



FORUM

VERSCHROEIDE AARDE – XERO FLOR EN DE RECHTSSTAAT IN POLEN II

RICK LAWSON - 17.06.2021

Sneller dan verwacht komen we terug op het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in de zaak *Xero Flor t. Polen*. De reactie van het Poolse Constitutionele Tribunaal op deze uitspraak maakt de omvang van de rechtsstatelijke crisis in Polen ondubbelzinnig duidelijk. En de kloof met Europa wordt van dag tot dag alleen maar dieper.

Twee stappen terug. Eind mei beschreven wij op [deze plaats](#) hoe het EHRM in *Xero Flor* constateerde dat het Constitutionele Tribunaal sinds 2015 een aantal onrechtmatig benoemde leden telt. Die situatie is in strijd met het toepasselijke Poolse recht, zo was al vastgesteld door het Constitutionele Tribunaal in zijn oude samenstelling. De Poolse regering had de desbetreffende arresten echter doelbewust genegeerd, evenals de talloze protesten van Europese en internationale organen. De hele gang van zaken leidde het Straatsburgse Hof op 7 mei jl., unaniem, tot het oordeel het Constitutionele Tribunaal niet overeenkomstig de wet is samengesteld: strijd met artikel 6 EVRM.

Vervolgens, en ook dat werd hier al kort aangestipt, wraakte Ombudsman Adam Bodnar een van de nieuwe ‘rechters’ van het Constitutionele Tribunaal onder verwijzing naar het *Xero Flor*-arrest. Dat leidde op 15 juni 2021 tot een [tussenvonnis](#) waarvan de kern als volgt luidt:

2.2 Naar het oordeel van het Constitutionele Tribunaal is het arrest van het EHRM van 7 mei 2021, voor zover het betrekking heeft op het Constitutionele Tribunaal, gebaseerd op stellingen die getuigen van een gebrek aan kennis van het Poolse rechtssysteem, met inbegrip van de fundamentele beginselen die de positie, het systeem en de rol van het Poolse Constitutionele Tribunaal bepalen. In dit opzicht is het arrest uitgevaardigd zonder rechtsgrondslag, gaat het de bevoegdheid van het EHRM te buiten en vormt het een onrechtmatige inmenging in de nationale rechtsorde, met name in kwesties die buiten de bevoegdheid van het EHRM vallen; om die redenen moet het worden beschouwd als een niet-bestaand arrest (*sententia non existens*).

Het is werkelijk ongehoord. Als een struisvogel steekt het Constitutionele

Tribunaal zijn kop in het zand: dit Straatsburgse arrest bestaat niet. En dat is niet het enige dat onder het zand verdwijnt: ook de positie van Polen als Verdragspartij bij het EVRM komt hiermee in het geding. Natuurlijk, men kan van mening verschillen over de uitspraak in het *Xero Flor*. Artikel 43 EVRM biedt Polen de mogelijkheid, tot 7 augustus, om te verzoeken om verwijzing van de zaak naar de Grote Kamer. Maar dat is niet wat hier gebeurt. Het Constitutionele Tribunaal kiest voor een even lompe als kwaadaardige variant op [de Weiss-uitspraak](#) van het Bundesverfassungsgericht, waarin de Duitse constitutionele rechter oordeelde dat een uitspraak van het EU Hof van Justitie *ultra vires* was. Zoals te verwachten was, is dat precedent – gemakshalve ontdaan van alle nuances – nu dankbaar aangegrepen.

Het incident deed zich voor, en dat tekent de ernst van de situatie, in [zaak P 7/20](#) die handelt over een ander heikel punt: het functioneren van de nieuwe Tuchtkamer van het Hoogerechtshof. In oktober 2019 had de Europese Commissie een inbreukprocedure tegen Polen ingeleid vanwege de invoering van een nieuw tuchtrecht voor rechters. In dat kader bepaalde het Hof van Justitie van de EU in april 2020, bij wijze van [interim-maatregel](#), dat de nieuw ingestelde Tuchtkamer voorlopig geen uitspraak mocht doen in tuchtzaken. Inmiddels ligt er ook een [conclusie](#) van AG Tanchev die meent dat de actie van de Commissie gegrond is. Maar vooralsnog staakt het regeringsgetrouwe kamp zijn verzet niet. De Tuchtkamer zelf had in september 2020 al de vrijheid genomen om zich [niet gebonden](#) te achten aan een eerdere [prejudiciële uitspraak](#) van het Hof van Justitie die dezelfde kant op wees, met het argument dat de verwijzende rechter – een andere kamer van de Hoge Raad – z'n boekje te buiten was gegaan. Zo beschieten rechters van beide kampen elkaar over en weer, ontkennen elkaar bestaan en negeren elkaars uitspraken. Die gewoonte breidt zich inmiddels dus uit tot de Europese gerechten. Het *cancelen* van de *Xero Flor*-uitspraak van het EHRM is er het meest recente voorbeeld van. Maar inmiddels is men ook al bedreven geraakt in het afschieten van giftige pijlen in de vorm van steeds maar weer [nieuwe prejudiciële vragen](#) aan het Hof van Justitie. En intussen wordt het Constitutionele Tribunaal in stelling gebracht in een poging om de Luxemburgse interim-maatregel ongrondwettig te laten verklaren.

En dat is dan nog niet eens het hele verhaal. Adam Bodnar heeft namelijk in dezelfde zaak P 7/20 nog een *tweede* wrakingsverzoek lopen. Dit betreft Krystyna Pawlowicz, een voormalige parlementariër van de *ruling party* PiS, die zich tegenwoordig rechter van het Constitutionele Tribunaal noemt. Bodnar verwijt haar vooringenomenheid vanwege een [twitterbericht](#) waarin Pawlowicz de vloer aanveegt met de Vice-President van het Luxemburgse Hof van Justitie:

Wat deze mevrouw Silva de Lapuerta Polen heeft aangedaan is een vorm van meedogenloze agressie tegen Polen onder een infantiel voorwendsel en met willekeurige manipulatie van de regels.... Het is een EU-rechtbank onwaardige

gangster-praktijk....

De aanleiding voor deze tirade is weer een andere zaak – volgt u het nog? – waarbij het dit keer buurland Tsjechië is die Polen voor het Hof van Justitie daagt. Inzet is de bruinkoolmijn Turów die voor grootschalige milieuverontreiniging zorgt. Toen het Hof eind mei bij monde van zijn Vice-President inderdaad interim-maatregelen [oplegde](#) aan Polen, was voor mw. Pawlowicz de maat kennelijk vol. Overigens heeft Visegrad-partner Tsjechië inmiddels ook mogen ervaren hoe Polen zich verhoudt tot de Europese rechtsorde: het land heeft het Hof van Justitie begin juni [verzocht](#) Polen een boete op te leggen van 5 miljoen euro per dag, wegens niet-naleving van de opgelegde maatregelen.

Welnu, terug naar zaak P 7/20: Adam Bodnar ziet aanleiding voor de vrees dat Pawlowicz niet zonder vooringenomenheid kan oordelen over de Luxemburgse interim-maatregelen die de Tuchtkamer betreffen. In zijn [wrakingsverzoek](#) haalt hij ook andere uitspraken van Pawlowicz aan, waarin zij de Vice-President van het EU-Hof zou [beschrijven](#) als een "saboteur" die verwickeld is in een "schandalig complot tegen Polen". Ze sluit daarbij naadloos aan bij politici als oud-minister van Buitenlandse Zaken Waszczykowski, die [sprak](#) over "de ideologische oorlog met Polen over de *rule of law*", of minister van Justitie Ziobra die vorig jaar de *State of the Union*-speech van Commissievoorzitter Von der Leyen [omschreef](#) als een "aanval van de Europese elites op de Poolse democratie".

Een oordeel over het wrakingsverzoek moet nog volgen. Maar deze groeiende kluwen van procedures maakt een paar dingen al wel duidelijk. Allereerst: iemand die zich kennelijk beschouwt als lid van een van de hoogste rechtscolleges van EU-lidstaat Polen deinst niet terug voor platte uitspraken waaruit een volkomen gebrek aan respect voor de Unie en het Europese recht spreekt. Ten tweede: dezelfde houding klinkt inmiddels dus ook door in formele uitspraken van het Constitutionele Tribunaal. Het lapt een arrest van het EHRM glashard aan z'n laars. *Sententia non existens*. Ten derde: met de uitspraak van 15 juni 2021 heeft het Constitutionele Tribunaal alle schepen achter zich verbrand. Koesterde iemand misschien nog de hoop dat de onrechtmatig benoemde leden zich naar aanleiding van *Xero Flor* zouden terugtrekken, dan is nu ondubbelzinnig duidelijk geworden dat er van enig compromis geen sprake is. Ten vierde: als de top van de juridische pyramide lak heeft aan het Europese recht, valt de basis weg voor wederzijds vertrouwen tussen de EU-lidstaten. Hoe kan men nog samenwerking tussen, bijvoorbeeld, de rechters van deze lidstaten verlangen? Er is inmiddels een [website](#) in de maak waarmee je kan nagaan welke Poolse rechter wel of niet zuiver op de graat is, maar dat is in de praktijk natuurlijk geen manier van doen. En tot slot – ook de grootste *appeaser* zal nu toch moeten toegeven dat het zoeken van de dialoog met Polen vooral tijdverlies heeft opgeleverd.

Wat te doen met de *Xero Flor*-ontkenner? Dat lijkt [duidelijk](#). Als het Comité van

Ministers van de Raad van Europa dit over z'n kant laat gaan, is dat niet alleen een optater voor het gezag van het Hof en de geloofwaardigheid van de Raad van Europa. Dan bijt de *rule of law* nog sneller in het gras dan we hadden gedacht.