielne postępowania, w których może dojść do zakwestionowania statusu sędziego, w grę wchodzi:

- a) wytoczenie powództwa o ustalenie nieistnienia stosunku służbowego sędziego;
- b) powództwo o odszkodowanie z tytułu naruszenia prawa unijnego.

Ramy artykułu nie pozwalają na szersze omówienie wszystkich wymienionych środków; w związku z tym następane uwagi poświęcam wybranym kwestiom związanym z wytoczeniem powództwa przewidzianego w art. 189 k.p.c. oraz powództwa o odszkodowanie za naruszenie prawa unijnego, jako zagadnieniom stosunkowo rzadziej poruszonym w omawianym kontekście.

W wypadku powództwa o ustalenie, że dana osoba powołana na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez KRS w obecnym składzie nie pozostaje w stosunku służbowym sędziego danego sądu (wszak powołanie następuje na konkretne stanowisko), wytoczonego np. przez stronę (uczestnika) innego postępowania, jako kluczowe jawi się zagadnienie dopuszczalności drogi sądowej. W tym zakresie podstawowe znaczenie ma nawiązanie do utrwalonego rozróżnienia mandatu sędziego, a więc stosunku ustrojowego, wynikającego z powierzenia i sprawowania urzędu wraz z częścią władzy publicznej⁷¹, oraz stosunku służbowego wiążącego sędziego z danym sądem (zasadności tego rozróżnienia nie podważa istnienie określonych powiązań między tymi dwoma stosunkami). O ile bowiem, jak uznał SN w cytowanym już postanowieniu z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09), nie przewiduje się drogi sądowej dla ustalenia istnienia czy nieistnienia mandatu sędziego, a więc stosunku ustrojowego, wynikającego z powierzenia i sprawowania urzędu⁷², o tyle spory z zakresu stosunku służbowego, w tym polegające na ustalaniu jego istnienia bądź nieistnienia, jako sprawy z zakresu prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, są rozpoznawane w postępowaniu cywilnym z zakresu prawa pracy⁷³. W najnowszym orzecznictwie, w postanowieniach z 15.01.2020 r. (III PO 8/18 oraz III PO 9/18)⁷⁴, Sąd Najwyższy uznał, że sprawa ta (o ustalenie, że stosunek służbowy sędziego w stanie czynnym, istniejący w dniu 3.07.2018 r. między powodem – sędzią SN a pozwanym Sądem Najwyższym, z dniem 4.07.2018 r. nie uległ przekształceniu w stosunek służbowy sędziego w stanie spoczynku) jest sprawą ze stosunku pracy rozumianą jako ustalenie zatrudnienia, a do rozpoznania zgłoszonego w niej wniosku o zabezpieczenie powództwa oraz wniosku prokuratora o wydanie postanowienia o umorzeniu postę-

⁷¹ Por. M. Pilich, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09)*, „Przegląd Sejmowy” 2010/4, s. 208. Autor jest zdania, że dopuszczalność drogi sądowej w sporach dotyczących ściśle uprawnień i obowiązków sędziego jako strony stosunku służbowego nie budzi wątpliwości oraz że „raczej nie mieszczą się w jej zakresie takie sprawy, które dotyczą powierzenia lub pozbawienia urzędu” (s. 209).

⁷² W odniesieniu do sędziego TK por. bliżej M. Pilich, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5.11.2009 r...*, s. 209.

⁷³ Z kolei w kwestii złożonego charakteru stosunku służbowego sędziego, który to stosunek zawiera zarówno elementy stosunku pracy, jak i elementy o charakterze publicznoprawnym – por. uchwałę SN z 9.12.2003 r. (III PZP 15/03) oraz uchwałę SN z 22.03.2007 r. (II PZP 6/06); www.sn.pl; postanowienie NSA z 18.04.2019 r. (II GZ 60/19), CBOŚA.

⁷⁴ Postanowienia SN z 15.01.2020 r. (III PO 8/18 oraz III PO 9/18), www.sn.pl.

powania właściwy jest sąd rejonowy. Przytoczone rozstrzygnięcie, stanowiące wyraz kontynuacji stanowiska wyrażonego w postanowieniu z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09), potwierdza przysługiwanie drogi sądowej w razie wytoczenia powództwa o „pozytywne” ustalenie stosunku zatrudnienia; nie ma żadnych podstaw do odmiennego zapatrywania w wypadku „negatywnego” powództwa o ustalenie, a więc – jak w rozważanych okolicznościach – o ustalenie nieistnienia stosunku służbowego sędziego.

Innym problemem wymagającym poruszenia, klasycznym na tle art. 189 k.p.c., jest kwestia interesu prawnego powoda w żądaniu ustalenia nieistnienia stosunku służbowego „sędziego” pozwanego w danej sprawie. Spośród bogatego dorobku orzecznictwa i piśmiennictwa, w którym określono sytuacje (okoliczności), gdy zachodzi interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c., dla niniejszych rozważań podstawowe znaczenie mają ustalenia zakładające, że o istnieniu interesu przesądza występowanie stanu niepewności stosunku prawnego lub prawa z przyczyn zarówno faktycznych, jak i prawnych⁷⁵. W świetle wyroku TSUE z 19.11.2019 r. oraz wykonujących ten wyrok orzeczeń SN stwierdzenie istnienia stanu niepewności jest w pełni uzasadnione. Co więcej, można zaryzykować twierdzenie, że jest to nowy modelowy przykład stanu fundamentalnej niepewności prawnej, zawierającej się w pytaniu, czy orzeczenie, jakie zapadnie w danej sprawie, będzie miało walor rozstrzygnięcia rzeczywiście wydanego w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej. Oceny tej nie zmienia uwzględnienie utrwalonego stanowiska, zgodnie z którym interes prawny w rozumieniu art. 189 k.p.c. nie zachodzi w sytuacji, gdy powód może poszukiwać ochrony swych praw przy wykorzystaniu powództwa innego rodzaju. Żadne z pozostałych dwóch rodzajów powództw przewidzianych w procedurze cywilnej (o świadczenie, o ukształtowanie prawa) nie jest bowiem adekwatne do analizowanych okoliczności; jedynie zapadnięcie wyroku o charakterze deklaratoryjnym, który autorytatywnie stwierdzi nieistnienie stosunku służbowego „sędziego” pozwanego w sprawie⁷⁶, pozwoli powodowi na uzyskanie prawidłowego rozstrzygnięcia w innej sprawie, wydanego przez sędziego albo z udziałem sędziego, którego prawo sprawowania wymiaru sprawiedliwości nie będzie kwestionowane.

6.3.3. W razie wyboru jako środka ochrony prawnej roszczenia odszkodowawczego skierowanego przeciwko Skarbowi Państwa za naruszenie prawa unijnego, polegającego np. na nieuwzględnieniu wykładni zawartej w odpowiedzi na pytania prejudycjalne, w zależności od wartości przedmiotu sporu sprawę będzie rozpatrywał sąd rejonowy albo okręgowy. Wiąże się z tym problem, który może się zaktualizować w sytuacji, gdy zarzucana niezgodność z prawem UE dotyczy orzeczenia wydanego przez SN⁷⁷. Z jednej bowiem strony, biorąc pod uwagę art. 77 Konstytucji oraz ugruntowane stanowisko Trybunału Sprawiedliwości⁷⁸, trzeba by uznać, że odpowiedzialność państwa członkow-

⁷⁵ Por. M. Jędrzejewska, K. Weitz (w:) *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, t. 2, *Postępowanie rozpoznawcze*, red. T. Ereciński, LEX/el., WKP 2016, teza 7 do art. 189.

⁷⁶ Zob. wyrok SN z 6.10.2017 r. (V CSK 52/17), www.sn.pl.

⁷⁷ Por. A. Kastelik-Smaza, *Debata EPS...*, s. 32.

⁷⁸ Zob. wyrok TS z 13.06.2006 r. w sprawie *Traghetti del Mediterraneo SpA przeciwko Republice Włoskiej* (C-173/03), ECLI:EU:C:2006:391; wyrok TS z 30.09.2003 r. w sprawie *Gerhard Köbler przeciwko Republice Austrii* (C-224/01), ECLI:EU:C:2003:513.

skiego za szkodę wyrządzoną naruszeniem prawa wspólnotowego ma zastosowanie także do sytuacji, gdy:

- zarzucane naruszenie wynika z orzeczenia sądu rozstrzygającego w ostatniej instancji i uszczuplającego prawa jednostki,
- naruszenie jest wystarczająco poważne, rażące i oczywiste,
- istnieje bezpośredni związek przyczynowy między naruszeniem a szkodą poniesioną przez pokrzywdzonego.

Nie jest w pełni jasne, co należy rozumieć na gruncie prawa polskiego przez określenie „sąd najwyższej instancji państwa członkowskiego” czy „orzeczenie najwyższej instancji sądowej państwa członkowskiego” lub „orzeczenie sądu krajowego najwyższej instancji”, „orzeczenie sądu ostatniej instancji” używane w wyroku w sprawie *Gerhard Köbler przeciwko Republice Austrii*⁷⁹ – wszak Sąd Najwyższy nie jest w obecnym stanie prawnym traktowany jako trzecia instancja. Niemniej jednak skoro w ww. wyroku (zwłaszcza w punktach 33–55) wskazano, że chodzi o orzeczenie sądu, które ma walor ostateczny i w normalnym toku rzeczy nie może już się stać przedmiotem kontroli, to należy uznać, że zasada ukształtowana przez ETS odnosi się także do orzeczeń polskiego Sądu Najwyższego. Z kolei z punktu 46 wyroku w sprawie *Gerhard Köbler przeciwko Republice Austrii* wynika, że to w wewnętrznych uregulowaniach państwa członkowskiego powinny zostać określone właściwe sądy oraz unormowana procedura sądowa, w ramach której ma być zapewniona pełna ochrona praw wywodzonych z prawa wspólnotowego⁸⁰. W ramach autonomii państw członkowskich w omawianym zakresie istnieją warunki do ukształtowania procedury w sprawach odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa wspólnotowego w wyniku działalności orzeczniczej najwyższych instancji sądowych w danym kraju w sposób respektujący konstrukcję i zasady danego systemu wymiaru sprawiedliwości. Na gruncie prawa polskiego konstrukcjom tym odpowiadałoby wprowadzenie do Kodeksu postępowania cywilnego uregulowania przewidującego w rozważanej konfiguracji skierowanie środka prawnego do SN przy przyjęciu zasady, że środek ten przysługuje do innego składu tego Sądu, i to składu odpowiednio powiększonego w stosunku do orzekającego przy wydaniu kwestionowanego orzeczenia SN⁸¹.

Tymczasem w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.08. 2012 r. (II C 319/12)⁸² stwierdzono, że „w tej sytuacji należało uznać, że ustawodawca nie przewidział możliwości dochodzenia odszkodowania za niezgodne z prawem orzeczenie Sądu Najwyższego, wykluczył bowiem dopuszczalność badania legalności takiego orzeczenia, obdarzając je niewzruszalnym domniemaniem zgodności z obowiązującym porządkiem prawnym (...) Z wymienionych powyżej względów Sąd nie odnosi się w uzasadnie-

⁷⁹ Co do możliwych interpretacji tych sformułowań por. W. Sanetra, *W kwestii odpowiedzialności za wyrządzenie szkody przez wydanie orzeczenia niezgodnego z prawem unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006/3, s. 11.

⁸⁰ Zob. także W. Sanetra, *W kwestii odpowiedzialności za wyrządzenie szkody...*, s. 7.

⁸¹ Por. art. 394^{1a} k.p.c. oraz art. 394² k.p.c.

⁸² Wyrok dostępny na Portalu orzeczeń sądów powszechnych (dostęp: 21.03.2020 r.); wyrok z adnotacją, że jest to orzeczenie nieprawomocne.

niu do kierowanych wobec orzeczenia Sądu Najwyższego zarzutów merytorycznych, uznając, że jest to niedopuszczalne". Stanowisko Sądu Okręgowego w sprawie II C 319/12 opiera się przede wszystkim na okolicznościach towarzyszących przyjęciu ustawy z 22.07.2010 r. nowelizującej Kodeks cywilny i Kodeks postępowania cywilnego⁸³, abstrahuje zaś od literalnego brzmienia art. 424^{1b} Kodeksu postępowania cywilnego. Przyszła praktyka przesądzi zapewne, które z tych podejść jest właściwe.

7. PODSUMOWANIE

Analiza przeprowadzona w artykule prowadzi do konkluzji, że osoba formalnie powołana na urząd sędziego na skutek rekomendacji udzielonej przez Krajową Radę Sądownictwa w obecnym składzie nie ma (nie uzyskała) statusu sędziego w rozumieniu art. 179 Konstytucji; nie jest zatem ani sędzią krajowym, ani unijnym. Z tego powodu, co wymaga szczególnego podkreślenia, nie ma podstaw, by w tym kontekście, przy stosowaniu dostępnych w polskim prawie środków kwestionowania tego statusu, dochodziło do usunięcia z urzędu i pozbawienia władzy sądowniczej, gdyż w rozważonych okolicznościach nie doszło do jej uzyskania. W szczególności przedstawione uwagi wskazują, że nie tylko nie ma podstaw do swoiście rozszerzającej interpretacji prerogatywy przewidzianej w art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji, w kierunku dopuszczającym uzdrowienie czy legalizowanie poprzedzających ją naruszeń, ale ważne argumenty zdecydowanie przemawiają przeciwko takiej wykładni. Wszak Konstytucja opiera się na określonych wartościach; należą do nich niezależność sądów i niezawisłość sędziów, a tym samym niezależność KRS, która ma stać na straży tych wartości, które z kolei składają się na formułę demokratycznego państwa prawnego. Zdecydowanie nie mieści się w niej aprobata dla legislacyjnego i orzeczniczego bezprawia.

W ramach ważenia konstytucyjnych wartości trzeba więc wprost stwierdzić, że działania władzy ustawodawczej i wykonawczej podejmowane ewidentnie ze złą wolą, odpowiedzialnej za ukształtowanie aktualnego stanu prawnego, doprowadziły do najpoważniejszego od kilkudziesięciu lat kryzysu polskiego systemu prawnego, a jednym z najbardziej jaskrawych przejawów tego kryzysu są wadliwe powołania sędziowskie i wiążące się z nimi zagrożenie, że wydane przez nich rozstrzygnięcia będą podważane⁸⁴ oraz podjętą realną próbę wyjścia z tego impasu, albo uznać za bardziej przekonujące obawy przed rzekomym paraliżem na wiele lat każdego postępowania sądowego przez pozywanie kolejnych sędziów zasiadających w składach orzekających we wszystkich instancjach w trybie art. 189 k.p.c. o ustalenie nieistnienia prawa, wynikającego ze stosunku ustrojowego, upoważniającego ich do wydawania wyroków w imieniu RP⁸⁵. W moim najgłębszym przekonaniu to drugie rozwiązanie jest nie do zaakceptowania, a jednorazowe działanie, np. w postaci interwencji ustawodawcy, pozwoliłoby uchronić nas przed wszelkimi ewentualnymi komplikacjami.

⁸³ Ustawa z 22.07.2010 r. nowelizująca Kodeks cywilny i Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. nr 155, poz. 1037).

⁸⁴ Por. A. Kastelik-Smaza, *Debata EPS...*, s. 29.

⁸⁵ Tak pkt 37 uzasadnienia uchwały składu 7 sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 8.01.2020 r. (I NOZP 3/19).

ABSTRACT

dr hab. Małgorzata Wrzołek-Romańczuk

The autor is a noncareer counsel, legal adviser, with a postdoctoral degree

Legal status of a person formally appointed to the office of a judge on the recommendation of the National Council of the Judiciary in the current makeup – remarks against the backdrop of the judgement of the Court of Justice of the European Union of 19 November 2019 and of the judgements of the Supreme Court enforcing the above mentioned European verdict

Building upon the concepts presented in the judgement of the Court of Justice of the European Union of 19 November 2019 in cases C-585/18, C-624/16, C-625/18 and in the judgements of the Supreme Court enforcing the above mentioned European verdict, first and foremost the resolution of the formation of the combined Civil Chamber, Criminal Chamber and Labour Law and Social Security Chamber of 23 January 2020, this article challenges the assumption that the act of the President of Poland formally granting the status of a judge (appointing an individual to the office of a judge) validates the breaches of the procedure for judicial appointments and can not be contested in any procedure under the Polish law. To this end the author analyses the main phases of the procedure for judicial appointments and presents the consequences of the breaches thereof. The final deliberations are focused with the available legal instruments permitting the contestation of such improper acts.

Keywords: *status of a judge, the National Council for the Judiciary, the legal status of the National Council for the Judiciary, a prerogative of the President of Poland to appoint judges, breaches of the procedure for judicial appointments, validation of appointment procedure, contestation of acts granting the status of a judge*

dr hab. Małgorzata Wrzołek-Romańczuk

e-mail:zabucza@poczta.onet.pl

Autorka jest adwokatem (niewykonującym zawodu), radcą prawnym, doktorem habilitowanym nauk prawnych.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Balicki Ryszard, *Komentarz do art. 144 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, LEX/el.

Banaszak Bogusław, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009

Bosek Leszek, Żmij Grzegorz, *Uwarunkowania prawne powoływania sędziów w Europie w świetle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*

- z 12.03.2019 r., 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson przeciwko Islandii*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019/7, s. 33
- Ciapała Jerzy**, *Charakter kompetencji Prezydenta RP. Uwagi w kontekście kompetencji w zakresie powoływania sędziów*, „Przegląd Sejmowy” 2008/4, s. 37
- Dalkowska Anna**, Wywiad z 3.03.2020 r., prawo.pl (dostęp: 30.03.2020 r.)
- Dalkowska Anna**, Wywiad z 30.03.2020 r., prawo.pl (dostęp: 30.03.2020 r.)
- Florczak-Wątor Monika, Patyra Sławomir**, *Opinia prawna na temat skutków wadliwości postępowania nominacyjnego sędziów Sądu Najwyższego w aspekcie skuteczności ich powołania*, „Iustitia” 2019/1, s. 46
- Gajewski Sebastian, Jakubowski Aleksander**, *Nieakt w prawie administracyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013/6, s. 73
- Garlicki Leszek**, *Sądy a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sądowy” 2016/7–8, s. 7
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *O relacjach między demokracją a prawem, czyli kilka uwag o istocie demokracji konstytucyjnej*, „Palestra” 2017/1–2, s. 22
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Kilka uwag o kompetencjach sądów powszechnych do bezpośredniego stosowania prawa*, „Palestra” 2016/4, s. 29
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *To był jednak nieskuteczny wybór Rady*, „Rzeczpospolita” z 25.02.2020 r.
- Gutowski Maciej, Kardas Piotr**, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017
- Jędrzejewska Maria, Weitz Karol** (w:) *Kodeks postępowania cywilnego, Komentarz*, t. 4, *Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, red. T. Ereciński, LEX/el., teza 7 do art. 189
- Kappes Aleksander, Skrzydło Jacek**, *Prezydent nie ma mocy naprawiania wad prawnych*, „Rzeczpospolita” z 13.01.2020 r.
- Kappes Aleksander, Skrzydło Jacek**, *Trybunał Konstytucyjny sięgnął bruku*, „Rzeczpospolita” z 4.02.2020 r.
- Kryszkiewicz Małgorzata**, *Przebudzenie TK*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 5.03.2020 r.
- Masternak-Kubiak Małgorzata**, *Komentarz do art. 179 Konstytucji*, stan prawny: 15.09.2014, LEX/el., teza 2
- Mikłaszewicz Przemysław**, *Niezależność sądów i niezawisłość sędziów w kontekście zasady rządów prawa – zasadniczy element funkcjonowania UE w świetle orzecznictwa TSUE*, „Państwo i Prawo” 2018/3, s. 45
- Piłich Mateusz**, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 5.11.2009 r. (I CSK 16/09)*, „Przegląd Sejmowy” 2010/4, s. 208

- Piotrowski Ryszard**, *Konstytucyjne granice reformowania sądownictwa*, „Krajowa Rada Sądownictwa” 2017/2, s. 14
- Pyziak-Szafnicka Małgorzata**, *Nowa rola Trybunału Konstytucyjnego*, „Rzeczpospolita” z 19.02.2020 r. (dodatek „Sądy i Prokuratura”)
- Rakowska-Trela Anna**, *Opinia prawna – Czy możliwe jest skuteczne wycofanie poparcia udzielonego sędziemu – kandydatowi do Krajowej Rady Sądownictwa?*, „Iustitia” 2019/3, s. 143
- Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17.12.2019 r.)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/1, dalej Debata EPS,
- Sanetra Walerian**, *W kwestii odpowiedzialności za wyrządzenie szkody przez wydanie orzeczenia niezgodnego z prawem unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006/3, s. 11
- Słowik Patryk**, *Listy poparcia jawne, ale tajemnic nadal wiele*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 17.2.2020 r.
- Sułkowski Jarosław**, *Glosa do wyroku SN z 10.06.2009 r. (III KRS 9/08)*, „Przegląd Sejmowy” 2010/5, s. 228
- Słedzińska-Simon Anna**, *Lojalność konstytucyjna czy lojalność unijna? – znaczenie zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej dla sądów krajowych (w:) Zasady pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w praktyce działania organów władzy publicznej RP*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2015
- Weitz Karol** (w:) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, t. 2, *Komentarz do art. 87–243*, red. L. Bosek, M. Safjan, Warszawa 2016, komentarz do art. 179
- Ziółkowski Michał**, *Prerogatywa Prezydenta RP do powoływania sędziów (uwagi do art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji)*, „Przegląd Sejmowy” 2013/1, s. 62
- Wróbel Włodzimierz**, *Izba Dyscyplinarna jako sąd wyjątkowy w rozumieniu art. 175 ust. 2 Konstytucji RP*, „Palestra” 2019/1–2, s. 17
- Wróbel Andrzej** (w:) *Karta Praw Podstawowych UE. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2020

Pojęcia kluczowe: *art. 47 Karty Praw Podstawowych, KPP, skuteczna ochrona sądowa, prawa podstawowe, bezpośredni efekt horyzontalny KPP, niezależność sądownictwa*

Artykuły

Krystyna Szczepanowska-Kozłowska

PRAWO DO SKUTECZNEGO ŚRODKA PRAWNEGO I BEZSTRONNEGO SĄDU – ART. 47 KARTY PRAW PODSTAWOWYCH W RELACJACH HORYZONTALNYCH – KILKA UWAG W ZWIĄZKU Z WYROKIEM TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ W SPRAWACH POŁĄCZONYCH C-585/18 ORAZ C-624/18 I C-625/18

Orzeczenie w sprawach C-585/18 oraz C-624/28 i C-625/18¹ to kolejne orzeczenie, w którym Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) potwierdza znaczenie prawa do skutecznego środka prawnego i bezstronnego sądu w porządku prawnym Unii Europejskiej. Jednocześnie to kolejne z orzeczeń TSUE, które wyraźnie pozwala, aby obywatele powoływali się przed sądem bezpośrednio na art. 47 Karty Praw Podstawowych². W świetle rozważań prowadzonych przez TSUE zdaje się nie budzić wątpliwości, że jednostki nie tylko mają możliwość bezpośredniego powoływania się w postępowaniach na art. 47 KPP jako źródło określonych praw i obowiązków, ale również, że art. 47 KPP jest samoistnym źródłem określonych uprawnień i nie wymaga od stosujących go organów traktowania go jako przepisu o charakterze akcesoryjnym, służącego skutecznemu dochodzeniu innych praw podstawowych czy innych praw gwarantowanych jednostkom przez prawo Unii Europejskiej. Artykuł 47 KPP staje się

¹ Zob. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=220770&doclang=PL&mode=req&occ=first&pageIndex=1&part=1&text=> (dostęp: 30.04.2020 r.), dalej wyrok TSUE.

² Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2016 r. C 202, s.1), dalej KPP.

jednocześnie gwarancją dla jednostki w postępowaniu przed sądem państwa członkowskiego, że jego sprawę będzie rozpatrywał niezawisły i bezstronny sąd.

Wraz z wejściem w życie traktatu z Lizbony³ prawo do skutecznego środka prawnego i bezstronnego sądu zawarte w art. 47 KPP zyskało wymiar normatywny w pierwotnym prawie Unii Europejskiej. Stosownie do art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej⁴ KPP ma taką samą moc prawną jak traktaty. Jak podkreśla się w orzecznictwie TSUE, prawo do skutecznej ochrony sądowej i bezstronnego sądu zostało jedynie potwierdzone przez art. 47 KPP, gdyż zasada tej treści zawsze stanowiła zasadę prawa Unii⁵, wynikającą ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich, chronioną na mocy art. 6 i 13 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁶.

Wydaje się jednak, że obecność Karty Praw Podstawowych w porządku prawnym Unii Europejskiej i jej znaczenie nie do końca odnotowywane jest nawet w świadomości prawników. W konsekwencji być może nie zostało zauważone, że Karta Praw Podstawowych całkowicie zmieniła rolę, jaką prawa podstawowe odgrywają w porządku prawnym UE. Prawo UE nie reguluje jedynie funkcjonowania rynku wewnętrznego, ale również obejmuje swoją regulacją zagadnienie praw podstawowych. Innymi słowy, prawa podstawowe, a zwłaszcza ich poszanowanie przez państwa członkowskie UE, stają się elementem porządku prawnego UE⁷. Być może relatywnie małe zainteresowanie prawników tą częścią porządku prawnego UE powoduje, że nie przedziera się także do opinii publicznej fakt, iż UE to nie tylko wspólnota interesów ekonomicznych, ale również wspólnota wartości identyfikująca w swoim systemie prawnym prawa podstawowe, chroniące jednostkę. Pomimo że od wejścia w życie traktatu z Lizbony i Karty Praw Podstawowych minęło już 10 lat, świadomość istnienia Karty i jej znaczenia jest ciągle ograniczona. Jak zwraca uwagę K. Lenaerts, obecnie w orzecznictwie TSUE, w sprawach dotyczących pytań prejudycjalnych, Karta Praw Podstawowych jest powoływana w 10% spraw⁸, co i tak należy oceniać jako znaczący postęp. Z drugiej strony podnosi

³ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzony w Lizbonie 13.12.2007 r. (Dz.U. z 2009 r. nr 203 poz. 1569).

⁴ Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30), dalej TUE.

⁵ Wyrok TSUE z 22.12.2010 r. w sprawie C-279/09, *DEB*, Zb.Orz. s. I-13849, pkt 30, 31; postanowienie TSUE z 1.03.2011 r. w sprawie C-457/09, *Chartry*, Zb.Orz. s. I-819, pkt 25; a także wyrok TSUE z 28.07.2011 r. w sprawie C-69/10, *Samba Diouf*, Zb.Orz. s. I-7151, pkt 49, C-199/11 pkt 47; S. Iglesias Sánchez, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights*, „Common Market Law Review” 2012/49, s. 1565, 1574–1575.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC. Zob. wyrok TSUE z 18.03.2010 r. w sprawie C-317/08 do 320/08, *Rosalba Alassini przeciwko Telecom Italia SpA*, Zb.Orz. 2010, I-02213, pkt 61; wyrok TSUE z 27.06.2013 r., C-93/12, *ET Agrokonsulting-04-Welko Stojanow przeciwko Izpylnitelen direktor na Dyrzawen fond „Zemedelie” Razplasztatelna agencija*, pkt 59; wyrok TSUE z 27.02.2018 r., C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses przeciwko Tribunal de Contas* (dalej ASJP), pkt 35.

⁷ S. Douglas-Scott, *The European Union and human rights after the Treaty of Lisbon*, „Human Rights Law Review” 2011/4, s. 645–682.

⁸ K. Lenaerts, *Aby Karta praw podstawowych Unii Europejskiej była rzeczywistością dla wszystkich: 10 lat, odkąd karta jest prawnie wiążąca*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/2, s. 4.

się, że art. 47 KPP należy do tych przepisów Karty, który jest powoływany najczęściej⁹. Jak zwracała uwagę S. Prechal¹⁰, generalnie sprawy, w których jest powoływany art. 47 KPP, dotyczą zagadnień dwojakiego rodzaju. Pierwsza grupa to sprawy dotyczące realizacji gwarancji i środków, wynikających z art. 47 KPP w postępowaniach przed sądami krajowymi. Druga grupa spraw dotyczy ochrony przed działaniem instytucji europejskich, w szczególności w związku z ochroną przed restrykcjami, jakie są wdrażane w związku z międzynarodowym terroryzmem oraz w sprawach z zakresu prawa konkurencji.

Artykuł 47 KPP jest przepisem gwarantującym prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu. Stosownie do pierwszego akapitu art. 47 KPP każdy, kogo prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w niniejszym artykule. Odpowiednio art. 47 ust. 2 KPP stanowi, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy. Z kolei ust. 3 stanowi gwarancję uzyskania pomocy prawnej dla osób, które nie posiadają w tym zakresie wystarczających środków.

TSUE podkreślał, że treść i zakres prawa do skutecznej ochrony sądowej powinny być rozumiane w ten sam sposób albo nawet szerzej w porównaniu do rozumienia treści i zakresu praw definiowanych przez art. 6 i 13 EKPC¹¹. Zwrócić uwagę należy, że art. 47 KPP jest pewnym zbiorem uprawnień, dających się objąć pojęciem prawa do skutecznej ochrony sądowej. Na pojęcie prawa do skutecznej ochrony sądowej składa się osiem uprawnień szczegółowych (prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy, prawo do jawnego rozpatrzenia sprawy, prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, prawo do rozpatrzenia sprawy przez niezawisły sąd, prawo do rozpatrzenia sprawy przez bezstronny sąd, prawo do rozpatrzenia sprawy przez sąd ustanowiony uprzednio na podstawie ustawy, prawo do uzyskania pomocy prawnej i prawo do uzyskania nieodpłatnej pomocy prawnej)¹².

Prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu ze swej natury musi w systemie praw podstawowych odgrywać zasadniczą rolę. Bez skutecznej ochrony sądowej nie jest bowiem możliwe zagwarantowanie realizacji jakichkolwiek praw przysługujących podmiotom.

Możliwość bezpośredniego powoływania się na art. 47 KPP przez jednostki, czy w ogóle szerzej na przepisy KPP, była jeszcze do niedawna przedmiotem kontrowersji w literaturze¹³. Nie było bowiem jasne, czy zgodnie z koncepcją, wypracowaną w orzecz-

⁹ S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed* (w:) *Fundamental Rights in International and European Law*, C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. van Rompuy, (eds.), Springer 2015, s. 145; zob. także Fundamental Rights Agency, *Opinion – Challenges and opportunities for the implementation of the Charter of Fundamental Rights* (FRA, 30.09.2018; opinion number 4/2018); <https://fra.europa.eu/en/opinion/2018/charter-training> (dostęp: 27.04.2020 r.).

¹⁰ S. Prechal, *The Court of Justice...*, s. 145.

¹¹ Wyrok TSUE z 30.06.2016 r., C-205/15, *Toma i Birouiuul Executorului Judecătoresc Horatiu – Vasile Cruduleci*, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹² M. Górski, *Prawo do skutecznego środka prawnego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016/8, s. 37–44.

¹³ Ch. Mak, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Pri-*

nictwie TSUE¹⁴, przepisy KPP wywołują skutek bezpośredni, w tym zwłaszcza bezpośredni skutek horyzontalny. Rozstrzygnięcie, że dany przepis może być stosowany bezpośrednio, wymaga – stosownie do orzecznictwa TSUE – ustalenia, że przepisy te są bezwarunkowe i dostatecznie precyzyjne. Ustalenie z kolei, że przepisy te mogą wywierać bezpośredni skutek, otwiera z kolei pytanie, na kogo norma taka może nakładać obowiązek bądź jakiemu kręgowi podmiotów przyznaje ona prawa. Z jednej strony pojawia się zatem wątpliwość, kto może powoływać się na przepisy zawarte w KPP. Z drugiej strony, nawet jeżeli uznamy, że na prawa te mogą powoływać się jednostki, to powstaje pytanie, czy przepisy Karty, a konkretnie art. 47 KPP, pozwalają na stosowanie go w relacjach horyzontalnych. O ile możliwość bezpośredniego stosowania przepisów KPP w relacjach wertykalnych została przesądzona przez TSUE nieco wcześniej¹⁵, o tyle kwestia bezpośredniego stosowania w relacjach horyzontalnych przepisów KPP pozostawała jeszcze do niedawna kwestią otwartą¹⁶.

Wątpliwości co do tego, czy na KPP mogą powoływać się jednostki, wynikały z brzmienia art. 51 ust.1 KPP. Przepis ten stanowi, że adresatami KPP są z jednej strony instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii oraz państwa członkowskie, o ile stosują prawo Unii¹⁷. Na tle brzmienia art. 51 ust. 1 KPP warto w tym miejscu zaznaczyć, że – jak podkreślił TSUE w orzeczeniu w sprawach C-8/15 P do C-10/15 P¹⁸ – w sytuacji gdy KPP nie wiąże państw członkowskich, gdyż nie stosują one prawa Unii, to jednak KPP wiąże

vate Law Matters (August 23, 2012), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-88; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series no. 2012-11, <https://ssrn.com/abstract=2126551>.

¹⁴ Wyrok TSUE z 5.02.1963 r. w sprawie 26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko Nederlandse administratie der belastingen*, dalej *Van Gend an Loos*.

¹⁵ Wyrok z 22.12.2010 r., C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, wraz z głosem K. Kowalik-Bańczyk, *Bezpośrednie stosowanie Karty Prawa Podstawowych w krajowym postępowaniu sądowym gwarancją skuteczności prawa UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013/3, s. 40–46; por. również wyrok TSUE z 29.07.2019 r., C-556/17, *Alekszij Torubarov przeciwko Bevoándorlási és Menekültügyi Hivatal*, pkt 56; wyrok TSUE z 22.05.2014 r., C-356/12, *Wolfgang Glatzel przeciwko Freistaat Bayern* (dalej *Glatzel*), pkt 43; wyrok TSUE z 9.03.2017 r., C-406/15, *Petya Milkova przeciwko Izpалnitelen direktor na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol* (dalej *Mikova*), pkt 55 i 64.

¹⁶ A. Hartkamp, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, „European Review of Private Law” 2010/3, s. 527; E. Spaventa, *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law* (in:) *A Constitutional Order of States – Essays in Honour of Alan Dashwood*, A. Arnulf et al. (eds.), Hart Publishing 2011, s. 199; D. Leczykiewicz, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, „European Law Review” 2013/38, s. 479; A. Colombi Ciacchi, *European Fundamental Rights, Private Law and Judicial Governance* (in:) *The Constitutionalisation of European Private Law*, H.-W. Micklitz (ed.), Oxford University Press 2014, s. 102; E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, „European Law Journal” 2015/21, s. 657.

¹⁷ Art. 51 ust. 1 KPP brzmi: „Postanowienia niniejszej Karty mają zastosowanie do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii przy poszanowaniu zasady pomocniczości oraz do Państw Członkowskich wyłącznie w zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Szanują one zatem prawa, przestrzegają zasad i popierają ich stosowanie zgodnie ze swymi odpowiednimi uprawnieniami i w poszanowaniu granic kompetencji Unii powierzonych jej w Traktatach”.

¹⁸ Pkt 67 wyroku TSUE z 20.09.2016 r., C- 8/15P, *Ledra Advertising/Komisja i EBC*.

instytucje unijne, nawet gdy działają one poza porządkiem prawnym Unii. Jednocześnie brzmienie art. 51 ust. 1 KPP ze względu na zakreślony w nim krąg adresatów stanowiło uzasadnienie dla poglądu, że KPP nie jest aktem prawa UE, na który mogą się bezpośrednio powoływać jednostki. Jednak w orzeczeniu w sprawach C-569/16, C-570/16¹⁹ TSUE - odwołując się również do literalnego brzmienia art. 51 ust. 1 KPP - stwierdza, że nie ma przeszkód, aby na KPP mogły również powoływać się jednostki. Skoro przepis ten w ogóle nie wymienia jednostek, to nie można z niego wywodzić, że one nie mogą powoływać się bezpośrednio na KPP. Przepisy KPP mające bezpośrednie zastosowanie, będąc źródłem prawa unijnego, mogą oczywiście stanowić podstawę w sporach obywateli przeciwko państwom członkowskim, dotyczących prawidłowej implementacji prawa unijnego²⁰. Trybunał podkreślił, że niektóre przepisy prawa pierwotnego mają zastosowanie w pierwszej kolejności do państw członkowskich, co nie wyklucza, że mogą one znajdować również zastosowanie w stosunkach między jednostkami²¹. W ten sposób TSUE definitywnie niejako przesądził, że brzmienie art. 51 ust. 1 KPP i zakreślony w nim krąg adresatów KPP nie stanowi przeszkody do stosowania KPP w relacjach horyzontalnych. To powoduje, że z dzisiejszej perspektywy orzecznictwa TSUE można śmiało powiedzieć, że możliwość powoływania się na KPP jako źródła prawa przez jednostki jest właściwie przesądzona²².

Orzecznictwo TSUE otwiera jednak pytanie, czy art. 47 KPP jest przepisem, który jak wskazywała w 2015 r. chociażby S. Prechal jest jedynie swoistym odniesieniem dla oceny procedur, które służą realizacji praw podstawowych lub innych praw wywodzonych z prawa UE, czy też art. 47 KPP samodzielnie wyposaża jednostki w prawo do skutecznej ochrony sądowej i bezstronnego sądu, którego realizacja sama w sobie może podlegać ochronie, niezależnie w istocie od tego, czy skuteczna ochrona i bezstronny sąd mają służyć realizacji praw chronionych przez porządek prawny UE, czy też każdy sąd działający w UE ma zapewnić taką ochronę jednostce, również w sporach horyzontalnych.

Z brzmienia art. 51 ust. 1 KPP wynika, że zastosowanie KPP, a tym samym również art. 47 KPP, może nastąpić jedynie w stosunku do państw członkowskich w sytuacji, gdy stosują one prawo UE. Jak stwierdza Trybunał, „poszanowanie praw podstawowych chronionych na mocy karty jest zatem konieczne, w sytuacji gdy przepisy krajowe mieszczą się w zakresie zastosowania prawa Unii. Nie mogą więc występować sytuacje

¹⁹ Wyrok TSUE z 8.11.2018 r., C-569/16 i C-570/16, *Stadt Wuppertal przeciwko Marii Elisabeth Bauer i Volker Willmeroth przeciwko Martinie Broßonn* (dalej *Bauer*), pkt 87–90; wyrok TSUE z 6.11.2018 r., C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV przeciwko Tetsuji Shimizu* (dalej *Max-Planck*), pkt 76–79.

²⁰ Sprawa C-356/12, *Glatzel*, pkt 43; sprawa C-406/16, *Milkova*, pkt 55 i 64; wyrok TSUE z 26.02.2013 r., C-617/10, *Åklagaren przeciwko Hansowi Åkerbergowi Franssonowi* (dalej *Akerberg Fransson*).

²¹ Wyrok TSUE z 17.04.2018 r., C-414/16, *Vera Egenberger przeciwko Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* (dalej *Egenberger*), pkt 77; C-570/16, *Bauer*, pkt 88.

²² Sprawa C-414/16, *Egenberger*, pkt 76–79; wyrok TSUE z 11.09.2018 r., C-68/17, *IR przeciwko JQ*, pkt 69–70; wyrok TSUE z 13.12.2018 r., C-385/17, *Torsten Hein przeciwko Albert Holzkamm GmbH & Co.*, pkt 48–52; wyrok TSUE z 22.01.2019 r., C-193/17, *Cresco Investigation GmbH przeciwko Markusowi Achatzienu*, pkt 76–77; C-569/16 i C-570/16, *Bauer*, pkt 84–86 oraz C-684/16, *Max Planck*, pkt 73–75. Por. wyrok TSUE z 29.07.2019 r., C-556/17, *Alekszj Torubarov przeciwko Bevánorlási és Menekültügyi Hivatal*, pkt 56.

podlegające prawu Unii, w których wspomniane prawa podstawowe nie miałyby zastosowania. Wymóg poszanowania praw podstawowych gwarantowanych w prawie Unii jest wiążący dla państw członkowskich wyłącznie wtedy, gdy działają one w ramach stosowania prawa Unii²³.

Wyraźnie również podkreśla się w orzecznictwie TSUE, że w sytuacji, gdy stan prawny nie jest objęty zakresem zastosowania prawa Unii, Trybunał nie jest właściwy do jego oceny, a przytaczane ewentualnie postanowienia KPP nie mogą stanowić samodzielnej podstawy do nadania mu takiej właściwości²⁴. Pojęcie „stosowania prawa Unii” w rozumieniu art. 51 KPP wymaga bowiem istnienia związku między aktem prawa Unii a rozpatrywanym środkiem krajowym²⁵. Aby zastosowanie mogły znaleźć przepisy KPP, zastosowanie w stanie faktycznym sprawy musi mieć inny przepis prawa UE²⁶. W konsekwencji warunkiem dla zastosowania także art. 47 KPP będzie konieczność przesądzenia, że przepisy prawne będące podstawą rozstrzygnięcia w danym stanie faktycznym mieszczą się w pojęciu stosowania prawa UE. W kontekście zastosowania KPP warto również w tym miejscu wspomnieć, że obowiązek, ciążyący na państwach członkowskich, zapewnienia zgodności z prawami podstawowymi jest objęty zakresem stosowania prawa UE. Dlatego gdy uregulowanie krajowe stanowi przeszkodę dla realizacji praw podstawowych, a państwo powołuje się na nadrzędne względy interesy ogólnego, to korzystanie przez państwo członkowskie z wyjątków przewidzianych w prawie Unii w celu uzasadnienia ograniczenia podstawowej swobody zagwarantowanej traktatem należy zatem uznać za „stosowanie prawa Unii” w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP²⁷.

Możliwość stosowania KPP istnieje zatem jedynie w sytuacji, gdy w danej sprawie mamy do czynienia ze stosowaniem prawa Unii. Jeżeli dana sytuacja objęta jest prawem UE, wtedy zastosowanie ma KPP. Jak podkreśla Trybunał, prawa podstawowe chronione w porządku prawnym Unii znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii, a stosowanie tego prawa oznacza jednocześnie zastosowanie praw podstawowych chronionych na mocy Karty²⁸. Jak określa to K. Lenaerts²⁹, KPP jest cieniem materialnych zasad prawa unijnego, a więc KPP może tylko być wtedy stosowana, gdy sprawa, w której powołujemy się na prawa podstawowe chronione kartą, dotyczy praw i obowiązków danego podmiotu, wynikających z prawa Unii.

²³ Sprawa C-617/10, *Akerberg Fransson*, pkt 18–21; wyrok TSUE z 30.04.2014 r., C-390/12, *Robert Pfleger i in.*, pkt 34.

²⁴ Sprawa C-617/10, *Akerberg Fransson*, pkt 22 oraz wyrok TSUE z 27.03.2014 r., C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos przeciwko Korota SA i Fondo de Garantía Salarial*, pkt 30 i przywołane tam orzecznictwo.

²⁵ Wyrok TSUE z 19.10.2017 r., C-198/13, *Víctor Manuel Julian Hernández i in. przeciwko Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) i in.*, pkt 34.

²⁶ S. Prechal, *The Court of Justice...*, s. 146.

²⁷ Wyrok TSUE z 30.04.2014 r., C-390/12, *Robert Pfleger i in.*, pkt 36; wyrok TSUE z 21.12.2017 r., C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) przeciwko Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, pkt 63–64.

²⁸ Sprawa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pkt 19–21; wyrok TSUE z 26.09.2013 r., C-418/11, *Texdata Software*, pkt 72, 73.

²⁹ K. Lenaerts, J.A. Gutierrez-Fons, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice* (in:) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), Hart Publishing, s. 1559, 1567, 2014.

Jednakże w niektórych orzeczeniach TSUE również wskazywał, że o stosowaniu prawa UE możemy mówić w tych sytuacjach, gdy dana regulacja prawna jest efektem istnienia nałożonego na państwo członkowskie obowiązku wprowadzenia określonych regulacji. Istnienie takiego obowiązku państwa członkowskiego oznaczało tym samym, że w danej sytuacji stosowane będzie prawo UE, i możliwe jest powołanie się w takim postępowaniu na gwarantowane przez KPP prawa podstawowe³⁰.

Ten sposób uzasadnienia nawiązujący do obowiązku państwa członkowskiego wprowadzenia określonych regulacji, pociągający za sobą ocenę, że mamy do czynienia ze stosowaniem prawa UE, w pewnym stopniu znalazł również odzwierciedlenie w znanej i szeroko komentowanej sprawie sędziów portugalskich³¹. W orzeczeniu tym TSUE stwierdził, że art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, w którym skonkretyzowano afirmowaną w art. 2 TUE wartość państwa prawnego, powierza zadanie zapewniania kontroli sądowej w porządku prawnym Unii nie tylko Trybunałowi, ale również sądom krajowym. To nakłada na państwa członkowskie zobowiązanie – między innymi zgodnie z zasadą lojalnej współpracy wyrażonej w art. 4 ust. 3 akapit pierwszy TUE – do zapewnienia na swym terytorium stosowania i poszanowania prawa Unii. W efekcie zadaniem państw członkowskich jest ustanowienie systemu środków i procedur zapewniających skuteczną kontrolę sądową w tych dziedzinach³². A zatem każdy sąd państwa członkowskiego, aby mógł stosować prawo UE, musi nie tylko w konkretnej sprawie, ale również potencjalnie zapewniać skuteczną ochronę stosownie do art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE. Elementem zaś skutecznej ochrony sądowej jest niezawisłość i bezstronność sądu, stosownie do brzmienia art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE. Pozostawiając na boku kwestię przyczyn i domniemych motywów wyboru art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE jako podstawy rozstrzygnięcia w sprawie *ASJP* czy też wzajemnej relacji pomiędzy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE a art. 47 KPP w dotychczasowych wypowiedziach TSUE, bardzo silnie podkreśla się, że konsekwencje, jakie płyną z tego orzeczenia, mają fundamentalne znaczenie dla rozszerzenia zakresu stosowania art. 47 KPP. Trybunał stwierdził bowiem, że skoro art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w obszarach regulowanych prawem UE, to wówczas każdy sąd działający na terenie UE, jako sąd stosujący nawet potencjalnie prawo UE, musi spełniać integralne wymogi skutecznej ochrony sądowej, zgodnie z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE³³. To skłoniło niektórych do uznania, że skoro zagadnienie skutecznej ochrony sądowej przynależy do sfery prawa unijnego, to – niezależnie od tego, czy w danej sprawie sąd ten stosuje prawo UE – zagadnienie niezawisłości i bezstronności sądu jest zagadnieniem objętym działaniem prawa UE³⁴. W konsekwencji każdy może powołać się na art. 47 KPP w jakimkolwiek postępowaniu

³⁰ Wyrok z 13.06.1996 r., C-144/95, *Maurin*, pkt 11, 12; wyrok TSUE z 6.03.2014 r., C-206/13, *Cruciano Siragusa przeciwko Regione Siciliana – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, pkt 26–27; wyrok TSUE z 26.05.2016 r., C-198/15, *Invamed Group Ltd i in. przeciwko Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs*, pkt 35.

³¹ Sprawa C-64/16, *ASJP*.

³² Pkt 32 i 34 wyroku C-64/16, *ASJP*.

³³ C-64/16, *ASJP*, pkt 40.

³⁴ B. Pirker, *Mapping the Scope of Application of EU Fundamental Rights: A Typology*, „European Papers” 2018/3, s. 156; M. Krajewski, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses. The Court of Justice and Athena's*

toczącym się przed sądem państwa członkowskiego. W świetle treści rozstrzygnięcia nie jest jednak oczywiste, czy w istocie wyrok ten pozwala na wyciągnięcie jednoznacznych wniosków co do stosowania art. 47 KPP w każdym postępowaniu toczącym się przed sądem państwa członkowskiego. Niektórzy bowiem wskazują, że wynikająca z niego interpretacja oznacza jedynie, że – używając sformułowania K. Lenaerts'a, KPP przestała być cieniem prawa UE i znajdować zastosowanie zawsze, gdy mamy do czynienia ze sferą regulacji objętej oddziaływaniem prawa europejskiego. Do prawa UE przynależy bowiem zagadnienie bezstronności i niezawisłości sądu, ale nawet gdy przedmiotem rozstrzygnięcia ma być kwestia bezstronności i niezawisłości sądu UE, to nie pociąga to za sobą konieczności zastosowania KPP³⁵. Gdyby jednak przyjąć, że badanie zgodności z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE oznacza, że w każdym postępowaniu przed organem będącym sądem UE, niezależnie od tego, że stosujemy prawo krajowe, poruszamy się w jakimś stopniu w sferze objętej działaniem prawa UE, to dochodziłoby do rozszerzenia stosowania KPP, a w szczególności art. 47 KPP, które pozwalałoby na powołanie się na prawo do skutecznej ochrony i bezstronnego sądu w każdym postępowaniu toczącym się przed sądem UE. W następnych orzeczeniach kwesta nałożenia obowiązku na państwa członkowskie ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem UE znalazła jeszcze bardziej dobitny wyraz.

W kolejnym wyroku w sprawie *Komisja/Polska*³⁶ TSUE ponownie wyraźnie stwierdził, że art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, by każdy organ sądowy, który może orzekać w dziedzinach objętych prawem UE, odpowiadał wymogom skutecznej ochrony sądowej. Z punktu widzenia oceny zakresu zastosowania art. 47 KPP i odpowiedzi na pytanie, czy art. 47 KPP może znaleźć zastosowanie w każdym postępowaniu toczącym się przed sądem państwa członkowskiego, który z uwagi na art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE orzeka „w dziedzinie objętej prawem Unii”, wyrok w sprawie C-619/18 nie dostarczył nowych argumentów, gdyż również w tym orzeczeniu TSUE w zasadzie powtórzył argumentację zawartą we wcześniejszych orzeczeniach, a wywołującą tak sprzeczne interpretacje. Z jednej strony TSUE stwierdza bowiem, nawiązując wprost do wyroku w sprawie *ASJP*, że „Co się tyczy materialnego zakresu stosowania art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, należy ponadto przypomnieć, że postanowienie to dotyczy «dziedzin objętych prawem Unii», niezależnie od tego, w jakiej sytuacji państwa członkowskie stosują to prawo w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP”³⁷. Trybunał stwierdza również, że art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE nakłada na wszystkie państwa członkowskie obowiązek ustanowienia środków odwoławczych niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony sądowej, w rozumieniu w szczególności art. 47 KPP, w dziedzinach

Dilemma, „European Papers” 2018/3, s. 395–407; L.D. Spieker, *Commission v. Poland – A Stepping Stone Towards a Strong “Union of Values”*, *verfassungsblo.de* (dostęp: 30.04.2020 r.).

³⁵ M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, „European Constitutional Law Review” 2018/14, s. 631.

³⁶ Wyrok TSUE z 11.07.2019 r., C-619/18, *Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, pkt 49, 54 i przytaczane tam orzecznictwo.

³⁷ Sprawa C-619/18, *Komisja przeciwko Polsce*, pkt 50 oraz pkt 29 wyroku C-64/16, *ASJP*; to zwłaszcza sformułowanie służy za podstawę zwolennikom poglądu, że materialny zakres zastosowania art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE jest szerszy niż ten, który wynika z art. 52 ust. 1 KPP – zob. w szczególności M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity...*, s. 630.

objętych prawem Unii. Rozważania te zamyka pewnego rodzaju uściślenie, że każde państwo członkowskie powinno na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE zapewnić, by organy należące – jako „sąd” w rozumieniu prawa Unii – do systemu środków odwoławczych w dziedzinach objętych prawem Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej³⁸. Podobnie jak w przypadku orzeczenia w sprawie *ASJP*, odnajdujemy te same twierdzenia, pozwalające na rozbieżną interpretację, co do możliwości powołania się przez jednostkę na art. 47 KPP w każdym postępowaniu przed sądem UE. Z jednej bowiem strony można argumentować, że art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE nie oznacza stosowania prawa Unii w rozumieniu art. 51 KPP; z drugiej zaś strony można tę wypowiedź interpretować w ten sposób, że ze stosowaniem prawa UE mamy do czynienia niezależnie od sytuacji, jeżeli poruszamy się w obszarze dziedzin objętych prawem UE. W mojej ocenie wątpliwości te ostatecznie rozstrzyga wyrok w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18. Oczywiście należy uwzględnić, że na tle stanu faktycznego sprawy zastosowanie art. 47 KPP wiązało się wprost z faktem, że – jak to określił TSUE – „sprawy mają swe źródło w sytuacjach podlegających prawu Unii. W związku z czym powodowie mogą się powoływać na prawo do skutecznej ochrony sądowej, zagwarantowanej im w art. 47 KPP”³⁹. Istotą bowiem sporu było rozstrzygnięcie, czy wprowadzone regulacje nie naruszają postanowień dyrektywy 2000/78/WE⁴⁰. Niemniej jednak TSUE powtórzył, że art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE ma zagwarantować skuteczną ochronę prawną w „dziedzinach objętych prawem Unii, niezależnie od tego, w jakiej sytuacji państwa członkowskie stosują to prawo w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP”⁴¹, obowiązek zagwarantowania niezawisłego i bezstronnego sądu wynika zaś z prawa UE. Jeżeli zatem uwzględnimy, że wymóg niezawisłości sędziowskiej jest integralnym elementem prawa do skutecznej ochrony sądowej, to nie tylko stanowi on gwarancję wszystkich praw wywodzonych z prawa UE, ale również jest wymogiem zachowania wartości wspólnych państwom członkowskim, wyrażonym w TUE⁴². A to z kolei powoduje, że zapewnienie niezawisłego i bezstronnego sądu, jako zasada wyrażona w art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE w związku z art. 2 TUE, pozwala domagać się skutecznej ochrony sądowej w rozumieniu art. 47 KPP w każdym postępowaniu przed sądem, który jest sądem UE. Oznacza to, jak się wydaje, możliwość powołania się przez jednostkę przed każdym sądem państwa członkowskiego na prawo do skutecznej ochrony sądowej w rozumieniu art. 47 KPP, gdyż ze względu na naruszenie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE sędzia nie posiada dostatecznego stopnia niezawisłości i bezstronności. Niewykonanie ciężącego na państwie wynikającego z TUE obowiązku oznacza, że naruszone zostaje jej prawo do skutecznej ochrony sądowej.

Wniosek, że jednostka może powoływać się na prawo do skutecznej ochrony sądowej, w postępowaniu sam w sobie nie przesądza jeszcze kwestii zastosowania art. 47 KPP w relacjach horyzontalnych. Chociaż wyrok w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 bezpośrednio nie odnosi się do tego zagadnienia, to jednak w orzeczeniu tym znaj-

³⁸ Pkt 55 wyroku w sprawie C-619/18.

³⁹ Wyrok z 19.11.2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, *Sąd Najwyższy przeciwko Krajowej Radzie Sądownic-twa*, pkt 81.

⁴⁰ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27.11.2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy (Dz. Urz. L 303, s. 16–22), dalej dyrektywa Rady 2000/78/WE.

⁴¹ Połączone sprawy C-585/18, C-624/18, C-625/18, pkt 82.

⁴² Połączone sprawy C-585/18, C-624/18, C-625/18, pkt 120.

duje się odwołanie również do tego orzecznictwa, które ma decydujące znaczenie dla możliwości odwoływania się do art. 47 KPP w relacjach horyzontalnych. Przełomowe znaczenie dla uznania, że KPP jest aktem prawnym, na który mogą bezpośrednio powoływać się podmioty prawa w relacjach horyzontalnych, przyniosła cała seria orzeczeń TSUE⁴³. Warto w tym miejscu dodać, że aktualnie TSUE w swoich wyrokach wskazuje trzy przepisy KPP mające bezpośredni efekt horyzontalny, to jest art. 21 ust. 1, art. 31 ust. 2 oraz art. 47 KPP. Są to bowiem te przepisy, które w ocenie TSUE mają charakter wiążący i bezwarunkowy. Karta Praw Podstawowych może być stosowana samoistnie, bez potrzeby odwoływania się do innych przepisów⁴⁴.

Bezpośrednie znaczenie dla art. 47 KPP ma wyrok w sprawie *Egenberger*, który zresztą, jak się wydaje, jest pierwszym z orzeczeń TSUE, w którym wyraźnie⁴⁵ przewidziano możliwość sięgnięcia do KPP jako źródła praw jednostki, na które może się ona powołać bezpośrednio w sporach z innymi jednostkami.

W stanie faktycznym tej sprawy spór zawisł pomiędzy powódką a Kościołem ewangelickim w Niemczech. Powódka ubiegała się o pracę, której ofertę ogłosił Kościół ewangelicki. Praca ta polegać miała na przygotowaniu sprawozdania na temat przestrzegania Międzynarodowej konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej. Jednym z warunków podanych w ofercie była przynależność do Kościoła. Powódka była osobą bezwyznaniową i nie została zaproszona na rozmowę kwalifikacyjną mimo przejścia selekcji wstępnej. Uznała, że konieczność ujawnienia wyznania w procesie rekrutacji narusza zakaz dyskryminacji przewidziany w niemieckiej ustawie o równym traktowaniu. Na gruncie tego stanu faktycznego sąd krajowy zwrócił się z trzema pytaniami do TSUE. Dwa z nich dotyczyły bezpośrednio wykładni przepisów dyrektywy Rady 2000/78/WE o równym traktowaniu, a w szczególności możliwości oceny, czy wymóg wyznaniowości stanowi przejaw dyskryminacji. Z punktu widzenia jednak art. 47 KPP i jego bezpośredniego stosowania w sporach pomiędzy jednostkami najistotniejsze znaczenie miało pytanie trzecie. W realiach zarysowanego stanu faktycznego, w tym zwłaszcza przekonania sądu niemieckiego, że nie jest w stanie zinterpretować przepisów prawa niemieckiego w sposób zgodny z dyrektywą Rady 2000/78/WE, powstało zagadnienie, czy sąd krajowy powinien odmówić stosowania takiej normy prawa krajowego. Trybunał, odpowiadając w sposób twierdzący na tak postawione pytanie, podkreślił dodatkowo, że art. 21 KPP samoistnie przyznaje jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać w sporze dotyczącym jednej z dziedzin objętych prawem Unii. Jednocześnie TSUE, odnosząc się do art. 47 KPP,

⁴³ Sprawa C-414/16, *Egenberger*, pkt 76–79; wyrok TSUE z 11.09.2018 r., C-68/17, *IR przeciwko JQ*, pkt 69–70; wyrok TSUE z 13.12.2018 r., C-385/17, *Torsten Hein przeciwko Albert Holzkanm GmbH & Co.*, pkt 48–52; wyrok TSUE z 22.01.2019 r., C-193/17, *Cresco Investigation GmbH przeciwko Markusowi Achatziemu*, pkt 76–77; C-569/16 i 570/16, *Bauer*, pkt 84–86 oraz C-684/16, *Max Planck*, pkt 73–75.

⁴⁴ Sprawa C-414/16, *Egenberger*, pkt 76; sprawa C-684/16, *Max Planck*, pkt 74; sprawa C-569/16, 570/16, *Bauer*, pkt 84.

⁴⁵ Wskazuje się również, że w sposób dorozumiany za takim stosowaniem KPP opowiedział się TSUE w wyroku C-176/12, *AMS*, pkt 45–49; L.S. Rossi, *The Küçükdeveci ambiguity: “derivative” horizontal direct effects for directives*, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/02/the-relationship-between-eu-charter-of.html> (dostęp 30.04.2020 r.).

podkreślił, że jednostkom przysługuje prawo do skutecznej ochrony sądowej, samoistnie, a więc bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego, przyznając jednostkom prawo, na które mogą się one bezpośrednio powoływać. W konsekwencji sąd krajowy musi zapewnić pełną skuteczność art. 21 i art. 47 KPP, odstępując od stosowania wszelkich przepisów prawa krajowego, które stoją z nimi w sprzeczności. Nietrudno jednak zauważyć, że dopuszczenie stosowania KPP w relacjach horyzontalnych (tak jak w sprawie *Egenberger*, a także innych sprawach⁴⁶) rozszerzyło zakres art. 51 ust. 1 KPP, a tym samym możliwość powołania się na KPP. W istocie bowiem spór pomiędzy jednostkami nie oznaczał stosowania prawa UE w znaczeniu, jakie dotychczas mu nadawano. Trybunał wyraźnie zaznaczył, że nie jest możliwe, w sporze między jednostkami, powołanie się na przepisy dyrektywy⁴⁷. Jednakże skoro mamy do czynienia z przepisem KPP, który może znaleźć bezpośrednie zastosowanie, gdyż nie wymaga uszczegółowienia ani w przepisach prawa UE, ani prawa krajowego, to oznacza to jednak, że jest to dziedzina objęta prawem UE i w efekcie podlegająca zakresowi zastosowania Karty⁴⁸. Należy zwrócić uwagę, że w sprawach, w których TSUE odwoływał się do art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE, również podkreślił, że przepis ten ma na celu zagwarantowanie „skutecznej ochrony w dziedzinach objętych prawem UE”. To musi prowadzić do wniosku, że nie tylko poruszanie się w sferze dziedzin objętych prawem UE pozwala powoływać się jednostkom w relacjach horyzontalnych na KPP, ale oznacza również uruchomienie stosowania KPP.

W świetle przywoływanych orzeczeń nie budzi wątpliwości, że art. 47 KPP przyznaje – samoistnie, bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego, prawo, na które jednostki mogą się bezpośrednio powoływać⁴⁹. Jak się wydaje, przed orzeczeniem w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 nie do końca pozostawało jasne, czy wynikające z art. 47 KPP prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu może stanowić samodzielną podstawę formułowania związanego z tym prawem żądania, czy też, tak jak miało to miejsce w sprawie *Egenberger*⁵⁰, prawo to służy jedynie do skutecznego zabezpieczenia realizacji innych praw wynikających z prawa UE poprzez zapewnienie tym prawom skutecznej ochrony sądowej. Literalne brzmienie art. 47 KPP wskazywałoby raczej, że jest on jedynie swoistym prawem akcesoryjnym, służącym realizacji innych praw, gwarantowanych jednostkom w prawie UE.

Wydaje się, że orzeczenie w sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18 przesądza o możliwości powoływania się na prawo do skutecznej ochrony sądowej w aspekcie prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu. Z rozważań TSUE zawartych w tym wyroku wynika bowiem jasno, że prawo to stanowić ma bezpośrednią realizację prawa do skutecznej

⁴⁶ *Bauer*, pkt 85, *Max Planck*, pkt 74, *Cresco Investigation*, pkt 76.

⁴⁷ W szczególności zob. pkt 76078 wyroku C-569/18, C-570/16.

⁴⁸ *Egenberger*, pkt 76, *Bauer*, pkt 85, *Max Planck*, pkt 74 i *Cresco Investigation*, pkt 76.

⁴⁹ *Egenberger*, pkt 78, C-558/18, C-624/18 i C-625/16, *AK przeciwko KRS i SN*, pkt 162.

⁵⁰ A także wyrok TSUE z 27.07.2017 r., C-348/16, *Moussa Sacko przeciwko Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione internazionale di Milano*, pkt 31; wyrok TSUE z 25.07.2018 r., C-585/16, *Serin Alheto przeciwko Zamestnik-predsedatel na Darzhavna agentsia za bezhantsite Alhato*, pkt 114; C-556/17, *Torubarov*, pkt 56.

ochrony sądowej, której obowiązek realizacji został nałożony na państwa w art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE i jednostki mogą się na to prawo powoływać bezpośrednio⁵¹.

Warto jednak spojrzeć na tę kwestię w przypadku innych sytuacji niż realizacja prawa do niezawisłego i bezstronnego sądu. W tym kontekście warto przywołać wyrok TSUE w sprawie *Berlioz*⁵². Luksemburskie organy podatkowe na prośbę francuskich organów podatkowych w związku z prawem stanowiącym transpozycję dyrektywy 2011/16 zwróciły się do spółki o wyjawienie informacji, wydając w tym celu tzw. decyzję nakazową. Spółka *Berlioz* udzieliła informacji, jednakże nie wszystkich, argumentując, że nie są one istotne z punktu widzenia celów dyrektywy 2011/16. Na spółkę została nałożona kara administracyjna. Spółka zaskarżyła tę decyzję. Aczkolwiek kara nałożona na spółkę została obniżona, to jednak skarżący wniósł od niej odwołanie w części, w jakiej sąd administracyjny pierwszej instancji odmówił zbadania zasadności decyzji nakazującej spółce ujawnienie informacji. W skardze spółka *Berlioz* powołała się na art. 6 EKPC, argumentując, że odmowa badania zasadności decyzji narusza jej prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem gwarantowane przez ten przepis. Rozważając tę kwestię, sąd doszedł do przekonania, że w grę może wchodzić art. 47 KPP i skierował do TSUE pytanie, czy na podstawie art. 47 KPP skarżący ma prawo do środka prawnego. Wątpliwość, jaką podnosiły niektóre państwa, dotyczyła stosowania art. 47 KPP w sytuacji, gdy dyrektywa 2011/16 i przepisy będące jej transpozycją nie ustanawiają żadnego prawa dla jednostek, dla ochrony którego mógłby zostać użyty art. 47 KPP. Dyrektywa ta dotyczy jedynie wymiany informacji między organami podatkowymi i przyznaje prawa wyłącznie tym organom, w tym do nakazywania ujawnienia informacji i ewentualnych sankcji w przypadku niezastosowania się do decyzji nakazowej. W rezultacie adresat decyzji, jakim jest spółka *Berlioz*, nie mógłby twierdzić na podstawie art. 47 Karty, że przysługuje mu prawo do skutecznego środka prawnego⁵³.

Odmienne stanowisko w tej kwestii zajął Rzecznik Generalny. Warto podkreślić, że w sposób bardzo dobitny podkreślił on, że art. 47 KPP znajdzie zastosowanie zawsze, o ile sąd stosuje prawo Unii, nienależnie od tego, czy stosowane prawo kreuje na rzecz jednostki jakiegokolwiek prawo o charakterze podmiotowym. W szczególności Rzecznik Generalny zwrócił uwagę, że zakres zastosowania art. 47 KPP jest szerszy niż w przypadku EKPC. Karta Praw Podstawowych nakazuje bowiem stosować art. 47 KPP zawsze, gdy „prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone”, bez względu na to, czy znajdują się w karcie, czy nie. Tymczasem art. 13 EKPC znajdzie zastosowanie tylko w przypadku, gdy naruszono prawa i wolności zawarte w Konwencji. Automatyzm w stosowaniu KPP wynika również zdaniem Rzecznika Generalnego z tego, że oprócz przyznania ochrony sądowej ogółowi praw Unii, art. 47 akapit drugi KPP przyznaje każdemu prawo do rozpatrzenia jego „sprawy” przez niezawisły i bezstronny sąd. Co *nota bene*

⁵¹ Pkt 162 i 168 wyroku AK *przeciwko KRS i SN*.

⁵² Wyrok TSUE z 16.05.2017 r., C-682/15, *Berlioz Investment Fund S.A. przeciwko Directeur de l'administration des contributions directes* (dalej *Berlioz*); należy jednak zaznaczyć, że w pewnym sensie, choć bez szczególnego uzasadnienia, TSUE przyjął już taką możliwość wcześniej, chociażby w wyroku C-418/11, *Texdata Software*, chociaż w tym orzeczeniu chodziło raczej o ocenę zgodności z tym prawem wprowadzonej procedury odwołania.

⁵³ Pkt 45 wyroku w sprawie *Berlioz*.

rozszerza zakres zastosowania KPP w porównaniu z art. EKPC, który ogranicza pojęcie „sprawy” do rozstrzygnięć dotyczących praw i obowiązków o charakterze cywilnym albo o zasadności oskarżenia w sprawie karnej. Ostatecznie zdaniem Rzecznika Generalnego prawo do skutecznego środka prawnego oraz prawo dostępu do bezstronnego sądu ustanowione w art. 47 KPP skutkuje prawem dostępu do wymiaru sprawiedliwości, to jest możliwością poddania przez jednostkę rygorystycznej kontroli sądowej wszelkich aktów, które mogą naruszać jej interes. Konstruowanie roszczeń oparciu o ten przepis jest możliwe niezależnie od tego, czy zostają naruszone jakieś prawa czy wolności.

Warunkiem stosowania KPP jest stosowanie prawa UE i to zdaniem Rzecznika Generalnego wystarcza, aby KPP miała zastosowanie. „W konsekwencji uznanie zastosowania Karty obligatoryjnie oznacza istnienie prawa zagwarantowanego prawem Unii. Wymóg, aby norma prawa Unii, która pociąga za sobą stosowanie karty, przyznawała ponadto szczególne prawo podmiotowe, którego naruszenie zarzuca się wobec podmiotu prawa, wydaje mi się sprzeczny z liberalną intencją wybrzmiewającą z art. 47 PKK”⁵⁴.

Warto podkreślić, że zarówno uczestniczące w postępowaniu państwa członkowskie, jak i Komisja Europejska podnosiły, że powód (spółka Berlioz) nie może powoływać się na art. 47 KPP i prawo do skutecznego środka prawnego w tym postępowaniu, gdyż dyrektywa nie przyznaje żadnych praw jednostkom, dotyczy wyłącznie wymiany informacji między organami podatkowymi i przyznaje prawa wyłącznie tym organom⁵⁵.

Trybunał podzielił pogląd Rzecznika, że prawa podstawowe chronione w porządku prawnym Unii znajdują zastosowanie we wszystkich sytuacjach podlegających prawu Unii, a stosowanie tego prawa oznacza jednocześnie zastosowanie praw podstawowych chronionych na mocy Karty⁵⁶. Jednak brak w stanowisku TSUE odwołania do poglądu Rzecznika, że KPP ma wówczas zastosowanie niejako automatyczne. Trybunał wskazał bowiem, nawiązując jak się wydaje do literalnego brzmienia art. 47 KPP, ogólną zasadę prawa UE, jaką jest ochrona przed arbitralnymi lub dysproporcjonalnymi ingerencjami władzy publicznej w sferę prywatnej działalności osoby zarówno fizycznej, jak i prawnej, jako tę zasadę, która będzie podlegała ochronie poprzez art. 47 KPP. Tym samym TSUE, choć oderwał stosowanie art. 47 KPP od innych praw podstawowych, chronionych KPP, to jednak uznał, że jego zastosowanie jest możliwe o tyle, o ile sięgniemy do prawa – gwarantowanego przez prawo Unii, nawet jeżeli jest to ogólna zasada wynikająca z orzecznictwa samego Trybunału. Na tle tego orzeczenia uzasadniony zdaje się wniosek, że jednostka może sięgnąć po art. 47 KPP zawsze wtedy, gdy podjęte wobec niej środki negatywnie oddziałują na sferę jej interesów w związku ze stosowaniem prawa UE, nawet gdyby to stosowane prawo nie przyznawało jej bezpośrednio prawa do sądu. Nie ma zatem znaczenia, że prawo, w związku ze stosowaniem którego zaistniała potrzeba sięgnięcia po środki ochrony sądowej, wprost nie przewiduje takiego prawa. To w oczywisty sposób prowadzi do rozszerzenia zastosowania art. 47 KPP, który może być stosowany nie tylko do ochrony praw podstawowych, ale praw, które są również interpretowane z ogólnych

⁵⁴ Pkt 63 opinii Rzecznika Generalnego w sprawie *Berlioz*.

⁵⁵ Pkt 45 wyroku w sprawie *Berlioz*.

⁵⁶ Pkt 49 wyroku z odwołaniem się na orzecznictwo w sprawach: C-617/10, *Åkerberg Fransson*, pkt 19–21; a także C-418/11, *Texdata Software*, pkt 72, 73.

zasad porządku prawnego⁵⁷. Z rozważań zawartych w wyroku *Berlioz* wynika, że oczywiście sprawa, w której odwołujemy się do art. 47 KPP, musi być związana ze stosowaniem prawa UE, ale uruchomienie tego przepisu może wiązać się z koniecznością zapewnienia jednostce ochrony przed nadmierną ingerencją państwa w sferę ochrony jednostki⁵⁸. Za taką ingerencją można w mojej ocenie uznać takie skonstruowanie praw i obowiązków jednostki, które w jakikolwiek sposób zagrażały będą realizacji prawa do skutecznej ochrony sądowej. Chociaż wyrok w sprawie *Berlioz* nie dotyczył sporu o charakterze horyzontalnym, to w pewnym sensie otworzył możliwość postrzegania art. 47 KPP jako prawa, które może zapewniać ochronę samoistną, niezależnie od tego, czy znajduje on zastosowanie w relacjach wertykalnych czy horyzontalnych.

ABSTRACT

prof. dr hab. Krystyna Szczepanowska-Kozłowska

The author is a professor at the Faculty of Law and Administration University of Warsaw.

The right to an effective remedy and to a fair trial – Article 47 of the Charter of Fundamental Rights in horizontal relations – a few remarks in connection with the judgment of the Court of Justice of the European Union in cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18

The decision in cases C-585/18, C-624/28 and C-625/18^[1] constitutes another decision where the Court of Justice of the European Union (CJEU) confirms the importance of the right to an effective remedy and to a fair trial in the Community Law. Simultaneously, it is another of the CJEU decisions which expressly enables the citizens to directly refer to Article 47 of the Charter of Fundamental Rights before the courts. In the light of the deliberations conducted by CJEU, it seems to be certain that the individuals are not only able to directly refer in the court proceedings to Article 47 of the CFR as the source of specific rights and obligations, but also that Article 47 of the CFR constitutes an independent source of specific rights and does not require the authorities applying it to treat it as an ancillary regulation, used for effective pursuing of other fundamental rights or other rights guaranteed to the individuals by the EU Law. In addition, Article 47 of the CFR becomes a guarantee for the individuals in the proceedings before the courts of the member states that their cases will be resolved by independent and objective courts.

Keywords: *art. 47 Charter of Fundamental Rights, effective judicial protection, fundamental rights, horizontal direct effect of the Charter, judicial independence*

⁵⁷ Tak również K. Pantazatou, *Fundamental rights in the era of information exchange – The Berlioz case C-682/15, Luxembourg 2018*, s. 137.

⁵⁸ Pkt 51 i 52 wyroku w sprawie *Berlioz*.

prof. dr hab. Krystyna Szczepanowska-Kozłowska

ORCID: 0000-0001-5705-2192; e-mail: k.szczepanowska_kozlowska@wpia.uw.edu.pl

Autorka jest pracownikiem Uniwersytetu Warszawskiego, Wydziału Prawa i Administracji

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bonelli Matteo, Claes Monica**, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, „European Constitutional Law Review” 2018/14, s. 631
- Colombi Ciacchi Aurelia**, *European Fundamental Rights, Private Law and Judicial Governance* (in:) *The Constitutionalisation of European Private Law*, H.-W. Micklitz (ed.), Oxford University Press 2014
- Douglas-Scott Sionaidh**, *The European Union and human rights after the Treaty of Lisbon*, „Human Rights Law Review” 2011/4, s. 645
- Frantziou Eleni**, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, „European Law Journal” 2015/21, s. 657
- Fundamental Rights Agency, *Opinion – Challenges and opportunities for the implementation of the Charter of Fundamental Rights* (FRA, 30.09.2018; opinion number 4/2018); <https://fra.europa.eu/en/opinion/2018/charter-training> (dostęp: 27.04.2020 r.)
- Górski Marcin**, *Prawo do skutecznego środka prawnego w art. 47 Karty Praw Podstawowych UE – znaczenie i deficyty*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016/8, s. 37
- Hartkamp Arthur**, *The Effect of the EC Treaty in Private Law: On Direct and Indirect Horizontal Effects of Primary Community Law*, „European Review of Private Law” 2010/3, s. 527
- Iglesias Sánchez Sara**, *The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ’s Approach to Fundamental Rights*, „Common Market Law Review” 2012/49, s. 1565, 1574–1575
- Kowalik-Bańczyk Krystyna**, *Bezpośrednie stosowanie Karty Prawa Podstawowych w krajowym postępowaniu sądowym gwarancją skuteczności prawa UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013/3, s. 40
- Krajewski Michał**, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses. The Court of Justice and Athena’s Dilemma*, „European Papers” 2018/3, s. 395
- Leczykiewicz Dorota**, *Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights*, „European Law Review” 2013/38, s. 479
- Lenaerts Koenraad**, *Aby Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej była rzeczywistością dla wszystkich: 10 lat, odkąd karta jest prawnie wiążąca*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020/2, s. 4

- Lenaerts Koenraad, Gutiérrez-Fons Jose A.**, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice* (w:) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (eds.), Hart Publishing, s. 1559, 1567, 2014
- Mak Chantal**, *Rights and Remedies – Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters* (August 23, 2012), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-88; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series no. 2012-11, <https://ssrn.com/abstract=2126551>
- Pantazatou Katerina**. *Fundamental rights in the era of information exchange – The Berlioz case (C-682/15)*, Luxembourg 2018
- Pirker Benedikt**, *Mapping the Scope of Application of EU Fundamental Rights: A Typology*, „European Papers” 2018/3, s. 156
- Prechal Sacha**, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed* (w:) *Fundamental Rights in International and European Law*, C. Paulussen, T. Takács, V. Lazić, B. van Rompuy, (eds.), Springer 2015
- Spaventa Eleanor**, *The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law* (in:) *A Constitutional Order of States – Essays in Honour of Alan Dashwood*, A. Arnall et al. (eds.), Hart Publishing 2011
- Spieker Luke D.**, *Commission v. Poland – A Stepping Stone Towards a Strong “Union of Values”*, verfassungsblog.de (dostęp: 30.04.2020 r.)

Pojęcia kluczowe: *Sąd Najwyższy, status sędziego, powołanie sędziego, nieważność postępowania*

Artykuły

Aleksander Kappes, Jacek Skrzydło

CZY WYROKI NEO-SĘDZIÓW SĄ WAŻNE? – ROZWAŻANIA NA TLE UCHWAŁY TRZECH POŁĄCZONYCH IZB SĄDU NAJWYŻSZEGO Z 23.01.2020 R. (BSA I-4110-1/20)

Niniejsze opracowanie jest krytycznym komentarzem do uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego odnoszącej się do statusu tak zwanych neo-sędziów w Sądzie Najwyższym i sądach powszechnych oraz ważności orzeczeń sądowych wydanych z ich udziałem. Autorzy glosy uważają, że SN słusznie uznał, że udział neo-sędziego w składzie orzekającym SN powoduje, że skład sądu jest sprzeczny z prawem. Krytycznie oceniają stanowisko, które relatywizuje skutki udziału w składzie orzekającym neo-sędziów w sądach powszechnych. Krytycznie, choć ze zrozumieniem, odnoszą się do uznania ważności wyroków wydanych przez takich sędziów przed powzięciem głosowanej uchwały. W pełni podzielają pogląd, że tak zwana Izba Dyscyplinarna SN nie jest sądem w rozumieniu prawa polskiego, a wydane przez nią także przed podjęciem głosowanej uchwały orzeczenia są nieważne.

Uchwała Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)¹

1. Nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania karnego² albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 Kodeksu postępowania cywilnego³ zachodzi także wtedy, gdy

¹ Uchwała połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), dalej uchwała 3 Izb, www.sn.pl.

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz. 30 ze zm.), dalej k.p.k.

³ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.), dalej k.p.c.

w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego Sądu Najwyższego na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw⁴.

2. Nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym albo wojskowym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej⁵ oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁶.

3. Wykładnia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. przyjęta w punktach 1 i 2 niniejszej uchwały nie ma zastosowania do orzeczeń wydanych przez sądy przed dniem jej podjęcia oraz do orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu.

4. Punkt 1 niniejszej uchwały ma zastosowanie do orzeczeń wydanych z udziałem sędziów Izby Dyscyplinarnej utworzonej w Sądzie Najwyższym na podstawie ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym⁷ bez względu na datę wydania tych orzeczeń.

UWAGI WPROWADZAJĄCE

1. Głosowana uchwała stanowi wysokiej rangi wypowiedź Sądu Najwyższego w istotnej kwestii ustrojowej i jest konsekwencją wyroku Wielkiej Izby Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11.2019 r.⁸ odnoszącego się do statusu tak zwanej Krajowej

⁴ Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3).

⁵ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1), dalej KPP.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC.

⁷ Ustawa z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2019 r. poz. 825 ze zm.), dalej ustawa o SN.

⁸ Wyrok TSUE z 19.11.2019 r. w połączonych sprawach: *A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa* (C-585/18) oraz *CP* (C-624/18) i *DO* (C-625/18) *przeciwko Sądowi Najwyższemu*, zainicjowanych pytaniami prejudycjalnymi Sądu Najwyższego – Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=220770&doclang=PL&mode=req&occ=first&pageIndex=1&part=1&text=> (dostęp : 30.04.2020 r.), dalej wyrok TSUE z 19.11.2019 r.

Rady Sądownictwa⁹, jej roli w procesie powoływania sędziów, a w konsekwencji umocowania samych sędziów, którzy uczestniczyli przed neo-KRS w procedurze powołania na urząd sędziego (sędziego w ogóle lub sędziego sądu wyższej instancji)¹⁰. Wyrok ten, jak wiadomo, odmówił tzw. Izbie Dyscyplinarnej SN statusu sądu w rozumieniu prawa europejskiego. Wykonując wyrok TSUE, skład SN, który skierował pytanie prejudycjalne w sprawie C-585/18, stwierdził, że Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego utworzona na podstawie ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 ze zm.) nie jest sądem w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 6 ust. 1 EKPC i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, co uzasadnia pominięcie jej właściwości w sprawie rozpoznawanej przez skład orzekający¹¹.

2. Wyrok TSUE był ponadto przedmiotem rozważań Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, która w uchwale z 8.01.2020 r.¹² stwierdziła wprawdzie, że Sąd Najwyższy, rozpoznając odwołanie od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa w przedmiocie przedstawienia Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej kandydata do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, bada – w granicach podstaw odwołania – czy Krajowa Rada Sądownictwa jest organem niezależnym w świetle kryteriów określonych w wyroku TSUE z 19.11.2019 r., to jednak warunkiem uchylenia uchwały neo-KRS jest wykazanie, że brak niezależności Krajowej Rady Sądownictwa miał wpływ na treść tej uchwały lub jeżeli – uwzględniając konstytucyjny zakaz badania skuteczności aktu ustrojowego powołania sędziego oraz wynikającego z niego stosunku ustrojowego – odwołujący się wykaże konkretne okoliczności określone w wyroku TSUE wskazujące, że sąd, w składzie którego taki sędzia będzie zasiadał, nie będzie niezależny i bezstronny. Ramy niniejszej glosy nie pozwalają na pełną ocenę argumentacji prawnej zawartej w uchwale z 8.01.2020 r.; wystarczy odnotować jednak, że prowadzi ona wprost do pozbawienia wyroku TSUE z 19.11.2019 r. praktycznego znaczenia.

3. Wyrokiem z 20.04.2020 r. w sprawie U 2/20 Trybunał Konstytucyjny orzekł, że uchwała jest niezgodna z art. 179, art. 144 ust. 3 pkt 17, art. 183 ust. 1, art. 45 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 7 i art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, b) art. 2 i art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej oraz z art. 6 ust. 1, c) art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Eksces orzeczniczy, jakiego dopuścił się TK, traktujemy jako nie-wyrok: jurysdykcja TK nie obejmuje aktów stosowania prawa, takich jak wyroki i uchwały sądów powszechnych, administracyjnych i Sądu Najwyższego. Pomijamy

⁹ Posługujemy się określeniem „tak zwana Krajowa Rada Sądownictwa”, „tzw. KRS” lub „neo-KRS”, gdyż stoimy na stanowisku, że ciało obecnie nazywane Krajową Radą Sądownictwa nie jest Krajową Radą Sądownictwa, o której mowa w art. 179, 186 i innych Konstytucji RP.

¹⁰ W stosunku do takich sędziów używamy w dalszej części artykułu określenie „neo-sędzia”, „neo-sędziowie”.

¹¹ Wyrok SN z 5.12.2019 r. (III PO 7/18), www.sn.pl.

¹² Uchwała składu 7 sędziów Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN z 8.01. 2020 r. (INOZP 3/19); www.sn.pl.

już powszechnie formułowane oceny¹³, które podzielamy, że obecny status Trybunału Konstytucyjnego powoduje, że jego orzeczenia nie mogą być traktowane poważnie. Dlatego nie widzimy potrzeby odnoszenia się do tego wyroku.

4. Istota problemu poddanego analizie w głosowanej uchwale zawarta została w pytaniach zadanych trzem połączonym Izbom przez Pierwszą Prezes Sądu Najwyższego. Dotyczą one znaczenia udziału w składzie orzekającym Sądu Najwyższego albo sądu powszechnego sędziego, w którego procesie powoływania uczestniczyła neo-KRS, czyli Krajowa Rada Sądownictwa w kształcie wyłonionym na podstawie ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3), a ściślej rzecz ujmując, czy udział takiej osoby w wydaniu orzeczenia skutkuje nienależytą obsadą sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzecznością składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.k.

Problem rozstrzygany w uchwale ma ogromne znaczenie zarówno dla polskiego sądownictwa jako całości, jak i dla poszczególnych spraw rozpoznawanych z udziałem neo-sędziów, zatem dla stron takich postępowań. Wreszcie, uchwała zasadniczo określa pozycję zawodową poszczególnych neo-sędziów. A tych powołanych w procedurze z udziałem neo-KRS jest już ponad 500. Z ich udziałem wydano już ponad 70.000 orzeczeń.

Uchwała składa się z czterech tez. Jej uzasadnienie liczy 70 stron. Zostało zgłoszonych sześć zdań odrębnych, idących zresztą w różnych kierunkach.

5. W pierwszej części uzasadnienia uchwały (do pkt 1–29) Sąd Najwyższy dokonuje obszernej prezentacji zasady niezawisłości sędziowskiej i bezstronności w świetle standardów wyznaczonych m.in. przez przepisy Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i Karty Praw Podstawowych, powołując się przy tym na wiele orzeczeń strasburskich i luksemburskich. Opisuje też gwarancje niezawisłości sędziowskiej w Konstytucji RP, a także rolę Krajowej Rady Sądownictwa, by następnie przejść do uprzedniej i następczej kontroli bezstronności sądu w przepisach Kodeksu postępowania karnego i Kodeksu postępowania cywilnego. W końcowej fazie tej części uzasadnienia SN wskazuje, że w kontekście badania, czy obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. jest właściwa i czy zachodzi sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c., „nie można pominąć, znanych mu [sądowi – A.K., J.S.] z urzędu uwarunkowań ustrojowych, których zastosowanie zdecydowało o objęciu urzędu przez sędziego, który prowadzi postępowanie lub wydał orzeczenie w sprawie”. Kwestia ta zostanie rozwinięta w dalszej części uzasadnienia.

Prezentację dokonaną przez SN należy ocenić jako znakomitą. Jest wyczerpująca merytorycznie, spójna, odznacza się jasnym tokiem wywodu, wskazując czytelnikowi krok po kroku znaczenie niezawisłości sędziowskiej w prawie europejskim i polskim. W przekonujący sposób uzasadnia konieczność jej powzięcia.

¹³ Np. Prezes niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, Andreas Vosskuhle, w wywiadzie dla „Die Zeit” stwierdził trafnie, że „to nie jest już sąd, który należy traktować poważnie, to jest atrapa” oraz że Trybunału Konstytucyjnego w Polsce nie uważa już za partnera <https://www.zeit.de/2020/21/andreas-vosskuhle-etz-anleihenkaeuft-corona-krise>.

6. W kolejnych punktach uchwały Sąd Najwyższy obszernie przedstawia znaczenie Krajowej Rady Sądownictwa w postępowaniu wyłaniania kandydatów na sędziów, wskazując, że jest to element *sine qua non* procedury, niezbędny do dokonania powołania przez Prezydenta RP danego kandydata, ale przedstawiając także funkcje KRS w procedurze powołania na urząd sędziego. Sąd Najwyższy opisuje wadliwość konstytucyjną aktualnego stanu prawnego regulującego zasady powoływania Krajowej Rady Sądownictwa, okoliczności faktyczne związane z listami poparcia dla poszczególnych kandydatów do Rady i inne fakty dotyczące neo-KRS pozwalające na uznanie, że kandydatura wyłoniąca do przedstawienia Prezydentowi do nominacji jest dotknięta wadą. SN wskazuje także na ułomność samego wszczęcia obecnego postępowania „powołaniowego” z uwagi na brak wyłączenia w art. 144 Konstytucji obowiązku uzyskania kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów dla aktu urzędowego, jakim jest publikacja obwieszczenia o wolnym stanowisku sędziego w Sądzie Najwyższym.

Praktyka wykonywania przez Prezydenta RP obecnej ustawy o Sądzie Najwyższym wskazuje, że obwieszczenia są publikowane bez uprzedniej kontrasygnaty, co rodzi poważne wątpliwości prawne co do skuteczności całego procesu powołania sędziego, z uwagi chociażby na zasadę praworządności, o której mowa w art. 7 Konstytucji. Argumentacja usiłująca wykazać, że publikacja obwieszczenia nie jest „aktem urzędowym” w rozumieniu art. 144 Konstytucji, lecz ma charakter „informacyjny, inicjujący” oraz że stanowi „czynność uprzednią” w stosunku do aktu powołania sędziego¹⁴ nie wytrzymuje krytyki. W głosowanej uchwale w pkt 34 SN trafnie wskazał, że kompetencja pochodna, niewymagająca kontrasygnaty, to tylko taka, której wykonywanie jest niezbędne do prawidłowej realizacji kompetencji zasadniczej będącej prerogatywą. W stanie prawnym sprzed wejścia w życie ustawy o SN z 2017 r. uprawnienie do ogłaszania obwieszczenia o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym przysługiwało Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego (a nie Prezydentowi), bez jakiegokolwiek uszczerbku dla możliwości realizowania przez Prezydenta kompetencji polegającej na powołaniu sędziów Sądu Najwyższego. Decydowanie o obwieszczeniu o wolnych stanowiskach sędziowskich w Sądzie Najwyższym przez Prezydenta RP nie jest czynnością konieczną do wykonywania prerogatywy polegającej na powoływaniu sędziów Sądu Najwyższego, natomiast jest wygodnym instrumentem całkowicie uznaniowego wpływania na to, czy w ogóle i w jakim czasie stanowiska w Sądzie Najwyższym zostaną obsadzone.

7. Sąd Najwyższy przedstawia także problem powoływania przez Prezydenta sędziów Sądu Najwyższego pomimo niezakończonych postępowań odwoławczych od uchwał neo-KRS w zakresie skarg wniesionych do Naczelnego Sądu Administracyjnego i pomimo wydania przez NSA postanowień o zabezpieczeniu tych skarg poprzez wstrzymanie wykonania zaskarżonych uchwał. Naszym zdaniem było to spektakularne złamanie prawa przez Prezydenta RP, co samo w sobie stanowi wystarczający argument do uznania, że akty powołania sędziów SN wbrew postanowieniu NSA są nieważne. Ogólnie rzecz ujmując, rozumowanie SN w przedstawianym zakresie można przedstawić następująco. Prezydent RP może powołać na stanowisko sędziego tylko osobę prawidłowo nominowaną przez

¹⁴ Tak tzw. Izba Dyscyplinarna SN w „uchwale” z 10.04.2019 r. (II DSI 54/18), www.sn.pl.

KRS. Ponieważ obecna neo-KRS nie jest prawidłowo obsadzona, nominacja przez nią dokonana kandydatowi na sędziego nie może stanowić podstawy do jego powołania. W konsekwencji akt powołania takiej osoby na stanowisko sędziego przez Prezydenta RP nie jest skuteczny. Udział powołanego w ten (wadliwy) sposób sędziego w składzie orzekającym nakazuje zadać pytanie o prawidłowość obsady sędziowskiej w kontekście bezwzględnych podstaw odwoławczych lub nieważności postępowania.

8. W tej ostatniej kwestii SN dokonał jednak pewnej dystynkcji: na formalne powołanie na urząd sędziego i na zdolność, „by wykonywać czynności jurysdykcyjne, tak by nie dochodziło przez to do naruszenia standardu bezstronności i niezależności, wymaganego od sądu sprawującego wymiar sprawiedliwości” (pkt 37 *in fine*). Należy bowiem uznać, że „formalne powołanie”, jeżeli jest przeprowadzone z tak wieloma rażącymi wadami jak te, trafnie przedstawione przez SN, w istocie powołaniem nie jest. Nie jest zatem prawidłowe mówienie o jakimś „formalnym powołaniu”, gdyż za takowe trudno uznać samo fizyczne wręczenie aktu powołania przez Prezydenta RP. Sąd Najwyższy konsekwentnie broni się jednak przed wyraźnym stwierdzeniem, że osoby powołane w opisywanej procedurze, sędziami po prostu nie są. W pkt 30 głosowanej uchwały SN wyraźnie zastrzegł, że „przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego w niniejszej uchwale **nie są** przepisy dotyczące sposobu powoływania sędziów ani też przepisy dotyczące ich statusu: uchwała do tych kwestii się **nie odnosi**. **Nie rozstrzyga** ona także w żadnym zakresie, jakie konsekwencje ustrojowe dla obecnego i przyszłego statusu osób powołanych na urząd sędziego w tej procedurze mają wadliwości dotyczące sposobu ukształtowania oraz funkcjonowania procedury wskazywania kandydatów na urząd sędziego przez Krajową Radę Sądownictwa”. Powyższe zastrzeżenie nie powstrzymało jednak Trybunału Konstytucyjnego, obsadzonego w zdecydowanej większości przez osoby posłuszne obecnej władzy, przed wszczęciem postępowania w sprawie rzekomego sporu kompetencyjnego między Sądem Najwyższym a Sejmem oraz między Sądem Najwyższym a Prezydentem¹⁵.

9. Argumentacja przedstawiona w pkt 31 i n. uchwały jest, z zastrzeżeniem uwagi krytycznej powyżej, przekonująca i trafna, zarówno od strony formalnej (konstrukcja poszczególnych argumentów, tok wywodu), jak i materialnej. Stanowi w zasadzie syntetyczne opracowanie istotnych naruszeń Konstytucji w aktualnym stanie prawnym (na poziomie aktualnej antykonstytucyjnej regulacji) w procesie powoływania sędziów i oddaje istotę przejmowania kontroli politycznej nad sądownictwem przez obecną obóz rządzący.

WYŁĄCZENIE NEO-SĘDZIÓW SN

10. Pierwsza z czterech przytoczonych na wstępie tez uchwały odnosi się do wadliwie powołanych sędziów Sądu Najwyższego.

¹⁵ Postanowieniem z 28.01.2020 r. (Kpt 1/20) TK m.in. postanowił „wstrzymać stosowanie, od dnia jej wydania, uchwały składu połączonych Izb Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r.”, a postanowieniem z 21.04.2020 r. rozstrzygnął rzekomy „spór” kompetencyjny na korzyść Sejmu RP.

W konsekwencji neo-sędziowie SN powinni być z dniem 23.01.2020 r. odsunięci od orzekania. Pozostają sędziami SN, są jednak trwale wyłączeni od podstawowego obowiązku, funkcji i istoty zawodu sędziego – od orzekania, gdyż tryb ich powołania nie gwarantuje wymaganego standardu bezstronności i niezawisłości. Ich sytuacja jawi się więc dość absurdalnie, ale odpowiedzialność za taki stan rzeczy spoczywa nie na sędziach trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego, lecz na wszystkich, którzy przyczynili się do wprowadzenia niekonstytucyjnych i kontreuropejskich regulacji ustrojowych dotyczących SN i KRS do systemu prawa w Polsce. Neo-sędziowie SN ponoszą też konsekwencje własnych decyzji. Świadomie wzięli udział w procedurze przed niekonstytucyjnie obsadzonym organem (neo-KRS), a jako wykwalifikowani prawnicy nie mogą zasłaniać się niewiedzą. W uzasadnieniu uchwały znajduje się zresztą stosowny fragment temu poświęcony (pkt 45 uzasadnienia). Działali więc na własne ryzyko.

11. Surowe potraktowanie w uchwale neo-sędziów SN uzasadnia się w przede wszystkim **szczególnym statusem tych sędziów**, którym to statusem nie legitymują się sędziowie sądów powszechnych. Wynika to z różnej skali i zakresu skutków procesowych wadliwości powołania na urząd sędziego w zależności od sądu. Pozycja ustrojowa sędziów powszechnych i SN jest różna. Dotyczy to także kwalifikacji wymaganych od sędziego. Przede wszystkim jednak SN, a tym samym jego sędziowie, w przeciwieństwie do sędziów sądów powszechnych, **decydują o uznaniu ważności wyborów** do Sejmu i Senatu RP oraz prezydenckich, odgrywają zatem istotną rolę ustrojową. Uzasadnia to szczególne wymagania co do niezawisłości, niezależności i bezstronności. Ponadto skala uchybień w procesach powołań sędziów nie była jednakowa we wszystkich przypadkach. W przypadku neo-sędziów SN, jak twierdzi się w uchwale, skala ta była poważniejsza. SN podaje także w wątpliwość etyczne kwalifikacje neo-sędziów SN, którzy kandydowali na urząd i przyjęli powołanie mimo zasadniczych uchybień w procesie powołania, w szczególności zawieszenia przez NSA postępowania „powołaniowego”, których to uchybień z pewnością mieli świadomość (pkt 45 uzasadnienia). Sąd Najwyższy wskazuje także, że kluczowa dla spraw publicznych (wyborów) izba SN została utworzona wyłącznie z neo-sędziów.

12. Przedstawione w uchwale dodatkowe argumenty przemawiające za odmówieniem neo-sędziom SN zdolności do udziału w składach orzekających (właściwie – zdolności do orzekania) z uwagi na szczególne znaczenie Sądu Najwyższego w systemie sądownictwa i dodatkowe nieprawidłowości procesu ich powoływania są niewątpliwie trafne. Należy jednak wyraźnie stwierdzić, że są to **argumenty dodatkowe**. Do uznania, że sędziowie ci powinni być odsunięci od orzekania, a nawet że w ogóle nie mają statusu sędziów, całkowicie wystarczające jest jednak to, że **obecna Krajowa Rada Sądownictwa jako element sine qua non procedury powołania sędziego przez Prezydenta nie jest tym organem, o którym stanowi art. 179 Konstytucji RP**. A to, że obecny KRS nie jest tym organem, zostało wcześniej przekonująco wykazane w uchwale.

SĘDZIOWIE WĄTPLIWI

13. Druga teza uchwały odnosi się do sędziów sądów powszechnych. Zgodnie z nią „Nienależyta obsada sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. zachodzi także wtedy, gdy w składzie sądu bierze udział osoba powołana na urząd sędziego w sądzie powszechnym albo wojskowym na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa ukształtowanej w trybie określonym przepisami ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3), jeżeli wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”.

14. W przypadku sędziów sądów powszechnych SN zdecydował się na inne rozwiązanie niż w tezie pierwszej. W sytuacji udziału neo-sędziego w składzie orzekającym sąd uznaje się za nienależyte obsadzony lub jego skład za sprzeczny z prawem, ale tylko wtedy, **gdy wadliwość procesu powołania danego sędziego prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności** w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, art. 47 KPP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Uzasadnieniem dla łagodniejszego potraktowania neo-sędziów sądów powszechnych niż neo-sędziów SN ma być niejako *a contrario* brak tych szczególnych powodów, które zdaniem SN uzasadniały odmienne i bardziej rygorystyczne potraktowanie sędziów SN. Konieczna jest zatem indywidualna ocena wpływu wadliwości procesu powołania na niezawisłość i bezstronność takiego sędziego (inaczej niż w przypadku neo-sędziów SN). Nie można w tym wypadku zakładać automatycznie niezdolności do orzekania, lecz ocenić ją *ad casum*.

15. Odmienne potraktowanie zdolności do orzekania neo-sędziów SN i neo-sędziów sądów powszechnych (uznanie jej braku *en bloc* – uznanie braku tej zdolności *ad casum*) jest nieuzasadnione, mimo niewątpliwych różnic ustrojowych i innych występujących pomiędzy nimi. Podstawowa i wystarczająca przyczyna uznania braku zdolności do orzekania neo-sędziów sądów powszechnych jak i neo-sędziów SN jest wspólna – rażące naruszenie w procesie ich wyłaniania art. 179 Konstytucji RP. Przyczyna ta jest identyczna w przypadku wszystkich sędziów, których procedura powołania przebiegała z udziałem obecnej Krajowej Rady Sądownictwa (neo-KRS), która nie może być uznana za Krajową Radę Sądownictwa w rozumieniu tegoż artykułu 179 Konstytucji, z uwagi na sposób jej obsadzenia, co SN obszernie uzasadnił w uchwale. Wskazane w uzasadnieniu uchwały szczególnie powody, dla których SN odmówił zdolności do orzekania neo-sędziom SN, są oczywiście trafne, jednak, jak wskazaliśmy, są to argumenty dodatkowe i nie dają podstawy do „łagodniejszego” potraktowania neo-sędziów sądów powszechnych, gdyż przedstawiony wyżej powód zasadniczy jest wspólny dla obydwu kategorii sędziów.

16. Wydaje się, że prawdziwą, choć nieujawnioną w uchwale przyczyną przyjętego dualizmu jest kwestia liczebności obu kategorii neo-sędziów. W przypadku SN mamy do czynienia z 37 sędziami (7 w Izbie Cywilnej, 20 w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, 10 w Izbie Dyscyplinarnej, pomijamy jednego sędziego Izby Karnej, który odszedł z SN). W przypadku sądów powszechnych problem dotyczy ponad 500 sędziów (nie dysponujemy konkretną liczbą). Sędziowie ci wydali już wprawdzie ponad 70.000 orzeczeń, ale stanowią oni tylko nieco ponad 5% ogółu sędziów w Polsce. Uznanie *en bloc*, w sposób całościowy, ich braku zdolności do orzekania nie spowodowałoby poważnych komplikacji w obsadzie sądów i przydziale spraw.

17. Ze sposobem ujęcia zdolności neo-sędziów do orzekania wiąże się zasadniczy problem. Dotyczy on rozwiązania przyjętego w uchwale, czyli oceny, czy wadliwość procesu powoływania prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności sędziego w rozumieniu wskazanych tam przepisów. Wywód SN przytaczamy *a limine*: „Nie jest zatem wykluczone, że **mimo powstania zasadniczych wątpliwości co do tego, czy dochowany zostaje standard niezawisłości i bezstronności danego sędziego** uczestniczącego w składzie sądu ze względu na objęcie przez niego urzędu w postępowaniu konkursowym przeprowadzonym w sposób ustalony ustawą z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, to **w konkretnych okolicznościach wątpliwości te nie zostaną potwierdzone, co będzie równoznaczne z koniecznością przyjęcia, że skład sądu z jego udziałem spełnia minimalne wymagania dla zachowania niezawisłości i bezstronności (...)** wskazana ocena w istocie sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, **jakie – w perspektywie obywatela – muszą być spełnione obiektywne warunki postrzegania sędziego jako bezstronnego i niezawisłego, zaś sąd z udziałem tego sędziego, jako sąd niezależny**” (pkt 47 uchwały). Ocena ta „polega na odwoływaniu się do wzorca normatywnego **modelowego obserwatora** [pogr. – A.K. J.S.] mającego dostateczne rozeznanie w okolicznościach istotnych do formułowania na ich podstawie określonych wniosków i dalej, w ramach zróżnicowania i indywidualizacji oceny wpływu wadliwości procesu powołania na urząd sędziego na dochowanie standardu bezstronności i niezawisłości sądu orzekającego z udziałem takiego sędziego konieczne jest uwzględnienie całego zespołu rozmaitych kryteriów” (pkt 48 uchwały).

18. Dyrektywy dokonania oceny bezstronności i niezawisłości konkretnego neo-sędziego wskazane przez SN są, najdelikatniej to ujmując, trudne do zrozumienia, a w praktycznym zastosowaniu w najlepszym razie niejasne. Odwołanie się do wzorca normatywnego modelowego obserwatora mającego dostateczne rozeznanie w okolicznościach istotnych do formułowania na ich podstawie określonych wniosków sugeruje, że mamy do czynienia z oceną podobną do tej, która jest potrzebna do rozstrzygnięcia, czy sąd, ustalając stan faktyczny, nie wyszedł poza granice swobodnej oceny dowodów (art. 233 k.p.c.). Wydaje się jednak (jakkolwiek to tylko przypuszczenie), że chodzi o wykazanie, że *in concreto* okoliczności związane z powołaniem neo-sędziego miały wpływ na treść orzeczenia, w tym sensie, że sędzia powołany w sposób prawidłowy wydałby

orzeczenie odmiennej treści. Uzasadnienie takiego zarzutu, poza zupełnie wyjątkowymi sytuacjami, wydaje się praktycznie niemożliwe.

19. Zasadnicze zastrzeżenia wywołuje twierdzenie SN, że „w przypadku sądów wyższego szczebla w strukturze organizacyjnej organów wymiaru sprawiedliwości, które mogą sprawować funkcję kontroli instancyjnej w odniesieniu do czynności i orzeczeń sądów niższych, za obowiązujący trzeba przyjąć wyższy poziom wymagań w zakresie minimalnych warunków bezstronności i niezawisłości. Te same konkretne okoliczności związane z wadliwością procesu powoływania na urząd sędziego, możliwe do tolerowania w przypadku obsadzania sądów niższego rzędu, mogą uzasadniać ocenę o braku bezstronności i niezawisłości w przypadku sądów wyższego rzędu” (pkt 48 uzasadnienia). Upraszczając, wskazane twierdzenia SN wydają się wskazywać, że SN dopuszcza (toleruje) pewien stopień braku bezstronności i niezawisłości sędziów sądów pierwszej instancji, jednak nie dopuszcza tego już (lub dopuszcza, ale w mniejszym stopniu lub zakresie) w przypadku sędziów sądów drugiej instancji.

20. Dla oceny bezstronności i niezawisłości sędziego może mieć znaczenie, czy strona postępowania zgłasza zastrzeżenia związane z bezstronnością lub niezawisłością sędziego w toku postępowania, szczególnie czy składa wniosek o jego wyłączenie w trybie art. 49 k.p.c. (*iudex suspectus*). Według SN „postawa stron prezentowana w toku postępowania, a wskazująca na brak zastrzeżeń co do zachowania niezawisłości i bezstronności sędziego nie może pozostać bez wpływu na następczą ocenę, czy doszło do naruszenia standardu bezstronności i niezawisłości sądu prowadzącego postępowanie ze skutkiem w postaci uznania, że sąd ten był obsadzony sprzecznie z prawem” (pkt 51). Także to stwierdzenie SN jest zaskakujące. Zdarza się wprawdzie, że strona może ocenić bezstronność albo jej brak względnie niezawisłość sędziego (jej brak) na podstawie jego zachowania na rozprawie, podczas rozpoznawania wniosków dowodowych, po sposobie przeprowadzania przesłuchania świadków *etc.* Niemniej jednak na podstawie tych okoliczności trudno sformułować jakikolwiek uzasadniony wniosek o wyłączenie z powodu braku bezstronności lub niezawisłości. W istocie brak tych cech sędziego można wykazywać dopiero na podstawie treści wydanego orzeczenia, a zwłaszcza jego uzasadnienia. Tym samym brak złożenia przez stronę wniosku o wyłączenie sędziego nie może być jakimkolwiek argumentem, że konkretny neo-sędzia, mimo wiadomej wadliwości jego powołania, zachowuje sędziowskie imponderabilia, jakimi są bezstronność i niezawisłość.

21. Skoro neo-sędzia sądu powszechnego nie jest *a priori* uznany za niespełniający standardu bezstronności i niezawisłości i nie jest automatycznie odsunięty od orzekania, oceny jego niezawisłości będą dokonywać inni sędziowie, rozpoznając wnioski o jego wyłączenie bądź rozpoznając środki zaskarżenia od orzeczeń wydanych z udziałem takiego sędziego. W konsekwencji oceny te mogą być rozbieżne. Jeden skład sądujący uzna neo-sędziego za spełniającego standardy niezawisłości i bezstronności, inny będzie odmiennego zdania, zwłaszcza gdy w składzie sądu drugiej instancji także znajdzie się

neo-sędzia. Rozwiązanie to należy ocenić negatywnie, przede wszystkim z uwagi na interes stron postępowania, niepewnych tego, czy skład sądu w ich sprawie jest właściwy (i czy wydane orzeczenie „ostanie się”), ale także z uwagi na interes wymiaru sprawiedliwości. Z punktu widzenia zaufania obywatela do sądu sytuacja, gdy w składzie orzekającym *ex definitione* mogą być sędziowie o wątpliwej bezstronności i niezawisłości, jest, najdelikatniej to ujmując, dość niezręczna.

22. W pkt 50 uzasadnienia uchwały SN podaje przykłady spraw „wrażliwych”, w których będą występować *większe wątpliwości co do dochowania wyżej wskazanych standardów*. SN nie pisze tego w uzasadnieniu, ale wniosek nasuwa się jednoznaczny: w takich sprawach neo-sędziowie, a przynajmniej niektórzy z nich, nie powinni orzekać. Tu ujawnia się w całej rozciągłości nietrafność rozwiązania przyjętego w drugiej tezie uchwały. Najwyraźniej według SN pewni sędziowie są wystarczająco bezstronni i niezawisli do orzekania w jednych sprawach, a niewystarczająco w innych. Tymczasem **przymiot bezstronności i niezawisłości nie może być oceniany przez pryzmat kategorii rozpoznawanej sprawy. Sędzia jest bezstronny i niezawisły we wszystkich sprawach albo nie ma tych przymiotów w ogóle**, bo jest to (albo nie jest) immanentna cecha sędziego. Jeżeli zakładamy, że sędzia nie powinien sądzić sprawy z powództwa osoby pełniącej funkcję ministra sprawiedliwości o ochronę dóbr osobistych, to nie powinien sądzić żadnej sprawy. Osobiście nie chcielibyśmy, by naszą sprawę o odszkodowanie za szkodę powstałą w wyniku wypadku komunikacyjnego rozpoznawał sędzia, który nie powinien orzekać w sprawie z powództwa ministra sprawiedliwości, nawet jeżeli pozwanym w tej sprawie ubezpieczycielem nie jest PZU S.A. (spółka z udziałem Skarbu Państwa), ale spółka bez udziału Skarbu Państwa. **Obywatel ma bowiem prawo do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), co oznacza, że ma prawo do rozpoznania jego sprawy przez sąd bezstronny i niezawisły w ogóle, a nie, że być może jego sprawę rozpozna sąd w sposób bezstronny i niezawisły.**

23. Osobną sprawą jest, jakie konkretne okoliczności powołania takiego sędziego powodują, że zostanie on uznany za niespełniającego standardów bezstronności i niezawisłości. W pkt. 52 uzasadnienia uchwały znajdujemy obszerny, przykładowy katalog takich okoliczności. Wskazane przykłady są trafne. Jednak, w świetle wcześniejszych wywodów SN, okoliczności te mają stanowić podstawę uzasadnienia wniosku o wyłączenie sędziego, względnie zarzutu apelacyjnego. Oznacza to, ni mniej, ni więcej, że strona lub jej pełnomocnik powinni uzyskać wiedzę dotyczącą takich okoliczności. Tym samym konieczne byłoby „prześwietlenie” danego sędziego pod kątem występowania takich okoliczności po jego stronie. Niekiedy okoliczności te są powszechnie znane i opisywane (jak choćby słynny „występ” ministra sprawiedliwości przed neo-KRS w celu przeforsowania popieranego przez niego kandydata do SN). Jednak wiele z nich może być dla strony niedostępnych, mimo to bezstronność czy niezawisłość sędziego pozostaje co najmniej wątpliwa. To właśnie jest najbardziej wątpliwym punktem czwartkowej uchwały, zwłaszcza że co do zasady, sędziowie ci przeszli taką samą kwalifikację przez neo-KRS jak neo-sędziowie SN. Tyle że jest ich znacznie więcej. **Możliwość powoływa-**

nia się przez uczestników postępowania na okoliczności wskazujące na brak cechy bezstronności i niezawisłości jest więc kompletną fikcją. Gdyby natomiast neo-sędziów sądów powszechnych potraktowano tak samo jak neo-sędziów SN, powstały stan byłby jasny, spójny, niebudzący wątpliwości i niewymagający posiłkowania się wątpliwymi procedurami.

24. Podsumowując, należy stwierdzić, że lektura uzasadnienia drugiej tezy uchwały wywołuje wrażenie, że jej treść została podyktowana innymi względami niż te, które zostały wskazane w uzasadnieniu. Być może zadecydowały względy pragmatyczne, być może chodziło w istocie o to, by w weryfikacji stanu powstałego w wyniku ustawy z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa nie pójść za daleko, by skutki „potraktowania” neo-sędziów sądów powszechnych nie były zbyt daleko idące.

DOTYCHCZASOWE WYROKI WAŻNE

25. Zgodnie z tezą trzecią uchwały „wykładnia art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. przyjęta w punktach 1 i 2 niniejszej uchwały nie ma zastosowania do orzeczeń wydanych przez sądy przed dniem jej podjęcia oraz do orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu”.

26. Powyższe oznacza, że reguły ustalone w punktach poprzedzających nie odnoszą się do orzeczeń wydanych z udziałem neo-sędziów, zarówno w sądach powszechnych, jak i przez Sąd Najwyższy (z wyjątkiem Izby Dyscyplinarnej – zob. teza czwarta), które zapadły przed dniem 23.01.2020 r. To rozwiązanie także może wydawać się jurydycznie wątpliwe, gdyż niezależność i bezstronność to cechy wymagane od sędziego zawsze, niezależnie od wyroku TSUE i omawianej uchwały. Jednak SN przedstawił przekonujące uzasadnienie takiego stanowiska. W pierwszej kolejności powołał się na zasadę zaufania obywatela do państwa. Odwołał się także do stabilności orzeczeń sądowych jako wartości ustrojowej wymiaru sprawiedliwości. Z tego też powodu zdecydował się na niestosowanie tej pierwszej i drugiej uchwały do będących dopiero w toku w dniu 23.01.2020 r. spraw karnych. Uznał bowiem, że zastosowanie tych tez w istocie godziłoby w te wartości konstytucyjne, które normy art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. oraz art. 379 pkt 4 k.p.c. w istocie mają chronić.

27. Nie ulega jednak wątpliwości, że rozstrzygnięcie zawarte w tezie trzeciej uchwały było podyktowane także, a może przede wszystkim, względami funkcjonalnymi, mimo że SN pominął je w uzasadnieniu tej tezy. Trzeba mieć na uwadze, że stanowisko odmienne oznaczać musiałyby automatyczne wzruszenie ok. 70.000 orzeczeń, jakie zapadły z udziałem neo-sędziów. Powodowałyby to konieczność uchylecia wszystkich takich orzeczeń w ramach kontroli instancyjnej, a w stosunku do orzeczeń prawomocnych – uchylenie ich w ramach wznowienia postępowania. Powodowałyby to negatywne skutki społeczne i miałyby też wpływ na zaufanie obywateli do sądów. Konieczność

ponownego rozstrzygnięcia znacznej liczby spraw cywilnych i karnych byłaby nie tylko problemem organizacyjnym dla sądów, ale przede wszystkim dla stron tych postępowań. Niektóre z zapadłych orzeczeń zostały już wykonane, a nie zawsze możliwe byłoby przywrócenie *status quo ante* z powodów czysto faktycznych. Należy także brać pod uwagę koszty finansowe poniesione przez strony w związku z postępowaniami, w których wydane orzeczenia zostałyby wzruszone, a także koszty postępowań związanych z ponownym rozpoznawaniem spraw. Wszystko to musiało być brane pod uwagę przez trzy połączone Izby. W tym przypadku SN ograniczył czasowy skutek swojej uchwały, co jest rozwiązaniem znanym nauce i praktyce prawa. Przykładowo, Trybunał Sprawiedliwości UE w wydawanych przez siebie orzeczeniach prejudycjalnych niejednokrotnie zastrzega, że interpretacja prawa UE zawarta w danym orzeczeniu działa jedynie na przyszłość¹⁶. Wartością nadrzędną przywoływaną przez TSUE jest wtedy zazwyczaj zasada zaufania oraz zasada stabilności obrotu prawnego.

28. Wydaje się, że wskazana powyżej prezentacja istotnych wartości wymiaru sprawiedliwości, które uzasadniają przyjętą tezę, przynajmniej w odniesieniu do orzecznictwa sądów powszechnych, powinna zostać uzupełniona o jedno stwierdzenie. Brakuje bowiem wyraźnego wskazania, że **przyjęta teza trzecia uchwały nie stoi na przeszkodzie powoływaniu się na brak bezstronności lub niezawisłości sądu**, który wydał nieprawomocne dotąd orzeczenie z udziałem neo-sędziego przed dniem 23.01.2020 r. W szczególności, że strona może w takich sprawach formułować zarzuty apelacyjne dotyczące braku bezstronności lub niezawisłości, związane ze statusem sędziego (powołanego z udziałem neo-KRS). Możliwość taka jawi się jako oczywista, niemniej jednak powinna być wyraźnie wskazana w celu rozwiania ewentualnych wątpliwości zarówno stron, jak i sądów odwoławczych.

29. Jednak względy wskazane w uzasadnieniu tezy trzeciej (a także niewskazane, ale dające się odczytać między wierszami) wydają się być zasadne w odniesieniu do wyroków wydanych przed 23.01.2020 r. tylko przez sądy powszechne. W przypadku orzeczeń zapadłych w Sądzie Najwyższym z udziałem neo-sędziów przesłanki te powinny być brane pod uwagę w mniejszym stopniu. Pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego w systemie wymiaru sprawiedliwości, w tym jego rola w ujednocnieniu orzecznictwa, to, że jest on „sądem ostatecznym”, od którego rozstrzygnąć nie służy już żaden środek odwoławczy, wreszcie sam autorytet Sądu Najwyższego **przemawiają przeciwko uznaniu orzeczeń tego Sądu zapadłych z udziałem neo-sędziów przed 23.01.2020 r. za ważne** (wydanych przez składy należycie obsadzone). Powtórne rozstrzygnięcie kasacji i skarg kasacyjnych rozpoznanych z udziałem tych sędziów stanowiłoby znaczący wysiłek organizacyjny. Orzeczeń takich zapadło łącznie 1653, z tego 1129 w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych (w tym postanowienia w przedmiocie protestów wyborczych, które mogłyby nie podlegać powtórnemu rozpoznaniu) i 524 w Izbie Cy-

¹⁶ J. Skrzydło, *Orzeczenia prejudycjalne (preliminary rulings) Trybunału Wspólnot Europejskich. Opis systemu w perspektywie członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, niepublikowana rozprawa doktorska (1998), s. 143–149.

wilnej (przeważająca ich liczba to tzw. przedsady)¹⁷. Jednak wysiłek ten jest możliwy do poniesienia i warto byłoby go ponieść z uwagi na wskazane wyżej wartości, w tym autorytet Sądu Najwyższego.

WYROKI IZBY DISCYPLINARNEJ – NIEWAŻNE

30. Czwarta i ostatnia teza uchwały odnosi się do sędziów tzw. Izby Dyscyplinarnej SN. Brzmi ona następująco. „Punkt 1 niniejszej uchwały ma zastosowanie do orzeczeń wydanych z udziałem sędziów Izby Dyscyplinarnej utworzonej w Sądzie Najwyższym na podstawie ustawy z 8.12.2017 r. o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5 ze zm.) bez względu na datę wydania tych orzeczeń”.

31. W czwartej tezie uchwały Sąd Najwyższy słusznie wyłącza „łagodzące” rozwiązanie zawarte w tezie trzeciej (utrzymania wyroków wydanych z udziałem neo-sędziów przed dniem powzięcia uchwały zarówno w Sądzie Najwyższym, jak i w sądach powszechnych) w stosunku do wszystkich orzeczeń wydanych w tzw. Izbie Dyscyplinarnej SN. W tym przypadku nie mamy żadnych wątpliwości co do trafności stanowiska SN. Zgodnie z wyrokiem TSUE z 19.10.2019 r. tzw. Izba Dyscyplinarna nie jest sądem w rozumieniu prawa europejskiego z uwagi na rażące naruszenie, przy powoływaniu jej składu i określaniu zasad funkcjonowania, podstawowych norm prawa europejskiego i międzynarodowego (art. 47 KPP oraz art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności), a także art. 45 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Trudno więc było oczekiwać innego rozstrzygnięcia.

32. Otwarte natomiast Sąd Najwyższy pozostawił pytanie o status drugiej z izb utworzonych w Sądzie Najwyższym na podstawie ustawy z 2017 r., czyli Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych. Duża część zastrzeżeń pod adresem tzw. Izby Dyscyplinarnej zachowuje aktualność także wobec i tej Izby. Przecież Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych wykonuje tak istotne kompetencje jak rozpatrywanie protestów wyborczych w związku z wyborami parlamentarnymi i prezydenckimi i poważne nieprawidłowości w procedurze ukształtowania jej składu mają znaczenie co najmniej takie samo jak w przypadku tzw. Izby Dyscyplinarnej. Jej działalność wywołuje też rozbieżności w orzecznictwie, gdyż orzeka się w niej w sprawach będących w „zwyczajnej” kognicji Izb Cywilnej, Karnej i Pracy, a funkcją SN jest właśnie ujednoclanie orzecznictwa.

33. Trafność rozwiązania przyjętego w uchwale dodatkowo wzmacnia postanowienie TSUE z 8.04.2020 r. (C-791/19 R) nakazujące zawieszenie stosowania przepisów art. 3 pkt 5, art. 27 i art. 73 § 1 ustawy z 8.12.2017 r. o *Sądzie Najwyższym*, stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej *Sądu Najwyższego* zarówno w pierwszej, jak i w drugiej instancji, w sprawach dyscyplinarnych sędziów oraz nakazujące powstrzymanie się od przekazania spraw zawisłych przed Izbą Dyscyplinarną *Sądu Najwyższego* do rozpoznania przez *skład*, który nie spełnia wymogów niezależności wskazanych w szczególności

¹⁷ Dane uzyskane w Biurze Prasowym SN.

w wyroku z 19.11.2019 r. (C-585/18). Oczywiście zarządzenie przez Trybunał środków tymczasowych nie przesądza merytorycznej treści wyroku w sprawie, jaką Komisja Europejska wytoczyła Polsce, ale trudno spodziewać się, aby Trybunał odstąpił od zapartywań prawnych wyrażonych w dotychczasowym orzecznictwie, poczynając od tzw. sprawy sędziów portugalskich¹⁸.

PODSUMOWANIE

34. Analizowana w niniejszym artykule i długo oczekiwana uchwała, pomimo ogólnie pozytywnej oceny, wywołuje jednak pewien niedosyt, zarówno w zakresie sposobu, jak i zakresu rozstrzygnięcia. Pierwsza i czwarta teza uchwały są absolutnie trafne. Rozstrzygnięcie zawarte w tezie drugiej budzi sprzeciw i nie wytrzymuje krytyki, nie przesądziło bowiem o niezdolności neo-sędziów do orzekania ani nie wskazało jasných, czytelnych i transparentnych kryteriów oceny zachowania przez nich niezawisłości i bezstronności.

Trzecia teza budzi uzasadnione wątpliwości, jednak za zajęтым w niej stanowiskiem przemawiają ważne względy społeczne i interes wymiaru sprawiedliwości, gdy chodzi o orzeczenia wydane przez neo-sędziów sądów powszechnych, nie powinna jednak być akceptowana w zakresie wyroków Sądu Najwyższego.

35. Jak wskazano wyżej, uchwała (skądinąd w konsekwencji sformułowania zadane-go przez Pierwszą Prezes pytania) **nie odnosi się do statusu sędziów jako takiego** (czy neo-sędziowie są w ogóle sędziami lub czy są sędziami sądu, do którego z udziałem neo-KRS dostali powołanie „awansowe”), ale do tego, czy udział takich sędziów w składzie orzekającym powoduje nienależytą obsadę sądu w rozumieniu art. 439 § 1 pkt 2 k.p.k. albo sprzeczność składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c. (pkt 30 uchwały). Sąd Najwyższy, chcąc uniknąć zarzutu nieuprawnionego ingerowania w kompetencje innych organów konstytucyjnych, starannie powstrzymał się od rozstrzygnięcia kwestii statusu neo-sędziów kompleksowo, a więc nie zamierzał udzielić odpowiedzi na pytanie, **czy osoby takie w ogóle są sędziami**. Uczynił tak, pomimo że sam wskazuje, iż Krajowa Rada Sądownictwa jest elementem *sine qua non* skutecznego powołania sędziego, a Prezydent może powołać na urząd sędziego wyłącznie osobę wysuniętą przez ten organ. Wskazuje również i szeroko to uzasadnia, że skład osobowy neo-KRS został ukształtowany w sposób sprzeczny z art. 187 ust. 1 pkt 2 Konstytucji RP i narusza zasadę trójpodziału władzy i równoważenia się władz, a także inne zasady Konstytucji (pkt 31 uchwały).

36. Wyreçzamy zatem Sąd Najwyższy i twierdzimy, że **neo-sędziowie nie tylko nie powinni uczestniczyć w orzekaniu, ale i nie są sędziami**. Zasadnicza rozbieżność poglądów dotyczy tego właśnie problemu, a kwestia zdolności tych sędziów do udziału w składach orzekających ma charakter wtórny – stanowi konsekwencję tego, że neo-sędziowie po prostu nie są sędziami. To na poziomie statusu neo-sędziów jako sędziów mamy zasadniczą

¹⁸ Wyrok Wielkiej Izby TSUE z 27.02.2018 r., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*.

rozbieżność poglądów. Z jednej strony mamy stanowiska prezentowane w ramach Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych¹⁹ oraz tzw. Izby Dyscyplinarnej SN²⁰, podejmowane zresztą *in causa sua*, zgodnie z którymi sędzia, któremu akt powołania wręczył Prezydent RP, jest sędzią bez względu na ewentualne naruszenie prawa na wcześniejszych etapach procesu powoływania. Z drugiej strony mamy natomiast nieodparte, jak się wydaje, argumenty prawne, zresztą podnoszone przez SN w uzasadnieniu uchwały, że akt powołania przez Prezydenta nie konwaliduje nieprawidłowości, do których doszło na etapie przedstawiania kandydatów na stanowiska sędziowskie w procedurze przed neo-KRS.

37. Zgodnie z art. 179 Konstytucji RP sędziowie są powoływani przez Prezydenta na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa. Zatem wysunięcie kandydata na sędziego przez KRS jest konstytucyjnym nawet, a nie tylko ustawowo koniecznym elementem *sine qua non* do uzyskania powołania. Skoro zaś neo-KRS została powołana z oczywistym naruszeniem art. 187 ust. 1 Konstytucji, to nie jest ona Krajową Radą Sądownictwa w rozumieniu Konstytucji RP. Uznanie więc, że akt powołania przez Prezydenta jest jedynym czynnikiem przesądzającym o skutecznym uzyskaniu statusu sędziego, stanowi pogląd sprzeczny z Konstytucją. Ponadto taki „konwalidujący” skutek aktu Prezydenta powinien wynikać z przyznanej mu wyraźnie kompetencji, zgodnie z zasadą legalizmu (art. 7 Konstytucji RP), zatem wynikać z odpowiedniego przepisu Konstytucji, a takiego przepisu brak. Wreszcie, uznanie, że naprawdę istotny jest tylko akt powołania, oznaczałoby, że cała wcześniejsza procedura „powołaniowa” jest w istocie pozbawiona znaczenia. A to już oznacza, że Prezydent może skutecznie powołać na urząd sędziego kogokolwiek, nawet osobę nieposiadającą wykształcenia prawniczego.

38. Warto w tym miejscu wtrącić wątek historyczno-porównawczy. W *Komentarzach o prawach Anglii*, wydanych w 1765 r., William Blackstone wskazywał na aksjomat obecny w prawie angielskim co najmniej od czasów króla Edwarda I (przełom XIII i XIV wieku): władza nie postępuje bezprawnie²¹. Oprócz absolutnej suwerenności prawo przypisuje monarsze w zakresie uprawnień politycznych „całkowitą doskonałość”. Innymi słowy, król nie może czynić źle. Chodzi nie tylko o to, że każda rzecz przeprowadzona przez władzę jest oczywiście słuszna i sprawiedliwa. Prerogatywy korony zostały bowiem utworzone dla dobra narodu, a nie na jego niekorzyść. Narracja obecna np. w „uchwale” tzw. Izby Dyscyplinarnej z 10.04.2019 r., a także w zdaniach odrębnych od uchwały (zob. poniżej) wydaje się harmonizować z poglądami wybitnego brytyjskiego prawnika, tyle tylko, że mamy obecnie wiek XXI, a nie XVIII, a w dyskusji o sprawach ustrojowych na czoło wysuwają się zasada odpowiedzialności władzy publicznej przed narodem i zasada praworządności. I nie ma już monarchy obdarzonego nimbem „całkowitej doskonałości”.

¹⁹ Postanowienie z 17.05.2019 r. (INO 55/18).

²⁰ Uchwała z 10.04.2019 r. (II DSI 54/18).

²¹ *Commentaries on the Law of England in Four Books*, Philadelphia 1950, Book II, Chapter VII, On The King's Prerogatives: „the king himself can do no wrong: since it would be a great weakness and absurdity in any system of positive law to define any possible wrong, without any possible redress”.

39. W efekcie braku przesądzenia w sposób całościowy statusu sędziego powołanego z udziałem neo-KRS mamy do czynienia z sytuacją, gdy dany neo-sędzia nie może uczestniczyć w składzie orzekającym, a więc jest pozbawiony możliwości wykonywania najważniejszej kompetencji sędziowskiej, jednak nadal pozostaje sędzią jako takim. Ma prawo do wynagrodzenia, do korzystania z gabinetu, do urlopu *etc.* Ma więc także czynne prawo wyborcze i konsekwentnie – bierne prawo wyborcze. Może zatem brać udział w wyborach i kandydować do funkcji prezesów izb i Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego. Wobec tego prawdopodobna wydaje się sytuacja, gdy prezesem kierującym pracami danej Izby lub wręcz Pierwszym Prezesem SN zostanie osoba, która jako sędzia nie ma zdolności do orzekania. To dość paradoksalna konsekwencja niemożności przesądzenia w uchwale o statusie neo-sędziów w sposób całościowy. Nie zmienia to oczywiście faktu, że korzystając z obecnego, co najmniej wątpliwego konstytucyjnie rozwiązania, Prezydent RP mógłby zignorować ewentualne niedopuszczenie neo-sędziów do udziału w Zgromadzeniu Ogólnym mającym wybrać Pierwszego Prezesa SN i powołać neo-sędziego SN na tę funkcję. Byłoby to ukoronowaniem przejmowania politycznej kontroli nad władzą sądowniczą, czemu uchwała stara się zapobiec.

ZDANIA ODRĘBNE

40. Do uchwały zgłoszonych zostało aż sześć zdań odrębnych. Za najbardziej merytoryczny uznać wypada pogląd SSN D. Kali, który – w miejsce przyjęcia wykładni odwołującej się do nieważności postępowania lub bezwzględnych podstaw odwoławczych – sugerował, że znacznie lepszym rozwiązaniem w przypadku sędziów sądów powszechnych i wojskowych mianowanych przez neo-KRS byłoby wykorzystanie jako instrumentarium konstrukcji względnych podstaw odwoławczych. Innymi słowy, udział takiej osoby w składzie orzekającym mógłby stanowić rażące naruszenie art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz art. 47 Karty Praw Podstawowych UE pod warunkiem wykazania związku między okolicznościami towarzyszącymi nominacji a wynikiem sprawy. Ten stan rzeczy aktualizowałby się wyłącznie w sytuacji, gdyby strona lub jej przedstawiciel procesowy w wywiezionym środku odwoławczym podniosła zarzut oparty na twierdzeniu o zaistnieniu tego uchybienia. Sędzia SN D. Kala zwrócił także uwagę na brak podstaw do odmiennej oceny sędziów SN oraz sędziów pozostałych, gdyż od wszystkich należy oczekiwać w sferze niezawisłości i bezstronności dokładnie tego samego. Konstytucja jednolicie traktuje wszystkich sędziów i wszystkie sądy. Konstytucja nie daje żadnych podstaw do stwierdzenia, że z uwagi na to, iż określone sądy rozpatrują sprawy o „mniejszym znaczeniu” niż sądy wyższego szczebla, można obniżyć w nich standardy wskazane w art. 45 ust. 1 Konstytucji.

41. W tożsamy sposób swoje zdanie odrębne uzasadnił SSN P. Mirek, nie dopatrując się podstaw do różnicowania sytuacji sędziów Sądu Najwyższego i sędziów sądów powszechnych czy sądów wojskowych.

42. Podobne wątki odnaleźć można w opinii odrębnej SSN K. Staryka, którego zasadnicze zastrzeżenia wzbudziła ocena niezawisłości sądu, w którym uczestniczył młody sędzia, wybrany przez nową Krajową Radę Sądownictwa, a także brak wyeksponowania w uchwale prospektywnego skutku uchwały. Niestety, poważne argumenty prawne zostały okraszone zdumiewającymi wtrąceniami w przedmiocie takich zagadnień jak przyczyny ocieplenia klimatu. Sędzia SN K. Staryk, nie będąc zapewne w tej materii autorytetem naukowym, nakazuje zastanowić się, jakim sposobem taka mikroskopijna ilość dwutlenku węgla w ziemskiej atmosferze – 0,04% może wpływać na zmianę klimatu, pomimo tego, że w szklarniach zwiększa się ilość tego gazu, aby rośliny bujniej rosły. Z kolei określenie Greta Thunberg mianem szwedzkiej dziewczynki, nieustannie lansowanej, ale mającej dwuletnie opóźnienie w edukacji szkolnej i zdiagnozowane dysfunkcje percepcyjne po prostu nie przystoi osobie zasiadającej w Sądzie Najwyższym.

43. W zdaniu odrębnym SSN Z. Korzeniowskiego czytamy, że wątpliwość lub nawet teza o utracie przymiotu niezależności przez Krajową Radę Sądownictwa nie pozwalają na domniemanie, że wskazani do powołania przez Prezydenta RP sędziowie są podlegli władzy politycznej i dlatego nie są niezawisli, a sądy nie są niezależne. Co więcej, sędzia nie może kwestionować *in abstracto* statusu innego sędziego, a poszukiwanie sędziego, który nie jest niezawisły lub sądu, który nie jest bezstronny może dotyczyć tylko indywidualnego przypadku w konkretnej sprawie.

44. Sędzia SN W. Koziulewicz zwrócił uwagę przede wszystkim na to, że akty urzędowe Prezydenta opisane w art. 144 ust. 3 pkt 17 i art. 179 Konstytucji nie mogą być poddane kontroli w jakimkolwiek postępowaniu toczącym się na podstawie procedur obowiązujących w Rzeczypospolitej Polskiej, chyba że podczas rozpatrywania i oceny kandydatów do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego przez Krajową Radę Sądownictwa doszło do popełnienia przestępstwa ustalonego prawomocnym wyrokiem skazującym, które skutkowało podjęciem przez Krajową Radę Sądownictwa uchwały zawierającej wnioski o powołanie danego uczestnika postępowania (kandydata) do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego lub gdy wykonanie przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej jego konstytucyjnej prerogatywy w zakresie powołania sędziego zostało uznane za delikt konstytucyjny i za którą to czynność Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej został prawomocnie skazany przez Trybunał Stanu.

45. Ocenę zdania odrębnego SSN Z. Myszkii poprzedzić powinna konstatacja, że od każdego sędziego, a sędziego SN w szczególności, powinno wymagać się stosownej powściągliwości, nawet w formule zdania odrębnego. Tymczasem znaczna część argumentacji nasycona jest stwierdzeniami typu „mobbingowe w istocie rzeczy zarzuty ze strony niektórych «starych» lub «nieneutralnych» politycznie sędziów czy stowarzyszeń «sędziowskich»”, „korporacyjna dyskryminacja”, „niedopuszczalna presja, zastraszanie, a nawet medialnie oczekiwana «zemsta» ze strony środowiska służbowego, które deklaruje «neutralne» intencje”, „krytykowana uchwała może być postrzegana jako korporacyjny odwet za kandydowanie i objęcie stanowisk sędziowskich lub rodzaj zbiorowej odpowie-

działności kilkuset nowo powołanych sędziów za totalnie kontestowane przez niektórych sędziów akty prawne władzy ustawodawczej, choćby niekiedy kontrowersyjne”. Dostało się także Trybunałowi Sprawiedliwości UE, który – zdaniem SSN Z. Myszki – „może się mylić lub wykładniczo błędzić oraz że nie ma krajowych ani traktatowych podstaw prawnych do orzekania, że inny polski sąd, w tym choćby Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego, jest «niesądem»”. Wydawać by się mogło, że od sędziego SN ze znacznym stażem i doświadczeniem zawodowym można wymagać czytania ze zrozumieniem art. 19 Traktatu o UE w zw. z art. 47 KPP oraz orzeczeń interpretującego te przepisy organu sądowego UE, którego duży autorytet, budowany od początku lat 60. XX wieku, wynika właśnie z niezależności sędziów od władz krajowych. Sformułowania, że głosowana uchwała wpisuje się w „nieuczciwe «pręgierzowanie», a przede wszystkim poniżające i upokarzające stygmatyzowanie wszystkich sędziów krzywdzącym mianem antynarodowej «kasty», choćby część środowiska sędziowskiego wraz z tzw. totalną opozycją szukało wsparcia «zagranicy» lub nałożenia rzekomo «ratunkowych» sankcji finansowych na Polskę”, mogłyby znaleźć się w paskach informacyjnych TVP Info, ale ich obecność w dokumencie sygnowanym przez wieloletniego sędziego SN budzi zażenowanie.

CO DALEJ?

46. Oczywiście było zignorowanie przez rządzących skutków wynikających z głosowanej uchwały – przez działania faktyczne, przez wykorzystywanie przepisów tzw. ustawy kagańcowej, czyniącej delikt z „działań kwestionujących istnienie stosunku służbowego sędziego, skuteczność powołania sędziego lub umocowanie konstytucyjnego organu Rzeczypospolitej Polskiej”²², a przede wszystkim przez wykorzystanie atrapy sądu konstytucyjnego, jakim stał się Trybunał Konstytucyjny od 2017 r. i który 20.04.2020 r. usłużnie wydał wyrok uznający uchwałę za akt normatywny – sprzeczny z Konstytucją. Nie jest oczywiście, do jakiego stopnia władza zdecyduje się na kurs kolizyjny z instytucjami Unii Europejskiej. Reakcja na postanowienie TSUE w sprawie zarządzenia środków tymczasowych (zaskarżenie do TK przepisu będącego podstawą kompetencji prejudycjalnej sądów krajowych – art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) sugeruje, że obóz rządzący nie zawaha się postawić pod znakiem zapytania członkostwa Polski w UE, jeżeli ceną miałoby być wycofanie się z planów całkowitego podporządkowania sądownictwa.

47. Nie sposób pominąć także wątku strasburskiego. Przed Wielką Izbą Trybunału Praw Człowieka zawisła sprawa *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*²³. Jeżeli skład Wielkiej Izby podzieli w całości lub w zasadniczych konturach poglądy prawne Izby, strasburskie *acquis* będzie mogło zostać wykorzystane w walce z antyeuropejsko nastawioną władzą. Z wyroku w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson* wynikają następujące okoliczności:

²² Art. 107 § 1 pkt 3 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych dodany mocą ustawy z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 190).

²³ Skarga nr 26374/18, Izba wydała wyrok 12.03.2019 r.; 9.09.2019 r. Wielka Izba zgodziła się na ponowne rozpoznanie sprawy. Rozprawa odbyła się w Strasburgu 5.02.2020 r.

- naruszenie przez władze krajowe przepisów określających sposób ustanowienia, obsadzenia i kompetencje organów sądowych powodują, że sąd z udziałem wadliwie powołanego sędziego nie jest „sądem ustanowionym ustawą” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji;
- brak przymiotu „sądu ustanowionego ustawą” z powodu istotnych naruszeń prawa, do których doszło w toku „ustanawiania” sądu, oznacza, że sąd taki nie jest „niezawisły i bezstronny” i nie jest konieczne badanie *ad casum*, czy dany proces był nierzetelny; sam fakt iż sędzia, którego stanowisko nie jest ustanowione ustawą w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji, rozstrzyga o oskarżeniu lub o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym, wystarcza, by stwierdzić naruszenie Konwencji, zgodnie z podstawową zasadą rządów prawa. Innymi słowy, zastosowanie znajduje w zasadzie niewzruszalne domniemanie naruszenia art. 6 Konwencji;
- dokonywanie przez ETPCz własnych ocen (odmiennych od ocen krajowego wymiaru sprawiedliwości), czy prawo krajowe zostało dochowane, może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zaszło rażące naruszenie prawa krajowego;
- kryterium rażącego naruszenia prawa krajowego jest spełnione także wtedy, jeżeli naruszenie można przypisać innemu organowi rządu i zostało ono uznane przez sądy krajowe;
- rażące naruszenie prawa to pogwałcenie takich przepisów krajowych, które mają charakter podstawowy i stanowią integralną część stanowienia i funkcjonowania systemu sądowego; istotne znaczenie mieć będzie, czy naruszenie przepisów krajowych określających zasady powoływania sędziów było umyślne, a przynajmniej stanowiło oczywiste zlekceważenie obowiązującej ustawy krajowej.

48. Sądzimy, że z wykazaniem tej ostatniej przesłanki w realiach polskich nie powinien mieć większych problemów prawnik o nawet bardzo przeciętnych kwalifikacjach, pod warunkiem wykazania elementarnej dobrej wiary. Pomocnym kryterium będzie zbadanie, czy naruszenie obowiązujących przepisów krajowych w przedmiocie powoływania sędziów zrodziło rzeczywiste ryzyko, iż inne organy rządu, w szczególności władza wykonawcza, skorzystały z nadmiernej swobody decyzyjnej podważającej integralność procesu powołania sędziów w zakresie nieprzewidzianym w krajowych przepisach prawa obowiązujących w chwili powołania.

49. Jeżeli opisany wyżej sposób wykładni art. 6 ust. 1 Konwencji utrzyma się w orzeczeniu Wielkiej Izby, wyroki tzw. Izby Dyscyplinarnej SN (a także Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych) będą musiały zostać uznane za naruszające art. 6 ust. 1 Konwencji. To samo dotyczy rozstrzygnięć pozostałych trzech Izb Sądu Najwyższego, jeżeli w orzekaniu brałoby udział neo-sędziowie. Nie bez znaczenia są także konsekwencje na gruncie art. 5 ust. 1 Konwencji, gwarantującego prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego: aby pozbawienie wolności za przestępstwo mogło być uznane za zgodne z Konwencją, skazania musi dokonać „właściwy sąd”. Nie trzeba chyba przekonywać, jakie konsekwencje wyniknęłyby dla Polski, gdyby wyroki wydawane z udziałem neo-sędziów (w granicach określonych w głosowanej uchwale) zostały uznane za naruszające standard konwen-

cyjny. Rzecz jasna, władza może po prostu powielić wzorce obowiązujące w Federacji Rosyjskiej, tj. ignorować zapadające judykaty strasburskie lub nawet ustawowo zapewnić ich niewykonywanie w pewnych określonych przypadkach. Obserwacja skali nihilizmu prawnego i konstytucyjnego, którego jesteśmy świadkami od wyborów z 2015 r., niestety uprawnia do pewnego pesymizmu w ocenach i prognozach. Pamiętajmy jednak o mądrych słowach, których autorem był twórca koncepcji nieposłuszeństwa obywatelskiego, Henry David Thoreau: „jeżeli rządowa machina wymaga od Ciebie abyś był pośrednikiem niesprawiedliwości wobec innych, wtedy, powiadam Ci, złam prawo”²⁴.

ABSTRACT

dr hab. Aleksander Kappes

The author is a professor at the University of Lodz, an advocate (District Bar Association in Lodz).

dr hab. Jacek Skrzydło

The author is a professor at the University of Lodz, an advocate (District Bar Association in Lodz).

Are judgments given by neo-judges valid? – considerations on the background of the resolution of three joined Chambers of the Supreme Court undertaken on January 23st 2010 (BSA I-4110-1/20)

The gloss is a critical comment to the resolution undertaken by the three joined Chambers of the Supreme Court, dealing with status of so called neo-judges in the Supreme Court and in other courts and considering validity of the judgments given by the neo-judges. The Authors are of the opinion that the Supreme Court was right deciding that judgment of the Supreme Court given with participation of neo-judges cannot be considered as a judgment of the court in proper composition. In cases where neo-judges participated in giving judgments of other courts, the position of the Supreme Court was more flexible and this position might be criticized. The Supreme Court also decided that judgments given by the neo-judges before the date of the resolution should remain valid and this position might be criticized too. Finally, the Supreme Court determined that so called Disciplinary Chamber of the Supreme Court cannot be deemed as court of law according to the Polish legal system and that all its judgments are invalid. The Authors fully adhere to this position.

Keywords: *Supreme Court, status of the judge, appointing of judges, invalidity of proceedings*

²⁴ Thoreau H.D., *Resistance to Civil Government*, 1849, <https://archive.vcu.edu/english/engweb/transcendentalism/authors/thoreau/civil/>.

dr hab. Aleksander Kappes

ORCID: 0000-0002-2261-093X; e-mail: akappes@wpia.uni.lodz.pl

Autor jest profesorem Uniwersytetu Łódzkiego, adwokatem (ORA w Łodzi).

dr hab. Jacek Skrzydło

ORCID: 0000-0002-1597-8808; e-mail: jskrzydlo@wpia.uni.lodz.pl

Autor jest profesorem Uniwersytetu Łódzkiego, adwokatem (ORA w Łodzi).

Pojęcia kluczowe: TSUE, rządy prawa, zasada pierwszeństwa prawa unijnego, zasady konstytucyjne

Artykuły

Zbigniew Banaszczyk, Justyna Baszczeska

CZY KONSEKWENCJĄ WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z 19.11.2019 R. W SPRAWACH POŁĄCZONYCH C-585/18, C-624/18, C-625/18 POWINNA BYĆ W JAKIMKOLWIEK ZAKRESIE DEBATA NAD PIERWSZEŃSTWEM PRAWA UNIJNEGO PRZED PRAWEM POLSKIM?

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) w składzie Wielkiej Izby wydał 19.11.2019 r. wyrok w połączonych sprawach C-585/18, C-624/18 i C-625/18¹. Po wydaniu tego wyroku na nowo rozbrzmiało pytanie dotyczące miejsca, jakie w owym multicentrycznym (nie nowym przecież) porządku prawnym znajduje Konstytucja RP wraz z fundamentalnymi zasadami jej nadrzędności (art. 8 ust. 1 Konstytucji) i suwerenności Państwa Polskiego (art. 4 Konstytucji).

Niniejszy artykuł ma za zadanie nie tyle zmierzyć się z odpowiedzią na powyższe pytanie, ile wykazać, czy prowadzenie tego typu analiz w kontekście treści wyroku TSUE było i jest w jakimkolwiek stopniu zasadne.

Przed 15 laty E. Łętowska wprowadziła do polskiej nauki pojęcie multicentryczności systemu prawa². Odwoływał się do niego następnie Trybunał Konstytucyjny, wskazując

¹ Wyrok TSUE z 19.11.2019 r. w sprawach połączonych *A.K. vs. Krajowa Rada Sądownictwa* (C-585/18), *C.P. vs. Sąd Najwyższy* (C-624/18) oraz *D.O. vs. Sąd Najwyższy* (C-625/18), ECLI:EU:C:2019:982, dalej wyrok z 19.11.2019 r.

² E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005/4, s. 3–10.

na „wieloskładnikowość” polskiego porządku prawnego po wejściu do Unii Europejskiej. Multicentryczność współczesnego porządku prawnego wynika jednak nie tylko z faktu przystąpienia przez Polskę do Unii Europejskiej, ale także z jej wcześniejszego przystąpienia do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³. Na mocy art. 9 Konstytucji RP⁴ Polska zobowiązana jest bowiem do przestrzegania wiążącego ją prawa międzynarodowego. W kontekście dalszych wywodów warto podkreślić, że decyzje o przystąpieniu przez Polskę do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak również do Unii Europejskiej, były suwerenne. Co więcej, związanie się przez Polskę postanowieniami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i *acquis communautaire* było tożsame z zaakceptowaniem stanu współdzielenia kompetencji. W konsekwencji powyższego w miejsce systemu prawa, tradycyjnie pojmowanego jako monocentryczny i zhierarchizowany, w Polsce funkcjonuje już od lat model wielośrodkowy, który wymaga zmiany tradycyjnego myślenia o prawie przez pryzmat wertykalnej hierarchii norm. Tak ukształtowany system prawa oparty jest na wspólnym dla jego podsystemów fundamencie aksjologicznym.

OKOLICZNOŚCI WYDANIA WYROKU TSUE Z 19.11.2019 R. W POŁĄCZONYCH SPRAWACH C-585/18, C-624/18 I C-625/18

W omawianym orzeczeniu TSUE udzielił odpowiedzi na pytania prejudycjalne Sądu Najwyższego, sformułowane w trzech postępowaniach głównych, toczących się przed Izbą Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Wszystkie trzy sprawy dotyczyły zakwestionowania przez sędziów SN i NSA – w różnym trybie, lecz podobnych okolicznościach faktycznych – legalności decyzji o przeniesieniu ich w stan spoczynku⁵. Jedną z podstaw prawnych żądań w poszczególnych postępowaniach głównych był art. 2 dyrektywy 2000/78, zakazujący w zakresie zatrudnienia dyskryminacji ze względu na wiek⁶.

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. nr 61 poz. 284 ze zm.), dalej EKPC.

⁴ W preambule Konstytucji RP z 2.04.1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 ze zm.), mowa jest o świadomości „potrzeby współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej” – zob. K. Wójtowicz (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 9 Konstytucji RP, nb 14.

⁵ Pierwsze postępowanie (C-585/18) toczyło się na skutek odwołania sędziego NSA od negatywnej opinii KRS, wydanej w jego sprawie po tym, jak wyraził wolę dalszego zajmowania stanowiska w oparciu o art. 37 § 1 i art. 111 § 1 ustawy o Sądzie Najwyższym (Dz.U. z 2018 r. poz. 5), dalej ustawa o SN. Dwa pozostałe postępowania (C-624/18 i C-625/18) toczyły się natomiast z powództwa dwóch sędziów SN przeciwko Sądowi Najwyższemu w sprawie o ustalenie, że ich stosunek pracy SSN w stanie czynnym nie przekształcił się z dniem 4.07.2018 r. w stosunek służbowy SSN w stanie spoczynku. O przeniesieniu sędziów w stan spoczynku z tym dniem zdecydował, w oparciu o art. 39 znowelizowanej ustawy z 8.12.2017 r. o SN (Dz.U. 2019 r. poz. 825 ze zm.), dalej ustawa o SN, Prezydent RP. Sędziowie ci ukończyli 65. rok życia przed wejściem w życie znowelizowanej ustawy o SN i nie złożyli oświadczenia na podstawie art. 37 § 1 i art. 111 § 1 ustawy o SN. Na poparcie swoich żądań sędziowie podnieśli w szczególności naruszenie art. 2 ust. 1 unijnej dyrektywy Rady z 27.11.2000 r. 2000/78 (Dz.Ur. L 303, s. 2), dalej dyrektywa 2000/78, ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, który zakazuje dyskryminacji ze względu na wiek.

⁶ Podstawa ta, jako „element unijny”, otworzyła SN drogę do skierowania do TSUE pytania prejudy-

Zadając pytania prejudycjalne, Sąd Najwyższy dociekał m.in.⁷, czy – na wypadek, gdyby Izba Dyscyplinarna SN nie spełniła wymogu niezależności sądów i niezawisłości sędziów, wypływającego wprost z przepisów prawa unijnego – prawo unijne należy interpretować w ten sposób, że Sąd Najwyższy ma obowiązek odmowy zastosowania przepisów prawa krajowego, które wyłączają w sprawach głównych właściwość Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych do rozpoznania tych postępowań, zastrzegając ją dla Izby Dyscyplinarnej SN.

Ocenę tego, czy Izba Dyscyplinarna spełnia wymogi niezależności sądów i niezawisłości sędziów w rozumieniu prawa unijnego, TSUE pozostawił sądowi odsyłającemu. Trybunał zasygnalizował natomiast, które z okoliczności wskazanych w uzasadnieniach wniosków SN o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym mogą mieć istotne znaczenie w dokonywaniu takiej oceny⁸. Podkreślił przy tym, że o ile każda z tych okoliczności z osobna może sama w sobie nie prowadzić do podania w wątpliwość niezależności organu takiego jak Izba Dyscyplinarna, o tyle ich zbieg „mógłby prowadzić” do innej konkluzji⁹. Dlatego, gdyby tego rodzaju zbieg okoliczności miał miejsce, Izba Dyscyplinarna nie stanowiłaby niezawisłego i bezstronnego sądu w rozumieniu art. 47 Karty Praw Podstawowych¹⁰.

Odnosząc się do *meritum* pytań prejudycjalnych, TSUE wskazał dalej, że Sąd Najwyższy, stwierdzając opisany powyżej zbieg okoliczności, ma obowiązek odstąpić od stosowania przepisu krajowego, zastrzegającego kompetencję Izby Dyscyplinarnej do rozpoznawania sporów będących przedmiotem postępowań głównych. Sprawy te winien rozpoznać natomiast taki organ, który był właściwy do rozpoznania przedmiotowych spraw przed wejściem w życie kwestionowanego przepisu krajowego i który spełniał wymogi niezależności sędziowskiej i niezawisłości sądowej¹¹. Takie rozstrzygnięcie, jak podkreślił TSUE, stanowi gwarancję skutecznej ochrony sądowej w rozumieniu art. 47 KPP i realizację zasady lojalnej współpracy, wyrażonej w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹².

cialnego – art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

⁷ Pierwsze pytanie, na skutek jego zdezaktualizowania się, nie było przedmiotem orzekania TSUE.

⁸ Zob. nb 143–151 wyroku z 19.11.2019 r.

⁹ Zwłaszcza w przypadku, gdyby dokonywana przez sąd odsyłający ocena statusu obecnej KRS mogła prowadzić do wniosku o braku jej niezależności względem innych władz (zob. pkt 142 i 152 wyroku z 19.11.2019 r.).

¹⁰ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 2016 r. C 202, s. 1), dalej KPP.

¹¹ Trybunał powołał się przy tym (nb 166 wyroku z 19.11.2019 r.) na poprzednie rozstrzygnięcia o tożsamym brzmieniu, które zapadły wszak na kanwie spraw z zakresu prawa telekomunikacyjnego czy prawa zamówień publicznych. Warto przytoczyć tu fragment jednego z nich: „(...) *If national law cannot be applied so as to comply with the requirements of Article 5a(3) of Directive 90/387, a national court or tribunal which satisfies those requirements and which would be competent to hear appeals against decisions of the national regulatory authority if it was not prevented from doing so by a provision of national law which explicitly excluded its competence, such as that at issue in the main proceedings, has the obligation to disapply that provision*” – wyrok TSUE z 22.05.2003 r., *Connect Austria*, C-462/99, Zb. Orz. 2003, I-05197, pkt 42.

¹² Traktat o Unii Europejskiej z 7.02.1992 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/30), dalej TUE. Artykuł 4 ust. 3 TUE stanowi, że „zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i państwa członkowskie wza-

Omawiany wyrok TSUE oparty został m.in. na argumentacji odwołującej się do zasady pierwszeństwa prawa UE. Trybunał przypomniał m.in., że zasady pierwszeństwa i bezpośredniości stanowią dwie podstawowe cechy prawa unijnego, które „doprowadziły do powstania ustrukturyzowanej sieci zasad, przepisów i wzajemnie zależnych od siebie stosunków prawnych wiążących wzajemnie samą Unię i jej państwa członkowskie, jak również te państwa między sobą” (nb 156 wyroku z 19.11.2019 r.), a „zasada pierwszeństwa prawa Unii ustanawia prymat prawa Unii nad prawem państw członkowskich” (nb 157 wyroku z 19.11.2019 r.).

Wyrażone w powołanym wyroku stanowisko o prymacie prawa Unii nad prawem państw członkowskich należy opatrzyć rozbudowanym komentarzem. To ono doprowadziło bowiem w Polsce, zarówno w środowisku prawniczym, jak również w powszechnej debacie publicznej, do ponownej, ożywionej dyskusji na temat relacji prawa unijnego i prawa krajowego – zwłaszcza rangi konstytucyjnej. Analiza tego zagadnienia jest istotna z tej przede wszystkim przyczyny, że wnioski, jakie płyną z tej debaty, niejednokrotnie pozostają w sprzeczności z założeniami, jakie utrwaliły się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego (w kształcie do 2015 r.). Założenia te należy zatem przypomnieć, nakreślając na wstępie istotę zasady pierwszeństwa prawa unijnego.

ZASADA PIERWSZEŃSTWA PRAWA UNIJNEGO – UWAGI OGÓLNE

Zasada pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym nie wynika bezpośrednio z traktatów, ale z utrwalonego na przestrzeni niemal 60 lat orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (funkcjonującego wcześniej jako Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich).

W odniesieniu do wspólnotowego porządku prawnego zasada pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym nakreślona została już w 1963 r. wyroku w sprawie *van Gend & Loos*¹³, a *explicite* sformułowana w 1964 r. w historycznym wyroku *Flamino Costa vs. E.N.E.L.*¹⁴ Jej dopełnienie stanowiło m.in. wydane niedługo później orzeczenie w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁵, a następnie wyrok w sprawie *Simmenthal*¹⁶. Do dnia dzisiejszego założenia przyjęte w tych orzeczeniach pozostają niezmienione¹⁷.

jemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów (...). Państwa członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”.

¹³ Wyrok Trybunału z 5.02.1964 r., *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos vs. Holenderska administracja celna*, C-6/64, <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴ Wyrok Trybunału z 15.07.1964 r., *Flamino COSTA vs. E.N.E.L.*, C-6/64, <http://curia.europa.eu/>.

¹⁵ Wyrok Trybunału z 17.12.1970 r., *Internationale Handelsgesellschaft mbH vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, <http://curia.europa.eu/>.

¹⁶ Wyrok Trybunału z 9.03.1978 r., *Amministrazione delle Finanze dello Stato vs. Simmenthal SA*, 106/77, <http://curia.europa.eu/>.

¹⁷ Zob. np. wyrok TSUE z 8.09.2010 r., *Winner Wetten GmbH vs. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, C-409/06, Zb. Orz. 2010, s. 8015, nb 53; wyrok TSUE z 26.02.2013 r., *Stefano Melloni vs. Ministerio Fiscal*, C-399/11, el. Zb. Orz., pkt 59; wyrok TSUE z 6.03.2018 r., *SEGRO Kft vs. Väs Megyei Kormányhivatal Sárvári Járásí Földhivatala*, C-52/16), i in., C-113/16, el. Zb. Orz., nb 46; wyrok TSUE z 4.12.2018 r.,

Zgodnie z tymi założeniami za niedopuszczalne przyjmuje się podważanie działań instytucji Unii lub skutków tych działań ze względu na ich niezgodność z przepisami prawa krajowego, i to bez względu na rangę tych przepisów. Nawet zatem niezgodność z prawami podstawowymi uwarunkowanymi konstytucyjnie w danym państwie członkowskim nie stanowi dla TSUE przesłanki do odstąpienia od stosowania z pierwszeństwem prawa unijnego. W konsekwencji powyższego sądy krajowe nie powinny według TSUE stosować wszelkich, nawet późniejszych, a sprzecznych z normami unijnymi, przepisów ustawodawstwa krajowego i nie można wymagać od nich podjęcia działań zmierzających do ich uprzedniego uchylecia w trybie kontroli konstytucyjnej czy też na skutek działań legislacyjnych.

Powyższe założenie TSUE opiera się przede wszystkim na potrzebie ochrony jednolitości i skuteczności prawa unijnego (doktryna *effet utile*) oraz na istnieniu wspólnego fundamentu aksjologicznego Unii Europejskiej i państw członkowskich. Trybunał podkreśla w tym kontekście, że ochrona praw podstawowych, stanowiąca integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego i podlegająca ochronie sprawowanej przez Trybunał, inspirowana jest tradycjami konstytucyjnymi państw członkowskich i jako taka musi być gwarantowana w ramach struktury i celów Unii.

Pomimo tak jednoznacznego stanowiska TSUE w praktyce orzeczniczej sądów konstytucyjnych państw członkowskich zagadnienie dotyczące zasady pierwszeństwa prawa unijnego nie było na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci oceniane równie arbitralnie. Zwłaszcza stosunek norm prawa unijnego do norm krajowych rangi konstytucyjnej nie jest do dziś¹⁸ oceniany we wszystkich państwach członkowskich w sposób tożsamy z orzecznictwem TSUE.

ORZECZNICTWO TSUE A STANOWISKO POLSKIEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Stanowisko w sprawie relacji prawa unijnego do prawa krajowego Trybunał Konstytucyjny zajął, orzekając m.in. o zgodności poszczególnych postanowień traktatu akcesyjnego z 16.04.2003 r. z przepisami Konstytucji RP¹⁹. Już wówczas Trybunał wskazał, że wejście Polski do UE stworzyło nową sytuację, w której obok siebie obowiązują autonomiczne, lecz wzajemnie oddziałujące na siebie porządki prawne, a ich wzajemne oddziaływanie nie może być opisane w pełni za pomocą tradycyjnych koncepcji monizmu i dualizmu (w układzie: prawo wewnętrzne – prawo międzynarodowe).

W wyroku w sprawie K 18/04 Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że podstawowe dla Konstytucji RP wartości i zasady (demokracja, poszanowanie praw jednostki, współdziałanie władz, dialog społeczny oraz zasada pomocniczości) stanowią również podstawowe zasady funkcjonowania Unii Europejskiej (art. 2 TUE) i są odzwierciedleniem

Minister for Justice and Equality i Commissioner of An Garda Síochána vs. Workplace Relations Commission, C-378/17, el. Zb. Orz., nb 35–39.

¹⁸ Zob. np. K. Działocha, *Konstytucja jako najwyższe prawo RP w warunkach członkostwa w UE* (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, art. 8, LEX/el. 2016.

¹⁹ Wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744.

aksjologicznej wspólnoty wszystkich państw członkowskich²⁰. Tego rodzaju wspólność ułatwia w konsekwencji współstosowanie i obopólnie przyjazną wykładnię prawa krajowego i wspólnotowego²¹.

W powołanym wyroku Trybunał Konstytucyjny orzekł jednocześnie, że nadrzędność obowiązywania Konstytucji RP nierozzerwalnie powiązana jest z zasadą suwerenności państwa, a to z kolei prowadzi do wniosku, że możliwe jest powstanie takiej kolizji pomiędzy normami prawa unijnego a normami prawa krajowego, której nie będzie dało się usunąć za pomocą stosowania obopólnie przyjaznej wykładni prawa. Tego rodzaju *niesuwalna sprzeczność* nie mogłaby być w ocenie TK rozwiązywana „przez uznanie nadrzędności normy wspólnotowej w relacji do normy konstytucyjnej. Nie mogłaby też prowadzić do utraty mocy obowiązującej normy konstytucyjnej i zastąpienia jej normą wspólnotową ani do ograniczenia zakresu stosowania tej normy do obszaru, który nie został objęty regulacją prawa wspólnotowego”²². W sytuacji dojścia do tego rodzaju niesuwalnej sprzeczności, to do „suwerena”²³ należy w konsekwencji decyzja co do obrania jednego z trzech możliwych scenariuszy, a to:

- 1) zmiany Konstytucji,
- 2) spowodowaniu zmian w regulacjach unijnych,
- 3) wystąpienia z Unii Europejskiej (rozumianego jako *ultima ratio*).

Powyższą argumentację Trybunał Konstytucyjny potwierdził następnie m.in. w wyroku z 24.11.2010 r., wydanym w sprawie K 32/09²⁴, orzekając o zgodności z Konstytucją RP poszczególnych postanowień traktatu lizbońskiego. W wyroku tym Trybunał rozważał również zagadnienie konstytucyjnej zasady suwerenności i przypomniał, że jej wyrazem – a nie ograniczeniem – była m.in. decyzja o przystąpieniu Polski do UE²⁵. Trybunał Konstytucyjny ponownie podkreślił, że porządki prawne Rzeczypospolitej Polskiej oraz Unii Europejskiej zbudowane zostały na tożsamych podstawach aksjologicznych. Przejawem tej wspólnoty wartości jest zwłaszcza wyrażona w preambułach TUE oraz Konstytucji RP „identyczność przywiązania do zasad wolności i demokracji, praw człowieka i podstawowych wolności oraz praw socjalnych, a także dążenie do umocnienia demokratycznego charakteru i skuteczności działania instytucji”²⁶.

²⁰ Wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04) Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744, s. 43.

²¹ Wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04) Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744, s. 46. Jeszcze w wyroku poprzedzającym przystąpienie Polski do Unii Europejskiej w wyroku TK z 21.04.2004 r. (K 33/03), Dz.U. z 2004 r. nr 109 poz. 1160 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że wykładnię przyjazną prawu unijnemu podejmować można pod warunkiem (i tylko wtedy), gdy prawo polskie nie wskazuje na wyraźne odmiennie ujęcie problemu (strategii jego rozwiązywania) w okresie poprzedzającym formalną akcesję, po wtóre zaś – w razie istnienia kilku możliwości interpretacyjnych należy wybrać tę najbliższą dorobkowi wspólnotowemu (*acquis communautaire*).

²² Wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744, s. 43.

²³ Którym jest Naród Polski lub organ władzy państwowej, który w zgodzie z Konstytucją może Naród reprezentować – wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744, s. 43.

²⁴ Wyrok TK z 24.11.2010 r. (K 32/09), Dz.U. z 2010 r. nr 229 poz. 1506, s. 29–30.

²⁵ Wyrok TK z 24.11.2010 r. (K 32/09), Dz.U. z 2010 r. nr 229 poz. 1506, s. 17–18.

²⁶ Wyrok TK z 24.11.2010 r. (K 32/09), Dz.U. z 2010 r. nr 229 poz. 1506, s. 23.

W zakresie rozważań nad zasadą pierwszeństwa prawa unijnego istotne uzupełnienie powyższych wywodów zawarte zostało w postanowieniu Trybunału Konstytucyjnego z 19.12.2006 r.²⁷, w którym podkreślono, że rozwiązywanie kolizji istniejącej pomiędzy prawem unijnym a prawem krajowym jest kwestią nie pierwszeństwa obowiązywania poszczególnych norm, a pierwszeństwa ich stosowania²⁸. Niebagatelne znaczenie miał również – co najmniej dyskusyjny w zestawieniu z orzecznictwem TSUE²⁹ – wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 16.11.2011 r.³⁰, stwierdzający możliwość poddawania rozporządzeń unijnych kontroli konstytucyjnej. Według Trybunału Konstytucyjnego tego rodzaju kontrola konstytucyjna może być przeprowadzana jednak wyłącznie wyjątkowo, a to z uwagi na obowiązywanie zasady lojalnej współpracy państw członkowskich i Unii Europejskiej. Ewentualne działania kontrolne Trybunału Konstytucyjnego, jako *ultima ratio*, mają w konsekwencji charakter wtórny do działań TSUE i powinny być każdorazowo poprzedzone skierowaniem do TSUE odpowiedniego pytania prejudycjalnego. Z uwagi zaś na tożsamość aksjologiczną, na której oparte są Konstytucja RP i prawo pierwotne Unii Europejskiej, „w następstwie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości może się okazać, że treść kwestionowanej normy unijnej jest zgodna z Konstytucją”³¹. Gdyby tak nie było, a wtórna do orzeczenia TSUE kontrola Trybunału Konstytucyjnego wykazałaby, że prawo unijne stoi w sprzeczności z Konstytucją RP, jedynym wyjściem prowadzącym do usunięcia tego rodzaju sprzeczności byłoby zastosowanie jednego z trzech omówionych już powyżej rozwiązań, które wskazano w wyrokach w sprawach K 18/04 i K 32/09³².

Warto podkreślić, że część wniosków płynących z przywołanych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego jest zbliżona do tych, do których pod koniec ubiegłego stulecia dochodził niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny³³ (*Bundesverfassungsgericht* – dalej niemiecki TK) – z tym jednak zastrzeżeniem, że orzecznictwo niemieckiego TK uwzględniło jednocześnie doktrynę nienaruszalności tzw. „jądra” praw podstawowych, przewidzianych w niemieckiej ustawie zasadniczej (*Grundgesetz*)³⁴, a niemiecki TK ostatecznie

²⁷ Postanowienie TK z 19.12.2006 r. (P 37/05), OTK-A 2006/11, poz. 177.

²⁸ Postanowienie TK z 19.12.2006 r. (P 37/05), OTK-A 2006/11, poz. 177.

²⁹ Wyrok Trybunału z 22.10.1987 r., *Foto-Frost vs. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, 314/85, nb 16–20, <https://curia.europa.eu/>.

³⁰ Wyrok TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011/9, poz. 97.

³¹ Wyrok TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011/9, poz. 97, s. 16.

³² Trybunał Konstytucyjny nie jest bowiem władny orzekać o ważności prawa unijnego – jedynym organem uprawnionym do rozstrzygnięcia o ewentualnej niezgodności przepisów prawa wtórnego z traktatami jest natomiast TSUE. Ewentualne orzeczenie TK o utracie mocy obowiązującej przepisów prawa unijnego z uwagi na ich niezgodność z Konstytucją RP byłoby trudne „do pogodzenia z obowiązkami państwa członkowskiego i wspomnianą zasadą lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE). Następstwem omawianego stanu rzeczy mogłoby być postępowanie przeciwko Polsce prowadzone przez Komisję Europejską i skarga do Trybunału Sprawiedliwości przeciwko Polsce na naruszenie zobowiązań ciężących na podstawie traktatów (art. 258–260 TFUE)” – wyrok TK z 16.11.2011 r. (SK 45/09), OTK-A 2011/9, poz. 97, s. 16.

³³ Szerokim komentarzem orzecznictwo niemieckiego TK dotyczące zasady pierwszeństwa prawa unijnego opatrzyła np. M. Balczyk (w:) *Polski i Niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017, s. 113.

³⁴ W tym duchu TK wskazał jedynie na gwarancyjną funkcję Konstytucji, która wyznacza minimalny

w zdecydowany sposób ograniczył możliwość kontroli konstytucyjnej wtórnych przepisów prawa unijnego³⁵.

Najszerzej omawianymi w polskiej literaturze orzeczeniami Federalnego Trybunału Konstytucyjnego były postanowienia w sprawach *Solange I*³⁶ i *Solange II*³⁷, w których Trybunał niemiecki wykluczył bezwarunkowe pierwszeństwo obowiązywania oraz pierwszeństwo stosowania prawa wspólnotowego przed prawem krajowym w zakresie, w jakim prawo wspólnotowe nie przyznawałoby gwarancji ochrony praw podstawowych, tożsamej z ochroną przyznaną w niemieckiej ustawie zasadniczej (w wyroku *Solange II* niemiecki TK stwierdził, że taka tożsamość występuje³⁸). W konsekwencji powyższego w późniejszych orzeczeniach, podobnie jak Trybunał Konstytucyjny, niemiecki TK używał zaledwie sformułowania „pierwszeństwa stosowania” (a nie „pierwszeństwa obowiązywania”) prawa unijnego przed prawem krajowym³⁹.

Mimo że w nieco odmiennym zakresie, to z orzecznictwa obu trybunałów da się wyprowadzić wnioski niepozwalające na bezrefleksyjne powielanie też TSUE o bezwarunkowym pierwszeństwie prawa unijnego przed prawem krajowym rangi konstytucyjnej. Powyższe spostrzeżenie zdaje się mieć niebagatelne znaczenie dla toczącej się w tym kontekście debaty publicznej, wywołanej orzeczeniem TSUE z 19.11.2019 r.

Niezależnie od powyższego należy wyraźnie podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny, a w orzeczeniach od końca lat 80. ubiegłego wieku – także niemiecki TK, wskazywały za orzecznictwem unijnym na wspólnotę aksjologiczną, jaka łączy wszystkie państwa członkowskie i Unię. To właśnie owa wspólnota wartości sprawia, że potencjalna, niemożliwa

i nieprzekraczalny próg w dziedzinie praw i wolności jednostki, który nie może zostać przekroczony poprzez ustanowienie sprzecznych z tym standardem przepisów wspólnotowych – zob. wyrok TK z 11.05.2005 r. (K 18/04), Dz.U. z 2005 r. nr 86 poz. 744, s. 43–44.

³⁵ W dniu 5.05.2020 r., tj. już po ukończeniu redakcji niniejszego tekstu, FTK wydał co najmniej kontrowersyjny wyrok w sprawach połączonych 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, którego konsekwencje dla jednolitego pojmowania zasady pierwszeństwa oraz respektowania decyzji organów unijnych we wszystkich państwach członkowskich są trudne do przewidzenia. Zob. komunikat prasowy FTK w języku angielskim: https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html.

³⁶ Postanowienie niemieckiego TK z 29.05.1974 r. – *Solange I*, 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, s. 271 (niem. *solange* oznacza „tak długo, jak...”), <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>. W orzeczeniu tym niemiecki TK dopuścił możliwość stosowania kontroli konstytucyjności przepisów prawa wspólnotowego, które służyły Trybunałowi (TEWG) do wydania pytań prejudycjalnych, ze słynnym jednak zastrzeżeniem, że kontrola taka sprawowana może być tak długo, jak długo prawo wspólnotowe – kształtowane w toku integracji europejskiej – nie będzie zawierało katalogu praw podstawowych, odpowiadającego katalogowi praw podstawowych w GG.

³⁷ Postanowienie niemieckiego TK z 22.20.1986 r. – *Solange II*, 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, s. 339. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html#387>.

³⁸ Niemiecki TK stwierdził, że warunek zawieszający („tak długo, jak...”), sformułowany w orzeczeniu *Solange I*, ziścił się, a w konsekwencji niedopuszczalne jest dokonywanie przez niemiecki TK kontroli konstytucyjności przepisów wspólnotowych – tak długo, jak wspólne niemieckiej ustawie zasadniczej i prawu wspólnotowemu prawa podstawowe urzeczywistnione będą w prawie wspólnotowym (w tym także w wyrokach Trybunału).

³⁹ Niem. *Anwendungsvorrang*, a już nie niem. *Geltungsvorrang* – pierwszeństwo obowiązywania. Tak np. w postanowieniu niemieckiego TK z 8.04.1987 r. – *Kloppenburger*, 2 BvR 687/85, BVerfGE 75, s. 223, nb 61.

do usunięcia w drodze prounijnej wykładni niezgodność przepisów unijnych z ustawami zasadniczymi państw członkowskich, ograniczona jest do sytuacji wyjątkowych⁴⁰.

Porządkując wielość poglądów doktryny, jakie pojawiły się na przestrzeni lat odnośnie do relacji zasady pierwszeństwa prawa unijnego do zasady nadrzędności Konstytucji RP (art. 8 ust. 1 Konstytucji RP), K. Działocha podkreślił⁴¹, że członkostwo Polski w Unii Europejskiej jedynie zmienia perspektywę patrzenia na zasadę najwyższej mocy prawnej Konstytucji RP (jej nadrzędności, pierwszeństwa), a bynajmniej nie powoduje jej odrzucenia. Oznacza to zwłaszcza, że problem pierwszeństwa prawa unijnego nad prawem krajowym należy rozpatrywać – zgodnie ze wskazaniem Trybunału Konstytucyjnego – w kontekście stosowania, a nie obowiązywania prawa unijnego, a zachowanie pierwszeństwa konstytucji w warunkach integracji europejskiej może być poczytywane za równoznaczne z zachowaniem suwerenności samego państwa⁴². Wskazując na tożsame poglądy wielu autorów⁴³, K. Działocha podkreślił w konsekwencji, że możliwe jest współistnienie zasady nadrzędności Konstytucji RP z unijną zasadą pierwszeństwa, a to z uwagi na obowiązywanie zasady „przyjaznej wykładni” prawa unijnego – z tym jednak zastrzeżeniem, że stosowanie tej zasady ma nieprzekraczalne granice, których potencjalne pogwałcenie może prowadzić do zastosowania wyłącznie jednego z trzech rozwiązań, wskazanych w orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 18/04 i K 32/09 (zmiana prawa unijnego, zmiana prawa krajowego, opuszczenie Unii).

PIERWSZEŃSTWO PRAWA UNIJNEGO A WYROK TSUE W SPRAWACH POŁĄCZONYCH C-585/18, C-624/18, C-625/18

W tym miejscu należy odpowiedzieć na pytanie, czy powyższe rozważania mogą mieć jakikolwiek wpływ na ocenę tez wynikających z orzeczenia TSUE wydanego w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18.

Analizując okoliczności, które mogłyby świadczyć o niezawisłości Izby Dyscyplinarnej SN i niezależności sędziów w niej zasiadających, bądź o ich braku, TSUE oparł się przede wszystkim na przepisach art. 2 i art. 19 ust. 1 TUE oraz art. 47, art. 51 i art. 52 KPP, przeciwstawiając je przepisom prawa polskiego, a to m.in. zawartym w ustawie regulującej

⁴⁰ W Polsce sytuacja tego typu miała miejsce w przypadku wprowadzenia do ustawy z 6.06.1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2020 r. poz.30 ze zm.), dalej k.p.k., instytucji europejskiego nakazu aresztowania – zob. wyrok TK z 27.04.2005 r. (P 1/05), Dz.U. z 2005 r. nr 77 poz. 680.

⁴¹ Zob. np. K. Działocha, *Konstytucja jako najwyższe prawo RP...*, art. 8.

⁴² Zob. także K. Wójtowicz, *Suwerenność w procesie integracji europejskiej* (w:) *Spór o suwerenność*, red. W. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 174; M. Safjan, *Niezależność Trybunału Konstytucyjnego a suwerenność konstytucyjna RP*, „Państwo i Prawo” 2006/6, s. 14.

⁴³ Zob. K. Działocha, *Konstytucja jako najwyższe prawo...*, powołujący się m.in. na: P. Sarnecki, *Konstytucyjna zasada przychylności procesowi integracji europejskiej*, „Przegląd Sądowy” 2004/2; S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnot europejskich* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998; M. Laskowska, M. Taborowski, *Obowiązek wykładni przyjaznej prawu Unii Europejskiej – między otwartością na proces integracji a ochroną tożsamości konstytucyjnej* (w:) *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, red. S. Dudziak, N. Półtorak, Warszawa 2013, s. 79 i n.; M. Koszowski, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „Studia Prawa Prywatnego” 2012/2.

funkcjonowanie nowej Krajowej Rady Sądownictwa⁴⁴ oraz w znowelizowanej ustawie o Sądzie Najwyższym⁴⁵.

Przypomnieć wypada, że art. 2 TUE zawiera katalog fundamentalnych wartości, na których oparta jest Unia Europejska, takich jak zwłaszcza poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, poszanowania praw człowieka (w tym praw osób należących do mniejszości), jak również wskazanie, że wartości te są wspólne wszystkim państwom członkowskim – w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn. Jak wskazuje TSUE, są to wartości, które „każde państwo członkowskie dzieli z wszystkimi innymi państwami członkowskimi – i uznaje, że państwa te dzielą z nim. Założenie to oznacza i uzasadnia istnienie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, że wartości te będą uznawane i że zatem prawo Unii, które wprowadza je w życie, będzie przestrzegane”⁴⁶. To właśnie w odniesieniu do art. 2 TUE Trybunał Konstytucyjny przyjął w wyrokach w sprawach K 18/04 i K 32/09, że aksjologiczny fundament, na którym opierają się porządki prawne Unii Europejskiej i Rzeczypospolitej Polskiej, są tożsame.

Przypomnieć należy, że 1.05.2004 r. Rzeczpospolita Polska nie tylko stała się członkiem unii gospodarczej⁴⁷, ale ponadto zaakceptowała wskazane powyżej, fundamentalne zasady i wartości, na których oparta jest Unia Europejska (w innym przypadku integracja z Unią Europejską nie mogłaby dojść do skutku). Oparcie krajowego porządku prawnego na wartościach wspólnych Unii było efektem pracy wielu osób i instytucji, które w latach 1989–2003 przyczyniły się do stworzenia w Polsce nowej rzeczywistości prawnej i społecznej. Efekty tej pracy zostały zaakceptowane przez społeczeństwo polskie, po raz pierwszy w ogólnokrajowym referendum konstytucyjnym, a następnie w referendum akcesyjnym. Innymi słowy, w 1997 r. oraz 2003 r. wyrażona została społeczna zgoda na wejście Rzeczypospolitej Polskiej do grona państw, które wyróżniają cechy wskazane w art. 2 TUE. Skoro przywiązanie Rzeczypospolitej Polskiej i Unii Europejskiej do praworządności, demokracji i poszanowania praw człowieka nie uległo zmianie na przestrzeni ostatnich 23 lat, to deklaracje poczynione w Konstytucji RP i traktacie akcesyjnym⁴⁸, a zatwierdzone następnie w referendum krajowych, niezmiennie wiążą Rzeczpospolitą Polską.

Podobnie jak art. 2 TUE, tak samo wiążą Rzeczpospolitą Polską pozostałe powołane w wyroku z 19.11.2019 r. przepisy prawa unijnego, dopóki nie będą one stały w „nieusuwalnej sprzeczności” z przepisami Konstytucji RP. Artykuł 19 ust. 1 zd. 2 TUE, na

⁴⁴ Art. 9a, 11a, 35, 34, 37 ustawy z 12.05.2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa (Dz.U. z 2011 r. nr 126 poz. 714), zmienionej ustawą z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 3) oraz art. 6 ww. ustawy zmieniającej.

⁴⁵ Art. 20, 25, 27, 29, 30, 37, 39, 79, 111, 131, 134 ustawy z 8.12.2017 r. o SN.

⁴⁶ Opinia TSUE 2/13 z 18.12.2014 r., EU:C:2014:2454, nb 168.

⁴⁷ Już w Deklaracji Schumana, leżącej u podstaw utworzenia Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, wskazano, że wspólnota gospodarcza państw europejskich jest zaledwie środkiem do osiągnięcia celu – pokoju na kontynencie, a „Europa nie powstanie od razu ani w całości: będzie powstawała przez konkretne realizacje, tworząc najpierw rzeczywistość solidarności” – zob. Deklaracja Schumana z 9.05.1950 r., https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pl.

⁴⁸ Zob. Dz.U. UE L 236.

który powołał się w wyroku TSUE, stanowi, że „Państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”. Z kolei art. 47 KPP zawiera gwarancję dostępu do skutecznego środka prawnego i do bezstronnego sądu, bowiem zgodnie z jego treścią „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia jego sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy (...)”. Co najmniej w zacytowanym zakresie przepis ten jest tożsamy z art. 45 Konstytucji RP. Ponadto odpowiada on, zgodnie z art. 52 ust. 3 zd. 2 KPP, treści art. 6 ust. 1 EKPC.

Z art. 51 KPP wynika z kolei nakaz zastosowania KPP w sytuacjach, w których organy i instytucje państw członkowskich stosują prawo unijne. Co istotne, nakaz ten winien być rozumiany szeroko i nie wyklucza stosowania KPP w sprawach leżących w sferze wyłącznych kompetencji państw członkowskich⁴⁹. To zastrzeżenie ma istotne znaczenie także dla omawianego wyroku. Sam TSUE wskazał nawet w treści uzasadnienia tego orzeczenia, że postępowania główne dotyczyły spraw ze sfery kompetencji własnych państw członkowskich (wymiar sprawiedliwości). Niemniej TSUE podkreślił jednocześnie, że państwa członkowskie mają obowiązek dotrzymywania zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii także przy wykonywaniu ich kompetencji własnych⁵⁰. Warto w tym miejscu nadmienić, że tego rodzaju argumentacja jest spójna z wcześniejszymi orzeczeniami TSUE, w których orzekano o konieczności wykonywania kompetencji wyłącznych w sposób umożliwiający skuteczne wykonywanie prawa unijnego⁵¹ (np. regulacja dotycząca pisowni imion i nazwisk osób fizycznych jest kompetencją wyłączną państw członkowskich, ale działania państw członkowskich w ramach tej kompetencji nie mogą wpływać na efektywność zasady swobodnego przepływu osób⁵²).

Wypada dodać, że w toku postępowania przed TSUE Prokurator Generalny powoływał się na treść Protokołu nr 30 do KPP (tzw. protokół brytyjski lub protokół polsko-brytyjski)⁵³, który rzekomo wykluczać miałby w ogólności możliwość prowadzenia przez TSUE kontroli zgodności przepisów, stanowiących podstawę działań krajowych organów i instytucji, z postanowieniami KPP. W związku z powyższym należy wskazać, że stanowiący przedmiot kontroli TSUE art. 47 KPP wyraża normy istniejące w polskim porządku prawnym niezależnie od obowiązywania samej Karty. Co więcej, TSUE odparł już we wcześniejszych swoich orzeczeniach tożsamą argumentację – zarówno Zjednoczonego

⁴⁹ M. Taborowski, *Wyzwania Unii Europejskiej dotyczące poszanowania rządów prawa (w:) Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, red. Ł. Pisarczyk, Warszawa 2018, s. 304.

⁵⁰ Nb 75 wyroku.

⁵¹ M. Taborowski, *Wyzwania Unii Europejskiej...*, s. 303.

⁵² M. Taborowski, *Wyzwania Unii Europejskiej...*, s. 303; zob. wyrok TSUE z 12.05.2011 r, C-391/09, *Malgożata Runevič-Vardyn, Łukasz Paweł Wardyn vs. Vilniaus miesto savivaldybės administracija i in.*, Zb. Orz. 2011, s. 3787, nb 63 oraz tam wskazane orzecznictwo.

⁵³ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Protokół (nr 30) w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa (Dz.U. UE nr 115 z 2008 r., s. 313–314). Z art. 1 ust. 1 protokołu wynika, że KPP nie rozszerza zdolności TSUE ani żadnego sądu lub trybunału Polski lub Zjednoczonego Królestwa do uznania, że przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne, praktyki lub działania administracyjne Polski lub Zjednoczonego Królestwa są niezgodne z podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami, które są w niej potwierdzone.

Królestwa Wielkiej Brytanii⁵⁴, jaki i rządu Rzeczypospolitej Polskiej⁵⁵. W obu poprzednich sprawach, jak również w omawianym tu orzeczeniu z 19.11.2019 r. TSUE wskazał, że protokół brytyjski nie uniemożliwia zastosowania przepisów KPP wobec Zjednoczonego Królestwa ani wobec Polski, co znajduje potwierdzenie w motywach samego protokołu⁵⁶.

Uniwersalny walor wyroku TSUE z 19.11.2019 r. polega w konsekwencji na tym, że został on oparty na podstawowych zasadach prawa unijnego, które powinny być stosowane wprost. Zasady te wynikają z *acquis communautaire* stanowiącego część porządku prawnego każdego z państw członkowskich, w tym również Rzeczypospolitej Polskiej. Co zatem najważniejsze, niezależnie od tego, w jaki sposób rozumieć można by zasadę pierwszeństwa prawa unijnego, normy, na których oparł się TSUE, mają swoje odzwierciedlenie w samej Konstytucji RP.

Z powyższego wynika, że wszelkie działania polskiego ustawodawcy, które podjęte zostały wbrew przywołanym przez TSUE w wyroku z 19.11.2019 r. przepisom art. 47 KPP, czy art. 2 i art. 19 ust. 1 TUE, nie tylko uniemożliwiają „nadanie pełnego skutku prawu Unii” i dążą „do ustanowienia nadrzędności przepisów krajowych nad prawem UE”, co w konsekwencji stanowi „oczywiste i poważne złamanie prawa UE”⁵⁷. Takie działania stoją ponadto w sprzeczności z przepisami samej Konstytucji RP. Dzieje się tak dlatego, że wskazane przepisy prawa unijnego stanowią odzwierciedlenie norm konstytucyjnych (art. 2, art. 45 Konstytucji RP). Skoro tak, to nie zachodzi pomiędzy przepisami, na których oparł się TSUE, a przepisami Konstytucji RP „nieusuwalna sprzeczność”, której nie można by było rozwiązać za pomocą zasady obopólnie przyjaznej wykładni prawa. Dlatego też wszelka sprzeczność przepisów krajowych (np. ustawy o nowej KRS czy kolejnych nowelizacji ustawy o SN) z przepisami prawa unijnego (zwłaszcza art. 2 i art. 19 ust. 1 TUE, art. 47 KPP) może i powinna być usunięta w sposób, w jaki orzekł o tym TSUE w wyroku z 19.11.2019 r.

PODSUMOWANIE

Orzekając w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18, TSUE odwołał się do kryteriów stanowiących o tym, że dany sąd jest niezawisły, a zasiadający w nim sędziowie niezależni. Powołał się przy tym na zasady fundamentalne dla każdego demokratycznego państwa prawa i wpisujące się w aksjologiczną podstawę funkcjonowania porządków prawnych Rzeczypospolitej Polskiej (art. 2 Konstytucji RP) i Unii Europejskiej (art. 2 TUE). Mimo że Trybunał Konstytucyjny pojmuje zasadę pierwszeństwa prawa unijnego w spo-

⁵⁴ Wyrok TSUE z 21.12.2011 r., sprawy połączone *N.S. vs. Secretary of State for the Home Department* (C-411/10) oraz *M.E. i in. vs. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform* (C-493/10), Dz.Urz. UE z 2011 r., s. 13905, nb 119.

⁵⁵ Wyrok TSUE z 19.06.2019 r., *Komisja Europejska vs. Rzeczpospolita Polska*, C-619/18, el. Zb. Orz., nb 53.

⁵⁶ Tak zwłaszcza zgodnie z motywem 6 Karty, KPP potwierdza prawa, wolności i zasady uznawane w Unii oraz sprawia, że są one bardziej widoczne, nie tworząc przy tym nowych praw ani zasad.

⁵⁷ Zob. *Opinia prawna w przedmiocie oceny ustawy z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw w świetle prawa Unii Europejskiej* (druk senacki nr 30), Warszawa 2020, s. 4, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5411/plik/oe_279.pdf.

sób odmienny od tego, jaki wynika z orzecznictwa TSUE, to w kontekście przedstawionych wyżej zasad i treści omawianego wyroku TSUE okoliczność ta nie rzutuje na ostateczną ocenę orzeczenia wydanego sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18. Przepisy, na których oparł swoje rozstrzygnięcie TSUE, nie stoją bowiem w żadnej mierze w kolizji z polskim (krajowym) porządkiem prawnym, w tym także z porządkiem rangi konstytucyjnej. Co więcej, kwestionowanie zasadności twierdzeń TSUE stanowi w istocie polemikę z zasadami i normami wyrażonymi w Konstytucji RP, stanowiącymi fundament krajowego porządku prawnego w Rzeczypospolitej Polskiej – niezależnie od równoległe funkcjonujących z nimi przepisów unijnych o tożsamej treści.

ABSTRACT

dr hab. Zbigniew Banaszczyk

The author is assistant professor (adiunkt) at the Faculty of Law and Administration of the University of Warsaw, Department of Civil Law, an advocate (Council Bar Association in Warsaw), member of The Warsaw Bar Association and i.a. arbitrator at the Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce.

Justyna Baszczeska, LL.M.

The author is a legal trainee (Council Bar Association in Warsaw).

Should the consequence of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 19.11.2019 in joined cases C-585/18, C-624/18, C-625/18 in any way be a debate on the primacy of EU law over Polish law?

The CJEU ruling issued in the joined cases C-585/18, C-624/18, and C-625/18 (A.K. and others) concerned i.a. a question whether the newly-created Disciplinary Chamber of the Polish Supreme Court was an independent court or tribunal within the meaning of the EU law. Basing its judgement on the principle of effective judicial protection (Art. 19(1) TUE, Art. 47 CFR), the principle of sincere cooperation (Art. 4(3) TUE) and the principle of the primacy of EU law, the CJEU examined the criteria that have to be met by any EU court. Following this ruling, a public debate over the relation between the EU and the national law has been renewed in Poland – concerning particularly the principle of the primacy of EU law, challenged by the principle of the primacy of the Polish Constitution acknowledged in the national law. This article argues that the provisions of EU law, brought up by the CJEU in the abovementioned ruling, do not interfere with any provisions of the Polish Constitution and thus the renewed debate over the given topic was futile. Indeed, the values stipulated in Art. 2 TUE, Art. 19(1) TUE or Art. 47 CFR, are common to the EU and the Member States, so they need to be granted – irrespective of the principle of the primacy of the EU law, nor its interpretation.

Keywords: CJEU, rule of law, primacy of European Union law, constitutional rules

adw. dr hab. Zbigniew Banaszczyk

ORCID: 0000-0001-6010-0634; e-mail: z.banaszczyk@banaszczyk.co

Autor jest adiunktem w Instytucie Prawa Cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, adwokatem (ORA w Warszawie), członkiem Okręgowej Rady Adwokackiej w Warszawie oraz m.in. arbitrem w Sądzie Arbitrażowym przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie.

Justyna Baszczeska

e-mail: justyna.baszczeska@gmail.com

Autorka jest aplikantką adwokacką (ORA w Warszawie).

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

- Bainczyk Magdalena** (w:) *Polski i Niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa w Unii Europejskiej*, Wrocław 2017
- Biernat Stanisław**, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem wspólnot europejskich* (w:) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998
- Działocha Kazimierz**, *Konstytucja jako najwyższe prawo RP w warunkach członkostwa w UE* (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. L. Garlicki, M. Zubik, art. 8, SIP LEX/el. 2016
- Koszowski Maciej**, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Unii Europejskiej po uwzględnieniu zmian spowodowanych wejściem w życie Traktatu z Lizbony*, „*Studia Prawa Prywatnego*” 2012/2
- Laskowska Marzena, Taborowski Maciej**, *Obowiązek wykładni przyjaznej prawu Unii Europejskiej – między otwartością na proces integracji a ochroną tożsamości konstytucyjnej* (w:) *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, red. S. Dudziak, N. Półtorak, Warszawa 2013
- Łętowska Ewa**, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „*Państwo i Prawo*” 2005/4, s. 3
- Safjan Marek**, *Niezależność Trybunału Konstytucyjnego a suwerenność konstytucyjna RP*, „*Państwo i Prawo*” 2006/6, s. 14
- Sarnecki Paweł**, *Konstytucyjna zasada przychylności procesowi integracji europejskiej*, „*Przegląd Sądowy*” 2004/2
- Taborowski Maciej**, *Wyzwania Unii Europejskiej dotyczące poszanowania rządów prawa* (w:) *Prawne problemy i wyzwania Unii Europejskiej*, red. Ł. Pi-sarczyk, Warszawa 2018
- Wójtowicz Krzysztof** (w:) *Konstytucja RP. Komentarz*, red. M. Safjan, L. Bosek, Legalis/el. 2016, komentarz do art. 9 Konstytucji RP, nb 14
- Wójtowicz Krzysztof**, *Suwerenność w procesie integracji europejskiej* (w:) *Spór o suwerenność*, red. W. Wołpiuk, Warszawa 2001, s. 174

Pojęcia kluczowe: Trybunał Sprawiedliwości UE, Sąd Najwyższy, niezawistość sędziowska, przysięga sędziowska, podwójne państwo

Artykuły

Jerzy Zajadło

„NIE BIORĄC PRAWA POWAŻNIE”

Nie bez przyczyny w tytule tego opracowania dokonałem parafrazy tytułu znanej książki Ronalda Dworkina¹. Moje poniższe uwagi nie są bowiem precyzyjną analizą dogmatyka prawa konstytucyjnego czy europejskiego, lecz raczej ogólną refleksją filozofa prawa. Spróbuję bowiem na poziomie filozoficznoprawnym udowodnić, że reakcja polskich władz² na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11.2019 r.³ i będącą jego konsekwencją uchwałę składu połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r.⁴ jest wyrazem pewnej niebezpiecznej filozofii sprawowania władzy, zwłaszcza, chociaż nie tylko, jeśli idzie o stosunek do istoty i zasad funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości.

Istotą decyzyjonistycznej filozofii polityki jest podważenie wszystkich dotychczasowych paradygmatów prawoznawstwa, marginalizacja prawa i przyjęcie całkowitego

¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.

² Mówiąc o władzach, mam zresztą na myśli nie tylko władze konstytucyjne (ustawodawczą i wykonawczą), lecz także, a może przede wszystkim, to, co często określa się mianem centralnego ośrodka dyspozycji politycznej.

³ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) z 19.11.2019 r. w połączonych sprawach: *A.K. przeciwko Krajowej Radzie Sądownictwa* (C-585/18) oraz *CP* (C-624/18) i *DO* (C-625/18) *przeciwko Sądowi Najwyższemu*, zainicjowanych pytaniami prejudycjalnymi Sądu Najwyższego – Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?dir=&docid=220770&doclang=PL&mode=req&occ=first&pageIndex=1&part=1&text=> (dostęp: 30.04.2020 r.), dalej wyrok TSUE.

⁴ Uchwała połączonych Izb: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20), dalej uchwała 3 Izb; www.sn.pl.

prymatu polityki nad prawem. Takie rozumienie polityki⁵ nawiązuje przy tym nie do tej tradycji, która utożsamia ją z działaniem na rzecz dobra wspólnego, lecz raczej związanej z procesem rywalizacji wrogów i przyjaciół w celu utrzymania za wszelką cenę władzy własnej formacji.

Konsekwencją jest próba takiego sformatowania ustroju polityczno-prawnego, w którym zarówno tworzenie prawa (ustawodawca), jak i jego stosowanie oraz wykładnia prawa (wymiar sprawiedliwości), a nawet jego egzekucja (władza wykonawcza), zostają podporządkowane w ostatecznej instancji arbitralnej woli tzw. centralnego ośrodka dyspozycji politycznej. Rodzi się w ten sposób pewien specyficzny hybrydowy fenomen ustrojowy, który niżej określam mianem podwójnego państwa i ponadustawowego bezprawia – oto bowiem zachowane są wprawdzie minimalne pozory porządku konstytucyjnego, ale równocześnie i równolegle powstaje inny porządek, w którym prawo ma znaczenie marginalne i pozorne, *ergo* – prawo nie jest traktowane poważnie.

ISTOTA WYROKU TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ I UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO

Wspomniane pozory skutkują także trywializacją, by nie powiedzieć – prymitywizacją, dyskursu prawniczego. Nie potrafiąc podjąć merytorycznej polemiki z tezami uzasadnienia wspomnianego wyżej wyroku TSUE oraz uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego, polskie władze uciekają się do argumentacji graniczącej ze śmiesznością.

Widać to było wyraźnie podczas wysłuchania stron w trakcie posiedzenia TSUE w dniu 9.03.2020 r. Dosyć zabawna była bowiem argumentacja Anny Dalkowskiej, wiceminister sprawiedliwości. Sprowadzała się właściwie do jednej, powtarzanej jak mantrę tezy: organizacja wymiaru sprawiedliwości należy do wyłącznej kompetencji państwa członkowskiego. Upór wiceminister był o tyle zabawny, że w UE nikt tej tezy nie kwestionuje – uzależnia się jednak sposób wykonywania tej wyłącznej kompetencji od zgodności z podstawowymi wartościami i gwarancjami, w tym zwłaszcza z niezawisłością sędziowską. Tutaj wiceminister też wykazała się jednak mało wysublimowaną, by nie powiedzieć – zaskakująco tępą, argumentacją: jej zdaniem nie ma żadnych dowodów na to, by Polska naruszała te wartości i te gwarancje, mimo że dziesiątków dowodów dostarczył m.in. raport SSP Iustitia *Wymiar sprawiedliwości pod presją*⁶. W całej tej sprawie najmniej zabawny jest natomiast fakt, że wiceminister w poprzednim wcieleniu sama była sędzią, a właściwie inaczej – nadal jest sędzią (*sic!*), tyle że na razie nie orzeka. Widać jako sędzia dosyć opacznie pojmowała symbolikę opaski na oczach Temidy. A przecież w tej symbolice nie chodzi o bezmyślność, lecz o bezstronność.

Na poziomie argumentacyjnym podobnie jest ze wspomnianą uchwałą połączonych Izb Sądu Najwyższego – abstrahuje się bowiem od *meritum* tego rozstrzygnięcia oraz

⁵ O różnym rozumieniu polityki, polityczności i upolitycznienia oraz jego możliwym wpływie na prawo i prawoznawstwo zob. J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017/3, s. 17–30.

⁶ *Wymiar sprawiedliwości pod presją – represje jako metoda walki o przejęcie kontroli na władzę sądowniczą i Prokuraturę w Polsce. Lata 2015–2019*, red. J. Kościerzyński, Iustitia 2019.

jego uzasadnienia i w drodze prymitywnych sztuczek prawnych próbuje się je podważyć, kierując sprawę do Trybunału Konstytucyjnego. Wprawdzie przez ostatnie pięć lat zdążyliśmy się już oswoić z różnymi pseudoprawniczymi figurami retorycznymi, ale wydaje się, że próba kreacji wymyślanego sporu kompetencyjnego pomiędzy Sądem Najwyższym, Sejmem i Prezydentem jest tym razem przekroczeniem kolejnej granicy prawnego i prawniczego absurdu.

To jednak ponownie tylko prosta konsekwencja wspomnianej wyżej filozofii sprawowania władzy. Jeśli Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sąd Najwyższy podeszły jako organy wymiaru sprawiedliwości poważnie do obowiązujących zasad prawa i dokonały ich wnikliwej wykładni, to w ramach tej filozofii władzy nie pozostało nic innego, jak tylko odwrócenie znaczeń i całkiem świadoma ucieczka w argumentacyjny trywializm, nawet za cenę oczywistej śmieszności. Trudno jednak o jakąkolwiek nić porozumienia tam, gdzie jedna strona sporu trzyma się utrwalałych paradygmatów szeroko pojętego prawoznawstwa, natomiast druga traktuje prawo tylko jako pozór na wzór listka figowego i wywraca te paradygmaty do góry nogami. Nie ma w tym żadnego merytorycznego sporu, są wyłącznie dwie różne, przeciwstawne sobie filozofie prawa i filozofie polityki.

Tymczasem przy odrobinie dobrej woli zrozumienie istoty wspomnianych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Najwyższego nie jest sprawą trudną. Nie trzeba nawet czytać w całości ich długich uzasadnień, wystarczy wskazać tylko kilka podstawowych punktów trafiających w sedno problemu.

Wydaje się, że w przypadku wyroku TSUE z 19.11.2019 r. są to punkty 120–134 wyroku. Zacytujmy fragmenty tylko kilku z nich, a dostrzeżemy, że sędziowie podeszli poważnie nie tylko do zasad prawa, lecz także do swojej roli, którą mogą/powinni odegrać w tej sprawie.

Przede wszystkim (pkt 121): „Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wspomniany wymóg niezawisłości ma dwa aspekty. Pierwszy aspekt, o charakterze zewnętrznym, wymaga, aby dany organ wypełniał swoje zadania w pełni autonomicznie, bez podległości w ramach hierarchii służbowej, bez podporządkowania komukolwiek, w sposób wolny od nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła, pozostając w ten sposób pod ochroną przed ingerencją i naciskami z zewnątrz, które mogą zagrozić niezależności osądu jego członków i wpływać na ich rozstrzygnięcia”.

Nieco dalej (pkt 123): „Powyższe gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia zasad, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, pozwalających wykluczyć, w przekonaniu jednostek, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz neutralności względem ścierających się przed nim interesów. Powyższe gwarancje niezawisłości i bezstronności wymagają istnienia zasad, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, pozwalających wykluczyć, w przekonaniu jednostek, wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz neutralności względem ścierających się przed nim interesów”.

I wreszcie (pkt 132): „Rozstrzygnięcie tej kwestii będzie należało ostatecznie do sądu odsyłającego, po dokonaniu przez niego niezbędnych w tym celu ustaleń. Należy bowiem przypomnieć, że art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁷ nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii w określonej sprawie, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w ramach ustanowionej w tym postanowieniu współpracy sądowej Trybunał może jednak, na podstawie informacji zawartych w aktach sprawy, dostarczyć sądowi krajowemu elementów wykładni prawa Unii, które mogą być dla niego przydatne przy dokonywaniu oceny skutków wywieranych przez dany przepis tego prawa”.

Z kolei w odniesieniu do uchwały połączonych 3 Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. wykonującej tylko wspomniany wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej można stwierdzić, że sędziowie potraktowali poważnie nie tylko prawo i dyrektywy jego wykładni, lecz także istotę sądów w procesie wymiaru sprawiedliwości. Wystarczy zacytować tylko jeden fragment uzasadnienia wspomnianej uchwały połączonych Izb Sądu Najwyższego, by zrozumieć istotę problemu (pkt III, 14 uzasadnienia): „Sądy, które tracą przymiot bezstronności i niezależności zamieniają się w urzędy orzecznicze realizujące wolę ugrupowania rządzącego i każdorazowej większości parlamentarnej. Sądy, które przestają być bezstronne i niezależne nie mogą w sytuacji konfliktów i sporów ustalać prawdy i wymierzać sprawiedliwości, dlatego fundamentem procedur sądowych są reguły umożliwiające ocenę tego, czy konkretny sąd w konkretnej sprawie spełnia wymagania bezstronności i niezawisłości (...). Ta funkcja wymiaru sprawiedliwości nie jest możliwa do spełnienia, jeżeli brak jest obiektywnych warunków, by sąd w odbiorze społecznym mógł być postrzegany jako niezawisły i bezstronny. Prawo obywatela do bezstronnego i niezależnego sądu może być realizowane tylko wówczas, gdy obywatel może być o tej bezstronności i niezawisłości przekonany”.

DOPPELSTAAT

Niestety, sytuacja ulega radykalnej zmianie, gdy to poważne potraktowanie prawa oraz roli sądów w procesie jego stosowania i wykładni wpada w czarną dziurę fenomenu podwójnego państwa. Paradygmaty prawoznawstwa tracą wówczas bowiem na znaczeniu, ich miejsce zajmuje czysta instrumentalizacja prawa i absolutny prymat polityki. Musimy jednak najpierw wyjaśnić, na czym polega fenomen podwójnego państwa i dlaczego warto go przypomnieć w kontekście aktualnej polskiej sytuacji. Nie po to, by szukać jakiegoś nieistniejącego podobieństwa ideowego; wyłącznie po to, by wskazać na podobieństwo niebezpiecznych mechanizmów.

W tym roku mija dokładnie osiemdziesiąt lat, od kiedy Ernst Fraenkel napisał słynną książkę *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*⁸. We współczesnej lite-

⁷ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25.03.1957 r. (Dz.U. z 2004 r. nr 90 poz. 864/2), dalej TFUE.

⁸ Książka ciągle budzi zainteresowanie i nic dziwnego, że nie tak dawno wydano ją ponownie z obszernym wstępem J. Meierhenricha – E. Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford 2017.

raturze ta praca uchodzi, obok *Korzeni totalitaryzmu* Hannah Arendt i *Behemota* Franza Neumanna⁹, za najbardziej wnikliwą i trafną analizę istoty systemu państwa i prawa Trzeciej Rzeszy. Fraenkel ukończył ją wprawdzie z konieczności na emigracji w Stanach Zjednoczonych w połowie 1940 r. i następnie wydał drukiem w języku angielskim na początku 1941 roku, ale podstawowy szkic jego bardzo trafnej diagnozy powstał jeszcze w Niemczech w połowie lat 30. XX w. W języku niemieckim dzieło ukazało się jednak dopiero w 1974 r., ale nosiło bardzo charakterystyczny, nieco inny niż w pierwotnej wersji angielskiej, podtytuł: *Doppelstaat. Recht und Justiz im „Dritten Reich“*.

Rzeczywiście, już spis treści *The Dual State* pokazuje, że chodzi nie tyle o dyktaturę nazistowską w ogóle, chodzi o teorię i praktykę trzech elementów w warunkach tej dyktatury: po pierwsze, system prawa i wymiaru sprawiedliwości; po drugie, konieczne przekształcenia w nauce prawa; po trzecie wreszcie, rzeczywiste funkcjonowanie prawa i wymiaru sprawiedliwości.

Jednak główny tytuł, zarówno w wersji angielskiej, jak i niemieckiej, jest identyczny: *Podwójne państwo* (*The Dual State, Doppelstaat*). Szczególna wartość dzieła Fraenkela polega bowiem głównie na pokazaniu pewnego specyficznego fenomenu: oto na gruzach stopniowo demontowanej Republiki Weimarskiej powstaje Trzecia Rzesza i rozpoczyna proces równoległego funkcjonowania dwóch państw, a właściwie dwóch porządków polityczno-prawnych. Jeden zachowuje teoretyczne normatywne pozory jakiejś minimalnej instytucjonalnej i proceduralnej kontynuacji, drugi paralelnie buduje jednak zupełnie inny i nowy system. *Prima facie* jedno, w rzeczywistości dwa państwa.

Ernst Fraenkel analizował oczywiście konkretne państwo w ściśle określonym czasie – Niemcy w latach 1933–1938. Gdybyśmy jednak z jego tekstu usunęli wszystkie elementy pozwalające na identyfikację fenomenu „podwójnego państwa” w czasie i w przestrzeni, to można by się pokusić o pewien eksperyment myślowy, z całą świadomością towarzyszących mu niebezpieczeństw. Spróbujmy więc spojrzeć na wnikliwą analizę Fraenkela za pewną, operując metodologią Johna Rawlsa z jego *Teorii sprawiedliwości*¹⁰, zasłoną niewiedzy (*veil of ignorance*).

Nie wiemy, jakich konkretnych wydarzeń historycznych dotyczy *The Dual State*, interesuje nas tylko pewien mechanizm demontażu państwa prawa. A później wyjdźmy z tej zasłony i spróbujmy skonfrontować to, co nam przedstawił autor, z tym, czego my sami współcześnie chcemy i oczekujemy, zważywszy na nasze historyczne doświadczenia. Być może z przerażeniem odkryjemy wówczas, że mimo gigantycznego dysonansu między tymi dwiema perspektywami ktoś współcześnie w sposób anachroniczny proponuje nam jednak, świadomie czy nie, ponownie życie w „podwójnym państwie”.

W ramach tak skonstruowanego eksperymentu myślowego moglibyśmy zacząć czytać *The Dual State* jakby *à rebours*, jako swoisty instruktaż realizacji następującego procesu: jak stopniowo wygasić, by użyć sformułowania prof. Ewy Łętowskiej¹¹, demokratyczne państwo prawa i zastąpić je zupełnie innym porządkiem polityczno-prawnym.

⁹ Zob. H. Arendt, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2010; F. Neumann, *Behemot. Narodowy socjalizm – ustrój i funkcjonowanie 1933–1944*, Warszawa 2016.

¹⁰ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2019.

¹¹ E. Łętowska, *Wygaszanie państwa prawa*, „Kultura Liberalna” 2017/3 z 17.01.2017 r.

Wskażmy tylko kilka elementów wynikających w tym instruktażu z niektórych rozdziałów dzieła Ernsta Fraenkla. Co trzeba zrobić?

Po pierwsze, należy zmieniać podejście do istoty prawa: nie chodzi o normy, chodzi o konieczne bieżące prerogatywy władzy.

Po drugie, należy stopniowo znosić wszelkie konstytucyjne, a z czasem i ustawowe ograniczenia tak pojętych prerogatyw władzy, zwłaszcza władzy policyjnej.

Po trzecie, należy wyeliminować środki jakiegokolwiek sądowej kontroli wykonywania przez władzę jej prerogatyw.

Po czwarte, decydującą rolę w wykonywaniu władzy powinna mieć rządząca partia.

Po piąte, celem prawa pojętego w kategoriach prerogatyw władzy powinna być polityka.

To tyle na początek jako zachęta do pogłębionej lektury *The Dual State*. Do podniesienia tego problemu w tym krótkim opracowaniu skłoniła mnie jednak paradoksalnie nie tylko okrągła rocznica powstania tego dzieła. Druga przyczyna jest znacznie bardziej banalna, chociaż napawająca swoistym wstydem. Gościli bowiem w Polsce przedstawiciele Komisji Weneckiej i byli bardzo różnie przyjmowani. Różnie, ponieważ przyjechali do „podwójnego państwa”, co już samo w sobie jest dosyć groteskowe. Wszak Komisja Wenecka zamierzała właśnie zbadać, czy nie zachodzi opisana wyżej trzecia przesłanka „podwójnego państwa”. To samo w gruncie rzeczy przyświecało Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej w przywołanym wyżej wyroku z 19.11.2019 r.

USTAWOWE PRAWO I PONADUSTAWOWE BEZPRAWIE

W 1946 r. Gustav Radbruch opublikował na łamach „Süddeutsche Juristen-Zeitung” swój słynny artykuł *Ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo*. We współczesnej filozofii prawa tekst był szeroko komentowany, a zawarta w nim tzw. formuła Radbrucha podlegała różnym interpretacjom. Wszystkie te interpretacje mieściły się jednak w pewnych przyjętych powszechnie w prawoznawstwie paradygmatach.

Państwo PiS przyniosło pod tym względem nową jakość. Ostatnio na łamach jednego z popularnych tygodników prof. Jan Woleński bardzo trafnie zwrócił uwagę, że w Polsce mamy właściwie do czynienia z odwróconą formułą Radbrucha – bezkrytyczne przyjęcie prymatu polityki nad prawem powoduje bowiem, że rządzący zachowują wprawdzie pewne pozory ustawowego prawa, ale nad nim unoszą się polityczne realia ponadustawowego bezprawia¹². Owo ustawowe prawo jest wprawdzie uchwalane w dosyć osobliwy sposób i w zadziwiającym tempie, ale i tak ostatecznie podstawowe znaczenie mają pozaprawne i ponadustawowe dyrektywy płynące z tzw. centralnego ośrodka dyspozycji politycznej. Ponadustawowe bezprawie nie musi od razu oznaczać rażącej niesprawiedliwości, wystarczy, że oznacza pewną arbitralną sferę wolną od prawa i już to samo w sobie rodzi poważne zagrożenie dla praworządności.

¹² J. Woleński, *Ustawowe prawo i ponadustawowe bezprawie*, „Polityka” z 20.01.2020 r.

Co najmniej dwie przykładowe wypowiedzi rządzących mogłyby świadczyć o tym, że prof. Woleński ma całkowitą rację.

Pierwszą z nich sformułował premier Mateusz Morawiecki w pamiętnym wywiadzie dla *Deutsche Welle* udzielonym brytyjskiemu dziennikarzowi Timowi Sebastianowi 16.02.2017 r. Stwierdził tam jednoznacznie, że prawo nie jest najważniejsze, ważniejsza od prawa jest sprawiedliwość. Wprawdzie nie sprecyzował, co rozumie pod tym ostatnim pojęciem, ale biorąc pod uwagę cele tzw. reformy wymiaru sprawiedliwości, łatwo się domyślać. W gruncie rzeczy chodziło mu o tę samą retorykę, jaka się stała udziałem jednej z bohaterek filmu *Sami swoi*: „Sąd sądem, ale sprawiedliwość musi być po naszej stronie”.

Druga z opinii nie jest wprawdzie aż tak bezpośrednia, przeciwnie – jest wyjątkowo pokrętna, ale przez to staje się jeszcze bardziej niebezpieczna w warstwie potencjalnych skutków. Wyznacza bowiem pewną przestrzeń ustawowego prawa w formie udrapowanej pozorami zasady, ale jednocześnie znosi wszelkie granice dla arbitralnej politycznej sfery ponadustawowej. Chodzi o następującą wypowiedź prezydenckiego ministra prof. Krzysztofa Szczerskiego z 10.08.2018 r.: „Organy państwa działają na podstawie i w granicach prawa. Jeżeli ktoś wykracza poza, to nie ma zakazu działania poza granicami prawa, ponieważ jest nakaz działania w granicach prawa. Nie ma przepisu prawnego zakazującego działania poza prawem, bo jest nakaz działania w ramach prawa”.

SĘDZIOWSKA PRZYSIĘGA

Dyskusja wokół tzw. ustawy kagańcowej¹³ to tylko pokłosie tej specyficznej „filozofii” ustawowego prawa i ponadustawowego bezprawia. Za poetą chciałoby się więc powiedzieć, że reszta jest milczeniem. Ale nie, nie jest, jest raczej krzykiem, jaki musi wywołać przeszła, teraźniejsza i przyszła rzeczywistość wyznaczana tą odwróconą formułą Radbrucha.

Ostatnio w sieci pojawiły się oświadczenia sędziów będące odpowiedzią na niektóre postanowienia tzw. ustawy kagańcowej. Chodzi zwłaszcza o następujący przepis p.o.u.s.p. w aktualnym brzmieniu:

„Art. 88a. § 1. Sędzia jest obowiązany do złożenia pisemnego oświadczenia o:

- 1) członkostwie w zrzeszeniu, w tym w stowarzyszeniu – ze wskazaniem nazwy i siedziby zrzeszenia, pełnionych funkcji oraz okresu członkostwa;
- 2) funkcji pełnionej w organie fundacji nieprowadzącej działalności gospodarczej – ze wskazaniem nazwy i siedziby fundacji oraz okresu pełnienia funkcji;
- 3) członkostwie w partii politycznej przed powołaniem na stanowisko sędziego, a także w okresie sprawowania urzędu przed dniem 29.12.1989 r. – ze wskazaniem nazwy partii, pełnionych funkcji oraz okresu członkostwa”.

Zdaniem sędziów, i słusznie, przepis ten narusza ich prawa i wolności obywatelskie i w związku z tym odmawiają ujawnienia części informacji, których się od nich żąda.

¹³ Ustawa z 20.12.2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2020 r. poz. 190).

Powołują się przy tym trafnie z jednej strony na Konstytucję i obowiązujące ustawy, z drugiej zaś na treść roty ślubowania, które składają, obejmując urząd (art. 66 § 1 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych¹⁴):

„Ślubuję uroczyście jako sędzia sądu powszechnego służyć wiernie Rzeczypospolitej Polskiej, stać na straży prawa, obowiązki sędziego wypełniać sumiennie, sprawiedliwość wymierzać zgodnie z przepisami prawa, bezstronnie według mego sumienia, dochować tajemnicy prawnie chronionej, a w postępowaniu kierować się zasadami godności i uczciwości; składający ślubowanie może dodać na końcu zwrot: «Tak mi dopomóż Bóg»”.

Ta sprawa będzie miała z pewnością jakiś dalszy ciąg, ale nie sądzę, by miało to wpływ na stanowisko sędziów wyrażone w przywołanych na wstępie oświadczeniach. Skłoniła mnie ona jednak do pewnej refleksji nad pytaniem, które w formie publicystycznej można sformułować następująco: do czego właściwie zobowiązany jest sędzia w ramach sprawowanego urzędu oraz czego i kogo powinien słuchać?

Słuszna odpowiedź, której udzielili sędziowie w swoich oświadczeniach, nie jest niczym nowym – przeciwnie, ma wielowiekową tradycję, która sięga swoimi korzeniami samych podstaw europejskiej cywilizacji. W starożytnych Atenach raz do roku wybierano sześć tysięcy obywateli, którzy zasiadali w zgromadzeniach wykonujących władzę sądowniczą. Nie byli zawodowymi prawnikami, ale też składali podobną przysięgę. Warto się jej przyjrzeć nieco bliżej, ponieważ zawierała te same obowiązki, które są udziałem współczesnych sędziów. Nawet więcej – można z niej wyczytać te same sędziowskie dylematy, które zarówno wówczas, jak i dzisiaj mogą powstać na linii prawo–sprawiedliwość.

Czegóż więc oczekiwała ateńska *polis*, kolebka demokracji i rządów prawa, od swoich sędziów i na co oni sami przysięgali? Współcześnie badacze zrekonstruowali cztery takie obowiązki¹⁵.

Po pierwsze, przysięgali głosować w zgodzie z ustawami i uchwałami ateńskiego ludu.

Po drugie, przysięgali zajmować się tylko tą materią, której dotyczy rozstrzygana przez nich sprawa.

Po trzecie, przysięgali wsłuchiwać się bezstronnie w głosy obu stron toczzonego przed nimi sporu.

Po czwarte, przysięgali zmierzać do osiągnięcia jak najsluszniejszego rozstrzygnięcia w toczzonej przed nimi sprawie.

Tę przysięgę sędziowie składali na Zeusa, Apolla i Demeter. Według wybitnego badacza starożytnego antyku greckiego Mogensa H. Hansena brzmiało to mniej więcej tak: „Będę wyrokował w zgodzie z prawem i uchwałami Zgromadzenia i Rady, a w przypadku braku praw, zgodnie z własnym poczuciem sprawiedliwości, bez gniewu i stronniczości. Będę wyrokował wyłącznie w sprawach podniesionych w oskarżeniu i w sposób

¹⁴ Ustawa z 27.07.2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2020 r. poz. 365 ze zm.).

¹⁵ Szerzej na ten temat zob. np. E.M. Harris, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford–New York 2013, s. 101–137.

całkowicie bezstronny wysłuchiwał zarówno oskarżycieli, jak i pozwanych”¹⁶. Całość kończyła klątwa, jaką sędzia przyjmował na siebie na wypadek, gdyby w jakikolwiek sposób złamał przysięgę. Sam tekst przysięgi nie budzi specjalnych wątpliwości – jej pierwsze trzy punkty odpowiadają współczesnym zasadom legalizmu, rzeczowości i bezstronności. Pewne kontrowersje wśród współczesnych uczonych wywołuje jedynie ten punkt, który dotyczy wspomnianego dążenia do osiągnięcia jak najslusznieszego rozstrzygnięcia na podstawie własnego poczucia sprawiedliwości. Powstaje bowiem pytanie, czy starożytny ateński sędzia mógł dać upust pewnemu aktywizmowi tylko wówczas, gdy obowiązujące prawo było niejasne bądź nie regulowało rozpatrywanej kwestii¹⁷, czy też także wtedy, gdy wydawało się mu się niesprawiedliwe i szukał rozwiązania w innych normach społecznych¹⁸.

Minęły ponad dwa tysiące lat i okazuje się, że współcześni polscy sędziowie zobowiązani są dokładnie do tego samego i dokładnie na to samo przysięgają, a jednocześnie mają ten sam problem z wyznaczeniem granic swojego interpretacyjnego aktywizmu. Jednocześnie też, *mutatis mutandis*, rzucają na siebie rodzaj klątwy w postaci gotowości do poniesienia odpowiedzialności dyscyplinarnej lub karnej za sprzeniewierzenie się godności swojego urzędu. I to wszystko, nic ponadto. Niestety, aktualnie rządzący próbują wyrzucić ten oczywisty porządek rzeczy i uczynić z sędziów, wbrew złożonemu przez nich ślubowaniu, posłusznych wykonawców arbitralnej woli pragnącej stać ponad prawem władzy politycznej, a odpowiedzialność dyscyplinarną przekształcić w narzędzie łamania ich niezawisłości. To jednak tylko efekt z jednej strony podwójnego państwa, z drugiej zaś ponadustawowego bezprawia.

UWAGI KOŃCOWE

Wszystkie podniesione wyżej zagadnienia – od orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sądu Najwyższego, przez fenomen podwójnego państwa i ponadustawowego bezprawia, aż po treść ślubowania sędziowskiego – dotyczą bezpośrednio lub pośrednio w gruncie rzeczy jednego i tego samego problemu: zasady niezawisłości sędziów i sądów jako fundamentalnego komponentu rządów prawa. Wprawdzie wiemy, czym jest istota tej zasady i jej gwarancje instytucjonalne oraz oczekiwane od sędziów osobiste cechy i profesjonalne cnoty, ale jednocześnie ciągle operujemy jednak w tej sferze w dużej mierze bardziej pojęciami intuicyjnymi niż jakąś spójną i kompletną teorią. Tymczasem na pilną potrzebę stworzenia takiej teorii w warunkach demokratycznego państwa prawa zwraca się uwagę we współczesnej literaturze prawniczej, zwłaszcza anglosaskiej. Zdaniem kanadyjskiego politologa Petera H. Russella nie chodzi przy tym o proste wyliczenie instytucjonalnych, materialnych i proceduralnych gwarancji niezawisłości organów wymiaru sprawiedliwości jako trzeciej władzy oraz pożądaných sędziowskich cnót, lecz raczej o stworzenie rozbudowanej koncepcji spełniającej pewne

¹⁶ M.H. Hansen, *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady i ideologia*, tłum. R. Kulesza, Warszawa 1999, s. 190.

¹⁷ Tak np. E.M. Harris, *The Rule of Law...*, *passim*.

¹⁸ Tak np. A. Lanni, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge 2006, *passim*.

teoretyczne wymagania¹⁹. To jednak materia wykraczająca poza ramy tego opracowania i być może temat na zupełnie inne opowiadanie, które warto jednak kiedyś podjąć na łamach „Palestry”. Nawet jeśli nasze intuicje co do zasady niezawisłości sędziowskiej wydają się nam niekiedy *prima facie* wystarczające dla jej praktycznej realizacji, to jednak trudno zaprzeczyć, że zbudowanie jej koherentnej i kompleksowej teorii może prowadzić do jej optymalizacji. Nie uwolni to nas oczywiście całkowicie od prawniczych bredni i śmieszności, ułatwi natomiast być może walkę z nimi.

ABSTRACT

prof. dr hab. Jerzy Zajadło

The author is a head of Department of Theory and Philosophy of Law and State at the Faculty of Law and Administration University of Gdansk.

„Not taking law seriously”

Not without reason I have made the paraphrase of Ronald Dworkin's words in the title of this article. My considerations are more a general reflection of legal philosopher than a detailed analysis of constitutional and european lawyer. I try to describe the reaction of Polish officials against to judicial decisions: the judgement of EU Court of Justice (19.11.2019) and the resolution of three chambers of Polish Supreme Court (23.01.2020). In my opinion this reaction is an expression of decisionistic political philosophy which is very dangerous for the essence and the principles of independent judiciary.

Keywords: *EU Court of Justice, Polish Supreme Court, judicial independence, judicial oath, dual state*

prof. dr hab. Jerzy Zajadło

ORCID: 0000-0002-3113-9828; e-mail: jerzy.zajadlo@prawo.ug.edu.pl

Autor jest kierownikiem Katedry Teorii i Filozofii Prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego.

BIBLIOGRAFIA ZAŁĄCZNIKOWA

Arendt Hannah, *Korzenie totalitaryzmu*, Warszawa 2010

Hansen Mogens H., *Demokracja ateńska w czasach Demostenesa. Struktura, zasady i ideologia*, tłum. R. Kulesza, Warszawa 1999

¹⁹ P.H. Russell, *Toward a General Theory of Judicial Independence* (w:) *Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from around the World*, red. P.H. Russell, D.M. O'Brien, Charlottesville–London 2001, s. 1–24.

- Harris Edward M.**, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford–New York 2013
- Lanni Adriaan**, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge 2006
- Łętowska Ewa**, *Wygaszanie państwa prawa*, „Kultura Liberalna” 2017/3 z 17.01.2017 r.
- Dworkin Ronald**, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998
- Fraenkel Ernst**, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, z obszernym wstępem J. Meierhenricha, Oxford 2017
- Neumann Franz**, *Behemot. Narodowy socjalizm – ustrój i funkcjonowanie 1933–1944*, Warszawa 2016
- Rawls John**, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2019
- Russell Peter H.**, *Toward a General Theory of Judicial Independence (w:) Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from around the World*, red. P.H. Russell, D.M. O’Brien, Charlottesville–London 2001
- Woleński Jan**, *Ustawowe prawo i ponadustawowe bezprawie*, „Polityka” z 20.01.2020 r.
- Wymiar sprawiedliwości pod presją – represje jako metoda walki o przejęcie kontroli na władzę sądowniczą i Prokuraturą w Polsce. Lata 2015–019*, red. J. Kościelarczyński, Iustitia 2019
- Zajadło Jerzy**, *Pojęcie „imposybilizm prawny” a polityczność prawa i prawoznawstwa*, „Państwo i Prawo” 2017/3, s. 17

Keywords: *politics of resentment, democratic backsliding, rule of law, community of law, constitutional design, European consensus, limits of the courtroom, judicial ethos, role of the political*

Artykuły

Tomasz Tadeusz Koncewicz

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

This analysis argues that the so-called reform of the Polish judicial system has sparked a paradigmatic shift in the case law of the Court of Justice. Responding to the referrals from Polish courts and deciding the infringement actions brought by the Commission, the Court of Justice has been taken to task and has stayed true to its mandate, or in the words of former Judge of the Court C. Kakouris, “its mission”, of ensuring “the supranational legality” within the sphere of application and interpretation of EU law. By insisting on the rule of law as the shared value of the European legal space and by explaining the components that make up the supranational rule of law, the Court has been enforcing the commitments of the Member States that have been always implicit in the constitutional design of the European legal order. However, while this emerging rule-of-law case law adds novel constitutional layers to the community of law, the queries as to its reformative potential, reach and significance go clearly beyond the courtroom and bring to the fore existential questions of mega – politics, identity and belonging¹.

¹ This paper brings together various strands of my research that span time spent as the LAPA Fellow at Princeton University (2017–2018); <https://lapa.princeton.edu/content/welcome-2017-2018-lapa-fellows> and as Fernand Braudel Fellow at the European University Institute in Florence (2019); <https://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/People/Fellows/FBF/Tomasz-Tadeusz-Koncewicz>). For further references see note 7 *infra*. Each of these unique institutions and academic settings enriched the analysis in its own inimitable way and I feel privileged to recognize this contribution here. I ac-

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

Preamble to the Treaty establishing the European Economic Community

Selon l'article 164, le droit écrit du traité a au dessus de lui le Droit avec un D majuscule, le Droit non écrit, l'Idée du droit. Et la Cour doit assurer le respect de ce Droit

C. Kakouris²

1. THE RULE OF LAW CRISIS: FOCUS ON THE BOATS, AND MISS OUT ON THE JOURNEY

As important and devastating Brexit and financial crises are, they remain crises of governance and institutional structure. The argument presented here is that none of these crises strike as deadly a blow to the European edifice as the crisis in which a single member state tramples the values of democracy, rule of law, and human rights; values presumed to be common for the EU and its member states (art. 2 Treaty on the European Union; hereinafter referred to as the TEU). With the rise of the politics of resentment, we are not dealing with yet another rogue government riding roughshod over its treaty obligations. Instead, we are facing a government that calls into question the very basis of European integration, liberal democracy and undermines it from within³.

The Polish case of democratic backsliding has a special place in the annal of the European Union⁴. The constitutional capture⁵ in Poland has undermined the very idea of Europe bound together by (allegedly) shared values of the rule of law, democracy, human rights and underpinned by liberalism, tolerance, 'living together', and 'never

knowledge the funding received from the European Union's Horizon 2020 Research & Innovation program under Grant Agreement No. 770142, project RECONNECT–Reconciling Europe with its Citizens through Democracy and Rule of Law. I am forever grateful to Professor Martin Shapiro for his friendship, inspiration and our many conversations we have had over the years on the themes touched upon here. The usual disclaimer applies.

² C. Kakouris, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois Observations* (in:) *Festschrift für Ulrich Everling*, O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (eds.), Baden-Baden 1995, p. 632.

³ For detailed analysis and further references K.L. Scheppele, L. Pech, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2017/19, p. 3. Also T.T. Koncewicz, *Democratic backsliding and the European Constitutional Design in Error: When will How meet Why?*, at <https://verfassungsblog.de/the-democratic-backsliding-and-the-european-constitutional-design-in-error-when-how-meets-why/> and the analysis *infra* (30.04.2020).

⁴ See, in general, M. Wyrzykowski, *Antigone in Warsaw* (in:) *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, M. Zubik (ed.), Warsaw, 2017; W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, "Sydney Law School Research Paper" 2018/1; W. Sadurski, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, "Hague Journal on the Rule Law" 2018/11, p. 63; J. Zajadło, *Constitution-hostile Interpretation*, "Przegląd Konstytucyjny" 2018/2.

⁵ On the concept, J.-W. Müller, *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, <https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/> Also see the analysis *infra*.

again constitutionalism'. Polish counter-revolution replaced these founding principles with zero-sum politics, a vision of 'us vs. them' and a competing constitutional narrative of fundamental disagreement over values⁶. It proclaimed that "We, the European peoples" are not ready to live together in one pluralistic constitutional regime. The differences took over the commonalities.

This paper aims at contextualizing these developments. It argues that the so-called reform of the Polish judicial system has sparked a paradigmatic shift on Kirchberg. Responding to the referrals from Polish courts and deciding the infringement actions brought by the Commission, the Court of Justice (hereinafter to be referred to as "the Court") has been taken to task and has stayed true to its mandate, or in the words of former Judge of the Court C. Kakouris' evocative term, "a mission", of ensuring the supranational legality within the sphere of application of EU law.

Undoubtedly, while this emerging rule-of-law case law adds constitutional layers to the community of law, its reformative potential and significance go clearly beyond the courtroom. The cases decided thus far by the Court have set the EU law on the novel course of re-discovery and re-imagining, while provoking important questions and queries about the identity and belonging that need to be considered in earnest.

For starters, though, one must be very clear that not everything should be grouped under the high-handed tag of "the rule of law crisis"⁷. When properly defined, it is not about well-intentioned disagreements among reasonable democrats on how best to implement a technical piece of EU law. There is a categorical difference between a lack of implementation of EU law and/or interference with citizens' EU rights and the blatant rejection of the Court's authority, targeting national judges for sending preliminary rulings to the Court or masterminding a hate campaign against the judges that dare to say "no" to such practices of intimidation and fear-mongering, and now stripping the European mandate of national judges of any practical significance. It is exactly these extreme examples of rule of law breaches that demand, and will continue to demand in 2020 and beyond, the explicit spelling out of the core of the EU rule of law. Excluding arbitrariness as a widely agreed-upon rationale for the rule of law⁸ must translate into constructing the core of the rule of law principles that are shared by all, as part of once

⁶ On the animus behind, and main tenets of the counterrevolution T.T. Koncewicz, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, <https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/>.

⁷ The arguments presented here draw on 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* (in:) K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznan. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, Warsaw 2019; *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019/26, p. 501; *The politics of resentment and first principles in the European Court of Justice* (in:) F. Bignami (ed.), *EU in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press 2020; *The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design* (in:) X. Contiades, A. Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge 2020. In Polish see my *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warsaw 2020, in particular chapters I and V.

⁸ T. Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing 2017.

implicit and non-negotiable elements of the original consensus that brought all its parties together. If such a core cannot be agreed upon and enforced in times of crisis, then, the integration project itself is being undermined and loses its ethos.

While commitment to the EU project by all actors involved is absolutely crucial, one of the tenets of the rule of law crisis is that such an assumption is no longer valid today. Rather, it has become counterfactual, as not all member states are ready to acknowledge that the values are shared indeed. Quite to the contrary, some member states question the common understanding of some basic ideas, chief among them the rule of law. The rule of law crisis has made it clear that there must be no free riding and that there must be EU content of the rule of law and standards binding on all. The rule of law, while clearly anchored in the domestic legal systems and traditions, must take on its own meaning if it is indeed to serve as a behavioural yardstick. If there is one indisputable lesson from the rule of law crisis, this is exactly it.

Again, one should be clear and precise about the language. Agreeing on the core is never about imposing uniformity, but rather about enforcing these basic features of the legal order that are essential to its functioning, and more broadly, survival. This is not "imposed uniformity", but acceptance of being bound by the essential principles that make up the EU. The EU will lose its ethical face exactly when it fails to enforce these agreed-upon constitutional essentials. This would only acknowledge the oft quoted and driven by the hopeless *status quo* saying that the EU has a *body* but not a *soul*. After all, if we cannot find the core of our commitments, then the whole political community that the EU undoubtedly is, loses much of its credence and credibility. The choice of words (enforcing credible commitments, not imposing uniform standards) is particularly important as it frames and orders our discourse about the rule of law as we struggle to move along. All too often, too much is read into the differences, instead of focusing on, and locating, the commonalities that are shared.

The problem with the EU – wide response to the democratic backsliding from within – boils down to not so much the lack of common point of reference, but rather to the lack of understanding among Peoples of Europe *why* and *how* the quality of democracy and the rule of law in one of the member states should matter to them. EU not only needs to build trust in its member states' adherence to democratic values and the rule of law, but first and foremost, to construct a civic narrative and loyalty to these allegedly shared values. As long as that does not happen, even most ambitious legal proposals for the rule of oversight in the EU will founder on the sands of lack of democratisation and apolitical ethos of the European polity, leaving the citizens with the hopeless feeling that this is yet another debate for *aficionados*. Therefore, EU must be able to defend the narrative and explain at the domestic level not only *what* and *how* the EU is "doing things", but also *why* it acts to defend voluntary commitments and duties adopted by the states on the Accession. Europe needs its own voice and counter-narrative in defence of the rule of law that would be heard in the national capitals⁹.

⁹ For global approach, D. Landau, *Abusive constitutionalism*, "University of California Davis Law Review" 2013/47, p. 189; O. Varol, *Stealth authoritarianism*, "Iowa Law Review" 2015/100, p. 1673; M. Tushnet, *Authoritarian constitutionalism*, "Cornell Law Review" 2015/100, p. 391; C.R. Sunstein (ed.),

These intangibles go well beyond the (undeniably important) talk of procedures, paragraphs, new institutions, *etc.* They ask questions about the political will and imagination, readiness and, yes, also political courage to stand up for and defend the common project against the domestic idiosyncrasies, fleeting voters' preferences and electorates. True debate about the rule of law oversight needs these intangibles just as much as strong legal mechanisms. As things stand right now, domestic rule of law and independence of courts are of no concern to Dutch, French, *etc.* people. Without such recalibration of our perspectives and loyalties, rule of law oversight is doomed to be no more than a patching-up process applied here and there, rather than much needed global and principled approach that would look to the causes, not simply cure the symptoms.

These are all important systemic caveats that should be borne in mind when reading the analysis that follows. Important as it is in its scope and seriousness, Polish rule of law crisis is but a *boat*. What should equally matter is the *journey* of creating an ever-closer union among the peoples of Europe, and the *processes* that make the boat veer off its course. The journey is too often overshadowed by the vessel. Accordingly, the analysis that follows seeks to restore some balance between the *boats* and the *journey*.

2. SETTING THE SCENE: FROM A RESENTMENT TO THE POLITICS OF RESENTMENT

Attack on the judiciary in Poland and the case law of the Court must be looked at from a more systemic and broader perspective which this paper frames around the term of the politics of resentment.

The resentment is crucial for understanding the rise of illiberal narratives in Europe and beyond¹⁰. Although the role of emotion in politics has traditionally been undertheorized as compared to reason and the rational side of human beings, there is no doubt that in contemporary politics, emotion has become equally, or indeed, more important. Emotions are not only a driving force behind the political struggle, they are also a prize to be won. Crucially, emotions play a performative and constitutive function. They not only express, but also help bring subjects into being and constitute identities¹¹. And one particularly potent combination of emotions has become salient in recent times – resentment. Populist leaders have tapped into a reservoir of anxiety about 'the other', anger at the liberal establishment and the imposition of one correct world view, fear of exclusion, and uncertainty of one's place in the contemporary world. In short, resent-

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* (in:) C.R. Sunstein, (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York 2018, p. 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/>.

¹⁰ See ground-breaking K.J. Cramer, *The Politics of resentment: Rural consciousness in Wisconsin and the Rise of Scott Walker*, University of Chicago Press 2016.

¹¹ M. Holmes, *Feeling beyond Rules, Politicizing the Sociology of Emotion and Anger in Feminist Politics* "European Journal of Social Theory" 2004/7, p. 212.

ment is driving many of the contemporary political developments. To be sure, emotions are a legitimate part of the democratic process, and anger and fear are not to be removed from the realm of political discourse altogether, as any such attempt would be counterfactual. When, however, populist politicians tap into resentment and create political movements that have distinct implications for the existing institutional order, they take emotion to another level. Resentment is no longer a *feeling* – it becomes *utterance* and *performance*, and is transformed into the ‘the politics of resentment’. Resentment is anchored within mainstream politics and is articulated in the public sphere¹².

While emotional politics are part of the populist constitutionalism, the novelty of the politics of resentment is that it frames the resentment (and emotions more general) in legal terms. This is where the term «constitutional capture» is of fundamental importance and becomes the core concept¹³ of the politics of resentment¹⁴. It not only defines, but also justifies the continuing existence of the populist ideology. It couches in legal terms what the populists want and how they want to achieve it. *Legal resentment* is a conceptual term that is channelled through the *capture*. The latter delivers on the promise of the former. The constitutional capture is a generic and novel concept that defines the core of the politics of resentment is constitutional capture¹⁵. Müller defines the constitutional capture as aiming “at systematically weakening checks and balances and, in the extreme case, making genuine changes in power exceedingly difficult”¹⁶. It connotes a systemic weakening of checks and balances and the entrenchment of power by making future changes in control difficult¹⁷.

Importantly for my analysis, the capture has an inherent spill-over effect as seemingly isolated constitutional capture in Poland and elsewhere risks the potential of adverse consequences throughout the entire continent. The capture travels in time and space, and, just like, the politics of resentment, it has its own trajectory¹⁸. The captures

¹² For general discussion, see S. Ahmed, *The Cultural Politics of Emotion*, Edinburgh University Press 2014.

¹³ Core concept is defined as referring to the basic unit without which ideologies cannot exist; M. Freedon, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford, 1996, at p. 77–80.

¹⁴ For more conceptual analysis, see my *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, “Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019/26, s. 501. More recently, *Polish Counter – Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, (2020) Jahrbuch des öffentlichen rechts (forthcoming).

¹⁵ Core concept is defined as referring to the basic unit without which ideologies cannot exist. See M. Freedon, *Ideologies and Political Theory...*, p. 77–80.

¹⁶ M. Freedon, *Ideologies and Political Theory...*, p. 77–80.

¹⁷ For an incisive analysis, see K.L. Scheppele, *Autocratic legalism*, “The University of Chicago Law Review” 2018/85, p. 545. She argues: „When electoral mandates and constitutional/legal change are used in the service of an illiberal agenda, I call this phenomenon ‘autocratic legalism’”.

¹⁸ On this see brilliant reconstruction L. Pech, K.L. Scheppele, *Poland and the European Commission, Part II: Hearing the Siren Song of the Rule of Law* at <https://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-ii-hearing-the-siren-song-of-the-rule-of-law/>. They argue that first people lose faith in the system and vote to break the system by electing populist autocrats. Securing parliamentary majority is instrumental in going after the institutions. Power once gained must be entrenched so the changes to election laws follow and make the turnout in power very unlikely.

in Turkey, Hungary and Poland have shown how new authoritarians learn from each other. As there is simply no place for a veto emanating from within the government, other than from the majoritarian parliaments, the «politics of resentment» target institutions that otherwise might be seen as a brake on the power of the people's representatives. Institutions are only accepted as long as they are seen as 'their' institutions and translate only messages that the controlling parties believe to deserve to be in the public sphere. Such an understanding leads to an important tweak to the established narrative: institutions that have been channelling (for populists "distorting") the rule of law must be dealt with as expeditiously as possible. With the extreme majoritarianism as one of the cornerstones of the new doctrine, disabling constitutional courts and judicial review is the first order of the day for constitutional capture. All institutions, domestic, supranational, stand in the way and are not part of the new populist constitutionalism¹⁹. This is no longer gentle constitutional tinkering. This is an all-out constitutional re-conquest²⁰.

Therefore, we should appreciate why the constitutional capture and the piecemeal undermining of the liberal democratic state poses new challenges for the rule of law and undercuts external constraints imposed on the domestic *pouvoir constituant*²¹. It is a question not so much of substance, but rather of enforcement²². As forcefully argued

¹⁹ Crucially, Poxit is much more than a mere slogan. For the attempts to frame it in legal terms, see T.T. Koncewicz, *PIS takes its first step on the way toward POLEXIT*, "Gazeta Wyborcza", 13.08.2017, <http://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszcz-y-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-do-polexitu.html?disableRedirects=true>, T.T. Koncewicz, *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?*, "Dialog" 2020/131.

²⁰ Interestingly, while the literature (mostly political science) on the populism has been growing beyond imagination, the question of how (institutionally and procedurally) to deal with the rise of populist politics, received only scant attention. For rare exception, see C.R. Kaltwasser, *Populism and the Question of How to Respond to it* (in: C.R. Kaltwasser, P. Taggart, P. Och. Espejo, P. Ostiguy (eds.), *The Oxford Handbook of Populism*, 2017, p. 490; For political science perspective, consult S. Rummens, K. Abts, *Defending Democracy: The Concentric Containment of Political Extremism*, 58 "Political Studies" 2010/58, p. 649; more recently, G. Badano, A. Nuti, *Under Pressure: Political liberalism, the Rise of Unreasonableness, and the Complexity of Containment*, "The Journal of Political Philosophy" 2017/1, Lawyers need to stand up to the plate as well.

²¹ C. Dupré, *The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept* (in: A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2015, p. 364–383; K.L. Scheppele, *Unconstitutional constituent power*, Paper prepared for the Penn Program on Democracy, Citizenship, and Constitutionalism, 2012–2013 Faculty Workshop Series (21.02.2013), https://www.sas.upenn.edu/andrea-mitchell-center/sites/www.sas.upenn.edu/files/uploads/Scheppele_unconstitutional%20constituent%20power.pdf; A. Barak, *Unconstitutional constitutional amendments*, "Israel Law Review" 2011/44, p. 321; R. Albert, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, "Queen's Law Journal" 2016/41, p. 143, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=lsfp>; R. Albert, *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations*, "Cornell International Law Journal" 2017/50, p. 169, https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2860442. For EU perspective see R. Passchier, M. Stremmler, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2016/5, p. 337, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561209.

²² It was eloquently argued by Carlos Closa, Dimitry Kochenov and Joseph H. H. Weiler that two sets of situations must be distinguished. On the one hand, there are what they call "problems amounting to

by Kim Lane Scheppele and Laurent Pech, “consolidation of majoritarian autocracies (...) represents more of an existential threat to the EU’s existence and functioning than the exit of any of its Member States”²³. The constitutional capture plays a pivotal role in disabling checks and balances. Constitutional capture makes a sham of a constitutional document as it strips it of its limiting and constraining function²⁴. Separation of powers becomes illusory and opens the gate to unchecked arbitrariness. Yet constitutional capture is not a one-off aberration. It is a novel threat to the rule of law as it is not limited to one moment in time. It is a process of incremental taking over independent institutions and the liberal state. Hungary is a prototype of a ‘captured state’ and one would be right in assuming that the Commission should have learnt from its passivity and acquiescence toward Orbán’s tactics of capturing the state²⁵. The lesson was loud and clear and yet missed by the Commission, as the Polish case shows: the only way to derail constitutional capture, or to ‘constitutionally recapture unconstitutional capture’, is to act pre-emptively, before the capture is complete. Waiting on the sidelines, talking to the perpetrators and hoping for a change of heart, only emboldens and entrenches the regime. Constitutional capture as a process needs time, so it is the time factor that plays the pivotal role in striking back at capture. To thwart capture in the building, counter – action is necessary at the very beginning, not later. The regime knows that and will do anything to buy more time to entrench the capture and make recapture very unlikely. Poland and Hungary show how this has happened, with the EU extending time limits and engaging in a futile dialogue, all the while that constitutional capture has become ever more deeply entrenched and difficult to roll back²⁶. Constitutional capture not

nothing else but careless use of the law or abuses of political power – something that can and will be corrected with time through the functioning of the relevant Member States’ own democracies”. On the other hand, “there are problems of such a profound and fundamental nature, that the Member States’ own legal and political systems are overwhelmingly unlikely to be in the position to right the wrongs concerned in the near- to long-term future”. It is the latter group that calls for serious reconsideration of the existing framework and enforcement mechanisms. When national democracies fail to secure the essence of the rule of law, Europe should step in and reestablish respect for commonly-shared principles (e.g., rule of law). See C. Closa, D. Kochenov, J.H.H. Weiler, *Reinforcing the rule of law oversight in the European Union*, “Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper” 2014/25, p. 1–33, at 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260. See also D. Kochenov and L. Pech, *Upholding the rule of law in the EU: On the Commission’s ‘Pre-article 7 Procedure’ as a timid step in the right direction*, “Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper” 2015/24, p. 1–16, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf (30.04.2020).

²³ L. Pech, K.L. Scheppele, *Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf?*, *Verfassungsblog* (3.01.2017), <http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/> (30.04.2020).

²⁴ ‘Sham’ or ‘facade’ constitutions fail to constrain or even describe the powers of the state. On the concept, see D.S. Law, M. Versteeg, *Sham Constitutions*, “California Law Review” 2013/4, p. 863–952.

²⁵ M. Bankuti, G. Halmai, K.L. Scheppele, *Hungary’s Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, “Journal of Democracy” 2012/23, p. 138–146; I. Pogany, *The Crisis of Democracy in East Central Europe: The ‘New Constitutionalism’ in Europe*, “European Public Law” 2013/2, p. 341–367.

²⁶ On the EU Commission’s inability to learn from the Hungarian debacle and Polish government ability to learn from Orbán’s tactics, see in depth L. Pech and K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, (2017) 19 “Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2017/19, p. 3.

only calls into question the commonality of values but entails the once startling proposition that constitutions today might be ... unconstitutional within the EU.

Importantly, the politics of resentment transform our traditional understanding of political conflict.

While politicians and political parties in democracies routinely put forward competing visions for society and politics, they always stick to the language of probability in setting out their alternatives to the existing government. They are prepared to test their alternatives through procedures and elections and accept that the constitution is the stage that frames political contestation²⁷. As liberal democrats, they share a commitment to the core values of freedom and equality and the formal acknowledgement that their political adversaries have as valid a claim to represent the people as they do. By contrast, resentment-driven populist politicians see their claims as settling most fundamental issues once and for all, and they do not allow room for dissent. Because of the moral dimension of resentment, they do not acknowledge that their claims can be judged as true or false. Rather, their claims are always the best, and not open to further contestation²⁸. The emotions of fear, anger, and rejection, all under the umbrella of resentment, do not allow for pluralism and the multiplicity of representation and undermine the normative and institutional framework through which populist leaders initially express and advance these sentiments. 'The other' is no longer seen as a legitimate adversary. He becomes an enemy and, as a delegitimized political actor, is hounded and persecuted with the full strength of the law.

Gaining power does not soften animus of the resenters. Quite the contrary, once elected, populist leaders are ready to deliver on their promises and they do so through a constitutional doctrine that competes with the dominant liberal constitutionalism²⁹. This doctrine includes the following, often interrelated, elements³⁰: (i) a new understanding of the role of the constitution, no longer as protecting against the state, but as safeguarding the uniqueness of the state; (ii) the constitution ceases to be the supreme law of the land; (iii) the constitutional court is not only incapacitated but also 'weaponized' to be used as a tool against political enemies; (iv) the political dominates the legal; (v) the rule of law is seen as an obstacle to protecting the collectivity; (vi) the rule of law is to facilitate the expression of the will of the people; (vii) political power is no longer subject to the checks and balances; (viii) supranational institutions are dismissed as enemies of the people; (ix) the collectivity is trumpeted above individual citizens; (x) human rights evolve from the dignitary conception to that of the communitarian reading.

²⁷ I draw here on J.W. Müller, *Populist constitutionalism: A Contradiction in Terms?* Draft paper, NYU Colloquium (on file with the Author). See also at <https://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/>.

²⁸ J.W. Müller, *Populist constitutionalism...*

²⁹ For important clarifications, P. Blokker, *Populist Constitutionalism*, *Verfassungsblog*, 4.05. 2017, <http://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/>.

³⁰ For more in-depth reconstruction, consult T.T. Konciewicz, *Ten Anti-Constitutional Commandments*, <https://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/>. In Polish, T.T. Konciewicz, J. Zajadło, *Po co PiS-owi konstytucja? Po nic. Woli państwo bez prawdziwej Konstytucji*, <https://oko.press/konciewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/>.

Such systematization has been necessary as it helps to better understand the individual steps taken to disempower the institutions and checks and balances in Poland and to appreciate the extent to which the politics of resentment pose an existential challenge to the European project.

3. EUROPEAN UNION AND THE DEMOCRATIC BACKSLIDING

3. 1. THE CONSTITUTIONAL DESIGN IN ERROR

While the discussion of the evolution of regimes and actors in response to *social change* (LGBT, euthanasia, abortion) is well documented, the evolution of supranational law³¹ and human rights with regard to *political change* (moves from one sort of government to another) is clearly neglected. The pertinent question is: When is the constitutional design of any (domestic, international, supranational) polity in error? On the most general level, such critical juncture prevails when polity's founding document (treaty, convention, constitution) protects against the dangers that *no longer exist* or *do not protect* against the dangers that were not contemplated by the Founders. Constitutions not only constitute – they should protect against deconstitution, too.

My claim here is that for the supranational legal order to avoid a deadlock of “being in error” in the above sense, the systemic threats coming from within the polity's component parts must be recognized, and constitutional design be changed accordingly. To make the international order more responsive to the democratic threats, it is crucial to accept that all actors acknowledge their commitment to shared democratic aspirations, core values of dignity, equality and freedom, and their embrace of the project as their own. In the end, all actors are ready to read their local mandate through such commitment that tramples the momentary desires of the people and their representatives and puts forward a necessity for the effective enforcement.

The legal order of the EU has always been defined by openness and flexibility to accommodate the diversity of its components and the ever-changing socio-political circumstances. This diversity provide a background against which the EU law operates and strives for the attainment of its objectives. Change runs in the DNA of the EU³² and different variables played their part in the process: from the incremental and context-sensitive nature of the integration process³³ to open-ended character of the Treaties de-

³¹ The supranationality of the EU is taken as given here. For discussion, M. Everson, J. Eisner, *The Making of European Constitution*, “Judges and law Beyond Constitutive Power” 2007/41; A. Vauchez, *The Transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity*, “European Law Journal” 2010/1; more recently, A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnelle pour l'Europe*, 2013, in particular p. 181–223. Also E. Benvenisti, G.W. Downs, *The Premises, Assumptions, and Implications of Van Gend en Loos: Viewed from the Perspectives of Democracy and Legitimacy of International Institutions*, “European Journal of International Law” 2014/25, p. 85.

³² For classic analysis J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, “Yale Law Journal” 1991/100, p. 555, also R. Dehousse, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan Press Ltd. 2008, in particular chapter 2.

³³ A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, p. 538–565.

defined as *Traité – cadre*³⁴ to the constitutional design requiring the unanimity in changing the constitutional document. What has been dominant and well - rehearsed trope in the EU studies is how this change affected the institutions³⁵ and was reflected in their actions³⁶. As important as these contributions are, they all deal with a change that is *constitutional*, the result of interplay of the political, legal, supranational and domestic forces and actors³⁷. Such change has been a staple of the integration process since its inception. This analysis' takes on a different aspect of a change in the polity's fabric. The analysis deals with the pressing aspect of constitutional deficiency at the supranational level: a situation when backsliding creates a situation where not all member states of the European Union share the basic values on which the EU is supposed to be based.

The liberal democracy sees "we the people" as an open and inclusive concept where many voices stake their own claim to representation. There is not one people, but there are many peoples in need of voice and representation. A liberal constitution is seen as opening the competition among the reasonable democrats in the hope of finding the willing electorate to back up these claims with political support. Losing will not lead to a contestation of the winners, but rather to regrouping and trying again. Such constitution provides political stage and frames this never ending contestation and vying for political recognition. In this spirit, post-1945 liberal consensus has been built around the paradigm of "never again constitutionalism" and reinforced by the legal commitment to making sure that dictatorships would never arise out of constitutionalism³⁸.

The paradigm of this post war settlement saw political power at the domestic level subject to new international and supranational checks and balances with the legitimacy of the power depending on the continuous adherence to the core values of liberalism, values that transcend the desires of the moment. True institutions (e.g. courts) and human rights were given special place in this system of international and supranational checks and constraints imposed on the domestic *pouvoir constituant*. Yet, they were never meant to be alone. The states themselves have recognised that the human rights would work best alongside three complementary safeguards:

³⁴ R. Lecourt, *L'Europe des Juges*, Bruxelles 1976, p. 235.

³⁵ Among many analyses, consult, for example J.B. Cruz, *The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice*, "International Journal of Legal Information" 2006/34, p. 223.

³⁶ M. Dawson, *The Political Face of judicial activism: Europe's law – politics imbalance* (in:) M. Dawson, B. de Witte, E. Muir (eds.), *Judicial Activism At the European Court of Justice*, Edward Elgar 2013, pp. 11–31.

³⁷ It was argued in the literature that the strides that the integration through law has made over the course of last 60 years helped develop material limitations on the discretion of the member states to modify the Treaties at will. R. Bieber famously spoke of 'le noyau dur commun est constitué par deux valeurs fondamentales (...) d'une part des traditions constitutionnelles communes aux États membres en tant que principes généraux du droit communautaire et d'autre part de l'identité de l'Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe', *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, "Revue du Marché Commun et de l'Union européenne" 1993/4, p. 343, at p. 350. The Court of Justice has been credited with (or depending on one's perspectives, accused of) changing the treaties by means of interpretation.

³⁸ C. Dupré, *The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept* (in:) *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), Hart Publishing, Oxford–Portland 2015, p. 364–383.

- i) rule of law and the constitution as the supreme law of the land, binding on both the political power *and* the people;
- ii) mechanisms of supranational and international control whereby self-governing and sovereign states would hold each other to account according to principles of human rights, guarantees of democracy and openness to the world;
- iii) trust in the binding power of law that would commit the states to the discipline of community³⁹.

3.2. DEMOCRATIC BACKSLIDING

The democratic backsliding (or retrogression⁴⁰) within any member state affects not just this state⁴¹. When using the term 'backsliding' one has to be clear about the values and principles affected by such retrogressive move within any component unit of the EU legal order⁴²: No less than liberal democracy, rule of law and human rights as the axiological triad of the EU are at stake. Given the interconnectedness and the interdependence of the member states⁴³, and highly integrated nature of the legal order of the EU, renegeing by one member states on the core commitments that these states have undertaken to respect, impacts on the very foundations and values of the community. As rightly argued by K. L. Scheppele and D. Kelemen, the values announced in art. 2 Treaty on the European Union (hereinafter referred to as the 'TEU') allow the European Member States to trust each other's governments – and in particular, their judiciaries – to apply EU law fairly and evenly. They add 'much of the legal doctrine, built up around the treaties that unites the EU as a common legal space, cannot possibly work as announced if the assumptions underlying the system are shattered⁴⁴. When one member state retreats from the basic values of the EU law, the constitutional profile of this state, and not mere the regulatory framework of this state, changes as a result.

³⁹ K.L. Scheppele, *Constitutional coups and judicial review: How transnational institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*, "Transnational Law and Contemporary Problems" 2014/12, p. 51.

⁴⁰ A. Huq, T. Ginsburg, *How We Lost Constitutional Democracy* (in:) C. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, (2018), p. 135–156.

⁴¹ J.-W. Müller, *On the side of democracy*, *Eurozine*, <http://www.eurozine.com/on-the-side-of-democracy/>; J.-W. Müller, *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, "European Law Journal" 2015/21, p. 141; J. Dawson, S. Hanley, *What's wrong with East-Central Europe?*, "Journal of Democracy" 2016/27, p. 20; I. Krastev, *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, "Journal of Democracy" 2016/27, p. 35; C. Walker, L. Way, *The authoritarian threat*, "Journal of Democracy" 2016/27, p. 46; J. Kornai, *Hungary's U-Turn: Retreating from Democracy*, "Journal of Democracy" 2015/26, s. 34; A. Mungiu-Pippidi, *The transformative power of Europe revisited*, "Journal of Democracy" 2014/25, p. 20; Also special edition of "Journal of Democracy" 2007/18, *Is East-Central Europe Backsliding? On the democratic backsliding* T.T. Koncewicz, *The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, <https://reconnect-europe.eu/blog/european-constitutional-design-error-koncewicz/>.

⁴² On the definition of the legal order, see K. Culver, M. Giudice, *Not a system but an Order: an inter-institutional view of the European Union law* (in:) J. Dickinson, P. Eleftheriadis (eds.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press 2012, p. 54–76.

⁴³ *The Editorial. Membership In Times of Crisis*, "Common Market Law Review" 2014/51, p. 1.

⁴⁴ K. L. Scheppele, D. Kelemen..., p. 11.

While the duty of liberal democracy is rooted in the culture of political and legislative restraint, rule of law and human rights, democratic backsliding strikes at the heart of the commitments to live in a liberal democracy and adhere to the human rights and the international rule of law as the founding block of the order. The backsliding is not just another crisis of governance, rather it strikes at the very core of the order of human rights and their protection, both at the regional level (liberal democracy, liberty, equality, pluralism and the rule of law), EU law (art. 2 TEU and the EU Charter) and international law (UN human rights system). The backsliding comes with the constitutional narrative of *capturing the domestic*, and rejecting *international and supranational*, institutions. Crucially, the backsliding changes a constitutional profile of component parts of national legal orders. In the context of the EU, the democratic backsliding becomes much more than just an emotion-driven backlash against the elites and international legal order. It is a process with its own themes, characters and plots. It rejects rule of law as a constraint, undermines legal compliance as a condition of legality), puts forward illiberal narrative of ‘the dangerous Other’. It is impatient with procedures and institutions. It puts forward a competing understanding of the social reality in which *politics* take over law. Liberal human rights are viewed with suspicion as diluting the communication processes between the sovereign (‘the people’) and the institutions. Importantly, these anti-liberal and anti-institutional intermediary⁴⁵ ‘outside bodies’ are highly suspicious and incompetent to intervene in domestic affairs. More than that, they are the deadliest enemies because of their tainted pedigree that cannot be traced back to the people. Law must be applied by national courts and judges because they are people’s institutions⁴⁶. Such ‘*exit in legality*’ and attempt at capturing a system of international and supranational institutions only starts now and will intensify, posing an existential threat to the international system of human rights protection. The questions that arise are how such an exit in legality affects the constitutional and institutional setting of a polity that is proclaimed to defend the rule of law as one of the tenets of its legal order, and whether the design is ready to contain such exits in legality?

Building here on the introductory remarks, the backsliding member states not only fail to respect human rights but become ‘*different states*’ in terms of their constitutional fabric; the human rights become ‘*different human rights*’ and the liberal rule of law is

⁴⁵ N. Urbinati, *A Revolt against Intermediary Bodies*, “Constellations” 2015/22, p. 477.

⁴⁶ The disdain for international bodies was first on full display in the ‘logging case’ (C-441/17R – release <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-11/cp170122en.pdf>). The case opposed the European Commission and Poland in a dispute over the massive logging activities in the last ancient forest of Europe. The interim injunction of the Court of Justice has been flatly rejected by Poland (first such case in the history of the EU) which prompted the Court to threaten the recalcitrant state with massive penalty payment. For the analysis, see also *infra* and T.T. Konciewicz, *The Politics of Resentment and First Principles in the European Court of Justice* (in: F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises and prospects*, Cambridge University Press 2020). On the continuing rejection by Poland of the Court of Justice, see also *Editorial Comments. About Brexit negotiations and enforcement action against Poland: The EU’s own song of ice and fire*, “Common Market Law Review” 2017/54, p. 1309, at p. 1313–1316 and, most recently, *Editorial Comment. 2019 Shaping up as a challenging year for the Union, not least as a community of values*, “Common Market Law Review” 2019/56, p. 1.

looked at with contempt. While the global human rights regime stands for individual dignity, the new autocrats propound the idea of communal dignity of the people that must be protected and vindicated. The empowerment, being a staple of liberal constitutionalism, faces a challenge from a rival philosophy of human rights in which the collective wins over the individual. It stands for a systemic weakening of checks and balances and entrenching power by making future changes in power difficult.

The democratic backsliding goes beyond mere constitutional bad faith⁴⁷ and adopts relentless abuse⁴⁸ of constitutional arrangements and flat-out rejection of a constitutional document. Critique (the constitution seen as a vestige of the old regime) is a unifying factor for both approaches, and what distinguishes one from the other is how deep and far the constitutional humiliation goes. In the former case, given the lack of constitutional majority, the constitution is dispensed with *per fas et nefas* by disregarding its clear provisions or adopting regulations that fly in the face of a constitution. With constitutional review in tatters, such unconstitutional practice becomes business as usual.

Therefore, the democratic backsliding highlights the errors in the design of the supranational legal order – the European Union. Although the EU has faced many crises in recent years, including the ongoing BREXIT and the euro crisis, the democratic backsliding in some of its Member States is the most serious of all. The backsliders call into question the shared values of democracy, rule of law and human rights and have undermined the European project from within⁴⁹. The trust has always been built on the convergence between the fundamental values of Member States and their legal orders *on the one hand*, and the foundations of the Union legal order, *on the other*.

3. 3. UNDERSTANDING THE EUROPEAN OVERLAPPING CONSENSUS

It becomes clear that the politics of resentment backed up by capture not only challenges the standard story of the origin of the EU – that it was founded to bring peace and prosperity to Europe by ending the possibility of war and encouraging the common rebuilding of economies – but also puts forward a new and competing constitutional project and design. ‘Overlapping consensus’ recognizes that the European polity is composed of distinct peoples and respects other peoples’ lives and mores. Yet, for consensus to work at the same time, ‘We the European peoples’ should acknowledge certain fundamentals that bind and discipline us and that brought us together. As J. H. H. Weiler argues: “*it is a remarkable instance of constitutional tolerance to accept to*

⁴⁷ D.F. Posen, *Constitutional Bad Faith*, “Harvard Law Review” 2016/129, p. 885.

⁴⁸ On the concept of abusive constitutionalism, see D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, “University of California Davis Law Review” 2013/47, p. 189; M. Tushnet, *Authoritarianism...*, p. 391.

⁴⁹ Article 2 TEU provides: *The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.* Article 7 of the TEU adds a sanctioning mechanism in the case when one of the member states does not respect the values. For discussion, see D. Kochenov, A. Jakab (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States’ Compliance*, Cambridge University Press 2017.

*be bound by a decision not by 'my people' but by a majority among peoples which are precisely not mine – a people, if you wish, of 'others'. I compromise my self-determination in this fashion as an expression of this kind of internal – towards myself and external – towards others – tolerance*⁵⁰.

It is here that the politics of resentment as understood here deals a deadly blow to the entire European project. Resentment-driven constitutional capture fundamentally challenges European solidarity and mutual trust. It proposes to reverse “an ever-closer union among the peoples of Europe” and signals a dark turn inward. By showing that liberalism and democracy no longer animate national constitutions and politics, and by revealing that illiberal states can now flourish within the EU, the Polish experience poses an existential challenge to the EU. Can the EU mount a response to the challenge? Is the EU still able to foster respect for principled commitments that initially brought the Member States together? Does it have a safety valve by which it can deflate excessive nationalism and manifestly illiberal practices? Can it preserve the common values that launched the European project – supranationalism among them? More particularly, can domestic constitution-making be constrained from the outside? Thus far these questions have received deflating negative replies as the EU has been reduced to an idle bystander (see also analysis *infra*), extending deadlines and assurances of a dialogue, all this while Polish authoritarians laughed at the EU's face and the capture marched on. These questions are vital as they force us to revisit the *raison d'être* of Europe⁵¹. They challenge the standard story of the EU's origin (see *supra*): that it has been founded to bring peace and prosperity to Europe by ending the possibility of war and encouraging the common rebuilding of economies. I argue that the politics of resentment endanger the very basis of mutual trust between Member States that has been defining the European project ever since its inception⁵². Mutual trust towards other states, and the community they had created together, has been the cornerstone of the ethos of Europe⁵³. Trust has always been built on convergence between the fundamental values of Member States and their legal orders on the one hand, and the foundations of the Union legal order, on the other.

Indeed, as P. Pescatore emphasizes, the supranationality was predicated on the idea of ‘an order determined by the existence of common values and interests’⁵⁴. At the heart of the European project has been a fundamental commitment to a set of First Principles⁵⁵ that

⁵⁰ J.H.H. Weiler, *On the power of the word: Europe's Constitutional Iconography*, “International Journal of Constitutional Law” 2005/3, p. 173, at p. 188.

⁵¹ For a thought-provoking analysis, G. de Búrca, *Europe's raison d'être*, *New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper 9/13* (2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224310.

⁵² *Editorial Comments. Union membership in times of crisis*, “Common Market Law Review” 2014/51, p. 1–12.

⁵³ On the ethos of Europe, see Andrew J. Williams, *The ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.

⁵⁴ *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden 1974.

⁵⁵ Term borrowed from D. Edward, *An Appeal to First Principles* (unpublished manuscript on file with the Author).

the Member States, institutions, and civil society actors bound by the Treaties agree to respect, and live by, in their mutual dealings. The rule of law has been among the most essential of these First Principles essential to the post-war consensus as it started transforming 'a political power' into 'political power constrained by law'⁵⁶. And yet, despite all this talk of hope and learning from the past, the EU constitutional system and design have always been in error of '*normative asymmetry*': declarations and commitments have never been backed up with the sufficient enforcement tool-kit. Why?

Back in 1951 the authority to ensure that states remain liberal democracies has not been effectively translated into *law*, which might have been understandable given the fresh memories of horrors wrought upon the continent by the World War II. The Founding Fathers must have taken for granted that these memories would always act as a sufficient deterrent against any future backsliding into authoritarianism and that the newly-created communities would be nothing but a celebration of liberal democracies. History never stops, though, it always moves on and today the once unthinkable (an illiberal state *within* the Union) challenges the EU design. The failure of the EU enforcement in Hungary, and now in Poland, was clear on display: the EU has always been one step behind the events on the ground, lost in endless and ineffective diplomacy of indignation. The states which are the source of a distrust and fear have been called on to sit at trial over one of their fellow (and now backsliding) member states. The European institutions faced dangers they were not prepared for, and then also contributed to the crisis through their own incompetence and lack of political will. As a result, there was no coordinated systemic action. The capture marched on emboldened and strengthened by the lack of credible supranational counter-strategies.

My argument here is that the politics of resentment pose the ultimate challenge to the foundations behind EU integration, membership and post-war consensus: a commonality of liberal and democratic values and interests, the agreement that the Community is more than just the sum of its parts and loyalty to the community's legal order as binding on all components to the same extent as the politics of resentment do now⁵⁷. Past European crises have been sources of galvanization, often pushing further EU

⁵⁶ 'Constrained political power' might be said to be the driving force behind the European consensus and one of the paradigms of the post-war constitutional settlement in Europe. Insistence on the element of constraint was in turn driven by distrust of popular sovereignty, and fear of backsliding into the authoritarianism. On this see J.-W. Müller, *Beyond Militant Democracy*, "New Left Review" 2012/73, p. 39. On democracy and the rule of law as the backbone of the European project, also K.L. Scheppele, D. Kelemen, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU* (in: F. Bignami (ed.), *The European Union in Populist Times*, Cambridge University Press 2020).

⁵⁷ Today we deal with the situation where not all member states share the core values on which the EU is supposed to be based. As rightly argued by C. Closa and D. Kochenov: "the very core of the constitutional system of the European Union is being put to the test through some of the Member States' non-compliance with the basic principles and values of the Union (...) democracy, the Rule of Law and the protection of human rights on which the legal systems of the Union and its Member States alike are presumed to be founded" – C., Closa, D. Kochenov, *Introduction: How to Save the EU's Rule of Law and Should One Bother* (in: C. Closa, D. Kochenov, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, 2016. This presumption must be now laid to rest, or at best, be approached as rebuttable.

integration. However, they never questioned the “European overlapping consensus” that brought together states through agreed-upon essentials. Overlapping consensus requires agreement on fundamental commitments of principle⁵⁸: It is these essentials that I require others to respect as the condition of my own deference to decisions by others⁵⁹. There will not be perfect agreement on these essentials – persistent differences between citizens living together in a constitutional regime create disagreement over the final shape of these constitutional essentials. “Citizens who affirm reasonable, but opposing comprehensive doctrines belong to an overlapping consensus: that is they generally endorse that conception of justice as giving the content of their political judgments on basic institutions; and second, unreasonable comprehensive doctrines ... do not gain enough currency to undermine society’s essential justice”⁶⁰.

Consensus does not cancel diversity. Quite the contrary: it responds to, and acknowledges, that society is indeed built on diversity. Many disagreements among citizens in their understanding of justice can nevertheless lead to similar political judgments and these similar political judgments can lead to “overlapping rather than strict consensus”⁶¹ and that different premises can yield the same conclusion⁶². However, parties to the consensus agree that these disagreements will be ironed out and spelt out within the discursive framework. Excluding actors with unreasonable and irrational doctrines is not only justified, but necessary to achieve the overlapping consensus. At its heart, European overlapping consensus has constitutional tolerance and an agreement on a fundamental commitment to first principle(s) or adherence to a certain core (essence) of principles and concepts that bind us together, and that parties to the consensus require others to respect⁶³. Time factor is important, as overlapping consensus is subject to never-ending adjustment and mutual learning. In the words of Sabel and Gerstenberg, consensus arises from “an ongoing historical interaction between the emergent, common political view and the comprehensive views underlying it”⁶⁴. “We”, in the shape of the peoples of Europe, agreed to respect others’ way of life, provided their lives and decisions respect mutually agreed-upon essentials and fundamental values. Constitutional tolerance subjected European peoples to the discipline of democracy, even though the European polity is composed of distinct peoples. The “politics of resentment” calls this narrative into question by proposing a competing one, that of fundamental disa-

⁵⁸ I draw here on the work of J. Rawls, *Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1971; J. Rawls, *The idea of an overlapping consensus*, “Oxford Journal of Legal Studies” 1987/7; J. Rawls, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York City 1993. On overlapping consensus, also J. Garthoff, *The Idea of an Overlapping consensus revisited*, “Journal of Value and Inquiry” 2012/46, p. 183.

⁵⁹ Ch.F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, “European Law Journal” 2010/16, p. 511, at p. 513.

⁶⁰ J. Rawls, *Political...*, p. 38–39.

⁶¹ J. Rawls, *Theory...*

⁶² J. Rawls, *Theory...*

⁶³ For an application in the context of European constitutional courts, also consult T.T. Koncewicz, *Constitutional courts as frontier institutions in the European constitutional space. On the road towards “Van Gend en Loos 2?”*, 2018/2 “Indian Journal of Constitutional and Administrative Law” at p. 1.

⁶⁴ Ch. F. Sabel, O. Gerstenberg, *Constitutionalising...*, p. 544.

greements over values and the inability of today's European Union to keep fostering mutual trust. Given the fundamental disagreements over values that the politics of resentment brings to the fore, the pressing question that has emerged is whether "We" exists at all. Overlapping consensus relies on the acknowledgment by the members of multiple societies with their persistent differences that they understand and respect the essentials that bind them together, while simultaneously honouring the influence of others on the interpretation of shared commitments.

Rule of law provides a good example of the situation where a fragile consensus driven by commonality is now being replaced by difference. The forces behind the politics of resentment put forward a proposition that the concept of common values is too ephemeral and far from crystallized. The Polish right-wing government claims to be respecting the rule of law, but at the same time argues, *first*, that it should be interpreted differently from what was hitherto accepted as a dominant understanding of what the rule of law stands for; and *second* and even more dangerously, that there is no agreement on what the rule of law entails in practice (application). This argument brings to mind what C. Sunstein called "*incompletely theorized arguments*". He argues that under the conditions of serious disagreements, constitution-making can only become possible where people agree on certain practices, rather than on any abstract principles or grounds justifying these practices. Alternatively, incompletely theorized agreements might as well occur where people agree on abstract principles, but not necessarily on what these principles entail in practice⁶⁵. Modern constitutionalism accepts that, in the absence of the rule of law, contemporary constitutional democracy would be impossible⁶⁶. At a minimum, the rule of law requires fairly generalized rule through law; substantial amount of predictability; a significant separation between the legislative and the adjudicative function; widespread adherence to the principle that no one is above the law⁶⁷. In the EU context, we could argue the rule of law is either *a practice* that is shared, but there is no agreement on what abstract principles underlie it and justify these practices, *or* that the rule of law is *a principle* on which all parties agree and then define a practice that could be shared by all. In the analysis that follows, rule of law is a fundamental principle and has clear, non-negotiable minimum. The authority that binds together the Community is the law and the respect for the law. That was the principle that underpinned the original consensus back in 1951⁶⁸ and continues so⁶⁹. Rule of law must be seen as an essential commitment to the consensus. It is a fully theorized argument with minimum content, both at the level of practice and principle.

The case law of the Court of Justice has always contained strong arguments in favour of interpreting the rule of law as one of the meta-principles of the entire constitutional

⁶⁵ *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford 2001, pp. 50–56.

⁶⁶ M. Rosenfeld, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, "Southern California Law Review" 2001/74, p. 1307, 1313.

⁶⁷ M. Rosenfeld, *The Rule of Law...*

⁶⁸ U. Everling, *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, (1994) 29 EuR 127, at p. 143.

⁶⁹ A. Magen, *Cracks in the foundation: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, "Journal of Common Market Studies" 2016/54, p. 1050.

framework of the EU⁷⁰. It is the interpretation that might change, but the hard core of the principle remains: separation of powers, effective application of law, judicial review, right to an effective remedy, principle of legal certainty and legitimate expectations and the principle of proportionality⁷¹. For the analysis here, rule of law is one of the foundations of the consensus in the sense that the Court's spoke in *Simmmenthal* judgment of the supremacy of EU law as the forming the very basics of the EU legal order⁷². Without the commitment to the rule of law, parties to the consensus would have never been able to defer to each other. There must be trust in the legal systems and practices of all participants in the consensus. Importantly, European consensus must not be seen as cancelling out the pertinence of the constitutional disagreement. Any attempt to remove the disagreement from the European politics would be counter-factual: disagreement must be part of the European common enterprise and must work as a desired check on the natural centralizing push of the centre (EU). The essence of the consensus is procedural and speaks to the plural character of the EU legal order⁷³. Evolution of EU law is seen as the product of a dialogue between all parties to the consensus and comity. Consensus and commitment to the comity are renewed through never-ending process of bargaining. The bargaining manages the legal and factual interactions of the EU and national legal orders and gives voice to national concerns. It makes sure that every party to the consensus sees itself as an *actor in*, and *architect of*, the constitutional narrative. As such, bargaining over the final shape of the consensus both reinforces and frames the pluralism that has always defined European peoples.

Most importantly, it shifts the emphasis from the dominant and antagonistic narrative of "*who has the last word*" over the values (this is the preferred *vantage point* of the politics of resentment) to more discursive and other-regarding "*who should have the first word*" in the spirit of comity. While the former is *reactive* and deals with the conflict as *fait accompli*, the latter is *pre-emptive* and aims at diffusing the tension and framing the disagreement before it escalates into an all-out conflict that might endanger the consensus. This new approach to framing the constitutional disagreement as integral part of the consensus is *inclusive*. It caters to the pride and ambition of all participants in, and signatories of, the original consensus – the member states, citizens and EU. This is because they are all made partners in the common enterprise. It is *pragmatic*, because it

⁷⁰ In similar vein, recent analysis by V. Roeben, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, "Hague Journal on the Rule of Law" 2020/12, p. 29.

⁷¹ L. Pech, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, "European Journal of Constitutional Law" 2010/6, p. 359, p. 373–374; For a direct link between the effective application of law and the rule of law as a foundational value, see C-441/17 R, *Commission v. Poland*, at para 102.

⁷² The centrality of the rule of law ("very basics of the EU legal order") is corroborated by the fact that the Commission frames its more recent infringement action against Poland in terms of art. 19 TEU ("the Court of Justice ensures the observance of the law in the interpretation and application of the Treaties") and art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights ("right to an effective remedy"). For detailed discussion, T. T. Koncewicz, *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości...*

⁷³ For tone-setting analysis N. MacCormick, *Beyond the Sovereign State*, "Modern Law Review" 1993/56, p. 1; N. MacCormick, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, "European Law Journal" 1995/1, p. 259.

recognizes the insoluble conflict of “either ... or” and pitfalls of the claim that the question of ultimate authority might be resolved once and for all.

Where does this all leave us today? Does the law really have to be on the bad guys’ side?⁷⁴ How to explain the relative ease with which unconstitutional capture took root and succeeded in spreading so quickly?

These are all difficult questions with multi-layered responses. While the remedial question is getting more and more attention, as evidenced by important academic contributions to the field⁷⁵, it is the emerging “rule-of-law jurisprudence” that deserves our utmost attention. And then, this case law must be placed in more systemic context. Part III and IV of the paper will deal with these accordingly.

4. DEFENDING THE EUROPEAN OVERLAPPING CONSENSUS. ON THE PROMISE AND THE LIMITS OF THE COURTROOM⁷⁶

In the realm of judicial behaviour, what judges say, what rules they announce and/or threaten to announce, is often a more significant aspect of their behaviour than how they vote.

M. Shapiro, *Can Judges Deliberate?*⁷⁷

Every constitutional court passes through what *F. Ost* called imaginatively “*un moment de non-droit*”. The place of “no-law” is defined here as a situation where there is no definitive indication in the relevant law as to how the case should be resolved. “*Un moment de non-droit*” redefines a court in fundamental ways as it will weigh heavily on its image, self-perception, and role in the future. Such a situation is not about good adjudication here and now, but calls on a court to exhibit the craft of anticipation, reconciliation of divergent interests and true constitutional synthesis in the days to come. For a court to respond and move forward, it must become a tactician – and as such, calculate, anticipate, plan ahead, make choices, and speak to various audiences, all at the same time. Most importantly, a court-tactician must know the limits of how far it can take its own constitutional vision, and how much it can add to an incomplete legal text⁷⁸.

⁷⁴ C. Closa, D. Kochenov, expressed doubt that it does not have to be so. See their impressive catalogue of remedies and counter-strategies in C. Closa, D. Kochenov, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, “Cambridge University Press” 2016, at p. 3; and my book review published in “Common Market Law Review” 2018/55 at p. 953. Also P. Bard, D. Kochenov, *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*, “RECONNECT Working Paper” 2018/1, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf.

⁷⁵ See, in particular, K.L. Scheppele, D. Kelemen, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU*, (on file with the Author).

⁷⁶ This section draws on my chapter *The existential jurisprudence...* (in:) K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Saffjan...*, as well as earlier writings on the subject published on *Verfassungsblog*. More specific references are provided in the footnotes that follow.

⁷⁷ M. Shapiro, *Can Judges Deliberate?* (29.04.2003) (unpublished paper) (on file with the author), at p. 3.

⁷⁸ For seminal analysis, see M. Shapiro, *Political Jurisprudence*, “Kentucky Law Journal” 1963/52, p. 294 which foreshadowed his book *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, Free Press 1964.

“The rule of law crisis” in the European Union has seen the Court of Justice venture into un-chartered waters of *non-droit* and expand its jurisdictional reach into spheres once thought of as the domain of national sovereignty. Undoubtedly, each and every decision rendered between 2017 and 2019 deserves close attention: from “the Portuguese judges” case, to Polish “logging case”, to the European Arrest Warrant judgment (EAW), and, more recently, the Polish Supreme Court case and the suspension of the Disciplinary Chamber⁷⁹. And yet, trying to understand how the Court fills in the blank spaces opened by the encounter with “*non-droit*”, requires to not only focus on the individual decisions (“boats”), but to appreciate the adjudicatory chain-novel (“journey”) as well. The Court has been telling us important stories of how it perceives and understands itself, while unearthing new layers of the EU legal order.

Professor *Koen Lenaerts* has argued that in order to honour the constitutional mandate in a self-referential, and in that sense, autonomous legal order, the Court could not have limited itself to a formalistic understanding of the rule of law⁸⁰. Accordingly, it had no choice but to complete the constitutional *lacunae* left by the authors of the Treaties. He distinguished three historical strands in the Court’s jurisprudence: (1) defining the law and escaping formalistic understanding of the rule of law; (2) safeguarding the core of European integration; (3) upholding the checks and balances.

It is argued here that “existential jurisprudence” of the Court builds on, and adds a new chapter to, the jurisprudential tradition. It is called “existential” because the Court aims at defending the integrity and viability of the EU legal system. The Court is not simply deciding cases referred by Polish courts or brought by the Commission. Instead, it is in the business of saving the EU from what Pierre Pescatore once called “a disaster”. With the rule of law crisis, the Court is moving into a new paradigm. On the one hand, it looks over its shoulder and marches on along *Lenaert’s* jurisprudential strand number 1. On the other, however, it does more than that: it forges ahead with the new elements of, and the justificatory framework for, its constitutional jurisprudence. In 2019, the Court finds itself in the unenviable situation of being trapped between what is now clearly a counter-factual assertion (“values are shared”) on the one hand, and the pragmatic judicial path and the mandate that binds the Court to the rule of law mast, on the other. The Court is trying to bridge the gap between the real world and reality by insisting on trust and commonality of the values. This trust has always been built on the convergence between both the fundamental values of Member States and their legal orders and the foundations of the EU legal order. For European consensus over the core values to work, there must be agreement on fundamental commitments of First Principles. Existential jurisprudence enforces these essentials in the name of the EU legal order and the original consensus.

⁷⁹ On this case law, comprehensive contributions in EU Law in F. Bignami (ed.), *Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press 2020.

⁸⁰ K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, “Fordham International Law Journal” 2013/36, p. 1303, at p. 1307–1309.

4.1. THE METHOD

A critical observer of the judicial dynamics must not limit himself to studying the “ground-breaking” case(s) but should also read the relevant previous and subsequent case-law. In accordance with the incremental approach, though, it does not only matter what the Court has decided, but equally so what the Court has left open and untouched. It is through this chain-novel that the final contours of the doctrine will emerge. The path of this case-law is incrementalism and the analysis must be holistic and global. As famously laid out by M. Shapiro some 50 years ago: “The core of incremental doctrine is respect for the status quo and movement from the status quo only in short, marginal steps, carefully designed to allow for further modifications in the light of further development. Incrementalism is a theory of freedom and limitation”⁸¹.

Shapiro's incrementalism thesis is crucial for understanding how the Court of Justice, when faced with the systemic rejection of the First Principles of the European legal order by Member States, has been gradually uncovering, at times discovering, and defending these Principles. The Court proceeds incrementally, aware of both the opportunities and limitations that the new constitutional politics in Europe entail. From small-step balancing develops a large-scale change. Evolution must always follow revolution, and conversely, a revolutionary change might evolve over time before its final shape comes into full view. New argumentative frameworks are built around some general precepts enunciated in the first decision. When the time is right, the case will be built and reconstructed, so as to set off and frame the chain-novel. Evolution will follow revolution, even though at the time of the events not too many may realise that the groundwork for the latter is being laid down before their eyes.

Stage One is waiting for the right case. Stage *two* lays down a principle. However, simple enunciation of the principle will never suffice. The Court must calibrate and recalibrate “a principle” before it becomes “the principle”. Thus, stage Three unveils the consequences and delimits the scope of a principle which will eventually determine the content of the principle. Stage Three slides then seamlessly into stage Four of case-by-case application. In the end, we meet the new doctrine of fully-fledged principle. This is where we are at right now. By proceeding step-by-step, the Court neither limits itself to the questions asked, nor refuses to engage with the arguments that *prima facie* seem unnecessary for the resolution of a controversy at hand. Rather, the Court is responsible for framing the argument and the terms of engagement. The “Portuguese judges’ case illustrates this revolutionary mood where it was not necessary for the Court to answer the questions it was asked in such broad constitutional brushes. The specific result took backstage to abstract constitutional doctrine. While the result was subsumed by the case and the decision, the contours of the doctrine were, on purpose, far from clear. In line with the incremental approach, the Court was just embarking on a journey in search of a right balance between the *status quo* and the necessary change. It was in full control of where and how it wanted to take the incipient doctrine further and start building on a principle before it becomes the principle.

⁸¹ M. Shapiro, *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or stare decisis*, “Law in Transition Quarterly” 1965/3, p. 156–157 (emphasis in the original).

The incrementalism is nowhere better seen than in the subtle interaction between two leading judgments in the Court's rule of law chain-novel: the Portuguese judges case⁸², and the European Arrest Warrant (EAW) case⁸³. The former (and earlier) provides a solid jurisprudential ground for the latter, and when read together, both create an inescapable logic in the Court's reasoning: First step: the independence of the judiciary is an essence of the fundamental right to a fair trial (par. 48 EAW). The right to a fair trial, in turn, serves as a guarantor that all rights of individuals stemming from EU law are protected and that the values common to Member States set out in Art. 2 TEU – in particular the value of the rule of law – will be safeguarded. Second step: the very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is essential for the rule of law (par. 36 of the Portuguese judges' case and par. 51 EAW). Third step: the duty of every Member State to ensure that the courts meet the requirements essential to effective judicial protection in accordance with Art. 19 TEU (par. 40 of the Portuguese judges case and par. 53–54 of the EAW case). Fourth step: for judicial protection to be effective, maintaining independence of national courts is essential (par. 41 of the Portuguese judges' case and par. 53 of EAW). Fifth case: ensuring essential freedom from external interventions or pressures on the judiciary that would impair independent judgment and influence the decisions taken by members of the court (par. 44 of the Portuguese judges case and developed in par. 63–64 of EAW).

By introducing, and then repeating over and over, the novel terms “essence” and “essential”, the Court speaks the meta-language of identity and specificity of the EU legal order. Judicial independence as such is not an intrinsic value, rather it is instrumental to ensure the observance of a first-order right, that is the right to a fair trial. The link between that right and “all other rights” clearly refers to the most cherished of all doctrines – direct effect. By putting this procedural right at the service of protecting the direct effect of the EU, the Court draws on the constitutional language of *Van Gend en Loos* (without mentioning it). And last but not least: the critical conclusions of the interaction just sketched out have been drawn in the Court's order of 19 October 2018, (C-619/18, *Commission v Poland*, and since then confirmed by the Grand Chamber on 17 December 2018)⁸⁴ where the Court, ruling in favour of the Commission, referred to paragraph 48 of the EAW case.

This is a textbook path of how a principle becomes the principle⁸⁵.

⁸² On the case, M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, “European Constitutional Law Review” 2018/14, p. 622; L. Pech, S. Platon, *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, “Common Market Law Review” 2018/55, p. 1827.

⁸³ Judgment of the CJUE, 25.7.2018, C-216/18 PPU – Minister for Justice and Equality <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=C-216/18%252525252520PPU>.

⁸⁴ See curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=209302&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4919513 (29.04.2020).

⁸⁵ More recently, judgment of the Court in joined cases, C-585/18, C-624/18, C-625/18) seems to indicate that the threshold where the principle is already firmly established has been now passed. In this light, the interim order of the Court in C-791/19R, *Commission v. Poland* only applies what is already forming part and parcel of the established case law. For an interpretation corroborating such

4. 2. THE THEME: "UNION OF LAW"

La Cour, chaque fois quel est saisie dans le cadre de sa compétence, a l'obligation de se prononcer, l'obligation de dire le droit conformément à la mission générale qui lui est assigné par l'article 164
P. Pescatore⁸⁶

Art. 19 TEU⁸⁷ is the heart and soul of this existential jurisprudence. The case law shows that Art. 19 TEU plays many, and often at the same time, systemic functions. Six should be mentioned here.

First, it moves the Union from power-oriented to rule-oriented politics. Second, it stands for "the Union legality", understood as an idea of law within the Union legal order. Third, it empowers the Court, and delimits its jurisdiction at the same time or, using P. Pescatore's terms, it defines normative space within which the Court exercises its judicial power. The normative space of Art. 19 TEU is defined as ensuring the observance of law in the interpretation and application of the Treaty. While this language is extremely open-ended, the element of constraint is nonetheless clearly there. Four, it expresses the fundamental idea of judicial protection which allows the Court to interpret the jurisdictional clauses in a manner that is coherent and constructive. Five, it underscores that the courts of the Union are courts of law and that the Union is governed by the rule of law. Art. 19 TEU does more than just define, though. Therefore, and six, it describes the mission of the Court within the framework of the separation of powers set up by Art. 5(2) TEU, according to which each institution acts within the limits of the powers conferred on it. In that sense, Art. 19 TEU forms part of the Treaty competence framework. Even though Art. 19(1) is not read as a jurisdictional clause (in the sense of jurisdiction-conferring), its role is much more important and goes beyond this aspect⁸⁸.

Art. 19 TEU serves as an independent, albeit of particular nature, head of jurisdiction of the Court. The task of ensuring the observance of the law contains the fundamental

reading of the case law, consult T.T. Koncewicz, *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie, "Rzeczpospolita"* 15.04.2020, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html> and Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. *O wspólnocie prawa i unijnej filozofii sądenia*, <http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadenia/>.

⁸⁶ P. Pescatore, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge* (in:) G. Lüke, G. Ress, M.R. Will (eds.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln–Berlin–Bonn–München 1991.

⁸⁷ Art. 19(1) reads: "The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialised courts. It shall ensure that in the interpretation and application of the Treaties the law is observed."

⁸⁸ On Art. 19 TEU, and its predecessors Art. 220 Treaty on the European Community and Art. 164 of the Treaty on the European Economic Community, see exhaustively T.T. Koncewicz, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich: o jurysdykcyjnych granicach i wyborach w dynamicznej "wspólnocie prawa"*, Warsaw 2009 and more recently *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warsaw, 2020.

and basic feature, namely that the Union is based on the rule of law. The law must be observed by both Member States and institutions, and the Court is there to make sure that this is more than just an elegant exhortation. To this end, it has conferred jurisdiction (starting with Art. 258 TFEU) and implied jurisdiction at its disposal. The latter is reserved for exceptional situations and used as a tool to complement the former. One would be wrong to assume, though, that resorting to implied jurisdiction as expressed in Art. 19 TEU becomes a daily occurrence. The fact that the Union is based on the rule of law constitutes the premise on which the Court is ready to modify (Court's critics view) or enrich (Court's proponents view) its jurisdiction in order to make sure that there exists a complete system of legal remedies and procedures within the Union. The identification of a gap in a system is not enough for the Court to fill it by relying on its implied jurisdiction. In each and every case, the Court will evaluate whether the need to fill a gap is justified by some pressing interests and principles worthy of protection (respect for institutional balance, effective cooperation with national courts, coherent system of legal protection, and now the rule of law, effective judicial review whose essence is the rule of law, independence of the judges). If the scales fall in favour of such judicial intervention, implied jurisdiction will come into play.

Former Judge of the Court C. Kakouris spoke of the judge's mission by which he understood bringing coherence to the principles and rules and establishing an order of preference among them. Such an exercise contributes to the reconstruction of the normative system instead of its deconstruction. The Court is choosing a superior principle in the light of which it decides to resolve the case. The internal differentiation that follows establishes a hierarchy between constitutional norms and values. As a result, not all the Treaty provisions are at the same level of normativity. Some are technical, others play a fundamental (existential) role. In case of conflict, the most important provision, the principal rule, has to be followed. The ensuing super-constitutionality becomes a governing mechanism for ordaining the norms and values within the Treaty framework. Among such fundamental principles, effective judicial protection and review, rule of law, and judicial independence play a primary role and have the potential to trump others in case of conflict. The Court's existential jurisprudence brings them under one umbrella of Art. 19 TEU. This provision glues the Court's cases into a coherent doctrine and helps the Court move on to a new paradigm: the existential jurisprudence. Therefore, the most crucial point is to see and understand that adjudicating the jurisdictional issues is not a purely automatic process. The Court's jurisdictional choice is always preceded by a difficult trade-off between competing interests and principles.

Knowing the methods and the main themes that drive the Court invites us to consider the most crucial question: what next for the Court and its judicial forays into the sphere of "*non-droit*"?

4. 3. JUDICIAL METHOD: HOW FAR? ON PROMISES, AND LIMITS, TOO

While the dangers of over-politicization of the judiciary are duly noted here, the times of the constitutional crisis call for a more robust approach to institutions and their respective spheres of competence and expertise. Courts of law are in the business of en-

forcing the rule of law. This is what they do, and this is what they do best. Of course, it does not mean that they are the only players in the rule of law domain. There are other institutions having their own distinct mandates and competences. Sometimes for an action by one player to be fully effective, a follow-up will be needed. In other situations, a judicial actor will be able to bring about a change through its own actions only.

In its capacity to de-block the political stalemate by offering alternative legal avenues, the Court of Justice must continue to tread cautiously. In the evocatively entitled paper “The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?”⁸⁹, Judge A. Rosas argues forcefully that the Court’s role, important as it might be, must be seen as part of the overall institutional structure of the Union. He points out that the Court is not in charge of deciding what will come before it and the cases that do come before the Court concern specific questions that do not “solve” the problems facing the Union. This must mean that existential jurisprudence as understood here must be seen as an exercise of balancing three elements and as such, posing a formidable conceptual challenge for the Court.

Firstly, judges must at all times be aware of the political context in which they operate and which in the end will impact on how jurisprudence will operate. Jurisprudence which misconstrues the context and fails to tailor its message to the environment will be short-lived. The margin for error in highly sensitive cases is thin. It takes a judicial diplomat to draw the principled line and avoid alienating the political environment in which the Court operates.

Secondly, judges must never stray too far from the consequences of their decisions. Given the ever-growing shadow of the case-law, this consideration is of utmost importance. The consequentialist element in the reasoning must not only be determined by “here and now”, but to a larger extent by “what next”. The Court and its incremental policy-making must anticipate the future consequences of its rulings and possible constellations in which they will be applied. This is not an easy task and requires a combination of judicial diplomacy, institutional awareness, political finesse and judicial self-restraint. In other words, the Court-tactician must have a long-term plan for its constitutional document.

Thirdly, the Court is bound by Art. 19 TEU and then some more. Unless it wants to be guilty of committing *per non est*, it must at all times adhere to the basic values expressed in Art. 2 TEU and translate them judicially and judiciously into enforceable doctrines. This is where the challenge of converting a legal text (constitution) into principled and non-opportunistic case-law comes to the fore and to the Court poses the biggest challenge of all: one of constitutional imagination and self-understanding. Art. 2 TEU forms part of the EU law *sensu largo* in the same way the Court has interpreted the term “law” in Art. 19 TEU, once called the most important legal provision of the Treaties. In the light of *acquis jurisprudentiel* of fifty years, there is still untapped remedial potential in Art. 19 TEU. The Court of the 1960s and 1970s always spoke of the law’s authority that binds together the union of “states, institutions, and individuals”. Writ-

⁸⁹ A. Rosas, *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, “CEPS Policy Insights” 2019/3.

ing with his usual farsightedness and lucidness, Professor *John A. Usher* commented on the ways the Court had been using Art. 164 (precursor of what is now Art. 19 TEU) of the original EEC Treaty: “In fact, (...) the Court would appear to have granted a new remedy not expressly foreseen in the Treaties, by virtue of two general provisions of the Treaty, Art. 5 and 164... The door appears to have been opened to the exercise of new sorts of judicial control in the complex relationship between Community institutions and Member States, going beyond the broad interpretation which the Court had already given under the Treaties”⁹⁰.

With existential jurisprudence on the rise and with the Court growing more and more confident, the door has been indeed thrown wide open to a new brave world of enforcing constitutional essentials of the EU legal order and to reminding Member States of their core commitments accepted on the Accession Day.

4. 4. TAKING STOCK AND MOVING FORWARD: WHAT IS ESSENTIAL ABOUT THE EU LAW?

The “*Essential characteristics of the EU law*” (term used by the Court of Justice in its Opinion 2/13)⁹¹ must go today beyond traditional “*First Principles*” of supremacy and direct effect, and instead to embrace the rule of law, separation of powers, independence of the judiciary and enforceability of these principles as integral part of the ever – evolving EU legality. Together, these essential characteristics of EU law have given rise to what the Court has imaginatively called: “*a structured network of principles, rules and mutually interdependent legal relations linking the EU and its Member States, and its Member States with each other, which are now engaged, as is recalled in the second paragraph of Article 1 TEU, in a ‘process of creating an ever closer union among the peoples of Europe’*”. The rule of law, integrity of the legal system and judicial independence are the core principles of the original consensus that brought member states together. The novel part of the argument is to interpret art. 19 TEU in conjunction with art. 2 TEU (enumerating the values on which the EU is based) as the cornerstones of the EU legality. While the “*existential jurisprudence*” at the service of the EU legality calls for the imaginative and engaged interpretation from the courts, it would never work in isolation. The courtroom alone might achieve only so much. Its full impact will only be realised when the political institutions exhibit the readiness to complement the existential jurisprudence with their own expertise and enforcement of the First Principles. For the Court to effectively exert its judicialization effect on the EU governance, it must be backed up by the political branches of the EU. As a result, the litigation strategies of the European Commission must now respond to the ongoing shift in the court-room by framing arguments against the background of “the law” (art. 19 TEU) and the existential jurisprudence.

⁹⁰ J.A. Usher, *General Course: The Continuing Development of Law and Institutions* (in:) F. Emmert, *Collected Course of the Academy of European Law, “European Community Law”* 1991/1, Martinus Nijhoff Publishers 1992 and, in particular, Part V, “The European Court of Justice and its Jurisdiction”, p. 122–135 and his *How limited is the jurisdiction of European Court of Justice*, in *Procedure and the European Court*, J. Dine, S. Douglas-Scott, I. Persaud (eds.), Chancery Law Publishing 1991, at p. 77.

⁹¹ See para 167 of the opinion. For full text <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=EN>.

Contrary to fears expressed here and there, art. 2 TEU is not to be enforced against the Member States in the abstract and the Union would not claim an unfettered competence. Granted the rule of law enforcement must involve all the actors and not just the Court, but the EU political institutions have not been ready to defend the rule of law as vigorously as it deserves. All too often political calculations led to embarrassing silence and short-term bargaining. The issue of great practical importance is what happens when the EU institutions fail in their loyalties to the Union legal order and simply look the other way. This is exactly when the Court, and not other institutions, as has often been the case in the past, stands as a last resort in the way of the Union falling apart. Judge T. Koopmans was quite right when he remarked that “the Court of Justice is aware that lack of judicial interference may very well mean that nothing will happen at all”. While specific manifestations of the rule of law are always subjective and a matter of choice, it is argued that the “traditional” catalogue and recap of the rule of law-inspired general principles have been good for the times where the narrative was driven by “business as usual”. Yet, integration A.D. 2019 is anything but. While the projection of the rule of law through an amalgam of principles has been a staple of the field, much more is needed today. The EU needs to break from the *status quo* and build its own rule of law discourse. The rule of law must be seen as a meta principle that settles the most fundamental question of belonging and identity of meta politics. Instead, what we get is fairly conventional and uncontroversial recap of the state of art, while the times of the rule of law crisis invite academia to move beyond such traditional incantations. Today the role of the rule of law must go beyond mere instrumentalization. It defines and determines the legal standards that are then implemented through principles. The rule of law dictates commands and has a life of its own, rather than being simply expressed through principles.

Often-heard criticism is that the rule of law is always tailored to the objectives of the legal order and the continuation of the EU project, rather than the objectives of the Treaties being interpreted with the rule of law as a stand-alone and overarching meta principle. The challenge thus is flipping this dominant discourse and to break free from the cherished paradigms of understanding the rule of law only through the operation of principles⁹². This analysis changes tack and argues that the rule of law has become a meta principle that dictates certain principles rather than simply being channelled and expressed through them. In 2020 and beyond, the EU needs rule of law manifestations that would have teeth and bite the dark forces behind the rule of law crisis. This is exactly where art. 19 TEU offers a rescue path. It is clear that art. 19 TEU plays a special role and builds around the effective judicial protection by independent courts as the undisputable core of the European rule of law. As the opening quotation by C. Kakouris emphasizes, the untapped remedial potential of art. 19 TEU (“*The Court shall ensure that in the interpretation and application of the Treaty the law is observed*”), 2019 saw the Court following up on this powerful idea (and a dream) of the “unwritten law” that underpins the special ethos of membership in the “Community based on the rule of law”.

⁹² For such a traditional reading see T. Konstadinides, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing, 2017. For criticism of this traditional approach see my counter - argument espoused in “Common Market Law Review” 2020/57 (forthcoming).

As interpreted by the Court in the Polish cases, art. 19 TEU emerges as the complete and stand-alone one in that it dictates its own sphere of application and builds the legal discipline to which it subjects the Member States⁹³. Often heard arguments that it is impossible to establish a unitary conception of the rule of law at the EU level, should be qualified today by the emerging tendency to spell out exactly this: core constitutional elements that distinguish the EU rule of law. By introducing and then repeating over and over the novel terms “*essence*” and “*essential*”, the Court speaks the meta-language of identity and specificity of the EU legal order. Judicial independence as such is not an intrinsic value, rather it is instrumental in ensuring the observance of a first-order right – that is, the right to a fair trial. The very existence of effective judicial review designed to ensure compliance with EU law is *essential* for the rule of law, and it is the duty of every Member State to ensure that the courts meet the requirements *essential* to effective judicial protection in accordance with art. 19 TEU. These *dicta* clearly show that the rule of law is no longer simply an objective, value, *etc.*, but rather that the right to a fair trial, effective judicial protection and independence of the judiciary are becoming First Principles of the EU rule of law. They command very specific duties in the European public space. Art. 19 TEU starts playing two fundamental roles in this process: it provides a normative and axiological anchoring for the rule of law, and it serves as the jurisdictional trigger to enforce and protect the values of art. 2 TEU.

Writing in 2020, it must be clear that art. 7 TEU is not a viable political option at all. However, the Treaties do contain *legal* mechanisms to enforce the rule of law against the member states. Art. 7 TEU neither is nor has to be the centre of the rule of law world in the EU. Rather than spending too much time on unproductive considerations about the need for a new quasi-judicial body that would avoid the criticism of politicization or a new rule of law-mechanism, the effort should have been put on making sure that the Court’s decisions are complied with, that the Court keeps getting the right cases, that these cases are framed in the right way and that any non-enforcement of the judgments is met with stern and unqualified sanction. After all, Poland’s refusal to obey the Court’s judgments and its readiness to do everything possible to circumvent it strike at the very heart of the EU rule of law. The challenge is to use what is legally available, rather than keep finding excuses for not applying the mechanisms already in place. Given the contestation of the rule of law by the member states, one theme that will deserve an in-depth treatment is studying to what extent the promise of the rule of law could have been read into the European project since the inception. Judge U. Everling was right when he said: “*Legal texts are never clear and complete. Gaps must be closed by the courts following the principles laid down in legislation, and new developments must be taken into consideration. Such a jurisprudence is not understood as being ‘judicial activism’ but as Richterrecht or richterliche Rechtsfortbildung which means judge made law*”⁹⁴.

⁹³ I build here on T.T. Koncewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – Part I. What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials?* <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/> and *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – Part II* <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>.

⁹⁴ *On the judge-made law of the European Community’s Courts* (in:) D. O’Keeffe, A. Bavasso (eds.), *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International 2000.

5. RULE OF LAW AS AN IMPLICIT FIRST PRINCIPLE OF THE EUROPEAN LEGAL ORDER

*The European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty*⁹⁵

In this vein, in 2019 and 2020 the Court has been unearthing and making *explicit* what was always *implicitly* embedded in the legal order of the first Communities. If we want to understand the rule of law in the EU in times of constitutional upheavals, we must start engaging more with such meta-level language of identity and belonging. Again, it is here that the role of art. 19 TEU must be and will be front and center of the analysis of the emerging transnational understanding of the rule of law. The existential challenge before the EU's discourse on the rule of law is to embark on, and build a case for, a novel trajectory that would take us from a *rights-based constitutional regime* (already in place in Europe) to a more ambitious *democracy-based transnational rule of law order*. The latter would see "*the transnational rule of law*" to be figuring prominently as one of the essential benchmarks for belonging and identity. It would serve as a novel source of legitimacy for all governance arrangements within the supranational legal order. It would aim to defend the constitutional features/profiles and democratic cores of the units that made up the fabric of the Union. In 2019, the rule of law's primary function is not to act as a brake against the arbitrariness of European institutions, but rather against member states' blatant rejection of the core commitment to the rule of law. The latter, and not the former, is undermining the rule of law as a shared value in ways hitherto unseen. For the Union to survive, it must not only be able to define (happening now), but also to defend the core that binds all the parties to the consensus and that brought them together. Otherwise, the political community is dealt a deadly blow and comes apart at the seams. Agreeing on the essentials is not about pitting one version of the rule of law ("the state") against another ("the Union"), but rather about enforcing these essentials that make this Union a community based on the rule of law. There is simply no middle ground here.

M. Foley argues that a written constitution is not all that it documents and the "written" part of the constitution may be its least important part⁹⁶. He locates a third profoundly fundamental dimension that goes beyond the "written-unwritten" distinction. This dimension rests upon the recognition that in both written and unwritten constitutions there remains an undisclosed component, upon which the stability of a constitution's meaning and authority depends. Such a component remains obscure and compulsively unwritten – no matter how elaborate the rest of the constitution may be. Its significance lies not just in the fact of it being unwritten, but in its

⁹⁵ Case 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" v. European Parliament*, para 23.

⁹⁶ M. Foley, *The Silence of Constitutions. Gap, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government*, Routledge 2011.

need to remain unexpressed and unfathomable, in order for it to maintain its “essential character”⁹⁷. The intermediate layer of obscurity represents not just a difference in scale to the other two layers, but a difference in kind. The layer “(...) accommodates those implicit understandings and tacit agreements that could never survive the journey into print without compromising their capacious meanings and ruining their effect as a functional form of genuine and valued ambiguity.” Such “understandings” only remain understood as long as they remain sufficiently obscure to allow them to retain an approximate appearance of internal coherence and clarity, while at the same time accommodating several potentially conflicting and unresolved points of issue. The resolution of conflict in such cases is that of suspended irresolution – either consciously secured or, which is far more probable, unconsciously and unintentionally acquired⁹⁸. Such understandings are referred to by the term “constitutional abeyance”, which reflects the dormant suspension implicit in what appears to be quite explicit constitutional arrangements⁹⁹.

Foley’s conceptualization of constitutional abeyances is helpful in understanding the constitutional stakes behind, and risks hidden in, existential jurisprudence of the Court of Justice. The decision to set up the European Communities, back in the 1950’s, was based on the implicit consent to abide by certain constitutional essentials. The rule of law was always embedded in the legal order of the EU and thought of as a break with the lawless past and a move away from the power politics of nation states. It meant to frame and civilise. The consent in turn flowed from shared understanding that such implicitness indeed existed. No one questioned this. Tacit agreement sufficed as there was expectation that the implicit would never be questioned in principle. The system would be best served by the existence of implicit “hanging” between the written and unwritten. It was believed that integration would be best served by such an approach.

“The Rule of Law Crisis” calls for “the implicit” to be elucidated, developed and ultimately protected – to be spelt out explicitly. Such spelling-out is an uneasy process of expressing what has been always taken for granted at the level of the unwritten. While this does not call into question the shared value of implicit understanding, it changes the level of specificity as the contours of “the implicit-explicit divide” are now to be mapped out and defined for all. Filling out the implicit¹⁰⁰ understanding with its explicit content has now begun and it might disturb the delicate balance of the constitutional document: either the shared element, now elevated to the explicit core, will prevail as part of the consensus, or disruptive forces will continue to call into question the shared element of our union and in the end they will bring the consensus down.

Treaty objectives and design explicitly drew on the implicit understanding of the law and legal order that was to be put in place. The implicitness deferred the discus-

⁹⁷ M. Foley, *The Silence...*, pp. 7–8.

⁹⁸ M. Foley, *The Silence...*, p. 9.

⁹⁹ M. Foley, *The Silence...*, p. 9.

¹⁰⁰ On the implicit embeddedness of the rule of law in the legal order of the Community from its inception, A. Magen, L. Pech, *The rule of law and the European Union* (in:) Ch. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar 2018, p. 237–238.

sion of the core and content. All parties involved assumed that the rule of law was an essential part of the original consensus that was never to be called into question. The rule of law crisis exposes the volatility of the implicit understanding(s). The journey within the implicit understood as the shared understanding of essentials was present in the past but as the Community grew, evolved and differentiated, “the shared” became contestable. Seen from that perspective, the rule of law crisis brings to light the misunderstandings and calls into question the avowed shared dimension of the implicit core of the Union. The rule of law crisis has the potential to play both an explicatory and revealing role. It might bring to the surface essential elements of the constitutional bargain and open the discussion on the final contours of what was presumed as fundamental, yet implicit in the parties’ decision to join the Communities back in 1951. The crisis is elevating constitutional abeyances to the mainstream constitutional discourse and testing the limits of acceptance. The ambiguity and obscurity that defined constitutional abeyances is now replaced by open and critical bargaining over the explicit and the states’ limits of acceptance. Tacit understandings are turned into loud misunderstandings and the Court of Justice finds itself caught in the middle of this critical axiological juncture.

The Court has always been recognized as a powerful political player that is capable of casting its judicial shadow on all actors in the governance structure. The imagination and courage the Court showed in the string of cases starting with the logging case¹⁰¹ and the Portuguese judges case¹⁰², and more recently in the Polish Supreme Court controversy¹⁰³, reminds us what *Niamh N. Shuibhne* called “responsibilities of constitutional courts”¹⁰⁴. She argued that a constitutional court has a responsibility to protect and to further the objectives and values enshrined in the constitution to ensure that the rights and protections promised by the constitution are realized.

¹⁰¹ T.T. Koncewicz, *The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts*, <https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/>; D. Sarmiento, *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, <http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/>. Editorial. *Winter is coming. The Polish Woodworm games*, “European Papers” 2017/2, p. 797; L. Coutron, *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieża*, “Revue Trimestrielle de droit européen” 2018/4–6, p. 321; T. Martin, *Le large pouvoir d’appréciation du juge des référés au service de l’efficacité du droit de l’Union européenne*, “Cahiers de droit européen” 2018/54, p. 495; P. Wennerås, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, EU:C:2017:877, “Common Market Law Review” 2019/56, p. 541.

¹⁰² Judgment CJUE, 27.2.2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v Tribunal de Contas*, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199682&pageIndex=0&doClang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5411432>. On the case, consult M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, “European Constitutional Law Review” 2018/14, p. 622; L. Pech, S. Platon, *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, “Common Market Law Review” 2018/55, p. 1827.

¹⁰³ L. Pech, S. Platon, *The beginning of the end for Poland’s so-called “judicial reforms”? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, <https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>.

¹⁰⁴ N.N. Shuibhne, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press 2013.

Deciding Polish cases, the Court is not only rediscovering old precedents, but first and foremost building on what Judge Kakouris called “the mission of the Court”¹⁰⁵. Respect for, and trust in the rule of law are existential components of the original consensus on which all other commitments of the parties are built. The moment these principles start to crumble, so will fragile European consensus. When read in the light of *Van Gend en Loos* and *Simmenthal*, “existential jurisprudence” is firmly anchored in and tailors it to the rule of law crisis. Although the courtroom must not be seen as the place to solve all problems, it offers one powerful mechanism against “exit” dynamics. As more and more rule of law cases make their way to the Court, existential jurisprudence must be seen as an exercise in constitutional balancing that will be shaped by the context (the Court’s institutional and political awareness in reading the political consensus), consequences (judicial diplomacy), mandate (adherence to the basic values and defending Union legality as expressed in Art. 19 TEU) and, finally, the interaction as the mandate keeps reinforcing and informing the interpretation of the competences. Such balancing will in the end determine the success (or failure) of the Court. A blind court decoupled from political reality, will harm its own legitimacy, as politics will increasingly oppose its rulings.

With the First Principles slowly taking shape, the Court will be faced with the equally difficult challenge of smoothing the rough edges of these principles. The Court must be aware of both the opportunities and limitations that the new constitutional politics in Europe entail. One can clearly see the various trajectories and risks involved in the existential jurisprudence. The trajectory which might be conveniently called “Back then” was built on the First Principles as constitutional abeyances. The “Here and Now” trajectory moves us now from implicit understanding to explicit expression. The possible trajectory of “Tomorrow” will reconstruct and enforce the rule of law as an essential precondition for all parties’ deferral to one another and to the Union they had created. Rule of law, separation of powers, judicial review, and judicial independence are slowly emerging from the shadows of constitutional abeyances and start operating as procedural benchmarks of European constitutionality. Even though the contours of existential jurisprudence are still in the process of being rediscovered, this jurisprudence has already started playing its important systemic role. It determines the rules of the game and enforces them against the foul players. These essential principles ordain the game that is played on the integration field under the watchful eye of the Court.

“Existential jurisprudence” challenges us to make a bold conceptual shift from the EU as a market-driven entity to a democracy-enforcing supranational community of states that are equal and committed to the common project. The approach must be holistic, straddling the political and the legal, with each side knowing what and how the other is doing in pursuance of their own loyalties to the system. The states must speak with one voice and reaffirm their commitment to the EU values that underpin the community. Only such commitment could then translate into a more technical aspect of the tools (“how”). The catalogue of such First Principles (understood as an uneasy com-

¹⁰⁵ C.N. Kakouris, *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l’ethos du Juge*, “Revue des Affaires Européennes” 1994/4, p. 35.

bination of the myriad of texts, precedents, policies, competences) would operate as a counterweight to the “*non-droit*”.

At the heart of the European project and governance lies a fundamental commitment to the set of First Principles that the Member States, institutions, and civil society actors, all bound by the Treaties, expect and trust that others will uphold. The rule of law is but one of these First Principles as it transformed “political power” into “political power constrained by law” – as I have already argued elsewhere¹⁰⁶. The process of unearthing, reconstructing and operationalising the catalogue of First Principles would provide a reference point for the political leaders’ own itinerary and focalise their efforts. Maximizing the remedial framework here and now is the most fundamental challenge, as evidenced by the growing number of rule of law cases¹⁰⁷. More importantly, as dozen more cases line up, the Court will have plenty of opportunities to spell out in more detail the consequences of the emerging doctrine¹⁰⁸. For the Court, stakes could not be higher, because it might be the engine of integration indeed, but at the end of the day, it is the independent national courts that generate energy¹⁰⁹.

The resort to art. 19 as a jurisdictional trigger, and to art. 2 TEU as a benchmark, is nothing short of revolutionary and deserved to be analysed as such. As a result, we have a novel understanding of EU legality which embraces not only the traditional understanding of the EU law (rules and norms), but also justiciable values enforced through courts. Such a broad reading of the legality is necessary to close off the exit in legality and lessen the adverse impact of the European design in error. The case law (as an instance of the social practice) of the Court of Justice shows how the Court, despite the errors in constitutional design (see *supra*), has been closing off the exit strategies for

¹⁰⁶ On this, see my *Pogarda dla sądów to POLEXIT*, “Gazeta Wyborcza” at <http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html> and more recently *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?*, “Dialog” 2020/131.

¹⁰⁷ Request for a Preliminary Ruling Under Article 267 TEU from the Supremo Tribunal Administrativo, (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses v. Tribunal de Contas*), Judgment, 2018 I.C.J. 117; see, e.g., M. Ovadek, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>; M. Taborowski, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges Against Poland*, <https://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/>; L. Pech, S. Platon, *Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>.

¹⁰⁸ Case C-522/18, *DŚ v. Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Jaśle* (Request for a preliminary ruling from the Supreme Court (Poland) lodged on 9 August 2018); Case C-537/18, *YV*, lodged on 17 August 2018 (Supreme Court); Case C-558/18, Request for a preliminary ruling from the Regional Court in Lodz (Poland) lodged on 3 September 2018, *City of Łowicz v. State Treasury – Governor of Łódź Province*; Case C-563/18, Request for a preliminary ruling from the Regional Court in Warsaw (Poland) lodged on 5 September 2018, *Criminal proceedings against VX, WW and XV*; Case C-668/18, Request for a preliminary ruling from the Supreme Court (Poland) lodged on 26 October 2018, *BP v UNIPARTS S.?.r.l.*, having its registered office in Nyon; March 19 hearing in the joined cases C-585/18 and C-624/18, C-625/18; The Law of 8 December 2017 on the Supreme Court.

¹⁰⁹ D.A.O. Edward, *National Courts – The Powerhouse of Community Law*, “The Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2002–2003/5, p. 1.

the rogue member states. As a result, we are facing a paradigmatic shift where the values (e.g. Rule of law) are becoming fully justiciable concepts in their own right. Article 2 TEU is not only political, but it imposes legal duties which are enforceable by the Court through Article 19 TEU.

We know today that art. 2 TEU is not declaratory but has a substantive dimension¹¹⁰. The Court has clearly embraced it as the hard core of EU law and made it justiciable. Crucially, this existential jurisprudence explains that the jurisdiction of the Court is triggered irrespective of any link to substantive EU law other than Article 2 TEU and the duty to respect the values spelt out therein. “Rule of law” is a legal term and as such, within the purview of the Union courts. Member States are under a legal duty to have independent courts as a general matter of State organization. A general obligation to guarantee judicial independence of national courts is directly grounded in the Treaties (Art. 2 TEU as a rationale and Art. 19 TEU as a jurisdictional trigger). The importance of this jurisprudential shift must not be downplayed¹¹¹.

As existential jurisprudence recognizes this systemic function of domestic courts and brings to the surface step by step the components of the European rule of law, the journey has only started. President *Lenaerts* poignantly argues: “Cases which put courts at distress provide good evidence from which one may determine whether the judiciary enjoys legitimacy. Indeed, it is in complex cases that courts often prove what they are (and are not) capable of”¹¹².

While the uneasy questions “how far” always remain, the Court’s trajectory has already been set. This is only the beginning, though. As Polish populist authoritarians are here to stay, so is the constitutional challenge of judicial demarcation and line - drawing in front of the Court. No doubt, then, that the journey, and many jurisprudential tests the Court will be put to, will continue. This must be so, because after all the Court is a court of law, and the Union is a community of law and, as eloquently expressed by

¹¹⁰ For most recent in-depth analysis see working papers published as part of the H2020 RECONNECT consortium: *Meaning and Scope of the EU Rule of Law and Unity and Diversity in National Understandings of the Rule of Law in the EU*, <https://reconnect-europe.eu/publications/deliverables/>

¹¹¹ See *supra*. For more detailed analysis, consult also L. Pech, S. Platon, *The beginning of the end for Poland’s so-called “judicial reforms”...*; L. Pech, S. Platon, *Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, at <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>; A. Rosas, *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, “CEPS Policy Insights” 2019/3; Editorial. *Winter is coming. The Polish Woodworm games*, “European Papers” 2017/2, p. 797; P. Wennerås, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, “Common Market Law Review” 2019/56, 541; T.T. Konciewicz, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey* at <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-konciewicz/>; T.T. Konciewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I* at <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>; T.T. Konciewicz, *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution’s Unwritten Understanding(s) Part II* at <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>.

¹¹² K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, “Fordham International Law Journal” 2013/36, p. 1303, 1369–1370.

Advocate General F. Mancini, in *Les Verts*¹¹³: “[T]he obligation to observe the law takes precedence over the strict terms of the written law. Whenever required in the interests of judicial protection, the Court is prepared to correct or complete rules which limit its powers in the name of the principle which defines its mission”.

With this the time of mega-politics¹¹⁴ has indeed arrived. However, to stop here, would be to paint only half of the picture.

6. EPILOGUE... OR A NEW PROLOGUE: LOOKING BEYOND THE COURT – ROOM. MEET THE JOURNEY

I believe that our endless discussion of HOW has caused us to lose sight of WHY
David A. O. Edward¹¹⁵

Thanks to the Court, the EU legal order seems to be past the conceptual haziness that has always marked the debate about the rule of law. It is ready to settle on some essential characteristics that form its non-negotiable core binding on all parties and defining their commitment to the European project. If there is one general take-away from the rule of law crisis, it is the gradual emergence of First Principles. The catalogue of such principles goes beyond the sacrosanct direct effect and supremacy, and extends to the rule of law as the catalogue’s conceptual and moral heart. We must be honest and explicit that when we say that the rule of law has become an entrenched, overarching and enforceable value and First Principle of the EU legal system, we expound the very basic premise of the political community that the Union no longer aspires to, but undoubtedly is.

One of the recurrent themes in the analysis has been the fact that the democratic backsliding in Poland has painfully showed that EU constitutional system and design have been in error of “*normative asymmetry*”. Back in 1951, the authority to ensure that states remain liberal democracies has not been effectively translated into *law*, which was understandable given the fresh memories of horrors wrought upon the continent by the World War II, so the Founding Fathers believed that these memories would be enough to stave off any backsliding into authoritarianism. History never stops, though, it always moves on and today the once unthinkable democratic backsliding within the EU challenges the original hopes of the European project and tests its design. The Council of Europe’s role was limited to a hopeless spectator, at best sending letters of outrage and empty threats. OSCE did not even try to play a role and kept silence throughout the capture of liberal democracies. Venice Commission’s expertise and advice have never been translated into tangible actions and integrated into sys-

¹¹³ Case 294/83, *Parti écologiste “Les Verts” v European Parliament* <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294>.

¹¹⁴ For the term R. Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, “Annual Review of Political Science” 2008/11 at p. 93.

¹¹⁵ D. Edward, *Luxembourg in Retrospect: A New Europe in Prospect*, “European Business Journal” 2004/120, at p. 126.

temic response. EU has been always one step behind the events on the ground and it became clear that the system suffers from the existential drawback: the states which are the source of a distrust and fear are called on to sit at trial over one of their fellow member states. As a result, there was no coordinated systemic action and the capture marched on emboldened and strengthened by the lack of credible international and supranational counter-strategies.

This is where the challenge of *thinking globally* and out of the box comes to the fore. *Thinking globally* means moving beyond “the populism talk” and instead focusing on the constitutional features of the emerging counter-narrative in Europe. *Thinking globally* requires *rethinking* the narrative of the European Union or what *G. de Búrca* evocatively calls its *raison d'être*. *Thinking globally* requires revisiting the *substance* of the EU membership by engaging with new kind of regimes within the EU. *Thinking globally* calls on reimagining the constitutional design and critically re-evaluating some of the basic underpinnings of the liberal constitutionalism. *Thinking globally* moves this beyond nebulous notion of “democratic backsliding” and towards the new constitutional doctrine that challenges the standard origin of the EU and undermines the post-1945 liberal consensus. The contours of this new doctrine/tradition revolve around few basic tenets. The politics, rather than being tamed and constrained by law, are increasingly seen as the threat to the constitution. The constitutions are no longer seen as shields against the state, rather they protect the uniqueness of the state and nation understood in ethno-cultural terms. Constitutional courts are transformed from counter-majoritarian institutions to government enablers; rule of law becomes rule by law, checks and balances. Responses from the supranational to violations of democracy and the rule of law must be holistic, straddling political and legal, with each side knowing what and how the other is doing in pursuance of their own fidelities to the system.

In these changed circumstances European *decision-makers* need to have an access to generalist expertise and advising that show the signs of deterioration in the functioning in the democratic system before the collapse happens. This new-age advising should be able to tell them *when* and *where* the trouble is brewing, and *what* the benchmarks for the enforcement should be. *Experts* must move beyond the traditional sectoral and fragmented analysis of checklists, and instead look for the signs of systemic deterioration in the right places. Rather than looking at pieces, they must learn how to disentangle the interaction and effect of the parts on the whole. *International and supranational courts* must be able to deter the systemic deficiencies in the functioning of the liberal democracies by enforcing the commitment to maintain self-sustaining democracy with checks and balances. Unless such recalibration of methods, perspectives and benchmarks happens on the part of supranational community, the new autocrats will be able to continue to hide under the legalistic and constitutional cover while hollowing out the essence of liberal constitutionalism, once thought to be the driving force behind European integration.

However, with the politics of resentment staring right into EU's, the ever - closer union is being challenged in ways that require more than retooling *the legal register* and the imaginative Court. When dealing with the democratic backsliding, one has to avoid

danger of being trapped in the world of legal expertise and arcane legalistic approaches to the current crisis. The question “*how*” the EU constitutional design should be adapted (analysis *supra*) must go hand in hand with revisiting “*why*” question. In other words: changing the ailing constitutional design of the EU in the name of Whom¹¹⁶?

Properly understood, the democratic backsliding brings about the challenge of *rethinking* the constitutional design of the EU (see *supra*). *Rethinking* requires revisiting the *substance* of the EU membership by engaging with the new kind of regimes within the EU and asking what it means to be a member state of the EU in the 21st Century. The language, and perspectives through which the EU looks at its Member States, must be challenged, and changed. Member States must be invested in the legal order and the integration project by repeated acknowledgement that they want to respect the understanding of the EU legality and its First Principles that brought them together. The states must speak with one voice that they are ready to defer to the common institutions enforcing these Principles in the name of the community. This commitment would then translate into more technical aspect of the tools (“*how*”) and build a remedial framework for the systemic and holistic response to the democratic backsliding.

In 2020 and beyond, the EU faces a challenge of *mega-politics* centred around questions of belonging and identity. By belonging to the supranational legal order, its actors limit their choices by committing to the order’s practice and its understanding of legality. What must be appreciated and studied more is the critical interaction between the *legal* dimension of the integration (search for optimal tools and enforcement competences to safeguard the integrity of the EU order) and its *ethical* face (narrative and justification that would explain in the name of whom the EU acts to defend its First Principles). This is where the “EU rule of law discourse” faces its true constitutional challenge before it can lay claim to a rule of law becoming Our Rule of Law. One question that must be addressed head-on is whether it is possible to interpret the rule of law in a way that would move beyond its traditional understanding as merely circumscribed principles geared up to the attainment of the objectives of the Treaties. While we might not yet be in the position to proclaim that we know what exactly the EU rule of law means, it is certainly no longer the case that the rule of law means “different things to different people”.

It is proposed here that there are 4 major and interconnected challenges as we move forward. These challenges both *empower*, and *constrain*, the dynamics within the courtroom that were touched upon here.

Firstly, the EU must rethink EU membership and the lenses through which it looks at its member states: this requires a bold conceptual shift from the EU as a market-driven entity to a democracy-enforcing supranational community of equal states invested in the supranational legal order and committed to the common project and its systemic and organisational principles. The standard legal framework of enforcement and monitoring dominated by the perspective of rights must also embrace constitutional essentials and structures that make up the fabric of the legal order. The supranational legal discipline sets out the acceptable limits for the use of state power.

¹¹⁶ Editorial. *Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?*, <http://www.europeanpapers.eu/it/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom>.

Secondly, the EU must critically retool its own legal apparatus, mechanisms and approaches in response to the changing political and legal environment. This calls for the holistic approach that would straddle the political and the legal with each side knowing what and how the other is doing in pursuance of their own fidelities to the system.

Thirdly, the EU must refocus its own narrative which should concentrate around the catalogue of fundamental First Principles of transnational governance: The challenge that the EU is facing boils down to not so much the lack of common points of reference, but rather to the lack of understanding among the Peoples of Europe *why* and *how* the quality of democracy and the rule of law in one of the member states should matter to them.

Fourthly, all of us writing on the rule of law must pay more attention to tracking down, understanding, and explaining “the social life” and the practice of what I call “supranational legality”. The challenge before us lies in moving beyond the text and to reconstruct “the social life” or, using the transnational equivalent, *practice* of the Treaties. As the EU supranational governance and law are not only about the (imperfect) text(s), but equally about the actors’ actions on the basis of these text(s), the terms “*social life*” and *practice* have the potential to explain how the document and the institutions serve the citizens of the EU. They would bring together the normative (text), empirical (institutions) and sociological. The question how “the Treaty”, understood as an imaginary reference point for our European fidelity, expresses (or not) aspirations of the European citizens, and how it helps (or not) them change their lives for better, is still neglected¹¹⁷. As things stand right now, domestic rule of law and politics in the (backsliding) member states are of no concern to the Dutch, French, *etc.* people. Simply put, they are not seen as forming part of the supranational legality¹¹⁸.

Where does it all leave us now?

The winds of constitutional change and of new openings have been blowing in 2019 and beyond. Given the radicalization of the domestic politics of resentment (new Polish draft law on the judiciary has disciplinary proceedings in store for these judges that will refuse to apply the statutes incompatible with the EU law without first asking the fake constitutional court and, make no mistake, that is only one of many legal shenanigans designed to ... fix the judiciary and ... implement the Court’s case law)¹¹⁹, the challenge before the EU cannot be clearer: either learn from the past mistakes in dealing with untrustworthy and disloyal states like Poland and show readiness to look critically in the mirror, ... *or* lose all credibility and moral high ground and, ultimately, perish¹²⁰.

¹¹⁷ Editorial. *EU law as a way of life*, “Common Market Law Review” 2017/54, p. 357.

¹¹⁸ *Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?*, “European Papers” 2017/1, p. 711, <http://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom>.

¹¹⁹ L. Pech, P. Wachowicz, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/>; *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/>; T.T. Konciewicz, *QUO Vadis Polonia...*

¹²⁰ At the time of writing, it became clear that the situation gets worse and worse by the day. See most recent interim injunction of the Court in case C-791/19, *Commission v Poland*. In this case, the Court has suspended the operation of the Disciplinary Chamber in the Polish Supreme Court. On the

In 2020, the EU *technocratic body* will no longer be able carry on without the *principled soul*. While in 2019 the Court of Justice might have started chartering and framing a trajectory for 2020 and beyond in bold terms as envisaged by P. Pescatore, it will no doubt need full and unwavering commitment and fidelity to the common project from the political. The EU has entered 2020 bruised and hesitant, at times even lost and on the defensive¹²¹. Whether the faceless, visionless and spineless politics will follow the Court's lead and will be up to the challenge of defending the most precious of European founding values, that of trust in the law and respect for the courts, is anything but certain.

This unbearable uncertainty stands as the ultimate proof of the critical juncture that the European project and its dream of creating of an ever - closer union among peoples of Europe finds itself at.

ABSTRAKT

dr hab. Tomasz T. Koncewicz

Autor jest profesorem prawa, kierownikiem Katedry Prawa Europejskiego i Prawa Porównawczego Uniwersytetu Gdańskiego.

Ponadnarodowa *rule of law* jako metazasada Europejskiej Przestrzeni Publicznej – esej o ewoluującej podróży w kierunku jak najściślejszej unii pomiędzy narodami Europy

Niniejsza analiza argumentuje, że tak zwana reforma sądownictwa w Polsce wywołała paradygmatyczny zwrot w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Odpowiadając na pytania sądów polskich i rozstrzygając w przedmiocie skarg kierowanych przez Komisję przeciwko Polsce, Trybunał Sprawiedliwości pozostaje w zgodzie ze swoim mandatem, a cytując słowa jednego z byłych sędziów C. N. Kakourisa, „swoją misją”, zapewnienia przestrzegania „europejskiej legalności” w obrębie stosowania i interpretacji prawa europejskiego. Podkre-

case, see Press Release 47/20 at <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200047en.pdf> and analysis by L. Pech, *Protecting Polish Judges from the Ruling Party's "Star Chamber"* at <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-the-ruling-partys-star-chamber/>. The government has made it clear that it will not comply with the interim order. For first reactions, consult <https://oko.press/poploch-w-rzadzcie-po-decyzji-tsue-w-sprawie-izby-dyscyplinarnej-premier-kieruje-wniosek-do-tk/> For my own take, see (in Polish) *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie*, "Rzeczpospolita" 15.04.2020, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html> and *Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii sądownictwa*, <http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/>

¹²¹ More recently, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>.

ślając rule of law jako wartość wspólną w obrębie Europejskiej przestrzeni prawnej i wyjaśniając elementy składowe ponadnarodowej rule of law, Trybunał egzekwuje zobowiązania państw członkowskich, zobowiązania, które od zawsze były implicite wpisane w europejski porządek prawny. O ile kształtujące się orzecznictwo dodaje nowy konstytucyjny poziom do zastanego pojęcia wspólnoty prawa, o tyle pytania o dokładny zasięg, wpływ i znaczenie tak formującego się orzecznictwa wykraczają znacznie poza salę sądową i zmuszają do podjęcia dyskusji nad kwestiami natury egzystencjalnej skupionymi wokół mega politics, tożsamości i samej przynależności do wspólnoty prawa.

Pojęcia kluczowe: *polityka resentmentu, democratic backsliding, rule of law, wspólnota prawa, europejski konsensus, granice sali sądowej, sędziowski etos, rola władzy politycznej*

Tomasz T. Koncewicz

ORCID: 0000-0002-7944-9665; e-mail: Tomasz.Koncewicz@eui.eu

The author is a professor of law and Director of the Department of European and Comparative Law, University of Gdansk.

REFERENCES (SELECTION)

Ahmed Sara, *The Cultural Politics of Emotion*, Edinburgh University Press 2014

Albert Richard, *Four Unconstitutional Constitutions and their Democratic Foundations*, "Cornell International Law Journal" 2017/50, p. 169, https://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2860442

Albert Richard, *The Theory and Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment in Canada*, "Queen's Law Journal" 2016/41, p. 143, <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1984&context=lsfp>

Arnulf Anthony, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999

Barak Aharon, *Unconstitutional constitutional amendments*, "Israel Law Review" 2011/44, p. 321;

Bard Petra, Kochenov Dimitry, *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU: The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*, "RECONNECT Working Paper" 2018/1, https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/07/RECONNECT-KochenovBard-WP_27072018b.pdf

Bieber Richard, *Les limites matérielles et formelles à la révision des traités établissant la Communauté européenne*, "Revue du Marche Commun et de l'Union européenne" 1993/4, p. 343

Biglami Francesca (ed.), *Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press 2020

- Blokker Paul**, *Populist Constitutionalism*, Verfassungsblog, 4.05. 2017, <http://verfassungsblog.de/populist-constitutionalism/>
- Bonelli Matteo, Claes Monika**, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, "European Constitutional Law Review" 2018/14, p. 622
- Closa Carlos, Kochenov Dimitry**, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, "Cambridge University Press" 2016, at p. 3
- Closa Carlos, Kochenov Dimitry, Weiler Joseph H.H.**, *Reinforcing the rule of law oversight in the European Union*, "Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper" 2014/25, p. 1–33, at 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260
- Coutron Laurent**, *La Cour de justice au secours de la forêt de Białowieska*, "Revue Trimestrielle de droit européen" 2018/4–6, p. 321
- Cramer Kathryn J.**, *The Politics of resentment: Rural consciousness in Wisconsin and the Rise of Scott Walker*, University of Chicago Press 2016
- Cruz Julio B.**, *The Changing Constitutional Role of the European Court of Justice*, "International Journal of Legal Information" 2006/34, p. 223
- Daly Tom**, *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, I-CONnect, <http://www.icconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/>
- Dawson James, Hanley Sean**, *What's wrong with East-Central Europe?* "Journal of Democracy" 2016/27, p. 20
- de Búrca Grainne**, *Europe's raison d'être*, New York University School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper 9/13 (2013), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2224310
- Dupré Catherine**, *The Unconstitutional Constitution: A Timely Concept* (in: *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (eds.), Hart Publishing, Oxford–Portland 2015
- Dehousse Renaud**, *The European Court of Justice. The Politics of Judicial Integration*, Macmillan Press Ltd. 2008
- Editorial Comments. About Brexit negotiations and enforcement action against Poland: The EU's own song of ice and fire*, "Common Market Law Review" 2017/54, p. 1309
- Editorial Comment. 2019 Shaping up as a challenging year for the Union, not least as a community of values*, "Common Market Law Review" 2019/56, p. 1
- Editorial Comments. Union membership in times of crisis*, "Common Market Law Review" 2014/51, p. 1–12
- Editorial. Enforcing the Rule of Law in the EU. In the Name of Whom?*, "Eu-

- ropean Papers” 2017/1, p. 711, <http://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/enforcing-the-rule-of-law-in-the-eu-in-the-name-of-whom>
- Editorial. EU law as a way of life*, “Common Market Law Review” 2017/54, p. 357
- Editorial. Membership In Times of Crisis*, “Common Market Law Review” 2014/51, p. 1
- Editorial. Winter is coming. The Polish Woodworm games*, “European Papers” 2017/2, p. 797
- Edward David**, *A.O. Luxembourg in Retrospect: A New Europe in Prospect*, “European Business Journal” 2004/120, p. 126
- Edward David**, *National Courts – The Powerhouse of Community Law*, “The Cambridge Yearbook of European Legal Studies” 2002–2003/5, p. 1
- Everling Ulrich**, *On the judge-made law of the European Community’s Courts* (in:) D. O’Keefe, A. Bavasso (eds.), *Judicial Review in European Law. Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International 2000
- Everling Ulrich**, *Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, (1994) 29 EuR 127, at p. 143
- Everson Michelle, Eisner Julia**, *The Making of European Constitution*, “Judges and law Beyond Constitutive Power” 2007/41
- Freeden Michael**, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Oxford 1996
- Foley Michael**, *The Silence of Constitutions. Gap, ‘abeyances’ and political temperament in the maintenance of government*, Routledge 2011
- Garthoff Jon**, *The Idea of an Overlapping consensus revisited*, “Journal of Value and Inquiry” 2012/46, p. 183
- Ginsburg Tom Huq, Aziz**, *How we lost constitutional democracy* (in:) C.R. Sunstein, (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York 2018
- Huq Aziz, Ginsburg Tom**, *How We Lost Constitutional Democracy* (in:) C. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, 2018
- Kakouris Constantinos N.**, *La Cour de justice des Communautés européennes comme Cour Constitutionnelle: Trois Observations* (in:) *Festschrift für Ulrich Everling*, O. Due, M. Lutter, J. Schwarze (eds.), Baden-Baden 1995
- Kakouris Constantinos N.**, *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l’ethos du Juge*, “Revue des Affaires Européennes” 1994/4, p. 35
- Kochenov Dimitry, Pech Laurent**, *Upholding the rule of law in the EU: On the Commission’s ‘Pre-article 7 Procedure’ as a timid step in the right direction*, “Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Paper”

2015/24, p. 1–16, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35437/RSCAS_2015_24.pdf (30.04.2020)

Koncewicz Tomasz T., *Constitutional courts as frontier institutions in the European constitutional space. On the road towards “Van Gend en Loos 2?”*, “Indian Journal of Constitutional and Administrative Law” 2018/ 2, p. 1

Koncewicz Tomasz T., *Czy Polska jest gotowa na wspólnotowe myślenie*, “Rzeczpospolita” 15.04.2020, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1426269-Czy-Polska-jest-gotowa--na-wspolnotowe-myslenie.html>

Koncewicz Tomasz T., *Democratic backsliding and the European Constitutional Design in Error: When will How meet Why?*, at <https://verfassungsblog.de/the-democratic-backsliding-and-the-european-constitutional-design-in-error-when-how-meets-why/> and the analysis infra (30.04.2020)

Koncewicz Tomasz T., *Filozofia unijnego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Warsaw 2020, in particular chapters I and V

Koncewicz Tomasz T., *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – How the Court of Justice is Spelling out the Constitution’s Unwritten Understanding(s) Part II* at <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>

Koncewicz Tomasz T., *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?* <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/> and *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – Part II* <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-ii/>

Koncewicz Tomasz T., *On the Rule of Law Turn on Kirchberg – What and How has the Court of Justice Been Telling Us About the EU Constitutional Essentials? Part I*, <https://verfassungsblog.de/on-the-rule-of-law-turn-on-kirchberg-part-i/>

Koncewicz Tomasz T., *PIS takes its first step on the way toward POLEXIT*, “Gazeta Wyborcza”, 13.08.2017, <http://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszczy-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-do-polexitu.html?disableRedirects=true>

Koncewicz Tomasz T., *Pogarda dla sądów to POLEXIT*, “Gazeta Wyborcza”, <http://wyborcza.pl/magazyn/7,124059,25134071,pogarda-dla-sadow-to-polexit.html>

Koncewicz Tomasz T., *POLEXIT? Quo Vadis Polonia?*, “Dialog” 2020/131

Koncewicz Tomasz T., *Polish Counter – Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, 2020 Jahrbuch des Öffentlichen Rechts (forthcoming)

Koncewicz Tomasz T., *Ten Anti-Constitutional Commandments*, <https://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/>

- Koncewicz Tomasz T.**, *The Białowieża case. A Tragedy in Six Acts*, <https://verfassungsblog.de/the-bialowieza-case-a-tragedy-in-six-acts/>
- Koncewicz Tomasz T.**, *The Democratic Backsliding and the European constitutional design in error. When will HOW meet WHY?*, <https://reconnect-europe.eu/blog/european-constitutional-design-error-koncewicz/>
- Koncewicz Tomasz T.**, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey* at <https://reconnect-europe.eu/blog/existential-jurisprudence-koncewicz/>
- Koncewicz Tomasz T.**, *The existential jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* (in:) K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, Warsaw 2019
- Koncewicz Tomasz T.**, *The Polish Counter-Revolution Two and a Half Years Later: Where Are We Today?*, <https://verfassungsblog.de/the-polish-counter-revolution-two-and-a-half-years-later-where-are-we-today/>
- Koncewicz Tomasz T.**, *The Politics of Resentment and First Principles in the European Court of Justice* (in:) F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises and prospects*, Cambridge University Press 2020
- Koncewicz Tomasz T.**, *Understanding the politics of resentment: of the principles, institutions, counter-strategies, normative change and the habits of heart*, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019/26, s. 501
- Koncewicz Tomasz T.**, *Unijny sąd nad Izbą Dyscyplinarną. O wspólnocie prawa i unijnej filozofii sądzenia*, <http://konstytucyjny.pl/tt-koncewicz-unijny-sad-nad-izba-dyscyplinarna-o-wspolnocie-prawa-i-unijnej-filozofii-sadzenia/>
- Koncewicz Tomasz T.**, *Zasada jurysdykcji powierzonej Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich: o jurysdykcyjnych granicach i wyborach w dynamicznej "wspólnocie prawa"*, Warsaw 2009
- Koncewicz, Tomasz T.**, *The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design* (in:) X. Contiades, A. Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge 2020
- Koncewicz Tomasz T.**, **Zajadło Jerzy**, *Po co PiS-owi konstytucja? Po nic. Woli państwo bez prawdziwej Konstytucji*, <https://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/>
- Krastev Ivan**, *What's Wrong with East-Central Europe? Liberalism's Failure to Deliver*, "Journal of Democracy" 2016/27, p. 35
- Landau David**, *Abusive Constitutionalism*, "University of California Davis Law Review" 2013/47, p. 189

- Law David, Versteeg Mila**, *Sham Constitutions*, "California Law Review" 2013/4, p. 863
- Lecourt Robert**, *L'Europe des Juges*, Bruxelles 1976
- Lenaerts Koen**, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, "Fordham International Law Journal" 2013/36, p. 1303, 1369–1370
- Łukaszewicz Agata, Strzembosz Adam, Koncewicz Tomasz**, *Historia pokazała, że warto być uczciwym*, "Rzeczpospolita" 22.01.2020, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1420377-Historia-pokazala-ze-warto-byc-uczciwym.html>
- Kochenov Dimitry, Jakab Andras**, (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Cambridge University Press 2017
- Konstadinides Theodor**, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Hart Publishing 2017
- MacCormick Neill**, *Beyond the Sovereign State*, (1993), 56 "Modern Law Review" 1993/56, p. 1
- MacCormick Neill**, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, "European Law Journal" 1995/1, p. 259
- Magen Amichai**, *Cracks in the foundation: Understanding the Great Rule of Law Debate in the EU*, "Journal of Common Market Studies" 2016/54, p. 1050
- Magen Amichai, Pech Laurent**, *The rule of law and the European Union* (in: Ch. May, A. Winchester (eds.), *Handbook on the Rule of Law*, Edward Elgar 2018, p. 237–238
- Martin Thomas**, *Le large pouvoir d'appréciation du juge des référés au service de l'efficacité du droit de l'Union européenne*, "Cahiers de Droit Européen" 2018/54, p. 495
- Müller Jan Werner**, *Beyond Militant Democracy*, "New Left Review" 2012/73, p. 39
- Müller Jan Werner**, *On the side of democracy*, *Eurozine*, <http://www.eurozine.com/on-the-side-of-democracy/>
- Müller Jan Werner**, *Populist constitutionalism: A Contradiction in Terms? Draft paper, NYU Colloquium (on file with the Author)*. See also at <https://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/>
- Müller Jan Werner**, *Rising to the challenge of constitutional capture. Protecting the rule of law within EU member states*, <https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/>
- Müller Jan Werner**, *Should the EU protect democracy and the rule of law inside member states?*, "European Law Journal" 2015/21, p. 141

Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law", <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>

Ovadek Michal, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, <https://verfassungsblog.de/has-the-cjeu-just-reconfigured-the-eu-constitutional-order/>

Passchier Reijer, Stremmer Maarten, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, "Cambridge Journal of International and Comparative Law" 2016/5, p. 337, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2561209

Pech Laurent, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, "European Journal of Constitutional Law" 2010/6, p. 359, 373–374

Pech Laurent, *Protecting Polish Judges from the Ruling Party's "Star Chamber"* at <https://verfassungsblog.de/protecting-polish-judges-from-the-ruling-partys-star-chamber/>

Pech Laurent, Platon Sébastien, *Judicial independence under threat: the Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, "Common Market Law Review" 2018/55, p. 1827

Pech Laurent, Platon Sébastien, *Rule of Law Backsliding in the EU: The Court of Justice to the Rescue? Some Thoughts on the ECJ Ruling in Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, at <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2018/03/rule-of-law-backsliding-in-eu-court-of.html>

Pech Laurent, Platon Sébastien, *The beginning of the end for Poland's so-called "judicial reforms"? Some thoughts on the ECJ ruling in Commission v Poland (Independence of the Supreme Court case)*, <https://reconnect-europe.eu/blog/pech-platon-poland-ecj-rule-of-law-reform/>

Pech Laurent, Scheppele Kim L., *Poland and the European Commission, Part I: A Dialogue of the Deaf?*, *Verfassungsblog* (3.01.2017), <http://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-i-a-dialogue-of-the-deaf/> (30.04.2020)

Pech Laurent, Scheppele Kim L., *Poland and the European Commission, Part II: Hearing the Siren Song of the Rule of Law* at <https://verfassungsblog.de/poland-and-the-european-commission-part-ii-hearing-the-siren-song-of-the-rule-of-law/>

Pech Laurent, Wachowiec Patryk, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-i/>; *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part II)*, <https://verfassungsblog.de/1460-days-later-rule-of-law-in-poland-r-i-p-part-ii/>

- Pescatore Pierre**, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge* (in:) G. Lüke, G. Ress, M.R. Will (eds.), *Rechtsvergleichung, Europarecht and Staatintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Köln–Berlin–Bonn–München 1991
- Pescatore Pierre**, *The Law of Integration. Emergence of a new phenomenon in international relations based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden 1974
- Pogany Istvan**, *The Crisis of Democracy in East Central Europe: The 'New Constitutionalism' in Europe* "European Public Law" 2013/2, p. 341
- Posen Daniel F.**, *Constitutional Bad Faith*, "Harvard Law Review" 2016/129, p. 885
- Rawls John**, *Political liberalism*, Columbia University Press, New York City 1993
- Rawls John**, *The idea of an overlapping consensus*, "Oxford Journal of Legal Studies" 1987/7
- Rawls John**, *Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1971
- Roeben Volker**, *Judicial Protection as the Meta-norm in the EU Judicial Architecture*, "Hague Journal on the Rule of Law" 2020/12, p. 29
- Rosas Alan**, *The European Court of Justice: Do all roads lead to Luxembourg?*, "CEPS Policy Insights" 2019/3
- Rosenfeld Michael**, *The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy*, "Southern California Law Review" 2001/74, p. 1307
- Sabel Charles**, *Gerstenberg Olivier, Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order*, "European Law Journal" 2010/16, p. 511
- Sadurski Wojciech**, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, "Sydney Law School Research Paper" 2018/1
- Sadurski Wojciech**, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, "Hague Journal on the Rule Law" 2018/11, p. 63
- Sarmiento Damien**, *Provisional (And Extraordinary) Measures in the Name of the Rule of Law*, <http://verfassungsblog.de/provisional-and-extraordinary-measures-in-the-name-of-the-rule-of-law/>. Editorial. *Winter is coming. The Polish Woodworm games*, "European Papers" 2017/2, p. 797
- Shapiro Martin**, *Can Judges Deliberate?* (29.04.2003) (unpublished paper) (on file with the author), at p. 3
- Shapiro Martin**, *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*, Free Press 1964

- Shapiro Martin**, *Political Jurisprudence*, "Kentucky Law Journal" 1963/52, p. 294
- Shapiro Martin**, *Stability and Change in Judicial Decision-Making: Incrementalism or stare decisis*, "Law in Transition Quarterly" 1965/3, p. 156
- Scheppele Kim Lane**, *Autocratic legalism*, "The University of Chicago Law Review" 2018/85, p. 545
- Scheppele Kim Lane**, *Constitutional coups and judicial review: How transnational institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary)*, "Transnational Law and Contemporary Problems" 2014/12, p. 51
- Scheppele Kim Lane, Kelemen Dan**, *Defending Democracy in EU Member State. Beyond Article 7 TEU*, in F. Bignami, (ed.), *Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press 2020
- Scheppele Kim Lane, Pech Laurent**, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, (2017) 19 "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2017/19, p. 3
- Shuibhne Nic N.**, *The Coherence of EU Free Movement Law. Constitutional Responsibility and the Court of Justice*, Oxford University Press 2013
- Sunstein Cass R.** (ed.), *Can It Happen Here. Authoritarianism in America*, New York 2018
- Sunstein Cass R.**, *Designing Democracy: What Constitutions do*, Oxford 2001, p. 50–56
- The Democratic backsliding in the European Union and the challenge of constitutional design* (in:) X. Contiades, A. Fotiadou (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, Routledge 2020
- Taborowski Maciej**, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges Against Poland*, <https://verfassungsblog.de/cjeu-opens-the-door-for-the-commission-to-reconsider-charges-against-poland/>
- Tushnet Mark**, *Authoritarian constitutionalism*, "Cornell Law Review" 2015/100, p. 391
- Urbinati Nadia**, *A Revolt against Intermediary Bodies*, "Constellations" 2015/22, p. 477
- Usher John A.**, *General Course: The Continuing Development of Law and Institutions* (in:) F. Emmert, *Collected Course of the Academy of European Law*, 1991 "European Community Law" 1991/1, Martinus Nijhoff Publishers 1992
- Usher John A.**, *How limited is the jurisdiction of European Court of Justice?* (in:) *Procedure and the European Court*, J. Dine, S. Douglas-Scott, I. Persaud (eds.), Chancery Law Publishing 1991, at p. 77
- Usher John A.**, "The European Court of Justice and its Jurisdiction", p. 122

- Varol Ozan**, *Stealth authoritarianism*, "Iowa Law Review" 2015/100, p. 1673
- Vaucher Antoine**, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnelle pour l'Europe*, Paris 2013, in particular p. 181–223
- Vaucher Antoine**, *The Transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU polity*, "European Law Journal" 2010/1
- Weiler Joseph, H.H.**, *On the power of the word: Europe's Constitutional Iconography*, "International Journal of Constitutional Law" 2005/3, p. 173
- Weiler Joseph, H.H.**, *The Transformation of Europe*, "Yale Law Journal" 1991/100, p. 555
- Wennerås Pal**, *Saving a forest and the rule of law: Commission v. Poland. Case C-441/17 R, Commission v. Poland, Order of the Court (Grand Chamber) of 20 November 2017*, "Common Market Law Review" 2019/56, p. 541
- Williams Andrew J.**, *The ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge 2010
- Wyrzykowski Mirosław**, *Antigone in Warsaw* (in:) *Human Rights in Contemporary World. Essays in Honour of Professor Leszek Garlicki*, M. Zubik (ed.), Warsaw, 2017
- Zajadło Jerzy**, *Constitution-hostile Interpretation*, "Przegląd Konstytucyjny" 2018/2

Prawne inspiracje

Mirosław Wyrzykowski

NIE BĄDŹ OBOJĘTNY – WYSTĄPIENIE NA 48. EUROPEAN PRESIDENTS' CONFERENCE OF LAWYERS

THOU SHALT NOT BE INDIFFERENT – SPEECH AT THE 48TH EUROPEAN PRESIDENTS' CONFERENCE OF LAWYERS

Szanowny Panie Przewodniczący,
Panie i Panowie

Dear Mr President,
Ladies and gentlemen

Bardzo dziękuję za zaszczyt wystąpienia na 48. European Presidents' Conference of Lawyers.

Zaczynamy.

Thank you very much for the honor of speaking at the 48th European Presidents' Conference of Lawyers.

Let's get started.

Późnym latem 2033 roku na biurku, w domu emerytowanego sędziego, leżała kopia listu datowanego na 21 lutego 2020 r. Był to list ojca do syna prawnika. Oto jego treść:

In the late hot summer of 2033, in the home of a retired judge, a copy of a letter **dated 21 February 2020** was lying on a desk. It was a father's letter to his lawyer son. Here are its contents:

„Mój drogi synu,
Wczoraj mieliśmy długą, emocjonalną rozmowę o sprawach, które dzieją się

“My dear son,
Yesterday we had a long, emotional conversation about things that happen in

w miejscu które jest dla nas najdroższe. Najdroższe ze względu na historię, teraźniejszość i przyszłość. Przyszłość Twoją i twoich dzieci.

List jest rekapitulacją rozmowy. Rekapitulacją sine ira et studio, tak jak się tego oczekuje od prawników. Zrozumiałe są emocje jakie wyzwała, niezrozumienie i niezgoda na niszczenie konstytucji, demokracji, rządów prawa i praw człowieka. Jesteśmy tylko ludźmi, będąc zarazem obywatelami i patriotami. Mieszkańcami co najmniej dwóch państw – Węgier i Polski – państw, które zaczęły się ścigać w najgorszej z możliwych konkurencji. Konkurencji tak złej, że zwycięzca okazuje się największym przegranym.

Ale zostawmy emocje.

Zaczęło się prawie niezauważalnie. Wygrane wybory prezydenckie i parlamentarne przez tę samą opcję polityczną nie budziły żadnych wątpliwości. Legalizm i legitymacja nie budziły zastrzeżeń.

Ale już pierwsze zachowania zapaliły czerwoną lampkę. Było to wyłączenie najważniejszego bezpiecznika demokracji konstytucyjnej jakim jest sąd konstytucyjny. Metody – najpierw Gleichschaltung a potem Ausschaltung sądownictwa konstytucyjnego – przeszły do podręczników zamachu na ustroj państwa. Bez wojska, bez zmiany konstytucji, bez skutecznej reakcji międzynarodowej opinii publicznej. Ale z oporem części społeczeństwa, oporem ośmieszonym i lekceważonym przez władzę polityczną.

Równolegle miała miejsce likwidacja służby cywilnej i zastąpienie partyjną nomenklaturą. Media publiczne zostały całkowicie podporządkowane władzy politycznej.

the place that is most precious to us. Most precious because with the view to history, the present and the future. Your future of and that of your children.

The letter is a recapitulation of the conversation. A recapitulation sine ira et studio, as you would expect of lawyers. The emotions it evokes, the lack of comprehension of and the disagreement with the destruction of the constitution, democracy, the rule of law and human rights are understandable. We are only human beings, being at the same time citizens and patriots. Residents of at least two countries – Hungary and Poland – which have started to race in a bad competition. Competition so bad that the winner turns out to be the biggest loser.

But let's leave the emotions behind.

It started almost imperceptibly. The presidential and parliamentary elections won by the same political option were irreproachable. Their legality and legitimacy were not in question.

But already the first move lit a red light. It was the exclusion of the most important safety net of constitutional democracy, which is the constitutional court. The methods – first the Gleichschaltung and then the Ausschaltung of the constitutional court – have passed into the textbooks for staging a coup d'état. No army, no change of the constitution, and no effective reaction of international public opinion then.

Simultaneously, the civil service was liquidated and replaced by party Nomenclatura. Public media were completely subordinated to political power.

Władza polityczna całkowicie przejęła i podporządkowała sobie prokuraturę. Prokuratura nie chce widzieć, gdzie rządowi koledzy łamią prawo.

Parlament przestaje pełnić swoją rolę konstytucyjną. Proces legislacyjny stał się farsą.

Parlament jest wyłącznie mechaniczną maszynką do głosowania. Wystąpienia posłów opozycji są ograniczone do 30 sekund. Za przedłużenie o 40 sekund speaker izby nakłada grzywnę 700 euro. Ustawa uchwalana jest w ciągu kilku godzin, nierzadko o 5-ej rano i wchodzi w życie w dniu ogłoszenia. A na Węgrzech poprawki do konstytucji były uchwalane w ciągu 72 godzin, bez jakiegokolwiek dyskusji.

Kolejno – court packing dotyczy Sądu Najwyższego – zwolnienie pierwotnie wszystkich sędziów Sądu Najwyższego, a ostatecznie niemal 40% składu sądu pod pretekstem osiągnięcia przez nich nowo wyznaczonego wieku emerytalnego. Konstytucyjna gwarancja trwałości statusu sędziego i gwarancja 6-letniej kadencji prezesa SN nie ma żadnego znaczenia. Teraz wiadomo, dlaczego sąd konstytucyjny przestał istnieć – aby umożliwić osiągnięcie tych celów. A Izba Dyscyplinarna Sądu Najwyższego jest sądem specjalnym. Z tego powodu została zdyskwalifikowana jako sąd przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Sąd Najwyższy. Bo sąd specjalny może być ustanowiony jedynie w stanie wojny.

Celem zmian – cynicznie nazywanych „reformą” wymiaru sprawiedliwości – jest podporządkowanie sędziów i sądów władzy politycznej. Minister Sprawiedliwości będący zarazem Prokuratorem Generalnym ma nieograniczone prawo mianowania i odwoływania prezesów sądów i innych osób kierujących sądami.

The political authority then completely took over and subordinated the prosecutor's office. Prosecution is not willing to see where the government cronies violate the law.

Parliament ceased to fulfil its constitutional role. The legislative process became a farce.

The Parliament is only a mechanical voting machine. Speeches by opposition MPs are limited to 30 seconds. For a 40-second extension, the speaker of the chamber imposes a fine of 700 euros. The law is passed within a few hours, often at 5 a.m. and comes into force on the day of its promulgation. And – in Hungary – the constitutional amendments are adopted within 72 hours without any attempt to deliberation.

Next – court packing of the Supreme Court begins – initially, the dismissal of all judges of the Supreme Court and eventually 40% of the court's members under the pretext that they had reached the freshly proclaimed retirement age. The constitutional guarantee of the stability of the judicial status and the guarantee of the 6-year term of office of the president of the Supreme Court are of no importance. It is now clear why the constitutional court ceased to exist – to make it possible to achieve these goals. And a Disciplinary Chamber of the Supreme Court is established as a special court and was recently disqualified as a court for this reason. Because a special court can only be established in a state of war.

The aim of the changes – cynically called the “reform” of the justice system – is to subordinate judges and courts to political power. The Minister of Justice, who now is also the Prosecutor General, has the unlimited right to appoint and dismiss court presidents and other leaders of the courts.

Latem 2017 r. liczyłeś i nie mogłeś uwierzyć, że w ustawie o Sądzie Najwyższym i zmianie innych ustaw pojęcia „sąd dyscyplinarny”, „postępowanie dyscyplinarne” i „rzecznik dyscyplinarny” pojawiają się 596 razy. Jeżeli w pierwszym akcie dramatu na ścianie wisi strzelba, to wiadomo co stanie się w akcie ostatnim. Odpowiedzialność dyscyplinarna grozi sędziom – i jest już bezwzględnie stosowana – za prawidłowe stosowanie prawa, za kierowanie pytań prejudycjalnych do ECJ, za zachowania broniące podstawowych zasad porządku konstytucyjnego, za wyroki nie odpowiadające oczekiwaniom władzy politycznej.

Obserwujesz konstytucyjne wrogie przejście w czystej postaci.

Wiemy z obserwacji zdarzeń ostatnich lat, że instrukcja niszczenia państwa konstytucyjnego jest banalnie prosta, i banalnie skuteczna.

Tworzony jest stan, o którym zdumiony Gustaw Radbruch prawdopodobnie powiedziałby – ustawowe prawo i ponad ustawowe bezprawie (J. Woleński).

Wiemy także, że naruszanie pierwszy raz pierwszej normy konstytucyjnej uruchamia efekt domina: naruszenie konstytucji oznacza bowiem lawinowo narastające naruszenie demokracji, rządów prawa, wolności i praw jednostki. Społeczeństwo traci fundament swej egzystencji. Państwo traci suwerenność, bo nie jest suwerennym państwem, którego organy naruszają konstytucję. Tworzy się „ciąg technologiczny” niszczenia państwa konstytucyjnego, w który włączone zostają kolejno wszystkie organy państwa, instytucje i procedury.

You have counted and could not believe that the terms “disciplinary court”, “disciplinary proceedings” and “disciplinary officer” appeared 596 times in “The Supreme Court Act and amendments to other acts”. If there is a shotgun hanging on the wall in the first act of the drama, you know what will happen in the last act. Judges are threatened with disciplinary accountability – and it is already strictly applied – for the correct application of the law, for referring questions for a preliminary ruling to the ECJ, for defending fundamental principles of the constitutional order, for judgments that do not meet the expectations of the political authorities.

The hostile takeover of the constitutional system is almost completed.

We know from having seen of events over the past years that the instruction to destroy the constitutional state is trivially simple, and trivially effective.

A state is being created which an astonished Gustav Radbruch would probably say – statutory law and suprastatutory lawlessness.

We also know that violating the first constitutional norm for the first time triggers a domino effect: violation of the constitution generates a growing avalanche of violations of democracy, the rule of law as well as individual rights and freedoms. Society loses the foundation of its existence. The state loses its sovereignty because a state whose constitutional authorities violate the constitution is not a sovereign state. A “technological sequence” of the destruction of the constitutional state is being created, in which all state bodies, institutions and procedures are involved in turn.

Łamanie konstytucji jest wyrazem pogardy dla jej aksjologii. Także pogardy dla jej aksjomatów. Konstytucja przestaje być podstawą i granicą działania władzy publicznej. Staje się fałszywym uzasadnieniem rzeczywistego nadużycia władzy. Także wtedy gdy prezydent, speaker parlamentu, sędziowie Izby Dyscyplinarnej czy prokuratura odmawiają wykonania prawomocnego wyroku sądowego. By nie dopuścić do wykonania wyroku, który nie podoba się władzy politycznej, sąd konstytucyjny zmienia prawo. Przepis konstytucji przestaje być normą. Staje się jednym z „wielu możliwych poglądów”.

Drogi synu – we wczorajszej rozmowie drżał ci głos, gdy mówiłeś, że działania przeciwko demokracji konstytucyjnej są realizowane przez konstytucyjne organy tego państwa: parlament, prezydent, rząd. Że powstała sytuacja, w której pierwsza ofiara wojny przeciwko konstytucji, a mianowicie sąd konstytucyjny stał się współtwórcą działań naruszających konstytucyjny porządek państwa. Że pedały hamulca stały się pedałami gazu. A przysięga wierności konstytucji brzmi jak szyderstwo.

I pytałeś – jak to możliwe? Jak to możliwe, że w procesie niszczenia porządku konstytucyjnego biorą udział prawnicy?

Odpowiem. Dla budowania demokracji konstytucyjnej konieczni są prawnicy. Dla niszczenia demokracji konstytucyjnej wystarczą absolwenci wydziałów prawa. Bez względu na ich stopnie i tytuły, zawodowe czy naukowe.

To są ci, dla których autorytetem i drogowskazem jest Carl Schmitt i jego „Dik-

The violation of the constitution is an expression of contempt for its axiology. Also, contempt for its axioms. The constitution ceases to be the basis and the limit of activity of the public authority. It becomes a false justification for the true abuse of power. Just as when the president, the speaker of parliament, the judges of the Disciplinary Chamber or the prosecutor's office refuse to execute a final court sentence. Or where the constitutional court changes the law only to prevent the execution of a judgment that does not please the political authority. A constitutional provision ceases to be a norm. It becomes one of “many possible views”.

My dear son, in yesterday's conversation, your voice trembled when you said that actions against constitutional democracy are carried out by the constitutional organs of this country: parliament, president, government. That a situation has arisen in which the first victim of the war against the constitution, namely the constitutional court, has become a co-creator of actions violating the constitutional order of the state. That the brake pedals have become gas pedals. And the oath of fidelity to the constitution sounds like mockery.

And you asked, how is that possible? How is it possible that lawyers are involved in the process of destroying the constitutional order?

I will answer. Lawyers are necessary to build constitutional democracy. For the destruction of constitutional democracy, graduates of law faculties are enough. Regardless of their grades and titles, professional or academic.

These are the ones for whom Carl Schmitt and his “Dictatorship” is the inspira-

tatur", natomiast „Reine Rechtslehre” i całego Hansa Kelsena odstawiają na półkę książek zakurzonych.

Masz prawo zadawać pytanie czy prawnikiem można nazywać osobę, która gotowa jest przyjąć stanowisko sędziego w Izbie Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego wiedząc, że będzie miała wynagrodzenie 40% wyższe niż koledzy sędziowie w innych izbach tego sądu?

I masz prawo nie podawać im ręki – w imię godności zawodu prawnika (sędziego, adwokata, prokuratora). Ale przede wszystkim w imię wszystkich ofiar maszyny niesprawiedliwości, których prawnicy, właśnie prawnicy, nie byli w stanie uratować.

Prawnik nie zgodzi się na żaden szwindel argumentacyjny, czy to przez podstawianie zbliżonych znaczeń pod trwale ustalone treści czy przez utożsamianie pojęć językowo zbliżonych, ale merytorycznie różnych. Czy realizowany w jakikolwiek inny sposób. Bo to jest forma kłamstwa. Kłamstwa, które jest cynicznym środkiem do niegodziwego celu. Ulubionym przez każdą populistyczną władzę. Reżimy illiberalne okłamują obywateli, często czyniąc z nich współsprawców kłamstwa. Ale wiemy, że “you can fool all the people some of the time, and some of the people all the time, but you cannot fool all the people all the time” (A. Lincoln).

Ale dzisiaj to właśnie sędziowie są szykanowani, poddani postępowaniom dyscyplinarnym, są przedmiotem kampanii oszczerstw organizowanej także przez ludzi pracujących w ministerstwie sprawiedliwości. Oszczercy w nagrodę są mianowani sędziami Sądu Najwyższego. Kampania oszczerstw znakomicie zorkie-

tion and the guidance. And they leave the “Pure Theory of Law” and all Hans Kelsen’ works on shelves full of dusty books.

You have the right to ask if you can be called a lawyer who is willing to accept the position of a judge in the Disciplinary Chamber of the Supreme Court knowing that he will be paid 40 % more than fellow judges in other chambers of the same court?

And you have the right not to shake their hand – in the name of the dignity of the legal profession (judge, lawyer, prosecutor). But above all, in the name of all the victims of the machine of injustice, whom the lawyers, precisely the lawyers, were unable to rescue them.

The lawyer will not agree to any argumentative swindle, be it by substituting closely related meanings for permanently established content or by identifying concepts that are linguistically similar but different in substance. Or implemented in any other way. Because it is a form of lying. A lie which is a cynical means to an evil purpose. Favored by every populist authority. Illiberal regimes lie to citizens, often making them accomplices in their lies. But we know that “you can fool all the people some of the time, and some of the people all the time, but you cannot fool all the people all the time”. (A. Lincoln)

But today, it is precisely judges who are being harassed, subjected to disciplinary proceedings, and subject to a campaign of slander likewise organized by people working in the Ministry of Justice. As a reward the slanderers are appointed judges of the Supreme Court. The slander campaign has been excellently orchestrated.

strowana. Ale to nie jest partytura ani Verdiego ani Straussa, a za pulpitem nie stoi ani Arturo Toscanini ani Karl Bohm.

I masz rację mówiąc, że następnym celem będą adwokaci. Za ich postawę w obronie podstawowych wartości państwa konstytucyjnego. Za obronę – pro bono – sędziów i prokuratorów, którym postawiono zarzuty dyscyplinarne. Adwokaci, a także radcowie prawni, bardzo solidnie zapracowali na zemstę. Potem będą to ludzie nauki i kultury, intelektualiści, rzeczywista elita narodu. Niektórzy z nich już doświadczają molestowania ubranego w szaty prawa. A później już nie będzie miał kto ich bronić.

Będziesz musiał odbudować reputację Twojego kraju. Jako prawnik będziesz przez prawników z innych państw traktowany z ograniczonym zaufaniem. Ale oni – właśnie prawnicy – dadzą ci szansę. Twój zagraniczni partnerzy chcą mimo wszystko wierzyć, że to co się zdarzyło było wypadkiem przy pracy. Incydem. Bolesnym, niezrozumiałym, mającym dramatyczne skutki, ale jednak incydem. Nie jesteś winien temu co się stało, ale niesiesz ciężar zawodowej i moralnej odpowiedzialności. Wykorzystaj tę szansę, jeżeli ją dostaniesz. Kolejnej nie dostaniesz na pewno.

Drogi synu, pytałeś jakie nauki możemy wyprowadzić z powstałej rzeczywistości konstytucyjnej? Ograniczę do pięciu, mających wymiar uniwersalny.

Po pierwsze, to świadomość co tracimy gdy deprecjonowana jest konstytucja. Jest to, jak mówiliśmy, utrata suwerenności. To utrata bezpieczeństwa prawnego, zarówno wewnątrz państwa jak i w stosunkach z in-

But this is not the score by Verdi or Strauss and neither Arturo Toscanini nor Karl Bohm stand behind the podium.

And you're right to say that the next target will be the advocates. For their stance in defending the fundamental values of the constitutional state. Dozens of advocates are involved – pro bono – in the defense of judges and prosecutors who are subject to disciplinary proceedings. The advocates have well-earned the government's revenge. Then it will be scientists and people of culture, intellectuals, the genuine elite of the country. Some of them are already experiencing legal harassment. And the moment will come when there will be no one to defend.

You will have to rebuild your country's reputation. As a lawyer, you will be treated with limited trust by others, foreign lawyers. But at least lawyers will give you a chance. Your foreign partners want to believe that what happened was an incident at work. An incident. Painful, incomprehensible, with dramatic consequences, but still an accident. You are not to blame for what happened, but you carry the burden of professional and moral responsibility. Take this chance, if you get it. You won't get a second one.

Dear son, you asked what lessons we can draw from the constitutional reality that has emerged? I will limit myself to five that have a universal dimension.

Firstly, it is the awareness of what we lose when the constitution is degraded. It is, as I mentioned before, a loss of sovereignty ; it is a loss of legal security, (both within the state and in relations with oth-

nymi porządkami prawnymi to utrata tożsamości konstytucyjnej jako podstawy myślenia o porządku normatywnym i społecznym; to utrata wiarygodności państwa w relacjach międzynarodowych; to utrata wiary w trwałość racjonalnej organizacji państwa i społeczeństwa i zaufania do nienaruszalnych zasad konstytucyjnych, także tych mających charakter „klauzul wieczystych”.

Lekcja druga to świadomość, że początek upadku może być mało widoczny, pozornie uzasadniany trafną diagnozą potrzeby zmian. Bo poza sporem jest, że funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości powinno być fundamentalnie poprawione. Zmiany zawsze będą nazwane reformami. A przecież reforma zakłada obiektywną wiedzę i dobre intencje. Dobra wiara musi być założeniem niepodważalnym. To, co wiemy to wskazówka: patrz końca, a przede wszystkim patrz na tworzony mechanizm. Patrz zimnym okiem. Nie pozwól, byś miał oczy szeroko zamknięte. Twoje niedostatki pamięci historii – gdy mówisz „wszystko już było” – i Twoje niedostatki wyobraźni nie są i nie będą żadnym usprawiedliwieniem.

Po trzecie, nawet najdłuższa wojna kiedyś się kończy. Powstają warunki rozejmu, a potem porozumienie pokojowe. Wojna przeciwko konstytucji też się zakończy. I wtedy trzeba będzie zacząć odbudowywać demokrację konstytucyjną. Dla odbudowy państwa konstytucyjnego nie można stosować metod właściwych dla jego burzenia. Odbudowa musi respektować zasady demokracji i rządów prawa. Restauracja – to wiemy z historii – jest przeciwieństwem rewolucji. Diabelski krąg rewolucyjnego amoku musi być rozerwany. Zastosowanie metod stosowanych przez niszczycieli demokracji – dla wielu tak bardzo nęcące – tworzyłyby ko-

er legal orders); it is a loss of constitutional identity as a basis for considering the normative and social order; it is a loss of credibility of the state in international relations; it is a loss of confidence in the sustainability of the rational organization of the state and society and in the inviolable constitutional principles, including those of the nature of “perpetual clauses”.

Secondly, is the awareness that the beginning of a collapse may not be easily visible, seemingly justified by an accurate diagnosis of the need for change. Changes will always be called reforms. And yet, a reform presupposes objective knowledge and good intentions. Good faith is after all supposed to be an unquestionable assumption. What we know is a hint – look at the end, and above all look at the mechanism being created. Look with a cold eye. Don't let yourself look with eyes wide shut. Your deficiencies in historical memory – after all, we have seen it all before and your deficiencies in imagination are not and will not be any excuse.

Thirdly, even the longest war ends some time. Conditions for a ceasefire and then a peace agreement arise. The war against the constitution will also end. And then the reconstruction of constitutional democracy will have to start. For the reconstruction of a constitutional state you cannot use methods appropriate for its destruction. The reconstruction must respect the principles of democracy and the rule of law. Restoration – we know this from history – is the opposite of revolution. The devil's circle of revolutionary chaos must be sundered. The use of the methods of destroyers of democracy – so tempting for

zenie zatrutego drzewa. Zatrute drzewo nie urodzi zdrowych owoców.

Po czwarte, nie zostawiaj ludzi będących w potrzebie samym sobie. Kilka tygodni temu maszerowaliśmy w togach na marszu tysiąca tog. Także po to, by wyrazić wdzięczność dziesiątkom europejskich prawników, którzy szli razem z nami. Symbolika ma znaczenie. Nie zostawiaj będących w potrzebie prawników. Dotyczy to twoich kolegów z krajowej palestry czy stowarzyszenia sędziowskiego. Tych, którzy są prześladowani, szykanowani, więzieni. Także za granicą. Pomyśl choćby o bliskiej Turcji. I dla których najmniejsza oznaka solidarności jest często najcieńszą, jedyną ale jakże mocną nitką nadziei pozwalającą przetrwać najgorsze.

Wreszcie, najważniejsze. Kilka tygodni temu miałeś łzy w oczach, gdy słuchaliśmy poruszającego wystąpienia jednego z ostatnich żyjących więźniów Auschwitz, Mariana Turskiego. Der letzte Häftlinge dopisał do katalogu XI przykazanie: „nie bądź obojętny. Bo gdy będziesz obojętny Auschwitz może spaść z nieba każdego dnia”. To jest przykazanie kierowane do każdego z nas: Nie bądź obojętny. Widmo państwa autorytarnego stoi u drzwi Twojego domu. Nie zapuka do drzwi. Wejdzie bez zaproszenia. I zostanie na długo.

To wszystko na dziś.

Twój zatroskany
Ojciec

many – would in effect create a poisoned tree; it could not bear healthy fruits.

Fourthly, don't leave people in need alone. A few weeks ago, we marched in a march of a thousand gowns. Also, to express our gratitude to the dozens of European lawyers who walked with us. The statement of The Bar Council of England and Wales is likewise important. Symbolism matters. Don't leave the lawyers in need alone. This applies to your colleagues from the National Bar or the Judicial Association. To those who are persecuted, harassed, imprisoned. Also, abroad. Think of nearby Turkey, for example. And for those whom the slightest sign of solidarity is often the thinnest, but the only, and the strongest, thread allowing them to survive of worst.

Finally, and the most important. A few weeks ago, you had tears in your eyes when we listened to the moving speech of one of the last living prisoners of Auschwitz, Marian Turski. Der letzte Häftlinge added a XIth commandment to the Decalog: "Thou shalt not be indifferent. Because if you are indifferent, Auschwitz can fall from the sky any day." This is a Commandment addressed to each of us: "Thou shalt not be indifferent. The ghost of an authoritarian state stands at the door of your home. It will not knock on the door. It will come in uninvited. And it will stay a long time.

That's all for today.

Your distressed
Father

Mirosław Wyrzykowski

TABLE OF CONTENTS

THE CONSEQUENCES OF THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 19.11.2019 ON THE POLISH LEGAL ORDER

Marek Safjan

Right to effective judicial protection – reflections on the judgment of the Court of Justice of the European Union of 19.11.2019 in joined cases C-585/18, C-624/18, C-625/18	5
---	---

Ewa Łętowska

What do we learn from the answers to the preliminary questions regarding the Polish judiciary?	30
--	----

Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz

Some remarks on the competence dispute between Sejm of the Republic of Poland and Supreme Court, and between President of the Republic of Poland and Supreme Court	46
--	----

Maciej Szpunar

Selected problems of the application of the Law of the European Union before the national courts	60
--	----

Małgorzata Wrzolek-Romańczuk

Legal status of a person formally appointed to the office of a judge on the recommendation of the National Council of the Judiciary in the current makeup – remarks against the backdrop of the judgement of the Court of Justice of the European Union of 19.11.2019 and of the judgements of the Supreme Court enforcing the above mentioned European verdict	74
---	----

Krzyszyna Szczepanowska-Kozłowska

The right to an effective remedy and to a fair trial – Article 47 of the Charter of Fundamental Rights in horizontal relations – a few remarks in connection with the judgment of the Court of Justice of the European Union in cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18	104
---	-----

Aleksander Kappes, Jacek Skrzydło

Are judgments given by neo-judges valid? – a gloss to the resolution of three joined Chambers of the Supreme Court undertaken on 23.01.2020 (BSA I-4110-1/20)	120
---	-----

Zbigniew Banaszczyk, Justyna Baszczeska

Should the consequence of the judgment of the Court of Justice of the European Union of 19.11.2019 in Joined Cases C-585/18, C-624/18, C-625/18 in any way be a debate on the primacy of EU law over Polish law? . . . 142

Jerzy Zajadło

„Not taking law seriously” 156

Tomasz Koncewicz

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 . . . 167

Mirosław Wyrzykowski

Thou shalt not be indifferent – speech at the 48th European Presidents’ Conference of Lawyers 217

W numerze między innymi:

SKUTKI ORZECZENIA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI
UNII EUROPEJSKIEJ Z 19.11.2019 R.
DLA POLSKIEGO PORZĄDKU PRAWNEGO

MAREK SAFJAN

Prawo do skutecznej ochrony sądowej –
refleksje dotyczące wyroku TSUE z 19.11.2019 r.
w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18, C-625/18

EWA ŁĘTOWSKA

Czego uczyć odpowiedzi na pytania prejudycjalne
dotyczące polskiego wymiaru sprawiedliwości?

SŁAWOMIRA WRONKOWSKA-JAŚKIEWICZ

Kilka uwag o sporze kompetencyjnym między Sejmem RP
i Sądem Najwyższym oraz Prezydentem RP i Sądem Najwyższym

MAŁGORZATA WRZOŁEK-ROMAŃCZUK

Status prawny osoby formalnie powołanej na urząd sędziego
na skutek rekomendacji udzielonej przez
Krajową Radę Sądownictwa w obecnym składzie
– uwagi na tle wyroku TSUE z 19.11.2019 r.
oraz orzeczeń Sądu Najwyższego
będących konsekwencją tego rozstrzygnięcia

TOMASZ KONCEWICZ

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
