

PRZEGLĄD SEJMOWY

DWUMIESIĘCZNIK
ROK XX
4(111)/2012



WYDAWNICTWO SEJMOWE

KOMITET REDAKCYJNY

Redaktor naczelny PIOTR TULEJA

Zastępcy redaktora naczelnego: JERZY CIEMNIEWSKI, PIOTR RADZIEWICZ

Sekretarz naukowy ANDRZEJ SZMYT

Członkowie: LESZEK GARLICKI, MIROSŁAW GRANAT,
WOJCIECH KULISIEWICZ, PAWEŁ SARNECKI, ZBIGNIEW WITKOWSKI,
KRZYSZTOF WÓJTOWICZ, JERZY ZAJADŁO, MAREK ZUBIK

Redaktorzy: EWA ĆWIEKAŁA, URSZULA NAŁĘCZ-RAJCA

Tłumaczenia:

na język angielski ALBERT POL

na język rosyjski ANDRZEJ KUBIK

„Przegląd Sejmowy” znajduje się w wykazie czasopism naukowych prowadzonym przez Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego na potrzeby oceny jednostek naukowych z przyznaną liczbą 9 punktów.

„Przegląd Sejmowy” jest dostępny w bazie danych CEJSH.

W wypadku wykorzystania tekstów i informacji z „Przeglądu Sejmowego” w innych publikacjach prosimy o powołanie się na nasze czasopismo.

U w a g a. Artykułów nie zamówionych nie zwracamy.

Zastrzegamy sobie prawo do skrótów w tekstach nadesłanych do publikacji.

© Copyright by Kancelaria Sejmu
Warszawa 2012

„Przegląd Sejmowy” ukazuje się od 1993 r.

ISSN 1230-5502

KANCELARIA SEJMU

Przygotowanie: Wydawnictwo Sejmowe

Druk i oprawa: NOKPOL

Wydanie pierwsze

Warszawa, wrzesień 2012

Adres: „Przegląd Sejmowy”, ul. Zagórna 3, 00-441 Warszawa, tel. 22 694-13-00

e-mail: przegsejm@sejm.gov.pl

http://www.sejm.gov.pl/publikacje/przeglad_sejmowy

SPIS TREŚCI

DZIAŁ I

STUDIA I MATERIAŁY

Dr Anna Chmielarz, Uniwersytet Łódzki

Kontrola konstytucyjności prawa pochodnego Unii Europejskiej	9
Summary	32

*Dr Paweł Łącki, Szkoła Wyższa Psychologii Społecznej w Warszawie,
Wydział Zamiejscowy w Poznaniu*

Ludzkie embriony i godność człowieka w świetle prawa patentowego. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace	33
Summary	54

Dr Agata Wnukiewicz-Kozłowska, Uniwersytet Wrocławski

Zdolność patentowa embrionu ludzkiego w kontekście orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 października 2011 r. w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace	55
Summary	75

Dr Aleksandra Kustra, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Sądy konstytucyjne a procedura prejudycjalna przed Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej	77
Summary	99

Mgr Jakub Królikowski, Biuro Trybunału Konstytucyjnego

Cofnięcie wniosku i jego skutki prawne w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym	101
Summary	118

Dr Jarosław Sułkowski, Uniwersytet Łódzki

Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego, Izby Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych	119
Summary	142

Prof. dr hab. Paweł Grata, Uniwersytet Rzeszowski

Parlamentarna kontrola budżetu w świetle ewolucji prawa budżetowego II Rzeczypospolitej	143
Summary	164

DZIAŁ II

OPINIE, GLOSY, RECENZJE, NOTY

A. OPINIE

W sprawie projektu ustawy o związkach partnerskich (1. <i>Dariusz Dudek</i> , s. 167; 2. <i>Ryszard Piotrowski</i> , s. 182)	167
---	-----

B. GLOSY

Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

1. <i>Jakub Żurek</i> , glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 września 2011 r. (sygn. akt SK 6/10)	195
--	-----

II. <i>Lech Jamróz</i> , glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt Pp 1/10)	207
Orzecnictwo innych sądów	
<i>Łukasz Kulaga</i> , glosa do wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2012 r. w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa (Republika Federalna Niemiec przeciwko Republice Włoskiej)	214
C. RECENZJE	
Tomáš Langášek , <i>Ústavní soud České republiky a jeho osudy v letech 1920–1948</i> (<i>Bartosz Lewandowski</i>)	229
Pauline Türk , <i>Le contrôle parlementaire en France</i> (<i>Jarosław Szymanek</i>)	238
Luuk van Middelaar , <i>Przejście do Europy. Historia pewnego początku</i> (<i>Grzegorz J. Wąsiewski</i>)	245
D. NOTY	
Piotr Benedykt Zientarski , <i>Organizacja wewnętrzna Senatu. Studium prawnoustrojowe</i> (<i>Maciej Serwaniec</i>)	250
<i>Le evoluzioni della legislazione elettorale „di contorno” in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali</i> , red. Gian Candido De Martin , Zbigniew Witkowski , Piero Gambale , Elena Griglio (<i>Iwona Wróblewska</i>)	253
Andrzej Gaca , Zbigniew Witkowski , <i>Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Włoskiej</i> (<i>Katarzyna Jachimowicz</i>)	259
E. VARIA	
Trzy wzorce kontroli aktów instytucji Unii Europejskiej w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (<i>Magdalena Gniadzik</i>)	264
DZIAŁ III	
DOKUMENTY	
MATERIAŁY ŹRÓDŁOWE DO STUDIÓW NAD PARLAMENTARYZMEM	
Zagadnienia parlamentarne w orzecznictwie innych państw	
Niemcy : wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie pięcioprocentowego progu wyborczego w wyborach do Parlamentu Europejskiego, sygn. akt: 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10 (przekład i opracowanie <i>Robert Rybski</i>)	281

TABLE OF CONTENTS

SECTION I

STUDIES AND PAPERS

Dr Anna Chmielarz, University of Łódź

Constitutionality Review of EU Secondary Legislation	9
Summary	32

*Dr Paweł Łącki, University of Social Sciences and Humanities in Warsaw,
Academic Centre in Poznań*

Human Embryos and Human Dignity from the Perspective of Patent Law. Judgment of the European Court of Justice of 19 October in the Case <i>Brüstle v. Greenpeace</i>	33
Summary	54

Dr Agata Wnukiewicz-Kozłowska, University of Wrocław

Patentability of Human Embryos in the Context of Judgment of the Court of Justice of the European Union of 19 October 2011 in the Case <i>Brüstle v. Greenpeace</i>	55
Summary	75

Dr Aleksandra Kustra, The Nicolaus Copernicus University in Toruń

Constitutional Courts and the Procedure for Preliminary Ruling before the Court of Justice of the European Union	77
Summary	99

Jakub Królikowski M.A., Office of the Constitutional Tribunal

Withdrawal of the Application and its Legal Effects in the Proceedings before the Constitutional Tribunal	101
Summary	118

Dr Jarosław Sulkowski, University of Łódź

The Act on the National Council of the Judiciary in the context of the Jurispru- dence of the Labour Law, Social Security and Public Affairs Chamber of the Supreme Court	119
Summary	142

Prof. Dr Habil. Paweł Grata, University of Rzeszów

Parliamentary Control of the Budget in the Light of the Evolution of Budge- tary Law in the Second Republic of Poland	143
Summary	164

SECTION II

OPINIONS, COMMENTARIES, REVIEWS, NOTES, VARIA

A. OPINIONS

On a bill on civil partnership (1. <i>Dariusz Dudek</i> , p. 167; 2. <i>Ryszard Piotrowski</i> , p. 182)	167
---	-----

B. COMMENTARIES

Jurisprudence of the Constitutional Tribunal

I. <i>Jakub Żurek</i> , Commentary to the judgment of the Constitutional Tribunal of September 21, 2011 (Ref. No. SK 6/10)	195
---	-----

II. <i>Lech Jamróz</i> , Commentary to the ruling of the Constitutional Tribunal of April 6, 2011 (Ref. No. Pp 1/10)	207
Jurisprudence of other courts	
<i>Łukasz Kulaga</i> , Commentary to the judgment of the International Court of Justice of February 3, 2012 on Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy)	214
C. REVIEWS	
Tomáš Langášek , <i>Constitutional Court of the Czechoslovak Republic and its judgments in 1920–1948</i> (Bartosz Lewandowski)	229
Pauline Türk , <i>Parliamentary control in France</i> (Jarosław Szymanek)	238
Luuk van Middelaar , <i>The passage to Europe. History of a Beginning</i> (Grzegorz J. Wąsiewski)	245
D. NOTES	
Piotr Benedykt Zientarski , <i>Internal organisation of the Senate. A constitutional legal study</i> (Maciej Serowaniec)	250
<i>Le evoluzioni della legislazione elettorale „di contorno” in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali</i> , Gian Candido De Martin, Zbigniew Witkowski, Piero Gambale, Elena Griglio [eds] (<i>Iwona Wróblewska</i>)	253
Andrzej Gaca, Zbigniew Witkowski , <i>Foundations of constitutional system of the Italian Republic</i> (Katarzyna Jachimowicz)	259
E. VARIA	
Three patterns of the review of acts of EU institutions in the case law of German Federal Constitutional Court (<i>Magdalena Gniadzik</i>)	264

SECTION III

DOCUMENTS

SOURCE MATERIALS FOR STUDIES ON PARLIAMENTARISM

Parliamentary Matters in the Constitutional Rulings of Other States

Germany: Judgment of the Federal Constitutional Court of November 9, 2011 on five per cent barrier clause in the law governing the European elections, Ref. No.: 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10 (translation and preparation <i>Robert Rybski</i>)	281
--	-----

СОДЕРЖАНИЕ

I ОТДЕЛ ИССЛЕДОВАНИЯ И МАТЕРИАЛЫ

<i>Д-р Анна Хмеляж, Лодзинский университет</i>	
Осуществление контроля за соответствием конституции производного права Европейского союза	9
Резюме	32
<i>Д-р Павел Лонцкий, Высшая школа общественной психологии в Варшаве, Иногородный отдел в Познани</i>	
Человеческие эмбрионы и человеческое достоинство с точки зрения патентного права. Вердикт Суда справедливости Европейского союза от 19 октября 2011 г. по делу Брюсте против Гринпис.	33
Резюме	54
<i>Д-р Агата Внукевич-Козловская, Вроцлавский университет</i>	
Патентная способность человеческого эмбриона в контексте решения Суда справедливости Европейского союза от 19 октября 2011 г. по делу Брюсте против Гринпис.	55
Резюме	75
<i>Д-р Александра Кустра, Университет Миколая Коперника в Торуне</i>	
Конституционные суды и преюдициальная процедура в Суде справедливости Европейского союза	77
Резюме	99
<i>Магистр Якуб Круликовский, Бюро Конституционного Трибунала</i>	
Взятие назад заявления и его юридические последствия в производстве в Конституционном Трибунале	101
Резюме	118
<i>Д-р Ярослав Сулковский, Лодзинский университет</i>	
Закон об Общепольском совете юстиции в контексте практики Палаты труда, социального страхования и публичных дел Верховного Суда	119
Резюме	142
<i>Проф. д-р наук Павел Грата, Университет в Жешуве</i>	
Парламентский контроль за бюджетом на фоне эволюции бюджетного права Второй Речи Посполитой	143
Резюме	164

II ОТДЕЛ ЭКСПЕРТИЗЫ, ГЛОССЫ, РЕЦЕНЗИИ, ОБЗОРЫ

A. ЭКСПЕРТИЗЫ	
Относительно законопроекта о партнерских отношениях (1. <i>Дарюш Дудек</i> , с. 167; 2. <i>Ришард Пётровский</i> , s. 182)	167
B. ГЛОССЫ	
Практика Конституционного Трибунала	
I. <i>Якуб Журек</i> , глосса к вердикту Конституционного Трибунала от 21 сентября 2011 г. (шифр дела SK 6/10)	195

II. <i>Лех Ямруз</i> , глосса к постановлению Конституционного Трибунала от 6 апреля 2011 г. (шифр дела Pr 1/10)	207
Практика других судов	
<i>Лукаш Кулага</i> , глосса к постановлению Международного суда справедливости от 3 февраля 2012 г. по делу о юрисдикционном иммунитете государства (Федеративная Республика Германия против Итальянской Республики)	214
C. РЕЦЕНЗИИ	
Томаш Лянгашек , <i>Ústavní soud České republiky a jeho osudy v letech 1920–1948</i> (<i>Бартош Левандовский</i>)	229
Паулин Тюрк , <i>Le contrôle parlementaire en France</i> (<i>Ярослав Шиманек</i>)	238
Люк ван Мидделляр , <i>Переход в Европу. История одного начала</i> (<i>Гжегож Я. Вонсевский</i>)	245
D. ОБЗОРЫ	
Петр Бенедикт Зентарский , <i>Внутреннее устройство Сената. Государственно-правовое исследование</i> (<i>Мацей Серованец</i>)	250
<i>Le evoluzioni della legislazione elettorale „di contorno” in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali</i> , под ред. Джан Кандидо Де Мартина, Збигнева Витковского, Пьеро Гамбале и Елены Грилио (<i>Ивона Врублевская</i>)	253
Анджей Гаца , Збигнев Витковский , <i>Основы конституционного строя Итальянской Республики</i> (<i>Катажина Яхимович</i>)	259
E. РАЗНОЕ	
Три образца осуществления контроля за актами институтов Европейского союза в практике Федерального Конституционного Суда Германии (<i>Магдалена Гнядзик</i>)	264
III ОТДЕЛ	
ДОКУМЕНТЫ	
ИСТОЧНИКИ ПО ИССЛЕДОВАНИЮ ПАРЛАМЕНТАРИЗМА	
Парламентские вопросы в практике судов других государств	
Германия: вердикт Федерального Конституционного Суда от 9 ноября 2011 г. по делу о пятипроцентном барьере на выборах в Европарламент, шифр дела: 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10 (перевод и редакция Роберт Рыбский)	281



ANNA CHMIELARZ

KONTROLA KONSTYTUCYJNOŚCI PRAWA POCHODNEGO UNII EUROPEJSKIEJ

„[...] rozporządzenia unijne, jako akty normatywne, mogą być poddane kontroli ich zgodności z Konstytucją w postępowaniu zainicjowanym skargą konstytucyjną. Okoliczność, że są to akty prawa unijnego, jakkolwiek stanowiące również część polskiego porządku prawnego, wpływa na specyfikę tej kontroli sprawowanej przez Trybunał Konstytucyjny”^{*}.

I. Członkostwo Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej nie pozostaje bez wpływu na zakres właściwości Trybunału Konstytucyjnego¹. Skutkiem członkostwa w Unii jest bezpośrednie obowiązywanie prawa stanowionego przez instytucje unijne w polskim porządku prawnym. Ze względu na zasadę nadrzędności Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, wyrażoną wprost w jej art. 8 ust. 1², prawo UE powinno podlegać tym samym mechanizmom kontroli konstytucyjności, co prawo krajowe. Przemawia za tym szczególnie rola prawna konstytucji w kontekście obowiązywania i stosowania prawa unijnego w Rzeczypospolitej Polskiej.

W Konstytucji RP wyrażono zasadę otwartości polskiego porządku prawnego na ponadnarodowe formy współpracy międzynarodowej (preambuła, art. 9 i art. 90)³.

* Teza uzasadnienia wyroku TK z 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09, OTK ZU 2011, seria A, nr 9, poz. 97, pkt 1.5.

¹ Szerzej na temat pozycji i zakresu kognicji TK w systemie konstytucyjnym po uzyskaniu przez Polskę członkostwa w UE zob. K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny w europejskim systemie konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4, s. 177–192.

² Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.

³ Zob. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym. Wybrane zagadnienia prawnokonstytucyjne*, Kraków 2007, s. 95–96.

Przede wszystkim stanowi ona podstawę przekazania UE kompetencji organów państwowych, w tym o charakterze prawotwórczym. Przepisy art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 3 Konstytucji nie stanowią przy tym podstawy do przekazania Unii upoważnienia do stanowienia aktów prawnych z nią niezgodnych. Jednocześnie w konstytucji zezwala się na przekazanie kompetencji „w niektórych sprawach”, czyli w pewnych granicach; nie wyznacza się jednak *explicite* zakresu kompetencji nieprzekazywalnych. Należy uznać, że granice przekazania wyznaczają postanowienia określające naczelne zasady konstytucyjne oraz postanowienia dotyczące praw jednostki, głównie wymóg zapewnienia ochrony godności człowieka i praw konstytucyjnych, wynikający z preambuły oraz z art. 5, 30 i 31. Zasady konstytucyjne stanowią o tożsamości konstytucyjnej państwa ze względu na ich podstawowe znaczenie dla ustroju państwa i odzwierciedlanie wartości, na których opiera się konstytucja. W kontekście członkostwa w UE szczególne znaczenie ma zasada suwerenności, której normatywnym wyrazem jest sama konstytucja, w szczególności postanowienia preambuły, art. 2, 4, 5, 8, 90, 104 ust. 2 i art. 126 ust. 1. Przekazanie kompetencji nie może prowadzić do naruszenia postanowień konstytucji i podważenia tożsamości konstytucyjnej Rzeczypospolitej jako państwa suwerennego i demokratycznego. Jeżeli przyjmujemy, że normatywną gwarancją zachowania tożsamości konstytucyjnej jest art. 90 Konstytucji i określone w nim granice przekazania, a gwarantem Konstytucji jest TK, to nie można deprecjonować jego roli w zakresie ochrony tożsamości konstytucyjnej państwa oraz konstytucyjności prawa UE, które obowiązuje w polskim porządku prawnym, w kontekście ewentualnego przekroczenia przez UE granic przekazania kompetencji.

Do tej pory TK dwukrotnie badał zgodność z konstytucją unijnego prawa pierwotnego, tj. Traktatu o przystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej, podpisanego dnia 16 kwietnia 2003 r. w Atenach⁴ (wyrok z 11 maja 2005 r., sygn. akt K 18/04⁵), oraz Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, sporządzonego w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r.⁶ (wyrok z 24 listopada 2010 r., sygn. akt K 32/09⁷). W obu przypadkach orzekł o zgodności prawa UE z konstytucją. Z kolei 16 listopada 2011 r. TK potwierdził swoją kompetencję do kontroli konstytucyjności aktów prawa pochodnego UE w trybie skargi konstytucyjnej, w której podniesiono zarzut niezgodności z konstytucją przepisów rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych⁸. W wydanym wyroku o sygn. akt SK 45/09 Trybunał orzekł o konstytucyjności rozporządzenia unijnego. Stanowisko TK przedstawione w uzasadnieniu tego wyroku daje podstawy do szerszej analizy dopuszczalności i środków kontroli konstytucyjności aktów prawa pochodnego UE, granic kontroli oraz skutków ewentualnego orzeczenia ich niezgodności z konstytucją. Pozwala to na ocenę pozy-

⁴ Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864.

⁵ OTK ZU 2005, seria A, nr 5, poz. 49.

⁶ Dz. Urz. UE C 2007, nr 306, poz. 1.

⁷ OTK ZU 2010, seria A, nr 9, poz. 108.

⁸ Dz. Urz. UE L 12, z 16 stycznia 2001 r., s. 1, z późn. zm.

cji TK jako sądu nad prawem w wieloskładnikowym porządku prawnym Rzeczypospolitej Polskiej⁹.

II. Prawo UE znajduje podstawy obowiązywania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w Konstytucji z 1997 r. Akty prawa pierwotnego Unii, głównie traktaty¹⁰, po ogłoszeniu w „Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej”, stanowią część krajowego porządku prawnego, są stosowane bezpośrednio i mają pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy nie da się z nimi pogodzić (art. 91 ust. 1 i ust. 2 Konstytucji). Prawo stanowione przez instytucje UE jest stosowane bezpośrednio i ma pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami (art. 91 ust. 3 Konstytucji). Skoro prawo UE jest stosowane bezpośrednio i wiąże organy krajowe, podmioty publiczne i prywatne, można je uznać za element krajowego systemu prawnego, do którego należy odnosić reguły określone w prawie krajowym¹¹. W związku z tym pojawia się kwestia dopuszczalności kontroli przez TK zgodności prawa UE z konstytucją, będąca od kilku lat przedmiotem ożywionych dyskusji przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego i europejskiego¹².

W konstytucji RP, podobnie jak w ustawie z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym¹³, nie przyznano Trybunałowi *expressis verbis* kompetencji do kontroli prawa UE. W stanowiącym podstawę kompetencyjną działalności orzeczniczej TK art. 188 Konstytucji, w którym wylicza się przedmioty i wzorce kontroli hierarchicznej aktów normatywnych, nie zostały uwzględnione akty prawa UE. Biorąc jednak pod uwagę, że prawo pierwotne UE tworzą głównie umowy międzynarodowe, to w świetle art. 188 pkt 1 nie da się wykluczyć jego kontroli pod względem zgodności z konstytucją¹⁴. W praktyce TK potwierdził swoją właściwość rzeczową w tym zakresie (sygn. akt: K 18/04, K 32/09)¹⁵. Zdecydowanie więcej kontrowersji budzi dopuszczalność kontroli przez TK pochodnego prawa UE.

Z uwagi na charakter prawa pochodnego UE i jego miejsce w polskim systemie prawnym i jednocześnie skutki orzeczeń TK (art. 190 Konstytucji) wydaje się, że kontrola konstytucyjności tego prawa przez krajowy sąd konstytucyjny jest wyklu-

⁹ Na temat kontroli prawa pochodnego UE przez sądy konstytucyjne innych państw członkowskich UE zob. P. Chybalski, *Informacja prawno-porównawcza w sprawie kognicji sądów konstytucyjnych odnośnie do prawa wtórnego Unii Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2011, nr 3, s. 103–116.

¹⁰ Traktat o Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30, z późn. zm.), Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2, z późn. zm.), traktaty zmieniające, akcesyjne.

¹¹ Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 87.

¹² Zob. A. Chmielarz, *Funkcja prawna konstytucji na przykładzie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2011, s. 173–181 i powołana tam literatura.

¹³ Dz.U. z 1997 r. Nr 102, poz. 643, z późn. zm.

¹⁴ Por. R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Warszawa 2000, s. 188; A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wójtowicz, Warszawa 2006, s. 92; W. Sokolewicz, *Ustawa ratyfikacyjna*, [w:] *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, red. M. Kruk, Warszawa 1997, s. 125.

¹⁵ Zob. także stanowisko TK w uzasadnieniu wyroku z 18 grudnia 2007 r. o sygn. akt SK 54/05 (OTK ZU 2007, seria A, nr 11, poz. 158).

czona¹⁶. Nie da się zaprzeczyć, że prawo UE tworzy autonomiczny porządek prawny z przewidzianym mechanizmem kontroli legalności aktów wydawanych przez instytucje unijne (art. 263 i następne Traktatu o funkcjonowaniu UE). Obowiązki tego prawa na terytorium Rzeczypospolitej jest skutkiem suwerennego aktu przystąpienia do UE, dlatego przyjmuje się, że — skoro akty prawa pochodnego UE nie zostały wymienione w art. 188 pkt 1–3 Konstytucji jako przedmiot kontroli konstytucyjności — kompetencji TK w tym zakresie nie można domniemywać¹⁷.

Z kolei ze względu na normatywną treść art. 8 ust. 1 Konstytucji nie można deprecjonować roli TK jako najwyższego organu ochrony konstytucyjności w kontekście ewentualnej kolizji prawa pochodnego UE z prawem krajowym¹⁸. Za dopuszczalnością kontroli prawa pochodnego przemawia argument *a maiori ad minus*. Skoro dopuszczalna jest kontrola konstytucyjności prawa pierwotnego, to tym bardziej dopuszczalna jest kontrola prawa tworzonego na podstawie i w granicach prawa pierwotnego. Stwierdzenie przez TK niekonstytucyjności przepisów prawa pierwotnego nie oznacza utraty mocy obowiązującej wydanych na ich podstawie aktów prawa pochodnego. Dlatego też ze względu na art. 8 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 3 Konstytucji, niezależnie od kompetencji kontrolnych wobec prawa pierwotnego, TK powinien mieć wpływ na obowiązywanie w państwie niezgodnych z ustawą zasadniczą aktów instytucji UE.

III. Zakładając dopuszczalność kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE, należy rozważyć, za pomocą jakich środków prawnych i w jakim zakresie można ją inicjować. Kluczowe znaczenie ma orzecznictwo TK, który rozstrzygał już wniosek oraz skargę konstytucyjną w przedmiocie aktu unijnego prawa pochodnego. W postanowieniu z 17 grudnia 2009 r., sygn. akt U 6/08¹⁹, TK stwierdził brak kognicji do kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE w trybie wniosku. W przypadku kontroli abstrakcyjnej właściwość rzeczową TK określa wyczerpująco art. 188 pkt 1–3 Konstytucji. Nie wymienia się w nim prawa stanowionego przez organizację między-

¹⁶ Por. S. Biernat, *Miejsce prawa pochodnego Wspólnoty Europejskiej w systemie konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 1999, s. 185–186; M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006, s. 42; M. Grzybowski, *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe jako wzorzec i przedmiot kontroli norm*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. Marek Zubik, Warszawa 2006, s. 346; R. Małajny, *Constitutio suprema lex? (Unia Europejska a ustawy zasadnicze państw członkowskich)*, [w:] *Prawo a wartości. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Nowackiego*, red. Z. Tobor, I. Bogucka, Kraków 2003, s. 216; M. Safjan, *Konstytucja a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 3, s. 11.

¹⁷ Zob. K. Działocha, *Podstawy prounijnej wykładni Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 11, s. 29; B. Banaszak, *Konstytucja Europejska a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Miscellanea konstytucyjnoprawne*, red. A. Szymt, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, t. XII, s. 11; P. Błachut, P. Mikuli, *Uwagi o stosowaniu ustaw przez sądy w przypadku ich kolizji z prawem wspólnotowym*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej. Materiały z XLVI Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego. Wierzba, 3–5 czerwca 2004*, red. M. Kruk, J. Wawrzyniak, Kraków 2005, s. 271; L. Garlicki, M. Masternak-Kubiak, *Władza sądownicza RP a stosowanie prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP...*, s. 182–184 i powołane tam stanowiska przedstawicieli doktryny.

¹⁸ Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 325.

¹⁹ OTK ZU 2009, seria A, nr 11, poz. 178.

narodową jako przedmiotu orzekania. Akty prawa unijnego nie mieszczą się również w zakresie pojęcia „przepis prawa”, użytego w art. 188 pkt 3, które Konstytucja wyraźnie odnosi do aktów wydawanych przez organy państwowe²⁰. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym abstrakcyjna kontrola konstytucyjności norm unijnego prawa pochodnego, inicjowana w formie wniosku, jest wykluczona.

W wyroku o sygn. akt SK 45/09 TK stwierdził natomiast dopuszczalność kontroli prawa pochodnego UE, a dokładnie rozporządzenia unijnego, w trybie skargi konstytucyjnej²¹. Podkreślenia wymaga, że już w wyroku o sygn. akt K 18/04 TK nie wykluczył dopuszczalności kwestionowania konstytucyjności tego prawa poprzez skargę, ze względu na potrzebę ochrony konstytucyjnych wolności lub praw. Skoro przepisy konstytucji dotyczące wolności i praw jednostki wyznaczają minimalny i nieprzekraczalny próg, który nie może ulec obniżeniu ani zakwestionowaniu na skutek wprowadzenia regulacji unijnych, to w dobie integracji europejskiej trudno zawęzić granice stosowania skargi konstytucyjnej (środka ochrony wolności i praw jednostki) tylko do tych przepisów, obowiązujących na terytorium RP, które wydają organy krajowe²². Przepisy wydawane przez instytucje UE również mogą być podstawą rozstrzygnięć organów krajowych. Gdyby na ich podstawie doszło do naruszenia konstytucyjnych wolności lub praw, to nie można pozbawić jednostki prawa skorzystania ze skargi konstytucyjnej tylko z tego powodu, że organ wydał ostateczne rozstrzygnięcie na podstawie przepisów, które nie pochodzą od prawodawcy krajowego, skoro obowiązują one bezpośrednio w krajowym systemie prawnym.

IV. Na podstawie też zawartych w wyroku TK o sygn. akt SK 45/09 należy zwrócić uwagę na konstytucyjną podstawę kompetencji orzeczniczych TK oraz sposób wyznaczenia zakresu przedmiotowego kontroli konstytucyjności prawa w trybie skargi konstytucyjnej. W art. 188 pkt 5 Konstytucji wyraźnie wyodrębnia się kompetencję TK do orzekania w sprawie skargi konstytucyjnej, o której mowa w art. 79 ust. 1. Ustawodawca konstytucyjny posłużył się w tym przypadku szczególną konstrukcją prawną, czyniąc z art. 188 pkt 5 podstawę kompetencji orzeczniczej TK, ale określając jej zakres przedmiotowy w art. 79 ust. 1. Ten sposób regulacji należy tłumaczyć szczególną, właściwie podwójną, funkcją skargi konstytucyjnej: po pierwsze, skarga jest środkiem ochrony konstytucyjnych wolności i praw, stąd jej regulacja w rozdziale II Konstytucji, po drugie, jest jednym z trzech środków kontroli konstytucyjności prawa w Rzeczypospolitej. Jednocześnie rozwiązanie przyjęte w art. 188 pkt 5 służy podkreśleniu roli TK w rozpatrywaniu skarg konstytucyjnych, kiedy realizuje on w rzeczywistości dwie funkcje: funkcję orzeczniczą w zakresie hierarchicznej kontroli aktów normatywnych oraz funkcję ochronną w zakresie ochrony wolności i praw jednostki.

²⁰ Por. L. Garlicki, komentarz do art. 188 Konstytucji (uwagi 11, 12, 18), [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, t. V.

²¹ Na temat kontroli rozporządzeń unijnych w trybie skargi konstytucyjnej zob. T. Jaroszyński, *Rozporządzenie wspólnotowe jako przedmiot skargi konstytucyjnej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 4, s. 26 i n.

²² Zob. pkt 6.4 oraz pkt 18.6 uzasadnienia.

Zakres przedmiotowy aktów normatywnych, które mogą być poddane kontroli zgodności z konstytucją w postępowaniu wszczętym w drodze skargi konstytucyjnej, jest — zdaniem TK — określony w art. 79 ust. 1 Konstytucji w sposób autonomiczny i niezależny od art. 188 pkt 1–3. Trybunał uzasadnił swoje stanowisko odrębnością postępowania w sprawie skarg konstytucyjnych względem innych postępowań przed TK, oddzieleniem w art. 188 kompetencji TK do orzekania o hierarchicznej zgodności aktów normatywnych od kompetencji do orzekania w sprawie skargi konstytucyjnej, a także funkcją skargi, jaką jest ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki. Przede wszystkim szczególna funkcja skargi konstytucyjnej pozwala przyjąć, że przedmiotem kontroli TK może być każdy akt normatywny, który był podstawą ostatecznego rozstrzygnięcia o wolnościach lub prawach albo obowiązkach jednostki, bez zawężenia przedmiotu kontroli do aktów wymienionych w art. 188 pkt 1–3²³.

W kontekście stanowiska TK należy zauważyć, że przepisy konstytucyjne nie określają jednolicie zakresu przedmiotowego aktów normatywnych podlegających kontroli pod względem zgodności z konstytucją. Zgodnie z art. 188 pkt 1–3 przedmiotem kontroli mogą być ustawy, umowy międzynarodowe oraz przepisy prawa wydawane przez centralne organy państwowe. Natomiast w art. 79 ust. 1 wymienia się ustawy lub inne akty normatywne, co wydaje się szerszym uregulowaniem zakresu przedmiotowego kontroli TK.

Zakres przedmiotowy kontroli konstytucyjności w trybie skargi wyznacza użyte w art. 79 ust. 1 pojęcie „akt normatywny” (inny niż ustawa). W konstytucji używa się tego pojęcia także w innych przepisach dotyczących kontroli hierarchicznej prawa, tj. w art. 190 ust. 2–4, w art. 191 ust. 2 i w art. 193, zaznaczając przy tym, że kontroli TK podlegają wyłącznie akty normatywne. Na podstawie poglądów przedstawicieli doktryny Trybunał już w 1989 r. przyjął materialną koncepcję aktu normatywnego, rozumianego jako akt ustanawiający normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym²⁴. Sposób rozumienia pojęcia „aktu normatywnego”, zawartego w art. 79 ust. 1, determinuje dodatkowo to, że przedmiotem skargi może być tylko taki akt normatywny, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo obowiązkach określonych w konstytucji. Zawężenie przedmiotu kontroli w trybie skargi do aktów wymienionych w art. 188 pkt 1–3 byłoby nie do pogodzenia z podstawową funkcją skargi w sferze ochrony wolności i praw. Uzasadnia ona uczynienie przedmiotem skargi wszystkich aktów normatywnych, których skutki mogą prowadzić do naruszenia wolności lub praw. Tym samym pojęcie „aktu normatywnego” z art. 79 ust. 1 należy rozumieć w sposób autonomiczny i niezależny od art. 188 pkt 1–3. Dotychczasowe orzecznic-

²³ Zob. pkt 1.2 uzasadnienia.

²⁴ Zob. orzeczenie TK z 7 czerwca 1989 r., sygn. akt U 15/88 (OTK ZU 1989, poz. 10). Por. postanowienia TK z 14 grudnia 1999 r., sygn. akt U 7/99 (OTK ZU 1999, nr 7, poz. 170), i 29 marca 2000 r., sygn. akt P 13/99 (OTK ZU 2000, nr 2, poz. 68), oraz wyroki TK z 12 lipca 2001 r., sygn. akt SK 1/01 (OTK ZU 2001, nr 5, poz. 127), 12 marca 2002 r., sygn. akt P 9/01 (OTK ZU 2002, seria A, nr 2, poz. 14), 22 września 2006 r., sygn. akt U 4/06 (OTK ZU 2006, seria A, nr 8, poz. 109) i 18 grudnia 2007 r., sygn. akt SK 54/05 (OTK ZU 2007, seria A, nr 11, poz. 158).

two TK potwierdza na przykład, że przedmiotem skargi mogą być niewymienione w art. 188 akty prawa miejscowego²⁵.

Ponadto odesłanie z art. 191 ust. 1 Konstytucji nie daje podstaw, by zakres przedmiotowy kontroli konstytucyjności prawa zawężyć do aktów (przepisów) wymienionych w art. 188, poza kontrolą w trybie wniosku. Nawet mimo specyficznej konstrukcji art. 191 ust. 1 pkt 6 nie ma wątpliwości, że podmiotowy i przedmiotowy zakres prawa do zainicjowania kontroli w trybie skargi konstytucyjnej, a więc i zakres kontroli TK, określa art. 79 ust. 1 Konstytucji²⁶. W związku z tym trudno wykluczyć kontrolę przez Trybunał aktów wydawanych przez instytucje UE w trybie skargi konstytucyjnej, zwłaszcza że w doktrynie prezentowana jest także funkcjonalna koncepcja aktu normatywnego. W myśl tej koncepcji konstytucyjne pojęcie „aktu normatywnego” obejmuje nie tylko akty stanowione przez polskie organy władzy publicznej, ale wszystkie akty normatywne stosowane przez te organy²⁷.

V. Przedmiotem kontroli konstytucyjności w sprawie o sygn. akt SK 45/09 jest rozporządzenie unijne. W związku z tym, że w uzasadnieniu wyroku TK posługuje się generalnymi zwrotami „akty prawne stanowione przez instytucje Unii Europejskiej”, „akty prawne instytucji UE”, „prawo pochodne Unii Europejskiej”, należałoby zastanowić się, czy inne niż rozporządzenie akty unijne mogą być przedmiotem skargi konstytucyjnej. Nie jest to łatwe ze względu na wielość i różny charakter normatywny źródeł prawa pochodnego UE²⁸.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji prawo stanowione przez instytucje Unii jest w Rzeczypospolitej stosowane bezpośrednio. Największy wpływ na krajowy porządek prawny mają te akty unijne, których celem jest wykonanie kompetencji Unii. Podstawowe akty o charakterze wiążącym wymienia się w art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu UE. Są to rozporządzenia, dyrektywy oraz decyzje. Rozporządzenie ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Decyzja wiąże w całości, a jeżeli wskazuje adresatów, wiąże tylko ich. Tylko w przypadku rozporządzenia Traktat o funkcjonowaniu UE wyraźnie stanowi, że jest ono bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Dyrektywa podlega już obowiązkowi implementacji, co następuje poprzez wydanie przez organy krajowe aktów prawnych służących realizacji określonego w niej celu. Szczególnym aktem jest decyzja. Na podstawie art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu UE można wyróżnić decyzje, w których nie wskazuje się

²⁵ Zob. postanowienia TK z 6 lutego 2001 r., sygn. akt Ts 139/00 (OTK ZU 2001, nr 2, poz. 40), oraz z 6 października 2004 r., sygn. akt SK 42/02 (OTK ZU 2004, seria A, nr 9, poz. 97). Por. J. Repel, *Przedmiotowy zakres skargi konstytucyjnej*, [w:] *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzciniński, Warszawa 2000, s. 95–98.

²⁶ Por. L. Garlicki, komentarz do art. 191 Konstytucji (uwaga 14), [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007.

²⁷ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 326–327.

²⁸ Na temat aktów prawa pochodnego UE zob. A. Zawadzka, *Prawo pochodne Unii Europejskiej*, [w:] *Źródła prawa Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. IV-18 i n.

adresata, np. decyzje ustanawiające programy unijne czy procedury, oraz decyzje, w których wskazuje się adresata. Pierwsze z nich wiążą w całości, drugie mają charakter indywidualny i wiążą tylko adresatów, którymi mogą być państwa członkowskie, osoby fizyczne lub prawne. Decyzjami adresowanymi do osób fizycznych lub prawnych można przyznawać im uprawnienia lub nakładać obowiązki. Natomiast decyzjami adresowanymi do państwa można je zobowiązywać do podjęcia środków w celu wypełnienia postanowień zawartych w danej decyzji, np. do wydania aktu normatywnego w pewnej dziedzinie, co zbliża je do dyrektyw.

Stosowanie norm unijnych w konkretnych sprawach jest uzależnione od ich bezpośredniej skuteczności w krajowym porządku prawnym (tzw. *effet utile*). Akty unijne nie są adresowane tylko do państw członkowskich, przyznają także różne uprawnienia jednostce. Obowiązkiem organów państwa jest zapewnienie, by prawa jednostki były skutecznie chronione i egzekwowane. Trudno więc odmówić jednostce możliwości powołania się na normę unijną w postępowaniu przed organami krajowymi, głównie przeciwko państwu, ale i innej jednostce. Z kolei w sensie formalnym norma unijna może wywierać skutek bezpośredni, jeśli jest jasna, precyzyjna i bezwarunkowa, jej skuteczność nie może być uzależniona od dodatkowych działań państwa czy instytucji unijnych.

Bezpośrednia skuteczność aktów unijnych wywołuje wiele kontrowersji. Dotyczy to w szczególności dyrektyw, które adresowane są do państw członkowskich i nie mogą nakładać obowiązków bezpośrednio na jednostkę. Jednak wiążący charakter dyrektyw dopuszcza powołanie się na dyrektywę w postępowaniu przed organami krajowymi, ale pod pewnymi warunkami. Jednostka może się powołać na postanowienia dyrektywy: wyłącznie przeciwko państwu albo organom lub podmiotom podlegającym władzy lub kontroli ze strony państwa, np. organy podatkowe, organy samorządu terytorialnego będące „emanacją państwa”; tylko wtedy, gdy państwo nie wywiązuje się z obowiązku implementacji dyrektywy (brak implementacji w terminie lub implementacja nieprawidłowa) lub nie zapewnia jej pełnego zastosowania, środki implementujące nie są stosowane w sposób zapewniający osiągnięcie wskazanego celu oraz gdy postanowienia dyrektywy są jasne, dostatecznie precyzyjne i bezwarunkowe. Ostatni z wymienionych warunków ma charakter generalny i odnosi się również do rozporządzeń i decyzji, których bezpośrednia skuteczność nie wywołuje większych wątpliwości²⁹.

W następstwie poczynionych uwag należy rozważyć, czy wymienione akty UE wykazują cechy aktu normatywnego w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. Rozporządzenie unijne ma cechy aktu normatywnego, co potwierdził TK w wyroku o sygn. akt SK 45/09. Przesądza o tym ogólny zasięg rozporządzenia, co oznacza, że odnosi się do obiektywnie określonych stanów faktycznych oraz abstrakcyjnie określonych adresatów. Wiążący charakter i bezpośrednia skuteczność we wszystkich państwach członkowskich UE umacniają tezę o normatywności rozporządzenia. Także Trybunał

²⁹ Na temat bezpośredniej skuteczności aktów UE zob. A. Zawidzka, dz. cyt., s. IV-24–IV-32; teź, *Prawo Unii Europejskiej a prawo krajowe państw członkowskich*, [w:] *Źródła prawa Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. IV-147–IV-157 oraz powołane tam orzecznictwo.

Sprawiedliwości UE potwierdza w orzecznictwie normatywny charakter rozporządzeń³⁰. Rozporządzenie unijne może zawierać normy, na podstawie których sąd lub organ administracji publicznej orzeka ostatecznie o wolnościach lub prawach albo o obowiązkach jednostek określonych w konstytucji. Dlatego nie powinno się pozbawiać jednostki prawa skorzystania ze skargi konstytucyjnej, jeśli w wyniku zastosowania rozporządzenia unijnego w indywidualnej sprawie dojdzie do naruszenia wolności lub praw, których ochronę gwarantuje konstytucja.

Dyrektywa jest aktem charakterystycznym dla porządku prawnego UE, który nie ma odpowiednika w polskim systemie prawnym. Z teoretycznego punktu widzenia dyrektywa, w odróżnieniu od rozporządzenia, ma konkretnego adresata, tj. państwa członkowskie, jej postanowienia mogą mieć postać ogólnych wskazówek, jak i określać szczegółowo kierunki działania państwa w ramach realizacji wskazanego celu. Do organów państwa należy wydanie aktów normatywnych służących osiągnięciu celu dyrektywy w określonym terminie. W przypadku prawidłowej i terminowej implementacji dyrektywy organy krajowe stosują w praktyce przepisy krajowe realizujące dyrektywę, zobowiązane są tylko do dokonywania takiej wykładni stosowanych przepisów, by został osiągnięty cel dyrektywy. Jeżeli więc doszłoby do naruszenia wolności lub praw jednostki, to przedmiotem skargi konstytucyjnej byłby krajowy akt normatywny stanowiący podstawę ostatecznego rozstrzygnięcia, a nie dyrektywa. Z kolei dyrektywa może wywoływać skutek bezpośredni i stanowić dla jednostki źródło uprawnień, gdy państwo nie dokonało jej implementacji w terminie bądź dokonało implementacji nieprawidłowo. Zgodnie z zasadą *ex iniuria non oritur ius* państwo nie może odnosić korzyści z bezprawnego zachowania i dlatego trudno odmówić jednostce prawa do powołania się przed organem krajowym bezpośrednio na postanowienia dyrektywy po upływie terminu implementacji, o ile jej postanowienia nadają się do bezpośredniego stosowania. Skoro jednak dyrektywa nie wywiera bezpośredniego skutku wertykalnego, jednostka mogłaby powołać się na jej postanowienia przed organami krajowymi tylko wtedy, gdy jej roszczenia skierowane byłyby do organów państwa lub stanowiących „emanację państwa”. Wydaje się to realne, jeżeli celem dyrektywy jest polepszenie sytuacji prawnej jednostki w państwie, np. zwiększenie uprawnień w określonej dziedzinie, przyznanie przywilejów, ograniczenie obowiązków, rozszerzenie zakresu ochrony przed nieuzasadnioną ingerencją państwa w sferę wolności lub praw. W przypadku gdy postanowienia dyrektywy zapewniają wyższe niż krajowe standardy gwarancji wolności i praw jednostki, wydanie przez organ krajowy merytorycznego rozstrzygnięcia na podstawie dyrektywy nie powinno skutkować naruszeniem tych wolności lub praw, co czyniłoby bezprzedmiotowym stosowanie art. 79 ust. 1 Konstytucji. Natomiast odmówienie przez organ zastosowania takiej dyrektywy, prowadzące do naruszenia wolności lub praw podstawowych, uzasadniałoby, jak się wydaje, wniesienie skargi konstytucyjnej do TK. Oczywiście organ w wydanym rozstrzygnięciu musiałby powołać się na dyrektywę.

³⁰ A. Zawidzka, *Prawo pochodne...*, s. IV-24–IV-27; A. Łazowski, *Rozporządzenie jako źródło prawa Wspólnot Europejskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 12–19.

Decyzja może wywoływać skutek bezpośredni w zakresie, w jakim przyznaje uprawnienia lub nakłada obowiązki na swoich adresatów. Wiazący charakter decyzji przemawia na rzecz dopuszczalności powołania się jednostki na jej postanowienia przed organem krajowym, o ile charakter oraz treść decyzji wskazują, że może ona wywoływać bezpośrednie skutki prawne w stosunkach prawnych pomiędzy jej adresatem a podmiotami trzecimi, np. państwem i podlegającymi jego jurysdykcji osobami fizycznymi lub prawnymi. Skuteczność decyzji byłaby osłabiona, gdyby organy krajowe nie mogły brać jej pod uwagę jako części prawa UE obowiązującego na terytorium państwa członkowskiego. Trudno więc jednoznacznie wykluczyć decyzje UE jako podstawę skargi konstytucyjnej do TK. Należy przy tym pamiętać, że Traktat o funkcjonowaniu UE w art. 263 akapit 4 przyznaje każdej osobie fizycznej lub prawnej prawo wniesienia do Trybunału Sprawiedliwości UE skargi na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie.

VI. Dopuszczając kontrolę prawa pochodnego UE w trybie skargi konstytucyjnej, należy zastanowić się nad adekwatnością przepisów Konstytucji RP jako wzorca kontroli. Nie ulega wątpliwości, że instytucje UE w zakresie stanowienia prawa są związane pierwotnym prawem UE a nie przepisami konstytucji krajowych. Można to rozumieć w ten sposób, że Konstytucja RP nie może być wzorcem kontroli prawa unijnego. Zgodnie jednak z art. 4 ust. 2 Traktatu o UE, obowiązkiem UE jest poszanowanie tożsamości narodowej państw członkowskich, nierozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi. Istotnym składnikiem tożsamości narodowej jest tożsamość konstytucyjna państwa, decydują o niej podstawowe wartości, na których opiera się konstytucja, a te wyrażone są najpełniej w jej zasadach naczelnych oraz postanowieniach dotyczących praw jednostki. W tym kontekście podstawowe zasady konstytucyjne, jak np. zasada demokratycznego państwa prawnego (art. 2), zasada suwerenności (art. 4), zasada ochrony godności ludzkiej oraz podstawowych wolności i praw człowieka i obywatela (preambuła, art. 5, art. 30 i 31) wyznaczają granice, których instytucjom UE przekroczyć nie wolno³¹. Z kolei gwarancja zachowania tożsamości konstytucyjnej państwa jest wyrażona w art. 90 Konstytucji, gdzie zostały określone granice przekazania kompetencji. Odpowiednio granice kompetencji UE wyznacza zasada przyznania. Zgodnie z tą zasadą Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie, których wykonywanie podlega zasadom pomocniczości i proporcjonalności (art. 5 ust. 1 i 2 Traktatu o UE). Przekroczenie tych granic uzasadnia kontrolę aktów instytucji UE pod kątem zgodności z podstawowymi zasadami konstytucyjnymi.

W sferze praw jednostki granicę przekazania kompetencji wyznacza konstytucyjny system przestrzegania praw człowieka, oparty na zasadzie ochrony godności ludzkiej oraz podstawowych wolności i praw człowieka i obywatela. Jednym z głównych celów konstytucji jest, zgodnie z preambułą, zagwarantowanie praw obywatelskich, zachowanie przyrodzonej godności człowieka oraz jego prawa do wolności. Konstytucja

³¹ Szerzej zob. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 265–299 oraz powołana tam literatura.

tucja za podstawowe źródło wolności i praw człowieka uznaje godność ludzką, którą można uznać za wartość konstytucyjną (art. 30), ponadto ustanawia zasadę wolności i praw jednostki oraz zasadę dopuszczalnej ingerencji w wolności i prawa konstytucyjne, tzw. zasadę proporcjonalności (art. 31). Ochrona wolności i praw człowieka i obywatela jest jednym z konstytucyjnych zadań państwa (art. 5), a władze publiczne mają obowiązek ochrony godności człowieka (art. 30). Konstytucja wyznacza minimalny poziom ochrony jednostki, który nie może ulec obniżeniu w następstwie przekazania UE kompetencji organów państwowych.

Należy dodać, że choć instytucje UE nie są związane konstytucjami państw członkowskich, to obowiązek respektowania przez nie krajowych systemów ochrony praw jednostki wynika pośrednio z pierwotnego prawa unijnego. Unia stanowi przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości w poszanowaniu praw podstawowych oraz różnych systemów i tradycji prawnych państw członkowskich (art. 67 Traktatu o UE). Stosownie do art. 6 Traktatu o UE uznaje ona prawa, wolności i zasady określone w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej³² [dalej: Karta] oraz przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [dalej: Konwencja]. Zgodnie z załączoną do traktatów deklaracją nr 1, Karta potwierdza prawa podstawowe gwarantowane w Konwencji oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, które stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa. Jak natomiast wynika z art. 53 Karty, jej postanowienia nie mogą być interpretowane jako ograniczające lub naruszające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane we właściwych im obszarach zastosowania przez prawo Unii i prawo międzynarodowe oraz konwencje międzynarodowe, których Unia lub wszystkie państwa członkowskie są stronami, w szczególności przez Konwencję oraz przez konstytucje państw członkowskich.

W związku z powyższym, działalność prawotwórcza instytucji UE powinna opierać się na poszanowaniu praw podstawowych, które wynikają z konstytucji państw członkowskich. Prawo pierwotne UE wymaga, by poziom ochrony praw człowieka w UE był porównywalny z tym, jaki gwarantują konstytucje krajowe. Jest to możliwe przy założeniu, że wartości, na których opiera się działalność UE, są zgodne z systemem wartości konstytucyjnych państwa. Jak wiadomo, poszanowanie wolności i praw jednostki jest jednym z fundamentalnych założeń funkcjonowania Unii. Istnienie wspólnych wartości nie oznacza jednak, że regulacje unijne i krajowe dotyczące wolności i praw jednostki muszą być identyczne. Prawo unijne może zapewniać wyższy poziom ochrony praw podstawowych, ale nie niższy od zagwarantowanego w konstytucjach państw członkowskich.

W praktyce nie można wykluczyć wydawania przez instytucje UE aktów prawnych, które wprowadzałyby ograniczenia praw podstawowych w szerszym zakresie, niż dopuszczają to konstytucje krajowe, czy ingerowały nadmiernie w istotę niektórych wolności lub praw konstytucyjnych. Dlatego akty UE naruszające krajowe standardy w dziedzinie ochrony praw jednostki powinny podlegać kontroli w kontekście

³² Dz. Urz. UE C 303, z 14 grudnia 2007 r., s. 1–16.

tego, czy Unia nie wykracza poza granice przekazanych kompetencji, czy też nie obniża konstytucyjnego poziomu ochrony. Naruszenie standardów konstytucyjnych może uzasadniać zarzut niedopuszczalnego wkroczenia aktu prawa UE w sferę konstytucyjnie chronionych wolności lub praw. W takich przypadkach trudno odmówić jednostce, której prawa zostały naruszone, prawa wystąpienia ze skargą konstytucyjną, a TK pozbawić prawa kontroli konstytucyjności ze względu na konstytucyjną zasadę ochrony godności ludzkiej oraz podstawowych wolności i praw. Jak jednak wynika z dotychczasowego orzecznictwa TK, podstawowe zasady konstytucyjne nie mogą być samoistną podstawą kontroli zainicjowanej skargą bez ścisłego związku z naruszeniem konstytucyjnego prawa podmiotowego³³. Jest to związane z konstrukcją skargi konstytucyjnej i jej rolą w zakresie ochrony wolności i praw jednostki. Rozpoznając skargę, TK musi zbadać, czy i w jakim zakresie przepisy prawa UE naruszają przepisy konstytucyjne dotyczące praw jednostki. Trybunał powinien stwierdzić niekonstytucyjność przepisów unijnych, jeżeli naruszają one godność człowieka lub istotę danego prawa podmiotowego gwarantowanego w konstytucji³⁴.

VII. Na podstawie wyroku TK o sygn. akt SK 45/09 można sformułować warunki dopuszczalności kontroli konstytucyjności aktów prawa pochodnego UE w trybie skargi konstytucyjnej. Po pierwsze, przedmiotem skargi może być wyłącznie akt unijny o charakterze normatywnym. W praktyce o dopuszczalności kontroli będą decydować *a casu ad casum* indywidualne cechy aktu. Po drugie, musi to być akt, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o wolnościach lub prawach albo o obowiązkach skarżącego określonych w konstytucji. Po trzecie, wniesienie skargi konstytucyjnej opartej na zarzucie naruszenia przez pochodne prawo unijne praw podstawowych gwarantowanych przez konstytucję jest dopuszczalne, gdy w uzasadnieniu skargi zostanie wykazane, że poziom ochrony w prawie unijnym, w tym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, uległ takiemu obniżeniu, że nie odpowiada niezbędnemu standardowi ochrony konstytucyjnej. Stosownie do art. 47 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK, występujący ze skargą konstytucyjną w sprawie zgodności aktu pochodnego prawa unijnego z konstytucją ma obowiązek wskazania sposobu, w jaki unormowania kwestionowane w skardze naruszyły jego wolności lub prawa konstytucyjne, a tym samym uprawdopodobnienia, że kwestionowane unormowania prawa unijnego istotnie obniżają poziom ochrony wolności lub praw w porównaniu z poziomem konstytucyjnym. Po czwarte, badanie przez TK zgodności pochodnego prawa UE z przepisami konstytucji gwarantującymi prawa podstawowe jest możliwe dopiero wtedy, gdy UE nie zapewnia efektywnej ochrony praw podstawowych, równoważnej ochronie zagwarantowanej w konstytucji.

VIII. Kontrola prawa pochodnego UE wymaga od TK szczególnej rozważliwości. Powinna być niezależna, ale też subsydiarna względem kompetencji orzeczniczych Try-

³³ Por. wyroki TK z 10 lipca 2000 r., sygn. akt SK 21/99 (OTK ZU 2000, nr 5, poz. 144), z 6 lutego 2002 r., sygn. akt SK 11/01 (OTK ZU 2002, seria A, nr 1, poz. 2), z 13 stycznia 2004 r., sygn. akt SK 10/03 (OTK ZU 2004, seria A, nr 1, poz. 2).

³⁴ Szerzej problemy te omawia K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 284–287 i 327.

bunału Sprawiedliwości UE, do którego należy interpretacja prawa unijnego i kontrola zgodności aktów prawa pochodnego z traktatami i ogólnymi zasadami prawa unijnego (art. 19 Traktatu o UE oraz art. 263 i art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE). Niezależność kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE jest ściśle związana z zasadą nadrzędności konstytucji i rolą TK jako gwaranta tej nadrzędności. Już w postanowieniu z 19 grudnia 2006 r., sygn. akt P 37/05, TK stwierdził, że „ze względu na treść art. 8 ust. 1 Konstytucji [...] jest zobowiązany do takiego pojmowania swej pozycji, że w sprawach zasadniczych, o wymiarze konstytucyjno-ustrojowym, zachowa pozycję «sądu ostatecznego słowa»”³⁵. Naruszenie praw jednostki na skutek stosowania przepisów unijnych, ograniczających prawa jednostki ponad konieczność wymaganą w państwie demokratycznym dla ochrony wolności i praw, kwalifikuje się do spraw zasadniczych, a rozstrzygnięcie o zgodności tych przepisów z konstytucją należy powierzyć TK.

Subsydiarny charakter kontroli konstytucyjności prawa unijnego przez TK pozostaje w związku ze szczególną funkcją orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości UE. W zakresie, w jakim Rzeczpospolita Polska jest związana prawem unijnym, TK musi akceptować i akceptuje kompetencje Trybunału Sprawiedliwości do ostatecznej interpretacji tego prawa oraz ostatecznego decydowania o zgodności aktów prawa pochodnego z traktatami i ogólnymi zasadami prawa unijnego. Dlatego przed orzeczeniem o niezgodności aktu prawa pochodnego z konstytucją TK powinien wystąpić z pytaniem prejudycjalnym w kwestii ważności lub wykładni przepisów stanowiących przedmiot kontroli. Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdzi niezgodność prawa pochodnego z pierwotnym albo dokona przychylniej konstytucji wykładni normy unijnej, to orzekanie przez TK będzie zbędne. Współpraca trybunałów, przy podobieństwie wartości wyrażonych w konstytucji i traktatach, może zostać uznana za efektywny sposób eliminowania niezgodności prawa unijnego z konstytucją.

Przy badaniu zgodności aktów pochodnego prawa unijnego z konstytucją TK musi zachować należytą ostrożność i powściągliwość. Jest to uzasadnione konstytucyjną zasadą przychylności Rzeczypospolitej dla intergracji europejskiej, która ma podstawy w preambule (formuła „potrzeby współpracy ze wszystkimi krajami”), art. 9 oraz art. 90 Konstytucji. Wymaga tego też zasada lojalnej współpracy, zgodnie z którą Unia i państwa członkowskie wzajemnie szanują się i udzielają sobie wsparcia w ramach wykonywania zadań określonych w traktatach (art. 4 ust. 3 Traktatu o UE). Dla państw członkowskich zasada lojalności oznacza obowiązek podejmowania środków niezbędnych do wykonania zobowiązań wynikających z traktatów oraz aktów stanowionych przez instytucje UE oraz obowiązek powstrzymywania się od podejmowania środków zagrażających urzeczywistnianiu celów Unii. Przyznanie organom państwowym prawa do decydowania o pozbawieniu mocy obowiązującej aktów stanowionych przez instytucje UE byłoby niezgodne z zasadą lojalnej współpracy.

Biorąc pod uwagę dotychczasowe orzecznictwo TK w sprawach o sygn. akt K 18/04, sygn. akt P 1/05 oraz sygn. akt K 32/09, kontrola konstytucyjności prawa UE jest uzasadniona ochroną podstawowych wartości konstytucyjnych, które zgodnie z zasadą

³⁵ OTK ZU 2006, seria A, nr 11, poz. 177.

lojalnej współpracy Unia ma szanować. Ze względu na zasadę nadrzędności konstytucji, kolizje prawa UE z przepisami konstytucyjnymi nie mogą być w polskim systemie prawnym rozwiązywane przez uznanie nadrzędności prawa UE wobec konstytucji ani też prowadzić do utraty przez normę konstytucyjną mocy obowiązującej i zastąpienia jej normą unijną, ani do ograniczenia stosowania normy konstytucyjnej do obszaru nieobjętego regulacją prawa UE. Przy zastosowaniu wykładni respektującej względną autonomię prawa UE i prawa krajowego (zasada obopólnie przyjaznej wykładni i kooperatywnego współstosowania) powinny być eliminowane wszelkie sprzeczności³⁶.

W doktrynie wskazuje się wiele sposobów unikania niezgodności prawa unijnego z prawem krajowym³⁷, ale podstawowe znaczenie przypisuje się konstytucyjnej zasadzie wykładni przyjaznej prawu unijnemu³⁸. Wykładnia „przyjazna dla prawa UE” ma jednak swoje granice, co TK wyraźnie zaakcentował w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt K 18/04. Wykładnia proeuropejska, zdaniem TK, „w żadnej sytuacji nie może [...] prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych i niemożliwych do uzgodnienia z minimum funkcji gwarancyjnych, realizowanych przez Konstytucję”³⁹. Ma to szczególne znaczenie w przypadku wolności i praw jednostki, których ochronę gwarantuje konstytucja, pełniąc w tym zakresie rolę gwarancyjną. Przepisy konstytucyjne w dziedzinie wolności i praw wyznaczają minimalny i nieprzekraczalny próg, który nie może ulec obniżeniu ani zakwestionowaniu wskutek wprowadzenia regulacji unijnych.

IX. Kontrola konstytucyjności prawa pochodnego UE wymaga od TK szczególnej ostrożności, również ze względu na potencjalne skutki orzeczenia o niekonstytucyjności. Trybunał zwraca na to uwagę w uzasadnieniu wyroku o sygn. akt SK 45/09. Skutkiem orzeczenia o niekonstytucyjności byłoby zawieszenie stosowania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej niezgodnych z konstytucją norm prawa unijnego.

W takiej sytuacji akty unijnego prawa pochodnego nie wywierałyby skutków prawnych w Polsce i nie mogły być stosowane przez polskie organy. Daje to jednak Komisji Europejskiej podstawy do wszczęcia procedury odpowiedzialności państwa z tytułu naruszenia zobowiązań wynikających z prawa UE. Trybunał nie omawia tych

³⁶ Por. E. Łętowska, *Między Scyllą a Charybdą — sędzia między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 10.

³⁷ Zob. A. Kustra, *Kolizje norm konstytucyjnych i wspólnotowych w ujęciu teoretycznoprawnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 5, s. 24–26; B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2004, s. 155.

³⁸ Zob. B. Banaszek, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 56; R. Kwiecień, *Zgodność traktatu akcesyjnego z Konstytucją*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 42; P. Sarnecki, *Konstytucyjna zasada przychylności procesowi integracji europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2, s. 177–178. Szerzej zob. A. Chmielarz, *Zasada proeuropejskiej wykładni prawa w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Interpretace Prava Ustavnimi soudy (teoreticke reflexe)*, red. Karel Klima, Pilzno 2006, s. 109–119; K. Kowalik-Bańczyk, *Prowspólnotowa wykładnia prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 3, s. 9–18; C. Mik, *Wykładnia zgodna prawa krajowego z prawem Unii Europejskiej*, [w:] *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*, red. S. Wronkowska, Kraków 2005, s. 115–165; M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia i rozumienie prawa w Polsce po akcesji do UE*, [w:] *Polska kultura...*, s. 93–114.

³⁹ Postanowienie TK z 22 czerwca 2005 r., sygn. akt K 18/04.

kwestii szczegółowo, zaznaczając w uzasadnieniu omawianego wyroku, że „orzeczenie o niezgodności prawa unijnego z Konstytucją powinno mieć [...] charakter *ultima ratio* i wystąpić jedynie wówczas, kiedy zawiodłyby wszystkie inne sposoby rozstrzygnięcia konfliktu z normami należącymi do unijnego porządku prawnego”. Kwestia ta wymaga jednak uściślenia.

Stosownie do art. 190 ust. 3 Konstytucji skutkiem orzeczenia TK o niekonstytucyjności aktu normatywnego jest utrata przez ten akt mocy obowiązującej z chwilą ogłoszenia lub w terminie późniejszym wskazanym przez TK. Skoro o mocy obowiązującej (w trybie kontroli legalności i ważności) aktów prawa pochodnego UE decyduje Trybunał Sprawiedliwości UE, to TK, stwierdzając niezgodność z Konstytucją, nie może pozbawić aktu unijnego mocy obowiązującej. Nie w pełni uzasadnione wydaje się wyrażane w literaturze stanowisko, że akt normatywny ustanowiony przez organizację lub organ międzynarodowy i uznany orzeczeniem TK za niekonstytucyjny traci moc obowiązującą w polskim porządku prawnym⁴⁰. Ze względu na ogólny zasięg rozporządzenia unijnego i zasadę jednolitości stosowania prawa UE we wszystkich państwach członkowskich niedopuszczalne jest, by organy państwowe decydowały o zakresie obowiązywania tego aktu. Z kolei zawieszenie stosowania na terytorium RP niezgodnych z konstytucją aktów unijnych byłoby nie do pogodzenia z zasadą lojalnej współpracy i wynikającymi z niej obowiązkami państwa członkowskiego. Konsekwencją tego, stosownie do art. 258–260 Traktatu o funkcjonowaniu UE, mogłoby być postępowanie przeciwko Polsce z tytułu naruszenia zobowiązań traktatowych.

Można natomiast uznać, że orzeczenie TK jest autorytatywnym stwierdzeniem niezgodności między prawem UE i konstytucją, które wiąże organy państwowe w tym znaczeniu, że powinny podjąć działania w celu usunięcia niezgodności, zmierzające do zmiany prawa unijnego czy nawet zmiany konstytucji. W tym celu TK powinien określić w wyroku możliwie najpóźniejszy termin wejścia w życie wyroku (12 miesięcy zgodnie z art. 190 ust. 3 Konstytucji). Rozwiązanie to pozostaje w zgodzie z konstytucyjną zasadą przychylności Rzeczypospolitej dla integracji europejskiej jako formy współpracy narodowej oraz unijną zasadą lojalnej współpracy i wynikającymi z niej obowiązkami państwa.

X. Wyrok TK w sprawie o sygn. akt SK 45/09 nie zamyka dyskusji na temat kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE. Wciąż aktualne jest pytanie o dopuszczalność kontroli w trybie pytania prawnego sądu. Brak praktyki w tym zakresie pozwala jedynie na sformułowanie uwag *de lege ferenda*. Zgodnie z art. 193 Konstytucji, każdy sąd może przedstawić TK pytanie prawne w sprawie zgodności aktu normatywnego z konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi lub ustawą, jeżeli od odpowiedzi na pytanie prawne zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem. Artykuł ten może być uznany za podstawę dwóch norm kompetencyjnych. Po pierwsze, przyznaje sądom kompetencję przedstawienia TK pytania prawnego w okre-

⁴⁰ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 327. Por. T. Jaroszyński, *Rozporządzenie wspólnotowe jako przedmiot...*, s. 35.

ślonym zakresie. Po drugie, jest podstawą kompetencji TK do rozpatrzenia i udzielenia odpowiedzi na pytanie prawne sądu dotyczące hierarchicznej zgodności aktów normatywnych. W doktrynie wyrażany jest jednak pogląd, że rozpoznawanie pytań prawnych nie jest odrębną kompetencją TK, a samo pytanie jest tylko formą inicjowania postępowania przed TK w sprawach wymienionych w art. 188 pkt 1–3. Uzasadnia się go miejscem art. 193 w systematyce części rozdziału VIII Konstytucji dotyczącej TK, gdzie art. 188–189 określają kompetencje TK, art. 190 — skutki jego orzeczeń, a art. 191–193 — podmioty uprawnione do inicjowania poszczególnych postępowań przed TK⁴¹. W związku z tym powstają wątpliwości co do charakteru normatywnego art. 193 Konstytucji jako podstawy działalności TK.

Trudno zgodzić się z poglądem, że rozpoznawanie pytań prawnych nie jest odrębną kompetencją TK. Przede wszystkim art. 193 Konstytucji nie ogranicza się do wskazania podmiotu (sądu) i środka inicjującego postępowanie przed TK, określa on także przedmiot pytania prawnego oraz funkcjonalny warunek dopuszczalności pytań prawnych. Przedmiot pytania prawnego sądu przekłada się na zakres właściwości rzeczowej TK, który — udzielając odpowiedzi na pytanie sądu — może zapobiegać wydawaniu przez sądy orzeczeń na podstawie przepisów budzących uzasadnione wątpliwości konstytucyjne. Do tej szczególnej funkcji TK odnosi się wyłącznie art. 193. Można więc twierdzić, że wyznacza on samodzielnie zakres kompetencji orzeczniczej TK. Dlatego też, jak się wydaje, nie było potrzeby umieszczenia w art. 188 odesłania wskazującego, że w ramach funkcji orzeczniczych TK mieści się orzekanie w sprawach pytań prawnych, o których mowa w art. 193, tak jak w przypadku skargi konstytucyjnej (art. 188 pkt 5). Ze względu natomiast na sposób określenia przedmiotu pytania prawnego istnieją wątpliwości, czy jest on autonomiczny i niezależny względem art. 188 pkt 1–3 Konstytucji⁴².

W art. 193 ustawodawca konstytucyjny posługuje się pojęciem „akt normatywny”, bez odesłania do art. 188 Konstytucji. Już to uzasadnia twierdzenie, że nie ogranicza przedmiotu pytania prawnego do zawężonego przedmiotowo w art. 188 pkt 1–3 rozumienia pojęcia „aktu normatywnego”. Zaliczanie art. 193 do grupy przepisów wskazujących tylko podmioty uprawnione do inicjowania postępowania przed TK też nie jest w pełni przekonujące. Konstrukcja art. 191 ust. 1 i art. 192 opiera się na typowym wyliczeniu, podczas gdy art. 193 jest podstawą kompetencji sądu z wyraźnie określonym jej zakresem rzeczowym. Poza tym, art. 193 różni się od art. 191 ust. 1, który — wyliczając podmioty uprawnione do zainicjowania postępowania przed TK — wyraźnie łączy zakres przedmiotowy wniosku z art. 188. Podobnie art. 192 zawiera odesłanie do art. 189, będącego podstawą kompetencji TK w przedmiocie rozstrzygnięcia sporów kompetencyjnych między centralnymi konstytucyjnymi organami państwa. Natomiast tylko art. 193 daje TK podstawę do udzielania sądom odpowiedzi na pytania prawne dotyczące hierarchicznej zgodności aktów normatywnych przez nie

⁴¹ K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny...*, s. 184.

⁴² Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 325 i 326; tegoż, *Trybunał Konstytucyjny...*, s. 183.

stosowanych, łącząc je wyraźnie z przedmiotem pytania prawnego, o czym świadczy brak odesłania do art. 188. Można więc przyjąć, że art. 193 ma charakter autonomiczny i nie przeczy temu jego miejsce w systematyce konstytucji.

Za autonomicznym rozumieniem pojęcia „aktu normatywnego” przemawiają także szczególnie przesłanki dopuszczalności pytania prawnego, które wyraźnie odróżniają kontrolę konkretną aktów normatywnych od kontroli abstrakcyjnej w trybie wniosku, wyznaczonej zakresem 188 pkt 1–3 Konstytucji. Pytanie prawne może dotyczyć hierarchicznej zgodności wyłącznie takiego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd rozstrzyga sprawę (przesłanka przedmiotowa). Z pytaniem może wystąpić tylko sąd (przesłanka podmiotowa) i tylko w sytuacji istnienia relewantnej (prawnie doniosłej) relacji między odpowiedzią na pytanie a rozstrzygnięciem konkretnej sprawy toczącej się przed sądem (przesłanka funkcjonalna)⁴³. To kolejny argument za tym, że art. 193 stanowi samodzielną podstawę właściwości rzeczowej TK i wyznacza w sposób autonomiczny przedmiotowy zakres kontroli aktów (norm) prawnych⁴⁴. Przedmiotem kontroli konstytucyjności w trybie pytania prawnego może być każdy akt ustanawiający normy prawne, który jest podstawą rozstrzygnięcia sprawy zawisłej przed sądem. Trybunał w wyroku z 12 maja 2011 r., sygn. akt P 38/08⁴⁵, potwierdził, że art. 193 Konstytucji stanowi samodzielną podstawę jego kognicji, która uzupełnia treść art. 188 oraz art. 79. Dlatego udzielanie odpowiedzi na pytania prawne sądów powinno być traktowane jako odrębna funkcja TK, która pozostaje w nierozdzielalnym związku z działalnością orzeczniczą sądów i ich rolą w zakresie ochrony wolności i praw jednostki oraz ochrony konstytucyjności prawa.

Ograniczenie przedmiotowe kompetencji sądów do wystąpienia z pytaniem prawnym tylko do aktów wymienionych w art. 188 pkt 1–3 nie znajduje uzasadnienia w przepisach konstytucji, jak również byłoby nie do pogodzenia z gwarancyjną rolą sądów dla nadrzędności tego aktu. Sąd powinien mieć możliwość reakcji na dostrzeżone w trakcie rozpatrywanej sprawy niezgodności z konstytucją w przypadku każdego aktu normatywnego, który znajduje zastosowanie w sprawie. Jak wskazał TK w wyroku z 24 października 2007 r., sygn. akt SK 7/06, podstawa rozstrzygnięcia sądu obejmuje „całokształt przepisów prawa (norm) stosowanych przez organ władzy publicznej w celu wydania aktu stosowania prawa”⁴⁶. Zawężenie przedmiotu pytań prawnych do aktów wymienionych w art. 188 zaprzeczałoby ich konstytucyjnej roli.

Po pierwsze, zawężenie to byłoby równoznaczne z ograniczeniem kompetencji sądów. Z art. 193 wynika, że przedmiotem pytania prawnego może być każdy akt normatywny stosowany przez sądy, a więc nie tylko akty wydawane przez centralne organy państwowe i umowy międzynarodowe. W praktyce sądy stosują także akty

⁴³ Zob. pkt 1 uzasadnienia postanowienia TK z 27 kwietnia 2004 r., sygn. akt P 16/03 (OTK ZU 2004, seria A, nr 4, poz. 36).

⁴⁴ Por. J. Trzeciński, M. Wiącek, komentarz do art. 193 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. V, red. L. Garlicki, Warszawa 2007.

⁴⁵ OTK ZU 2011, seria A, nr 4, poz. 33.

⁴⁶ OTK ZU 2007, seria A, nr 9, poz. 108.

wydawane przez organy samorządu terytorialnego, statuty spółdzielni itp., nie wyłącza aktów instytucji UE, i dlatego powinny mieć prawo wystąpić z pytaniem prawnym do TK w każdym przypadku, gdy mają wątpliwości w sprawie zgodności przepisów różnego rzędu, a nie są w stanie ich wyeliminować w drodze wykładni. W konstytucji wprowadzono tylko jedno ograniczenie dopuszczalności pytania prawnego, tj. sąd może z nim wystąpić tylko wtedy, gdy od odpowiedzi na nie zależy rozstrzygnięcie sprawy toczącej się przed sądem.

Po drugie, zawężenie przedmiotu pytań prawnych pozbawiałoby sądy możliwości zapobiegania rozstrzyganiu spraw na podstawie przepisów prawa UE budzących wątpliwości konstytucyjne, jednocześnie ochrony konstytucyjnych wolności lub praw jednostki, gdy przepisy unijne nie zapewniają poziomu ochrony porównywalnego z poziomem konstytucyjnym. Jednak art. 193 został tak skonstruowany, by sądy mogły występować z pytaniem do TK w każdym przypadku, gdy stosowane przez nie przepisy, bez względu na źródło ich ustanowienia, budzą wątpliwości konstytucyjne.

Ponadto ograniczenie zakresu przedmiotowego pytań prawnych sądów przekłada się na zakres kognicji TK. Z kolei ograniczenie właściwości rzeczowej TK do aktów wydawanych przez organy krajowe i umowy międzynarodowe, podczas gdy sądy stosują też akty instytucji UE, jest nie do pogodzenia z zasadą nadrzędności konstytucji. Dla organów prawodawczych z zasady tej wynika obowiązek stanowienia prawa zgodnego z konstytucją, dla przedstawicieli państwa w instytucjach unijnych stanowiących prawo UE — obowiązek czuwania nad respektowaniem przez UE podstawowych standardów konstytucyjnych bez wykraczania poza zakres kompetencji przekazanych, a dla organów stosujących prawo — obowiązek stosowania prawa w zgodzie z konstytucją. W zgodzie z konstytucją muszą pozostawać wszystkie akty obowiązujące w państwie. Jeżeli sądy mają wątpliwości w sprawie zgodności z konstytucją stosowanych aktów unijnych, których nie da się wyeliminować ani w drodze wykładni obojętnie przyjaznej porządkowi prawnemu UE i porządkowi prawnemu Rzeczypospolitej Polskiej, ani w drodze pytania do Trybunału Sprawiedliwości UE, to ich kompetencję z art. 193, w związku z art. 8 ust. 1 Konstytucji, należy traktować jako obowiązek przedstawienia TK pytania prawnego.

Skoro w wyroku o sygn. akt SK 45/09 TK uznał dopuszczalność kontroli, w trybie skargi konstytucyjnej, zgodności z konstytucją aktu prawa pochodnego UE, na podstawie którego sąd rozstrzygnął ostatecznie o wolnościach lub prawach jednostki określonych w konstytucji, to tym bardziej — w ramach zapobiegania takim rozstrzygnięciom — należałoby dopuścić kontrolę aktu unijnego poprzez zadanie przez sąd pytania prawnego. Stanowisko to jest w pełni uzasadnione szczególną rolą systemową pytań prawnych sądów, które zapobiegają rozstrzygnięciu sprawy na podstawie norm budzących wątpliwości natury konstytucyjnej⁴⁷. Pytania prawne służą ochronie konstytucyjnego statusu jednostki w toku sprawy rozpoznawanej przez sąd i w odróżnieniu od skargi konstytucyjnej pełnią w tym zakresie funkcję prewencyjną. Natomiast niezależnie od

⁴⁷ Zob. wyrok TK z 14 czerwca 2000 r., sygn. akt P 3/00 (OTK ZU 2000, nr 5, poz. 138).

treści orzeczenia TK pytania prawne sądów przyczyniają się do umacniania zgodnej z konstytucją wykładni prawa⁴⁸.

Z poczynionych uwag wynika, że zakres przedmiotowy konkretnej kontroli konstytucyjności prawa przez TK w trybie pytania prawnego sądu jest szerszy niż w przypadku kontroli abstrakcyjnej. Nie można więc wykluczyć dopuszczalności kontroli konstytucyjności w tym trybie pochodnego prawa UE, o ile akt stanowiący przez organizację międzynarodową ma charakter normatywny⁴⁹. Nie ma podstaw, by pozbawić sądy możliwości kierowania do TK pytań prawnych w sprawie zgodności aktu prawa unijnego z konstytucją w sytuacji, gdy prawo to stosują bezpośrednio i przyjmują za podstawę rozstrzygnięć konkretnych spraw. Wykluczyć należy natomiast kontrolę przez TK aktów prawa pochodnego z prawem pierwotnym UE w zakresie, w jakim art. 193 Konstytucji przewiduje kontrolę zgodności aktu normatywnego z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi (także z traktatami). Jedynym organem uprawnionym do takiej kontroli jest Trybunał Sprawiedliwości UE.

Jednocześnie należy zauważyć, że w praktyce stosowania prawa UE to sądy, a nie TK, są właściwe do rozstrzygania kolizji między prawem unijnym a prawem krajowym. Zasadniczo w takim przypadku sąd ma obowiązek rozstrzygnąć sprawę na podstawie przepisu prawa unijnego. Jest to konsekwencją zasady bezpośredniej skuteczności prawa UE oraz zasady jego pierwszeństwa przed prawem krajowym. Normatywnym wyrazem zasady pierwszeństwa prawa UE w Konstytucji RP są przepisy art. 91 ust. 2 i ust. 3⁵⁰. Wynikają z nich reguły kolizyjne, które pozwalają sądom przyznać pierwszeństwo prawu unijnemu wobec ustaw, ale już nie wobec konstytucji. Nie można uznać, że sądy mają kompetencję do orzekania o zgodności z konstytucją aktów stanowiących przez instytucje UE, skoro konstytucja nie upoważnia ich wyraźnie do realizacji funkcji orzeczniczej w tym zakresie⁵¹. Tak samo trudno przyjąć, że kompetencja ta wynika z art. 178 ust. 1 Konstytucji⁵², gdyż to, że sędzia podlega konstytucji, ma charakter absolutny, tzn. sądy nie mają możliwości badania przepisów konstytucyjnych z jakimkolwiek nadrzędnym systemem prawnym⁵³. Z kolei z zasady nadrzędności konstytucji i zasady bezpośredniego stosowania jej przepisów (art. 8) wynika obowiązek badania przez sądy zgodności przepisów niższego rzędu z normami, zasadami i wartościami konstytucyjnymi oraz podejmowania stosowanych działań, gdy stwierdzą niezgodność z konstytucją, z uwzględnieniem faktu, że nie mają kompetencji do samodzielnego rozstrzygnięcia o niekonstytucyjności stosowanych prze-

⁴⁸ Por. postanowienie TK z 10 czerwca 2009 r., sygn. akt P 4/09 (OTK ZU 2009, seria A, nr 6, poz. 93).

⁴⁹ Por. J. Trzeciński, M. Wiącek, komentarz do art. 193 Konstytucji (uwaga 16), dz. cyt.; K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo...*, s. 171–172.

⁵⁰ Szerzej zob. A. Wyrozumska, *Stosowanie prawa wspólnotowego a art. 91, 188 ust. 2 i 193 Konstytucji RP — glosa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z 19.12.2006 r. (P 37/05)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 3, s. 39 i n.

⁵¹ Por. L. Garlicki, *Członkostwo Polski w Unii Europejskiej a sądy*, [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Warszawa 2000, s. 211–215.

⁵² Por. K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 329.

⁵³ Por. L. Garlicki, komentarz do art. 178 Konstytucji (uwaga 13), [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005.

pisów. Na mocy art. 193 Konstytucji sądy mają prawo i obowiązek wystąpienia do TK z pytaniem prawnym⁵⁴. W tym kontekście otwarte jest pytanie o sposób działania sądów w przypadku stosowania prawa stanowionego przez instytucje UE, które budzą wątpliwości natury konstytucyjnej. Jednocześnie pojawia się problem kompetencji TK do udzielenia odpowiedzi na pytanie sądu w sprawie zgodności aktu unijnego z konstytucją. Widać więc, że rola sądów w procesie stosowania prawa UE kształtuje się inaczej w zależności od tego, czy przepisy unijne budzą wątpliwości co do zgodności z ustawą, czy z konstytucją. W każdej z tych sytuacji powstaje pytanie o potrzebę wystąpienia do TK z pytaniem prawnym.

W pierwszym przypadku sądy mogą samodzielnie rozstrzygnąć konflikt między aktem pochodnego prawa unijnego a ustawą. W art. 91 ust. 3 Konstytucji jest wyraźne uprawnienie do odmowy zastosowania ustawy i wydania rozstrzygnięcia na podstawie prawa stanowionego przez organizację międzynarodową. W takiej sytuacji sąd nie ma obowiązku zwrócenia się do TK z pytaniem prawnym. Trybunał potwierdził to w postanowieniu o sygn. akt P 37/05⁵⁵. Natomiast w przypadku gdy sądy mają wątpliwości w sprawie zgodności przepisu unijnego z konstytucją, to zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji same tej kolizji rozstrzygnąć nie mogą. Nawet jeżeli zasada prymatu prawa UE oznacza pierwszeństwo prawa UE przed prawem krajowym włącznie z konstytucją, to sądy krajowe nie mogą przedkładać uprawnień wynikających z prawa unijnego nad obowiązki konstytucyjne. Zgodnie z art. 178 ust. 1 sędziowie są związani przepisami konstytucji i ustaw, a więc mają obowiązek je stosować zgodnie z przyjętymi powszechnie regułami wykładni. Trudno przyjąć, by zasada podległości konstytucji ustępowała pierwszeństwa zasadzie bezpośredniej skuteczności prawa UE, jeżeli w samej konstytucji nie przewidziano wyjątku w tym zakresie. Sądy związane są zasadą nadrzędności konstytucji (art. 8), której działania nie wyłącza zasada prymatu prawa UE. Z tego punktu widzenia, jak słusznie wskazał TK w wyroku o sygn. akt K 18/04, niezgodność między prawem UE a konstytucją „nie może być w polskim systemie prawnym w żadnym razie rozwiązywana przez uznanie nadrzędności normy wspólnotowej (obecnie normy prawa UE) w relacji do normy konstytucyjnej”.

Należy przyznać, że konflikt między prawem unijnym a konstytucją jest normatywnie nie do rozstrzygnięcia⁵⁶. W praktyce sądy powinny rozwiązywać tego rodzaju konflikty, stosując proeuropejską wykładnię konstytucji, która jednak nie może prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych i niedających się uzgodnić z minimum funkcji gwarancyjnych konstytucji. Jeżeli wykładnia nie przyniesie pożądanych rezultatów, to — jak się wydaje — sądom pozostaje wystąpienie z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości UE w trybie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE albo wystąpienie do TK z pytaniem prawnym w trybie

⁵⁴ Szerzej tamże oraz powołana tam literatura i orzecznictwo.

⁵⁵ Por. J. Trzeciński, M. Wiącek, komentarz do art. 193 Konstytucji (uwaga 27), dz. cyt.

⁵⁶ Zob. A. Sołtys, *Spór o zasadę supremacji*, [w:] *Studia z prawa Unii Europejskiej w piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 20–22.

art. 193 Konstytucji, z uwzględnieniem prawa TK do wystąpienia z pytaniem do Trybunału Sprawiedliwości UE.

Zgodnie z art. 267 TFUE sąd krajowy może, w razie wątpliwości powstałych przy stosowaniu aktów wydanych przez instytucje UE, zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości UE o rozpatrzenie pytania w przedmiocie wykładni lub ważności tych aktów, gdy uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku. Jeżeli Trybunał UE dokona przychylniej konstytucji krajowej wykładni prawa unijnego, sądy będą mogły stosować przepisy unijne w zgodzie z konstytucją. Wykładnia taka jest możliwa, ponieważ porządek konstytucyjny Unii oraz porządki konstytucyjne państw członkowskich są oparte na wspólnych założeniach i wartościach. Jeżeli natomiast Trybunał UE stwierdzi nieważność przepisów prawa pochodnego UE z powodu jego niezgodności z prawem pierwotnym, przepisy te przestaną wiązać sądy krajowe i problem ich niezgodności z konstytucją straci na aktualności.

Z kolei na podstawie wykładni art. 193 Konstytucji trudno wykluczyć czy ograniczyć kompetencję sądu do przedstawienia TK pytania prawnego w sprawie zgodności z konstytucją aktu prawa pochodnego UE, jeżeli od odpowiedzi na pytanie zależy rozstrzygnięcie w sprawie toczącej się przed sądem. Określenie „sąd może” należy rozumieć funkcjonalnie, wiążąc je z powinnością współpracy sądów krajowych z Trybunałem Sprawiedliwości UE w celu eliminowania niezgodności pojawiających się w toku stosowania prawa unijnego. Wystąpienie z pytaniem prawnym do TK jest uzasadnione szczególnie w przypadku niezgodności aktów prawa UE z podstawowymi zasadami konstytucyjnymi, której nie da się wyeliminować poprzez wykładnię. W tej wyjątkowej sytuacji uznanie samodzielności sądów do stwierdzenia niezgodności aktu unijnego z konstytucją i odmowy jego zastosowania w sprawie byłoby nie do pogodzenia z ustrojową rolą TK jako gwaranta konstytucji⁵⁷. Jeżeli więc sądy stwierdzą, że przepisy unijne naruszają podstawy porządku konstytucyjnego czy też wykraczają poza granice kompetencji przekazanych, to powinny skierować do TK pytanie prawne w sprawie ich zgodności z konstytucją.

Sama kontrola konstytucyjności prawa pochodnego Unii podlega jednak pewnym ograniczeniom. Po pierwsze, swoboda decyzyjna TK w zakresie kontroli konstytucyjności prawa jest ograniczona tym, że TK nie ma kompetencji do ostatecznej interpretacji i ważności aktów prawa UE. Zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu UE, sąd krajowy, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, jest zobowiązany wnieść sprawę do Trybunału Sprawiedliwości UE, gdy w zawisłej przed nim sprawie zostanie podniesiona wątpliwość związana z wykładnią lub ważnością aktów instytucji UE. Oznacza to, że TK, którego orzeczenia są ostateczne (art. 190 ust. 1 Konstytucji), powinien przed orzeczeniem o niezgodności aktu prawa pochodnego UE z konstytucją upewnić się co do treści przepisów unijnych, które są przedmiotem kontroli. Służy temu pytanie prejudycjalne w kwestii interpretacji lub ważności przepisów budzących wątpliwości. W następstwie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE może się okazać, że treść kwestionowanych przepisów jest zgod-

⁵⁷ Por. K. Wojtyczek, *Trybunał Konstytucyjny...*, s. 187.

na z konstytucją i wówczas orzekanie przez TK będzie zbędne. Po drugie, swobodę decyzyjną TK w omawianym zakresie ograniczają przewidywane skutki prawne orzeczenia o niekonstytucyjności prawa UE. W praktyce TK, związany zasadą nadrzędności konstytucji z jednej strony i unijną zasadą lojalnej współpracy z drugiej strony, musi zachować należytą ostrożność i powściągliwość. Może to oznaczać, że potencjalne skutki prawne orzeczeń będą skłaniać TK do unikania stwierdzania niezgodności prawa unijnego z konstytucją. W tym kontekście na znaczeniu powinna zyskać pro-unijna wykładnia konstytucji⁵⁸.

Przytoczone uwagi prowadzą do wniosku, że podstawowym warunkiem skuteczności stosowania prawa UE w zgodzie z konstytucją jest ścisła współpraca sądów krajowych z Trybunałem Sprawiedliwości UE. W razie wątpliwości w sprawie wykładni lub ważności prawa pochodnego UE sądy krajowe powinny występować do Trybunału UE ze stosownym wnioskiem o rozpatrzenie tych kwestii⁵⁹. Ze względu na szczególnie związane sądy prawem UE wydaje się, że sytuacje, w których sądy krajowe przyznają pierwszeństwo kontroli konstytucyjności prawa unijnego, kierując pytanie prawne do TK, mogą mieć charakter wyjątkowy.

XI. Podsumowując, wyrok o sygn. akt SK 45/09 uzupełnia dotychczasowe stanowiska TK w przedmiocie relacji konstytucji i prawa UE. Trybunał dopuszcza badanie zgodności z konstytucją rozporządzeń unijnych poprzez skargę konstytucyjną, wydając jednocześnie orzeczenie przychylne porządkowi unijnemu. W ten sposób TK podkreśla znaczenie zasady nadrzędności konstytucji wobec wszystkich — nie tylko tych wydawanych przez organy krajowe — aktów prawnych obowiązujących w polskim porządku prawnym. Ponadto TK określa warunki i granice kontroli konstytucyjności prawa pochodnego UE, podkreślając konieczność zachowania w tym względzie należytej ostrożności i powściągliwości, jak również powinność traktowania kontroli jako subsydiarnej wobec kompetencji orzeczniczych Trybunału Sprawiedliwości UE. Tym samym TK koncentruje się na wyznaczeniu zakresu swojej jurysdykcji względem aktów unijnych.

W warunkach obowiązywania w Rzeczypospolitej Polskiej prawa wydawanego przez instytucje UE rola sądu konstytucyjnego zyskuje szczególny wymiar. Wniesienie skargi konstytucyjnej w sprawie zgodności rozporządzenia unijnego z konstytucją spowodowało, że TK mógł sam ocenić, czy konstytucja pozwala mu na kontrolę aktów prawa pochodnego UE i jaki charakter ma ta kontrola. Przyjmując skargę do rozpoznania i wydając rozstrzygnięcie w przedmiocie aktu unijnego, TK potwierdził, że nawet wobec obowiązywania i stosowania przez organy krajowe prawa UE kontrola

⁵⁸ Por. tamże, s. 188–190.

⁵⁹ Por. J. Barcz, *Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w świetle postanowień Konstytucji RP z 1997r.*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 2, 40–41; S. Biernat, *Współpraca sądów państw członkowskich z ETS w ramach procedury pytań prawnych*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 337 i n.; M. Grzybowski, dz. cyt., s. 345–346; S.L. Kaleda, *Właściwość Trybunału Sprawiedliwości do wydawania orzeczeń wstępnych w sytuacji krajowej*, [w:] *Studia prawa...*, s. 137 i n.

konstytucyjności prawa zachowuje swój status i znaczenie podstawowej gwarancji nadrzędności konstytucji. Kontrolę prawa unijnego uzasadnia sposób określenia przedmiotu skargi konstytucyjnej w art. 79 ust. 1 Konstytucji, autonomiczny i niezależny względem art. 188 pkt 1–3, który stanowi ogólną podstawę działalności orzeczniczej TK. Natomiast sam charakter kontroli tego prawa w trybie skargi jest szczególnie i przejawia się tym, że TK realizuje równolegle dwie funkcje: orzeczniczą w zakresie badania zgodności prawa unijnego z konstytucją oraz ochronną w sferze wolności i praw jednostki. W ramach funkcji orzeczniczej TK ma prawo decydować, czy akty prawne instytucji UE obowiązujące w krajowym porządku prawnym są zgodne z Konstytucją jako podstawą tego porządku oraz granicą przekazania UE kompetencji organów władzy państwowej, w tym do stanowienia prawa, w niektórych sprawach. W ramach funkcji ochronnej TK ma prawo oceny, czy regulacje unijne nie obniżają istotnie konstytucyjnego poziomu ochrony wolności i praw jednostki. Nie da się więc zaprzeczyć, że kontrola konstytucyjności prawa pochodnego UE ma charakter wyjątkowy. Uzasadniona jest wtedy, gdy instytucje UE i tworzone przez nie prawo przekroczą granice kompetencji przekazanych, podważając istotę konstytucyjności i demokratycznego państwa prawnego. W rzeczywistości rolą TK jest ochrona tożsamości polskiego porządku konstytucyjnego.

Zagadnienie dopuszczalności kontroli konstytucyjności prawa UE w trybie pytania prawnego sądów wciąż pozostaje tematem do dyskusji. Sama interpretacja konstytucji nie wystarczy do zajęcia jednoznacznego stanowiska. Jest to szerszy problem dotyczący pojmowania przez sądy ich roli jako strażników konstytucji oraz praw podstawowych jednostki w kontekście stosowania prawa UE. Należy dodać, że stanowisko TK w sprawie o sygn. akt SK 45/09 nie rozwiązuje problemu braku jasnych reguł kolizyjnych, które pozwoliłyby na przyszłość rozstrzygać kolizje między aktami prawa UE i konstytucją. Dopuszczając kontrolę rozporządzenia unijnego pod względem zgodności z konstytucją, TK ogranicza się do uzasadnienia podstaw i granic swojej właściwości rzeczowej, kierując się zakresem władzy, jaką przyznaje mu konstytucja, nie podejmuje nawet próby sformułowania takich reguł. Trybunał zwraca tylko uwagę na różne sposoby unikania stanu niezgodności prawa unijnego z konstytucją, a w przypadku nieskuteczności tych metod pozostaje przy sformułowanych wcześniej propozycjach zmiany konstytucji, zainicjowania zmian w prawie unijnym albo wystąpienia państwa z UE. Tymczasem wystarczyłoby opracowanie jasnych reguł współpracy między sądami krajowymi i Trybunałem Sprawiedliwości UE, by kolizje między prawem UE i prawem konstytucyjnym mogły być już tylko problemem interpretacji prawa a nie problemem władzy.

SUMMARY

of the article:
Constitutionality Review of EU Secondary Legislation

This article is a response to the judgment of the Constitutional Tribunal of 16 November 2011 (ref. no. SK 45/09), in which it declared itself for constitutional review of legislation adopted by EU institutions. The author examines the admissibility of the review of constitutionality of secondary legislation of the European Union, performed in the course of proceedings initiated by a constitutional complaint. This procedure is principally regulated by Article 79(1) of the Constitution, which states that any normative act applied by a public administration authority may be subject to such review. The author . The author seeks to answer the question whether a legal act of the European Union other than a regulation (e.g. (decision, directive) may be considered a normative act within the meaning of Article 79 (1) of the Constitution.

The review of EU legislation is limited to situations where the standard of protection of individual rights is below the level of protection prescribed by the standards of the Constitution. This is because it creates a minimum level of protection of individual rights. As concerns the consequences of any finding of unconstitutionality of a secondary legislation, the author advocates the adoption by national public authorities of measures to remedy the deficiencies and efforts to change EU law and even constitutional amendments. According to the author, the issue is the admissibility of review by the Constitutional Tribunal of acts established by the EU institutions as normative acts, which may be subject of questions of law submitted by the courts under Article 193 of the Constitution.

**LUZKIE EMBRIONY I GODNOŚĆ CZŁOWIEKA
W ŚWIETLE PRAWA PATENTOWEGO.
WYROK TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
Z DNIA 19 PAŹDZIERNIKA 2011 R. W SPRAWIE
BRÜSTLE PRZECIWKO GREENPEACE**

I. WSTĘP

Wyzwania stawiane różnym gałęziom prawa i dylematy bioetyczne stanowią charakterystyczne *signa temporis*¹. Od tych wyzwań nie jest wolne prawo patentowe, zważywszy na to, że pozyskiwanie inwestycji niezbędnych dla prowadzenia badań w dziedzinie biotechnologii i inżynierii genetycznej uwarunkowane jest zagwarantowaniem prawnej ochrony wynalazków biotechnologicznych². Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej [dalej: TRIPS]³ przyznaje członkom Światowej Organizacji Handlu możliwość wyłączenia ze zdolności patentowej takich wynalazków, których nie dopuszczają do obrotu handlowego na swoim terytorium ze względu na konieczność ochrony porządku publicznego lub moralności⁴. Z możliwości tej skorzystał prawodawca europejski, przyjmując dyrektywę 98/44/WE w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych⁵ [dalej: dyrektywa]. Uznano w niej za niemające zdolności patentowej, jako sprzeczne z „porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami”, wykorzystywanie m.in. embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych (art. 6 ust. 2 lit. c)⁶. Ta regulacja

¹ Zob. np. M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 195 i n.

² Patent jest cywilnym prawem podmiotowym o bezwzględnym charakterze majątkowym, należącym do kategorii praw na dobrach niematerialnych. Polski ustawodawca określił treść tego prawa w sposób pozytywny: „przez uzyskanie patentu nabywa się prawo wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy na całym obszarze Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 63 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. — Prawo własności przemysłowej, tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117). Patent trwa określoną liczbę lat i powstaje wskutek decyzji administracyjnej; zob. M. duVall, *Prawo patentowe*, Warszawa 2008, s. 228–232.

³ Porozumienie w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights — TRIPS) zawarte w załączniku 1C do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO), podpisanego w Marakeszu w dniu 15 kwietnia 1994 r., zatwierdzone decyzją Rady 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. dotyczącą zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej, w dziedzinach wchodzących w zakres jej kompetencji, porozumień będących wynikiem negocjacji wielostronnych w ramach Rundy Urugwajskiej (1986–1994) (Dz.U. UE L.94.336.214). Weszło w życie 1 stycznia 1995 r. i „jest najbardziej doniosłą — od czasów dziewiętnastowiecznych konwencji: paryskiej i berneńskiej — umową międzynarodową regulującą zagadnienia własności intelektualnej” (M. duVall, dz. cyt., s. 102).

⁴ „Członkowie mogą wyłączyć ze zdolności patentowej takie wynalazki, których nie dopuszczają do obrotu handlowego na swoim terytorium ze względu na konieczność ochrony porządku publicznego lub moralności, włączając ochronę życia lub zdrowia ludzi, zwierząt lub roślin lub zapobieżenia poważnej szkodzi dla środowiska naturalnego, pod warunkiem, że takie wyłączenie nie jest dokonane jedynie dlatego, że takie wykorzystanie jest zabronione przez prawo krajowe” (art. 27 ust. 2).

⁵ Dyrektywa 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (Dz.U. UE L. 98.213.13).

⁶ Art. 6 ust. 1 stanowi: „Wynalazki uważa się za niemające zdolności patentowej, w przypadku gdy ich handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami; jednakże to

budziła kontrowersje⁷, w szczególności w kontekście badań z wykorzystaniem ludzkich embrionalnych komórek macierzystych, których pozyskiwanie wiąże się zasadniczo z destrukcją ludzkich embrionów⁸.

Kontrowersje te nie wygasły, a wręcz wzmożyły się⁹, po rozstrzygnięciu Rozszerzonej Komisji Odwołań Europejskiego Urzędu Patentowego [dalej: Rozszerzona Komisja] w sprawie WARF/Thomson¹⁰, które dotyczyło interpretacji zasady 28 lit. c regulaminu wykonawczego do Konwencji o udzielaniu patentów europejskich, tożsamej co do treści z art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy. Rozszerzona Komisja, uznawszy, iż „jednym z zasadniczych celów dyrektywy” jest „ochrona godności ludzkiej”¹¹, stwierdziła m.in., iż wspomniana zasada „zabrania patentowania zastrzeżeń dotyczących produktów, które zgodnie z opisem patentowym w dniu dokonania zgłoszenia mogą zostać wytworzone wyłącznie przy użyciu metody z konieczności wiążącej się ze zniszczeniem ludzkich embrionów, będących źródłem tych produktów, nawet wówczas, gdy metoda ta nie jest częścią zastrzeżenia patentowego”¹². W decyzji nie zawarto szczegółowych wywodów dotyczących interpretacji pojęcia „embrion ludzki”, niemniej stwierdzono w niej, że „zważywszy na cel, jakim jest ochrona godności ludzkiej [...] Rozszerzona Komisja może jedynie przypuszczać, iż pojęciu «embrion» nie należy nadawać zawężającego znaczenia [...], co podważałoby zamiar ustawodawcy”¹³. De-

wykorzystanie nie jest uważane za sprzeczne jedynie dlatego, że jest ono zakazane przepisami ustawowymi lub wykonawczymi”. Art. 6 ust. 2 stanowi: „Na podstawie ust. 1 uważa się za niemające zdolności patentowej, w szczególności: a) sposoby klonowania ludzi; b) sposoby modyfikacji tożsamości genetycznej linii zarodkowej człowieka; c) wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych; d) sposoby modyfikacji tożsamości genetycznej zwierząt, które mogą powodować ich cierpienia, nie przynosząc żadnych zasadniczych korzyści medycznych dla człowieka lub zwierzęcia oraz zwierzęta będące wynikiem zastosowania takich sposobów.” Zarówno w wersji angielskiej TRIPS, jak i dyrektywy posłużono się tym samym wyrażeniem: *ordre public or morality*. Wydaje się, iż bardziej adekwatne jest oddanie „morality” poprzez „moralność”, a nie „dobre obyczaje”.

⁷ Zob. np. J. Straus: *Zur Patentierung humaner embryonaler Stammzellen in Europa. Verwendet die Stammzellforschung menschliche Embryonen für industrielle oder kommerzielle Zwecke?*, GRUR Int. 2010, s. 911–923; M.D. Hartmann, *Die Patentierbarkeit von Stammzellen und den damit zusammenhängenden Verfahren*, GRUR Int. 2006, s. 198–199; A. Plomer, *Stem Cell Patents: European Patent Law and Ethics Report*, Nottingham 2006, s. 72. W związku z wątpliwościami interpretacyjnymi spodziewano się w tym zakresie rozstrzygnięć Trybunału (zob. np. J. Straus, *Optionen bei der Umsetzung der Richtlinie EG 98/44 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen*, Bern 2004, s. 41, dostępne na stronie: <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/j10015d.pdf>).

⁸ Zwięzły przegląd dylematów moralnych związanych z wykorzystaniem embrionalnych komórek macierzystych w: O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 306–312.

⁹ L. Laimböck, H.-G. Dederer, *Der Begriff des „Embryos“ im Biopatentrecht Anmerkungen zu den Schlussanträgen von GA Yves Bot v. 10. März 2011, Rs. C-34/10 — Brüstle Zugleich eine Kritik des Kriteriums der „Totipotenz“*, GRUR Int. 2011, s. 661–667.

¹⁰ Decyzja z 25 listopada 2008 r., sygn. akt G 2/06, „Official Journal of the EPO” 2009, nr 5, s. 306–332, dostępna na stronie: <<http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal.html>> [dalej: decyzja RKO]. Zwięzłe omówienie decyzji w: W. Włodarczyk, *Zdolność patentowa zastosowań embrionów ludzkich — komentarz do decyzji Europejskiego Urzędu Patentowego w sprawie WARF/Thomson*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 46–52.

¹¹ Decyzja RKO, pkt 18.

¹² Tamże, s. 331–332.

¹³ Tamże, pkt 20.

czyja ta była krytykowana w literaturze¹⁴. Wskazywano w szczególności, iż w świetle art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy zdolności patentowej pozbawione jest jedynie wykorzystywanie ludzkich embrionów, a nie komórek macierzystych, które są rezultatem wykorzystania ludzkich embrionów i które pozyskano w zgodzie z krajowymi regulacjami prawnymi. Z tym większą uwagą oczekiwano na rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości [dalej: Trybunał] w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace e.V. (C-34/10) dotyczącej interpretacji wspomnianego przepisu dyrektywy. Co więcej, wprost formułowano oczekiwania, a nawet zakładano, iż Trybunał skoryguje, oceniając jako błędną, wykładnię Rozszerzonej Komisji¹⁵. Podkreślano, że wyrok Trybunału odegra istotną rolę w rozwoju prawa patentowego w zakresie biotechnologii¹⁶.

W dniu 18 października 2011 r. Trybunał w składzie Wielkiej Izby wydał wyrok w trybie prejudycjalnym dotyczący wspomnianego przepisu dyrektywy. Ku zaskoczeniu wielu Trybunał przedstawił wykładnię zbieżną z wykładnią dokonaną przez Rozszerzoną Komisję. Samo orzeczenie, jak i poprzedzająca je opinia rzecznika generalnego Yves'a Bota [dalej: rzecznik] z dnia 10 marca 2011 r.¹⁷ były szeroko komentowane w europejskich mediach¹⁸. W krytycznych komentarzach podkreślano przede

¹⁴ Zob. np. P. Torremans, *The Construction of the Directive's Moral Exclusions under the EPC*, [w:] *Embryonic Stem Cell Patents — European Law and Ethics*, red. A. Plomer, P. Torremans Oxford/New York 2009, s. 141; J. Straus, *Zur Patentierung humaner...* Przykładem pozytywnej oceny decyzji jest, z kolei, P. Treichel, *G 2/06 and the Verdict of Immorality*, „International Review of Intellectual Property and Competition Law” 2009, nr 4, s. 450–473.

¹⁵ Por. np.: „Zu hoffen bleibt [...], dass der EuGH eine interessengerechte und die Rechtsordnungen der EU Mitgliedstaaten im Bereich der Stammzellforschung berücksichtigende Lösung finden wird, welche sowohl die Stammzellforscher vom Stigma befreit, sie verwenden menschliche Embryonen für industrielle oder kommerzielle Zwecke, als auch die Forschung in diesem für Medizin und Arzneimittelentwicklung so wichtigem Gebiet fördern wird” (J. Straus, *Zur Patentierung humaner...*, s. 922); por. również stanowisko organizacji ALLEA The European Federation of National Academies of Sciences and Humanities z 13 maja 2011 r.: *Patenting of Inventions Involving Human Embryonic Pluripotent Stem Cells in Europe* <<http://www.allea.org/Content/ALLEA/SC%20IPR/Statements/ALLEA-SC-IPR-statement-Stem-Cell-Patenting-2011-final.pdf>>. W stanowisku tym, po przedstawieniu krytyki decyzji Rozszerzonej Komisji, wspomniano o „a number of patent applications pending in the European Patent Office which are related to inventions involving pluripotent human embryonic stem cells” i wyrażono nadzieję, że po rozstrzygnięciu Trybunału „the competent institutions of the European Union will undertake all the necessary steps that the principles of the judgment of the Court of Justice of the European Union will, eventually, control also patent applications pending in the European Patent Office, and that the current regulatory dilemma be resolved as soon as possible”, przy czym „current dilemma” miałby być spowodowany przez błędną decyzję Rozszerzonej Komisji.

¹⁶ „Mit dem Fall Oliver Brüstle gegen Greenpeace e.V. steht das Biopatentrecht am Scheideweg. Die Entscheidungen des EuGH und des BGH werden grundlegende Weichenstellungen für die Patentierbarkeit von Erfindungen auf dem Gebiet der human-embryonalen Stammzellforschung vornehmen” (L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 661).

¹⁷ Tekst wyroku, jak i opinii rzecznika dostępny jest w bazie orzeczeń na stronie internetowej: <<http://curia.europa.eu>>. Językiem postępowania był język niemiecki; opinia została sporządzona w języku francuskim. W dalszych rozważaniach wyrok Trybunału [dalej: TS] będzie cytowany poprzez wskazanie samych numerów bocznych, natomiast opinia rzecznika przy użyciu skrótu OR i numeru bocznego.

¹⁸ Zob. np.: *European Court outlaws patents on embryonic stemcell techniques*, „The Guardian” z 18 października 2011 r., <<http://www.guardian.co.uk/science/2011/oct/18/european-patents-embryonic-stem-cells>>; *EU-Gericht bremst Forschung an Stammzellen aus*, „Der Tagespiegel” z 19 października 2011 r., <<http://www.tagesspiegel.de/zeitung/urteil-eu-gericht-bremst-forschung-an-stammzellen-aus/5224572.html>>; *Schwerer Schlag für Stammzellforscher*, „Wirtschafts Woche” z 18 października 2011 r.,

wszystkim negatywny wpływ wyroku na przyszłość europejskich badań z wykorzystaniem embrionalnych komórek macierzystych¹⁹. Wyrok Trybunału można potraktować jako rozstrzygający głos w toczącym się sporze o wykładnię regulacji dyrektywy, dotyczącej wyłączenia ze zdolności patentowej wykorzystania ludzkich embrionów. Biorąc pod uwagę kluczowy argument, którym posłużył się Trybunał w uzasadnieniu swojego stanowiska, tj. odwołanie się do zasady godności ludzkiej, należy spodziewać się, że znaczenie i skutki tego wyroku będą jednak dalej idące.

II. ROZSTRZYGNIECIE I JEGO KONTEKST

Pytania prejudycjalne zostały zadane Trybunałowi przez niemiecki Trybunał Federalny (Bundesgerichtshof)²⁰ w kontekście rozstrzygania skargi na orzeczenie Federalnego Sądu Patentowego (Bundespategericht)²¹ w części unieważniającej patent dotyczący izolowanych i oczyszczonych progenitorowych komórek nerwowych, sposobu ich wytwarzania z embrionalnych komórek macierzystych i ich wykorzystania do terapii wad układu nerwowego. Rozstrzygnięcie sprawy przez sąd krajowy zależało od tego, czy wiedza techniczna określona w tym patencie w zakresie, w jakim dotyczy komórek progenitorowych pozyskiwanych z ludzkich embrionalnych komórek macierzystych, jest wyłączona ze zdolności patentowej na podstawie przepisów krajowych, których interpretacja miała z kolei zależeć od wykładni art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy.

Trybunał został wezwany do odpowiedzi na pytania dotyczące interpretacji pojęcia „embrionów ludzkich” (pytanie pierwsze) oraz interpretacji sformułowania „wykorzystywanie do celów przemysłowych lub handlowych” (pytanie drugie i trzecie). W zakresie rozumienia pojęcia „embriony ludzkie” Bundesgerichtshof pytał, czy obejmuje

<<http://www.wiwo.de/technologie/biopatente-schwerer-schlag-fuer-stammzellforscher/5760096.html>>; G.P. Hefty, *Leben mit Würde*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung” z 18 października 2011 r., <<http://www.faz.net/aktuell/politik/eugh-urteil-zu-embryonalen-stammzellen-leben-mit-wuerde-11497723.html>>; M.C. Schulte von Drach, *Ganz im Sinne des Papstes*, „Süddeutsche Zeitung” z 18 października 2011 r., <<http://www.sueddeutsche.de/wissen/urteil-zu-embryonalen-stammzellen-ganz-im-sinne-des-papstes-1.1167697>>. Warto zwrócić uwagę na komentarz redakcyjny zamieszczony w „Financial Times Deutschland”. Dostrzeżono w nim potencjalne konsekwencje orzeczenia dla badań naukowych i zarazem uznano, iż nie one są decydujące dla prawnej oceny orzeczenia: „Dieses Urteil ist verstörend in seinem Rigorismus [...]; es wirft wahrscheinlich manche Forschungsvorhaben im Bereich der anwendungsnahen Stammzellforschung um Jahre zurück; es wird möglicherweise dazu führen, dass [...] junge Forscher ernsthaft über andere Standorte für ihre Forschungsprojekte nachdenken. Aber dieses Urteil ist richtig. Es ist eine konsequente Auslegung europäischen Rechts” (*Richtiges Stoppschild*, „Financial Times Deutschland”, z 18 października 2011 r. <<http://www.ftd.de/wissen/leben/embryonale-stammzellen-richtiges-stoppschild/60117739.html>>).

¹⁹ Należy pamiętać, że „[...] due to profound investments poured into the hESC [Human Embryonic Stem Cells] research, stem cell technology is heavily reliant on patent protection. As a result, patents issued for stem cells lie at the heart of the stem cell debate” (A. Agovic, *Stem cell patents on a knife edge*, „Journal of Intellectual Property Law & Practice” 2008, nr 11, s. 718). Sam rzecznik podkreślał, że ma „świadomość powagi kwestii gospodarczych i finansowych wiążących się z pytaniami, które zostały postawione Trybunałowi” (OR, nr boczny 41).

²⁰ Postanowienie z 17 grudnia 2009 r., sygn. akt Xa ZR 58/07, dostępne w bazie orzeczeń na stronie: <<http://www.bundesgerichtshof.de>>.

²¹ Wyrok z 5 grudnia 2006 r., sygn. akt 3 Ni 42/04, dostępny w bazie orzeczeń na stronie: <<http://www.bpatg.de>>.

ono „wszystkie stadia rozwoju życia ludzkiego od zapłodnienia komórki jajowej” oraz czy obejmuje następujące organizmy: „niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej; niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy”, wreszcie — czy pojęcie to obejmuje „komórki macierzyste, które zostały pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty”.

W zakresie interpretacji sformułowania „wykorzystywanie do celów przemysłowych lub handlowych” postawiono pytanie, „czy obejmuje ono każde wykorzystanie handlowe w rozumieniu art. 6 ust. 1 dyrektywy, w szczególności również wykorzystanie do celów badań naukowych”. Ponadto zapytano, czy „wiedza techniczna jest wyłączona z opatentowania [...] również wtedy, gdy wykorzystanie embrionów ludzkich nie należy do wiedzy technicznej zastrzeżonej patentem, ale jest niezbędną przesłanką zastosowania tej wiedzy, ponieważ patent dotyczy wyrobu, którego wytworzenie wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich, lub dotyczy procesu, dla którego wyrób taki jest konieczny jako materiał wyjściowy”²².

Obszerne uzasadnienie tych pytań wskazuje, iż Bundesgerichtshof miał wątpliwości związane z poprawnością wykładni przedstawionej w decyzji Rozszerzonej Komisji w sprawie WARF/Thomson. Wspólnym mianownikiem przedłożonych przez Bundesgerichtshof argumentów na rzecz odmiennej wykładni art. 6 ust. 2 lit. c wydaje się podkreślenie braku konsensu wśród państw członkowskich Unii Europejskiej co do zakresu prawnej ochrony embrionów ludzkich oraz etycznej oceny pozyskiwania z ludzkich embrionów komórek macierzystych i ich wykorzystywania²³.

²² Niezależnie od stanowiska Bundesgerichtshof można mieć wątpliwości, czy zadanie pytań prejudycjalnych i dokonanie wykładni art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy przez Trybunał, w szczególności w sprawie znaczenia pojęcia „embrion ludzki”, było w ogóle konieczne w kontekście rozstrzyganej sprawy. Kwestia ta przekracza jednak ramy niniejszych rozważań.

²³ Por. następujące fragmenty uzasadnienia: „Der gesetzliche Schutz des Embryos setzt [...] in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zu unterschiedlichen Zeitpunkten ein, so dass es an einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung fehlen könnte, dass bereits die befruchtete Eizelle als menschlicher Embryo geschützt werden muß” (pkt 41); „die mit der Vernichtung «überzähliger», [...] Embryonen einhergehende Gewinnung embryonaler Stammzellen zu Forschungszwecken nicht in allen Mitgliedstaaten untersagt ist und als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung angesehen wird. Die Worte «zu industriellen oder kommerziellen Zwecken» könnten daher auch dazu bestimmt sein, diesen unterschiedlichen ethischen Bewertungen Rechnung zu tragen und das Verbot in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c der Richtlinie in einem engeren Sinne auf Erfindungen zu beschränken, mit deren Benutzung ein Handeltreiben mit menschlichen Embryonen oder deren industrielle Verwertung einherginge, die nach allgemeiner europäischer Rechtsüberzeugung moralisch verwerfliche Handlungen darstellen“ (pkt 48). Argumentując przeciwko rozstrzygnięciu Rozszerzonej Komisji, Bundesgerichtshof stwierdza, iż jej rezultatem jest to, że „das Patentierungsverbot von der Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken auf die Verwendung von embryonalen Stammzellen erstreckt würde und hierdurch Erfindungen von der Patentierung ausgenommen würden, deren Verwertung nach dem Recht eines oder mehrerer Mitgliedstaaten erlaubt ist und nicht gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt” (pkt 58). Bundesgerichtshof miał wątpliwości, „ob das Patentierungsverbot, das aus dem ethischen Unwerturteil folgt, dem die Verwendung von menschlichen Embryonen zu industriellen oder kommerziellen Zwecken unterliegt, auch auf Folgehandlungen erstreckt werden kann, die zwar eine solche Verwendung voraussetzen, aber weder in Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie ausdrücklich genannt werden noch in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen ebenso behandelt werden wie die Verwendung der Embryonen selbst” (pkt 60). Z kolei konsekwencją tych zastrzeżeń jest argument o naruszeniu

W świetle powyższych pytań Trybunał dokonał następującej wykładni. Stwierdził, że „«embrionem ludzkim» jest każda ludzka komórka jajowa, począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy”. Trybunał pozostawił natomiast sądowi krajowemu ustalenie, czy w świetle rozwoju nauki „komórka macierzysta, która została pozyskana z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty, stanowi «embrion ludzki»”, przy czym jednoznacznie wskazał kryterium takiego rozstrzygnięcia: możliwość zainicjowania procesu rozwoju człowieka²⁴. W odniesieniu do pytania drugiego Trybunał uznał, iż „Wyłączenie wykorzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych [...] ze zdolności patentowej dotyczy również wykorzystywania do celów badań naukowych”. Natomiast odpowiadając na pytanie trzecie, stwierdził, iż przepis dyrektywy „wyłącza zdolność patentową wynalazku, gdy wiedza techniczna będąca przedmiotem wniosku patentowego wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, bez względu na stadium, w którym do tego dochodzi, nawet gdy w opisie zastrzeżonej wiedzy technicznej nie wspomina się o wykorzystywaniu embrionów ludzkich”²⁵.

III. „EMBRION LUDZKI” JAKO AUTONOMICZNE POJĘCIE PRAWA EUROPEJSKIEGO

Warunkiem udzielenia odpowiedzi na zadane pytania prejudycjalne, w szczególności na pytanie pierwsze, było podjęcie rozstrzygnięcia w zakresie tego, czy wyrażenie „embrion ludzki” należy uznać, „za autonomiczne pojęcie prawa Unii, które podlega jednolitej wykładni na jej obszarze”²⁶. Jak zauważył rzecznik, „przed podjęciem próby określenia definicji embrionu ludzkiego należy najpierw ustalić, czy w ogóle jest to konieczne”²⁷. Trybunał mógłby przecie uznać, iż każde państwo określa znaczenie pojęcia „embrion” we własnym zakresie, biorąc pod uwagę chociażby to, że

przez państwa członkowskie zobowiązań płynących z TRIPS w związku z szeroką wykładnią art. 6 ust. 2 lit. c: „Die hier in Rede stehende Auslegung könnte dazu führen, dass Mitgliedstaaten die Patentierung auch dann versagen müssen, wenn die Verwertung der Erfindung nach ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung nicht gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung verstößt. [...] Zwar ist es sowohl mit dem TRIPS-Übereinkommen als auch mit europäischem Recht vereinbar, wenn eine Entscheidungsbefugnis, die ein völkerrechtliches Abkommen den Vertragsparteien einräumt, von den Mitgliedstaaten gemeinsam ausgeübt wird [...]. Art. 27 Abs. 2 des TRIPS-Übereinkommens räumt den Vertragsparteien jedoch nur insoweit eine Entscheidungsbefugnis ein, als dies zum Schutz der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitten notwendig ist” (pkt 62).

²⁴ Zob. wyrok TS, nr boczny 37.

²⁵ Można jedynie spekulować, czy i w jakim zakresie treść rozstrzygnięcia budziła kontrowersje wśród sędziów Trybunału. W odróżnieniu od orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, powołanego do kontroli przestrzegania zobowiązań wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w przypadku orzeczeń Trybunału nie ujawnia się, w jaki sposób głosowali sędziowie; ponadto uczestniczący w wydaniu orzeczenia sędziowie Trybunału nie dołączają zdań odrębnych.

²⁶ Zob. wyrok TS, nr boczny 26.

²⁷ OR, nr boczny 50.

„definicja embrionu ludzkiego jest w wielu państwach członkowskich szczególnie wrażliwą kwestią społeczną, naznaczoną przez różnorodność ich tradycji i systemów wartości”²⁸. Stanowisko, iż rozumienie pojęcia „embrion ludzki” użytego w art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy powinno się pozostawić do decyzji poszczególnych krajów członkowskich, było reprezentowane przez rządy państw członkowskich uczestniczących w postępowaniu²⁹. Inaczej uważała zarówno Komisja Europejska³⁰, jak i sąd, który zadał pytania³¹.

1. Wątpliwości

Za pozostawieniem wykładni pojęcia „embrion ludzki” w gestii poszczególnych państw członkowskich może przemawiać w szczególności to, że dyrektywa nie zawiera legalnej definicji tego pojęcia. Takiej definicji brak również w prawie europejskim i instrumentach prawa międzynarodowego publicznego, a definicje stosowane w prawodawstwie państw członkowskich różnią się między sobą³². Argumentowano, że nie można narzucać „jednostronnie kategoriycznych rozwiązań dla całego obszaru Unii”³³ w sprawie, która — w perspektywie prawnej i etycznej — jest w poszczególnych państwach członkowskich różnie oceniana. W szczególności brak bioetycznego konsensu państw członkowskich w zakresie rozumienia pojęcia „embrion” miałyby uzasadniać to, iż poszczególnym państwom „przysługuje pewien zakres swobody w odniesieniu do wykładni i stosowania tego pojęcia prawnego”³⁴. O ile bowiem istnieje w Unii bioetyczny konsens w zakresie tego, iż wynalazki wskazane w art. 6 ust. 2 dyrektywy nie mają zdolności patentowej, to jednak „nie było i nie ma tego konsensu w zakresie poszczególnych elementów stanu faktycznego określonego w art. 6 ust. 2”, w tym w zakresie rozumienia pojęcia „embrion”³⁵.

Ponadto na poparcie stanowiska, iż interpretacja pojęcia „embrion ludzki” powinna być pozostawiona w gestii poszczególnych państw członkowskich, przywoływano stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dalej: ETPC] sformułowane w kontekście art. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (prawo do życia) w odniesieniu do pytania, czy ochroną tego artykułu objęte jest życie ludzkie przed urodzeniem³⁶. ETPC uchylił się od rozstrzygnięcia kwestii, kiedy rozpoczyna się prawo do życia, i uznając, iż nie ma europejskiego konsensu dotyczące-

²⁸ Zob. wyrok TS, nr boczny 30.

²⁹ Zob. OR, nr boczny 51. W postępowaniu uczestniczyła Irlandia oraz rządy Portugalii, Szwecji i Zjednoczonego Królestwa.

³⁰ OR, nr boczny 52.

³¹ Zob. wyrok TS, nr boczny 21.

³² Zob. A. Plomer, *Stem Cell Patents...*, s. 79.

³³ L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 661.

³⁴ Tamże, s. 667.

³⁵ Tamże, s. 662–663. Należy zwrócić uwagę, iż rozumienie wyrażenia „embrion ludzki” nie jest kwestią z zakresu bioetyki, tj. postulatów etycznych dotyczących tego, jak należy postępować wobec embrionów ludzkich, czy i w jaki sposób embriony ludzkie powinny być objęte ochroną prawną. „Embrion ludzki” jest pojęciem biologicznym.

³⁶ Zob. w szczególności wyrok z 8 lipca 2004 r. w sprawie Vo przeciwko Francji (skarga nr 53924/00) oraz wyrok z 10 kwietnia 2007 r. w sprawie Evans przeciwko Zjednoczonemu Królestwu (skarga nr 6339/05).

go naukowej i prawnej definicji początków życia, pozostawił rozstrzygnięcie w tym zakresie poszczególnym państwom³⁷.

2. Argumenty rzecznika i Trybunału

Zdaniem rzecznika, konieczność nadania pojęciu „embrion ludzki” autonomicznej definicji, właściwej dla prawa Unii, wynika z „brzmienia i celu” dyrektywy oraz z reguł sformułowanych w orzecznictwie Trybunału³⁸. Dyrektywa ma ustanowić skuteczny i zharmonizowany system ochrony biotechnologicznej, a cel ten zostałby naruszony w sytuacji, w której dany wynalazek w jednym państwie członkowskim mógłby zostać opatentowany, a w innym jego opatentowanie byłoby zakazane³⁹. Przepis art. 6 ust. 2 „nie pozostawia państwom członkowskim żadnego marginesu swobodnego uznania w odniesieniu do wykluczenia zdolności patentowej wyliczonych w nim sposobów i zastosowań” a ponadto „trudno [...] wyobrazić sobie, w jaki sposób tak kategoriyczny zakaz, który stosuje się wobec wszystkich państw członkowskich, mógłby funkcjonować na podstawie pojęć, które nie są wspólne”⁴⁰. Dyrektywa „ma na celu zapobieganie uszczerbkom dla jedności rynku wewnętrznego, które mogłyby wynikać z okoliczności, że państwa członkowskie decydują jednostronnie o przyznaniu takiej ochrony lub o jej odmowie”⁴¹.

Trybunał posłużył się podobną argumentacją. Po pierwsze, wskazał, że w dyrektywie „nie dokonano [...] odesłania do systemów prawa krajowego w odniesieniu do znaczenia, jakie temu wyrażeniu należy nadać”⁴², a zgodnie „z utrwalonym orzecznictwem Trybunału zarówno względy jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasady równości wskazują na to, że treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię”⁴³. Po drugie, brak

³⁷ W sprawie *Vo przeciwko Francji* ETPC stwierdził: „kwestia, kiedy zaczyna się prawo do życia, pozostaje w zakresie marginesu oceny (*margin of appreciation*), który [...] powinien przysługiwać państwom w tej sferze” (§ 82). Na temat doktryny „marginesu oceny” zob. np. J. Kapelańska-Pręgowska, *Koncepcja tzw. marginesu oceny w orzecznictwie ETPC*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 12, s. 87–99. O ile Trybunał nie odniósł się do argumentu wskazującego na rozstrzygnięcia ETPC, rzecznik uznał stanowisko ETPC za nie-relevantne, stwierdzając, iż definicję „embrionu ludzkiego” na potrzeby wykładni dyrektywy „należy umiejscowić w ramach rozpatrywanej dyrektywy technicznej oraz [...] z definicji tej nie należy wywodzić skutków prawnych dla innych dziedzin, które [...] mają inny kontekst oraz przede wszystkim wykraczają poza zakres prawa Unii”. (OR 49). Stanowisko rzecznika w tym zakresie spotkało się z krytyką: „[...] die Rechtsprechung des EGMR [...], [ist] [...] im vorliegenden Fall — entgegen der Auffassung des GA [...] — durchaus beachtlich ist” (L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 663, przyp. 38). Wydaje się jednak, iż przywoływanie orzecznictwa ETPC należy traktować z ostrożnością: inna jest relacja prawa europejskiego do prawa krajowego, inna zaś Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Prawnomiędzynarodowa ochrona praw człowieka ma charakter subsydiarny wobec ochrony krajowej. ETPC bada m.in., czy w związku z treścią przepisów krajowych doszło do naruszenia Konwencji przez państwo stronę. W tym kontekście przywołanie doktryny marginesu swobody w ww. orzeczeniach ETPC może wydawać się uzasadnione.

³⁸ OR, nr boczny 53 i n.

³⁹ Zob. OR, nr boczny 56.

⁴⁰ OR, nr boczny 60.

⁴¹ OR, nr boczny 59.

⁴² Wyrok TS, nr boczny 26.

⁴³ Wyrok TS, nr boczny 25.

jednolitej definicji negatywnie wpływałoby „na niezakłócone funkcjonowanie rynku wewnętrznego”⁴⁴, co z kolei było celem dyrektywy. I po trzecie, o ile art. 6 ust. 1 pozostawia „organom administracyjnym oraz sądom państw członkowskich szeroką swobodę uznania w zakresie wyłączenia zdolności patentowej wynalazków”, o tyle ust. 2 takiej swobody nie pozostawia, „ponieważ celem tego przepisu jest właśnie dookreślenie wyłączenia przewidzianego w ust. 1”⁴⁵.

Warto zwrócić uwagę na drugi z powyższych argumentów. Trybunał wskazał na „zagrożenie, że twórcy pewnych wynalazków biotechnologicznych byliby skłonni do występowania z wnioskiem o ich opatentowanie w tych państwach członkowskich, w których przyjęto by najwęższą [...] koncepcję pojęcia «embrionu ludzkiego», z uwagi na to, że zdolność patentowa tych wynalazków byłaby wyłączona w innych państwach członkowskich”⁴⁶. Oceniając ten argument, należy pamiętać, iż sama konstrukcja braku zdolności patentowej w przypadku sprzeczności z „porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami”, zastosowana w art. 6 ust. 1, której to konstrukcji ust. 2 jest elementem, zakłada, iż w tym przypadku cel, jakim jest „niezakłócone funkcjonowanie” rynku, nie może być osiągnięty, jako że nie ma wspólnej europejskiej koncepcji „porządku publicznego lub dobrych obyczajów”. W sytuacjach, kiedy państwa członkowskie będą powoływać się na sprzeczność z „porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami”, twórcy pewnych wynalazków biotechnologicznych będą skłonni do występowania z wnioskiem o ich opatentowanie w tych państwach członkowskich, w których przyjęto odmienną koncepcję porządku publicznego czy dobrych obyczajów.

Negatywny wpływ na niezakłócone funkcjonowanie rynku wewnętrznego może zatem pojawić się niezależnie od tego, czy użyte w dyrektywie pojęcie „embrion ludzki” będzie miało w krajach członkowskich jednolite znaczenie. Owszem, art. 6 ust. 2 konstytuuje pewną wspólną część zakresu znaczeniowego sformułowania „sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami”, ale zasadne wydaje się pytanie, czy racją dla określenia tej wspólnej części zakresu znaczeniowego postanowień art. 6 ust. 1 było dążenie do wykluczenia zakłóceń funkcjonowania wspólnego rynku akurat w tym aspekcie, czy też dążenie do ochrony prawnej określonych, szczególnie doniosłych dóbr. Niezależnie od powyższego, rozstrzygnięcie Trybunału wydaje się prawidłowe. Słusznie wskazuje się bowiem, iż, „w interesie praktycznej skuteczności dyrektywy” pojęcie „embrion” „należy interpretować[...] w Unii w sposób jednolity”⁴⁷.

IV. POJĘCIE „EMBRION LUDZKI”

1. Wątpliwości interpretacyjne

Z literatury dotyczącej dyrektywy wynika, iż pojęcie „embrion ludzki” w kontekście art. 6 ust. 2 można rozumieć wąsko albo szeroko⁴⁸. Wąskie rozumienie mogłoby

⁴⁴ Wyroki TS, nr boczne 27 i 28.

⁴⁵ Wyrok TS, nr boczny 29; z powołaniem się na pkt 78 uzasadnienia wyroku Trybunału z 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-456/03 Komisja przeciwko Włochom.

⁴⁶ Wyrok TS, nr boczny 28.

⁴⁷ M.D. Hartmann, dz. cyt., s. 199.

⁴⁸ Por. L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 663.

polegać na uznaniu, iż przepis dotyczy jedynie embrionów, które odznaczają się pewną cechą⁴⁹, które powstały dla określonego celu⁵⁰ lub w określony sposób⁵¹ czy też które osiągnęły określony stopień rozwoju⁵². Brzmienie przepisu nie uzasadnia jednak przyjęcia wąskiej interpretacji⁵³. Z kolei rzecznik, powołując się na analizę ustawodawstwa państw członkowskich, wskazał „dwa główne stanowiska”: „według pierwszego embrion ludzki istnieje od momentu zapłodnienia; według drugiego zaś jest tak od momentu zagnieżdżenia się zarodka (*l'ovule fécondé*) w błonie śluzowej macicy”⁵⁴. Wydaje się, iż to drugie stanowisko należałoby zakwalifikować do stanowisk uznających za embrion jedynie embriony, które osiągnęły określony stopień rozwoju.

Przykład szerokiego rozumienia pojęcia „embrion” można znaleźć w postanowieniu Bundesgerichtshof, w którym stwierdzono, iż „teoretycznie wydaje się [...] możliwe [...] uznanie za embriony, w rozumieniu dyrektywy, również komórek macierzystych, które nie mogą rozwinąć się w pełną jednostkę ludzką”⁵⁵. Sam Bundesgerichtshof nie wydaje się jednak przekonany co do tej teoretycznej możliwości, wskazując, że za embriony należałoby uznawać jedynie te organizmy, które mają zdolność rozwinięcia się w pełną osobę ludzką⁵⁶.

Bundesgerichtshof argumentuje również, iż „ustawowa ochrona embrionów [...] w państwach członkowskich Wspólnoty rozpoczyna się w różnych momentach, co może oznaczać, iż brak jest wspólnych poglądów prawnych, że już zapłodniona komórka jajowa powinna podlegać ochronie jako embrion”⁵⁷. Niewyartykułowaną przez Bundesgerichtshof konsekwencją tego argumentu jest uznanie, iż przykłady wskazane w art. 6 ust. 2 należałoby odczytywać jako element faktycznego konsensu państw członkowskich w sprawie zakresu użytych w ust. 1 pojęć „porządek publiczny lub dobre oby-

⁴⁹ Argumentowano np., że przepis dyrektywy nie wskazuje „precisely which embryos are subjected to this exclusion. Some consider that non viable embryos, which cannot lead to a birth, such as those created by parthenogenesis, or even by somatic cell nuclear transfer (cloning), are not covered by this exclusion” (Europejska Grupa ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach (EGE), *Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells*; opinia nr 16 z 7 maja 2002 r., s. 13).

⁵⁰ Por. np. „the question has been put forward whether the Directive envisages the exclusion of the use of ‘spare’ embryos [created for infertility treatment to enhance the success of IVF, but no longer needed for this purpose — uzup. P.L.] or rather the use of created «research» embryos [created for the sole purpose of research — uzup. P.L.]” (G. Van Overwalle, *Study on the patenting of inventions related to human stem cell research*, Luksemburg 2002, s. 62).

⁵¹ Zob. np.: „Zu klären ist, ob auch ein Embryo im Sinn des Art. 6 IIc vorliegt, wenn dieser nicht auf Befruchtung beruht, sondern auf anderen Verfahren, wie die Kerntransplantation oder die Parthenogenese” (M.D. Hartman, dz. cyt., s. 199).

⁵² W sprawie WARF/Thomson Skarżący argumentował „for a very specific meaning of embryo, as being embryos of 14 days or older” (decyzja RKO, pkt 19).

⁵³ Nie można również zgodzić się z twierdzeniem, iż brzmienie przepisu art. 6 ust. 2 lit. c „gibt [...] keinen Aufschluss” w kwestii, „ob auch ein Embryo im Sinn des Art. 6 IIc vorliegt, wenn dieser nicht auf Befruchtung beruht, sondern auf anderen Verfahren” (M.D. Hartmann, dz. cyt., s. 199).

⁵⁴ OR, nr boczny 67.

⁵⁵ Stąd też jedno z pytań zadanych przez Bundesgerichtshof brzmiało: Czy pojęciem „embrionu ludzkiego” objęte są również „komórki macierzyste, które zostały pozyskane z embrionów ludzkich w stadium blastocysty?” (postanowienie z 17 grudnia 2009 r., sygn. akt Xa ZR 58/07, s. 4).

⁵⁶ Tamże, s. 19–20.

⁵⁷ Wyrok TS, nr boczny 21.

czaje”. Oznaczałoby to, że pojęciu „embrion” należałoby nadać najwęższe rozumienie spośród aktualnie funkcjonujących w porządkach prawnych państw członkowskich, jako że jedynie ten zakres znaczeniowy objęty byłby faktycznym konsensem. Należy jednak mieć na uwadze, iż ustawodawstwo krajowe może się zmieniać, a wraz z nim zakres faktycznego konsensu państw członkowskich⁵⁸. Ponadto, jak zauważa Bundesgerichtshof, „Dyrektywa nie zawiera żadnej wskazówki dla ustalenia późniejszego [niż zapłodnienie komórki jajowej — P.Ł.] momentu ochrony embrionów”⁵⁹.

2. Argumentacja rzecznika

Zdaniem rzecznika, o ile na poziomie ustawodawstwa państw członkowskich nie można znaleźć „wspólnej koncepcji”⁶⁰ pojęcia „embrion ludzki”, to sama dyrektywa jest „źródłem najważniejszej wskazówki”⁶¹ w zakresie definicji tego pojęcia. Według rzecznika, w celu udzielenia odpowiedzi na pierwsze pytanie zadane przez Bundesgerichtshof należy zdefiniować ciało ludzkie. Dyrektywa „prowadzi nas [...] do zdefiniowania [...] ciała ludzkiego”, to bowiem „ciała ludzkemu, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju, dyrektywa ta zapewnia ochronę, zastrzegając wyraźnie, że jest ono wyłączone spod możliwości opatentowania”⁶². Wydaje się, że rzecznik, nawiązując do brzmienia art. 5 ust. 1 dyrektywy⁶³, uznaje, iż wyłączenie zdolności patentowej przemysłowego i handlowego użycia embrionów jest elementem ochrony ciała ludzkiego⁶⁴. W konsekwencji, według rzecznika, pierwsze pytanie zadane przez wnioskodawcę „zmierza ostatecznie do ustalenia, w jakiej formie, w jakim stadium rozwoju powinno znajdować się ciało ludzkie, by prawnie można je było uznać za embrion”⁶⁵. Odpowiedź udzielona przez rzecznika jest następująca: „komórki totipotentne należy [...] uznać za pierwsze stadium ciała ludzkiego [...]. A zatem (*par conséquent*) to właśnie te komórki należy, z prawnego punktu widzenia, uznać za embriony”⁶⁶.

Wobec tego wniosku wyrażono zastrzeżenia, uznając, że „połączenie logiczne («zatem»), dokonane przez rzecznika, jest niezrozumiałe. Prawdą jest, że embriony stanowią stadium rozwoju ludzkiego ciała. Prawdą jest również, że totipotentne komórki stanowią stadium rozwoju ludzkiego ciała. Tych dwóch zdań nie można jednak

⁵⁸ Rozstrzygnięcia niektórych państw członkowskich w zakresie definicji embrionów ludzkich nastąpiły po przyjęciu dyrektywy. Np. hiszpańska Ley 14/2007 de Investigación Biomédica (ustawa nr 14/2007 o badaniach biomedycznych) z 3 lipca 2007 r. określa, iż stadium rozwoju embrionalnego rozpoczyna się od chwili, gdy zapłodniony oocyt znajduje się w macicy kobiety (zob. OR, nr boczny 70).

⁵⁹ Wyrok TS, nr boczny 21.

⁶⁰ OR, nr boczny 66.

⁶¹ OR, nr boczny 72.

⁶² Tamże.

⁶³ „Ciało ludzkie, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju oraz zwykle odkrycie jednego z jego elementów [...] nie może stanowić wynalazków posiadających zdolność patentową”.

⁶⁴ Por. „Eine wesentliche Grundlage der Argumentation des GA für einen besonders weiten Embryobegriff ist der Schluss von Art. 5 Abs. 1 auf Art. 6 Abs. 2 BioPatRL im Wege der systematischen Auslegung” (L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 664).

⁶⁵ OR, nr boczny 74.

⁶⁶ Również blastocystę należy uznawać za embrion ludzki, ponieważ jest ona „jednym z aspektów rozwoju ciała ludzkiego i stanowi jeden ze stadiów tego rozwoju” (OR, nr boczny 94); blastocysta to ciało ludzkie znajdujące się „w bardziej zaawansowanym stadium jego rozwoju” (OR, nr boczny 95).

logicznie wiązać w ten sposób, że («zatem») totipotentne komórki zawsze są również embrionami w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy. To, że totipotentne komórki znajdują się na samym początku «powstania i rozwoju» ludzkiego ciała, w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy, nie uzasadnia jeszcze, że pod pojęciem «ludzkich embrionów» w każdym przypadku należy rozumieć te totipotentne komórki. W rozumieniu tego przepisu «embriony ludzkie» mogą przecież stanowić późniejsze stadium «powstania i rozwoju» ludzkiego ciała⁶⁷.

Powyższe zastrzeżenie nie jest całkowicie pozbawione racji — rozumowaniu rzeczownika można zarzucić co najmniej brak klarowności. Niemniej samo to zastrzeżenie bazuje na dyskusyjnej przesłance — uznaniu, że embrion jest jednym z etapów rozwoju ciała ludzkiego, ale niekoniecznie etapem początkowym. Pojęcie „embrion” nie jest pojęciem pierwotnie pochodzącym z kontekstu prawnego, dlatego w przypadku braku legalnej definicji stwierdzającej, że „embrion” odnosi się do późniejszego niż początkowy etap rozwoju ciała (organizmu) ludzkiego, twierdzenie, iż w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy embriony mogą stanowić późniejsze stadium rozwoju ludzkiego ciała (organizmu), wydaje się wątpliwe.

Odnosząc się do argumentacji rzeczownika, wydaje się, iż u jej podstaw znajduje się, jednej strony, przesłanka deskryptywna: ciało ludzkie rozwija się od momentu zapłodnienia; z drugiej strony, przesłanka normatywna: zasada ochrony godności człowieka ma zastosowanie do ciała ludzkiego. Należy skonstatować wagę przesłanki normatywnej w tej argumentacji. Rzecznik wskazuje, że „drugim składnikiem wykładni [obok zdefiniowania ciała ludzkiego — przyp. P.Ł.] jest [...] duże znaczenie, jakie przypisuje się odwołaniu do etyki⁶⁸. Podkreśla ponadto, iż „z dyrektywy wynika [...], że ochrona godności człowieka stanowi zasadę, która ma zastosowanie [...] również w odniesieniu do ciała ludzkiego od pierwszego stadium jego rozwoju, to znaczy od stadium zapłodnienia⁶⁹. Jeżeli zatem uzna się, iż art. 6 ust. 2 lit. c jest wyrazem normatywnej zasady ochrony ciała ludzkiego od początku jego rozwoju, propozycja rzeczownika wydaje się spójna. Pozostaje jednak pytanie, czy taka perspektywa odczytania art. 6 ust. 2 lit. c jest uzasadniona. Systematyka dyrektywy wcale nie zmusza do przyjęcia takiej konkluzji⁷⁰. Z kolei uznanie, iż embrion to „jedno ze stadiów formowania się lub rozwoju ciała ludzkiego⁷¹ jest — jak wskazuje zarzut przytoczony wobec argumentacji rzeczownika — niewystarczające, aby uznać, iż z embrionem mamy do czynienia od momentu zapłodnienia komórki jajowej (lub ekwiwalentnego wydarzenia).

Warto również skonstatować twierdzenie rzeczownika, iż aby zdefiniować pojęcie „embrion”, nie jest konieczne zdefiniowanie „momentu, w którym pojawia się życie⁷²”.

⁶⁷ L. Laimböck, H.-G. Dederer, dz. cyt., s. 664.

⁶⁸ OR, nr boczny 75.

⁶⁹ OR, nr boczny 96.

⁷⁰ Regulacji dotyczącej wyłączenia ze zdolności patentowej wykorzystania embrionów ludzkich do celów przemysłowych i handlowych nie umieszczono w art. 5, którego ust. 1 stanowi, że ciało ludzkie nie może stanowić wynalazków posiadających zdolność patentową. Zawarto ją w art. 6, który dotyczy wyłączenia wynalazków ze zdolności patentowej w przypadku sprzeczności ich handlowego wykorzystywania z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami.

⁷¹ OR, nr boczny 104.

⁷² OR, nr boczny 72.

Zdaniem rzecznika, „współczesna nauka [...] nie jest [...] w stanie odpowiedzieć na pytanie, od jakiego momentu tak naprawdę można mówić o początkach osoby ludzkiej”⁷³ i „niemożliwe jest wskazanie momentu, w którym pojawia się życie”. Istotne ma być za to skoncentrowanie się na ciele, które „istnieje, formuje się i rozwija niezależnie od tego, co w nim żyje”⁷⁴. Wbrew deklaracjom rzecznika o dążeniu do przedstawienia rozwiązań, „które byłyby do zaakceptowania przez wszystkich”⁷⁵, niezależnie od przekonań filozoficznych czy religijnych, powyższe twierdzenie wykracza poza analizę prawną i świadczy o przyjęciu kontrowersyjnych założeń filozoficznych, jakoby życie ludzkie, osoba ludzka i rozwijające się ciało ludzkie były odrębnymi rzeczywistościami, które mogą istnieć niezależnie od siebie⁷⁶.

3. Argumentacja Trybunału

Przed analizą argumentacji Trybunału warto wskazać, w jaki sposób rozumie on swoje zadanie, rozstrzygając omawianą sprawę. Trybunał dąży do zrekonstruowania woli ustawodawcy unijnego, tj. tego, co „ustawodawca unijny [...] chciał” osiągnąć⁷⁷. Podkreśla, że jego zadaniem jest „dokonanie wykładni pojęcia «embrion ludzki» w rozumieniu i do celów stosowania art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy”⁷⁸, nie zamierza przy tym rozważać kwestii „natury medycznej lub etycznej”⁷⁹, ale chce się ograniczyć „do wykładni prawnej właściwych przepisów dyrektywy”⁸⁰.

Zdaniem Trybunału, w świetle „kontekstu i celu” dyrektywy można uznać, iż prawodawca chciał wykluczyć jakąkolwiek możliwość „udzielenia patentu w sytuacji, w której mógłby przez to zostać naruszony szacunek należny godności ludzkiej”⁸¹. Twierdzenie, iż celem dyrektywy było zagwarantowanie, że materiał biologiczny będzie wykorzystywany z poszanowaniem godności ludzkiej, uzasadnione jest poprzez wskazanie na motywy dyrektywy, w których używa się pojęcia „godność ludzka”⁸². Konkretnie wy-

⁷³ OR, nr boczny 80.

⁷⁴ OR, nr boczny 73.

⁷⁵ OR, nr boczny 82.

⁷⁶ Twierdzenia rzecznika sugerują dualistyczny pogląd na człowieka; jakoby ciało ludzkie było „pomieszczeniem” dla czegoś, co w nim żyje; jakby „coś” żyło w ludzkim ciele. Zważywszy, iż człowiek jest osobnikiem gatunku *homo sapiens*, trudno uznać, iż rozwijające się ciało ludzkie mogłoby być czymś innymi niż człowiek.

⁷⁷ Wyrok TS, nr boczny 34.

⁷⁸ Wyrok TS, nr boczny 24.

⁷⁹ Wyrok TS, nr boczny 30.

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ Wyrok TS, nr boczny 34.

⁸² Motyw 16.: „Prawo patentowe musi być stosowane z uwzględnieniem podstawowych zasad chroniących godność i integralność osoby; istotne jest potwierdzenie zasady, że ciało ludzkie, w każdym stadium jego formowania się lub rozwoju [...] oraz zwykle odkrycie jednego z jego elementów lub jednego z jego produktów [...] nie może być opatentowane [...]”. Motyw 38.: „Stanowiąca część niniejszej dyrektywy powinna również zawierać przykładowy wykaz wynalazków, na które jest wyłączona możliwość udzielenia patentu, tak aby dostarczyć krajowym sądom i urzędowi patentowemu ogólnej wskazówki, co do wykładni odniesienia do porządku publicznego i dobrych obyczajów; wykaz ten na pewno nie może być uznany za wyczerpujący; z pewnością wyłączona jest możliwość udzielenia patentu na sposoby, których wykorzystanie narusza godność człowieka, takie jak sposoby wytwarzania chimer z komórek zarodkowych ludzi i zwierząt lub innych wybranych komórek ludzi i zwierząt”.

łączenia z możliwości patentowej, wymienione w art. 6 ust. 2 lit. a–c,⁸³ mają być przypadkami „metod, których wykorzystanie naruszałoby godność człowieka”⁸⁴.

Twierdzenie o woli prawodawcy w zakresie wykluczenia jakiejkolwiek możliwości „udzielenia patentu w sytuacji, w której mógłby przez to zostać naruszony szacunek należny godności ludzkiej”, stanowi uzasadnienie dla przyjęcia, iż pojęcie „embrion ludzki” powinno być rozumiane szeroko⁸⁵ („Daruas folgt, dass der Begriff [...] weit auszulegen ist”). To z kolei (*insofern*) prowadzi Trybunał do wniosku, iż embriolem ludzkim jest każda ludzka komórka jajowa, począwszy od momentu jej zapłodnienia; niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, w które wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, oraz niezapłodnione ludzkie komórki jajowe, które zostały pobudzone do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy⁸⁶. Za kryterium dla uznania, iż w powyższych sytuacjach mamy do czynienia z embriolem ludzkim, został przyjęty „proces rozwoju jednostki ludzkiej”⁸⁷ tudzież możliwość zainicjowania tego procesu⁸⁸.

Z argumentacji przedstawionej przez Trybunał wynika, że gdyby przyjęć wąskie rozumienie pojęcia „embrion ludzki” (poprzez posłużenie się np. kryterium posiadania dodatkowych cech lub osiągnięcia określonego etapu rozwoju), stosowanie przepisu dyrektywy prowadziłyby do naruszenia szacunku należnego godności ludzkiej. Argument Trybunału zakłada zatem, iż naruszeniem zasady godności ludzkiej będzie udzielanie patentów w zakresie wynalazków wiążących się z unicestwieniem procesu rozwoju jednostki ludzkiej.

V. SFORMUŁOWANIE „WYKORZYSTYWANIE EMBRIONÓW LUDZKICH DO CELÓW PRZEMYSŁOWYCH LUB HANDLOWYCH”

1. Wątpliwości interpretacyjne

Podobnie jak w przypadku pojęcia „embrion ludzki”, również w zakresie sformułowania „wykorzystywanie do celów przemysłowych lub handlowych” wskazywano na możliwość przyjęcia wykładni wąskiej i szerokiej. Sygnalizując wątpliwości interpretacyjne, wskazywano, iż z jednej strony zawarte w art. 6 ust. 2 lit. c wyłączenie miałyby dotyczyć patentowania „jedynie całych embriionów ludzkich”⁸⁹, czego przykładem mogłoby być wykorzystywanie embriionów do wytwarzania produktów kosmetycznych,

⁸³ Z kolei lit. d dotyczy modyfikacji tożsamości genetycznej zwierząt.

⁸⁴ Wyrok TS, nr boczny 33.

⁸⁵ Wyrok TS, nr boczny 34.

⁸⁶ Wyroki TS, nr boczne 35 i 36.

⁸⁷ Wyrok TS, nr boczny 35.

⁸⁸ Warto zwrócić uwagę, iż Trybunał nie posłużył się argumentami rzecznika, w których skoncentrował się on na pojęciu ludzkiego ciała. Z kolei wyraźne jest podobieństwo do argumentu przedstawionego przez Rozszerzoną Komisję w sprawie WARF/Thomson: „Zważywszy na cel, jakim jest ochrona godności ludzkiej [...] Rozszerzona Komisja może jedynie przypuszczać, iż pojęciu «embrion» nie należy nadawać zawężającego rozumienia [...], co podważałoby zamiar ustawodawcy” (decyzja RKO, pkt 20).

⁸⁹ J. Straus, *Optionen bei der Umsetzung der Richtlinie EG 98/44 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen*, Bern 2004, s. 37, <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/d/j10015d.pdf>.

z drugiej strony przepis dyrektywy można by rozumieć jako wyłączający ze zdolności patentowej wszelkie wynalazki, w których następowałby „etap zniszczenia ludzkiego embrionu”⁹⁰. Argumentując przeciwko szerokiej interpretacji wskazywano zwłaszcza na brak konsensu wśród państw członkowskich w sprawie oceny takiego pozyskiwania komórek macierzystych, które wiąże się ze zniszczeniem embrionów⁹¹.

2. Argumentacja rzecznika

W wywodach rzecznika nie da się wyraźnie rozróżnić argumentacji dotyczącej pytania drugiego: Czy wyłączeniem objęte jest każde wykorzystanie handlowe, w tym również do celów badań naukowych? i trzeciego: Czy wiedza techniczna jest wyłączona z opatentowania również wtedy, gdy wykorzystanie embrionów ludzkich, tj. ich zniszczenie, nie należy do wiedzy technicznej zastrzeżonej patentem, ale jest niezbędną przesłanką zastosowania tej wiedzy?

Rzecznik w swoich wywodach zmierza do wykazania, iż sposób i konsekwencje pobrania komórek pluripotentnych powodują, iż wykorzystanie tych komórek może zostać objęte zakresem przepisu art. 6 ust. 2 lit. c. Rzecznik stwierdza, że o ile „pojedyncza komórka pluripotentna sama nie może być uznana za embrion”⁹², to „nie należy zapominać o pochodzeniu” tych komórek⁹³. Dla zilustrowania swojego argumentu posłużył się przykładem mordowania więźniów w trakcie wojny w byłej Jugosławii w celu pobrania od nich organów stanowiących przedmiot nielegalnego handlu. W tym kontekście zadał retoryczne pytanie: „Czy gdyby nie chodziło o nielegalny handel, lecz eksperymenty będące źródłem «wynalazków», w znaczeniu, jakie to pojęcie ma w prawie patentowym, przysługiwałyby im zdolność patentowa ze względu na to, że sposób ich pozyskania wykraczałby poza zastrzeżenie techniczne patentu?”⁹⁴ Zdaniem rzecznika, „wynalazek powinien być pozbawiony zdolności patentowej, jeśli zastosowanie metody technicznej zastrzeżonej patentem wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich albo wykorzystania ich w charakterze materiału wyjściowego, nawet jeśli opis tej metody nie zawiera żadnego odniesienia do wykorzystania embrionów ludzkich”⁹⁵.

Analizując wywody rzecznika, można dojść do wniosku, iż uwzględnienie pochodzenia komórek pluripotentnych, tj. zniszczenia embrionów ludzkich, w kontekście zastosowania art. 6 ust. 2 lit. c, jest możliwe wskutek uznania, iż przepis ten miałby być wyrazem zakazu zniszczenia ciała ludzkiego w danym stadium jego rozwoju⁹⁶, zakazu instrumentalizacji ciała ludzkiego⁹⁷. Powołując się na motyw 42 dyrektywy⁹⁸,

⁹⁰ Tamże.

⁹¹ Zob. fragmenty postanowienia Bundesgerichtshof cytowane w przyp. 23.

⁹² OR, nr boczny 98. Por. twierdzenie rzecznika, iż pojedynczych embrionalnych komórek macierzystych „nie można [...] uznać za embriony ludzkie” (OR, nr boczny 100).

⁹³ OR, nr boczny 103.

⁹⁴ OR, nr boczny 106.

⁹⁵ OR, nr boczny 117.

⁹⁶ Por. OR, nr boczny 103.

⁹⁷ OR, nr boczny 110.

⁹⁸ „[...] należy wykluczyć możliwość udzielenia patentu na stosowanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych; w żadnym przypadku takie wyłączenie nie ma wpływu na wynalazki służące do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które dotyczą embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne”.

rzecznik wydaje się ponadto twierdzić, iż prawodawca europejski wprowadził zakaz patentowania wynalazków, które dotyczą embrionów ludzkich, z wyłączeniem przypadku, gdy dany wynalazek służy do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które odnoszą się do embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne⁹⁹.

3. Argumentacja Trybunału

Odpowiadając na pytanie drugie, Trybunał stwierdził, iż „nawet jeśli cel badań naukowych należy odróżnić od celów przemysłowych lub handlowych, to wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów badań, które miałyby stanowić przedmiot wniosku patentowego, nie może być oddzielone od samego patentu i praw z nim związanych”¹⁰⁰. Argumentem za tym, że „wykorzystywania embrionów ludzkich do celów badań naukowych [...] nie można odróżnić od wykorzystywania do celów przemysłowych lub handlowych”, ma być „uściślenie dokonane w motywie 42 dyrektywy, zgodnie z którym wyłączenie możliwości udzielenia patentu na podstawie art. 6 ust. 2 lit. c [...] «nie ma wpływu na wynalazki służące do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które dotyczą embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne»”¹⁰¹. Oznacza to, że przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie embrionu ludzkiego „do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest stosowane do embrionu ludzkiego i jest dla niego użyteczne”¹⁰².

Trybunał przywołał również argumentację zawartą w decyzji Rozszerzonej Komisji w sprawie WARF/Thomson, wskazującą na historię prac legislacyjnych nad dyrektywą. W pierwotnej wersji w art. 6 ust. 2 lit. c użyto sformułowania „metody, w ramach których używane są ludzkie embriony”. Zostało ono zastąpione sformułowaniem „wykorzystanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych”. Ponadto dodano wspomniany motyw 42. We wspólnym stanowisku (WE) nr 19/98 wyjaśniono, iż „nowy motyw wyraźnie wskazuje, że Rada zamierzała przez to odróżnić wykorzystanie embrionów do celów przemysłowych i handlowych, wyłączonych z możliwości opatentowania, od wynalazków służących do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które dotyczą embrionu ludzkiego i są dla niego użyteczne i które nie są wyłączone z możliwości opatentowania”¹⁰³. Powyższe ma oznaczać, iż „możliwość opatentowania była rozważana, jedynie jeśli wynalazek był korzystny dla samego embrionu”¹⁰⁴.

⁹⁹ Zob. OR, nr boczny 111.

¹⁰⁰ Wyrok TS, nr boczny 4.

¹⁰¹ Wyrok TS, nr boczny 44.

¹⁰² Wyrok TS, nr boczny 46.

¹⁰³ Common Position (EC) No 19/98 adopted by the council on 26 February 1998 with a view to adopting Directive 98/.../EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, OJ C 110, z 8 kwietnia 1998 r., s. 30 (pkt 37).

¹⁰⁴ Decyzja RKO, pkt 27. Rozszerzona Komisja przytoczyła również następujący argument: „A claimed new and inventive product must first be made before it can be used. Such making is the ordinary way commercially to exploit the claimed invention [...]. Making the claimed product remains commercial or industrial exploitation of the invention even where there is an intention to use that product for further research. On the facts which this Board must assume in answering the referred question [...], making the claimed product involves the destruction of human embryos” (pkt 25).

W ocenie Trybunału istotą trzeciego pytania jest to, „czy wynalazek jest wyłączony ze zdolności patentowej nawet wtedy, gdy jego celem nie jest wykorzystanie embrionów ludzkich, ponieważ patent dotyczy wyrobu, którego wytworzenie wymaga uprzedniego zniszczenia embrionów ludzkich, lub obejmuje procedurę, dla której konieczny jest materiał wyjściowy uzyskiwany w wyniku zniszczenia embrionów ludzkich”¹⁰⁵.

Odpowiedź pozytywna została udzielona ze wskazaniem na racje przytoczone przy odpowiedzi na pytanie pierwsze, tj. iż wołą unijnego prawodawcy było wykluczenie jakiegokolwiek możliwości „udzielenia patentu w sytuacji, w której szacunek należny godności ludzkiej mógłby zostać naruszony”¹⁰⁶. O tym, czy następuje wykorzystanie embrionów ludzkich w rozumieniu art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy, nie przesądza treść zastrzeżeń patentowych. Takie wykorzystanie ma już miejsce w sytuacji, gdy „wytworzenie wynalazku zakłada zniszczenie embrionów ludzkich”, a „do tego zniszczenia dochodzi na etapie dużo wcześniejszym od tego, który jest przedmiotem samego wynalazku”¹⁰⁷.

Argumentacja Trybunału jest niezwykle lapidarna. Nie odnosi się ona do wszystkich argumentów przytoczonych przez Bundesgerichtshof w uzasadnieniu zadanych pytań prejudycjalnych. Wydaje się ona przekonująca, jeżeli interpretowany przepis dyrektywy bę-

¹⁰⁵ Wyrok TS, nr boczny 47.

¹⁰⁶ Wyrok TS, nr boczny 34. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na zupełnie odmienne podejście do analogicznego zagadnienia (niedotyczącego jednak prawa patentowego), zaprezentowane w kontekście prawa amerykańskiego. W wyroku z 29 kwietnia 2011 r. United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit orzekł w sprawie skargi na tymczasowy nakaz sądowy wydany przez sąd pierwszej instancji w sprawie Sherley przeciwko Sebelius. Sąd apelacyjny m.in. odpowiadał na pytanie, czy badania z wykorzystaniem ludzkich embrionalnych komórek macierzystych, tj. komórek, których uzyskanie zakłada zniszczenie ludzkich embrionów, stanowi „research in which human embryos are destroyed”. Analizowany przepis zakazywał finansowania ze środków federalnych „(1) the creation of a human embryo or embryos for research purposes; or (2) research in which a human embryo or embryos are destroyed, discarded, or knowingly subjected to risk of injury or death greater than that allowed for research on fetuses in utero” w świetle relewantnych przepisów. Analizując kluczowy fragment przepisu, sąd apelacyjny stwierdził, że sformułowanie „research in which a human embryo or embryos are destroyed” jest „ambiguous” oraz że „it is entirely reasonable [...]” interpretować wskazany przepis „as permitting funding for research using cell lines derived without federal funding”. Sąd stwierdził, iż przepis odnosi się do „research «in which» embryos «are» destroyed, not research «for which» embryos «were destroyed»”. Oznacza to, że przepis „does not bar [...] funding a project using an ESC [embryonic stem cells] that was previously derived because a stem cell is not an «embryo» and cannot develop into a human being”. We wskazanej sprawie sąd orzekał w składzie trzech sędziów. Jeden z sędziów, Karen LeCraft Henderson, dołączyła do wyroku zdanie odrębne, w którym zarzuciła większości popełnienie „linguistic jujitsu”. Argumentowała w szczególności, że „because derivation of hESC necessarily destroys a human embryo or embryos, and because derivation constitutes at least hESC research development under the Amendment, all hESC research is «research in which a human embryo or embryos are destroyed»” (orzeczenie dostępne na stronie: <[http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/DF210F382F98EBAC852578810051B18C/\\$file/10-5287-1305585.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/DF210F382F98EBAC852578810051B18C/$file/10-5287-1305585.pdf)>).

¹⁰⁷ 49. Również w tym kontekście Trybunał przywołał argumentację zastosowaną przez Rozszerzoną Komisję. W pkt 22 decyzji Rozszerzona Komisja Odwołań stwierdziła: „What needs to be looked at is not just the explicit wording of the claims but the technical teaching of the application as a whole as to how the invention is to be performed. Before human embryonic stem cell cultures can be used they have to be made. Since in the case referred to the Enlarged Board the only teaching of how to perform the invention to make human embryonic stem cell cultures is the use (involving their destruction) of human embryos, this invention falls under the prohibition [...] To restrict the application of Rule 28(c) [...] EPC to what an applicant chooses explicitly to put in his claim would have the undesirable consequence of making avoidance of the patenting prohibition merely a matter of clever and skilful drafting of such claim”.

dzie odczytywany w kontekście zasady godności ludzkiej rozumianej jako obejmującej ochroną embriony ludzkie. Pełniejszego rozwinięcia przesłanek rozumowania Trybunału można doszukiwać się w uzasadnieniu orzeczenia, którego weryfikacja doprowadziła do zadania przez Bundesgerichtshof pytań prejudycjalnych. W uzasadnieniu tym stwierdzono, że „Ochrona embrionów ludzkich nie dopuszcza różnicowania pomiędzy wynalazkami, których przedmiot ochrony ukierunkowany jest bezpośrednio na wykorzystanie embrionów ludzkich, a wynalazkami, do których wytworzenia, na etapie wstępnym, muszą zostać wykorzystane embriony ludzkie. Jeżeli użycie embrionów ludzkich jest niezbędne do wytworzenia opisanego produktu albo do przeprowadzenia danej procedury i w dodatku jest to wyraźnie wskazane w specyfikacji patentowej, wówczas nie można go pomijać jedynie z tego powodu, że [...] w sposób pośredni należy do przedmiotu wynalazku. Taki pogląd w sposób nieuprawniony i niezrozumiały podważałby zamierzoną przez ustawodawcę ochronę ludzkiej godności przysługującej embrionom”¹⁰⁸. W uzasadnieniu orzeczenia brak tego rodzaju stwierdzeń, tym niemniej zasadne wydaje się przyjęcie takiej interpretacji argumentu Trybunału o poszanowaniu godności ludzkiej.

VI. POMIĘDZY PRAWEM, NAUKĄ I ETYKĄ

Otwarte pozostaje pytanie, czy i ewentualnie w jakim zakresie omawiane rozstrzygnięcie będzie miało wpływ na interpretację innych regulacji dotyczących embrionów ludzkich. Jeżeli kluczowym elementem argumentacji jest odwołanie się do zasady godności ludzkiej i uznanie, iż unicestwienie procesu rozwoju jednostki ludzkiej tę zasadę narusza, trudno założyć, iż spójny aksjologicznie normodawca nie odnosiłby tej zasady do innych niż prawo patentowe gałęzi prawa. Aksjologicznie spójny system prawny powinien opierać się na jednolitym rozumieniu zarówno samej zasady godności ludzkiej, jak i na jej implikacjach. Dlatego nie wydaje się, by zastrzeżenie Trybunału, iż wykładnia pojęcia „embrion ludzki” jest dokonywana „jedynie (*einzigund allein*)” po to, by określić przewidziany przez ten przepis zakres wyłączenia ze zdolności patentowej¹⁰⁹, uniemożliwiło w przyszłości odwoływanie się do niej w kontekście innych aktów normatywnych¹¹⁰. Otwarte pozostaje pytanie, na ile problematycz-

¹⁰⁸ Orzeczenie z 5 grudnia 2006 r., sygn. akt 3 Ni 42/04. Argumentacja Trybunału podobna jest również do tej, przytoczonej w zdaniu odrębnym do opinii Europejskiej Grupy ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach (EGE) dołączonym przez prof. GünteraVirta: „Human embryonic stem cells and also embryonic stem cell lines are excluded from patentability because we cannot get embryonic stem cell lines without destroying an embryo and that means without use of embryos. This use as material contradicts the dignity of an embryo as a human being with the derived right to life” (Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells; opinia nr 16 z 7 maja 2002 r., s. 19). Trybunał nie użył jednak wprost sformułowania „ludzka godność embrionu”, „godność embrionu jako istoty ludzkiej” czy „prawo do życia embrionu”. Por. też stanowisko Parlamentu Europejskiego, który „insists that the creation of human embryonic stem cells implies the destruction of human embryos and that therefore the patenting of procedures involving human embryonic stem cells or cells that are grown from human embryonic stem cells is a violation of Article 6(2)(c) of the Directive (Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 26 października 2005 r. w sprawie patentów na wynalazki biotechnologiczne, Dz.U. C 272 E, s. 440, pkt 14).

¹⁰⁹ Wyrok TS, nr boczny 24.

¹¹⁰ Por. pogląd wyrażony jeszcze przed wydaniem orzeczenia: „sollte der Gerichtshof dem Votum des Generalanwalts folgen, auch Auswirkungen auf andere Rechtsgebiete zu erwarten [sind]. Der Generalanwalt

na — w kontekście recepcji i oddziaływania orzeczenia — okaże się lapidarność uzasadnienia przedstawionego przez Trybunał¹¹¹.

Oceniając orzeczenie w sprawie *Brüstle przeciwko Greenpeace e.V.*, można zapytać, czy jest ono przejawem aktywizmu sędziowskiego. Marek Safjan, będący sędzią sprawozdawcą w omawianej sprawie, stwierdził w swoich rozważaniach dotyczących roli sędziego wobec wyzwań bioetyki, że „racjonalny dyskurs prawniczy dzisiaj nie może już [...] zatrzymać się na poziomie kazuistycznej egzegezy tekstu normatywnego [...]. Współczesny sędzia [...] musi, dysponując niezbędną wrażliwością aksjologiczną, odwoływać się do podstawowych praw jednostki i zasad systemu. [...] Będzie to niekiedy oznaczało dokonywanie wyboru pomiędzy *lex* i *ius* [...]. Poszukiwanie *ius* nie oznacza jednak rozstrzygania sporów moralnych. [...] *Ius*, towarzyszące sędziemu rozstrzygającemu zasadnicze spory związane z pojęciem osoby i jej prawami, godnością istoty ludzkiej [...] nie może [...] podlegać skrajnej relatywizacji. [...] Musi [...] nawiązywać do wartości uniwersalnych i powszechnie respektowanej aksjologii”¹¹².

Omawiana sprawa czytelnie egzemplifikuje szerszy problem pojawiający się we współczesnych systemach prawnych, funkcjonujących w pluralistycznych, afirmujących demokrację i prawa człowieka społeczeństwach. Problemem tym są istotne napięcia i niespójności aksjologiczne obecne w treści przepisów prawa. Instytucjonalno-proceduralne rozwiązania¹¹³ nie są w stanie znieść tych napięć, sceptycznie można też odnosić się do poglądów o stopniowym i konsekwentnym kształtowaniu się szerszego, np. europejskiego, konsensu w zakresie ważkich pytań natury etycznej, które stanowią nieuniknione wyzwania dla prawa, niezależnie od tego, iż co do obowiązywania fundamentalnych zasad aksjologicznych (godność człowieka i wynikające z niej prawa człowieka) konsens ten istnieje. Zdaniem rzecznika, „wokół definicji embrionu krzyżują się podstawowe założenia różnych systemów filozoficznych i religijnych”¹¹⁴. Takie stwierdzenie sugerowałoby, iż definicja embrionu ludzkiego ma charakter światopoglądowy. Zarazem pytanie zadane Trybunałowi miało „wyłącznie prawny charakter”¹¹⁵, a odpowiedź na nie wymagała wypracowania rozwiązania jedynie na podstawie „analizy prawnej przeprowadzonej w oparciu o informacje, które [...] wynikają z nauki”¹¹⁶.

konstatiert in Ziff. 4 seiner Schlussanträge, dass vorliegend nur die Bestimmung des Embryonenbegriffs im Sinne der Richtlinie 98/44 EG anstehe, bemerkt aber gleichzeitig, dass damit eine „grundlegende Frage“, nämlich die nach der Definition des menschlichen Embryos, beantwortet werde. Die Antwort auf diese grundlegende Frage muß sich auf die Forschungsgesetzgebung und Förderung im Bereich Stammzellforschung in der EU auswirken. Auch ein Einfluß beispielsweise auf die Beurteilung der derzeit umfassend diskutierten PID ist zu befürchten” (C. Sattler de Sousa e Brito, *Europäische Union — Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. Brüstle ./ Greenpeace (C-34/10)*, GRUR Int. 2011, s. 467).

¹¹¹ Trybunał nie przedstawił odpowiedzi na wiele argumentów czy wątpliwości przedstawionych chociażby w uzasadnieniu postanowienia Bundesgerichtshof.

¹¹² M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 207–208.

¹¹³ Wyrok Trybunału z prawnego punktu widzenia rozwiązuje wątpliwości w sprawie interpretacji art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy; nie spowoduje jednak końca dyskusji o zasadności tak pojętego zakresu wyłączenia z udzielania patentów w zakresie wynalazków związanych z wykorzystaniem embrionalnych komórek macierzystych.

¹¹⁴ OR, nr boczny 39.

¹¹⁵ OR, nr boczny 45.

¹¹⁶ OR, nr boczny 47.

Znamienne jest, że ani rzecznik, ani Trybunał nie przeprowadzili analizy odwołującej się do ustaleń relewantnych dyscyplin naukowych. Pojęcie „embrion ludzki” jest pojęciem pochodzącym pierwotnie z takich dyscyplin naukowych, jak biologia czy embriologia. Należy również mieć na uwadze, iż nie jest to pojęcie nowe, które pojawiło się dopiero z rozwojem badań nad wykorzystaniem embrionalnych komórek macierzystych, uchwalaniem krajowych przepisów prawnych w zakresie biotechnologii czy przyjęciem samej dyrektywy. Miało ono swoje ustabilizowane znaczenie niezależnie od pojawienia się różnych legalnych definicji w związku z uchwalaniem przepisów dotyczących biotechnologii. Różnorodne definiowanie embrionu ludzkiego w ustawodawstwach krajowych nie zmienia faktu, iż „embrion jest stadium rozwoju człowieka, które powinno być dokładnie sprecyzowane zgodnie z naukami przyrodniczymi”¹¹⁷. Podobnie kluczowe dla argumentacji Trybunału pojęcie „godności ludzkiej” także ma charakter pierwotnie pozaprawny, a jego wykładnia jest „wyjątkowo silnie uwarunkowana kontekstem filozoficzno-etycznym”¹¹⁸.

W związku z tym, że pozyskiwanie ludzkich embrionalnych komórek macierzystych wiąże się z destrukcją embrionów ludzkich, badania i patenty dotyczące tych komórek, i w konsekwencji dotyczące ich przepisy prawa, stanowią przedmiot głębokich sporów etycznych. Uznaje się, iż istotą tych kontrowersji stanowi moralny status embrionu ludzkiego, w szczególności pytanie, czy jest on „nowym, żyjącym osobnikiem gatunku *homo sapiens*” oraz „czy wszystkim ludziom [...] przysługuje w pełnym zakresie moralna wartość i godność”¹¹⁹.

Omawiana sprawa nie dotyczyła bezpośrednio tych zasadniczych pytań. *Prima facie* mogłoby się wydawać, że dla jej rozstrzygnięcia irrelewantna była okoliczność, że „pytanie o godność i status moralny embrionu jest niezwykle kontrowersyjne w tak pluralistycznym społeczeństwie jak Unia Europejska”¹²⁰. Europejski normodawca uznał bowiem wprost za niemające zdolności patentowej wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych. Trybunał nie został wezwany do rozstrzygnięcia kwestii, jak należy lub nie należy postępować z embrionami ludzkimi, a jedynie do rozstrzygnięcia kwestii pojęciowych — określenia zakresu znaczeniowego konkretnego przepisu. Należy oczywiście zdawać sobie sprawę z tego, że ustalenie zakresu zna-

¹¹⁷ M.D. Hartman, dz. cyt., s. 199.

¹¹⁸ L. Bosek, powołując się na R. Spaemanna, *Ochrona godności człowieka w prawie Unii Europejskiej a konstytucyjne granice przekazywania kompetencji państwa*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2, s. 83. Związłe, a zarazem kompetentne omówienie problematyki godności w perspektywie filozoficznej, w tym w kontekście badań naukowych z wykorzystaniem embrionów ludzkich, można znaleźć [w:] O. Höffe, *Medizin ohne Ethik?*, Frankfurt a. Main 2002.

¹¹⁹ R.P. George, *Embryo Ethics: Justice and Nascent Human Life*, [w:] *Bioethics with Liberty and Justice*, red. C. Tolleson, „Philosophy and Medicine” 2011, nr 110, s. 44. Por.: „Zusammengefasst lässt sich die grundlegende Frage im Hinblick auf die ethische Problematik der Forschung und Patentierung im Zusammenhang mit menschlichen Stammzellen vielleicht wie folgt formulieren: «Ab wann ist ein Embryo ein menschliches Wesen mit Recht auf seine Menschenwürde und somit eigenständiges Leben?»” (J. Krauß, M. Engelhard, dz. cyt., s. 986).

¹²⁰ Europejska Grupa ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach (EGE), *Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells*; opinia nr 16 z 7 maja 2002 r., s. 13.

zeniowego pojęć określających przedmiot aplikacji zasad normatywnych ma kluczowe znaczenie dla ich treści i stosowania¹²¹. O ile jednak rezultat przyjętej przez Trybunał wykładni pojęcia „embrion ludzki” nie musiał być uzasadniony poprzez wskazanie na zasadę godności ludzkiej, to przedstawiona wykładnia sformułowania „wykorzystywanie do celów przemysłowych i handlowych” wydaje się przekonująca właśnie poprzez odczytanie przepisu w perspektywie ochrony godności ludzkiej.

Godność ludzka jest zasadą normatywną o charakterze moralnym, na którą powołał się europejski prawodawca, przyjmując dyrektywę, i która jest naczelną zasadą aksjologiczną prawa europejskiego¹²². W przekonaniu Trybunału, art. 6 ust. 2 lit. c jest konkretyzacją zasady ochrony godności ludzkiej¹²³. Nie ma wątpliwości, iż wolą ustawodawcy europejskiego było — w kontekście dyrektywy — wykluczenie możliwości „udzielenia patentu w sytuacji, w której mógłby przez to zostać naruszony szacunek należny godności ludzkiej”. Trybunał dokonał rozstrzygnięcia na podstawie przywoływanej w dyrektywie zasady moralnej, której treść i implikacje, w pewnych aspektach, nie są jednak przedmiotem konsensu wśród państw członkowskich i społeczeństw UE¹²⁴. Można zadać pytanie, czy brak tego konsensu musi oznaczać, że interpretacja treści i implikacji zasady godności człowieka przyjęta przez Trybunał jest nieprawidłowa¹²⁵.

¹²¹ Por. następujący przykład: „[...] Serbian murderers and rapists do not think of themselves as violating human rights. For they are not doing these things to fellow human beings, but to *Muslims*. [...] The founder of my university [Thomas Jefferson — przyp. P.Ł.] was able both to own slaves and to think it self-evident that all men were endowed by their creator with certain inalienable rights”. (R. Rorty, *Human rights, rationality, and sentimentality*, [w:] *On Human Rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*, red. S. Shute, S. Hurley, New York, s. 125).

¹²² Jak zauważył rzecznik, „Zasada godności ludzkiej została uznana przez Trybunał za ogólną zasadę prawa, nawet przed zapisaniem jej w art. 2 traktatu UE jako wartości, na których opiera się Unia” (OR 46). Zob. wyrok Trybunału z 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02 Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH przeciwko Oberbürgermeistern der Bundesstadt Bonn, pkt 34.

¹²³ Tak również Europejska Grupa ds. Etyki w Nauce i Nowych Technologiach (EGE), uznając, iż użyte w art. 6 ust. 1 dyrektywy pojęcia porządku publicznego i moralności odnoszą się „głównie do poszanowania godności ludzkiej, która jest źródłem praw człowieka” (*Ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells*; opinia nr 16 z 7.05.2002 r., s. 8).

¹²⁴ Por. np. „[...] die Meinungen darüber auseinandergehen, ob der Embryo im frühesten Stadium Träger der Menschenwürde ist und welche Konsequenzen für seinen Anspruch auf Lebensschutz dar aus zu ziehensind” (Nationaler Ethikrat, Stellungnahme zum Import menschlicherembryonaler Stammzellen, grudzień 2001 r., s. 12, <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/Stellungnahme_Stammzellimport.pdf>); „The level of legal protection granted to the human embryo, including the circumstances under which it is considered morally permissible to conduct research on human embryos resulting in the destruction of the embryo, varies across Europe, as do the limiting criteria on the stage of development or purposes for which the research is permitted” (A. Plomer, *Stem Cell Patents...*, s. 55).

¹²⁵ Por. następujący pogląd: „Sinn und Zweck des Art. 6 BioPatRL ist nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission und des EuGH die Respektierung menschlicher Würde als auch das Entgegenwirken der Instrumentalisierung des menschlichen Körpers. Fraglich ist somit, ob nach europäischem Konsens bereits der totipotenten Stammzelle die menschliche Würde zukommt oder die Gefahr der Instrumentalisierung des menschlichen Körpers besteht. Im Hinblick auf eine umfassende Gewährung der Menschenwürde ist jedoch keine Abstufung vorzunehmen, die über die Gewährung dieses Schutzes bestimmt. Vielmehr ist dem Mensch in jeder Phase seiner Entwicklung der volle Schutz durch die Menschenwürde zuzugestehen. Insbesondere unter Berücksichtigung ihres Potentials ist die totipotente Stammzelle vor dem Hintergrund der Ratio des Art. 6 BioPatRL als vom Embryonenbegriff erfasst zu sehen [...]” (M.D. Hartmann, dz. cyt., s. 199).

Należy zatem zapytać o to, jaką koncepcję (interpretację) zasady godności powinien przyjąć Trybunał. Czy w ogóle jest możliwe, by koncepcja ta była odzwierciedleniem dokładnej rekonstrukcji tego, co jest wspólne w aktualnie przyjmowanych przez państwa członkowskie koncepcjach godności człowieka?¹²⁶ Czy też raczej przyjęcie jednej koncepcji wyklucza odrzucenie innej i nie da się utrzymać pozycji neutralnej w tym zakresie? Czy europejski porządek prawny może efektywnie funkcjonować bez spójnej aksjologii, której kluczowym aspektem jest pojęcie godności człowieka? Czy cel odwoływania się do tego pojęcia przez prawo i pierwotnie pozaprawne źródło tego pojęcia nie domagają się rekonstrukcji jego treści i implikacji w duchu, który najlepiej odpowiada rzeczywistości wskazywanej przez to pojęcie? Należy pamiętać, że etyczna zasada godności ludzkiej pełni kluczową rolę w prawie praw człowieka¹²⁷, a uwzględnienie jej w regulacjach prawnych otwiera prawo na elementy ponadpozytywne. Rdzeniem zarzutów wobec stanowiska przyjętego przez Trybunał było powołanie się na to, iż nie jest ono objęte konsensem państw członkowskich. Dla Trybunału istotniejsze było jednak wyciągnięcie konsekwencji z zasady godności człowieka.

SUMMARY

of the article:

Human Embrios and Human Dignity from the Perspective of Patent Law.

Judgment of the European Court of Justice of 19 October in the Case *Brüstle v. Greenpeace*

Different legal conceptions are nowadays challenged by bioethical dilemmas. This also includes patent law. In the Directive 98/44/EC on the legal protection of biotechnological inventions the European Parliament and the Council have considered uses of human embryos for industrial or commercial purposes unpatentable (Article 6(2)(c)).

Interpretation of the Directive has aroused controversy, particularly in the context of use of stem cells obtained from a human embryo at the blastocyst stage, which entails the destruction of that embryo. On 18th October 2011 the European Court of Justice (Grand Chamber) gave a preliminary ruling providing an interpretation of the notion of human embryo. In its judgment the Court held that a 'human embryo' is any human ovum after fertilisation, any non-fertilised human ovum into which the cell nucleus from a mature human cell has been transplanted and any non-fertilised human ovum whose division and further development have been stimulated by parthenogenesis constitute. The judgment resolves all disputes relating to interpretation of Article 6(2)(c) of the Directive. Considering the main argument used by the Court, i.e. reference to the principle of human dignity, one should expect that the significance and effects of the judgment will be far-reaching.

¹²⁶ Odpowiedź na następujące pytanie, które równie dobrze można postawić w kontekście omawianego orzeczenia: „Are we sure [...] that the meaning given by the European Court of Justice to human dignity in Omega [C-36/02] is really shared by the European member states other than Germany?” (M. Cartabia, „European Constitutional Law Review” 2009, nr 5, s. 28) wydaje się jednoznaczna. Czy jednak odpowiedź ta jest wystarczającym argumentem za tym, by koncepcja godności ludzkiej przyjęta przez Trybunał nie odpowiadała koncepcji przyjmowanej w prawodawstwie niemieckim, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę brzmienie art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej?

¹²⁷ Zob. M. Piechowiak, *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1997.

ZDOLNOŚĆ PATENTOWA EMBRIONU LUDZKIEGO W KONTEKŚCIE ORZECZENIA TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ Z DNIA 19 PAŹDZIERNIKA 2011 R. W SPRAWIE BRÜSTLE PRZECIWKO GREENPEACE

I. WPROWADZENIE

Kwestie związane ze statusem embrionu ludzkiego stanowią niezwykle wrażliwy, kontrowersyjny i dyskusyjny obszar. Zasadniczą przyczyną takiego stanu rzeczy jest zróżnicowanie poglądów dotyczących pojęcia „embrionu” oraz zakresu jego ochrony. Źródłem odmiennego spojrzenia na te problemy są silne konotacje z indywidualnie prezentowanym światopoglądem, wyznawaną wiarą, przekonaniami, moralną oceną faktów i zdarzeń, filozofią, tradycją, wolnością nauki i możliwościami jej rozwoju, rozumieniem praw i wolności podstawowych. Celem przyjętym w niniejszym opracowaniu jest prześledzenie aktualnego statusu prawnego embrionu ludzkiego jako ewentualnego przedmiotu patentu w prawie Unii Europejskiej, szczególnie w kontekście orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE [dalej: TSUE] w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace¹, które stanowi istotny element dyskursu na rzeczony temat, oraz próba zastanowienia się nad ewentualnym kierunkiem rozwoju rozwiązań unijnych w tym zakresie. Dla realizacji tak zarysowanego problemu podstawowe znaczenie będzie miało zbadanie zaproponowanej przez Trybunał definicji „embrionu ludzkiego” oraz jej wpływu na prawo unijne i krajowe państw członkowskich, a także analiza statusu embrionu w związku z zasadą poszanowania godności ludzkiej, prawem patentowym, badaniami naukowymi w biomedycynie, zakazem komercjalizacji ciała ludzkiego, w tych bowiem zakresach pozycja prawna embrionu ma istotne znaczenie.

Punktem wyjścia i osią rozważań jest orzeczenie Trybunału w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace. Wyrok ten stanowi odpowiedź na pytanie prejudycjalne dotyczące wykładni art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 lipca 1998 r. w sprawie ochrony prawnej wynalazków biotechnologicznych (dyrektywy patentowej)², zadane przez Bundesgerichtshof (Niemcy) w związku z postępowaniem wszczętym przez Greenpeace e.V. o unieważnienie niemieckiego patentu Olivera Brüstlego, dotyczącego progenitorowych komórek nerwowych, sposobów ich wytwarzania z embrionalnych komórek macierzystych, jak również ich wykorzystania do celów terapeutycznych³. Istotą tego wyroku jest zajęcie stanowiska w sprawie wy-

¹ Wyrok dotychczas nieopublikowany, dostępny jest na stronie: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document?>>.

² Dz. Urz. L 213, z 30 lipca 1998 r., s. 0013–0021.

³ Interesujące jest, że Niemiecka Krajowa Rada Etyczna w kwestii podważanego patentu wypowiedziała się negatywnie, argumentując swój pogląd faktem, że patentowana metoda zawiera również prekursorów komórek, tj. komórki multipotentne, z ludzkich komórek macierzystych, które w rezultacie mogą być również uzyskane ze sklonowanych embrionów ludzkich. Ponadto embriony wykorzystane do otrzymania komórek macierzystych są zawsze niszczone; *The patenting of biotechnological inventions involving the use of biological material of human origin. Opinion of the German National Ethics Council*, red. S. Simitis, Berlin 2005.

korzystywania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, o których mowa w dyrektywie 98/44/WE. W tym sensie orzeczenie TSUE stanowi odpowiedź na nowe zagadnienie, dotychczas niebędące bezpośrednio przedmiotem jego praktyki orzeczniczej, choć tzw. dyrektywa patentowa była już wcześniej przedmiotem prac Trybunału w sprawach: C-377/98 Królestwo Niderlandów przeciwko Parlamentowi i Radzie⁴ oraz C-428/08 Monsanto Technologies przeciwko Cefetra⁵. W szerszym jednak kontekście rozważań nad biotechnologią i jej praktycznymi zastosowaniami oraz zakresem praw jednostki w związku z odkryciem i użyciem (zarówno teraźniejszym, jak i przewidywanym) nowych technologii, a także kwestią dopuszczenia możliwości patentowania organizmów żywych, w tym organizmu ludzkiego, nie stanowi — co wydaje się oczywiste i zrozumiałe — pierwszego kroku. Tym bardziej, że w 2008 r. podobną kwestię, związaną z interpretacją wyrażenia „zastosowanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych i handlowych”, rozpatrywała Rozszerzona Komisja Odwoławcza Europejskiego Urzędu Patentowego, którego rolą, zgodnie z Konwencją z 5 października 1973 r. o udzielaniu patentów europejskich, zwaną europejską konwencją patentową lub konwencją monachijską, jest podejmowanie decyzji w sprawie udzielania lub odmowy patentów chroniących wynalazki. Nie umniejsza to jednak doniosłej roli orzeczenia TSUE, jako działania będącego próbą odpowiedzi na istotne pytania o relacje między biomedycyną, biotechnologią i prawem, w szczególności prawem własności intelektualnej oraz prawami człowieka.

Praktyczna funkcja omawianego wyroku jest tym bardziej znacząca, że dotyczy on niezwykle delikatnej materii, wywołującej skrajnie różne opinie i kontrowersje, balansującej między interesem społecznym a dobrem jednostki oraz krzyżującej się z kwestiami ekonomicznymi. Tym bardziej, że w dziedzinie biotechnologii pytanie o stawianie granic prawnych badań i zastosowań ich wyników ma kluczowe znaczenie i, jak się wydaje, poza grupą skrajnych libertarian, znajduje akceptację w społeczeństwie, które z pewnością chce jasnych odpowiedzi na pytania dotyczące ograniczenia użycia potencjalnych owoców rozwoju biotechnologii⁶.

W związku z komentowanym orzeczeniem należałoby wskazać zasadnicze problemy, jakimi zajął się Trybunał. Przede wszystkim analizie został poddany zakres wyłączenia ze zdolności patentowej ludzkich embrionów. Równocześnie przedmiotem rozważań sądu było odkodowanie znaczenia frazy „zastosowanie embrionów ludzkich do celów handlowych lub przemysłowych”. Dywagacje te prowadzone były z odwołaniem się do zdolności patentowej ciała ludzkiego w ogóle, szczególnie w odniesieniu do powszechnie przyjętej i akceptowanej w UE zasady poszanowania praw człowieka, a przede wszystkim godności istoty ludzkiej. W tle głównego wątku sprawy pojawiał się również motyw konkurencyjności gospodarki unijnej, jako ważny element w dyskursie na temat pierwszeństwa określonych wartości moralnych przed interesem ekonomicznym społeczeństwa i państw bądź odwrotnie. W dalszej kolejności

⁴ Zbiór Orzeczeń 2001 I-07079.

⁵ Zbiór Orzeczeń 2010 I-06761.

⁶ F. Fukuyama, *Koniec człowieka*, Kraków 2004, s. 271–272.

można jeszcze zauważyć problem prawnych i etycznych granic dopuszczalności badań naukowych w medycynie, opierających się na odkryciach i wynalazkach biotechnologicznych. Wszystkie te rozważania Trybunał prowadził na podstawie regulacji prawnych UE, ale z wyraźnym uwzględnieniem i odesłaniem do rozwiązań przyjętych w międzynarodowych instrumentach prawnych odnoszących się do prawa własności intelektualnej, co jest uzasadnione partycypacją państw członkowskich, a nawet Wspólnot Europejskich w stosownych traktatach (porozumieniu w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej z 1994 r.; Konwencji o udzielaniu patentów europejskich z 1973 r.) oraz do traktatów praw człowieka (w szczególności europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności).

Do pełnego zobrazowania zagadnienia, z jakim mierzył się Trybunał, konieczne jest jeszcze podkreślenie, za prof. Markiem Safjanem (nawiasem mówiąc sędzią sprawozdawcą w omawianym kazusie), że: „kontekst bioetyczny tworzy szczególną kategorię spraw sądowych, wyraźnie odróżniających się od klasycznych, typowych sporów rozstrzyganych w postępowaniu sądowym”⁷. Odrębność ta opiera się na czterech elementach: niepewności prawa (niejednoznaczność, luki, niespójność), powodującej konieczność dekodowania reguły prawnej przez sędziego w drodze wykładni oraz odwołania do zasad i wartości ogólnych; silnym przenikaniu refleksji prawnej i etycznej; pośrednim udziale sędziego w debacie publicznej oraz silnym i bezpośrednim wpływie orzecznictwa na aktywność ustawodawczą⁸. Biorąc pod uwagę te konkluzje, tym bardziej ważne i niepozbawione znaczenia społeczne wydają się analiza i wnioski dokonane przez TSUE.

II. POJĘCIE EMBRIONU LUDZKIEGO

Zakres pojęcia „embrionu” przyjęty przez TSUE ma w omawianym wyroku charakter ograniczony wyłącznie do rozumienia i celów, przyjętych w art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44/WE, zgodnie z którym za niemające zdolności patentowej uważa się, w szczególności „wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych”. Dotyczy zatem jedynie określenia przewidzianego przez ten przepis wyłączenia ze zdolności patentowej. W odniesieniu do tego celu sąd przyjął dość szeroką definicję embrionu ludzkiego: „«Embrionem ludzkim» jest każda ludzka komórka jajowa, począwszy od stadium jej zapłodnienia, każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, w którą wszczepiono jądro komórkowe pochodzące z dojrzałej komórki ludzkiej, oraz każda niezapłodniona ludzka komórka jajowa, która została pobudzona do podziału i dalszego rozwoju w drodze partenogenezy”.

Warto porównać tę formułę z ustaleniami poczynionymi w ustawodawstwie i orzecznictwie państw członkowskich oraz praktyce sądowej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dalej: ETPC], tym bardziej, że większość europejskich sądów konstytucyjnych w kwestii statusu osobowego istoty ludzkiej przed urodzeniem zaję-

⁷ M. Safjan, *Sędzia i bioetyka*, tekst dostępny na stronie: <www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Komunikaty/200302210referat.htm>.

⁸ Tamże, s. 2–3.

ła już stanowisko⁹. Na przykład hiszpański Trybunał Konstytucyjny doszedł do wniosku, że życie nienarodzonego jest konstytucyjnie chronionym dobrem prawnym, choć nie jest prawem podstawowym. Życie ludzkie jest pewnym ciągiem, który nie podlega podziałowi na zamknięte okresy, i jako takie podlega ochronie art. 15 konstytucji Hiszpanii również przed narodzeniem¹⁰. Zgoła odmienny pogląd wyraziła francuska Rada Konstytucyjna, stwierdzając, że dopuszczalne jest wyjęcie przez ustawodawcę zarodków poczętych *in vitro* z zakresu stanowiącego przedmiot ochrony zasady poszanowania godności osoby ludzkiej, nadając im w ten sposób status przedmiotowy. Wyjęcie zarodków *in vitro* spod ochrony konstytucyjnej jest równoznaczne z uznaniem, że w określonych sytuacjach życie ludzkie może być wykorzystane do celów praktycznych. Ta koncepcja otwiera drogę do prowadzenia na zarodku badań, w których prymat istoty ludzkiej ustępuje pierwszeństwa interesowi ogółu¹¹. Takie ujęcie kłóci się z wyraźnie zaznaczoną w Konwencji o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej wobec zastosowań biologii i medycyny [dalej: konwencja biomedyczna] zasadą pierwszeństwa praw jednostki wobec wyłącznego interesu nauki i społeczeństwa¹². Na tle przytoczonych poglądów portugalska doktryna konstytucyjna wydaje się umiarkowana. Z analizy orzecznictwa portugalskiego Trybunału Konstytucyjnego wynika, że zgodnie z art. 24 pkt 1 konstytucji Portugalii życie ludzkie jest nienaruszalne, ale zasada ta ma tylko pewne podmiotowe znaczenie w odniesieniu do życia ludzkiego w okresie po narodzinach, natomiast w stosunku do okresu przed narodzinami ma znaczenie co najwyżej przedmiotowe¹³. Dla porównania polski Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 27 maja 1997 r. wyraził pogląd, zgodnie z którym za podmiot praw konstytucyjnych należy uznać również dziecko przed narodzeniem¹⁴. Te przykłady pokazują, że status istoty ludzkiej w prenatalnym okresie życia, a zatem również embrionów, jest niestety mocno zróżnicowany, co nie sprzyja ujednoczeniu zakresu ochrony zarodków ludzkich.

W niektórych krajach europejskich, np. w Belgii, Francji, Grecji i Polsce, w ogóle brak legalnej definicji embrionu. Używa się jedynie pewnych zwrotów, jak np.: „komórki posiadające zdolność rozwoju” (*cells capable of development*), „zapłodnione jaja” (*fertilised eggs*), „preembriony” (*pre-embryos*). Są jednak również państwa, które w ustawodawstwie wewnętrznym wprowadziły definicję embrionu. Na przykład w Finlandii (*The Medical Research Act 1999*) przyjęto, że embrionem jest żywa gru-

⁹ Tamże, s. 2.

¹⁰ P.S. Bermúdez, *Hiszpański Trybunał Konstytucyjny a godność osoby ludzkiej*, [w:] *Godność człowieka jako kategoria prawa*, red. K. Complak, Wrocław 2001, s. 247.

¹¹ B. Mathieu, *Znaczenie zasady poszanowania godności i jej zastosowanie w dziedzinie etyki biomedycznej w prawie francuskim*, [w:] *Godność człowieka jako...*, s. 263.

¹² CETS nr 164; konwencja przyjęta przez część państw-członków Rady Europy, otwarta również dla państw-członków Wspólnoty Europejskiej (UE) w 1997 r.; konwencję podpisało 35 państw, ratyfikowało 29 (Polska nie ratyfikowała), stan na dzień 27 lipca 2012 r.

¹³ J.M. Cardoso da Costa, *Zasada poszanowania godności osoby ludzkiej w orzecznictwie portugalskiego Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Godność człowieka jako...*, s. 223.

¹⁴ K. Wojtyczek, *Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym*, [w:] *Godność człowieka jako...*, s. 206.

pa komórek, będąca rezultatem zapłodnienia, niezaimplantowana do ciała kobiety („a living group of cells resulting from fertilisation not implemented in a woman’s body”), w odróżnieniu od płodu, który definiowany jest jako żywy embrion zaimplantowany do ciała kobiety („a living embryo implanted in a woman’s body”). W regulacji niemieckiej (*Embryonenschutzgesetz, The German Embryo Protection Act 1990*) przez embrion rozumie się zapłodnioną i zdolną do rozwoju ludzką komórkę jajową od momentu połączenia się jąder, a także każdą usuniętą z jądra komórkę totipotentną, która przy zaistnieniu dalszych koniecznych warunków może dalej się dzielić i rozwinąć w jednostkę („single fertilised human egg capable of development, from the time of nuclear fusion onwards, and further any totipotent cell derived from an embryo which is capable, given the further necessary conditions, of dividing and developing into an individual”). W prawie holenderskim (*The Embryo Act 2002*) rozróżnia się embrion oraz płód, definiując ten pierwszy jako komórkę lub grupę komórek posiadających zdolność rozwinięcia się w istotę ludzką („a cell or a complex of cells with the capacity to develop into a human being”), a drugi jako embrion w ludzkim ciele („an embryo in the human body”). W hiszpańskiej ustawie o sztucznej prokreacji (*The law 35/1988 on Assisted Reproduction Techniques*) stosuje się trzy terminy: preembrionu w znaczeniu embrionu od momentu poczęcia do 14 dnia wzrostu; embrionu jako embrionu od 15 dnia rozwoju do trzeciego miesiąca oraz płodu oznaczającego embrion starszy niż trzy miesiące („pre-embryo designates an embryo from fecundation until it is 14 days old, embryo designates an embryo aged from 15 days until three months, foetus is used for embryos of more than three months”). Prawo angielskie w ustawie o ludzkim zapłodnieniu i embriologii (*English Human Fertilisation and Embriology Act 1990*) przyjęło dość prostą definicję embrionu jako żywego ludzkiego embrionu, od chwili zakończenia procesu zapłodnienia („embryo means a live human embryo where fertilisation is complete”). Takie ujęcie *idem per idem* jest jednak krytykowane jako mało użyteczne¹⁵. Z powodu praktycznych problemów z wykładnią tak ujętej definicji na skutek praktyki orzeczniczej sądów angielskich doprecyzowano w 2008 r. pojęcie embrionu, wprowadzając do definicji także inną procedurę jego powstania niż zapłodnienie (np. klonowanie)¹⁶.

Wśród wielu terminów określających człowieka w okresie prenatalnym można zatem wymienić następujące: zygota, zarodek, morula, blastocysta, embrion przedimplantacyjny lub preembrion, embrion, płód, *nasciturus*, istota ludzka, osoba ludzka. Zastosowanie tych nazw wiąże się na ogół z określonym punktem widzenia — filozoficznym, medycznym, biologicznym, światopoglądowym, etycznym, religijnym i wreszcie prawnym. W każdym z tych przypadków punktem wyjścia jest przyjęcie określonego kryterium człowieczeństwa¹⁷. Zatem w zależności od tego kryterium na-

¹⁵ B. Gratton, *Survey on the National Regulations in the European Union regarding Research on Human Embryos*, Secretariat of the European Union Group on Ethics, July 2002.

¹⁶ M. Szeroczyńska, *Komentarz do orzeczenia C 34/10 Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, <<http://prawaczwolowia.edu.pl/index.php?orzeczenie=00e263ff6806064c016a643c658>>.

¹⁷ Zob. np. B.A. Manninen, *Are human embryos Kantian persons? Kantian considerations in favour of embryonic stem cell research*, „Philosophy, Ethics and Humanities in Medicine” 2008, nr 3–4.

stępuje różnicowanie człowieka na podstawie etapu rozwoju psychofizycznego. Z prawnego punktu widzenia — kluczowego dla prowadzonych rozważań — dla określenia statusu prawnego embrionu ludzkiego te kryteria mają znaczenie pomocnicze. W sensie technicznym mogą ułatwiać konstrukcję definicji do celów prawnych, ale nigdy nie da się ich zastosować w oderwaniu od realiów danego społeczeństwa i przyjętych w nim wartości. W zasadniczym stopniu definicja embrionu sformułowana w konkretnej rzeczywistości prawnej powinna być zgodna z aksjologią akceptowaną w danym kręgu. Tak też jest w Unii Europejskiej, której państwa członkowskie poszanowanie praw podstawowych, w szczególności godności ludzkiej jako ich źródła, traktują jako punkt wyjścia wszelkiej działalności, w tym prawodawczej. Takie ujęcie zostało zresztą potwierdzone w praktyce sądowej. W sprawie X przeciwko Komisji Trybunał orzekł, że jakikolwiek akt Wspólnoty pozostający w sprzeczności z prawami fundamentalnymi nie ma mocy obowiązującej¹⁸. Trzeba jednak pamiętać, że podstawowym, wyjściowym celem integracji europejskiej jest jedność gospodarcza i rozwój interesów ekonomicznych Wspólnoty, szczególnie w konkurencji z innymi gospodarkami świata, np. Stanami Zjednoczonymi Ameryki czy Japonią. W zderzeniu z realiami gospodarczymi oraz prawnymi tych państw działania rynkowe Unii mogą napotykać poważne trudności. Nie można jednak nie zauważyć, że tymczasem europejska kultura prawna konsekwentnie opiera się na poszanowaniu prawa jako na systemie opartym na jasno określonych wartościach, które chroni.

Odnosząc się do kwestii statusu prawnego embrionu, można — zważywszy na jego terminologiczną niejednorodność — oprzeć się na wyprowadzonych już w doktrynie wnioskach¹⁹. Dość zgodnie bowiem autorzy przyjmują, że w zależności od fazy rozwoju człowieka, lokalizacji embrionu *in utero* lub *ex utero*, sposobu powstawania, naturalnego (*in vivo*) lub sztucznego (przy czym w sposobie sztucznym chodzi już nie tylko o zapłodnienie *in vitro*, ale również o pozyskiwanie komórek macierzystych), można mówić albo o embrionie jako żywej istocie ludzkiej, objętej ochroną zbliżoną do przysługującej człowiekowi urodzonemu (ograniczona podmiotowość prawna), albo o dobru *sui generis*, o szczególnej wartości (stanowiącym przedmiot mniej lub bardziej ograniczonej ochrony prawnej)²⁰.

W opinii rzecznika generalnego Yves'a Bota z dnia 10 marca 2011 r. w przedmiotowej sprawie zostały przedstawione powody, dla „których pojęcie «embrionu ludzkiego» powinno być rozumiane w ten sam sposób we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej”²¹. Zdaniem rzecznika, pozostawienie zadania zdefiniowania pojęcia embrionu państwom członkowskim mogłoby powodować znaczące różnice w zakresie ochrony embrionu w poszczególnych krajach. Jak słusznie zaś podkreślił

¹⁸ Sprawa C-404/92 P [1994] ECR I-4737.

¹⁹ Szerzej patrz: *The protection of the human embryo in vitro. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus* (CDBI-CO-GT3), Strasbourg 2003.

²⁰ *Prawne problemy ludzkiej prokreacji*, red. W. Lang, Toruń 2000, s. 79; M. Zachara, *Status prawny embrionu ludzkiego*, [w:] *Powszechna Encyklopedia Filozofii*, <www.kul.lublin.pl/efk/pdf/e/embrion.pdf>.

²¹ Opinia rzecznika generalnego Y. Bota z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie Oliver Brüstle przeciwko Greenpeace e.V., zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego z 2011 r., pkt 7.

rzecznik w swoich wywodach, „zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zarówno względem jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasada równości wskazują na to, że treści przepisu prawa wspólnotowego, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich w celu określenia jego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Wspólnocie Europejskiej autonomiczną i jednolitą wykładnię” (w szczególności wyrok w sprawie C-373/00 *Adolf Truley* i przytoczone tam orzecznictwo). Niefortunnie dla praktyki dyrektywa 98/44/WE nie zawiera definicji embrionu. Kwestia ta nie była również przedmiotem rozważań w toku prac przygotowawczych, a ustawodawstwo państw członkowskich w tej materii pozostaje dalece niespójne.

Rzecznik Y. Bot bardzo wyraźnie podkreśla, że w dyrektywie patentowej nie chodzi o próbę definiowania życia, co z góry byłoby skazane na niepowodzenie, a poza wszystkim byłoby w rozważanym kontekście absolutnie niepotrzebne. Zdefiniowaniu powinno ewentualnie podlegać „ciało ludzkie”, jako przedmiot ochrony w różnych stadiach jego formowania i rozwoju. Nie jest to jednak w żadnym razie zadanie łatwe. Jak wynika np. z badań poczynionych przez grupę pod kierunkiem prof. Cosimo Mazzoniego, opublikowanych w opracowaniu o statusie ciała ludzkiego, niełatwo jest przyjąć jednolitą definicję życia ludzkiego, szczególnie ze względu na bardzo szeroki kontekst kulturowy, filozoficzny, socjologiczny, biologiczny, historyczny, etyczny, religijny, a tym bardziej prawny, w jakim ono funkcjonuje²². Do celów ochrony prawnej można jednak zaakceptować pogląd, że reguła poszanowania podstawowych zasad chroniących godność i integralność istoty ludzkiej przyjęta w dyrektywie 98/44/WE powinna stanowić dobre zabezpieczenie interesu prawnego dobra chronionego, jakim jest ciało ludzkie lub jego elementy.

Dla porównania należałoby nawiązać do poglądów ETPC, który w swojej praktyce również odnosił się do pojęcia embrionu, ale w kontekście ochrony prawa do życia oraz prawa do prywatności, jednak zasadniczo uchylił się od sformułowania stosownej definicji. W poszczególnych sprawach, wśród których reprezentatywne są orzeczenia w sporze *Vo* przeciwko Francji²³ oraz *Evans* przeciwko Wielkiej Brytanii²⁴, Trybunał sformułował, a następnie powtórzył zasadę, zgodnie z którą wobec braku zgody na poziomie europejskim w sprawie naukowej i prawnej definicji początku życia oraz braku określenia momentu, od którego prawo do życia podlega ochronie, w ustawodawstwie większości państw sygnatariuszy Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [dalej: EKPC] owe kwestie powinny być rozstrzygane na poziomie krajowym²⁵. Z orzeczenia w sprawie *Evans* wynika ponadto, że zakres ochrony embrionu nie zmienia się w zależności od tego, czy rozwija się on *in vivo*, czy *in vitro*. We wcześniejszych sprawach Trybunał łączył kwestię ochrony prawa do życia płodu z ochroną prawa do życia ciężarnej matki. W sprawie *Evans* po-

²² C.M. Mazzoni, *Per uno statuto del corpo*, Milano 2008.

²³ *Vo* przeciwko Francji 2004-VIII; 40 EHRR 259 BC.

²⁴ *Evans* przeciwko Wielkiej Brytanii HUDOC (2007); 46 EHRR 728 GC.

²⁵ D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, New York 2009, s. 55.

jawiło się nowe zagadnienie — status prawny embrionu powstałego w warunkach *in vitro*. Ostatecznie ETPC uznał, że państwo strona, tak jak w poprzednich sprawach, dysponuje pewną swobodą uznania stopnia intensywności prawnej ochrony płodu ludzkiego, lecz embriony powstałe *in vitro* z tego tylko tytułu nie podlegają szczególnej ochronie²⁶.

Warto również dodać, że w aktach prawa międzynarodowego i europejskiego, odnoszących się zarówno do problematyki szeroko rozumianych praw człowieka, jak i do praw jednostki w zakresie zastosowań biologii i medycyny, kwestia pojmowania podmiotu tych praw nie jest jednoznaczna ani uściślona. W dokumentach tych zamiennie pojawiają się określenia typu: istota ludzka (*human being*), osoba ludzka (*person*), każdy (*everyone, everybody*). Jedynym aktem, w którym terminy te używane są w określonym znaczeniu, jest Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny. Pojęcie istoty ludzkiej jest w tym traktacie rozumiane, jak to wynika z raportu wyjaśniającego do konwencji, jako szersze od pojęcia osoby ludzkiej i obejmuje również prenatalną fazę życia²⁷. Przy czym z powodu braku jednoznacznego porozumienia między państwami stronami traktatu (państwa Rady Europy) także i w tym przypadku przyjęte rozróżnienie nie wpływa w istotny sposób na ujednoczenie praktyki. Państwa mają bowiem swobodę w zakresie decydowania o przyjęciu kryterium początku ochrony prawnej ludzkiego życia.

Skutkiem orzeczenia w sprawie Brüstle przeciwko Greenpeace, w którym konieczność ochrony embrionu ludzkiego została wywiedziona ze wspólnych wartości, w tym praw podstawowych w stosunku do państw członkowskich Unii Europejskiej, jest znaczne ograniczenie tej swobody. Z wyprowadzonej przez TSUE wykładni pojęcia „embrionu ludzkiego” jasno wynika obowiązek poszanowania godności człowieka. Ochrona prawna została bowiem przyznana ciału ludzkiemu w fazie prenatalnej, w formie embrionu jako takiego, jak również komórkom posiadającym w sobie potencjał rozwoju w kierunku kształtowania się istoty ludzkiej, a w dalszym etapie osoby ludzkiej. W porównaniu do dotychczasowego orzecznictwa, szczególnie ETPC, analizowana decyzja TSUE statuuje embrion ludzki nie tylko jako przedmiot ochrony, co samo w sobie i tak jest istotnym krokiem w przód, ale — jak się również wydaje — wyraźnie zmierza w kierunku podmiotowego ujęcia embrionu jako elementu ciała ludzkiego, które jako integralna część człowieka podlega zakresowi prawa do godności i nie powinno być instrumentalizowane. Dotychczas ciało ludzkie było w prawie traktowane w kategorii *res extra commercium*, co wyłączało je z obrotu prawnego, ale nie nadawało mu statusu podmiotowego²⁸.

W uzasadnieniu szerokiego rozumienia terminu „embrion ludzki” TSUE jako punkt wyjścia dla przyjętego rozwiązania przyjął wcześniej już ustanowioną przez

²⁶ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa 2009.

²⁷ *Explanatory Report*, ETS nr 164.

²⁸ *The Protection of the Human Embryo in utero. Report by the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus* (CDBI-CO-GT3), Strasburg 2003.

siebie wykładnię dyrektywy, zgodnie z którą: „ustalenie znaczenia i zakresu pojęć, których definicji prawo Unii nie zawiera, powinno być dokonywane zwłaszcza z uwzględnieniem kontekstu, w którym są one używane, i z uwzględnieniem celów uregulowania, którego są częścią” (pkt 31 wyroku). Opierając się zatem na interpretacji kontekstualno-teleologicznej, podkreślił, że: „Kontekst i cel dyrektywy wskazują, że [...] prawodawca Unii zamierzał wykluczyć jakąkolwiek możliwość udzielenia patentu w sytuacji, w której szacunek należny godności ludzkiej mógłby zostać naruszony. Z tego wynika, że pojęcie «embrionu ludzkiego» zgodnie z art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy należy rozumieć szeroko” (pkt 34 wyroku). Tak też interpretacja Trybunału postrzegana jest w doktrynie. Generalnie przyjęta przez Trybunał wykładnia oceniana jest jako rozszerzająca, w rozumieniu poszerzenia zakresu wyłączeń na podstawie art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44/WE. W rezultacie rzeczona dyrektywa wydaje się być odczytywana jako określająca raczej maksymalny poziom możliwej ochrony w państwach członkowskich niż ustanawiająca minimalny próg patentowalności²⁹.

III. ZDOLNOŚĆ PATENTOWA ŻYWEJ MATERII

Kwestia zdolności patentowej żywej materii jako wynalazku po raz pierwszy była przedmiotem pozytywnego rozstrzygnięcia sądowego w orzecznictwie amerykańskim w sprawie *Diamond przeciwko Chakrabarty*. W 1972 r. Anad Chakrabarty zgłosił do opatentowania zmienioną genetycznie bakterię, którą uzyskał, opierając się na technice manipulacji genetycznej. Patent na to zgłoszenie został udzielony 9 lat później, po orzeczeniu Sądu Najwyższego USA, w którym stwierdzono, że organizmy żywe nie są wyłączone spod ochrony patentowej³⁰. W literaturze podkreśla się, że chociaż sama kwestia będąca przedmiotem decyzji sądowej w sprawie Chakrabaty była wąska, to wskazała drogę rozwoju, czyli dążenie do usuwania barier ograniczających patentowanie szeroko pojętych wynalazków biotechnologicznych, tym bardziej, że amerykański sąd przychylił się, choć nie jednogłośnie, bo stosunkiem 5 głosów do 4, do najszerszej rozumianej formuły zdolności patentowej, stwierdzając, że patent może być udzielony na wszystko pod słońcem, co zostało wytworzone przez człowieka („a patent may be obtained on anything under the Sun that is made by Man”)³¹. Świadczy o tym sam fakt, że — jak podaje Organizacja Przemysłu Biotechnologicznego (*Biotechnology Industry Organization*) — wzrosła liczba udzielonych patentów biotechnologicznych z 2160 w 1989 r. do 7763 w roku 2002³².

W Europie problem zdolności patentowej organizmów żywych rozważany był nawet wcześniej. W 1969 r. niemiecki Federalny Sąd Patentowy (*Bundespatent-*

²⁹ M. Paton, F. Martineau, A. Denoon, L.D. Denoon, *Patentability in view of the Advocate General's Opinion in Oliver Brüstle v Greenpeace e.V.*, May 2011, <www.fasken.com>.

³⁰ *Diamond przeciwko Chakrabarty* 1980. Szerzej patrz: J. Fiolka, *Projekt wytycznych Rady Wspólnoty Europejskiej w sprawie ochrony wynalazków biotechnologicznych*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego, „Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1993, z. 60, s. 46.

³¹ Szerzej na ten temat patrz: D. Robinson, N. Medlock, *Diamond v. Chakrabarty: A Retrospective on 25 Years of Biotech Patents*, „Intellectual Property & Technology Law Journal” 2005, t. 17, nr 10, s. 12–15.

³² Tamże, s. 13.

gericht) w orzeczeniu dotyczącym zdolności patentowej czerwonego gołębia przyjął, że gołąb ten, jako wynik wielostopniowego krzyżowania, taką zdolność posiada. Równocześnie jednak tak określił przesłanki zdolności patentowej, że praktycznie nie mogły być one spełnione³³. W ten sposób sąd, pośrednio, zachował dużą rezerwę wobec patentowania organizmów żywych, unikając jednocześnie jednoznacznej i stanowczej odmowy zaakceptowania tego rodzaju zdolności prawnej organizmów żywych.

Kolejne tzw. sprawy patentowe odnoszące się do żywej materii pokazały, że sama kwestia patentowalności organizmów żywych nie stanowiła dla judykatury problemu. Taka możliwość w znaczeniu ogólnym nie była w dalszych orzeczeniach kwestionowana. Bardziej koncentrowano się na zakresie pojęcia „żywej materii” czy „organizmów żywych” oraz wyznaczeniu jej granic zdolności patentowej. Na przykład w tzw. sprawie myszy harwardzkiej, która stała się najpierw przedmiotem patentu w USA, a następnie w Europie, Europejski Urząd Patentowy³⁴ nie kwestionował patentowalności myszy jako organizmu żywego, tylko jako zwierzęcia.

Ostatecznie, w wyniku praktyki sądowej, pojęcie „żywej materii” objęło mikroorganizmy, rośliny i zwierzęta³⁵. W patencie udzielonym przez Urząd Patentowy Stanów Zjednoczonych (*United States Patent Office*) w 1988 r. w odniesieniu do myszy harwardzkiej (*oncomouse*) jako przedmiot patentu określono „transgeniczny pozaludzki (*non-human*) ssak, którego komórki zarodkowe i komórki somatyczne zawierają rekombinację aktywowaną onkogenną sekwencją pochodzącą z tego ssaka”. Europejski Urząd Patentowy, opierając się na art. 53b konwencji monachijskiej, wyłączającym zdolność patentową „odmiany roślin lub rasy zwierząt albo czysto biologiczne sposoby hodowli roślin lub zwierząt”, stwierdził, że tego rodzaju wyłączenie nie stanowi zakazu patentowania zwierząt jako takich. Konkludując, przyjął pogląd, że mysz harwardzka nie jest odmianą/rasą zwierzęcia i nie podlega wykluczeniu z patentowania³⁶. Z całą mocą należy podkreślić, że niebezpieczeństwo może tkwić właśnie w określeniach językowych zawartych w opisach patentu. Na przykład w sprawie tzw. patentu edynburskiego, w którym ochronie miała podlegać metoda izolacji zwierzęcych komórek macierzystych, użyty termin „zwierzęce” zawiera w sobie też „ludzkie”. Gdyby zatem tego rodzaju patent został udzielony bez zastrzeżeń, istniałoby niebezpieczeństwo komercjalizacji embrionów ludzkich, stosowanych w metodzie izolacji. Ostatecznie aplikujący w opisie patentu ograniczył jego zakres do komórek pochodzenia pozaludzkiego (*non-human cells*)³⁷.

W każdym razie na podstawie swoistej ekwilibrystyki językowej, dość trudnej do zaakceptowania pod względem kryterium logiczności i semantyki, judykatura w nie-

³³ J. Fiołka, dz. cyt., s. 46.

³⁴ Europejski Urząd Patentowy — instytucja powołana na mocy Konwencji o udzielaniu patentów europejskich z dnia 5 października 1973 r.

³⁵ J. Fiołka, dz. cyt., s. 47.

³⁶ *Bioethics and Patent Law: The Case of the Oncomouse*. Tekst dostępny na stronie: <www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/03/article_0006.html>.

³⁷ *The patenting of biotechnological inventions...*, s. 15.

których przypadkach dała niejako przyzwolenie na swoistą prawniczą interpretację oczywistych pojęć w sposób raczej nienaturalny. Można tylko domyślać się, że czynnikiem decydującym dla tak przyjętego stanowiska była i jest potrzeba ochrony własności intelektualnej jako jednego z podstawowych elementów współczesnego przemysłu i gospodarki.

IV. ZDOLNOŚĆ PATENTOWA CIAŁA LUDZKIEGO, W TYM EMBRIONU, A ZAKAZ KOMERCJALIZACJI CIAŁA LUDZKIEGO

Europejskie prawo patentowe jest przede wszystkim przedmiotem regulacji Konwencji o udzielaniu patentów europejskich. Nie jest natomiast bezpośrednio przedmiotem zainteresowania prawa unijnego. Przy czym, jak relacjonuje w swojej głosie do decyzji Europejskiego Urzędu Patentowego w sprawie WARF/Thomson Wojciech Włodarczyk, zmiany wprowadzone do regulaminu wykonawczego dotyczące oceny zdolności patentowej wynalazku w kierunku wyłączenia możliwości udzielania patentu europejskiego na wynalazki biotechnologiczne, dotyczące zastosowań embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych, podyktowane były implementowaniem regulacji dyrektywy 98/44/WE (Unii Europejskiej) do reżimu prawnego patentów europejskich. Takie zobowiązanie nie wynika co prawda z dyrektywy — jej adresatami są wyłącznie państwa członkowskie UE, a system udzielania patentów europejskich nie stanowi źródła prawa unijnego, ale u podstaw takiego działania leży jednak przekonanie o potrzebie harmonizacji międzynarodowych i krajowych norm prawnopatentowych. Słusznie uznano więc, że reżim prawny patentów europejskich powinien być przystosowany do prawa unijnego, które kształtuje przepisy krajowego prawa patentowego³⁸. Jedyнным zakresem prawa patentowego regulowanym przez dyrektywę 98/44/WE jest biotechnologia. W literaturze można spotkać się z opinią, że dyrektywa ta w interpretacji TSUE ma służyć ograniczeniu ochrony przysługującej wynalazkom biotechnologicznym³⁹.

Z treści tej dyrektywy wynika, że wynalazek nie może być pozbawiony zdolności patentowej tylko z tego powodu, iż jego przedmiotem jest żywa materia. Zatem ochronie patentowej może podlegać wynalazek powstały z wykorzystaniem żywej materii czy dotyczący żywej materii. Ogólnie w art. 3 ust. 2 dyrektywy dopuszcza się, że materiał biologiczny może być przedmiotem wynalazku, pod warunkiem, że jest on wyizolowany ze swojego naturalnego środowiska lub wyprodukowany za pomocą sposobu technicznego, nawet jeśli poprzednio występował w naturze, a więc mimo braku cechy nowości i wynalazczości. Te ostatnie elementy (nowatorstwo i wynalazczość) zostały uwzględnione w definicji wynalazku, przyjętej w europejskiej konwencji patentowej.

³⁸ Szerzej patrz: W. Włodarczyk, *Zdolność patentowa zastosowań embrionów ludzkich — komentarz do decyzji Europejskiego Urzędu Patentowego w sprawie WARF/Thomson*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 10, s. 46–52.

³⁹ M. Paton, A. Denoon, *The Ramifications of the Advocate General’s Opinion in the Oliver Brüstle Case*, „European Intellectual Property Review” 2011, s. 590.

Tak więc pojawia się pewien rozdźwięk między regulacją przyjętą przez państwa strony europejskiej konwencji patentowej, a rozwiązaniem zawartym w dyrektywie UE. W obu jednak regulacjach jednolicie potraktowano wyłączenia ze zdolności patentowej podyktowane względami moralności oraz porządku publicznego⁴⁰. Przy czym, jak wyjaśnił to już Trybunał w orzeczeniu w sprawie C-377/98: „Art. 6 [...], wykluczający możliwość opatentowania wynalazków, których wykorzystanie handlowe byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami, daje organom administracyjnym i sądom państw członkowskich duże pole manewru w stosowaniu tego wyłączenia. Jednakże swoboda ta nie jest dyskrecjonalna, ponieważ dyrektywa ogranicza te pojęcia, zarówno przez stwierdzenie, że wykorzystanie handlowe nie będzie sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami jedynie dlatego, że jest zakazane przez ustawę lub rozporządzenie, jak i przez podanie czterech przykładów procesów lub sposobów wykorzystania, które nie mogą zostać opatentowane”⁴¹.

W odniesieniu do prawa patentowego jako takiego należy zwrócić jeszcze uwagę na to, że kwestia wyłączeń zdolności patentowej tradycyjnie interpretowana była wąsko. W powiązaniu z takim ujęciem klauzula porządku publicznego i moralności jako podstawa ograniczeń w rzeczywistości będzie zależeć od poziomu tolerancji danego społeczeństwa oraz od uznania przez nie, co mieści się w kategorii „absolutnie nie do zaakceptowania”⁴². Przykłady tego rodzaju wyłączeń zawiera art. 6 dyrektywy 98/44/WE, a wśród nich — istotne przedmiotowo dla prowadzonej analizy — wykluczenie zdolności patentowej zastosowania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych. Takie wyłączenie przyjmuje też europejska konwencja patentowa, której przepisy 23b–23e są w literaturze komentowane jako przykład implementacji postanowień dyrektywy 98/44/WE⁴³. Nie stanowi zatem problemu wyłączenie zdolności

⁴⁰ Odpowiednie przepisy zarówno w europejskiej konwencji patentowej, jak i dyrektywie 98/44/WE oraz polskiej ustawie — Prawo własności intelektualnej — mają tożsame brzmienie: „Nie udziela się patentów europejskich na: (a) wynalazki, których publikowanie lub stosowanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami pod warunkiem, że stosowanie nie jest uważane za sprzeczne tylko dlatego, że jest zabronione przez ustawę lub inny akt prawny w kilku lub we wszystkich umawiających się państwach” (art. 53a europejskiej konwencji patentowej); „1. Wynalazki uważa się za nie mające zdolności patentowej, w przypadku gdy ich handlowe wykorzystanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami; jednakże wykorzystanie nie jest uważane za sprzeczne jedynie dlatego, że jest ono zakazane przepisami ustawowymi lub wykonawczymi. 2. Na podstawie ust. 1 uważa się za niemające zdolności patentowej, w szczególności: a) sposoby klonowania ludzi; b) sposoby modyfikacji tożsamości genetycznej linii zarodkowej człowieka; c) wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych; d) sposoby modyfikacji tożsamości genetycznej zwierząt, które mogą powodować ich cierpienia, nie przynosząc żadnych zasadniczych korzyści medycznych dla człowieka lub zwierzęcia oraz zwierzęta będące wynikiem zastosowania takich” (art. 6 dyrektywy 98/44/WE); „Patentów nie udziela się na: 1) wynalazki, których wykorzystywanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub dobrymi obyczajami; nie uważa się za sprzeczne z porządkiem publicznym korzystanie z wynalazku tylko dlatego, że jest zabronione przez prawo” (art. 29 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo własności intelektualnej).

⁴¹ Sprawa C-377/98, ECR 2001, P. I-07079.

⁴² Ch. Baumgartner, *Exclusion by inclusion? On difficulties with regard to an effective ethical assessment of patenting in the field of agricultural bio-technology*, „Journal of Agricultural and Environmental Ethics” 2006, nr 19, s. 523.

⁴³ Tamże, s. 524 i n.

patentowej zastosowania embrionów ludzkich do celów przemysłowych lub handlowych. Pytaniem wymagającym odpowiedzi jest klarowność poszczególnych elementów tak sformułowanego wyłączenia. Przedmiotem analizy sądu było więc pojęcie „embrionu”, „celów przemysłowych i handlowych” oraz „wykorzystywanie embrionów do wskazanych celów”. Dokonując autonomicznej i jednolitej wykładni przepisu art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy (obowiązek ten, jak już mówiono, opiera się na utrwalonej linii orzeczniczej Trybunału), TSUE z jednej strony dość szczegółowo formułuje definicję embrionu, z drugiej zaś czyni odesłanie do kompetencji sądów krajowych w zakresie ustalenia statusu komórki macierzystej pozyskanej z embrionu ludzkiego w stadium blastocysty — w sensie zawierania się tego rodzaju materii w przyjętej definicji embrionu czy też pozostawiania poza jej granicami.

Z krótkiego przeglądu ścieżki legislacyjnej dyrektywy o ochronie wynalazków biotechnologicznych wynikają istotne dla rozważań na tle wyroku w sprawie *Brüstle* obserwacje. Przede wszystkim prace nad tym aktem trwały ponad 10 lat i charakteryzowały je intensywne debaty między państwami członkowskimi oraz organami UE. W ostatecznej wersji aktu uwzględniono ważny kompromis. Polega on na wyłączeniu zdolności patentowej ciała ludzkiego w jego naturalnym ujęciu, a także ludzkich embrionów, ale tylko tych, które miałyby zastosowanie do celów przemysłowych i handlowych. To zawężenie jest najprawdopodobniej wynikiem działań podjętych przez przemysł biotechnologiczny, którego istnienie i rozwój w dużej mierze zależy od skutecznej ochrony w zakresie własności intelektualnej, która w założeniu służyć ma zagwarantowaniu twórcy prawa wyłącznego korzystania z wynalazku w sposób zarobkowy lub zawodowy⁴⁴.

Dyrektywa ta była przedmiotem krytyki, ze względu na ujęcie kwestii patentowości ciała ludzkiego⁴⁵. Podważano brzmienie art. 5, w którym z jednej strony zakłada się wyłączenie zdolności patentowej: „Ciało ludzkie, w różnych jego stadiach formowania się i rozwoju oraz zwykle odkrycie jednego z jego elementów, włącznie z sekwencją lub częściową sekwencją genu, nie może stanowić wynalazków posiadających zdolność patentową”, a z drugiej nadaje się ten przymiot: „elementowi wyizolowanemu z ciała ludzkiego lub w inny sposób wytworzonemu przy pomocy sposobu technicznego, włącznie z sekwencją lub częściową sekwencją genu (jako) mogący stanowić wynalazek posiadający zdolność patentową, nawet jeśli struktura tego elementu jest identyczna ze strukturą elementu naturalnego”.

Kwestia ta była również przedmiotem analizy TSUE w sprawie C-377/98 (*Królestwo Niderlandów i inni przeciwko Parlamentowi i Radzie*), w której grupa państw wystąpiła o unieważnienie postanowień dyrektywy ze względu na naruszanie przez wspomniane przepisy godności ludzkiej przez instrumentalizację żywej materii ludzkiej, która w postaci wyizolowanego elementu ciała ludzkiego posiada zdolność pa-

⁴⁴ Na temat patentowania wynalazków biotechnologicznych szerzej patrz: R. Witek, *Zdolność patentowa wynalazków biotechnologicznych w Polsce i w Europie*, <www.wtspatent.pl/files/pl2.pdf>.

⁴⁵ Zob. np. C. Mik, *Klonowanie człowieka w pracach Unii Europejskiej*, „Medycyna Wieku Rozwojowego” 2001, V, Suplement I do nr 1, s. 209.

tentową, czyli traktowana jest w kategorii wynalazku i własności intelektualnej. Trybunał jednak odrzucił skargę, argumentując, że element ciała ludzkiego może być częścią produktu posiadającego zdolność patentową, choć sam w sobie, w swoim środowisku naturalnym, nie może zostać zawłaszczony (*appropriated*). Ponadto Trybunał stwierdził, że do jego kompetencji należy: „w jego kontroli zgodności aktów instytucji z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego, zapewnienie, że podstawowe prawo do godności i integralności ludzkiej jest przestrzegane. Jeżeli chodzi o żywą materię pochodzenia ludzkiego, dyrektywa 98/44/WE [...] kształtuje prawo do patentów w sposób dostatecznie surowy, by zapewnić, że ciało ludzkie rzeczywiście pozostaje niedostępne i niezbywalne oraz że godność ludzka jest w ten sposób chroniona”.

W opinii rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 14 czerwca 2001 r., poprzedzającej to orzeczenie, pojawiło się dość znamienne rozumowanie: „maksyma «żadnego patentowania życia» jest zbytnim uproszczeniem” („the maxim no patent on life is something of an over-simplification”)⁴⁶. W ślad za tak sformułowanym poglądem rzecznik pozytywnie ocenia rozwiązanie prawne przyjęte w art. 6 ust. 1 oraz ust. 2 dyrektywy 98/44/WE, uznając, że stanowi ono wystarczającą gwarancję poszanowania godności ludzkiej, zwłaszcza w oparciu o zasadę wyłączenia ze zdolności patentowej wynalazków sprzecznych z moralnością i porządkiem publicznym — klauzul rzeczywiście i ściśle wywodzących się z europejskiej tradycji prawnej⁴⁷. Przy czym klauzula ta bywa w literaturze krytykowana jako niewystarczająca do ochrony etycznych aspektów stosowania patentów w „dziedzinie życia”⁴⁸. Równocześnie rzecznik sugeruje badanie i rozwiązywanie podobnych problemów *ad casum*. „Ocena zastosowania patentów metodą *case-by-case* w świetle moralnego konsensusu stanowi najpewniejszą gwarancję poszanowania prawa do godności i to jest właśnie konstrukcja ustanowiona dyrektywą” („a case-by-case evaluation of patent applications in the light of moral consensus is the surest guarantee that the right to human dignity will be respected, and that is the framework established by the Directive”). Jak pokazuje praktyka, pogląd ten realizuje się w kolejnych orzeczeniach TSUE, choć oczywiście nie bez trudności i kontrowersji, które są w tej dziedzinie nie do uniknięcia.

W poglądach doktryny oraz w pracach unijnych organów opiniodawczych powtarza się motyw krytycznej oceny patentowania wynalazków biotechnologicznych. Tezę tę uzasadnia kilka podstawowych argumentów. Przede wszystkim przyznawanie patentów na tego typu wynalazki odbiera społeczeństwu powszechny dostęp do czegoś, co należy uznać za wspólną wartość i dobro. Ponadto patentowanie wynalaz-

⁴⁶ Opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie C-377/98, zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego z 2001 r., P.I-07079, pkt 200.

⁴⁷ M. Herdegen, *Patents on Parts of the human Body. Salient Issues under EC and WTO Law*, J World Intellect Prop. 2002 Mar; 5(2), s. 145.

⁴⁸ Ch. Baumgartner, *Exclusion by inclusion? On difficulties with regard to an effective ethical assessment of patenting in the field of agricultural bio-technology*, „Journal of Agricultural and Environmental Ethics” 2006, nr 19, s. 521.

ków stanowi kwestię o znaczeniu społecznym, związaną z ochroną określonych wartości. Z tego względu patentowanie ciała ludzkiego i/lub jego części godziłoby w godność człowieka. Nie ulega też wątpliwości, że wynalazki oparte na elementach ludzkiego pochodzenia ściśle powiązane są ze sferą fundamentalnych praw istoty ludzkiej (*human being*)⁴⁹.

Problem patentowania ciała ludzkiego należałoby również rozważyć na tle zakazu komercjalizacji ciała ludzkiego. Wyraźnie został on wyrażony w konwencji biomedycznej. Jej art. 21 stanowi, że: „Ciało ludzkie i jego części nie mogą, same w sobie, stanowić źródła zysku”. Zakaz ten powtórzony jest również w unijnej Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej [dalej: KPP], której art. 3 ust. 2 przewiduje, że: „W dziedzinach medycyny i biologii muszą być szanowane w szczególności: zakaz wykorzystywania ciała ludzkiego i jego poszczególnych części jako źródła zysku”. Jako że brzmienie przepisu karty jest bardzo zbliżone do formuły zawartej w konwencji oraz ze względu na to, iż był on wzorowany na regulacji konwencyjnej, zasadny wydaje się postulat uwzględnienia jej wpływu na wykładnię art. 3 ust. 2, a pośrednio również na wtórne prawo unijne. Nie bez znaczenia jest również to, że zasada niekomercjalizowania ciała ludzkiego i jego części jest w KPP systematycznie i funkcjonalnie powiązana z zasadą ochrony godności człowieka⁵⁰. Przy czym, jak logicznie zauważa cytowany autor, w przypadku interpretacji art. 21 konwencji, a zatem również art. 3 ust. 2 karty, może dochodzić do redukcji teleologicznej opartej na tezie, zgodnie z którą „skoro przepis ten chroni godność człowieka — czyli podmiotowość istoty ludzkiej — to nie powinien on ograniczać swobody obrotu odłączonymi częściami ciała ludzkiego, ponieważ odłączone komórki, tkanki i organy nie są człowiekiem, a ich komercjalizacja nie zagraża godności ludzkiej”⁵¹. Jak w dalszych rozważaniach konstataje autor, praktyka legislacyjna UE zmierza w kierunku ograniczenia zakresu komercjalizacji odłączonych części ciała ludzkiego⁵².

W przypadku dyrektywy 98/44/WE, o której wewnętrznej sprzeczności była już mowa, można odnieść wrażenie, że dopuszczenie patentowania na jej podstawie „materiału biologicznego pochodzenia ludzkiego” podważa cel zakazu patentowania ciała ludzkiego i jego części, czyli zakazu komercjalizacji. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w literaturze, ale jest też kontestowany⁵³. Krytycy zakazu bądź ograniczeń komercjalizacji ciała ludzkiego pod postacią patentowania wynalazków zawierających elementy ciała, uznają argument redukowania w ten sposób życia do towaru za chy-

⁴⁹ A. Skorek, *Zdolność patentowa wynalazków biotechnologicznych a godność ludzka w regulacji Wspólnoty Europejskiej*, „Studia Europejskie” 2008, nr 4, s. 103–105 i cytowana tam literatura oraz opinia Parlamentu Europejskiego oraz Europejskiej Grupy ds. Etyki.

⁵⁰ L. Bosek, *Problem komercjalizacji ciała ludzkiego w świetle Konwencji o Biomedycynie*, Internetowy seris filozoficzny Diametros <<http://www.diametros.iphils.uj.edu.pl>>. W kwestii pojęcia godności w konwencji biomedycznej szerzej patrz: D.E. Cutas, *Looking for the meaning of Dignity in the Bioethics Convention and the Cloning Protocol*, „Health Care Analysis” 2005, t. 13, nr 4, s. 303–313.

⁵¹ Tamże.

⁵² Np. dyrektywa 2001/83/WE, rozporządzenie 1394/2007 — kwestie produktów leczniczych.

⁵³ Szerzej na ten temat patrz: L. Bosek, dz. cyt. i cytowana tam literatura.

biony, podkreślając, że rasa ludzka eksploatowała naturę od zawsze, włączając w to różne formy życia do celów handlowych i czyni to nadal⁵⁴.

Zasadniczym problemem pozostaje zatem nadal przewijający się zarówno w analizowanym orzeczeniu, opinii rzecznika generalnego oraz w głosie motyw „człowieczeństwa” ciała ludzkiego i jego elementów oraz zakresu ochrony prawnej przyznanej w odpowiednich aktach prawnych. W odniesieniu do tej kwestii należy dobitnie powtórzyć, że funkcjonujące regulacje czy to unijne, czy Rady Europy, czy też krajowe opierają się na przyjętym możliwym kompromisie, uwzględniającym z jednej strony wspólne wartości, szczególnie godność i inne prawa podstawowe, z drugiej strony różnice w poglądach dotyczących statusu prawnego istoty ludzkiej w różnych stadiach rozwoju oraz w stanie rozczłonkowania, a wreszcie wyjściowy i fundamentalny cel integracji europejskiej, czyli rozwój gospodarczy Unii wraz ze wzrostem konkurencyjności tej organizacji i jej państw członkowskich na rynku światowym.

Z moralnego punktu widzenia, co należałoby podkreślić, jakiegokolwiek różnicowanie statusu ciała ludzkiego, np. w oparciu o kryterium łączności bądź rozłączności z człowiekiem — osobą ludzką, wiąże się z poważnym niebezpieczeństwem naruszenia godności ludzkiej. Jeżeli bowiem przyjmiemy, że istnieje *continuum* między gametami, płodem i embrionem jako materiałem mającym w sobie potencjał rozwoju w człowieka, między komórkami i tkankami, np. krwią, która teoretycznie w procedurze transferu jądrowego może tego rodzaju potencjał również uzyskać (chodzi między innymi o procedurę klonowania), to każdy z tych elementów powinien podlegać stosownej ochronie prawnej, zapobiegającej naruszeniu godności ludzkiej⁵⁵. Idąc tym tropem i mając na uwadze obowiązek poszanowania godności ludzkiej we wszelkiego rodzaju badaniach naukowych na organizmie ludzkim, wynikający zarówno z prawa międzynarodowego, unijnego jak i krajowego, można dojść do dwojakiego rodzaju wniosków. Pierwszy prowadzi do uznania zasady poszanowania godności ludzkiej za regułę bezwzględną. Drugi sugeruje pewne odstępstwa od zasady. Co prawda, prawo (szczególnie dotyczące badań) i orzecznictwo wyraźnie wskazują, że właściwe jest pierwsze rozumowanie, ale jednocześnie dopuszczone przez prawo wyjątki od zasady (np. możliwość dokonania aborcji czy terapeutycznej selekcji embrionów) relatywizują zasadę w ujęciu bezwzględnym. Bliższa realizmu będzie zatem konstatacja, że zasada poszanowania godności ludzkiej rzeczywiście wyznacza granice wszelkiego rodzaju działań związanych z ludzkim ciałem i jego wykorzystaniem do celów badawczych, naukowych, terapeutycznych, pozostając jednak w pewnym zakresie wartością absolutną, ale zasadą prawną niebezwzględną⁵⁶.

Z opinii rzecznika Y. Bota wynika, że poszukując definicji embrionu, a szczególnie skupiając się na stadium, od którego grupa komórek staje się embrionem, dokonu-

⁵⁴ S.A. Rowland, J.W. Piper, *Patents and Biotechnology. Issues Around the Patenting of Life Forms*, „New Zealand BioScience”, <www.piperpat.com>.

⁵⁵ Szerzej patrz: L. Burns, *What is the scope for the interpretation of dignity in research involving human subjects?*, „Med Health Care and Philos” 2008, nr 11, s. 191–208.

⁵⁶ Interesujące rozważania na ten temat patrz: D. Pullman, *Human Non-persons, Feticide, and the Erosion of Dignity*, „Bioethical Inquiry” 2010, nr 7, s. 353–364.

je on łącznej interpretacji art. 5 ust. 1 oraz art. 6 ust. 2. Tymczasem, jak wskazuje literatura, prace przygotowawcze sugerują zgoła odmienny zamiar prawodawcy, jakim było rozłączne traktowanie obu przepisów. Zwłaszcza że interpretacja łączna implikuje pytanie, czy wyłączenie zdolności patentowej embrionu oznacza to samo, co wyłączenie ciała ludzkiego w różnym stadium rozwoju⁵⁷.

Istotą rozpatrywanego przez TSUE problemu nie jest kwestia patentowania elementów ciała ludzkiego, a konkretnie embrionu, jako taka. Chodzi raczej o ustalenie, czy wykorzystywanie embrionów ludzkich w rozumieniu dyrektywy obejmuje również wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów badań naukowych. W tej kwestii Trybunał, zauważając, że po pierwsze „nie jest celem dyrektywy regulacja wykorzystywania embrionów ludzkich w ramach badań naukowych” oraz że „objęcie wynalazku patentem oznacza zasadniczo jego wykorzystywanie w przemyśle i handlu”, dochodzi do następującego wniosku: „Nawet jeśli cel badań naukowych należy odróżnić od celów przemysłowych lub handlowych, to wykorzystywanie embrionów ludzkich do celów badań, które miałyby stanowić przedmiot wniosku patentowego, nie może być oddzielone od samego patentu i praw z nim związanych”⁵⁸. Z tych względów Trybunał orzekł, że: „wyłączenie ze zdolności patentowej dotyczy (w tym przypadku) również wykorzystywania do celów badań naukowych, bowiem przedmiotem patentu może być jedynie wykorzystywanie do celów terapeutycznych lub diagnostycznych, które jest stosowane do embrionu ludzkiego i jest dla niego użyteczne”. Takie ujęcie oparte jest na zasadzie bezpośredniej korzyści terapeutycznej badań, znanej i stosowanej w badaniach z udziałem człowieka. Wydaje się, że w stosunku do embrionów zastosowano tę samą regułę *per analogiam*⁵⁹.

Dyrektywa 98/44/WE wyklucza z patentowania jedynie przemysłowe i komercyjne wykorzystanie embrionów. W tej sytuacji status embrionu nie jest klarowny. Otwarta zostaje bowiem kwestia patentowania komórek uzyskanych z przekazanych embrionów⁶⁰. W komentowanym orzeczeniu Trybunał ustalił, że wyłączenie to obejmuje również wykorzystywanie do celów badań naukowych. Taka rozszerzająca wykładnia z jednej strony przyczynia się do zwiększenia zakresu ochrony embrionów ludzkich, z drugiej prowokuje pytanie o dopuszczalność w tym kontekście eksperymentów medycznych o charakterze badawczym. Wydaje się jednak, że pogląd Trybunału jest w tej kwestii klarowny i oznacza możliwość prowadzenia badań/eksperymentów terapeutycznych, pod warunkiem ich użyteczności dla embrionu (bezpośrednia korzyść dla embrionu jest cechą eksperymentu leczniczego). Trybunał nie ograniczył się jednakże do wskazania jako dopuszczalnego wykorzystywania patentów do celów terapeutycznych, ale w tym samym zdaniu włączył też cele diagnostyczne. Nie wnikając specjalnie w szczególności techniczne biotechnologii w medycynie, nasuwa się pytanie, czy

⁵⁷ M. Paton, A. Denoon, dz. cyt., s. 595.

⁵⁸ Zob. też: T.M. Spranger, *Case C-34/10, Oliver Brüstle v. Greenpeace e.V., Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 October 2011*, „Common Market Law Review” 2012, nr 49, s. 1197–1210 i 1200–1201.

⁵⁹ Szerzej patrz: O. Nawrot, *Ludzka biogeneza w standardach bioetycznych Rady Europy*, Warszawa 2011, s. 285–363.

⁶⁰ A. Skorek, dz. cyt., s. 111.

cele diagnostyczne ograniczają się jedynie do terapii. Wydaje się, że mogą mieć one znaczenie również w badaniach naukowych⁶¹.

Kwestia prowadzenia badań na embrionach ludzkich jest zresztą niejednoznacznie ujęta w prawie. Z Powszechnej Deklaracji o Genomie Ludzkim i Prawach Człowieka UNESCO oraz art. 3 KPP wynika zakaz klonowania reprodukcyjnego. Inne jednak badania naukowe, wykorzystujące ewentualnie możliwość klonowania terapeutycznego, nie są wyraźnie uregulowane. Negatywne stanowisko wobec klonowania reprodukcyjnego człowieka bądź jego elementów nie jest bowiem równoznaczne z przyjęciem równie stanowczego „nie” dla innego rodzaju badań na zarodkach *in vitro*. U podłoża takiej niejednoznacznej sytuacji niewątpliwie tkwi klasyczny w nauce dylemat kompromisu między potrzebą rozwoju nauki a zapewnieniem poszanowania praw człowieka. Na przykład w konwencji biomedycznej traktuje się badania naukowe na embrionach jako odrębną kategorię od badań na osobach, a protokół dodatkowy do niej, dotyczący badań biomedycznych, wprost wyłącza badania na embrionach *in vitro* z zakresu regulacji. Art. 18 konwencji zakazuje tworzenia embriionów do celów badawczych, a prowadzenie badań na już istniejących zarodkach pozaustrojowych uzależnia od rozwiązań prawnych poszczególnych państw, wymagając przyznania im odpowiedniej (bez doprecyzowania tego) ochrony⁶².

Trybunał w wyroku Brüstle przeciwko Greenpeace wyraźnie opowiedział się przeciwko możliwości niszczenia embriionów ludzkich lub ich użycia jako materiału wyjściowego, nawet wtedy, gdy w opisie zastrzeżonej wiedzy technicznej nie wspomina się o wykorzystywaniu embriionów ludzkich. Być może, jednym ze źródeł tego poglądu jest pomyłka o znaczącym ciężarze gatunkowym, do jakiej doszło kiedyś w praktyce Europejskiego Urzędu Patentowego. Jak podaje PAP, w dniu 21 lutego 2002 r. urząd ten przyznał, że w grudniu 1999 r. przez pomyłkę wydał patent na technologię genetyczną, mogącą posłużyć m.in. do sklonowania człowieka, co jest niedopuszczalne ze względu na moralność i porządek publiczny. Patent ten wydano Uniwersytetowi Edynburskiemu, mimo że we wniosku patentowym wnioskodawcy podali informację, iż termin „komórki zwierzęce” obejmuje także komórki embriionów ludzkich. Europejski Urząd Patentowy tłumaczył się pomyłką pracownika, który przeoczył stosowny zapis. Tak więc stanowisko przyjęte przez TSUE wydaje się zabezpieczać przed takimi sytuacjami.

Tego rodzaju praktyki dobitnie wyklucza w swojej opinii poprzedzającej orzeczenie rzecznik, wskazując w punkcie 108, że chociaż same zastrzeżenia patentowe nie precyzują, że embriiony ludzkie są wykorzystywane do wykonania wynalazku, choć przecież tak jest, zdolność patentową takiego wynalazku należy wyłączyć. W przeciwnym przypadku zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 2 lit. c dyrektywy 98/44, łatwo by-

⁶¹ Szerzej na temat pojęcia i istoty eksperymentów medycznych, badawczych i leczniczych, patrz: A. Wnukiewicz-Kozłowska, *Eksperyment medyczny na organizmie ludzkim w prawie międzynarodowym i europejskim*, Warszawa 2004, s. 25–37.

⁶² Szerzej patrz: A. Przyłuska-Fiszler, *Badania naukowe na zarodkach ludzkich*, [w:] *Badania naukowe z udziałem ludzi w biomedycynie. Standardy międzynarodowe*, red. J. Różyńska, M. Waligóra, Warszawa 2012, s. 141–160.

łoby obejść, gdyż osoba ubiegająca się o udzielenie patentu na swój wynalazek mogłaby pominąć w zastrzeżeniu patentowym, że wykorzystywane lub niszczone są embriony ludzkie. Przepis ten zostałby w związku z tym całkowicie pozbawiony swojej skuteczności (*effet utile*).

Niewątpliwie istotną rolę w przyjętym przez TSUE rozumowaniu odegrała też decyzja Europejskiego Urzędu Patentowego w sprawie WARF/Thomson z 25 listopada 2008 r. Zwrócono w niej uwagę na to, że podlegający ocenie wynalazek nie służy żadnym celom terapeutycznym lub diagnostycznym użytecznym dla embrionów, z których wywodzą się zastrzegane kultury komórek macierzystych. Po zmianach dokonanych w europejskiej konwencji patentowej, inspirowanych treścią dyrektywy 98/44/WE, zakazano udzielania patentów na wynalazki, których komercyjne wykorzystywanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub moralnością. W wersji z 1973 r. w art. 53a przewidziano taki zakaz w stosunku do wynalazków, których publikacja lub wykorzystywanie byłoby sprzeczne z porządkiem publicznym lub moralnością⁶³. W każdym razie Rozszerzona Komisja słusznie i trafnie wskazała, że w przyjętej regulacji prawnej istotne znaczenie ma kontekst. Chodzi bowiem o zakaz patentowania wynalazków, które miałyby być wykorzystywane do celów handlowych lub przemysłowych, a wykorzystywanie to mogłoby być sprzeczne z porządkiem publicznym lub moralnością. „Ze względu na taki właśnie kontekst, pojęciem wynalazku nie można obejmować wyłącznie pomysłu zawartego w wyraźnym brzmieniu zastrzeżeń patentowych. Trzeba natomiast za wynalazek uważać ujawnioną w całym zgłoszeniu techniczną instrukcję, za pomocą której da się urzeczywistnić wynalazek”⁶⁴.

TSUE wyłączył zdolność patentową wynalazku, gdy wiedza techniczna będąca przedmiotem wniosku wymaga zniszczenia embrionów ludzkich lub wykorzystania ich jako materiału wyjściowego, niezależnie od tego, czy w opisie zastrzeżonej wiedzy technicznej wspomina się o wykorzystywaniu embrionów ludzkich. Takie ujęcie z pewnością przyczyni się do eliminacji ukrytego stosowania w patentowanych wynalazkach ludzkich embrionów.

V. PODSUMOWANIE

Działalność judykatury ma i w coraz większym stopniu będzie miała niebagatelny wpływ na interpretację oraz rozwój prawa na styku z medycyną, biotechnologią oraz nauką i jej wynikami, ujmowanymi między innymi w kategorii własności intelektualnej. Potwierdza to teza postawiona przez prof. Marka Safjana, zgodnie z którą: „prawo pozytywne nie odpowiada najczęściej na postawione przez naukę pytania, ponieważ nie jest po prostu gotowe udzielić spójnej, całościowej, koherentnej odpowiedzi, nie popadając w sprzeczności, z natury rzeczy rozwój prawa w tej dziedzinie jest wyznaczony przez technikę rozwiązywania problemów typu *case-by-case*, bo życie nie znosi próżni, a próżnia prawna (*vide juridique*) nie usprawiedliwia odmowy udzie-

⁶³ W. Włodarczyk, dz. cyt., s. 48.

⁶⁴ Tamże, s. 50.

lenia odpowiedzi na zadawane w postępowaniu sądowym pytania, które dotyczą wszak najważniejszych spraw każdego człowieka”⁶⁵.

Podsumowując rozważania dotyczące problematyki wyłączenia zdolności patentowej embrionów ludzkich stosowanych do celów handlowych i przemysłowych, można sformułować następujące wnioski.

1. Wyrok wydany przez TSUE w sprawie *Brüstle przeciwko Greenpeace e.V.* stanowi element szeroko zakrojonej i bardzo żywej dyskusji zarówno w środowiskach bezpośrednio zainteresowanych tematem, jak i wśród społeczeństwa jako takiego. Powodem takiego intensywnego zainteresowania poruszonymi w orzeczeniu kwestiami prawnymi i etycznymi jest ich podstawowy charakter i znaczenie. Orzeczenie TSUE w sprawie dotyczącej całego szeregu tzw. sensytywnych prawnie, etycznie i społecznie problemów stanowi wartość samą w sobie, będąc istotnym i rzeczywistym elementem europejskiego dyskursu w sprawach nowych technologii, odkryć i wynalazków przenikających życie człowieka we wszystkich jego aspektach, począwszy od zdrowia, przez integralność psychofizyczną, godność ludzką, własność intelektualną, aksjologię zachowań oraz uzasadnień przyjmowanych rozwiązań prawnych, przez interpretację praw podstawowych jednostki ludzkiej w kontekście integracji europejskiej oraz powiązań z jej rynkowym aspektem. Nie da się przy tym nie zauważyć, że Trybunał w znaczącym stopniu oparł swoje wywody i odpowiedź na zadane mu pytanie prejudycjalne na przesłankach etycznych. Takie ujęcie uzasadnione jest zarówno bezpośrednim powołaniem się na tego rodzaju reguły przez dyrektywę 98/44/WE, w jej preambule i tekście właściwym, jak też europejską tradycją prawną w ogóle, której cechą charakterystyczną jest bardzo silne oparcie się na zasadach etycznych. Przenikają one zresztą całe instrumentarium prawne w dziedzinie biologii, biotechnologii i medycynie, począwszy od kluczowej w tej dziedzinie konwencji biomedycznej, która otwarta jest nie tylko dla państw Rady Europy, ale też dla Unii jako całości.

2. Bezpośrednim efektem prac Trybunału jest szeroka i dość szczegółowa definicja embrionu wyprowadzona w toku wykładni przepisów prawa unijnego, ale nadal pozostawiająca pewien zakres swobody państwom członkowskim. Z jednej strony TSUE podjął zatem wyzwanie wyprowadzenia zakresu kluczowego pojęcia poprzez wykładnię, ale z drugiej zrobił to nie do końca kategorycznie i jednoznacznie, choć w zgodzie z aktualną wiedzą medyczno-biologiczną. Jasne jednak jest, że tak przyjęta definicja nie ma charakteru ostatecznego. Przeciwnie, powinna podlegać aktualizacji w zgodzie z najnowszymi ustaleniami nauki, co Trybunał uznał za oczywiste. W odniesieniu do polskich organów z dziedziny prawa patentowego wykładnia przyjęta przez Trybunał, zważywszy na wierne i dosłowne odzwierciedlenie przepisów dyrektywy w ustawie Prawo własności przemysłowej, ma charakter wiążący i nie pozostawia wątpliwości.

3. Włączenie celów naukowych w zakres celów przemysłowych i handlowych z jednej strony znajduje uzasadnienie, z drugiej zaś nie do końca wydaje się słuszne.

⁶⁵ M. Safjan, dz. cyt., s. 1.

Badania naukowe mogą bowiem służyć bezpośrednio lub pośrednio celom przemysłowym i handlowym, ale ich podstawową funkcją jest, jak się wydaje, rozwój wiedzy, nowatorstwo, udowodnienie przyjętych hipotez. Znaczącym efektem badań naukowych mogą też być bez wątpienia korzyści terapeutyczne dla jednostki traktowanej indywidualnie — konkretnego pacjenta w określonych okolicznościach spowodowanych chorobą, a także dla społeczeństwa jako całości — nowe bardziej precyzyjne, mniej inwazyjne, reprezentatywne rodzaje badań diagnostycznych i terapii.

4. Ważnym elementem wyroku jest jednoznaczne wyeliminowanie procesu niszczenia, w sposób pośredni, embrionów ludzkich, przy wykorzystywaniu ich w patentowanych metodach i procedurach. Takie ujęcie zasługuje na pełną akceptację i pozwala przyjąć, że poszanowanie godności istoty ludzkiej zostanie w ten sposób zapewnione. Jest to szczególnie ważne w aksjologicznym kontekście działań UE.

5. Ostatecznie więc wyrok bez wątpienia kontynuuje i rozwija linię orzeczniczą TSUE w odniesieniu do problematyki biotechnologii w połączeniu z prawami człowieka. Jego znaczenie dla ujednoczenia praktyki państw członkowskich jest bezdyskusyjne. Opracowanie definicji embrionu ludzkiego, chociażby tylko w ściśle określonym kontekście zdolności patentowej i celów przemysłowych i handlowych, stanowi przełomowy punkt w dyskusji nad statusem prawnym ciała ludzkiego i jego elementów. Warto podkreślić, że jest to odważne i nie zawsze popularne stanowisko wyrażone przez TSUE w odniesieniu do zasady poszanowania godności człowieka również na etapie rozwoju istoty ludzkiej, a także w odniesieniu do elementów ciała ludzkiego.

6. Pozostawienie marginesu decyzyjnego sądom krajowym w kwestii pojęcia i w związku z tym statusu komórki macierzystej w stadium blastocysty może budzić pewien niedosyt, choć jasne jest, że u podłoża takiego ujęcia leży pragmatyzm i realizm prawniczy. Wydaje się, że Trybunał realizuje w tym wyroku znaną i ugruntowaną zasadę, mającą zastosowanie w dziedzinie ochrony praw człowieka, która polega na akceptacji mniejszego, lecz bardziej pewnego, ścisłego zakresu ochrony, kosztem formalnego poszerzenia go, ale równoczesnego braku możliwości rzeczywistej, efektywnej ochrony tych praw.

SUMMARY

of the article:

Patentability of Human Embryos in the Context of Judgment
of the Court of Justice of the European Union of 19 October 2011
in the Case *Brüstle v. Greenpeace*

Patentability of live forms, including that of human body, has been — and still is — the subject of attention of patent authorities and judicial practice. It is a controversial and disputable issue, as it concerns in particular treating a human being as a patentable subject matter. Therefore, patentability of human body has been excluded, even if Directive 98/44/EC of the

European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions allows biological material which is isolated from its natural environment or produced by means of a technical process to be the subject of an invention even if it previously occurred in nature, i.e. the requirements of novelty and involvement of an inventive step have not been met.

The author examines the current legal status of human embryo as a potential subject of invention under UE law, particularly in the context of the judgment of the Court of Justice of the European Union in the case *Brüstle v. Greenpeace* which is recognized as an essential element in the discussion on this issue, as well as an attempt to determine a possible direction of future development in this area in the EU law. The proper achievement of the tasks of the article depends mostly on the examination of the definition of human embryo proposed by the Court and its impact on EU law and domestic law of member states, and also an analysis of the status of the embryo in relation to the principle of respect to human dignity, patent law, scientific research in biomedicine, and the ban of use of human body for commercial purposes. In these areas, the legal status of embryo has a considerable importance.

SĄDY KONSTYTUCYJNE A PROCEDURA PREJUDYCJALNA PRZED TRYBUNAŁEM SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

I. UWAGI WSTĘPNE

Procedura prejudycjalna odgrywa istotną rolę w realizowaniu idei wspólnoty sądów oraz dialogu sędziowskiego na linii sądy krajowe–Trybunał Sprawiedliwości UE [dalej: TS lub ETS¹]. To właśnie w ramach procedury pytań prejudycjalnych TS sformułował fundamentalne zasady dotyczące stosowania prawa UE w systemach prawnych państw członkowskich, takie jak zasada bezpośredniego skutku czy zasada pierwszeństwa zastosowania prawa UE. Wykładnia prawa UE dokonywana w ramach omawianej procedury w znaczący sposób przyczyniła się do obecnego obrazu UE jako organizacji ponadnarodowej, zdecydowanie wykraczającej poza ramy wyznaczone przez ojców procesu integracji w Europie². ETS wskazał w nocie informacyjnej dotyczącej składania przez sądy krajowe wniosków o wydanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym³, że „system odesłań prejudycjalnych stanowi podstawowy mechanizm prawa Unii Europejskiej, którego celem jest przyznanie sądom krajowym możliwości zapewnienia jednolitej wykładni i stosowania we wszystkich Państwach Członkowskich.”⁴

Zgodnie z art. 267(2) Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej [dalej: TFUE]⁵, sąd niższej instancji może zainicjować postępowanie prejudycjalne, jeżeli uważa, że decyzja w tej sprawie jest niezbędna do wydania wyroku. Natomiast stosownie do art. 267(3) TFUE⁶ w przypadku, gdy pytanie prejudycjalne jest podniesione w sprawie zawisłej przed sądem krajowym, którego orzeczenia nie ulegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego, sąd ten jest zobowiązany wnieść sprawę do TS. Innymi słowy, sądy ostatniej instancji są zobowiązane traktatowo do wniesienia pytania prejudycjalnego w sytuacji, gdy wydanie przez TS orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do rozstrzygnięcia sprawy toczącej się przed takim sądem. Egzekwowanie tego obowiązku nałożonego na sądy ostatniej instancji, jak również dokładne ustalenie, kiedy taki sąd jest zobowiązany zainicjować postępowanie prejudycjalne, stanowi jedną z ważniejszych kwestii rozważanych w orzecznictwie TS (ETS).

Procedura prejudycjalna chroni oczywiście autorytet TS jako jedyne organu właściwego do decydowania o mocy wiążącej oraz wykładni norm wspólnotowych. Jednak wraz ze wzrastającą liczbą wnoszonych zagadnień wstępnych, a tym samym coraz obszerniejszym zbiorem wiążących interpretacji prawa UE, TS wypracował kilka

¹ Nazwa ETS używana będzie w trakcie omawiania tych orzeczeń lub aktów, które wydane zostały przed wejściem w życie Traktatu z Lizbony.

² Por. V. Stechlik, R. Zbiral, *EU procedural rules and Czech Constitutional order: the case of preliminary ruling procedure*, referat wygłoszony na VIII Światowym Kongresie Stowarzyszenia Prawa Konstytucyjnego w Meksyku, s. 1. Tekst referatu dostępny na stronie: <www.juridicas.unam.mx/wcd/ponencias/18/327.pdf>.

³ Dz. U. UE 2005/C 143/01.

⁴ Pkt 1 noty informacyjnej.

⁵ Wcześniej art. 234 [177] TWE.

⁶ Wcześniej art. 234 Traktatu o ustanowieniu Wspólnoty Europejskiej [dalej: TWE].

koncepcji pozwalających unikać orzekania kolejny raz w takiej samej (podobnej) sprawie oraz w sprawach, w których wątpliwości interpretacyjne są znikome.

ETS stwierdził już na wczesnym etapie rozwoju swego orzecznictwa, że rozstrzygnięcie danej kwestii interpretacyjnej w związku z konkretną sprawą zainicjowaną przez sąd krajowy wiąże wszystkie sądy, stąd też nie ma potrzeby inicjowania procedury prejudycjalnej w tożsamej materialnie sprawie (takiej samej sprawie)⁷. W sprawie *Da Costa*⁸, pytanie zadane przez sąd było tożsame przedmiotowo z pytaniem, które legło u podstaw słynnego rozstrzygnięcia w sprawie *Van Gend en Loose*⁹. ETS stwierdził wówczas, że autorytet interpretacji dokonanej już na podstawie art. 234 TWE przez Trybunał może prowadzić do stwierdzenia, że w pewnych wypadkach obowiązek, wynikający z art. 234 ust. 3, będzie bezcelowy i bezprzedmiotowy. Sytuacja taka ma w szczególności miejsce wtedy, gdy podniesiona przez sąd krajowy kwestia jest materialnie identyczna z kwestią, która była już przedmiotem orzeczenia prejudycjalnego w podobnej sprawie (tzw. doktryna *acte éclairé*). Doktryna *acte éclairé* nie pozbawia jednak sądu krajowego możliwości wniesienia w przyszłości pytania prejudycjalnego, dotyczącego kwestii już wyjaśnionej w procedurze wstępnej, jeżeli sąd taki uważa, iż — z różnych przyczyn — ETS powinien zmienić swoje wcześniejsze stanowisko¹⁰. Z kolei w orzeczeniu w sprawie *CILFIT*¹¹ ETS stwierdził, że w świetle ust. 3 art. 234 TWE sądy i trybunały krajowe, od których rozstrzygnięć nie przysługują środki odwoławcze, nie mają obowiązku skierowania do Trybunału pytania prejudycjalnego także wtedy, gdy prawidłowa interpretacja prawa WE jest tak oczywista, że nie pozostawia wątpliwości interpretacyjnych¹² (doktryna *act claire*). W orzeczeniu w sprawie *CILFIT* ETS zaznaczył, że „[...] istnienie możliwości zaniechania skierowania pytania musi być jednak zawsze oceniane z uwzględnieniem szczególnego charakteru prawa wspólnotowego, konkretnych trudności związanych z interpretacją danej kwestii oraz ryzyka związanego z istnieniem rozbieżności w systemach sądowych państw członkowskich.”¹³

Z perspektywy krajowego sądu ostatniej instancji postawione przez ETS wymogi dotyczące zwolnienia z obowiązku wystosowania pytania prejudycjalnego są trudne do spełnienia. Powinien on bowiem porównać oficjalne wersje aktów prawnych UE, biorąc przy tym pod uwagę, że prawo wspólnotowe posługuje się własną terminologią, a instytucje prawa UE nie zawsze są tożsame z instytucjami prawa danego państwa członkowskiego¹⁴. Jak wskazują F. Mancini i D. Keeling, TS świadomie „posta-

⁷ Por. pkt 38 orzeczenia w sprawie nr 28/62 *Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV versus Netherlands Inland Revenue Administration* [1963] ECR 31.

⁸ Wyrok ETS z 27 marca 1963 r., sprawa nr 28/62.

⁹ Wyrok ETS z 5 lutego 1963 r., sprawa nr 26/62.

¹⁰ Por. A.G. Toth, *The Authority of Judgements of the European Court of Justice; Binding Force and Legal Effects*, „Yearbook of the European Law”, Oxford 1984, s. 19–20.

¹¹ Zob. wyrok z 6 października 1982 r., sprawa nr 283/81 *CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA versus Ministry of Health*.

¹² Por. pkt 21 orzeczenia.

¹³ Tamże.

¹⁴ Por. V. Stechlik, R. Zbiral, *EU procedural rules...*, s. 3–4.

wił wysoko poprzeczkę”, obawiając się, że pozostawienie sądom ostatnich instancji większej swobody w decydowaniu o przedstawieniu pytania wstępnego spowoduje obniżenie autorytetu ETS jako jedyne go organu właściwego do dokonywania wykładni prawa UE¹⁵.

Wyrok w sprawie Köbler¹⁶ pokazał, że brak przedstawienia pytania prejudycjalnego na podstawie art. 234 ust. 3 TWE (obecnie art. 267 ust. 3 TFUE) może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa. Warunkiem tej odpowiedzialności jest zaistnienie bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem prawa a szkodą powstałą po stronie jednostki oraz wystarczająco poważny, niedający się usprawiedliwić (*inexusable*) charakter tego naruszenia. Mając na względzie kontekst faktyczny sprawy Köbler¹⁷, należy uznać, że stosowanie w praktyce przyjętych w orzecznictwie ETS wyjątków od obowiązku przedstawienia pytania prejudycjalnego może wywoływać pewne wątpliwości.

II. SĄD KONSTYTUCYJNY JAKO SĄD W ROZUMIENIU ART. 267 TFUE — STANOWISKO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UE I JEGO KONSEKWENCJE

W kontekście sądownictwa konstytucyjnego państw członkowskich wątpliwości interpretacyjne dotyczące zakresu obowiązku przedstawienia pytania prejudycjalnego przez „sąd, którego orzeczenia nie podlegają zaskarżeniu według prawa wewnętrznego państwa członkowskiego”, pogłębia brak pełnej jasności co do rozumienia terminu „sąd” użytego w art. 267 TFUE¹⁸.

ETS w swym orzecznictwie nadał terminowi „sąd” z art. 267 TFUE szerokie znaczenie, oderwane od kwalifikacji danego organu według prawa danego kraju członkowskiego. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przy ustalaniu, czy organ występujący z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym ma charakter sądu w rozumieniu art. 267 TFUE, co jest kwestią wewnętrzną porządku prawnego Unii, Trybunał bierze pod uwagę całość okoliczności sprawy, w tym w szczególności podstawę prawną istnienia organu, jego stały lub tymczasowy charakter, obligatoryjny

¹⁵ Por. F. Mancini, D. Keeling, *From CILFIT to ERT: The Constitutional Challenge Facing the European Court*, „Yearbook of European Law”, Oxford 1991, s. 3

¹⁶ Zob. wyrok z 30 września 2003 r., sprawa nr C-224/01 Gerhard Köbler przeciwko Austrii.

¹⁷ Austriacki Najwyższy Sąd Administracyjny (Verwaltungsgerichtshof) rozpoznający sprawę G. Köblera skierował najpierw do TS pytanie prejudycjalne, wnosząc o dokonanie — w świetle okoliczności sprawy — wykładni wspólnotowych przepisów dotyczących swobodnego przepływu osób (art. 48 Traktatu oraz art. 1–3 rozporządzenia 1612/68). W odpowiedzi TS zasugerował jednak NSA wycofanie złożonego pytania, wskazując na treść orzeczenia wydanego przez TS w niemal identycznej sprawie Schoning–Kougebetopoulou. NSA wycofał pytanie, po czym rozstrzygnął sprawę odmiennie niż TS w wyroku Schoning. NSA w uzasadnieniu orzeczenia stwierdził, że przed skierowaniem pytania do TS dokonał błędnej interpretacji prawa krajowego, a orzeczenie wydane przez ETS w sprawie Schoning nie mogło znaleźć zastosowania w przypadku Köblera, gdyż dotyczyło innego zagadnienia.

¹⁸ Szerzej na ten temat por. P. Bogdanowicz, *Instytucja pytań prejudycjalnych w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 5, s. 89 i n.; M. Szpunar, *Organy uprawnione do składania wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego w trybie artykułu 177 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 7, s. 64 i n.; A. Wasilewski, *Pojęcie sądu w prawie polskim i w świetle standardów europejskich*, „Przegląd Sądowy” 2002, nr 11–12, s. 16 i n.

charakter jego jurysdykcji, kontrydiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezależność¹⁹. Jak dotąd wszystkie sądy konstytucyjne państw członkowskich, które zdecydowały się przedstawić pytanie prejudycjalne, były przez ETS uznawane za sądy w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE. Za sąd taki uznane zostały m.in. austriacki Trybunał Konstytucyjny (Verfassungsgerichtshof), belgijski Sąd Konstytucyjny (Cour Constitutionnelle), wcześniej Sąd Arbitrażowy, włoski Sąd Konstytucyjny (Corte Costituzionale) czy też litewski Trybunał Konstytucyjny (Konstitucinis Teismas)²⁰.

Brak w orzecznictwie TS wyraźnego stanowiska odnoszącego się do wszystkich organów sądowych mających kompetencje dokonywania kontroli konstytucyjności prawa powoduje jednak, że poszczególne sądy konstytucyjne same decydują o tym, czy są sądami w rozumieniu art. 267 TFUE. Oczywiście, uznanie przez TS, że sąd konstytucyjny nie inicjując procedury prejudycjalnej naruszył prawo wspólnotowe, może teoretycznie, na podstawie wyroku w sprawie Köbler, prowadzić do odpowiedzialności odszkodowawczej państwa, jednak na razie jest to wyłącznie sfera hipotez.

Aktualnie, w kontekście zajmowania stanowiska co do swojego statusu jako sądu z art. 267 ust. 2 TFUE, sądy konstytucyjne państw UE można podzielić na cztery kategorie. Do pierwszej należą sądy, które złożyły co najmniej jedno pytanie prejudycjalne, a tym samym uznały się za sądy w rozumieniu art. 267. Druga grupa to sądy, które początkowo uznawały, że nie spełniają przyjętej w luksemburskim *case-law* definicji sądu z art. 267, a następnie zmieniły swoje stanowisko. Trzecią kategorię tworzą sądy, które — co prawda — uznają się za sąd w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE, jednak w praktyce nie korzystają z procedury prejudycjalnej. Czwarta grupa to sądy konstytucyjne, które nie zajęły w tej kwestii wyraźnego stanowiska. Należy jednak zaznaczyć, że w niniejszym opracowaniu przyjęto wąską definicję sądu konstytucyjnego, utożsamiając sąd konstytucyjny z wyodrębnionym i niezawisłym organem państwowym, którego podstawową funkcją jest dokonywanie kontroli konstytucyjności prawa. Oznacza to, że za sądy konstytucyjne w powyższym znaczeniu mogą być uznane wyłącznie sądy i trybunały funkcjonujące w systemie scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa.

Różnice stanowisk poszczególnych sądów konstytucyjnych w odniesieniu do kwestii przedstawiania pytań prejudycjalnych wynikają nie tylko z określonego nastawienia danego sądu konstytucyjnego do relacji sąd konstytucyjny–TS, a więc bronienia prawa do „ostatniego słowa” albo zdecydowanie kooperacyjnego nastawienia do TS. Są one również konsekwencją zróżnicowania systemów kontroli konstytucyjności prawa funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich. Ta druga przyczyna ma szczególnie znaczenie przy uwzględnianiu poszczególnych elementów definicji „sądu” przy-

¹⁹ Zob. w szczególności wyrok z: 17 września 1997 r., sprawa nr C-54/96 Dorsch Consult, Rec. s. I-4961, pkt 23; 31 maja 2005 r., sprawa nr C-53/03 Syfait i in., Zb.Orz. s. I-4609, pkt 29; z 14 czerwca 2007 r., sprawa nr C-246/05 Häupl, Zb.Orz. s. I-4673, pkt 16; a także postanowienie z 14 maja 2008 r., sprawa nr C-109/07 Pilato, Zb.Orz. s. I-3503, pkt 22.

²⁰ Sprawa nr C-399/11 Melloni, zainicjowana przez hiszpański Trybunał Konstytucyjny, nie została do-tychczas rozstrzygnięta.

jętej w *case-law* TS. Jak wskazano wcześniej — według TS — za „sąd” w rozumieniu art. 267 TFUE może być uznany organ państwowy, który funkcjonuje na podstawie przepisów ustawy (a nie np. umowy stron), jest organem stałym (a nie powołanym *ad hoc*), niezawisłym, rozstrzyga spór toczący się między stronami (co oznacza kontradiktoryjność postępowania), orzeka na podstawie prawa (nie zaś na podstawie postanowień o charakterze pozaprawnym, np. słuszności), a jego rozstrzygnięcia są prawnie wiążące.

W przypadku poszczególnych sądów konstytucyjnych wątpliwości może budzić przede wszystkim warunek kontradiktoryjności postępowania przed danym sądem konstytucyjnym i to w danym rodzaju postępowania. W przypadku kontroli konkretnej, inicjowanej przez sądy (w trybie pytania prawnego) lub przez skarżącego (w trybie skargi konstytucyjnej na akty normatywne), kontradiktoryjność postępowania jest bardziej widoczna niż w przypadku procedury abstrakcyjnej, inicjowanej przez podmioty niemające osobistego interesu w rozstrzygnięciu ani nie pozostające bezpośrednio w sporze prawnym. Stąd też w doktrynie prawa wyrażany jest pogląd, że przedstawienie pytania prejudycjalnego przez sąd konstytucyjny w procedurze kontroli konkretnej jest w świetle definicji sądu wynikającej z luksemburskiego orzecznictwa bardziej uzasadnione, niż w postępowaniu toczącym się w trybie kontroli abstrakcyjnej²¹. Biorąc pod uwagę fakt, że w państwach UE funkcjonują obok siebie trzy systemy scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa (czystej kontroli abstrakcyjnej, czystej kontroli konkretnej i kontroli mieszanej), powyższe wątpliwości prowadzą do wniosku, że w praktyce może dojść do zróżnicowania w zakresie korzystania przez sądy konstytucyjne z instytucji pytań prejudycjalnych. Co ciekawe, niektóre sądy konstytucyjne zajęły stanowisko, że przedstawienie pytania prejudycjalnego jest dopuszczalne w sytuacji, gdy sprawa rozpatrywana przez sąd zawisła w trybie kontroli abstrakcyjnej, zaś korzystanie z art. 267 ust. 3 TFUE przy rozpatrywaniu spraw zainicjowanych w trybie kontroli konkretnej jest z punktu widzenia systemu konstytucyjnego danego państwa niedopuszczalne. Tak więc pojęcie sporności postępowania, jak również inne elementy definicyjne sądu z art. 267 TFUE są rozbieżnie interpretowane przez poszczególne sądy konstytucyjne.

III. PRAKTYKA ORZECZNICZA WYBRANYCH SĄDÓW KONSTYTUCYJNYCH

Zgodnie z wcześniejszymi ustaleniami, kryterium wnoszenia pytań prejudycjalnych przez sądy konstytucyjne państw członkowskich pozwala wyróżnić cztery kategorie tych sądów.

1. Sądy konstytucyjne od początku korzystające z procedury prejudycjalnej

Pierwszą kategorię tworzą sądy, które zadały co najmniej jedno pytanie prejudycjalne TS, wcześniej nie wyrażając w swym orzecznictwie poglądu negującego obo-

²¹ Por. wystąpienie M. Safjana na konferencji w Bledzie w dniach 30 września–2 października 2004 r., *Pozycja sądów konstytucyjnych w następstwie integracji z Unią Europejską*, notatka ZOiS TK sporządzona przez P. Mikłaszewicza, s. 5 <<http://www.trybunal.gov.pl/Wiadom/Seminaria/20040930/20040930.pdf>>; R. Ostrihansky, *Polskie sądy uprawnione do wnoszenia o wydanie orzeczenia wstępnego*, [w:] *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej*, red. E. Piontek, Warszawa 2003, s. 164.

wiązek wniesienia pytania prejudycjalnego z racji niespełnienia przez dany organ luksemburskiej definicji sądu z art. 267 TFUE. Tę grupę tworzą aktualnie trzy sądy konstytucyjne funkcjonujące w pełni zcentralizowanych systemach kontroli konstytucyjności prawa: austriacki Trybunał Konstytucyjny, belgijski Sąd Konstytucyjny (wcześniej Trybunał Arbitrażowy) oraz litewski Sąd Konstytucyjny.

Austriacki Trybunał Konstytucyjny zadał — jak dotąd — pytania prejudycjalne w trzech sprawach²². Po raz pierwszy skorzystał z procedury prejudycjalnej w 1999 r., czyli cztery lata od akcesji Austrii do UE. Pierwsze pytanie prejudycjalne zostało sformułowane przez TK w trakcie rozpatrywania sprawy o sygn. B 2251/97 zainicjowanej w trybie kontroli konkretnej. Postępowanie zainicjowane zostało skargą indywidualną spółki Adria-Wien Pipeline. Przedmiotem zaskarżenia była decyzja organu podatkowego drugiej instancji w Karytynie, który utrzymał w mocy wydaną przez organ pierwszej instancji decyzję odmawiającą zwrotu podatku pośredniego wliczonego w cenę energii elektrycznej zużytej przez skarżącą spółkę do przesyłania ropy naftowej²³. Kolejne pytania prejudycjalne przedstawione zostały przez austriacki TK w związku z rozpatrywaniem spraw zainicjowanych w różnych procedurach i nie zawsze dotyczącego kontroli hierarchicznej zgodności norm. Drugie pytanie prejudycjalne sformułował rozpatrując w trybie art. 126a konstytucji federalnej sprawę o sygn. KR 1/00. Wspomniany przepis konstytucji nadaje TK kompetencję do rozstrzygania sporów dotyczących wykładni podstawowych przepisów regulujących właściwość Izby Obrachunkowej (*Rechnungshof*), jeżeli spór taki zaistnieje między Izbą a podmiotem podległym jej kontroli²⁴. Trzecie pytanie prejudycjalne przedstawił w związku ze sprawą zainicjowaną na podstawie art. 141 ust. 1 konstytucji federalnej, który nadaje TK m.in. uprawnienia typowego sądu wyborczego. Zgodnie ze wskazanym przepisem TK orzeka w sprawach skarg przeciwko wyborom Prezydenta Federalnego do powszechnych organów przedstawicielskich, do Parlamentu Europejskiego oraz do organów uchwałodawczych przedstawicielstw zawodowych ustanowionych w drodze ustawy. Sprawa o sygn. WI 14-99²⁵, która spowodowała skorzystanie po raz trzeci z art. 267 TFUE, zawiązała przed TK po wniesieniu skargi grupy wyborców, kwestionujących wynik wyborów do Zgromadzenia Ogólnego Izby Robotniczej landu Vorarlberg, przeprowadzonych w 1999 r., w tym przede wszystkim podział mandatów ustalony przez właściwą komisję wyborczą²⁶.

²² Dane na podstawie zestawienia na stronie TK: <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/eugh.html?typ=V>>. Zgodnie ze statystyką roczną TS (stan na 31 grudnia 2011 r.) dostępną na stronie: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_stat_cour_final_pl.pdf> austriacki TK zadał 4 pytania prejudycjalne.

²³ Stan faktyczny omówiony na podstawie opracowania ZOiS TK *Relacje między prawem konstytucyjnym a prawem unijnym w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, red. K. Zaradkiewicz, wrzesień 2011, s. 20–22. Por. też: U. Jedliczka, *The Austrian Constitutional Court and the European Court of Justice*, „Vienna Online Journal of International Constitutional Law” 2008, nr 4, t. 2, s. 301–302.

²⁴ Stan faktyczny — zob. przypis np. 23, s. 22–25; por. też U. Jedliczka, dz. cyt., s. 303–304.

²⁵ Sprawa ta zakończona została wyrokiem 3 grudnia 2003 r.

²⁶ Stan faktyczny — zob. przypis 23, s. 26–27; por. też U. Jedliczka, dz. cyt., s. 302–303.

Belgijski Sąd Konstytucyjny [dalej: SK] przedstawił — jak dotąd — pytania prejudycjalne aż w 15 sprawach²⁷. Co ciekawe, jest to jedyny sąd, który odważył się pytać nie tylko o wykładnię prawa wspólnotowego, lecz także kwestionował ważność aktów WE²⁸. Ta otwartość SK ma swoje historyczne korzenie, jest on bowiem następcą prawnym Sądu Arbitrażowego [dalej: SA] powstałego 1984 r.²⁹ W 1988 r. SA uzyskał kompetencje do dokonywania w ograniczonym zakresie kontroli konstytucyjności prawa. W 2003 r. uprawnienia te zostały rozszerzone. W 2007 r. na mocy zmiany konstytucji zmieniono nazwę tego organu na SK, uznając, że nazwa ta będzie lepiej korespondować z jego obecnym zakresem kognicji³⁰. Pierwsze pytanie prejudycjalne zostało wniesione przez SA w 1997 r. w związku z rozpatrywaniem sprawy zawisłej przed SA w wyniku wniesienia przez Belgijskie Zrzeszenie Izb Lekarskich wniosku o unieważnienie art. 4 § 2 dekretu Wspólnoty Flamandzkiej z 1995 r. Dekret ten dotyczył specjalistycznej edukacji w zakresie medycyny ogólnej i stanowił implementację dyrektywy Rady 93/16/WE, mającej na celu ułatwienie swobodnego przepływu lekarzy i wzajemnego uznawania ich dyplomów, świadectw i innych dokumentów potwierdzających posiadanie kwalifikacji. Zdaniem wnioskodawców, kwestionowany dekret naruszał przepisy dyrektywy EWG, ponieważ uniemożliwiał specjalistyczne studia medyczne w zakresie medycyny ogólnej osobom, które nie mogą wywiązywać się z obowiązków lekarskich³¹. Kolejne pytania SA przedstawiał w związku z rozpatrywaniem następujących spraw: Hugo Clerens und b.v.b.a. Valkeniersgilde gegen Wallonische Regierung und Ministerrat³²; Advocaten voor de Wereld VZW/Leden van de Ministerraad (ENA I)³³; Ordre des barreaux francophones et germanophone, Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, Orde van Vlaamse balies, Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel/Conseil des ministres³⁴; Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon/Gouvernement flamand³⁵; Vlaamse balies, Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel/

²⁷ Dane ze strony belgijskiego SK: <<http://www.const-court.be/en/common/home.html>>. Łącznie SK przedstawił 17 pytań prejudycjalnych. Dane ze statystyki rocznej TS (stan na 31 grudnia 2010 r.) dostępnej na stronie: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_stat_cour_final_pl.pdf> to 21 pytań prawnych.

²⁸ Por. T. Vandamme, *Prochain Arrêt: la Belgique! Explaining Recent preliminary References of the Belgian Constitutional Court*, „European Constitutional Law Review” 2008, s. 128, z powołaniem na sprawę *Advocaten voor de Wereld*.

²⁹ Pierwsze orzeczenie Sąd Arbitrażowy wydał w 1985 r.

³⁰ Por. T. Vandamme, dz. cyt., s. 147; G. Martinico, *Preliminary Reference and the Constitutional Courts: Are You in the Mood for Dialogue?*, dostępne na <<http://ssrn.com/link/Tilburg-TICOM.html>>, s. 5.

³¹ Stan faktyczny przedstawiony — zob. przypis 17, s. 39.

³² Postanowienie odsyłające z 29 października 2003 r. o sygn. 139/2003; orzeczenie ETS z 1 października 2004 r., C-480/03, wyrok SA z 28 lutego 2005 r. o sygn. 28/2005.

³³ Postanowienie odsyłające z 13 lipca 2007 r. sygn. 124/2005; orzeczenie ETS z 3 maja 2007 r. C-303/05; wyrok SK z 10 października 2007 r., sygn. 128/2007.

³⁴ Postanowienie odsyłające z 13 lipca 2007 r. sygn. 126/2005; orzeczenie ETS z 26 czerwca 2007 r. C-305/05; wyrok SK z 23 stycznia 2008 r., sygn. 10/2008.

³⁵ Postanowienie odsyłające z 19 kwietnia 2006 r., sygn. 51/2006; orzeczenie ETS z 1 kwietnia 2008 r., C-212/06; wyrok SK z 21 stycznia 2009 r., sygn. 11/2009.

Conseil des ministres³⁶; Nicolas Bressol u. a., Céline Chaverot u. a./Regierung der Französischen Gemeinschaft Belgiens³⁷; Base NV, Euphony Benelux NV, Mobistar NV, Uninet International NV, T2 Belgium NV, KPN Belgium NV/Ministerraad³⁸; Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier/Conseil des ministres³⁹; wykonanie ENA w stosunku do I.B. (ENA II), Marie-Noëlle Solvay u. a./Région wallonne⁴⁰; (Inter-Environnement Bruxelles ASBL, Pétitions-Patrimoine ASBL, Atelier de Recherche et d'Action Urbaines ASBL / Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale⁴¹; Belgische Petroleum Unie u. a./Belgische Staat⁴²; Eric Libert, Christian Van Eycken, Max Bleeckx, Syndicat national des propriétaires et copropriétaires (ASBL), Olivier de Clippele/Gouvernement flamand⁴³; All Projects & Developments NV e.a.⁴⁴; (Belgacom SA, Mobistar SA, KPN Group Belgium SA/Belgischer Staat⁴⁵.

Litewski Sąd Konstytucyjny [dalej: SK] przedstawił — jak dotąd — jedno pytanie prejudycjalne⁴⁶, rozpatrując sprawę zainicjowaną przez grupę parlamentarzystów, którzy zwrócili się do niego z wnioskiem o dokonanie kontroli zgodności z konstytucją art. 15 ust. 2 ustawy w sprawie energii elektrycznej w brzmieniu nadanym ustawą nr IX-2307 z 1 lipca 2004 r. W postanowieniu odsyłającym z 8 maja 2007 r. sygn. 47/04, SK wskazał, że na Litwie urządzenia większości odbiorców energii elektrycznej, czyli konsumentów energii elektrycznej, są przyłączone do systemów dystrybucyjnych dwóch operatorów systemów tego rodzaju, którzy są najważniejszymi użytkownikami systemów przesyłowych. Ponadto pięć spółek zarządza lokalnymi systemami dystrybucyjnymi mającymi zaspokoić ich własne zapotrzebowanie i zapotrzebowanie osób zamieszkujących na terytorium o niewielkim zasięgu. Sześć spółek zarządzających przedsiębiorstwami przemysłowymi jest przyłączonych bezpośrednio do

³⁶ Postanowienie odsyłające z 14 lutego 2008 r., sygn. 12/2008; orzeczenie TS z 13 kwietnia 2010 r., C-73/08; wyrok SK z 31 maja 2011 r., sygn. 89/2011.

³⁷ Postanowienie odsyłające z 1 września 2008 r., sygn. 131/2008; orzeczenie TS z 6 października 2010 r., C-898/08; wyrok SK z 27 stycznia 2011 r., sygn. 7/2011.

³⁸ Postanowienie odsyłające z 18 czerwca 2010 r., sygn. 103/2009; orzeczenie TS z 1 marca 2011 r., C-236/09; wyrok SK z 30 czerwca 2011 r., sygn. 116/2011.

³⁹ Postanowienie odsyłające z 24 lipca 2007 r., sygn. 128/2009; orzeczenie TS z 21 października 2010 r., C-306/09; wyrok SK z 24 lutego 2011 r., sygn. 28/2011.

⁴⁰ Postanowienie odsyłające z 30 marca 2010 r., sygn. 30/2010; w postępowaniu przed TS sprawa C-182/10, brak jeszcze orzeczenia TS oraz wyroku SK.

⁴¹ Postanowienie odsyłające z 25 listopada 2010 r. sygn. 133/2010; w postępowaniu przed TS sprawa C-567/10, brak jeszcze orzeczenia TS oraz wyroku SK.

⁴² Postanowienie odsyłające z 22 grudnia 2010 r., sygn. 149/2010; w postępowaniu przed TS sprawa C-26/11, brak jeszcze orzeczenia TS wyroku SK.

⁴³ Postanowienie odsyłające z 6 kwietnia 2011 r., sygn. 49/2011; w postępowaniu przed TS sprawy C-197/11 i C-203/11 brak jeszcze orzeczenia TS wyroku SK.

⁴⁴ Postanowienie odsyłające z 6 kwietnia 2011 r., sygn. 50/2011; w postępowaniu przed TS sprawy C-203/11 i C-197/11 brak jeszcze orzeczenia TS wyroku SK.

⁴⁵ Postanowienie odsyłające z 16 czerwca 2011 r., sygn. 110/2011; w postępowaniu przed TS sprawa C-375/11 brak jeszcze orzeczenia TS wyroku SK.

⁴⁶ Dane na podstawie statystyk rocznych TS (stan na 31 grudnia 2011 r.) dostępnych na stronie <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_stat_cour_final_pl.pdf>.

systemów przesyłowych. Przyłączenia tego dokonano w okresie istnienia Związku Radzieckiego, czyli w czasie, kiedy nie czyniono rozróżnienia między wytwarzaniem, przesyłaniem i dostarczaniem energii elektrycznej. Stąd też niektórzy odbiorcy pozostali przyłączeni do urządzeń tych przedsiębiorstw przemysłowych, a ich zaopatrzenie w energię elektryczną zależy od możliwości technicznych i finansowych rzeczonych przedsiębiorstw. W wyniku wprowadzonej ustawą nr IX-2307 z 1 lipca 2004 r. zmiany ustawy w sprawie energii elektrycznej (a w szczególności art. 15 ust. 2 tej ustawy), nowi odbiorcy nie mogą swobodnie wybrać rodzaju systemu, do którego będą przyłączone ich urządzenia, i są zobowiązani do przyłączenia się do systemu dystrybucyjnego. Wyłącznie w przypadku, kiedy operator systemu dystrybucyjnego odmówi — ze względu na nałożone wymagania techniczne i eksploatacyjne — przyłączenia odbiorcy do swego systemu, urządzenia zainteresowanego odbiorcy mogą być przyłączone do systemu przesyłowego. Wnioskodawcy argumentowali, że wspomniany art. 15 ust. 2 ustawy nie przyznaje odbiorcy energii elektrycznej swobody wyboru między systemem przesyłowym a systemem dystrybucyjnym w celu dokonania przyłączenia jego urządzeń. Tymczasem art. 20 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 czerwca 2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej [dalej: dyrektywa] nie ustanawia wyraźnego ograniczenia w zakresie przyłączenia urządzeń odbiorcy energii elektrycznej do systemu przesyłowego ani obowiązku dokonania takiego przyłączenia wyłącznie do systemu dystrybucyjnego.

Litewski SK uznał, że wykładni art. 15 ust. 2 ustawy w sprawie energii elektrycznej, w brzmieniu nadanym ustawą nr IX-2307 z 1 lipca 2004 r., należy dokonywać z uwzględnieniem dyrektywy. Zawiesił postępowanie i zwrócił się do ETS z pytaniem: Czy art. 20 dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że zobowiązuje on państwa członkowskie do przyjęcia uregulowań, na mocy których każda osoba trzecia ma prawo swobodnego [według własnego uznania] wyboru systemu — przesyłowego lub dystrybucyjnego — do którego chce mieć dostęp, a operator danego systemu jest zobowiązany ten dostęp zapewnić, jeśli system elektroenergetyczny ma konieczną zdolność.

ETS udzielił odpowiedzi na postawione pytanie prejudycjalne w wyroku z 9 października 2008 r., w sprawie C-239/07. Wskazał — po pierwsze — że wykładni art. 20 dyrektywy będącej przedmiotem pytania prejudycjalnego należy dokonywać w ten sposób, że określa on zobowiązania państw członkowskich jedynie w odniesieniu do dostępu, a nie przyłączenia stron trzecich do systemów przesyłowych i dystrybucyjnych energii elektrycznej. Po drugie, art. 20 dyrektywy nie stanowi, iż system dostępu do systemów, który państwa członkowskie zobowiązane są wdrożyć, ma umożliwić uprawnionemu odbiorcy możliwość wyboru, według własnego uznania, rodzaju systemu, do którego pragnie zostać przyłączony. Po trzecie, art. 20 dyrektywy nie sprzeciwia się obowiązywaniu uregulowań krajowych, które stanowią, iż urządzenia uprawnionego odbiorcy mogą zostać przyłączone do systemu przesyłowego wyłącznie, jeżeli operator systemu dystrybucyjnego odmówi — ze względu na nałożone wymagania techniczne i eksploatacyjne — przyłączenia do systemu dystrybucyjnego urządzeń uprawnionego odbiorcy znajdujących się na obszarze określonym w konce-

sji operatora systemu dystrybucyjnego. ETS zaznaczył jednak, że to do sądu krajowego należy zbadanie, czy wdrożenie i stosowanie tego systemu dla użytkowników systemu odbywa się na podstawie obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów. Litewski SK uwzględniając odpowiedź na przedstawione pytanie prejudycjalne orzekł w wyroku z 4 grudnia 2008 r. sygn. 47/04, że zakwestionowany przez parlamentarzystów przepis ustawy nie narusza konstytucji Republiki Litewskiej.

Z przedstawionej wcześniej analizy praktyki orzeczniczej sądów konstytucyjnych, które aktywnie korzystają z art. 267 TFUE, należy stwierdzić — po pierwsze — że zadane dotąd przez sądy konstytucyjne pytania prejudycjalne powstawały w trakcie rozpatrywania spraw zawisłych w ramach różnego typu procedur. Postępowanie prejudycjalne inicjowane było zarówno w trakcie dokonywania kontroli norm (w trybie konkretnym oraz abstrakcyjnym), jak i w trakcie realizowania innych funkcji sądu konstytucyjnego (np. sądu wyborczego). Po drugie, trzeba podkreślić, że ETS (TS) zdecydowanie popiera tego typu praktykę i bez względu na różnice w ustrojowej roli, zakresie kognicji oraz innych niż kontrola konstytucyjności kompetencjach wskazanych wcześniej sądów konstytucyjnych, uznaje je za sądy w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE (wcześniej art. 234 TWE). Oznacza to, że TS przyjmuje, że nie tylko dokonywanie kontroli konstytucyjności w trybie konkretnym, lecz także i w trybie abstrakcyjnym oraz realizowanie innych kompetencji, takich jak orzekanie o ważności wyborów czy też dokonywanie powszechnie wiążącej wykładni ustaw, traktowane jest przez ETS jako spór sądowy, będący jednym z elementów definicji sądu w procedurze prejudycjalnej.

Należy zaznaczyć, że w corocznym zestawieniu TS dotyczącym składania pytań prejudycjalnych przez organy mające uprawnienia do badania hierarchicznej zgodności norm, wyliczone zostały — co prawda — również organy sądownicze innych państw, a mianowicie Sąd Najwyższy Cypru (Ανώτατο Δικαστήριο), Sąd Najwyższy Danii (Højesteret), Naczelny Sąd Administracyjny Finlandii (Korikein hallinto-oikeus), Izba Konstytucyjna Estonii składająca się z sędziów Sądu Najwyższego (Riigikohus), Sąd Najwyższy Irlandii (Supreme Court), Sąd Konstytucyjny Włoch (Corte Costituzionale), Rada Państwa Holandii (Raad Van State), Sąd Kasacyjny Szwecji (Högsta domstolen) oraz Izba Lordów Wielkiej Brytanii (House of Lords)⁴⁷. Jednak wymienione organy albo nie mieszczą się w przyjętej w niniejszym opracowaniu definicji sądu konstytucyjnego (czyli wyodrębnionego i niezależnego organu państwowego funkcjonującego w systemie scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa), albo pomimo spełniania tego kryterium nie należą do sądów konstytucyjnych od początku korzystających z procedury prejudycjalnej. W przyjętej definicji sądu konstytucyjnego nie mieszczą się — po pierwsze — organy państw członkowskich, w któ-

⁴⁷ Dane na dzień 31 grudnia 2011 r.; statystyka dostępna na stronie: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_stat_cour_final_pl.pdf>, s. 111–113 sprawozdania rocznego z 2010 r. Należy zaznaczyć, że statystyka ta nie wyróżnia precedensowego pytania prejudycjalnego hiszpańskiego TK, który do 2011 r., podobnie jak włoski SK do 2008 r. wyraźnie negował możliwość skorzystania z procedury prejudycjalnej.

rych przyjęto model całkowicie (Dania, Finlandia, Szwecja) lub częściowo (Irlandia, Cypr) zdecentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa. Po drugie, przyjętych kryteriów definicyjnych sądu konstytucyjnego nie spełniają również brytyjska Izba Lordów oraz holenderska Rada Państwa, gdyż zarówno Wielka Brytania jak i Holandia należą do państw nieprzewidujących w swym porządku konstytucyjnym możliwości kontroli konstytucyjności prawa⁴⁸. *Judicial review* w Wielkiej Brytanii oraz w Holandii ogranicza się do badania zgodności aktów prawnych z prawem traktatowym⁴⁹. W przypadku włoskiego Sądu Konstytucyjnego przyczyną wyłączenia z grupy sądów konstytucyjnych od początku korzystających z procedury prejudycjalnej jest dostrzeżalna w orzecznictwie tego sądu zdecydowana zmiana stanowiska z negacji możliwości występowania z pytaniami prejudycjalnymi do uznania możliwości przedstawienia pytania prejudycjalnego w postępowaniach zainicjowanych w jednym z dwóch możliwych trybów wszczynania kontroli konstytucyjności norm. Z tej racji sąd ten razem z hiszpańskim Trybunałem Konstytucyjnym tworzy oddzielną kategorię sądów, które na pewnym etapie integracji zmieniły swe początkowe nastawienie.

2. Sądy konstytucyjne, które zmieniły stanowisko w kwestii wnoszenia pytań prejudycjalnych

Druga kategoria sądów konstytucyjnych to sądy, które początkowo wyraźnie negowały swój status sądu z art. 234 TWE, jednak zmieniły swoje stanowisko i zadały co najmniej jedno pytanie prejudycjalne. Jak wskazano wcześniej, do tej kategorii sądów zaliczają się aktualnie włoski Sąd Konstytucyjny [dalej: SK] oraz hiszpański Try-

⁴⁸ W przypadku Wielkiej Brytanii brak systemu kontroli konstytucyjności prawa (zarówno zcentralizowanego jak i zdecentralizowanego) wynika z zasady suwerenności parlamentu (szerzej na ten temat por. J. Goldworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford 1999). Z kolei w Holandii w art. 120 konstytucji jest wyraźny zakaz dokonywania kontroli konstytucyjności aktów parlamentu oraz traktatów. Warto przy tym zaznaczyć, że przepis ten nie został zawarty w pierwotnej wersji konstytucji holenderskiej z 1814 r., lecz został dodany nowelą konstytucyjną z 1848 r. W doktrynie prawa ostrzegano wówczas, że tego rodzaju normę łatwiej jest przyjąć do systemu prawa niż ją następnie uchylić. Tezę tę należy uznać za proroczą, biorąc pod uwagę, że brak systemu kontroli konstytucyjności prawa jest jednym z najbardziej charakterystycznych elementów holenderskiego porządku konstytucyjnego, który przetrwał również znaczącą reformę konstytucyjną z 1983 r. W 2002 r. F. Halsema, z partii Zielonej Lewicy (Groen Links) wniósł projekt zmiany art. 120 konstytucji, przewidujący dokonywanie w ograniczonym stopniu kontroli konstytucyjności prawa przez sądy, jednak nie został przyjęty przez parlament (szerzej na ten temat por. G. van Schyff, *Constitutional Review by Judiciary in the Netherlands: A Bridge Too Far?*, strony dostępne na: http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol11-No2/PDF_Vol_11_No_02_275-290_Developments_Gerhard_van_der_Schyff.pdf).

⁴⁹ W przypadku Wielkiej Brytanii ograniczony zakres swego rodzaju *judicial review* jest przede wszystkim efektem inkorporacji do systemu prawa brytyjskiego EKPC. Uchwalony w 1998 r. Human Rights Act [dalej: HRA] w sekcji 3(1) przewiduje możliwość orzeczenia przez sąd tzw. deklarację niezgodności. Deklaracja taka nie powoduje uchylecia aktu parlamentu i — co więcej — nie ma wpływu jedynie na zastosowanie danego aktu w konkretnej sprawie, co znacząco różni brytyjską koncepcję od amerykańskiego systemu *constitutional review* z charakterystycznym efektem *inter partes* orzeczenia sądu. Przyjęta w HRA deklaracja niezgodności jest jednak spójna z tradycyjną koncepcją suwerenności parlamentu. Z kolei w Holandii art. 94 konstytucji przewiduje kontrolę zgodności krajowych aktów normatywnych z traktatami międzynarodowymi. Ta paradoksalna sytuacja (sąd powinien zbadać zgodność aktu z traktatem, lecz nie może zbadać zgodności traktatu z konstytucją ani zgodności aktu z konstytucją) jest wynikiem charakterystyczne dla Holandii monizmu prawnego oraz supremacji prawa międzynarodowego nad konstytucją.

bunał Konstytucyjny [dalej: TK]. Włoski SK, po ponad dekadzie od zanegowania *expressis verbis* w swym orzecznictwie możliwości wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym, w postanowieniu z 15 kwietnia 2008 r. sygn. 103/2008 skorzystał z art. 234 TWE. Z kolei hiszpański TK zmienił stanowisko w postanowieniu z 9 czerwca 2011 r. sygn. ATC 86/2011⁵⁰.

Włoski SK tezę o braku możliwości skorzystania z procedury prejudycjalnej postawił w postanowieniu z 29 grudnia 1995 r. (sygn. 536/1995). Rozstrzygana wówczas sprawa została zainicjowana w trybie pytania prawnego (*via incidentale*) przez podatkową komisję odwoławczą w Padwie. Komisja wniosła o zbadanie zgodności z art. 76 konstytucji przepisów zawartych w rozporządzeniach podatkowych. Na ich podstawie organ podatkowy nałożył na spółkę *Messaggero Servizi* opłaty i podatki związane z podwyższeniem kapitału. W postępowaniu odwoławczym przed komisją strony domagały się uchylecia niektórych opłat i zastosowania do innych stawki jednolitej, zgodnie z dyrektywą wspólnotową z 1969 r. w sprawie podatków od gromadzenia kapitału. W analizowanym postanowieniu SK uznał, że nie może występować do ETS z wnioskiem o dokonanie interpretacji przepisów prawa wspólnotowego. Argumentując na rzecz tej tezy wskazał, że jako organ kontroli konstytucyjnej — ze względu na różnice między swoimi zadaniami a zadaniami właściwymi dla sądów powszechnych czy szczególnych — nie jest sądem w rozumieniu art. 234 TWE. Dodał też, że jeżeli rozstrzygnięcie sprawy zależy od wyjaśnienia treści prawa wspólnotowego, co wymaga przedstawienia pytania prejudycjalnego, ewentualne zainicjowanie procedury w ramach art. 234 TWE będzie należeć do organu inicjującego postępowanie przed SK. Organ taki powinien jednak tego dokonać przed wystąpieniem z wnioskiem o dokonanie kontroli konstytucyjności⁵¹.

Przyczyny takiego stanowiska włoskiego SK należy upatrywać przede wszystkim w ukształtowanym we włoskiej doktrynie prawa przekonaniu o odrębności funkcji kontroli konstytucyjności prawa od innych pionów władzy, w tym m.in. od władzy sądowniczej⁵². Ponadto, teza o braku możliwości korzystania z art. 234 TWE była prostą konsekwencją poglądu przyjętego w słynnym wyroku w sprawie *Granital*⁵³, zgodnie z którym badanie zgodności przepisów krajowych z rozporządzeniem wspólnotowym należy do kompetencji sądów właściwych do stosowania tych przepisów (sądów powszechnych lub szczególnych), także wówczas, gdy w państwie istnieje odrębny sąd konstytucyjny. Innymi słowy, SK w 1984 r. uznał, że — co do zasady — prawo wspólnotowe nie może stanowić wzorca kontroli w postępowaniu przed tym organem. Skutkowało to uznaniem, że SK nie może znaleźć się w sytuacji, w której

⁵⁰ Tekst postanowienia dostępny na stronie: <www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod+10386>.

⁵¹ Stan faktyczny i tezy postanowienia na podstawie: zob. przypis 17, s. 201–202.

⁵² Por. F. Fontanelli, G. Martinico, *Cooperative Antagonists. The Italian Constitutional Court and the Preliminary Reference; Are We Dealing with a Turning Point?*, „Erin Stein Working Paper” 2008, nr 5, dostępne na: <<http://www.ericsteinpapers.eu>>, s. 12–13; podobnie: G. Martinico, *Preliminary Reference...*, s. 7–8.

⁵³ Wyrok z 5 lipca 1984 r., nr sprawy 170/84.

będzie musiał dokonać wykładni przepisów prawa wspólnotowego. Co prawda, w swoim orzecznictwie SK przyjął kilka wyjątków od tej zasady, jednak samo założenie i wynikająca z niej reguła nie uległy zmianie⁵⁴.

Odwrót od wyrażonej w 1995 r. tezy nastąpił w trakcie rozpatrywania sprawy nr 4 dotyczącej kontroli konstytucyjności ustawy regionalnej Sardynii z 11 maja 2006 r., nakładającej specjalny podatek regionalny na osoby fizyczne i prawne, które korzystają z określonego rodzaju statków lub samolotów, zatrzymują się w celach turystycznych w sardyńskich portach lub na lotniskach, a także mają miejsce pobytu zarejestrowane dla celów podatkowych poza Sardinia. Postępowanie zainicjowane zostało przez rząd, który zarzucił kwestionowanym normom naruszenie przepisów art. 49 TWE, art. 81 w związku z art. 3 lit. g) i t) TWE oraz art. 87 TWE, wnosząc jednocześnie o wystąpienie przez SK z pytaniem prawnym do ETS.

Wpływ na zmianę stanowiska SK miało kilka czynników. Nie bez znaczenia z pewnością była zarówno praktyka innych sądów konstytucyjnych korzystających z procedury prejudycjalnej, jak i „zakamuflowana” w tezach orzeczeń Traghetti⁵⁵ i Köbler⁵⁶ presja ze strony ETS, który zaznaczył, że brak wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym przez sąd ostatniej instancji może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa. Innym czynnikiem wpływającym na odwrót od tezy wyrażonej w 1995 r. była reforma konstytucyjna z 2001 r., na mocy której zmieniono m.in. brzmienie art. 117 włoskiej konstytucji⁵⁷. We Włoszech od momentu przystąpienia do EWG aż do 2001 r. jedynym przepisem o funkcji integracyjnej był bardzo ogólnie sformułowany art. 11, zgodnie z którym „Włochy wyrzekają się wojny jako instrumentu zamachu na wolność innych narodów i jako środka rozwiązywania sporów międzynarodowych; wyrażają zgodę, pod warunkiem wzajemności ze strony innych państw, na ograniczenia suwerenności konieczne dla ładu, który zabezpieczy pokój i sprawiedliwość między narodami; popierają i wspomagają organizacje międzynarodowe dążące do takiego celu”⁵⁸. Art. 117, regulujący podział kompetencji prawodawczych między państwo a regiony, zawiera obecnie wyraźne odwołanie do prawa UE, stanowiąc w zdaniu 1, że władza ustawodawcza jest sprawowana przez państwo oraz regiony z zachowaniem postanowień konstytucji, a ponadto uwarunkowań wynikających z prawa wspólnotowego oraz ze zobowiązań międzynarodowych. Powoduje to, że trudno jest uznać, iż przepisy wspólnotowe (przepisy UE) stanowią nieadekwatny wzorzec kontroli w procesie badania hierarchicznej zgodności norm.

⁵⁴ Szerzej na ten temat por. F. Fontanelli, G. Maritino, *Cooperative Antagonists...*, s. 5–6.

⁵⁵ Wyrok ETS z 13 czerwca 2003 r., nr sprawy C-173/03.

⁵⁶ Wyrok ETS z dnia 30 września 2003 r., nr sprawy C-224/01.

⁵⁷ Zob. ustawa konstytucyjna z 18.10.2001, nr 3 (GU z 24.10.2001, nr 248), szerzej na temat reformy tytułu V konstytucji włoskiej, por. G.C. De Martin, *Aktualne problemy konstytucjonalizmu włoskiego: nowelizacje konstytucyjne przyjęte oraz in itinere (w postępowaniu ustawodawczym)*, [w:] *Konstytucjonalizm włoski i polski w aktualnych fazach jego przemian*, red. Z. Witkowski, Toruń 2005, s. 29 i n. oraz F. Adornato, *Państwo i regiony w obecnym ustroju konstytucyjnym Włoch*, [w:] *Konstytucjonalizm włoski...* s. 49 i n.

⁵⁸ Szerzej na ten temat por. A. Kustra, *Ewolucja wykładni art. 11 Konstytucji Włoch z 1947 r. w orzecznictwie Sądu Konstytucyjnego „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 9.*

Co ciekawe, włoski SK dokonał zmiany swego dotychczasowego stanowiska w sposób dorozumiany, uznając je za kolejny etap spójnej linii orzeczniczej a nie swoistą rewolucję w dotychczasowym *case-law*. Takie ujęcie SK zagwarantował sobie poprzez rozpatrywanie oddzielnie dopuszczalności skorzystania z art. 234 TWE na gruncie dwóch funkcjonujących we włoskim porządku konstytucyjnym trybów inicjowania kontroli konstytucyjności prawa. Pierwszy tryb ma charakter kontroli abstrakcyjnej, a więc niezwiązanej bezpośrednio z konkretną sprawą toczącą się przed sądem. Dla określenia tego trybu w języku włoskim używa się sformułowania *via principale*, co można tłumaczyć jako „podstawową”, czy też „zasadniczą” drogę inicjowania kontroli norm⁵⁹. Konstytucyjną podstawę prawną dla inicjowania kontroli konstytucyjności w ramach *via principale* stanowi art. 127 konstytucji Włoch, zgodnie z którym: „Jeśli Rząd uzna, że ustawa regionalna została wydana z przekroczeniem kompetencji regionu, może, w ciągu sześćdziesięciu dni od jej opublikowania, wystąpić z wnioskiem w sprawie jej zgodności z konstytucją do Sądu Konstytucyjnego” (ust.1). Z kolei: „Jeżeli region uzna, że ustawa lub akt mający moc ustawy państwa albo innego regionu narusza jego zakres kompetencji, może wystąpić, w ciągu sześćdziesięciu dni od publikacji ustawy albo aktu mającego moc ustawy, z wnioskiem w sprawie jej zgodności z konstytucją do Sądu Konstytucyjnego” (ust. 2). Oznacza to, że zasadniczy tryb wszczynania kontroli legalności prawa we Włoszech odnosi się do relacji państwo–regiony i może być inicjowany w relatywnie krótkim czasie od dnia wejścia w życie kwestionowanej regulacji. Państwo może zaskarżyć regionalny akt prawny, natomiast region może kwestionować akt państwowy lub akt normatywny wydany przez inny region. Zakwestionowanie danego aktu normatywnego odbywać się będzie zawsze w kontekście naruszenia (zazwyczaj przekroczenia) swych kompetencji przez państwo albo region.

Drugi tryb wszczynania kontroli norm ma charakter kontroli konkretnej, określanej w języku włoskim mianem *via incidentale*. Zainicjowanie kontroli konstytucyjności w tym trybie oznacza przedstawienie SK przez sąd rozpatrujący konkretną sprawę pytania prawnego. Norma przyznająca tę kompetencję SK ma na poziomie konstytucji charakter dorozumiany. Jest rekonstruowana z art. 134, który ogólnie określa kompetencje i zakres kognicji SK. W postanowieniu odsyłającym z 15 kwietnia 2008 r., włoski SK stwierdził, że jest jedynym sądem orzekającym w przedmiocie wniosków pochodzących od państwa lub regionów *in via principale*. Jeśli więc w sprawie zainicjowanej w tym trybie SK nie miałby możliwości wystąpienia z pytaniem prawnym do ETS, wówczas pod znakiem zapytania stałaby jednolitość stosowania prawa wspólnotowego.

ETS udzielił odpowiedzi na zadane pytanie prejudycjalne w wyroku z 17 listopada 2009 r. (sprawa nr C-169/08), stwierdzając — po pierwsze — że art. 49 WE powinien być interpretowany w ten sposób, że utrudnia obowiązywanie przepisów podat-

⁵⁹ Jest to jednak termin mylący, gdyż zdecydowana większość orzeczeń wydawana jest w trybie kontroli konkretnej. Por. Z. Witkowski, *Ustrój konstytucyjny współczesnych Włoch w aktualnej fazie jego przemian 1989–2004*, Toruń 2004, s. 383.

kowych władz regionalnych, takich jak przewidziane w art. 4 ustawy nr 4 regionu Sardynii z dnia 11 maja 2006 r., ustanawiającej różne przepisy w sprawie przychodów, reklasyfikacji wydatków, polityki społecznej i rozwoju w brzmieniu nadanym przez art. 3 ust. 3 ustawy nr 2 regionu Sardynii z 29 maja 2007 r., uchwalającej przepisy w sprawie opracowania rocznego i wieloletniego budżetu regionu ustawą budżetową na 2007 r., które ustanawiając regionalny podatek od postoju w celach turystycznych statków powietrznych przeznaczonych do transportu prywatnego osób oraz rekreacyjnych jednostek pływających, obciążały jedynie osoby fizyczne i prawne mające rezydencję podatkową poza terytorium regionu.

Po drugie, ETS wyjaśnił również, że art. 87 ust. 1 TWE powinien być interpretowany w ten sposób, że przepisy podatkowe władz regionalnych ustanawiające regionalny podatek od postoju, taki jak będący przedmiotem postępowania przed sądem krajowym — który obciąża jedynie osoby fizyczne i prawne mające rezydencję podatkową poza terytorium regionu — stanowią środek pomocy państwa na rzecz przedsiębiorców mających siedzibę na tym terytorium.

Biorąc pod uwagę wyrok ETS w sprawie C-169/08 włoski SK w wyroku z 17 czerwca 2010 r. (sygn. 216/2010) orzekł niekonstytucyjność zakwestionowanego art. 4 ustawy nr 4 regionu Sardynii z 11 maja 2006 r., w brzmieniu nadanym przez art. 3 ust. 3 ustawy nr 2 regionu Sardynii z 29 maja 2007 r., jednocześnie stwierdzając, na mocy art. 27 ustawy z 11 marca z 1953 r. o funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego, odzyskanie mocy obowiązującej zakwestionowanego przepisu w poprzednim brzmieniu.

Dokonując analizy zmiany stanowiska drugiego z sądów zaliczonych do omawianej grupy, a więc hiszpańskiego TK, warto podkreślić, że sąd ten do 2011 r. stanowisko negujące możliwość przedstawienia pytania prejudycjalnego opierał na argumentacji podobnej do rozumowania włoskiego SK z lat 1995–2008. Hiszpański TK uznawał bowiem, że badanie zgodności prawa krajowego z prawem wspólnotowym należy do sądów powszechnych. Takie stanowisko determinowało odmowę uznania prawa UE za adekwatny wzorzec kontroli w postępowaniu przed hiszpańskim TK. TK przedstawił powyższy pogląd w wyroku z 13 grudnia 1993 r., sygn. STC 372/1993⁶⁰, w którym stwierdził, że nie należy on do organów stojących na straży przestrzegania prawa wspólnotowego, a kontrola zgodności normy krajowej z prawem wspólnotowym należy w Hiszpanii do sądów powszechnych⁶¹. Wskazał, że skoro określona

⁶⁰ BOE nr 16 z 19 stycznia 1994 r. Postępowanie zostało zainicjowane w trybie skargi konstytucyjnej (*recurso de amparo*). Skarżący, skazany w procesie karnym za próbę nielegalnego wywozu pewnej sumy pieniężnej do Francji, zarzucił naruszenie swoich praw konstytucyjnych dotyczących postępowania sądowego i odpowiedzialności karnej. Bezszykownie sugerował TK skierowanie do ETS pytania prejudycjalnego o wykładnię dyrektywy wspólnotowej 88/361 w sprawie liberalizacji transakcji z zagranicą, mającej pierwszeństwo przed prawem hiszpańskim. Argumentacja skarżącego opierała się na tezie, iż wspomniana dyrektywa nakazuje całkowitą liberalizację przelewów pieniężnych i systemu kontroli wymiany pieniężnej na obszarze wspólnoty. TK w wyroku z 13 grudnia 1993 r. skargę oddalił. Stan faktyczny sprawy przedstawiony na podstawie opracowania: *Relacje między...*, s. 94–95.

⁶¹ Grunt pod tę tezę został już przygotowany we wcześniejszym orzeczeniu z 14 lutego 1991 r. o sygn. STC 28/1991, w którym TK odmówił prawa UE rangi prawa konstytucyjnego, a z tego z kolei wywiódł, że rozstrzygnięcie ewentualnej kolizji między normą prawa krajowego a prawa UE nie należy do zakresu jego kognicji. W takim przypadku właściwe są sądy powszechne.

(wówczas) w art. 177 TWE procedura pytań prejudycjalnych sądów krajowych do ETS dotyczy spraw, w których stosuje się prawo wspólnotowe i ma na celu przede wszystkim zapewnienie jednolitej wykładni tego prawa, to biorąc pod uwagę poprzednią tezę, TK nie jest organem właściwym do przedstawiania pytania prejudycjalnego.

Analiza tego stanowiska prowadzi do wniosku, że negocjowanie przez TK możliwości przedstawienia pytania prejudycjalnego było nie tyle konsekwencją uznania przez ten organ, że nie spełnia on definicji sądu z art. 267 ust. 3 TFUE, co wynikało z przyjęcia przez TK bezpiecznej koncepcji „oddzielnych pól kognicji” TK oraz ETS.

Warto zaznaczyć, że hiszpański TK, zmieniając stanowisko w 2011 r. i występując do ETS z dwoma pytaniami prejudycjalnymi, w przeciwieństwie do włoskiego SK nie przedstawił żadnej pogłębionej argumentacji tej „orzeczniczej wolty”. Co więcej, skierowanie obu pytań prejudycjalnych nastąpiło w związku ze sprawą przedmiotowo bardzo podobną do już wcześniej rozstrzygniętej przez TK sprawy o sygn. STC 199/2009. Zarówno sprawa 199/2009, zakończona wyrokiem z 28 września 2009 r., jak i sprawa ATC 86/2011, w związku z którą TK zdecydował się zmienić dotychczasowe stanowisko, dotyczą konstytucyjnoprawnych problemów związanych z implementacją decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania [dalej: ENA] z 2002 r.⁶² ostatnio znowelizowanej w 2009 r.⁶³ W obu wypadkach chodziło o kwestię konstytucyjności wykonania ENA wobec osoby skazanej zaocznie w innym kraju członkowskim UE. W sprawie STC 199/2009 Audiencia Nacional zgodził się na przekazanie brytyjskiego obywatela władzom Rumunii na podstawie ENA w celu odbycia przez niego 4-letniej kary więzienia za przestępstwo seksualne wykorzystywania osób nieletnich. Zarówno postępowanie w pierwszej instancji, jak i apelacyjne w Rumunii odbyło się pod nieobecność oskarżonego. Jego obrona została przeprowadzona przez prawnika przez niego ustanowionego. Hiszpański TK w wyroku z 29 września 2009 r. przyznał skarżącemu częściową ochronę konstytucyjną w celu zabezpieczenia jego prawa do przeprowadzenia rozprawy sądowej z zachowaniem wszelkich gwarancji i uchylił wyrok Audiencia Nacional. Jednak uznał, że przekazanie oskarżonego do innego państwa na podstawie ENA, pozbawione możliwości odwołania się od orzeczonej kary, naruszyło prawo skarżącego do procesu z zachowaniem wszelkich gwarancji procesowych. TK uznał wówczas, że obecność na rozprawie obrońcy nie może być porównywana z osobistym stawiennictwem oskarżonego. Tylko bowiem fizyczna obecność oskarżonego na rozprawie umożliwia pełne skorzystanie z prawa do obrony⁶⁴.

⁶² Decyzja Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie ENA i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi; Dz.U. L 190, s. 1.

⁶³ Decyzja Rady z dnia 26 lutego 2009 r., zmieniająca decyzje ramowe 2002/584/WSiSW, 2005/214/WSiSW, 2006/783/WSiSW, 2008/909/WSiSW oraz 2008/947/WSiSW i tym samym wzmacniająca prawa procesowe osób oraz ułatwiająca stosowanie zasady wzajemnego uznawania do orzeczeń wydanych pod nieobecność danej osoby na rozprawie, Dz.U. L 81, s. 24.

⁶⁴ Stan faktyczny sprawy przedstawiony na podstawie opracowania: *Wzajemne relacje...*, s. 98–99. Warto też zaznaczyć, że do omawianego wyroku hiszpańskiego TK dwóch sędziów (R. Zapata oraz P. Tremps) złożyło zdania odrębne, w których stwierdzili m.in., że oskarżony nie został pozbawiony środków obrony w postępowaniu karnym, gdyż sam dokonał wyboru obrońcy, aby nie uczestniczyć w postępowaniu.

Sprawa ATC 86/2011, w związku z którą hiszpański TK skierował swoje pierwsze pytania prejudycjalne do TS, dotyczyła obywatela Włoch (Melloni), który został we Włoszech skazany wyrokiem zaocznym na karę 10 lat pozbawienia wolności za przestępstwo pozornego bankructwa. W trakcie postępowania przed organami włoskiego wymiaru sprawiedliwości Melloni był reprezentowany przez dwóch, wybranych przez siebie, prawników. W dniu 8 czerwca 2004 r., Sąd Apelacyjny w Bolonii wydał ENA wobec oskarżonego. 1 sierpnia 2008 r. został on zatrzymany na terenie Hiszpanii. 12 grudnia 2008 r., właściwy organ hiszpańskiego wymiaru sprawiedliwości — Audiencia Nacional — postanowił wykonać ENA wobec zatrzymanego i przekazać go władzom Włoch. Warto zaznaczyć, że decyzja ta zapadła jeszcze przed wydaniem omawianego wcześniej orzeczenia hiszpańskiego TK w sprawie STC 199/2009. Audiencia Nacional uznał, że chociaż wyrok włoskiego sądu został wydany zaocznie, to Melloni wiedział o procesie sądowym i zdecydował się nie stawić w sądzie. Ponadto, wybrał dwóch broniących go adwokatów. Melloni złożył do hiszpańskiego TK skargę konstytucyjną (*recurso de amparo*), skarżąc naruszenie jego prawa do sądu (słusznego procesu) zagwarantowanego w art. 24 ust. 2 hiszpańskiej konstytucji. Jego zdaniem, naruszenie prawa do sądu było wynikiem wydania wyroku skazującego pod jego nieobecność. Tym razem hiszpański TK przed rozstrzygnięciem sprawy zdecydował się zmienić dotychczasowe stanowisko i przedstawić TS trzy pytania prejudycjalne⁶⁵. W pierwszym wniósł o odpowiedź, czy art. 4a ust. 1 decyzji ramowej z 2002 r. w sprawie ENA w brzmieniu obecnie obowiązującym, nadanym decyzją ramową 2009/299/WSISW, należy interpretować w ten sposób, że zakazuje on sądom krajowym w przypadkach wskazanych w tym przepisie uzależnienia wykonania ENA od warunku, iż sprawa zakończona danym wyrokiem skazującym będzie mogła być ponownie rozpatrzona w celu zapewnienia oskarżonemu prawa do obrony⁶⁶. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, wniósł też o udzielenie odpowiedzi, czy art. 4a ust. 1 decyzji ramowej w sprawie ENA z 2002 r. jest zgodny z wymogami wynikającymi z prawa do skutecznej ochrony sądowej i sprawiedliwego procesu zawartymi w art. 47 oraz z prawem od obrony zawartym w art. 48 ust. 2 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej [dalej: Karty]. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie drugie, TK wniósł o ustalenie, czy art. 53 Karty interpretowany zgodnie z wykładnią systemową w związku z prawami zawartymi w art. 47 i 48 Karty zezwala państwu członkowskiemu na uzależnienie przekazania osoby skazanej zaocznie od umożliwienia ponownego rozpoznania sprawy zakończonej wyrokiem skazującym w państwie wydającym

⁶⁵ Stan faktyczny przedstawiony na podstawie: A.T. Torres, *Spanish Constitutional Court. Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door*; *Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011*, „European Constitutional Law Review” 2012, nr 8, s. 107. Warto przy tym zaznaczyć, że do wspomnianego postanowienia sądu z 9 czerwca 2011 r. sędzieja P. Tremps złożył zdanie odrębne. Zdaniem tego sędziego, prounijna interpretacja przepisów konstytucji hiszpańskiej pozwalała na zmianę dotychczasowej doktryny pośredniego naruszenia istoty konstytucyjnego prawa, a tym samym nie wymagała formułowania pytania prejudycjalnego. Tak więc, paradoksalnie, złożone zdanie odrębne, mimo iż krytykuje fakt skorzystania z procedury prejudycjalnej, idzie o krok dalej w „proeuropejskim” nastawieniu niż większość składu HTK. Por. tamże, s. 124.

⁶⁶ Sprawa zawisła przed TS została oznaczona sygn. C-399/11.

nakaz, poprzez przyznanie w ten sposób tym prawom szerszego poziomu ochrony niż wynikający z prawa Unii Europejskiej, w celu uniknięcia wykładni ograniczającej lub naruszającej prawo podstawowe zawarte w konstytucji państwa członkowskiego.

Dotychczas TS nie rozstrzygnął sprawy Melloni⁶⁷. Z pewnością sprawa ta pokazuje możliwe kolizje w zakresie gwarantowanych standardów ochrony praw jednostki w różnych systemach prawnych (krajowym, unijnym oraz konwencyjnym)⁶⁸. Niezależnie od oczekiwanego orzeczenia TS (który może próbować uniknąć odpowiedzi na „niewygodne” pytania hiszpańskiego TK) trzeba podkreślić, że postanowienie hiszpańskiego TK z 9 czerwca 2011 r. wskazuje na tendencję wzrostową w korzystaniu przez sądy konstytucyjne z procedury prejudycjalnej. Można więc postawić zasadne pytanie, dlaczego hiszpański TK zdecydował się na zmianę stanowiska akurat w tej sprawie.

Jak wspomniano, hiszpański TK nie przedstawił rozbudowanej argumentacji na rzecz zmiany dotychczasowej linii orzeczniczej. Stwierdził jedynie, że w sprawie ATC 86/2011, w przeciwieństwie do poprzednich, w tym i do sprawy z 2009 r., interpretacja przepisów dyrektywy w sprawie ENA z 2002 r. oraz przepisów Karty ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. TK nie zrezygnował więc z koncepcji rozdzielnych pól kognicji, której podstawowym elementem jest teza o niedopuszczalności przywoływania przepisów UE jako bezpośredniego wzorca kontroli w postępowaniu przed TK. Organ ten dostrzegł jednak, że niekiedy, nawet gdy w postępowaniu nie stosuje bezpośrednio przepisów prawa UE, to przepisy te mogą mieć istotne znaczenie dla interpretacji wzorców konstytucyjnych.

A.T. Pérez, analizując tło sprawy ATC 86/2011, wskazał na kilka hipotetycznych przyczyn zmiany dotychczasowego kierunku orzecznictwa. Po pierwsze, z systemowego punktu widzenia pewien wpływ na modyfikację stanowiska przez hiszpański TK miał fakt wejścia w życie Traktatu z Lizbony [dalej: TL]. Z jednej strony, zmodyfikowany przez TL art. 4 ust. 2 TUE, wyraźnie stanowi o konieczności respektowania przez UE tożsamości narodowej (w tym i konstytucyjnej państw członkowskich), a hiszpański TK jeszcze w deklaracji 1/2004 zaznaczył, że respektowanie konstytucyjnych praw i wolności może stanowić nieprzekraczalną granicę dla procesu integracji z UE. Z drugiej zaś strony, TL zlikwidował dotychczasową trójfilarową strukturę UE, wzmacniając tym samym rangę aktów wydawanych przez organy UE w ramach dotychczasowego drugiego i trzeciego filaru. Z pewnością pewnym impulsem była modyfikacja decyzji ramowej w sprawie ENA z 2009 r., która uwypukliła wcześniej już dostrzegany konflikt między zasadą wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych a konstytucyjnymi gwarancjami prawa do sądu. Być może, za podjęciem decyzji o przedstawieniu pytań prejudycjalnych przemawiała również obawa przed odpowiedzialnością odszkodowawczą państwa za naruszenie prawa UE. Gdyby bowiem w sprawie skargi konstytucyjnej Melloniego hiszpański TK orzekł tak samo, jak w sprawie z 2009 r., mógłby spowodować pociągnięcie do odpowiedzialności odszko-

⁶⁷ Stan na 30 czerwca 2012 r.

⁶⁸ Szerzej na ten temat: A.T. Torres, *Spanish...*, s. 110–119.

dowawczej Hiszpanię z tytułu naruszenia decyzji ramowej w sprawie ENA. Jest całkiem prawdopodobne, że na zmianę stanowiska hiszpańskiego TK wpłynęły też inne względy takie jak, „dobry przykład” ze strony innych sądów konstytucyjnych (w tym i włoskiego SK), wybór czterech nowych sędziów hiszpańskiego TK, obawa przed lekceważeniem orzeczenia podtrzymującego pogląd wyrażony w 2009 r. przez Audiencia Nacional, jak również krytyczna ocena dotychczasowego stanowiska w doktrynie prawa⁶⁹.

3. Sądy konstytucyjne uznające się za sądy z art. 267 ust. 3 TFUE, które nie wniosły jak dotąd pytania prejudycjalnego

Trzecią kategorię stanowią sądy konstytucyjne tych państw członkowskich, które — co prawda — nie skorzystały jeszcze z procedury prejudycjalnej, jednak w swym orzecznictwie dopuszczają taką możliwość w przyszłości, jeżeli „nadarzy się do tego okazja”. Do tej grupy sądów można zaliczyć czeski Sąd Konstytucyjny⁷⁰. W swych dotychczasowych orzeczeniach czeski SK kilkakrotnie rozważał kwestię wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym, jednak za każdym razem albo powołując się na doktrynę *acte éclairé*⁷¹, albo na doktrynę *acte clair*⁷² stwierdzał, że nie ma takiej potrzeby⁷³. Innymi słowy, *implicite*, poprzez samo rozważanie kryteriów konieczności wystąpienia z pytaniem prawnym SK uznawał się za sąd w rozumieniu art. 267 TFUE. W *obiter dictum* do wyroku z 25 stycznia 2006 r. w sprawie o sygn. II ÚS 14/04 czeski SK dopuścił możliwość wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym w sprawach skarg konstytucyjnych na akty stosowania prawa, w których — zdaniem skarżącego — naruszone zostało jego konstytucyjne prawo do sądu poprzez fakt zaniechania przez sąd niższej instancji wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym do TS. Jednak w wyroku w sprawie kwot cukrowych zaznaczył, że rola sądu konstytucyjnego w postępowaniu prejudycjalnym jest specyficzna i przynajmniej w procedurze abstrakcyjnej kontroli konstytucyjności norm dosyć ograniczona⁷⁴.

Do tej kategorii sądów należy też portugalski Trybunał Konstytucyjny, który uznał, w wyroku z 23 maja 1990 r. w sprawie o sygn. 163/90, że wiąże go dyspozycja art. 234 TWE, jednak jak dotąd nie przedstawił TS żadnego pytania prejudycjalnego. Można też zaliczyć, przynajmniej w teorii, niemiecki FTK, który zarówno w słynnym wyroku Solange I⁷⁵, jak i w nieco późniejszym orzeczeniu w sprawie Vielleicht⁷⁶, stwier-

⁶⁹ Tak powody podjęcia decyzji o sformułowaniu pytań prejudycjalnych przedstawia A.T. Pérez, *Constitutional Dialogue...*, s. 121–122.

⁷⁰ Por. O. Hamul’ák, *The Czech Constitutional Court and the Question of an Active Use of the preliminary Ruling Procedure*, [w:] R. Somssich, *Central and Eastern Countries After and Before the Accession*, Budapest 2011, t. 2, s. 121.

⁷¹ Zob. wyrok z 8 marca 2006 r., sygn. Pl. ÚS 50/04 (kwoty cukrowe).

⁷² Zob. wyroki z: 30 czerwca 2008 r., sygn. IV ÚS 154/08, 24 lipca 2008 r., sygn. III ÚS 2738/07, 10 września 2008 r., sygn. II ÚS 2733/07; 17 września 2008 r., sygn. ÚS 1324/08.

⁷³ Szerzej O. Hamul’ák, *The Czech...*, s. 126 i n.

⁷⁴ Zob. wyrok z 8 marca 2006 r., sygn. Pl. ÚS 50/04 (kwoty cukrowe), por. też O. Hamul’ák, *The Czech...*, s. 126 i n.

⁷⁵ Orzeczenie Drugiego Senatu FTK z 29 maja 1974 r. w sprawie BvL 52/71.

⁷⁶ Orzeczenie Drugiego Senatu FTK z 25 maja 1979 r. w sprawie BvL 6/77.

dził, że czuje się związany dyspozycją art. 234 TWE. Można więc uznać, po tym ustaleniu, że jest to sąd „czekający na okazję” do zadania pytania prawnego. Jednak, jak wskazuje F. Mayer, wątpliwości budzi fakt ewidentnych zaniechań w tej kwestii, m.in. w trakcie orzekania w tzw. sprawie Maastricht. Wówczas problem przyjęcia odpowiedniej wykładni przepisów wspólnotowych FTK rozwiązał przez powołanie na świadka na rozprawie dyrektora generalnego Służby Prawnej Komisji Europejskiej, a nie poprzez wydanie postanowienia odsyłającego⁷⁷. Zdaniem wspomnianego autora, FTK nie skorzystał również z nadarzającej się okazji przedstawienia pytania prejudycjalnego przy rozpatrywaniu sprawy zgodności z konstytucją działalności Narodowodemokratycznej Partii Niemiec (NPD)⁷⁸. Stąd też, pomimo formalnego uznania przez FTK związania art. 267 TFUE — jak na razie — unika on korzystania w praktyce z procedury prejudycjalnej.

Sądem, który przynajmniej w pewnym zakresie i hipotetycznie uznał się za sąd w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE jest także polski Trybunał Konstytucyjny [dalej: TK]. W wyroku z 11 maja 2005 r. o sygn. akt K 18/04⁷⁹ w sprawie konstytucyjności Traktatu akcesyjnego, TK analizując zgodność z konstytucją procedury prejudycjalnej, stwierdził m.in., że gdyby zdecydował się wystąpić z pytaniem prejudycjalnym do ETS dotyczącym ważności bądź treści aktu prawa wspólnotowego, to — po pierwsze — powinien to uczynić w ramach realizacji kompetencji orzeczniczych określonych w art. 188 Konstytucji (a więc w zgodzie z tym unormowaniem), a — po drugie — tylko w przypadkach, w których w zgodzie z konstytucją miałyby orzekając stosować prawo wspólnotowe. Gdyby TK zdecydował się wystąpić z pytaniem prejudycjalnym do ETS (lub Sądu Pierwszej Instancji) dotyczącym ważności bądź treści aktu (przepisu) prawa wspólnotowego, to — po pierwsze — powinien to uczynić w ramach realizacji kompetencji orzeczniczych określonych w art. 188 Konstytucji, a — po drugie — tylko w przypadkach, w których w zgodzie z konstytucją, miałyby orzekając stosować prawo wspólnotowe⁸⁰. Bliższa analiza wyrażonego w wyroku o sygn. akt K 18/04 stanowiska prowadzi do wniosku, że hipotetyczna sytuacja sformułowania pytania prejudycjalnego przez TK może dotyczyć tylko bardzo ograniczonego katalogu sytuacji. Po pierwsze, TK uznał się za sąd w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE tylko w zakresie realizowania swojej podstawowej kompetencji, a więc kontroli hierarchicznej zgodności norm (a nie np. rozstrzygania sporów kompetencyjnych). Po drugie, takie pytanie mogłoby być sformułowane tylko w sytuacji, gdyby TK stosował prawo UE. Otwartą kwestią pozostaje zdefiniowanie stosowania prawa UE przez TK. Można ten warunek interpretować zarówno wąsko (prawo EU jako

⁷⁷ Por. F. Mayer, *The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in a Multilevel System*, „Jean Monnet Working Paper” 2003, nr 9, dostępne na stronie: <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/030901-03.pdf>>, s. 10

⁷⁸ Tamże.

⁷⁹ OTK ZU 2005, seria A, nr 5, poz. 49.

⁸⁰ Por. pkt 11.1. uzasadnienia wyroku. Szerzej analizuje tę tezę orzeczniczą M. Bobek, *Learning to talk: preliminary rulings, the courts of the new member states and the Court of Justice*, „Common Market Law Review” 2008, t. 45, s. 1632–1637.

bezpośredni przedmiot albo wzorzec kontroli), jak i szeroko (prawo UE jako element wpływający na interpretację norm prawa krajowego stanowiących przedmiot lub wzorzec kontroli).

4. Sądy konstytucyjne, które nie zajęły wyraźnego stanowiska w kwestii wnoszenia pytań prejudycjalnych

Ostatnią grupę tworzą te sądy konstytucyjne, które jak dotąd nie zajęły wyraźnego stanowiska w kwestii ustalania własnego statusu jako „sądu” w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE. Do tej kategorii sądów można zaliczyć m.in. słowacki Sąd Konstytucyjny oraz słoweński Sąd Konstytucyjny. Pierwszy ze wspomnianych sądów w wyroku z 12 maja 2005 r., Pl ÚS 8/04 (ustawa antidyskryminacyjna I) zanegował możliwość przedstawienia ETS pytania prejudycjalnego w tym konkretnym przypadku, wskazując, że przedmiotem kontroli w rozstrzyganej wówczas sprawie była zgodność ustawy z konstytucją. Zdaniem sądu, w przypadku kontroli konstytucyjności ustawy, nawet jeżeli stanowi ona implementację dyrektywy wspólnotowej, nie ma obowiązku korzystania z procedury prejudycjalnej⁸¹. Z kolei słoweński SK w postanowieniu z 8 lipca 2004 r.⁸², przyznał, że podziela wątpliwości sądów państw członkowskich, które skierowały pytanie prejudycjalne do ETS, jednak podkreślił, że zarzuty wnioskodawców w zawieszłej sprawie pokrywają się z argumentacją przedstawioną w pytaniach prejudycjalnych wniesionych przez inne sądy. Stąd też słoweński SK uznał, że nie ma potrzeby, by formułować kolejne pytanie prejudycjalne⁸³.

W obu omawianych przypadkach sądy konstytucyjne zanegowały możliwość skorzystania z procedury prejudycjalnej w konkretnym przypadku, jednak bez wyraźnego ustalenia, czy negacja ta ma wymiar tylko jednostkowy, czy też generalny. Uzasadnienia rozstrzygnięć zarówno słowackiego, jak i słoweńskiego sądu konstytucyjnego sugerują uznanie, że sądy te nie negują całkowicie możliwości przedstawienia pytania prejudycjalnego, jednak — jak wskazano — jest to tylko jedna z możliwych interpretacji tych orzeczeń.

Do grupy sądów konstytucyjnych, które nie zajęły jak dotąd stanowiska w kwestii wnoszenia pytań prejudycjalnych, należą sądy, które w ogóle milczą na ten temat w swych europejskich orzeczeniach. Do takich sądów zaliczyć można m.in. rumuński Sąd Konstytucyjny oraz węgierski Sąd Konstytucyjny. Oczywiście taka sytuacja może być m.in. wynikiem restrykcyjnie pojmowanej zasady skargowości postępowania przed tymi organami, czy też niewykształconym „europejskim orzecznictwem” danego sądu. Nie zmienia to jednak faktu, że — jak dotąd — wskazane wcześniej sądy konstytucyjne nie wypowiadały się co do hipotetycznej możliwości sformułowania pytania prejudycjalnego. Biorąc pod uwagę prawidłowość, zgodnie z którą z momentem przystąpienia danego państwa do UE przed sądem konstytucyjnym danego kraju po-

⁸¹ Por. *Relacje...*, s. 112.

⁸² Sygn. C-453/03 ABNA, Rec. 2005, s. I-10423.

⁸³ Por. M. Kawczyńska, *Procedura pytań prejudycjalnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Doświadczenia prawne pierwszych lat członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, D. Dudziak, Kraków 2010, s. 194, przypis 70.

jawia się coraz więcej spraw wymagających określenia przez sąd konstytucyjny własnego statusu w odniesieniu do Trybunału Sprawiedliwości UE, należy jednak oczekiwać, że również i te sądy, które jak dotąd milczą w kwestii stosowania art. 267 TFUE, w końcu zajmą w tej sprawie stanowisko.

IV. UWAGI KOŃCOWE

Kwestia ustalenia, czy sądy konstytucyjne państw członkowskich są sądami w rozumieniu art. 267 ust. 3 TFUE, ma istotny wpływ na ukształtowanie obecnie i w przyszłości relacji między krajowym sądownictwem konstytucyjnym a TS. Trybunał luksemburski formułując kryteria definicyjne sądu z art. 267 TFUE nie stwierdza — co prawda — że każdy sąd konstytucyjny, niezależnie od jego usytuowania w ramach systemu organów państwa danego kraju członkowskiego, jest sądem ostatniej instancji w rozumieniu art. 267 TFUE. Jednak przyjmując pytania prejudycjalne od wszystkich krajowych sądów konstytucyjnych, które dotychczas zdecydowały się wydać postanowienie odsyłające, nie tylko aprobeuje, lecz również zachęca inne sądy konstytucyjne do podejmowania działań w tym kierunku. Przyjęta w orzecznictwie ETS (TS) teza o odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za zaniechanie sądu krajowego ostatniej instancji w kwestii przedstawienia pytania prejudycjalnego była ostrzeżeniem wobec tych sądów konstytucyjnych, które wyraźnie negowały możliwość skorzystania z art. 267 TFUE (np. Hiszpania). Aktualnie nadal odgrywają taką rolę wobec sądów, które pomimo uznania się za sąd w rozumieniu art. 267 ust. 3, nie przedstawiają pytań prejudycjalnych przy „nadarzającej się okazji” (np. Niemcy).

W moim przekonaniu, otwarty konflikt na tym polu między Luksemburgiem a krajowymi sądami konstytucyjnymi jest mało prawdopodobny. Nawet okresy największych rozbieżności między tezami wyrażanymi w orzecznictwie ETS a uzasadnieniami wyroków krajowych sądów konstytucyjnych można nazwać — co najwyżej — czasem „zimnej wojny”, a nie otwartego konfliktu. Aktualnie daje się raczej zaobserwować tendencję do „wychodzenia naprzeciw” procedurze prejudycjalnej przez najbardziej odporne w tej kwestii sądy. Najlepszym tego przykładem jest zmiana stanowiska przez włoski SK⁸⁴. Symptomatyczne jest też w tym kontekście rozważanie kwestii swojego statusu jako sądu ostatniej instancji z art. 267 TFUE przez sądy konstytucyjne tzw. nowych państw członkowskich (np. czeski SK).

Rezerwa, z jaką podchodzą niektóre sądy konstytucyjne do postępowania prejudycjalnego, ma dwojaki przyczyny. Z jednej strony, jest to obawa przed dobrowolnym postawieniem się w sytuacji proceduralnego podporządkowania wobec TS. Z drugiej zaś, są to obiektywne wątpliwości, czy dany sąd konstytucyjny w ogóle spełnia kryteria definicyjne z art. 267 ust. 3 TFUE. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest w ogólnym ujęciu pozytywna, to nadal mogą pozostawać zastrzeżenia, co do spełnienia np. warunku sporności postępowania w procedurze abstrakcyjnej kontroli konstytucyjno-

⁸⁴ Por. też orzeczenie Drugiego Senatu niemieckiego FTK z 6 lipca 2010 r. w sprawie Mangold, sygn. 2 BvR 2661/06.

ści. Jak wykazano, praktyka orzecznicza sądów konstytucyjnych państw członkowskich (*vide* włoski SK) pokazuje, że niekiedy przeciwnie, sądy te uznają się za właściwe do przedstawienia pytania prejudycjalnego w postępowaniach zainicjowanych w trybie abstrakcyjnej kontroli, a uchylają się od stosowania art. 267 TFUE w trakcie rozpatrywania spraw wszczętych w trybie kontroli konkretnej.

Czy zróżnicowana praktyka sądów konstytucyjnych państw członkowskich w zakresie korzystania z procedury prejudycjalnej powinna być automatycznie oceniana negatywnie? Z pewnością TS będzie dążyć — w możliwie największym stopniu — do ujednolicenia tej praktyki. Jednolite stosowanie art. 267 TFUE wpisuje się w szeroko rozumianą ideę homogeniczności w procesie stosowania prawa europejskiego przez sądy krajowe. Jednak — w moim przekonaniu — różnice w podejściu poszczególnych sądów konstytucyjnych, jeżeli nie wynikają jedynie z obawy przed proceduralnym podporządkowaniem wobec TS, lecz mają głębsze podłoże związane z tradycjami konstytucyjnymi danego państwa, ustrojową rolą danego sądu konstytucyjnego, zakresem jego kognicji i trybami inicjowania postępowania przed tym organem, powinny być akceptowane. Skoro bowiem brak jest jednolitego modelu sądownictwa konstytucyjnego w przestrzeni prawnej UE, różnice w określaniu przez poszczególne sądy konstytucyjne swojej roli w tworzeniu proceduralnego dialogu z TS są tego naturalną konsekwencją.

SUMMARY

of the article:

Constitutional Courts and the Procedure for Preliminary Ruling
before the Court of Justice of the European Union

In this article, the author provides an analysis of judicial practice of constitutional courts in EU Member States in relation to their use of preliminary questions. She declares that, in the context of taking position concerning their own status under Article 267(3) TFEU, constitutional courts of Member States may be divided into four categories. The first category is composed of those courts which have made at least one reference for a preliminary ruling, thereby recognizing themselves as courts within the meaning of Article 267. The second category consists of courts which, initially, explicitly considered that they didn't match the definition of a court under Article 267, established by the Luxembourg Case Law and, then, changed their position. The third category is made up of courts which, even if recognizing themselves as courts within the meaning of Article 267(3) TFEU, do not adopt the procedure for preliminary ruling in practice. The fourth group are those constitutional court which have not taken clear position on this issue. In the article, a narrow definition of a constitutional court is used. According to this definition a constitutional court is a separate and independent State authority whose main function is to review the constitutionality of laws. This means that, in that sense, only courts and tribunals functioning within the system of centralized review of the constitutionality of laws may be considered as constitutional courts.

The author argues that differences in the positions of individual constitutional courts on making reference for preliminary ruling result not only from their attitude to the relation between the constitutional court and the Court of Justice, which means the defence of law to the „last word” or a strongly co-operative attitude to the Court of Justice. They are also a consequence of the diversity of the systems for review of the constitutionality of laws in different Member States. The latter reason is especially important when considering the individual elements of the definition adopted in the Court of Justice case-law.

The question of whether the constitutional courts of the Member States are courts within the meaning of Article 267(3) TFEU, has a significant impact on shaping current and future relationship between the national constitutional legal system and the Court of Justice. When formulating the criteria for the definition of the court under Article 267 TFEU, the Luxembourg Court does not state that any constitutional court, regardless of its location within the system of State bodies of the Member State concerned, is the court of last resort within the meaning of Article 267 TFEU. However, accepting references for preliminary ruling from all national constitutional courts that have decided to make such reference, the Court not only approves, but also encourages other constitutional courts to take action to this aim. The concept, well established in the jurisprudence of the ECJ (Court of Justice), of state liability for failure by the national court of last instance to make reference for a preliminary ruling, pose a warning to those constitutional courts that explicitly deny the possibility of using Article 267 TFEU, or, even if recognizing themselves as a court within the meaning of Article 267(3), do not make reference for preliminary ruling when the opportunity to do so arises.

The author notes that a diverse practice of constitutional courts of Member States in the use of the preliminary ruling procedure should not necessarily be judged negatively. Certainly, the Court of Justice will strive — as much as possible — to standardize this practice. Consistent application of Article 267 TFEU is part of a broadly defined concept of homogeneity in the application of European law by national courts. However, differences in attitudes of individual constitutional courts do not merely result from a fear of procedural submission to the Court of Justice, but is deeply rooted in the constitutional traditions of the country concerned, the role of the Constitutional Court in the system of government, the scope of its cognition and modes for initiating proceedings before that body, should be allowed. For since there is no single model of constitutional justice within the EU legal space, differences in defining by individual constitutional courts of their role in creating procedural dialogue with the Court of Justice are its natural consequence.

COFNIĘCIE WNIOSKU I JEGO SKUTKI PRAWNE W POSTĘPOWANIU PRZED TRYBUNAŁEM KONSTYTUCYJNYM

I. WPROWADZENIE

1. Zakres i cel opracowania

Z obecnej praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego wynika, że obowiązujące przepisy skutkują związaniem Trybunału co do decyzji o wycofaniu wniosku. W celu dokonania próby oceny zasadności bezwzględnego związania wycofaniem wniosku w pierwszej kolejności przeprowadzono i przedstawiono praktykę orzeczniczą dotyczącą tego zagadnienia. Przeprowadzona analiza zarówno obowiązujących przepisów, jak i praktyki postępowania skłania do uwag *de lege lata* oraz postulatów *de lege ferenda*.

Do określenia faktycznego znaczenia cofnięcia wniosku, a w szczególności granic związania TK decyzją o cofnięciu konieczna jest szersza analiza praktyki orzeczniczej Trybunału i sposobu interpretacji art. 39 ust. 1 pkt 2 oraz art. 31 ust. 2 ustawy o TK. Niniejsze opracowanie oparte jest na analizie wszystkich 111 postanowień o umorzeniu postępowania z powodu cofnięcia wniosku (w tym postanowień zamieszczonych pod sentencją wyroku) wydanych od wejścia w życie ustawy z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym¹ [dalej: ustawa o TK] do końca czerwca 2012 r. Większość spraw, w których Trybunał umorzył postępowanie w następstwie cofnięcia wniosku², dotyczy postępowania w sprawie kontroli konstytucyjności aktów normatywnych. Z praktyki orzeczniczej Trybunału wynika dopuszczalność cofnięcia wniosku również w przypadku innych postępowań³.

2. Podstawy prawne

Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy o TK wnioskodawca może do rozpoczęcia rozprawy wycofać wniosek, pytanie prawne albo skargę. Z kolei art. 39 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK stanowi, że Trybunał na posiedzeniu niejawnym umarza postępowanie na skutek cofnięcia wniosku, pytania prawnego albo skargi konstytucyjnej. Ustawa o TK w sposób wystarczający reguluje kwestie skutków cofnięcia wniosku w postępowaniu przed TK. Dlatego też nie ma podstaw do stosowania art. 20 ustawy o TK, zgodnie z którym w sprawach nieuregulowanych w tej ustawie do postępowania przed Trybunałem stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.)⁴.

¹ Dz.U. Nr 102, poz. 643, z późn. zm.

² W dalszej części opracowania pojęcie wniosek rozumiane jest w sposób szeroki: jako wniosek, skarga konstytucyjna oraz pytanie prawne, chyba że w tekście w sposób wyraźny mowa jest o wniosku w znaczeniu wąskim.

³ Zob. postanowienie TK z 16 lipca 2003 r., sygn. akt Pp 1/02 (OTK ZU 2003, seria A, nr 6, poz. 71) wydane w związku z określoną w art. 188 pkt 4 Konstytucji kompetencją Trybunału do orzekania o zgodności celów lub działalności partii politycznych z konstytucją.

⁴ Tak też: L. Bosek, M. Wild, *Kontrola konstytucyjności prawa. Zagadnienia ustrojowe, procesowe i materialnoprawne*, Warszawa 2011, s. 133; M. Wiącek, *Pytanie prawne sądu do Trybunału Konstytucyj-*

3. Zakres cofnięcia wniosku

Cofnięcie wniosku może dotyczyć wszystkich zarzutów sformułowanych przez wnioskodawcę bądź ich części. W przypadku cofnięcia wniosku w całości, w praktyce orzeczniczej postępowanie na ogół⁵ podlega umorzeniu co do wszystkich zarzutów i nie jest kontynuowane z uwagi na brak przedmiotu, którego mogłoby dotyczyć. Cofnięcie wniosku w części zawsze dotyczy konkretnego zarzutu niezgodności kwestionowanego przepisu z określonym wzorcem kontroli. Wnioskodawca może cofnąć wniosek albo co do kontroli określonego aktu normatywnego niższego rzędu (przedmiotu kontroli)⁶, albo co do kontroli z określonym aktem normatywnym wyższego rzędu (wzorca kontroli)⁷. Ingerencja w przypadku cofnięcia wniosku co do badania z określonym wzorcem kontroli ogranicza się jedynie do zawężenia podstawy kontroli konstytucyjności — kwestionowany przepis dalej jednak będzie podlegał ocenie zgodności z innymi aktami normatywnymi wyższego rzędu, wskazanymi przez wnioskodawcę⁸. Natomiast przy cofnięciu wniosku co do przedmiotu kontroli skutki dla zakresu postępowania są bardziej istotne; w takiej sytuacji następuje bowiem zawężenie aktów normatywnych podlegających badaniu w danej sprawie, a określony element systemu prawnego nie zostanie poddany ocenie TK. Należy również zauważyć, że jedną z form cofnięcia wniosku może być modyfikacja wniosku (rozumiana jako zmiana zakresu zaskarżenia polegająca na jednoczesnym cofnięciu części zarzutów i sformułowaniu nowych) przez wnioskodawcę⁹.

nego, Warszawa 2011, s. 339. Odmienny, lecz zasługujący na uwagę pogląd prezentuje A. Józefowicz, który wskazuje na dopuszczalność odpowiedniego stosowania w postępowaniu przed TK odpowiednich przepisów k.p.c., z uwagi na brak wyczerpującego uregulowania instytucji cofnięcia wniosku w postępowaniu przed TK (zob. A. Józefowicz, *Glosa do postanowienia z 13 IX 2000, K 24/99*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1, s. 107–109).

⁵ Nie dotyczy to sytuacji, gdy w wyniku połączenia spraw w postępowaniu występuje więcej niż jeden wnioskodawca, a jednocześnie co najmniej jeden z nich nie cofnął wniosku w całości.

⁶ Zob. np. wyroki TK z: 4 grudnia 2007 r., sygn. akt K 26/05, OTK ZU 2007, seria A, nr 11, poz. 153; 23 lutego 2010 r., sygn. akt K 1/08, OTK ZU 2010, seria A, nr 2, poz. 14.

⁷ Zob. np. wyroki TK z: 8 marca 2004 r., sygn. akt SK 23/03, OTK ZU 2004, seria A, nr 3, poz. 18; 5 października 2004 r., sygn. akt U 2/04, OTK ZU 2004, seria A, nr 9, poz. 88; 16 czerwca 2011 r., sygn. akt SK 41/09, OTK ZU 2011, seria A, nr 5, poz. 40.

⁸ Zdaniem K. Wojtyczka, decyzja wnioskodawcy o zawężeniu podstaw kontroli nie wiąże TK (zob. K. Wojtyczek, *Zasada skargowości w procedurze kontroli norm przed polskim Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 1, s. 38). W praktyce jednak TK umarza postępowanie w części dotyczącej kontroli z wzorcami, w zakresie których cofnięto wniosek.

⁹ Możliwość modyfikacji wniosku w przypadku niektórych podmiotów (skarżący, wniosek prezydenta złożony w trybie art. 122 ust. 4 Konstytucji) jest jednak ograniczona czasowo z uwagi na terminy na wystąpienie do TK. Zdarza się, że — mimo modyfikacji wniosku — problem konstytucyjny w sprawie nie zostaje zmieniony, np. w sprawie zakończonej wyrokiem TK z 15 czerwca 1998 r., sygn. akt U 9/97 RPO zmodyfikował wniosek pismem przed rozprawą w związku z wydaniem przez ministra finansów nowego rozporządzenia dotyczącego tej samej problematyki co rozporządzenie kwestionowane w pierwotnym wniosku Rzecznika. RPO zakwestionował identyczną regulację zawartą w nowym rozporządzeniu ministra finansów (OTK ZU 1998, nr 4, poz. 51). Z kolei w sprawie zakończonej wyrokiem TK z 4 kwietnia 2001 r., sygn. akt K 11/00, modyfikacja wniosku miała miejsce częściowo pismem procesowym (zawężenie przedmiotu kontroli) częściowo na rozprawie (wskazanie nowego przedmiotu kontroli, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 54).

4. Postanowienia o umorzeniu w związku z cofnięciem wniosku

Wskazane postanowienie — w zależności od zakresu, w jakim cofnięto wniosek — może dotyczyć całego wniosku lub tylko części zarzutów. W wyniku cofnięcia wniosku w całości TK, co do zasady, wydaje na posiedzeniu niejawnym postanowienie o umorzeniu postępowania¹⁰. Z kolei cofnięcie wniosku w części na ogół kończy się wydaniem wyroku, pod którym umieszczone jest postanowienie o umorzeniu postępowania co do zakresu zaskarżenia, w którym cofnięto wniosek. Można wskazać dwie sytuacje, w których częściowe cofnięcie wniosku kończy się wydaniem osobnego postanowienia niezamieszczonego pod treścią wyroku. Po pierwsze, kiedy Trybunał pomimo częściowego cofnięcia postępowania umorzył postępowanie w całości z innych przyczyn¹¹. Po drugie, w przypadku cofnięcia wniosku pismem przed rozprawą TK okazjonalnie wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania w części, w której cofnięto wniosek, po czym rozpoznaje sprawę na rozprawie i wydaje wyrok co do pozostałych zarzutów¹².

II. MOTYWY WYCOFANIA WNIOSKU

1. Wprowadzenie

Wnioskodawca nie zawsze ujawnia przyczyny cofnięcia wniosku, a przyczyna wskazana w uzasadnieniu nie musi być wcale rzeczywistym powodem wycofania wniosku. Nie budzi wątpliwości, że podstawową i najczęstszą przyczyną cofnięcia wniosku jest „odpadnięcie” celu, dla którego wnioskodawca wszczął postępowanie przed Trybunałem. Wszak *nihil fit sine causa*, a wszelkie działania wnioskodawcy w ramach postępowania przed Trybunałem, w tym samo wszczęcie tego postępowania, związane są z realizacją określonego celu. Należy zauważyć, że cele te mogą być różne w zależności od tego, jakiego rodzaju podmiot wszczął postępowanie.

¹⁰ Nie dotyczy to jednak sytuacji, w której w określonej sprawie wydano zarządzenie o połączeniu spraw pochodzących od różnych wnioskodawców, a jeden z nich cofnął wniosek w całości, natomiast co do pozostałych Trybunał wydał rozstrzygnięcie merytoryczne. Sytuacja taka miała miejsce w sprawie zakończonej wyrokiem TK z 10 grudnia 2002 r. o sygn. akt K 27/02, w której oprócz Rady Miejskiej w Kostrzynie, która cofnęła wniosek w całości, Trybunał rozpoznawał również wnioski RPO oraz wnioski grupy posłów (OTK ZU 2002, seria A, nr 7, poz. 92). Z kolei jako przykład wydania postanowienia o umorzeniu na rozprawie można wskazać sytuację cofnięcia wniosku w całości na rozprawie (zob. postanowienie z 23 października 2000 r., sygn. akt U 9/99, OTK ZU 2000, nr 7, poz. 261).

¹¹ Postanowienie TK z 2 września 2002 r., sygn. akt K 17/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 5, poz. 68.

¹² Zob. np.: postanowienie TK z 18 listopada 2002 r., sygn. akt K 1/01, OTK ZU 2002, seria A, nr 6, poz. 87; wyrok TK z 26 lutego 2003 r., sygn. akt K 1/01, OTK ZU 2003, seria A, nr 2, poz. 15; postanowienie TK z 23 listopada 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK ZU 2005, seria A, nr 10, poz. 126 oraz wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 32/04, OTK ZU 2006, seria A, nr 11, poz. 132; postanowienie TK z 18 maja 2011 r., sygn. akt Kp 10/09, OTK ZU 2011, seria A, nr 4, poz. 37. W najnowszym orzecznictwie TK w przypadku cofnięcia wniosku w części pismem przed rozprawą Trybunał najczęściej nie wydaje osobnego postanowienia, lecz umarza postępowanie w części, w której cofnięto wniosek postanowieniem zawartym w wyroku (zob. np. wyrok TK z 10 marca 2010 r., sygn. akt U 5/07, OTK ZU 2010, seria A, nr 3, poz. 20).

2. Podmioty legitymowane ogólnie

Dla określonych w art. 191 ust. 1 pkt 1 Konstytucji podmiotów legitymowanych ogólnie (organów państwa lub zasiadających w tych organach)¹³ przyczyną cofnięcia wniosku powinna być najczęściej utrata zagrożenia dla interesu ogólnego, jakim jest hierarchiczna zgodność systemu prawnego. Dotyczy to sytuacji, w której — w wyniku określonego zdarzenia — wątpliwość konstytucyjna będąca przyczyną wystąpienia do TK już nie istnieje.

Tym zdarzeniem może być przede wszystkim określona zmiana legislacyjna przeprowadzona między złożeniem wniosku a rozpoznaniem sprawy przez TK na rozprawie. Wystarczającą podstawę cofnięcia wniosku może stanowić już samo uzyskanie informacji o podjęciu odpowiednich prac legislacyjnych¹⁴. Na ogół jednak cofnięcie wniosku związane jest z już zakończonymi pracami legislacyjnymi nad kwestionowanym aktem normatywnym¹⁵. Na marginesie warto zauważyć, że w takich sytuacjach wnioskodawca często wycofuje wniosek w następstwie pisma TK, który — dostrzegając zmiany legislacyjne dotyczące aktu normatywnego stanowiącego przedmiot postępowania w określonej sprawie — informuje o tym wnioskodawcę, występując jednocześnie o zajęcie stanowiska na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy o TK¹⁶.

Innym zdarzeniem powodującym wyeliminowanie wątpliwości konstytucyjnej u wnioskodawcy i wycofanie wniosku może być wcześniejsze rozstrzygnięcie przez Trybunał innej sprawy, która dotyczyła tego samego przedmiotu czy też problemu¹⁷.

Oprócz wskazanych dwóch obiektywnych przyczyn ustąpienia u wnioskodawcy wątpliwości konstytucyjnej, można wskazać przyczynę subiektywną, czyli zmiannę stanowiska w sprawie. Jest to prawie zawsze powiązane ze zmianą osoby reprezentującej organ legitymowany do wszczęcia postępowania przed TK¹⁸. Wówczas

¹³ Prezydent RP, Marszałek Sejmu, Marszałek Senatu, Prezes Rady Ministrów, 50 posłów, 30 senatorów, Pierwszy Prezes Sądu Najwyższego, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prokurator Generalny, Prezes Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznik Praw Obywatelskich.

¹⁴ W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 21 stycznia 1998 r., sygn. akt K 23/97 RPO cofnął wniosek po oświadczeniu przedstawiciela Sejmu złożonym na rozprawie o podjęciu prac legislacyjnych, które — w ocenie Rzecznika — rozwiązują problem konstytucyjny (OTK ZU 1998, nr 1, poz. 7).

¹⁵ Wnioskodawca wskazuje wówczas w uzasadnieniu pisma o cofnięciu wniosku przykładowo, że: zmiana stanu prawnego spowodowała bezprzedmiotowość wniosku (tak np. w sprawie wszczętej przez prezesa NIK zakończonej postanowieniem TK z 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt U 18/97, OTK ZU 1998, nr 3 poz. 35), nowelizacja kwestionowanych przepisów spełnia oczekiwania wnioskodawcy (zob. postanowienie TK z 27 maja 2003 r., sygn. akt K 43/02, OTK ZU 2003, seria A, nr 5, poz. 45), zmiany legislacyjne usunęły istniejącą dotychczas niezgodność kwestionowanych przepisów z konstytucją (zob. np. postanowienie TK z 18 października 2005 r., sygn. akt K 33/04, OTK ZU 2005, seria A, nr 9, poz. 105; postanowienie TK z 30 stycznia 2006 r., sygn. akt K 19/05, OTK ZU 2006, seria A, nr 1, poz. 14; postanowienie TK z 15 stycznia 2007 r., sygn. akt K 17/06, OTK ZU 2007, seria A, nr 1, poz. 6).

¹⁶ Tak np. postanowienia TK z: 13 września 2000 r., sygn. akt K 24/99, OTK ZU 2000, nr 6, poz. 192; 17 października 2001 r., sygn. akt K 15/00, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 221.

¹⁷ Zob. np.: wyrok TK z 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt K 37/06, OTK ZU 2009, seria A, nr 4, poz. 47; postanowienie TK z 31 marca 2009 r., sygn. akt K 48/07, OTK ZU 2009, seria A, nr 3, poz. 44.

¹⁸ Sytuacja taka najczęściej miała miejsce w przypadku wniosków RPO (zob. np. postanowienia TK z: 21 września 2006 r., sygn. akt K 39/05, OTK ZU 2006, seria A, nr 8, poz. 115; 17 listopada 2010 r., sygn.

wnioskodawca często argumentuje cofnięcie wniosku treścią pisemnych stanowisk innych uczestników postępowania, które wpłynęły na zmianę jego poglądu i uznania niezasadności wcześniejszego twierdzenia o niekonstytucyjności określonego aktu normatywnego¹⁹.

Trzeba dostrzec, niezależnie od wymienionych wcześniej ujawnianych przez wnioskodawców powodów cofnięcia wniosku, że motywy wskazane w treści uzasadnienia pisma o cofnięciu wniosku nie zawsze muszą odpowiadać rzeczywistym przyczynom, które stały za wycofaniem zarzutów o niekonstytucyjności. Nie można wykluczyć, z uwagi na powiązanie piastowania funkcji określonego organu, mającego legitymację wnioskową, ze sferą polityki, że w danej sytuacji wszczęcie postępowania przed Trybunałem, a później wiążące (przy obecnym rozumieniu przepisów przez TK; zob. szerzej pkt IV) cofnięcie wniosku będzie spowodowane przyczynami o charakterze politycznym.

3. Podmioty posiadające ograniczoną legitymację procesową

Podmioty wymienione w art. 191 ust. 1 pkt 2–5 Konstytucji również wycofują wnioski w przypadku, gdy określony cel stanowiący przyczynę wystąpienia do TK został osiągnięty przed rozpoznaniem sprawy. Podmioty te — inaczej niż w przypadku podmiotów posiadających legitymację ogólną — kwestionują regulacje dotyczące spraw objętych ich zakresem działania (por. art. 192 ust. 2 oraz art. 186 ust. 2 Konstytucji). Osiągnięcie celu, dla którego wystąpiono do Trybunału, może być związane z określoną zmianą legislacyjną kwestionowanej regulacji²⁰. Przyczyną cofnięcia wniosku może być również wcześniejsze orzeczenie TK w sprawie dotyczącej zbliżonego problemu²¹. Można również wskazać sprawę, w której wnioskodawca zmienił pogląd co do zasadności zarzutu niekonstytucyjności oraz uznał, że przyczyna wystąpienia do Trybunału nie jest już aktualna i wycofał wniosek²².

akt K 6/10, OTK ZU 2010, seria A, nr 9, poz. 113). Jako przykład można również wskazać sprawę z wniosku prezesa Rady Ministrów (postanowienie TK z 12 grudnia 2005 r., sygn. akt K 49/05, OTK ZU 2005, seria A, nr 11, poz. 142).

¹⁹ Zob. np. postanowienie TK z: 9 czerwca 2008 r., sygn. akt K 8/04, OTK ZU 2008, seria A, nr 5, poz. 89; 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 21/09, OTK ZU 2010, seria A, nr 6, poz. 64.

²⁰ Zob. np. postanowienie TK z 1 marca 2000 r., sygn. akt K 9/98, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 63. W praktyce często sprawy te dotyczą rozporządzenia w sprawie granic jednostek samorządu terytorialnego (zob. np. wyrok TK z 10 grudnia 2002 r., sygn. akt K 27/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 7, poz. 92 oraz postanowienie TK z 8 kwietnia 2003 r., sygn. akt K 1/03, OTK ZU 2003, seria A, nr 4, poz. 34).

²¹ W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 8 czerwca 2009 r., sygn. akt K 35/07 jednostka samorządu terytorialnego cofnęła wniosek, wskazując w piśmie, że rozpoznawana sprawa jest tożsama przedmiotowo ze sprawą już rozstrzygniętą wyrokiem Trybunału (OTK ZU 2009, seria A, nr 6, poz. 90).

²² W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 13 marca 2007 r., sygn. akt K 3/06 wnioskodawca (Rada Miejska) cofnęła wniosek, wskazując, że analiza orzecznictwa skłania do stwierdzenia, że brak jest argumentów przemawiających za skutecznym obaleniem domniemania konstytucyjności kwestionowanego przepisu. Wnioskodawca wskazał również, że „aktualnie oszacowana kwota odszkodowań za nieruchomości jest niższa niż oszacowana pierwotnie”, co oznacza „odpadnięcie” celu, dla którego Rada wystąpiła z wnioskiem do TK (OTK ZU 2007, seria A, nr 3, poz. 35). Należy zauważyć, że wpływ na zmianę stanowiska wnioskodawcy w tej sprawie mogła mieć zmiana składu osobowego Rady spowodowana wyborami samorządowymi z 12 listopada 2006 r.

4. Skarga konstytucyjna

W przypadku postępowań inicjowanych skargą konstytucyjną, celem wnioskodawcy jest przede wszystkim ochrona określonego interesu indywidualnego. Przyczynami cofnięcia skargi konstytucyjnej przed rozpoznaniem sprawy przez TK, wskazywanymi w pismach skarżących, są m.in. osiągnięcie celu w postaci realizacji interesu skarżącego w inny sposób, czy też uznanie, że postępowanie przed Trybunałem stało się dla skarżącego b e z p r z e d m i o t o w e²³. Sytuacja tego rodzaju będzie miała miejsce np. w przypadku pomyślnego dla skarżącego zakończenia sprawy za pomocą innych środków prawnych. Chodzi tutaj zarówno o pomyślne zakończenie postępowania w wyniku wniesienia nadzwyczajnego środka zaskarżenia, przykładowo skargi kasacyjnej²⁴, jak i o sytuacje innego rodzaju. Na ogół jednak skarżący nie podają motywów wycofania skargi²⁵.

5. Pytanie prawne sądu

W postępowaniach wszczętych pytaniem prawnym bezpośrednią przyczyną wystąpienia do TK przez sąd jest powstanie wątpliwości konstytucyjnej, która ma znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy toczącej się przed tym sądem. Podstawowym celem wystąpienia do Trybunału przez sąd nie jest zatem ani osiągnięcie określonego celu indywidualnego, ani też ochrona wartości o charakterze ogólnym, a w szczególności zapewnienie hierarchicznej zgodności systemu prawnego²⁶. Rozstrzygnięcie przez TK określonej wątpliwości konstytucyjnej jest dla sądu niezbędnym narzędziem do rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy, na tle której wystąpiła ta wątpliwość. Jeżeli, w konkretnej sprawie wskutek określonego zdarzenia, wątpliwość ta ustanie bądź też nie będzie już niezbędna dla rozstrzygnięcia tej sprawy, wówczas sąd może podjąć decyzję o cofnięciu pytania prawnego²⁷. Należy zauważyć, że sytuacje te wiążą się jednocze-

²³ Postanowienie TK z 13 lutego 2007 r., sygn. akt SK 62/05, OTK ZU 2007, seria A, nr 2, poz. 18.

²⁴ Zob. postanowienie TK z 31 marca 2011 r., sygn. akt SK 31/09 (OTK ZU 2011, seria A, nr 2, poz. 17). W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 4 marca 1999 r., sygn. akt SK 16/98, skarżąca, po złożeniu skarg konstytucyjnych, podjęła działania mające na celu wydanie nowych decyzji koncesyjnych, w następstwie których KRRiT przeprowadziła nowe postępowanie koncesyjne i przyznała skarżącej nowe koncesje (OTK ZU 1999, nr 2, poz. 26). Z kolei w sprawie zakończonej postanowieniem TK z 9 stycznia 2012 r., sygn. akt SK 9/11, w uzasadnieniu pisma o cofnięciu skargi wskazano, że w wydanej na skutek wniesienia skargi konstytucyjnej decyzji organu emerytalnego został uwzględniony słuszny interes skarżącego, wobec czego wydanie wyroku przez TK nie jest konieczne (OTK ZU 2012, seria A, nr 1, poz. 6).

²⁵ Jako osobliwy przykład uzasadnienia cofnięcia wniosku można wskazać sprawę zakończoną postanowieniem TK z 6 kwietnia 2004 r., sygn. akt SK 17/03, OTK ZU 2004, seria A, nr 4, poz. 34. W piśmie o cofnięciu skargi skarżący wskazał, że „jego sprawa nie jest aż tak istotna, aby przedstawiać ją Trybunałowi Konstytucyjnemu, w którym czekają na rozpoznanie sprawy o najistotniejszym znaczeniu dla państwa i obywateli.”

²⁶ E. Łętowska wskazuje na szersze znaczenie instytucji pytania prawnego, które — umożliwiając dialog z sądami — odgrywa istotną rolę z punktu widzenia „konstytucjonalizacji” prawa i praktyki jego stosowania; zob. E. Łętowska, *Funkcjonalna swoistość kontroli konstytucyjności inicjowana pytaniem sądu i jej skutki*, [w:] *Instytucja prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, red. J. Wawrzyniak, M. Laszkowska, Warszawa 2009, s. 561–562.

²⁷ Na ogół sądy cofają pytanie prawne do wszystkich zarzutów. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której sąd z uwagi na określone okoliczności cofnie pytanie prawne w części (zob. wyrok TK z 5 lipca 2010 r., sygn. akt P 31/09, OTK ZU 2010, seria A, nr 6, poz. 57).

śnie z odpadnięciem jednego z warunków wystąpienia z pytaniem prawnym, tzw. *przesłanki funkcjonalnej*, zgodnie z którą pytanie prawne jest dopuszczalne, jeżeli od orzeczenia TK zależy treść rozstrzygnięcia sprawy, na tle której wystąpiła wątpliwość konstytucyjna.

Reasumując, sąd występuje z pytaniem do TK kierując się nie tyle dążeniem do zapewnienia konstytucyjności systemu prawnego, lecz do wydania rozstrzygnięcia, które będzie odpowiadać standardom konstytucyjnym²⁸. Co więcej, rzeczywiste przyczyny występowania z pytaniem prawnym mają charakter złożony i nie zawsze są ujawniane w uzasadnieniu pytania. Należy bowiem zgodzić się z poglądem, zgodnie z którym: „[...] tylko ktoś bardzo naiwny mógłby przypuszczać, że pytający formułuje pytanie, ponieważ nie zna odpowiedzi. Pytania się przedstawia, oczekując odpowiedzi określonej treści, a ma ona ułatwić pytającemu powzięcie decyzji uznawanej za trudną, czasem nie tyle ze względów intelektualnych, ile taktycznych lub strategicznych. Inaczej mówiąc: postawienie pytania Trybunałowi ma sądowi ułatwić podzielenie się ryzykiem.”²⁹ Sądy wskazują w uzasadnieniu postanowienia o cofnięciu pytania prawnego przyczyny tej decyzji³⁰. Z orzeczeń Trybunału wynika, że cofnięcie pytania prawnego może być związane z określoną zmianą legislacyjną³¹ lub wcześniejszym orzeczeniem TK w innej sprawie³². Ponadto, jako przyczynę cofnięcia pytania prawnego sądy wskazują: skuteczne wycofanie pozwu³³; przedawnienie orzeczonej kary³⁴; skuteczne zaskarżenie postanowienia o zawieszeniu postępowania³⁵.

6. Kontrola prewencyjna

Osobnej uwagi wymaga kwestia cofnięcia wniosku przez prezydenta złożonego w ramach tzw. prewencyjnego trybu kontroli ustaw (art. 122 ust. 4 i 6 Konstytucji). W praktyce Trybunał uwzględnia cofnięcie wniosku przez prezydenta. Nie budzi więk-

²⁸ M. Wild, *Wymagania formalne pytań prawnych w praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, red. A. Siemaszko, Warszawa 2011, s. 359–360.

²⁹ E. Łętowska, *Trudności stawiania pytań i odpowiadania — o dialogu między sądem administracyjnym a sądem konstytucyjnym*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2010, nr 5–6, s. 283–284.

³⁰ M. Wiącek wskazuje wręcz na obowiązek uzasadnienia przez sądy cofnięcia pytania prawnego (zob. M. Wiącek, *Pytanie...*, s. 341–343).

³¹ W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 28 marca 2001 r., sygn. akt P 14/00 sąd uznał bezprzedmiotowość pytania prawnego spowodowaną uchYLENIEM KWESTIONOWANEGO PRZEPISU (OTK ZU 2001, nr 3, poz. 57). Z kolei w sprawie zakończonej postanowieniem TK z 28 czerwca 2006 r., sygn. akt P 5/06 sąd cofnął pytanie w związku z dodaniem przez prawodawcę — w jego ocenie — brakującego elementu normy (OTK ZU 2006, seria A, nr 6, poz. 75).

³² W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 12 października 2011 r., sygn. akt P 54/11 sąd cofnął pytanie prawne wskazał, że w kwestii objętej przedmiotowym pytaniem prawnym TK orzekł we wcześniejszym swoim wyroku (OTK ZU 2011, seria A, nr 8, poz. 89). Podobnie w sprawie zakończonej postanowieniem TK z 24 listopada 1998 r., sygn. akt P 3/98 sąd wskazał, że inne orzeczenie TK spowodowało bezprzedmiotowość pytania prawnego (OTK ZU 1998, nr 7, poz. 121).

³³ Postanowienie TK z 21 września 2010 r., sygn. akt P 21/10, OTK ZU 2010, seria A, nr 7, poz. 71.

³⁴ Postanowienie TK z 5 czerwca 2000 r., sygn. akt P 1/00, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 146.

³⁵ Postanowienie TK z 27 lutego 2007 r., sygn. akt P 44/06, OTK ZU 2007, seria A, nr 2, poz. 19.

szych wątpliwości zawężenie wniosku co do kontroli z określonymi wzorcami³⁶. Należy jednak rozważyć, czy zasadna jest dopuszczalność cofnięcia takiego wniosku co do przedmiotu kontroli w całości³⁷ lub w części³⁸. Należy bowiem zauważyć, że prezydent jest zobowiązany do podpisywania ustaw w terminach przewidzianych w konstytucji. Natomiast wystąpienie do TK wstrzymuje bieg terminu na podpisanie ustawy (art. 122 ust. 6 Konstytucji). W mojej ocenie, ze względu na potencjalne zagrożenie instrumentalnego posłużenia się mechanizmem przewidzianym w art. 122 ust. 4 Konstytucji, w celu odroczenia wejścia w życie ustaw uchwalonych przez parlament, możliwość cofnięcia wniosku przez prezydenta w przypadku kontroli konstytucyjności przeprowadzanej w tym trybie powinna być w ogóle wyłączona. Istnieje bowiem realne zagrożenie dla obchodzenia konstytucyjnych regulacji dotyczących terminu na podpisanie ustawy. Prezydent, występując z wnioskiem w ramach wskazanej procedury, powinien od początku mieć świadomość, że decyzja o wystąpieniu do TK jest nieodwołalna.

III. WARUNKI SKUTECZNEGO COFNIĘCIA WNIOSKU

W orzecznictwie Trybunału wskazuje się, że przy badaniu skuteczności cofnięcia wniosku ocenie podlegają — co do zasady — trzy elementy. Po pierwsze, czy cofnięcie skargi nastąpiło przez podmiot uprawniony i właściwie umocowany. Po drugie, czy spełnia wymagania pisma procesowego. Po trzecie, czy cofnięcie nastąpiło przed rozpoczęciem rozprawy, czyli czy mieściło się w granicach swobodnego uznania wnioskodawcy³⁹.

1. Podmiot legitymowany

Uprawnionym do cofnięcia wniosku jest ten podmiot, który wszczął konkretną sprawę (czyli posiada legitymację do zainicjowania postępowania przed TK i z legitymacji tej skorzystał). W praktyce prawie zawsze podmioty legitymowane do wszczęcia postępowania upoważniają określoną osobę do reprezentowania wnioskodawcy w postępowaniu przed TK. Kwestią zasadniczą jest odpowiedź na pytanie, czy takie upoważnienie obejmuje również cofnięcie wniosku. W przypadku podmiotów posiadających ograniczoną legitymację procesową cofnięcie wniosku poprzedzone jest decyzją (uchwałą) organu legitymowanego do wszczęcia postępowania przed TK⁴⁰. Z treści

³⁶ W sprawie zakończonej wyrokiem TK z 12 kwietnia 2006 r., sygn. akt Kp 2/04 wnioskodawca cofnął wniosek w części co do kontroli z jednym ze wzorców na rozprawie (OTK ZU 2006, seria A, nr 4, poz. 48).

³⁷ Postanowienie TK z 13 października 2010 r., sygn. akt Kp 2/10, OTK ZU 2010, seria A, nr 8, poz. 91.

³⁸ Postanowienie TK z 18 maja 2011 r., sygn. akt Kp 10/09, OTK ZU 2011, seria A, nr 4, poz. 37.

³⁹ Postanowienie TK z 4 marca 1999 r., sygn. akt SK 16/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 26.

⁴⁰ Przykładowo można wskazać uchwały lub inne rozstrzygnięcia: Prezydium Naczelnej Rady Pielęgniarek i Położnych (postanowienie TK z 9 września 2002 r., sygn. akt K 43/01, OTK ZU 2002, seria A, nr 5, poz. 69), Krajowej Rady Komorniczej (postanowienie TK z 24 lutego 2003 r., sygn. akt K 28/02, OTK ZU 2003, seria A, nr 2, poz. 18), Krajowej Rady Notarialnej (postanowienie TK z 6 grudnia 2006 r., sygn. akt K 9/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 11, poz. 173), Naczelnej Rady Adwokackiej (postanowienie TK z 19 maja

uzasadnień orzeczeń Trybunału nie wynika natomiast jednoznacznie, że w przypadku podmiotów posiadających legitymację ogólną również konieczne jest wyrażenie woli o cofnięciu wniosku przez samego wnioskodawcę⁴¹. W przypadku skarg konstytucyjnych w praktyce nie wymaga się od skarżących udzielania osobnego pełnomocnictwa do cofnięcia skargi. W pełni dopuszczalne jest również cofnięcie skargi osobiście przez skarżącego. Natomiast co do cofnięcia pytania prawnego wymagane jest wydanie postanowienia w tej kwestii przez skład orzekający w sprawie, na tle której powstała wątpliwość konstytucyjna, będąca przyczyną wystąpienia do Trybunału⁴².

W mojej ocenie, z uwagi na wagę i skutki cofnięcia wniosku do kontynuowania postępowania, zasadne jest, aby osoba upoważniona miała umocowanie wnioskodawcy do dokonania tej konkretnej czynności także w przypadku innych podmiotów niż sądy czy podmioty posiadające ograniczoną legitymację procesową. Do skutecznego cofnięcia wniosku konieczne jest wyrażenie woli przez samego wnioskodawcę lub upoważnienie określonej osoby do dokonania tej konkretnej czynności.

2. Warunki pisma procesowego

Ustawa o TK nie precyzuje warunków, jakie powinno spełniać pismo procesowe. W tym zakresie, zgodnie z art. 20 ustawy o TK, stosuje się odpowiednio kodeks postępowania cywilnego. Zastosowanie znajduje zatem — w sposób odpowiedni — art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego [dalej: k.p.c.]⁴³, zgodnie z którym każde pismo procesowe powinno zawierać: 1) oznaczenie sądu, do którego jest skierowane, imię i nazwisko lub nazwę stron, ich przedstawicieli ustawowych i pełnomocników; 2) oznaczenie rodzaju pisma; 3) osnovę wniosku lub oświadczenia oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności; 4) podpis strony albo jej przedstawiciela ustawowego lub pełnomocnika; 5) wymienienie załączników.

2011 r., sygn. akt K 28/09, OTK ZU 2011, seria A, nr 4, poz. 38). W sprawie zakończonej postanowieniem TK z 23 marca 2004 r., sygn. akt U 13/02 (OTK ZU 2004, seria A, nr 3, poz. 27) Rada gminy cofnęła swoją uchwałę w sprawie wystąpienia do TK. Należy jednak zauważyć, że w uzasadnieniu wyroku TK z 13 marca 2000 r., sygn. akt K 1/99, wskazano jedynie, że przedstawiciel wnioskodawcy (Rady Ogólnopolskiej Federacji Związków Zawodowych Pracowników Administracji) zawężając wniosek przeprowadził z wnioskodawcą jedynie konsultację w tej kwestii, brak jest natomiast wzmianki o stosownej decyzji samego wnioskodawcy (OTK ZU 2000, nr 2, poz. 59).

⁴¹ Przykładowo można wskazać sprawy z wniosków grupy posłów; zob. wyrok TK z 12 grudnia 2002 r., sygn. akt K 9/02, OTK ZU 2002, seria A, nr 7, poz. 94.

⁴² W uzasadnieniu wyroku TK z 17 maja 1999 r., sygn. akt P 6/98 Trybunał wskazał, że: „Pozycja procesowa sądu jako uczestnika postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym jest swoista. Postanowienie TK tego sądu, formułujące pytanie prawne, podejmuje skład orzekający. Skład ten w szczególności określa zakres i treść pytania oraz sporządza uzasadnienie. [...] W odróżnieniu od wnioskodawców w pozostałych dwóch procedurach (abstrakcyjnej i skargi konstytucyjnej) rola przedstawiciela składu orzekającego uczestniczącego w rozprawie przed Trybunałem jest ograniczona. Może on bardziej szczegółowo omówić problem konstytucyjności zawarty w pytaniu prawnym, może korzystać z prawa polemiki i zadawania pytań; samodzielnie nie może jednak cofnąć pytania prawnego, a nawet zmienić jego treści, gdyż to wymagałoby podjęcia przez skład orzekający odpowiedniego postanowienia, z zachowaniem właściwych wymagań procesowych.” (OTK ZU 1999, nr 4, poz. 76).

⁴³ Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.

Odnosząc się do wymagania uzasadnienia pisma, należy zauważyć, że w praktyce nie wymaga się wskazania powodów cofnięcia wniosku. Przy obecnej treści przepisów dotyczącej cofnięcia wniosku oraz ich interpretacji przez TK, nie ma zatem konieczności uzasadnienia pisma o cofnięcie wniosku złożonego przed rozprawą. Przy rozumieniu przez TK przepisów dotyczących cofnięcia wniosku uzasadnienie jest obecnie wskazane w przypadku cofnięcia dokonanego po rozpoczęciu rozprawy (zob. pkt IV.1). Wówczas wnioskodawca powinien uprawdopodobnić zasadność cofnięcia wniosku. Załączniki do pisma procesowego w sprawie cofnięcia wniosku mogą stanowić przykładowo dokumenty stanowiące podstawę cofnięcia (postanowienie sądu, uchwała właściwego organu) czy też pełnomocnictwo do dokonania tej czynności. Warto również zauważyć, że w praktyce Trybunał nie wymaga wskazania właściwej podstawy prawnej cofnięcia wniosku ani oznaczenia pisma jako dotyczącego cofnięcia wniosku⁴⁴.

3. Moment cofnięcia wniosku

Z dotychczasowej praktyki Trybunału wynika, że cofnięcie wniosku może nastąpić pismem procesowym przed rozprawą albo już na samej rozprawie i to bez względu na jej fazę⁴⁵. Zgodnie z art. 31 ust. 2 ustawy o TK możliwość wycofania wniosku, pytania prawnego lub skargi konstytucyjnej przysługuje wnioskodawcy do rozpoczęcia rozprawy. Przepis ten w praktyce postępowania przed TK nie jest jednak rozumiany jako czasowe ograniczenie samej możliwości cofnięcia wniosku. Nie można zatem przyjąć, że cofnięcie wniosku po rozpoczęciu rozprawy jest z zasady nieskuteczne, gdyż TK uwzględnia cofnięcia wniosków złożone również po rozpoczęciu rozprawy. Osobnym zagadnieniem jest kwestia związania TK cofnięciem wniosku w zależności od fazy postępowania, w której wnioskodawca skorzystał z tej możliwości (zob. pkt IV.1). Cofnięcie wniosku jest w pełni skuteczne i wiążące Trybunał, jeżeli zostanie dostarczone, a nie wysłane do TK przed rozpoczęciem rozprawy⁴⁶. Wiążące jest również cofnięcie wniosku dokonane w dniu, na który wyznaczono rozprawę, ale dostarczone przed rozpoczęciem tej rozprawy⁴⁷.

⁴⁴ Przykładowo w sprawie zakończonej postanowieniem TK z 8 marca 2000 r., sygn. akt K 32/98 pomimo tego, że wnioskodawca wskazał niewłaściwą podstawę prawną, jego pismo zostało uznane za skuteczne cofnięcie wniosku (OTK ZU 2000, nr 2, poz. 64).

⁴⁵ W sprawie zakończonej wyrokiem TK z 19 listopada 2001 r., sygn. akt K 3/00 TK dopuścił cofnięcie wniosku, które miało miejsce podczas wystąpienia końcowego wnioskodawców (OTK ZU 2001, nr 8, poz. 251).

⁴⁶ TK uwzględnia datę wpłynięcia pisma o cofnięciu wniosku, a nie jego nadania; zob. np. wyrok TK z 5 maja 1998 r., sygn. akt K 35/97, OTK ZU 1998, nr 3, poz. 32; postanowienie TK z 12 maja 1999 r., sygn. akt SK 5/98, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 80; postanowienie TK z 15 lipca 2010 r., sygn. akt K 21/09, OTK ZU 2010, seria A, nr 6, poz. 64.

⁴⁷ Sytuacja taka miała miejsce w sprawie z wniosku RPO, zakończonej postanowieniem TK z 11 czerwca 2008 r., sygn. akt K 26/07, OTK ZU 2008, seria A, nr 5, poz. 91.

IV. SKUTKI COFNIĘCIA WNIOSKU

1. Analiza orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego

W orzecznictwie TK przyjmuje się, że skutki cofnięcia wniosku są odmienne w zależności od momentu dokonania tej czynności⁴⁸. Orzecznictwo Trybunału jest jednolite co do tego, że cofnięcie wniosku przed rozpoczęciem rozprawy jest dla TK wiążące. Wskazuje się, że wycofanie wniosku przed rozprawą nie podlega kontroli Trybunału i oznacza konieczność umorzenia postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK⁴⁹. Trybunał podkreślał, że do chwili rozpoczęcia rozprawy jest związany co do możliwości merytorycznego rozpoznania wniosku⁵⁰, czy też ma obowiązek umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli wniosek zostanie wycofany przed rozprawą⁵¹. Możliwość wycofania wniosku do rozpoczęcia rozprawy jest jednym z przejawów zasady dyspozycyjności, na której oparte jest postępowanie przed TK⁵².

W orzecznictwie Trybunału istnieje natomiast rozbieżność odnośnie do skutków cofnięcia wniosku dokonanego już po rozpoczęciu rozprawy. W tej fazie postępowania wnioskodawcy na ogół cofają wniosek w części. W praktyce — po wejściu w życie ustawy o TK — Trybunał prawie zawsze umarza postępowanie w takiej sprawie w części, w jakiej wycofano wniosek. Rozbieżność dotyczy natomiast poczucia bycia związanym przez Trybunał decyzją o cofnięciu wniosku, podjętą po rozpoczęciu rozprawy.

W części spraw Trybunał wskazuje wówczas, że wobec częściowego cofnięcia wniosku jest zobligowany⁵³, zobowiązany⁵⁴ czy też zmuszony⁵⁵ na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy o TK do umorzenia postępowania w tej części. Trybunał wskazywał również, że zawężenie zakresu zaskarżenia na rozprawie przez pełnomocnika skarżącej stanowi obligatoryjną przesłankę umorzenia postępowania⁵⁶.

Z innych orzeczeń TK wynika natomiast, że jest on związany jedynie cofnięciem wniosku dokonanym przed rozpoczęciem rozprawy. Teza ta powstała m.in. na podstawie uzasadnień orzeczeń wydanych w związku z cofnięciem wniosku przed rozpoczęciem rozprawy, w których podkreśla się, że cofnięcie wniosku dokonane przed rozpoczęciem rozprawy jest dla TK wiążące⁵⁷. Rozumowanie *a contrario* prowadzi do wniosku, że cofnięcie po rozpoczęciu rozprawy wiążące dla Trybunału już nie jest. Ponadto, również z uzasadnień niektórych orzeczeń wydanych w sprawach, w których

⁴⁸ Na temat momentu cofnięcia wniosku zob. pkt III.3.

⁴⁹ Zob. np. postanowienie TK z: 17 października 2001 r., sygn. akt K 15/00, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 221; 9 września 2002 r., sygn. akt K 43/01, OTK ZU 2002, seria A, nr 5, poz. 69; 24 lipca 2002 r., sygn. akt U 4/01, OTK ZU 2002, seria A, nr 4, poz. 58.

⁵⁰ Postanowienie TK z 5 czerwca 2000 r., sygn. akt P 1/00, OTK ZU 2000, nr 5, poz. 146.

⁵¹ Postanowienie TK z 28 marca 2001 r., sygn. akt P 14/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 57.

⁵² Postanowienie TK z 18 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 4/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 88.

⁵³ Wyrok TK z 26 listopada 2001 r., sygn. akt K 2/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 254.

⁵⁴ Wyrok TK z 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt SK 62/08, OTK ZU 2011, seria A, nr 3, poz. 22.

⁵⁵ Wyrok TK z 14 października 2008 r., sygn. akt SK 6/07, OTK ZU 2008, seria A, nr 8, poz. 137.

⁵⁶ Wyrok TK z 31 marca 2008 r., sygn. akt SK 75/06, OTK ZU 2008, seria A, nr 2, poz. 30.

⁵⁷ Zob. orzeczenia przywołane w przypisach 49–51.

cofnięto wniosków na rozprawie, wynika, że TK nie jest związany częściowym cofnięciem dokonany po rozpoczęciu rozprawy⁵⁸. Również w ocenie niektórych wnioskodawców decyzja o umorzeniu postępowania w związku z cofnięciem wniosku po rozpoczęciu rozprawy należy do TK⁵⁹.

2. Uwagi *de lege lata*

Na tle obowiązujących przepisów ustawy o TK dostrzegalna jest praktyka Trybunału polegająca na pełnym uwzględnianiu cofnięcia wniosku i to bez względu na fazę postępowania, w którym go dokonano. Wskazywane w uzasadnieniach orzeczeń Trybunału rozróżnienie co do stopnia związania decyzją o cofnięciu wniosku w zależności od tego, czy zostało dokonane przed czy też po rozpoczęciu rozprawy, może budzić wątpliwości.

Możliwość cofnięcia wniosku stanowi jeden z przejawów zasady dyspozytywności⁶⁰. Art. 31 ust. 2 ustawy o TK przyznaje wnioskodawcy możliwość cofnięcia wniosku do czasu rozpoczęcia rozprawy. Przepis ten — z jednej strony — przyznaje wnioskodawcy określone uprawnienie procesowe, z drugiej zaś, wyraźnie określa granice czasowe, w ramach których z uprawnienia tego może skorzystać⁶¹. Z treści art. 31 ust. 2 wynika jednoznacznie, że cofnięcie jest możliwe jedynie do rozpoczęcia rozprawy. Brak jest zatem podstawy prawnej, która umożliwiłaby wnioskodawcy cofnięcie wniosku po rozpoczęciu rozprawy. Nie można zatem mówić o stopniu związania Trybunału cofnięciem wniosku dokonany po rozpoczęciu rozprawy, bo cofnięcie wniosku po rozpoczęciu rozprawy jest — w świetle art. 31 ust. 2 — w ogóle niedopuszczalne, a tym samym nie może stanowić przyczyny umorzenia postępowania na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 2 ustawy o TK.

Trybunał, czując się związany decyzją o cofnięciu wniosku podjętą po rozpoczęciu rozprawy, wskazuje w niektórych orzeczeniach — jako podstawę prawną umo-

⁵⁸ W sprawie zakończony wyrokiem z 13 listopada 2001 r., sygn. akt K 16/01, TK, w związku z częściowym cofnięciem wniosku, uznał, że zachodzi podstawa do umorzenia postępowania w części (OTK ZU 2001, nr 8, poz. 250). W innych sprawach w związku z cofnięciem wniosku Trybunał „postanowił umorzyć” postępowanie (zob. wyroki TK z: 21 maja 2002 r., sygn. akt K 30/01, OTK ZU 2002, seria A, nr 3, poz. 32; 23 lutego 2010 r., sygn. akt K 1/08 OTK ZU 2010, seria A, nr 2, poz. 14; 23 listopada 2010 r., sygn. akt K 5/10, OTK ZU 2010, seria A, nr 9, poz. 106), co też brzmi mniej kategorycznie niż stosowane w innych orzeczeniach wyrażenia, takie jak „był zmuszony” „zobowiązany” „zobowiązany” umorzyć postępowanie (zob. sprawy wskazane w przypisach 52–54).

⁵⁹ Na rozprawie w sprawie zakończony wyrokiem TK z 18 października 2010 r., sygn. akt K 1/09 przedstawiciel wnioskodawcy wskazał, że celowo zakres zaskarżenia został zmodyfikowany po rozpoczęciu rozprawy, ponieważ cofnięcie części wniosku przed rozprawą prowadziłyby do obligatoryjnego umorzenia postępowania w tym zakresie. Częściowe cofnięcie wniosku po rozpoczęciu rozprawy umożliwia natomiast ewentualne merytoryczne rozpoznanie przez TK całości pierwotnego wniosku (OTK ZU 2010, seria A, nr 8, poz. 76).

⁶⁰ Zob. szerzej na temat zasady dyspozytywności w postępowaniu przed TK: Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzciniński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 102–103; M. Masternak-Kubiak, *Procedura postępowania w sprawie skargi konstytucyjnej*, [w:] *Skarga Konstytucyjna*, red. J. Trzciniński, Warszawa 2000, s. 172–174; A. Zieliński, *Zakres stosowania przepisów Kodeksu postępowania cywilnego w postępowaniu przed Trybunalem Konstytucyjnym*, „Palestra” 1998, nr 7–8, s. 56.

⁶¹ Tak też: M. Wiącek, *Pytanie...*, s. 340, który postuluje przyznanie wnioskodawcy prawa do wycofania zarzutu na każdym etapie postępowania, także w trakcie trwania rozprawy.

rzenia — art. 39 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 39 ust. 2 ustawy o TK⁶². Ostatni z tych przepisów stanowi, że jeżeli okoliczności przesądzające o konieczności umorzenia postępowania na posiedzeniu niejawnym (wymienione w art. 39 ust. 1 ustawy o TK) ujawnią się na rozprawie, Trybunał wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. W mojej ocenie, przywołanie w tym kontekście art. 39 ust. 2 ustawy o TK nie jest właściwe. Przepis ten wyraża przede wszystkim normę skierowaną do TK co do formy, w jakiej należy umorzyć postępowanie, w sytuacji wystąpienia jednej z ujemnych przesłanek postępowania na rozprawie. Nie określa natomiast treści poszczególnych przesłanek. Nie można przyjąć, że przepis skierowany do TK dotyczący formy, w jakiej ma być wydane określone rozstrzygnięcie, kształtuje treść normy co do zakresu czasowego możliwości cofnięcia wniosku i związania TK tym cofnięciem. Ustawodawca wprowadził bowiem przepis (art. 31 ust. 2 ustawy o TK) dotyczący cofnięcia wniosku, który ogranicza wprost granice czasowe, w jakich przysługuje wnioskodawcy taka możliwość.

Przyjęta przez TK praktyka co do związania cofnięciem wniosku także po rozpoczęciu rozprawy, mogłaby być uznana za uzasadnioną, jeżeli przemawiałby za nią cel postępowania przed Trybunałem. Nie można przyjąć, że celem postępowania jest realizacja zasady dyspozytywności. Zasada ta, porządkując postępowanie przed TK, musi być interpretowana z uwzględnieniem głównego celu postępowania przed Trybunałem, czyli zapewnienia hierarchicznej zgodności systemu prawnego. Nie budzi bowiem wątpliwości, że postępowanie przed Trybunałem jest nakierowane w pierwszej kolejności na realizację wskazanego interesu publicznego. Tymczasem, jak się wydaje, TK dopuszcza możliwość cofnięcia wniosku po rozpoczęciu rozprawy i czuje się związany tym cofnięciem z przyczyn leżących po stronie ekonomiki procesowej i dążenia do zakończenia kolejnej sprawy. Z punktu widzenia wskazanego interesu ogólnego, któremu w pierwszej kolejności służy postępowanie przed Trybunałem, takie „wiązanie się” wola wnioskodawcy jest nieuzasadnione. Ze względu na istotną rolę TK dla zapewnienia ładu systemu prawnego, uzasadniona byłaby przeciwna interpretacja obowiązujących przepisów o cofnięciu wniosku i przyjęcie, że z uwagi na istotne znaczenie kontroli konstytucyjności dla ogółu podmiotów stosujących prawo, to do Trybunału powinna należeć decyzja o zasadności wycofania wniosku i umorzenia postępowania z tej przyczyny, także przed rozpoczęciem rozprawy.

2. Inne procedury

Możliwość cofnięcia wniosku, rozumianego jako pismo inicjujące postępowanie, przewidziana jest również w innych podstawowych procedurach. Jednak w ramach tych procedur sąd nie jest bezwzględnie związany decyzją wnioskodawcy. Art. 203 § 1 k.p.c. stanowi, że pozew może być cofnięty bez zezwolenia pozwanego aż do rozpoczęcia rozprawy, a jeżeli z cofnięciem połączone jest zrzeczenie się roszczenia — aż do wy-

⁶² Zob. np. wyroki TK z: 26 listopada 2001 r., sygn. akt K 2/00, OTK ZU 2001, nr 8, poz. 254; 14 października 2008 r., sygn. akt SK 6/07, OTK ZU 2008, seria A, nr 8, poz. 137; 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt SK 62/08, OTK ZU 2011, seria A, nr 3, poz. 22.

dania wyroku. Jednakże, co istotne, art. 203 § 4 k.p.c. przewiduje mechanizm oceny zasadności wniosku o cofnięcie pozwu. Zgodnie z tym przepisem, sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia w sytuacji, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa.

W postępowaniu administracyjnym nie przewidziano wprost możliwości cofnięcia przez stronę wniosku o wszczęcie postępowania⁶³. Strona, która wszczęła postępowanie, ma jednak możliwość oddziaływania na jego kontynuowanie na podstawie art. 105 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego⁶⁴. Przepis ten stanowi, że organ administracji publicznej może umorzyć postępowanie, jeżeli wystąpi o to strona, na której żądanie postępowanie zostało wszczęte, pod warunkiem że nie sprzeciwiają się temu inne strony oraz gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym. Organ ma zatem możliwość oceny zasadności wystąpienia przez stronę o umorzenie postępowania. W doktrynie wskazuje się, że przepis ten umożliwia organowi administracji publicznej ocenę zasadności wniosku strony o umorzenie postępowania pod kątem warunków w tym przepisie przewidzianych. Wniosek strony, na żądanie której postępowanie zostało wszczęte o umorzenie postępowania, powinien zawierać uzasadnienie, na podstawie którego organ ocenia, czy ewentualne umorzenie postępowania będzie zgodne z interesem społecznym. Podkreśla się, że organ prowadzący postępowanie jest obowiązany wyważyć interes strony żądającej umorzenia postępowania i interes społeczny, który w danej sprawie może przemawiać za dalszym prowadzeniem postępowania i rozstrzygnięciem sprawy w drodze decyzji⁶⁵.

W postępowaniu sądownoadministracyjnym skuteczne cofnięcie skargi przez skarżącego stanowi jedną z przyczyn umorzenia postępowania przez sąd (zob. art. 161 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi⁶⁶). Zgodnie z art. 60 tej ustawy skarżący może cofnąć skargę, a cofnięcie skargi wiąże sąd. Jednak w sytuacji, gdy cofnięcie skargi zmierza do obejścia prawa lub spowodowałoby utrzymanie w mocy aktu lub czynności dotkniętych wadą nieważności, sąd uzna cofnięcie skargi za niedopuszczalne.

Interesujące z punktu widzenia postępowania przed TK są rozwiązania przyjęte w postępowaniu karnym, które podobnie w znacznym stopniu służą ochronie interesu publicznego. W orzecznictwie TK wskazuje się, że prawo karne jest w swojej zasadniczej funkcji prawem publicznym; stoi na straży zarówno interesów wspólnoty, jak i indywidualnych interesów jej członków, których respektowanie tworzy „warunki harmo-

⁶³ Zob. jednak wyrok NSA z 21 lutego 2007 r., II OSK 377/06, LEX nr 337479, w którym wskazano, że: „Wycofanie przez stronę wniosku o wszczęcie postępowania, a tym samym cofnięcie zgody na jego prowadzenie skutkuje jego bezprzedmiotowością. Bezprzedmiotowość zaś wymaga umorzenia postępowania — zgodnie z art. 105 § 2 k.p.a.”.

⁶⁴ Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.

⁶⁵ A. Wróbel, *Komentarz aktualizowany do art.105 kodeksu postępowania administracyjnego*, Lex nr 117509.

⁶⁶ Dz.U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.

nijnego funkcjonowania życia społecznego”⁶⁷. Postępowanie karne w ogóle nie przewiduje możliwości cofnięcia publicznego aktu oskarżenia. Art. 14 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego [dalej: k.p.k.]⁶⁸, umożliwia jedynie odstąpienie przez oskarżyciela publicznego od złożonego oskarżenia, które nie ma jednak charakteru wiążącego dla sądu. W doktrynie podkreśla się, że z uwagi na interes publiczny, sama czynność wniesienia oskarżenia publicznego jest nieodwołalna. Oskarżyciel publiczny pozostaje „gospodarzem procesu” jedynie na etapie postępowania przygotowawczego, a po wniesieniu oskarżenia rolę *dominus litis* przejmuje sąd, z kolei dotychczasowy „gospodarz” postępowania staje się jedynie stroną postępowania. Podkreśla się, że przy takim ujęciu treści art. 14 § 2 k.p.k. odstąpienie oskarżyciela publicznego od wniesionego oskarżenia nie stanowi ujemnej przesłanki procesowej w postaci braku skargi uprawnionego oskarżyciela⁶⁹. Wiążący dla sądu charakter ma z kolei odstąpienie od oskarżenia przez oskarżyciela prywatnego (zob. art. 496 § 1 i 2 k.p.k.). Rozwiązanie to jest o tyle uzasadnione, że postępowanie z oskarżenia prywatnego służy na ogół interesowi prywatnemu oskarżyciela prywatnego. W przypadku postępowania z oskarżenia prywatnego dotyczącego sprawy, w której interes społeczny również byłby zagrożony, prokurator albo sam wszcząłby postępowanie, albo przystąpił do już wszczętego postępowania (zob. art. 60 § 1 k.p.k.) zapewniając ochronę tego interesu.

Z powyższej syntetycznej analizy przepisów podstawowych procedur wynika, że organ prowadzący postępowanie ma możliwość oceny zasadności żądania cofnięcia pisma inicjującego to postępowanie na podstawie przesłanek wymienionych we właściwych przepisach. Co istotne, ocena ta przeprowadzana jest przede wszystkim pod kątem ważenia interesu podmiotu, który wszczął postępowanie, z wartościami o charakterze ogólnym, takimi jak interes społeczny. Im postępowanie w określonej sprawie bardziej dotyczy zagrożenia dla interesu publicznego, tym w mniejszym stopniu podmiotowi inicjującemu postępowanie przysługuje możliwość cofnięcia pisma, którym wszczął to postępowanie⁷⁰.

4. Postulaty *de lege ferenda*

Przyznanie wnioskodawcy możliwości wystąpienia z pismem o cofnięciu wniosku należy ocenić pozytywnie. Wątpliwości budzi jednak brak określenia jakichkolwiek przesłanek, na podstawie których TK mógłby

⁶⁷ Zob. wyroki TK z: 2 kwietnia 2001 r., sygn. akt SK 10/00, OTK ZU 2001, nr 3, poz. 52; 13 grudnia 2011 r., sygn. akt K 33/08, OTK ZU 2011, seria A, nr 10, poz. 116.

⁶⁸ Dz.U. Nr 89, poz. 555, z późn. zm.

⁶⁹ T. Grzegorzczak, *Komentarz do art.14 Kodeksu postępowania karnego*, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003. Autor wskazał dwie sytuacje, w których odstąpienie przez oskarżyciela publicznego od oskarżenia jest wiążące: 1) w przypadku odstąpienia od oskarżenia czynu prywatnoskarżowego, które następuje z uwagi na brak interesu społecznego w ściganiu skargą publiczną (art. 60 k.p.k.); 2) w przypadku objęcia oskarżeń prywatnych wzajemnych (art. 498 k.p.k.).

⁷⁰ W sądownictwie innych państw ograniczenie zasady dyspozytywności poprzez ograniczenie możliwości cofnięcia wniosku również następuje z uwagi na interes publiczny (zob. Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzeciński, *Komentarz...*, s. 112).

przeprowadzać ocenę zasadności umorzenia postępowania z uwagi na cofnięcie wniosku w konkretnej sprawie⁷¹. Obecnie obowiązujące przepisy TK interpretuje jako nakaz umorzenia postępowania w sytuacji wystąpienia przez wnioskodawcę z pismem o cofnięciu wniosku przed rozpoczęciem rozprawy (zob. pkt IV.1.).

Z przeprowadzonej analizy podstawowych procedur wynika ogólna dyrektywa, zgodnie z którą im bardziej określona sprawa dotyczy interesu ogólnego, tym w mniejszym stopniu organ rozpoznający tą sprawę związany jest decyzją o cofnięciu pisma wszczynającego postępowanie. Twierdzenie to powinno być również istotną wskazówką przy kształtowaniu przepisów postępowania przed TK dotyczących tego zagadnienia.

Przyjęte przez Trybunał rozumienie obecnie obowiązujących przepisów dotyczących cofnięcia wniosku daje prymat zasadzie dyspozytywności kosztem ogólnego celu, któremu to postępowanie służy. Wobec obecnej praktyki orzeczniczej na tle obowiązujących przepisów zasadne jest wprowadzenie zmian regulacji dotyczących cofania wniosku w postępowaniu przed TK na wzór innych postępowań w prawie polskim, polegających przede wszystkim na wyraźnym przyznaniu Trybunałowi mechanizmu umożliwiającego ocenę zasadności cofnięcia wniosku. Skoro TK na tle obowiązujących przepisów nie był w stanie wyinterpretować mechanizmu oceny zasadności cofnięcia wniosku, konieczna wydaje się ingerencja ustawodawcy. Zmiana ta wydaje się konieczna z uwagi na interes ogólny, któremu służy postępowanie przed Trybunałem, i zapewnienie większej efektywności hierarchicznej kontroli norm prawnych jako podstawowego narzędzia przywracania stanu konstytucyjności i wzajemnej zgodności systemu prawnego.

Wydaje się, że w pełni wystarczająca byłaby zmiana art. 39 ust. 1 punkt 2 ustawy o TK polegająca na wprowadzeniu — na wzór pozostałych postępowań służących interesowi ogólnemu — regulacji, zgodnie z którą TK mógłby umorzyć postępowanie ze względu na cofnięcie wniosku, w sytuacji gdy nie jest to sprzeczne z interesem społecznym (ogólnym). Natomiast to praktyka orzecznicza powinna wypracować szczegółowe kryteria dopuszczalności umorzenia postępowania w takiej sytuacji, np. nieznaczna waga zagrożonych wartości, brak istotnego znaczenia rozstrzygnięcia dla podmiotów stosujących kwestionowane przepisy, informacja o podjętych działaniach legislacyjnych lub zmianie interpretacji kwestionowanego przepisu. Istotną wskazówką przemawiającą za nieumarzaniem postępowania w sytuacji cofnięcia wniosku powinno być — w przypadku postulowanej zmiany obecnej regulacji postępowania przed TK w tym zakresie — poparcie zasadności zarzutów przez uczestników postępowania

⁷¹ Tak też L. Bosek i M. Wild, którzy uważają, że wskazane ujęcie zasady dyspozytywności budzi wątpliwości, skoro to nawet w postępowaniu cywilnym, w którym udział interesu publicznego jest z natury mniejszy niż w postępowaniu przed TK, dyspozycyjność procesu jest ujmowana wężej niż w postępowaniu przed Trybunałem (zob. L. Bosek, M. Wild, *Kontrola...*, s. 133). Zob. też: A. Józefowicz, *Czynności dyspozytywne w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*, [w:] *Księga XV-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2001, s. 139 i n.; F. Rymarz, *Wybrane zagadnienia postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym*, „Przegląd Sądowy” 1994, nr 5, s. 38–40.

nia. W takiej sytuacji w dalszym ciągu w postępowaniu będzie występował podmiot popierający zarzut.

Podobnie jak w postępowaniu karnym (zob. art. 14 § 2 k.p.k.), również w postępowaniu przed TK brak jest uzasadnienia dla związania Trybunału decyzją o cofnięciu wniosku. Rolą wnioskodawcy jest dostrzeżenie określonej wątpliwości konstytucyjnej i wystąpienie do Trybunału Konstytucyjnego w formie i na warunkach prawem przewidzianych. Z momentem wystąpienia do TK z wnioskiem wszczynającym postępowanie „gospodarzem sprawy” zostaje Trybunał i to do niego należy ocena zasadności prowadzenia postępowania⁷² w przypadku wystąpienia z pismem o cofnięcie wniosku. To Trybunał jest organem, który dysponuje instrumentami oceny zasadności przeprowadzenia kontroli konstytucyjności w konkretnej sprawie.

W przypadku przeprowadzenia postulowanych wcześniej zmian, wprowadzających przesłanki oceny przez Trybunał zasadności umorzenia postępowania na podstawie cofnięcia wniosku, można rozważyć również zmianę treści art. 31 ust. 2 ustawy o TK, polegającą na umożliwieniu wnioskodawcy wystąpienie o cofnięcie wniosku na każdym etapie postępowania. Wyraźne wprowadzenie mechanizmu oceny zasadności umorzenia postępowania z uwagi na cofnięcie wniosku spowoduje, że istotnego znaczenia nabierze wymaganie uzasadnienia pisma o cofnięciu (zob. art. 126 ust. 1 punkt 3 k.p.c. w związku z art. 20 ustawy o TK). Wnioskodawca powinien wówczas w możliwie największym stopniu uprawdopodobnić zasadność umorzenia postępowania.

Zagadnieniem powiązanim z oceną zasadności umorzenia postępowania z uwagi na złożenie pisma o cofnięciu wniosku jest kwestia dalszego uczestniczenia wnioskodawcy w tym postępowaniu⁷³. Wydaje się, że w sprawach wszczętych skargą konstytucyjną lub z wniosku podmiotu posiadającego ograniczoną legitymację procesową nie można wymagać od skarżącego i wnioskodawcy obowiązku uczestniczenia w postępowaniu przed Trybunałem i dalszego popierania zarzutów wbrew jego woli⁷⁴. Natomiast w przypadku wnioskodawców posiadających legitymację ogólną, którzy jednocześnie są organami państwa, warto rozważyć obowiązek dalszego udziału w postępowaniu. Wnioskodawca, skoro wystąpił o cofnięcie wniosku, nie popierałby już zarzutów, jednak być może mógłby przedstawić istotne argumenty w sprawie za rozstrzygnięciem o konstytucyjności.

W przypadku nieuwzględnienia przez TK pisma o cofnięcie skargi może dojść do sytuacji, w której żaden z uczestników postępowania nie będzie popierał zarzutu. Dotyczy to spraw, w których uczestnicy przedstawili stanowisko o zgodności kwestionowanych przepisów z wzorcami kontroli. Jak się jednak wydaje, nie przesądza to o bra-

⁷² Zob. orzeczenie TK z 18 stycznia 1994 r., sygn. akt K 9/93, OTK 1994, cz. II, poz. 32.

⁷³ O obowiązku uczestniczenia wnioskodawcy w rozprawie zob. postanowienie TK z 10 listopada 2010 r., sygn. akt K 32/09, OTK ZU 2010, nr 9, poz. 110.

⁷⁴ Należy zauważyć, że obecnie — zgodnie z art. 52 ust. 2 w związku z art. 52 ust. 1 ustawy o TK — rozprawa przed Trybunałem odbywa się bez względu na stawiennictwo skarżącego. Nie oznacza to jednak, że skarżący nie jest zobowiązany do uczestniczenia w rozprawie na podstawie art. 60 ust. 2 ustawy o TK.

ku dopuszczalności kontynuowania postępowania, jeżeli w ocenie Trybunału jest to zasadne ze wskazanych wcześniej przyczyn⁷⁵.

Reasumując, rozwiązanie umożliwiające TK ocenę zasadności cofnięcia wniosku służyłoby efektywniejszemu realizowaniu podstawowej funkcji Trybunału, jaką jest kontrola konstytucyjności, a tym samym przyczyniłoby się do zapewnienia w większym niż dotychczas stopniu hierarchicznej zgodności systemu prawa. Ponadto, skutecznie przeciwdziałałoby ewentualnym próbom instrumentalnego traktowania Trybunału Konstytucyjnego przez niektóre rodzaje podmiotów posiadających legitymację wnioskową.

SUMMARY

of the article:

Withdrawal of the Application and its Legal Effects
in the Proceedings before the Constitutional Tribunal

Granting the applicant the possibility to apply for a withdrawal of the application must be assessed positively. Some doubts are, however, raised by the lack of grounds upon which the Constitutional Tribunal could assess whether it is legitimate to discontinue proceedings due to the withdrawal of the application in a particular case. Tribunal's case law unaniously holds that withdrawal of the application before the hearing is binding on the Tribunal. There is, however, a discrepancy regarding the effects of withdrawal of the application made after the start of the hearing. Adoption by the Tribunal of the principle of the binding nature of the application after the start of the hearing could be justified if supported by the aim of the proceedings before the Tribunal. One cannot assume that the aim of the proceedings is to implement the principle of disposition (allowing the Tribunal to discontinue the proceedings). This principle governing the proceedings before the Court, must be interpreted considering the main aim of the proceedings before the Tribunal, i.e. to ensure hierarchical compliance of the legal system. There is no doubt that the proceedings before the Court is directed first to the attainment of this public-interest objective.

Given the current judicial practice based on the background of existing legislation, it is appropriate to amend legislation concerning the withdrawal of the application before the Tribunal following the example of the provisions regulating other proceedings under Polish law, consisting primarily in providing the Tribunal with a mechanism for an assessment of legitimacy of the withdrawal of the application. The introduction of such provisions would help better realize the basic function of the Tribunal, which is the review of constitutionality, and thus would contribute to achieve, to a greater extent, hierarchical compatibility within the legal system. It would also effectively prevent any attempts at instrumental treatment of the Constitutional Tribunal by certain entities having the right to make applications.

⁷⁵ Sytuacja taka miała miejsce w sprawie zakończonej orzeczeniem z 18 stycznia 1994 r., sygn. akt K 9/93, OTK 1994, poz. 3. Należy zauważyć, że w postępowaniu przed TK nie można mówić o obowiązaniu zasady kontradyktoryjności w znaczeniu przyjętym w postępowaniu sądowym, czyli konieczności zaistnienia sporu (zob. szerzej M. Laskowska, *Zasada kontradyktoryjności a postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym*, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna — prawo — praktyka. Prace dedykowane Profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. M. Kruk, J. Trzcíński, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002, s. 509 i n.). Art. 59 ust. 2 ustawy o TK przewiduje wydanie wyroku w przypadku jednomyślności skarżącego, uczestników postępowania i Trybunału co do niekonstytucyjności kwestionowanej regulacji.

USTAWA O KRAJOWEJ RADZIE SĄDOWNICTWA W KONTEKŚCIE ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO, IZBY PRACY, UBEZPIECZEŃ SPOŁECZNYCH I SPRAW PUBLICZNYCH

I. WSTĘP

Konieczność uchwalenia nowej ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa [dalej: KRS] stała się oczywista po wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 19 listopada 2009 r. (sygn. akt K 62/07), który orzekł, że pozostawienie postępowania przed KRS oraz trybu działania Rady poza materią ustawową jest niezgodne z konstytucją¹. Orzeczenie to ostatecznie wymusiło podjęcie prac legislacyjnych, trzeba jednak przypomnieć, że potrzeba uchwalenia nowej ustawy już dojrzała, w przeszłości bowiem Trybunał przynajmniej trzykrotnie kwestionował ustawową regulację postępowania w sprawach indywidualnych przed Radą (wyroki o sygn. akt: SK 43/06, K 40/07, SK 57/06). Ponadto ustawodawca przesądził o rozdzieleniu funkcji prokuratora generalnego i ministra sprawiedliwości, co wiązało się ze zmianami w kompetencjach KRS. Nie ulega zatem wątpliwości, że uchwalenie nowej ustawy było uzasadnione.

Projekt ustawy (druk nr 3364) został zgłoszony przez Senat 16 sierpnia 2010 r. Prace w Sejmie przebiegały dość sprawnie, gdyż ustawę uchwalono w niecały rok później, czyli 12 maja 2011 r. Prace zarówno na posiedzeniu Sejmu, jak i w komisjach sejmowych nie budziły zasadniczych wątpliwości. Najszerzej dyskutowano nad przedstawianiem kandydatów na urząd sędziego i nad ewentualnym wnoszeniem odwołania od uchwały KRS w tej sprawie i jego skutkami. Sporne było, czy uchwała KRS dotycząca wniosku o powołanie na urząd sędziego powinna obejmować wszystkich kandydatów, czy też powinna mieć charakter indywidualny i dotyczyć konkretnego kandydata. W postępowaniu ustawodawczym widoczne było konfrontowanie przeciwstawnych stanowisk w tym zakresie: Krajowej Rady Sądownictwa i Ministerstwa Sprawiedliwości.

Ustawa jest obszerniejsza od obu swoich poprzedniczek. Obejmuje 45 artykułów, zawartych w 3 rozdziałach, nie licząc przepisów przejściowych i końcowych (1. „Przepisy ogólne”, 2. „Kompetencje i ustrój Rady” oraz 3. „Postępowanie przed Radą”). Poszerzenie treściowe jest zrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę konieczność ustawowego uregulowania trybu postępowania przed KRS w sprawach indywidualnych. Warto odnotować, że rozdział 3. składa się głównie z przepisów zawartych wcześniej w rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie szczegółowego trybu działania Krajowej Rady Sądownictwa oraz postępowania przed Radą [dalej: rozporządzenie]². W ustawie pojawiły się także zagadnienia dotychczas nieunormowane bądź modyfikacje będące reakcją na podnoszone w przeszłości, zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w doktrynie, wątpliwości. Tekst ustawy został opublikowany w „Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej” nr 126 z 2011 r. pod pozycją nr 714.

¹ OTK ZU 2009, seria A, nr 10, poz. 149.

² Dz.U. Nr 219, poz. 1623, z późn. zm.

II. SĄD NAJWYŻSZY — ORGAN KONTROLI NAD UCHWAŁAMI KRS

Pierwotnie o legalności uchwał KRS podjętych w sprawach indywidualnych orzekał Naczelny Sąd Administracyjny. Ówczesne orzecznictwo NSA opierało się na uznaniu rozstrzygnięć wydawanych w sprawach sędziowskich za decyzje administracyjne³. Dodatkowo przyjmowano, że KRS nie wydaje sędziom poleceń służbowych i nie ma wobec nich żadnych innych uprawnień o charakterze nadzoru służbowego, dlatego też indywidualne rozstrzygnięcia dotyczące niektórych spraw odnoszących się do statusu sędziego mają charakter aktu zewnętrznego i nie mogą być kwalifikowane jako akty wynikające z podległości służbowej⁴. Zmiana kognicji sądów z Naczelnego Sądu Administracyjnego na Sąd Najwyższy została dokonana ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa⁵. W uzasadnieniu do projektu tego aktu prawnego wskazano, że „Rada nie jest organem administracji, przy rozpoznawaniu spraw nie stosuje Kodeksu postępowania administracyjnego, a sposób podejmowania uchwał (głosowanie tajne w sprawach personalnych) praktycznie uniemożliwia poddanie kontroli jej rozstrzygnięć w ramach kognicji Naczelnego Sądu Administracyjnego”⁶. Trzeba przyznać, że argument ten nie jest jednak przesądzający, gdyż w kognicji NSA znajduje się kontrola legalności postępowań przed Centralną Komisją do Spraw Stopni i Tytułów. W procedurze postępowania przed Komisją przepisy k.p.a nie znajdują pełnego zastosowania, a kontrola NSA została zredukowana do gwarancji (standardów) formalnoprawnych, czyli analogicznie do postępowania kontrolnego SN wobec KRS. Ostatecznie przyjęto rozwiązanie, powtórzone w obecnym art. 44 ust. 1 ustawy o KRS, zgodnie z którym uczestnik postępowania przed KRS może odwołać się do SN z powodu sprzeczności uchwały Rady z prawem, o ile przepisy odrębne nie stanowią inaczej.

Sąd Najwyższy pełni w systemie sądownictwa w Polsce szczególną rolę. Oprócz prowadzenia działalności orzeczniczej sprawuje nadzór nad sądownictwem powszechnym i wojskowym, a nadto wykonuje inne czynności określone w konstytucji i ustawach (art. 183 ust. 2 Konstytucji). Czynności te są różnorodne, jeśli chodzi o ich zakres przedmiotowy, ale ściśle wiążą się z kontrolowaniem legalności określonych aktów (procesu wyborczego, referendum, wygaszenia przez marszałka izby mandatu parlamentarnego, odrzucenia przez PKW sprawozdania finansowego partii politycznej). Kompetencja SN w przedmiocie rozpatrywania odwołań od uchwał KRS w indywidualnych sprawach wpisuje się we wskazaną „różnorodność czynności wykonywanych przez Sąd Najwyższy”. Gdyby dodatkowo przyjąć, że KRS jest organem samorządu sędziowskiego, to wspomniane rozwiązanie ustawowe jest też do pewnego stopnia spójne z zakresem orzekania SN w sprawach samorządów zawodowych (architektów, tłumaczy przysięgłych, adwokatów, radców prawnych). Mimo że NSA jest sądem właściwym do oceny niepodlegającej k.p.a. procedury dotyczącej nadawania stopni i tytułów

³ Zob. wyrok NSA z 22 kwietnia 1993 r., sygn. akt II SA 2577/92, CBOSA.

⁴ Uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 21 grudnia 1993 r., sygn. akt III AZP 20/93, CBOSA.

⁵ Dz.U. z 2010 r. Nr 11, poz. 67.

⁶ Komisyjny projekt ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa, druk nr 1135, Sejm III kadencji.

naukowych i mimo że osłabia to tezę o koherentności powierzenia kompetencji orzeczniczych w sprawach uchwał KRS Sądowi Najwyższemu, nie wydaje się, by rozwiązanie przyjęte w obecnym art. 44 ustawy budziło wątpliwości ustrojowe.

III. KONTROLA UCHWAŁ KRS W PRAKTYCE

Pierwsze orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach oznaczonych sygnaturą „KRS” (opublikowane) zostały wydane w 2002 r. Na początku było takich rozstrzygnięć kilka w roku: w 2002 r. — 7, w 2003 r. — 4, w 2004 r. — 12, w 2005 r. — 9, w 2006 r. — 7, a w 2007 r. — 8. Przyrost liczby orzeczeń jest widoczny od 2008 r., w którym Sąd Najwyższy orzekał 13 razy, w 2009 r. było 30 tego rodzaju spraw, w 2010 r. — 21, a w 2011 r. do czasu przygotowania niniejszego artykułu w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych SN zarejestrowano 30 spraw, z czego, co oczywiste, została rozpoznana jedynie część. Przytoczone dane wskazują, że od 2008 r. nastąpił wzrost liczby odwołań, który — jak można przypuszczać — ustabilizował się na poziomie ok. 30 spraw rocznie. Dane te należy jednak odnosić do liczby uchwał KRS niekorzystnych dla indywidualnych uczestników danych postępowań. Odwołania wnoszone są stosunkowo rzadko. Jeszcze rzadziej dochodzi do uchylenia w ich następstwie uchwał KRS. I choć Sąd Najwyższy wypowiada się na temat nieznacznego odsetka spraw rozstrzyganych przez Radę, to jednak nie można pomijać standardów wypracowanych w jego orzeczeniach. Ciekawa wydaje się odpowiedź na pytanie, czy ustawodawca uwzględnił je, tworząc nową ustawę o Krajowej Radzie Sądownictwa.

Niniejsze opracowanie powstało na podstawie materiału źródłowego obejmującego 114 orzeczeń Sądu Najwyższego. Nie wszystkie one okazały się przydatne, choćby z tego względu, że część z nich odnosi się do przepisów już nieobowiązujących, w zasadniczej części wszystkie jednak zasługują na uwagę. Orzeczenia są tematycznie zróżnicowane, ale można je pogrupować ze względu na występujące w nich zagadnienia. Orzeczenia dotyczą następujących kwestii: formalnych wymogów, jakie muszą spełniać odwołania od uchwał KRS w sprawach indywidualnych, oraz zakresu kognicji SN, a szczególnie kontroli ich legalności; stosowanych przez KRS kryteriów oceny kandydatów na urząd sędziego; relacji między KRS a prezydentem w procedurze powoływania; przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych; zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego, który ukończył 65 rok życia; standardów proceduralnych KRS w sprawach indywidualnych.

IV. ANALIZA ORZECZNICTWA SĄDU NAJWYŻSZEGO

1. Formalne wymogi odwołań od indywidualnych uchwał KRS i zakres kognicji Sądu Najwyższego

Przedmiotowy zakres uchwał, od których przysługuje odwołanie, a wcześniej skarga administracyjna, ewoluował. Działo się tak głównie za sprawą orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Sądu Najwyższego i Trybunału Konstytucyjnego. Na przykład w uchwale pięciu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 23 lipca 1992 r. przyjęto, że zainteresowany może złożyć do NSA skargę w sprawie uchwały KRS o prze-

niesieniu sędziego na inne miejsce służbowe ze względu na powagę stanowiska⁷. Podobne rozstrzygnięcie podjęło siedmiu sędziów SN w uchwale z dnia 21 grudnia 1993 r., stwierdzając: „Uchwała Krajowej Rady Sądownictwa o odmowie wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego, który przekroczył 65 lat życia [...] może być zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego”⁸. W tym kontekście na uwagę zasługują także orzeczenia NSA. W wyroku z 22 kwietnia 1993 r., a więc przed uchwałą SN o sygn. III AZP 20/93, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że „uchwała Krajowej Rady Sądownictwa [...] w sprawie odmowy wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego, który ukończył 65 lat życia, ma charakter decyzji administracyjnej i może być przez sędziego zaskarżona do Naczelnego Sądu Administracyjnego”⁹. W innych orzeczeniach NSA domagał się wypełniania przez KRS standardów proceduralnych wynikających z k.p.a.¹⁰ Trzeba także odnotować, że początkowo nie było możliwości kwestionowania odwołań w sprawach dotyczących przedstawienia prezydentowi wniosków o powołanie sędziów. Przepis, który tak stanowił, został uznany przez TK za niezgodny z konstytucją¹¹. Orzecznictwo miało istotny wpływ na ustalenie kategorii spraw objętych odwołaniem do SN (skargą do NSA), zwłaszcza że ustawodawca reagował na zarzuty sądów i TK, poszerzając zakres odwołania do SN w poszczególnych ustawach o KRS.

W postępowaniu przed Radą droga sądowa została zredukowana wyłącznie do jednorazowego kontrolowania uchwał KRS pod względem ich legalności, tym bardziej więc kontrola sądu nie może być iluzoryczna z powodu zbytniego rygoryzmu SN w sprawie oceny formalnych wymagań związanych z odwołaniami. Niebezpieczeństwo rygoryzmu wynikało z tego, że w przypadku postępowań dotyczących uchwał KRS ustawodawca odwoływał się do przepisów k.p.c. o kasacji¹². SN kilkakrotnie poruszał tę kwestię. W jednym z pierwszych orzeczeń dotyczących kontroli legalności uchwał KRS Sąd Najwyższy stwierdził, że tryb i rodzaj postępowania sądowego w sprawie odwołania się od uchwały KRS dotyczącej wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego każe uznać, że SN nie może odmówić przyjęcia odwołania do rozpoznania, powołując się na przepisy o tzw. przedsądzie¹³. Pogląd ten został powtórzony w wyroku z 27 marca 2002 r.¹⁴ Niestety stanowisko to nie było powszechnie akceptowane, gdyż zdarzały się przypadki stosowania przedsądu i odrzucania odwołania z uwagi na uchybienia formalne¹⁵. Działo się tak jednak w początko-

⁷ Sygn. akt III AZP 9/92, CBOSA.

⁸ Zob. uchwałę powołaną w przypisie nr 5.

⁹ Zob. wyrok powołany w przypisie nr 4.

¹⁰ Zob. np. wyroki NSA z: 5 listopada 1992 r., sygn. akt II SA 207–208/92 i 27 kwietnia 1995 r., sygn. akt II SA 631/95, CBOSA.

¹¹ Wyrok TK z 27 maja 2008 r., sygn. akt SK 57/06, OTK ZU 2008, seria A, nr 4, poz. 63.

¹² Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 296, z późn. zm.

¹³ Wyrok SN z 14 marca 2002 r., sygn. akt III KRS 1/02, OSNP z 2002, nr 18, s. 448.

¹⁴ Wyrok SN z 27 marca 2002 r., sygn. akt III KRS 2/02, OSNP z 2002, nr 21, s. 535.

¹⁵ Postanowienia SN: z 11 lipca 2002 r., sygn. akt III KRS 4/02, LEGALIS, z 4 listopada 2003 r., sygn. akt III KRS 1/03, LEGALIS i z 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt III KRS 2/04, OSNP z 2005, nr 3, s. 48.

wej fazie orzekania SN w sprawach uchwał KRS i można przypuszczać, że te pierwotne różnice wynikały z kształtowania się praktyki orzeczniczej.

W późniejszym okresie przypadki odrzucenia odwołania zasadniczo nie występowały. SN w wyroku z 4 kwietnia 2007 r. stwierdził, że rygorystyczne rozumienie przepisu o stosowaniu przepisów k.p.c. w postępowaniu przed SN w sprawach dotyczących uchwał KRS „narusza konstytucyjne prawo sędziego do sądu [...] oraz prawo do zaskarżenia uchwały Krajowej Rady Sądownictwa o przeniesieniu w stan spoczynku”. Poddanie odwołania rygorom kasacyjnym — wywołał dalej SN — „ma ten skutek, że zakres sprawowanej [...] kontroli zgodności z prawem zaskarżonej uchwały jest niezwykle wąski” i „w istocie pozbawia [...] sędziego możliwości uruchomienia procedury gwarantującej pełną merytoryczną kontrolę sądową prawidłowości podejmowanych przez Krajową Radę Sądownictwa uchwał”. Odrzucenie odwołania z powodu niespełnienia wymagań dotyczących skargi kasacyjnej naruszałoby, zdaniem SN, „konstytucyjnie gwarantowane prawo [...] do sądu (art. 45 Konstytucji RP)”¹⁶. Wyrok zasługuje na całkowitą aprobatę, zwłaszcza dlatego, że w postępowaniu kasacyjnym nie ma możliwości przeprowadzenia postępowania dowodowego, a ustalenia KRS mają charakter wiążący. To stanowisko SN zostało potwierdzone w jego późniejszym orzecznictwie. W wyroku z 19 grudnia 2008 r. SN uznał, że „wprowadzenie jednoinstancyjnego odwołania do SN budzi wątpliwości związane z art. 45 ust. 1 oraz art. 176 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 3 Konstytucji”, a „wprowadzenie do tego szczególnego, jednoinstancyjnego trybu postępowania reguł wynikających z postępowania kasacyjnego nie zapewnia sprawności proceduralnej”, co doprowadziło go do wniosku, że „może rozpoznać odwołanie sędziego od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa, mimo niewskazania jego podstaw (podstaw kasacyjnych), jeżeli z zarzutów i okoliczności przedstawionych w odwołaniu wynika, jakich przepisów ono dotyczy”¹⁷.

Nie ulega wątpliwości, że przedmiotowa argumentacja jest uzasadniona konstytucyjnie, szkoda jednak, że nie znalazła ona jednoznacznego odzwierciedlenia w nowej ustawie o KRS. Jak wynika bowiem z art. 44 ust. 3 ustawy o KRS, do postępowania przed SN stosuje się przepisy k.p.c. o skardze kasacyjnej. Ustawodawca nie wyłączył z zakresu odesłania przepisów o przedsądzie. Należy jednak oczekiwać, że wypracowane przez SN stanowisko, negujące możliwość odrzucania odwołań od uchwał, zostanie podtrzymane. Powyższe oczekiwanie jest uzasadnione także z tego powodu, że art. 44 ust. 3 ustawy o KRS wyłączył obowiązek zastępstwa procesowego w postępowaniu przed SN. Oznacza to dopuszczenie możliwości sporządzania odwołań przez samych uczestników postępowania przed KRS, co z kolei może skutkować niespełnianiem wymogów formalnych właściwych dla tego procesowego środka ochrony. Jeśli jednak ustawodawca zdecydował się na taki krok, bardziej uzasadnione jest zmniejszenie rygoryzmu SN w ocenie kierowanych do niego odwołań. Odrzucenie odwołania powinno być stosowane wyłącznie w przypadku, kiedy nie dopuszczają tego przepisy, a nie ze względu na uchybienia formalne.

¹⁶ Wyrok SN z 4 kwietnia 2007 r., sygn. akt III KRS 5/07, LEX nr 737273.

¹⁷ Wyrok SN z 19 grudnia 2008 r., sygn. akt III KRS 3/08, LEX nr 658202.

W orzecznictwie SN wiele uwagi poświęcono kontroli uchwał KRS i jej konsekwencjom. Często podkreślano, że postępowanie przed SN stanowi proceduralną gwarancję transparentności postępowania przed KRS w kontekście równego dostępu do służby publicznej (art. 60 Konstytucji) i że dobrem chronionym przez art. 60 Konstytucji jest „przejrzystość i jawność reguł stosowanych przy określaniu wymagań związanych z objęciem funkcji publicznej”. Ze wspomnianego przepisu wynika również „weryfikowalność stosowanych kryteriów do służby”¹⁸. Zgodnie ze stanowiskiem TK, SN wskazał także, że niezbędne jest „stworzenie odpowiednich gwarancji praworządności decyzji dotyczących dostępu do służby publicznej, tak aby wykluczyć wszelką dowolność działania władzy publicznej”¹⁹. Prawa gwarantowane przez art. 60 Konstytucji mają co do zasady charakter proceduralny. Z tego względu SN konsekwentnie przyjmuje, że postępowanie odwoławcze ma na celu zbadanie postępowania KRS wyłącznie ze względu na jego legalność, co oznacza, że „dokonywanie oceny kandydatów do objęcia stanowiska sędziego jest konstytucyjną [...] i ustawową [...] kompetencją Rady”, a zasadność jej stanowiska „nie podlega kontroli Sądu Najwyższego, chyba że naruszone zostały granice swobodnego uznania Rady lub przepisy postępowania, jeżeli ich naruszenie miało wpływ na stanowisko zajęte przez Radę”²⁰, co może być „w szczególności spowodowane użyciem przez Radę niedozwolonego kryterium oceny”²¹. SN na etapie kontroli nie może „ograniczyć kompetencji przysługującej Krajowej Radzie Sądownictwa”²², a „merytoryczna ingerencja Sądu w rozstrzygnięcie Rady jest niedopuszczalna”²³. Nie jest przy tym „dopuszczalne powoływanie nowych faktów i dowodów, a Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę wydania zaskarżonej uchwały”²⁴. Jeśli więc odwołujący się dostrzeże konieczność uzupełnienia materiału dowodowego sprawy, niezbędne jest sformułowanie zarzutu o niedostatecznym wyjaśnieniu przez KRS wszelkich okoliczności, ewentualnie o przekroczeniu granicy uznania. Należy podkreślić, że podstawą do odwołania się uczestnika postępowania od uchwały KRS nie mogą być „stanowiące wyraz subiektywnych odczuć skarżącego zarzuty, które dotyczą ustalenia faktów lub oceny dowodów w sprawie”²⁵, jak również „samo niezadowolenie lub subiektywne poczucie pokrzywdzenia kandydata”²⁶. Ustalenia te są aktualne również w odniesieniu do nowej ustawy o KRS. Odwołujący się do SN uczestnik postę-

¹⁸ Wyrok SN z 9 czerwca 2010 r., sygn. akt III KRS 4/10, LEX nr 611831.

¹⁹ Wyrok TK z 9 czerwca 1998 r., sygn. akt K 28/97, OTK ZU 1998, nr 4, poz. 50.

²⁰ Wyrok SN z 21 października 2010 r., sygn. akt III KRS 7/10, niepublik.

²¹ Wyrok SN z 6 listopada 2009 r., sygn. akt III KRS 20/09, niepublik. Sąd Najwyższy ponownie rozpoznający sprawę jest związany stanowiskiem wyrażonym przez skład uchylający uchwałę KRS — wyrok z 3 lutego 2011 r., sygn. akt III KRS 21/10, niepublik.

²² Wyrok SN z 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 6/10, LEX nr 737275.

²³ Wyrok SN z 8 czerwca 2011 r., sygn. akt II KRS 7/11, niepublik.

²⁴ Wyroki SN z: 27 marca 2002 r., sygn. akt III KRS 2/02, OSNP z 2002, nr 21, s. 535 i 21 października 2010 r., sygn. akt III KRS 7/10, niepublik.

²⁵ Wyrok SN z 8 lutego 2006 r., sygn. akt III KRS 9/05, OSNP 2007, nr 5–6, s. 250.

²⁶ Wyrok SN z 10 czerwca 2009 r., sygn. akt III KRS 6/08, LEX nr 523533.

powołania może sformułować wyłącznie zarzuty dotyczące sprzeczności uchwały Rady z prawem (art. 44 ust. 1).

2. Stosowane przez KRS kryteria oceny kandydatów na sędziów

Orzecznictwo dotyczące kryteriów oceny kandydatów na sędziów jest dość bogate, co wiąże się z brakiem właściwych uregulowań w tym zakresie w poprzednio obowiązującej ustawie o KRS z 27 lipca 2001 r. Należy przypomnieć, że ten brak skutkowało stwierdzeniem niekonstytucyjności jej art. 12 ust. 6²⁷. Sąd Najwyższy nigdy nie kwestionował możliwości określania kryteriów oceny przez samą Radę, a często sam je definiował. Stosowanie kryteriów selekcji kandydatów było niezbędne, gdyż ustawy ustrojowe dotyczące sądownictwa określały jedynie wstępne wymagania konieczne do pełnienia urzędu sędziego. Sąd Najwyższy wielokrotnie wskazywał, że wobec dużego zainteresowania wolnymi stanowiskami sędziowskimi musi być poszerzony katalog warunków niezbędnych do uruchomienia postępowania i Krajowa Rada jest zobowiązana do przyjmowania dodatkowych mierników i ocen pozwalających na wyłonienie najlepszych kandydatów²⁸. Przy czym doszłoby do przekroczenia dopuszczalnych granic swobodnego uznania, gdyby Rada zastosowała niedozwolone, np. dyskryminujące, kryterium oceny²⁹.

Analizę orzecznictwa przedmiotowych kryteriów musi poprzedzić oczywiste i nieustannie powtarzane w orzeczeniach SN fundamentalne stwierdzenie, że KRS przy podejmowaniu uchwał w sprawach dotyczących powołania na urząd sędziego zawsze powinna kierować się interesem wymiaru sprawiedliwości, uwzględniając w miarę możliwości oczekiwania uczestników postępowania. Odpowiada to jej konstytucyjnemu obowiązkowi stania na straży niezawisłości sędziowskiej i niezależności sądownictwa. Pełnienie tej straży w odniesieniu do procesu podejmowania indywidualnych uchwał wymaga przeprowadzania analiz instytucjonalnych, np. w kontekście przydatności sędziego w ramach określonej struktury sądów, oraz personalnych, gdy chodzi o osobiste walory uczestników postępowania.

Spośród określonych w ustawie — Prawo o ustroju sądów powszechnych [dalej: p.u.s.p.]³⁰ wstępnych warunków ubiegania się o wolne stanowisko sędziowskie na szczególną uwagę zasługuje jeden — nieskazitelność charakteru, gdyż pozostałe raczej nie były przedmiotem dogłębnych rozważań SN. Nieskazitelność charakteru jest typowym pojęciem niedookreślonym, wypełnianym treścią przez organy stosujące prawo, z zastrzeżeniem poczynionym w wyroku SN z 13 grudnia 2010 r., zgodnie z którym nieskazitelność ta jest warunkiem, którego „spełnienie ocenia ostatecznie Krajowa Rada Sądownictwa”³¹. Nie ma tu potrzeby jego definiowania, ale trzeba podkreślić,

²⁷ Wyrok z 19 listopada, sygn. akt K 62/07, OTK ZU, seria A, nr 10, poz. 149.

²⁸ Wyrok SN z: 15 lipca 2009 r., sygn. akt III KRS 11/09, LEGALIS oraz 13 grudnia 2010 r., sygn. akt III KRS 18/10, LEX nr 794796.

²⁹ Wyrok SN z 6 listopada 2009 r., sygn. akt III KRS 20/09, niepublik.

³⁰ Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. — Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz.U. Nr 98, poz. 1070, ze zm.

³¹ Wyrok SN z 13 grudnia 2010 r., sygn. akt III KRS 18/10, LEX nr 794796.

że ustalenie, czy charakter kandydata jest nieskazitelnym, wymaga dokonania szerszej oceny wykraczającej poza zakres jego życia zawodowego, w tym zachowań niewynikających „bezpośrednio z czynności służbowych”³². *Prima facie* nieskazitelnosc jest cechą stałą, ale — w mojej ocenie — ma jednak charakter gradualny w tym znaczeniu, że jej coraz bardziej rygorystyczne rozumienie może służyć podnoszeniu wymagań wobec kandydatów na sędziów.

Sąd Najwyższy ani razu nie przedstawił wyczerpującej listy dodatkowych kryteriów, którymi może posługiwać się rozpatrująca kandydatury na sędziów Krajowa Rada Sądownictwa. Nie powinno to zresztą dziwić, gdyż próba stworzenia zamkniętego katalogu kryteriów musi być skazana na niepowodzenie. Generalnie jednak „dla oceny przydatności [...] do wykonywania zawodu sędziego zasadnicze, wręcz podstawowe znaczenie ma działalność [kandydata — przyp. J.S.] związana z postępowaniami sądowymi”³³. Z kolei w wyrokach z 20 października 2009 r. i 13 grudnia 2010 r. Sąd wskazał, kiedy można przyjąć, że kandydat nie daje gwarancji odpowiedniego wykonywania zadań sędziego. Chodzi np. o niedostateczne umiejętności prawnicze, o osiąganie słabych wyników pracy podczas asesury czy o brak umiejętności współpracy z innymi bądź organizowania pracy³⁴. W orzeczeniu z 2010 r. SN dodatkowo zaproponował praktykę wyrażania opinii o kandydacie przez sędziego wizytatora na zlecenie prezesa sądu. Zdaniem SN, o przedstawieniu kandydata na urząd sędziego „decyduje ocena całościowa wynikająca z łącznego zastosowania tych kryteriów”, a „zakres rozważań dotyczących poszczególnych kandydatów może być zróżnicowany w zależności od potrzeb, [...] powinien on być szerszy w stosunku do kandydatów mających zbliżoną sytuację, lokujących się przy granicy rozdzielającej uchwały pozytywne dla kandydatów od uchwał negatywnych”. Sąd zastrzegł jednocześnie, że żadne ze stosowanych przez KRS kryteriów „nie ma charakteru decydującego ani też nie jest koniecznym wymaganiem uszeregowania kandydatów w oparciu o każde z nich”³⁵.

Przydatnym kryterium, ale niekoniecznie przesądającym o objęciu urzędu, może okazać się także wykształcenie kandydata, jego dorobek naukowy, a także inne niż sędziowskie doświadczenie zawodowe, np. posiadanie stopnia doktora nauk prawnych zalicza się do katalogu okoliczności podlegających ocenie, ale nie przesądza „*eo ipso* o pierwszeństwie kandydatury na wakujące stanowisko sędziowskie”³⁶. Analogicznie „advokat, który wykonywał zawód przez co najmniej sześć lat, nie korzysta z domniemania wyższych kwalifikacji”³⁷. Z kolei w ustawie Prawo o ustroju sądów administracyjnych wprowadzono wobec sędziów administracyjnych dodatkowy wymóg legitymowania się wysokim poziomem wiedzy w dziedzinie administracji publicznej oraz prawa administracyjnego i innych dziedzin prawa związanych z działaniem organów

³² Wyrok SN z 7 lutego 2002 r., sygn. akt SNO 1/01, LEX nr 470187.

³³ Wyrok SN z 10 listopada 2010 r., sygn. akt III KRS 30/09, niepublik.

³⁴ Wyrok SN z 20 października 2009 r., sygn. akt III KRS 13/09, OSNP z 2011, nr 13–14, s. 196 oraz wyrok SN z 13 grudnia 2010 r., sygn. akt III KRS 18/10, LEX nr 794796.

³⁵ Wyrok SN z 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 10/10, LEX nr 678015.

³⁶ Wyrok SN z 10 czerwca 2009 r., sygn. akt III KRS 6/08, LEX nr 523533.

³⁷ Wyrok SN z 13 grudnia 2010 r., sygn. akt III KRS 18/10, LEX nr 794796.

administracji publicznej³⁸. Zgodnie z ustawą, od kandydata wymagany jest wyróżniająco poziom tej wiedzy, co oznacza, że ocena dostateczna jest niewystarczająca³⁹ oraz że kryterium wysokiego poziomu wiedzy (trochę na kształt nieskazitelności charakteru) może i powinno służyć stawianiu przyszłym sędziom administracyjnym coraz większych wymagań.

Po ustaleniu wszystkich relewantnych kryteriów, a także opinii⁴⁰, ocen i stanowisk, KRS „dokonuje oceny kandydata według własnego przekonania, konfrontując ocenianą osobę [...] z pozostałymi osobami biorącymi udział w «konkursie» do pełnienia urzędu sędziowskiego”⁴¹ zgodnie z zasadami swobodnej oceny dowodów⁴². Przyjęte przez KRS dodatkowe kryteria oceny sędziego, które znalazły zastosowanie w sprawie, muszą, oczywiście, zostać ujawnione w uzasadnieniu uchwały Rady, gdyż „niewskazanie tych kryteriów uniemożliwia Sądowi Najwyższemu ocenę zgodności z prawem zaskarżonej uchwały”⁴³.

Analiza orzecznictwa SN dotyczącego kryteriów przydatności kandydatów na sędziów prowadzi do kilku wniosków. Po pierwsze, prawie w każdej rozpatrywanej przez KRS sprawie brak poparcia kandydata ze strony środowiska sędziowskiego ma charakter przesądający. Krajowa Rada wielokrotnie uzasadniała decyzję o nieprzedstawieniu wniosku o powołanie na urząd sędziego niewielką liczbą głosów pozytywnych wyrażonych przez zgromadzenie ogólne właściwego sądu. Jedynie w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem z 12 kwietnia 2011 r. KRS nie przedstawiła wniosku o powołanie kandydata cieszącego się większym poparciem niż pozostali kontrkandydaci. Sąd Najwyższy słusznie nie podważył legalności takiego postępowania⁴⁴. Po drugie, KRS podejmując uchwałę o nieprzedstawieniu kandydata na urząd sędziego, w większości przypadków poprzestaje na zbadaniu podstawowych przesłanek zajmowania stanowiska sędziego i nie musi odwoływać się do kryteriów dodatkowych, gdyż brak poparcia środowiska sędziowskiego, określane przez Radę jako „nieobdarzenie [kandydata — przyp. J.S.] zaufaniem środowiska sędziowskiego”⁴⁵, jest niezwykle istotnym i często stosowanym przez Radę kryterium podejmowania decyzji⁴⁶. Rada nie ma przy tym obowiązku zbadania „motywów zajęcia określonego stanowiska wobec wniosku kandydata przez organy opiniujące”⁴⁷. Dobrze, że Rada liczy się z opiniami potencjalnych

³⁸ Ustawa z dnia 25 lipca 2002 r. — Prawo o ustroju sądów administracyjnych, Dz.U. Nr 153, poz. 1269, z późn. zm.

³⁹ Wyrok SN z 6 listopada 2009 r., sygn. akt III KRS 22/09, LEGALIS.

⁴⁰ W razie rozbieżności opinii obowiązkiem KRS jest ustalenie przyczyn tych różnic, opowiedzenie się za jedną z nich i uzasadnienie właściwości takiego stanowiska — zob. wyrok SN z 16 września 2004 r., sygn. akt III KRS 4/04, LEX nr 737272.

⁴¹ Wyrok SN z 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 9/10, niepublik.

⁴² Wyrok SN z 13 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 17/10, LEX nr 794795.

⁴³ Wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., sygn. akt III KRS 24/09, LEX nr 737271.

⁴⁴ Wyrok SN z 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt III KRS 3/11, niepublik.

⁴⁵ Wyrok SN z 15 lipca 2009 r., sygn. akt III KRS 7/09, OSNP z 2011, nr 9–10, s. 141.

⁴⁶ Zob. przykładowo wyroki z dnia: 15 lipca 2009 r., sygn. akt III KRS 7/09, OSNP z 2011, nr 9–10, s. 141, 4 grudnia 2009 r., sygn. akt III KRS 19/09, OSNP 2011, nr 15–16, s. 220, 9 czerwca 2010 r., sygn. akt III KRS 3/10, niepublik. i wiele innych.

⁴⁷ Wyrok SN z 8 czerwca 2011 r., sygn. akt III KRS 7/11, niepublik.

współpracowników danego kandydata, nie powinno to jednak prowadzić do sytuacji, w której surogatem uchwały KRS stanie się stanowisko wyrażone przez zgromadzenie ogólne czy kolegium danego sądu.

Sąd Najwyższy poświęcił wiele miejsca dodatkowym kryteriom stosowanym przez Radę w procedurze powoływania sędziów. Natomiast regulacja zawarta w nowej ustawie o KRS ogranicza się do lakonicznego art. 35, w którym stanowi się, że jeśli na stanowisko sędziowskie zgłosił się więcej niż jeden kandydat, zespół [wyznaczony w celu przygotowania sprawy indywidualnej na posiedzenie Rady — przyp. J.S.] opracowuje listę rekomendowanych kandydatów, których kolejność na liście zależy od: oceny ich kwalifikacji, doświadczenia zawodowego, opinii przełożonych, rekomendacji, publikacji i innych dokumentów dołączonych do karty zgłoszenia, opinii kolegium właściwego sądu oraz oceny zgromadzenia ogólnego sędziów. Przepis ten niewiele wnosi, gdyż kryteria oceny kandydatów na sędziego zawarte zostały w Prawie o ustroju sądów powszechnych. Odwołują się one m.in. do kultury prowadzenia rozpraw, poziomu kultury osobistej, predyspozycji osobowościowych do zawodu sędziowskiego, w tym umiejętność podejmowania decyzji i samodzielnej organizacji pracy, stosunku do współpracowników. Brak natomiast odniesienia do informacji o zachowaniu kandydata poza sądem, uwzględnionych w uchwale nr 7/2007 KRS Z 11 stycznia 2007 r. w sprawie kryteriów oceny kandydatów na stanowiska sędziowskie, przeprowadzanej przez prezesów sądów okręgowych i apelacyjnych⁴⁸. Problem nie ogranicza się do kwestii „zupełności” regulacji i może skutkować dalszymi wątpliwościami, gdyż ustawodawca nie przesądził wprost, jak daleko sięgać ma ocena „zachowań poza sądem” kandydata na sędziego. Dochodzi tu przecież do kolizji dwóch wartości, tj. prawa do prywatności i dobra wymiaru sprawiedliwości. Ustawodawca powinien zająć w tej sprawie wyraźne stanowisko.

Można także oczekiwać precyzyjniejszej regulacji dotyczącej badania uchylonych orzeczeń przygotowywanych przez kandydata. Różnorodność form procesowych rozstrzygania i połączona z nią mnogość środków zaskarżenia wymaga wprowadzenia bardziej jednoznacznych reguł. Istotne jest bowiem pytanie, które z wydanych orzeczeń należy poddać analizie i jak oceniać stwierdzone w nich uchybienia. Ustawa pozostawia pewien niedosyt, KRS nie może ustalać tych kryteriów. Sąd Najwyższy znów, tak jak w przeszłości, będzie musiał uznać legalność decydowania przez Radę o tych wymogach⁴⁹.

Ustawodawca nie określił również relacji między poszczególnymi kryteriami oceny przydatności kandydata, co w przyszłości także może budzić wątpliwości. Ocenę w tym zakresie pozostawiono Krajowej Radzie Sądownictwa.

3. Relacje między KRS a Prezydentem RP w procedurze powoływania sędziów

Omawiane relacje są warunkowane przez dwa czynniki: pozycję KRS i pozycję głowy państwa. W orzecznictwie SN nie ma zasadniczych wątpliwości, jeśli chodzi

⁴⁸ Uchwała dostępna na stronie internetowej KRS: <http://www.krs.pl/admin/files/100226.doc>.

⁴⁹ Wyrok SN z 20 października 2009 r., sygn. akt III KRS 13/09, OSNP z 2011, nr 13–14, s. 196.

o rozumienie pozycji Rady: jest ona postrzegana jako „organ wyposażony przez Konstytucję w atrybuty strażnika niezawisłości sędziów i niezależności sądów”⁵⁰ czy „szczególny konstytucyjny organ, który stoi na straży niezawisłości sądów i niezależności sędziów”⁵¹, jest ona gospodarzem postępowania w procesie powoływania sędziów. Sąd Najwyższy nie wypowiadał się natomiast zbyt często na temat roli prezydenta w tym przedmiocie. Jest to w pełni zrozumiałe, jeśli weźmie się pod uwagę, że ten etap postępowania nie jest objęty zakresem kontroli SN. Nie oznacza to jednak, że SN nie zajmował stanowiska w tej sprawie. Pierwsza szersza wypowiedź SN na ten temat pojawiła się w postanowieniu z 10 czerwca 2009 r., w którym SN „uznał za potrzebne wyrażenie stanowiska, że w razie równoczesnego zgłoszenia się na wolne stanowisko sędziego kilku (więcej niż jednego) z najlepszych kandydatów do objęcia tego stanowiska, Krajowa Rada Sądownictwa, która nie ma decyzyjnego wpływu na obsadę wolnych stanowisk sędziowskich, bo o mianowaniu sędziów decyduje Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, który zgodnie z art. 179 Konstytucji powołuje sędziów na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa, nie powinna ograniczać liczby zgłaszanych Prezydentowi RP wniosków o mianowanie na wolne stanowiska sędziowskie do liczby wakujących do obsadzenia stanowisk sędziowskich”. W ocenie SN w procedurze powołania należy uwzględniać nieakceptowanie przez prezydenta wszystkich wniosków KRS o powołanie przedstawionych przez nią kandydatur w liczbie równej liczbie ogłoszonych wakatów sędziowskich i dlatego „racjonalne i zgodne z prawem będzie przedstawianie Prezydentowi RP przez Krajową Radę Sądownictwa większej liczby (niż równej ilości wolnych stanowisk sędziowskich) z najlepszych kandydatur do objęcia wolnego urzędu sędziego, a także pozostawienie Prezydentowi RP ostatecznej i suwerennej decyzji o nominacji wybranych kandydatów przez ten konstytucyjny organ decyzyjny”. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na „istotny walor praktyczny” takiego rozwiązania, polegający na ograniczeniu „ilości odwołań od uchwał KRS o nieprzedstawieniu wniosków o powołanie do pełnienia urzędu sędziego, którymi kandydaci czują się pokrzywdzeni, gdyż na ogół odczuwają je jako krzywdzące lub «dyskredytujące» ich dotychczasowe osiągnięcia zawodowe”⁵².

Przedstawione stanowisko Sądu Najwyższego zasługuje na jednoznaczny krytykę co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, w odniesieniu do procedury powoływania sędziów SN na równi stawia prezydenta i KRS, mimo że nie ma to konstytucyjnego uzasadnienia. Niedopuszczalne jest, aby kandydat na sędziego — uznany przez organ konstytucyjnie odpowiedzialny za stanie na straży niezawisłości sędziowskiej i niezależności sędziów za spełniający wszystkie warunki niezbędne do pełnienia urzędu sędziego — mógł nie zostać powołany na stanowisko arbitralną decyzją. Takie postępowanie narusza konstytucyjne prawo dostępu do służby publicznej na równych zasadach i w istocie uzależnia selekcję kandydatów od prezydenckiego widzimisię. Przyjęcie takiego modelu postępowania w sprawie powoływania sędziów nie znajdu-

⁵⁰ Wyrok SN z 15 marca 2011 r., sygn. akt III KRS 1/11, LEX nr 818617.

⁵¹ Wyrok SN z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt III KRS 3/03, OSNP z 2004, nr 12, s. 217.

⁵² Wyrok SN z 10 czerwca 2009 r., sygn. akt III KRS 9/08, OSNP z 2011, nr 7–8, s. 114.

je konstytucyjnego uzasadnienia. Po drugie, stanowisko SN jest nietrafne, jeśli zważy się, że w orzecznictwie NSA wyrażono pogląd w odniesieniu do nowoczesnego państwa całkowicie nieracjonalny, zakładający brak konieczności uzasadniania orzeczeń prezydenta. Kandydat na sędziego może się nie dowiedzieć, z jakich powodów nie został powołany na urząd, gdyż głowa państwa działa tu w ramach swej prerogatywy. Niekontrasygnowane kompetencje zapewniają prezydentowi większą niezależność, ale nie mogą pozbawiać opinii publicznej wiedzy na temat motywów prezydenckiej decyzji podejmowanej w niezwykle istotnej dla społeczeństwa materii, jaką jest niezawisłość sądu w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji.

Uwzględniając wskazane już niebezpieczeństwa, z uznaniem należy odnotować zmianę linii orzeczniczej Sądu Najwyższego. W dwóch postanowieniach, wydanych odpowiednio 6 listopada 2009 r. oraz 14 stycznia 2010 r., SN poparł ochronę pozycji KRS jako organu konstytucyjnie odpowiedzialnego za wybór najlepszych kandydatów na sędziów. W pierwszym z wymienionych postanowień SN wyraźnie zastrzegł, że „pozycja Rady określona została bezpośrednio w Konstytucji [...], co nie pozwala dowolnie redukować jej roli oraz funkcji”, a uchwały KRS „podejmowane są kolegialnie i dalszy ich walor wynika ze składu Rady, gdyż tworzą ją nie tylko sędziowie”. Sąd odniósł się też do wyrażonego w wyroku o sygn. III KRS 9/08 oczekiwanego ograniczenia liczby odwołań od uchwał Rady, zwracając uwagę, że w istocie odwołania te zostałyby skierowane do prezydenta, co — jak należy przypuszczać — podważałoby jego autorytet i wikłało go w niepotrzebne spory⁵³. Z kolei drugie z postanowień, moim zdaniem, najpełniej oddaje wolę ustrojodawcy odnoszącą się do modelu postępowania w sprawie powoływania sędziów. W orzeczeniu tym SN opowiedział się za instytucją *sui generis* prezydenckiego weta w postępowaniu prowadzonym na podstawie art. 179 Konstytucji. Zasadniczy wątek rozważań dotyczył dopuszczenia możliwości wznowienia postępowania przez KRS, w sytuacji gdy przed podjęciem decyzji przez prezydenta pojawiają się okoliczności nieznane Radzie, które legły u podstaw zwrócenia Radzie wniosku o powołanie sędziego. SN uznał, że „stałość prawa i stosunków prawnych (bezpieczeństwo prawne) stanowi [...] jeden z fundamentów państwa prawa” i dlatego odrzucił „niczym nieskrępowaną możliwość zmiany stanowiska przez Radę” w przedmiocie przedstawienia wniosku o powołanie sędziego i opowiedział się za skonstruowaniem zasady „możliwości wzruszania uchwał Rady w razie ujawnienia się istniejących przed podjęciem uchwały okoliczności, które, gdyby znane były jej wcześniej, nie doprowadziłyby do jej podjęcia”. SN słusznie przy tym zastrzegł, że „nie wydaje się możliwe powołanie przez Prezydenta RP na określone stanowisko sędziowskie osoby niespełniającej ustawowych wymagań do objęcia tego stanowiska”⁵⁴ i dlatego zwrócenie wniosku Radzie umożliwia reasumpcję głosowania i zmianę stanowiska KRS. Takie postępowanie daje, w ocenie SN, „zdecydowanie klarowniejsze gwarancje”, jeśli chodzi o ochronę interesów kandydatów na sędziego, a nadto, o czym

⁵³ Wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., sygn. akt III KRS 26/09, LEGALIS.

⁵⁴ Wyrok SN z 6 listopada 2009 r., sygn. akt III KRS 21/09, OSNP z 2011, nr 13–14, s. 197.

SN już wprost nie mówi, odpowiada pozycji KRS w procedurze powoływania sędziów. Orzeczenie to można skonstatować, stwierdzając: nic dodać, nic ująć.

W omawianym postanowieniu wyraźnie wskazano, że trudno znaleźć powody, które uzasadniałyby przyznanie Radzie niczym nieskrępowanej możliwości zmiany stanowiska w sprawie oceny kandydata na sędziego. Pogląd ten jest w pełni aktualny także w odniesieniu do prezydenta. Głowie państwa także nie wolno arbitralnie dewaluować ocen wyrażonych w postępowaniu zarówno przed KRS, jak i na jego wcześniejszych etapach. Można wręcz uznać, że jeśli KRS, konstytucyjnie umocowana do stania na straży niezawisłości sędziowskiej i jednocześnie konstytucyjnie odpowiedzialna za wybór najlepszych kandydatów na sędziów, nie może dowolnie zmieniać swojego stanowiska, tym bardziej taka swobodna modyfikacja nie może przysługiwać prezydentowi, bez ujawnionych opinii publicznej wyraźnych powodów konstytucyjnych.

Nowa ustawa o KRS nawiązuje, na szczęście, do modelu postępowania zarysowanego przez SN w postanowieniach o sygn. akt: III KRS 21/09 i III KRS 26/09. W art. 45 ust. 1 ustawy przewidziano możliwość ponownego rozpatrzenia sprawy. Wznowienie to może nastąpić zarówno na wniosek uczestnika postępowania, czyli na jego korzyść, jak i z urzędu w przypadku ujawnienia nowych okoliczności dotyczących osoby wskazanej we wniosku. Zgodnie z art. 45 ust. 2 ustawy o KRS, ponowne rozpatrzenie sprawy zostało dopuszczone także w odniesieniu do wniosku (dotyczącego powołania sędziego) przedstawionego prezydentowi. W tym przypadku, oprócz działania *ex officio* i na wniosek uczestnika postępowania, ponownego rozpatrzenia sprawy może domagać się także prezydent. Nowe okoliczności, o których mowa w tym przepisie, należy rozumieć jako okoliczności, które nie były znane Radzie, a które spowodowałyby zmianę uchwały KRS, jeśli byłyby jej znane. Wspomniany przepis upoważnia prezydenta do złożenia wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy, może więc powstać wątpliwość, czy stosowne postanowienie prezydenta wymagałoby kontrasygnaty prezesa Rady Ministrów. Za współpodpisem przemawia art. 144 Konstytucji, w którym prezydenckie prerogatywy wymienia się w kategoriach wyjątków *exceptiones non sunt extentendae* oraz sformułowany w orzecznictwie TK zakaz wyprowadzania „kompetencji pochodnych”⁵⁵. Z kolei kontrasygnata włączałaby w proces powoływania sędziów prezesa RM, co nie byłoby stanem pożądanym. W mojej ocenie, art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji, w którym zawarto sformułowanie „powoływanie sędziów”, ma takie samo znaczenie normatywne, jak art. 179 ustawy zasadniczej. Skoro panuje zgoda, że w „powoływaniu sędziów” mieści się (absolutnie wyjątkowe) niepowołanie sędziego, to tak samo należy rozumieć art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji. I nie może tu być mowy o tworzeniu kompetencji pochodnej, bowiem prezydent w ten sposób realizuje kompetencję powołania sędziego.

4. Postępowanie w przedmiocie przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych

W postępowaniach dotyczących przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych zasadniczym problemem stało się prawidłowe wykonanie obowiąz-

⁵⁵ Wyrok TK z 23 marca 2006 r., sygn. akt K 4/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 3, poz. 32.

ku wszechstronnego rozważenia przez KRS wszystkich okoliczności sprawy. Uchwały Rady wielokrotnie podlegały uchyleniu z uwagi na podjęcie decyzji o przeniesieniu sędziego wyłącznie na podstawie opinii lekarza orzecznika ZUS. Pierwsze orzeczenie SN dotyczące wyjaśnienia okoliczności sprawy zapadło już 10 czerwca 2003 r. W wyroku tym SN stwierdził, że „nie odpowiada konstytucyjnie określonej roli Krajowej Rady Sądownictwa taki sposób rozstrzygania przez nią o przeniesieniu sędziego w stan spoczynku, który polegałby na prostym potwierdzeniu nieweryfikowanego orzeczenia lekarskiego”. Sąd trafnie zwrócił uwagę Radzie, że „o tym [...], czy sędzia podlega przeniesieniu w stan spoczynku decyduje nie lekarz, a Krajowa Rada Sądownictwa, która powinna mieć możliwość krytycznej oceny orzeczenia lekarza orzecznika ZUS”⁵⁶. Stanowisko to zostało podtrzymywane w późniejszym orzecznictwie SN. Wprost nawiązują do niego wyroki SN: z 19 stycznia 2005 r., w którym Sąd wytknął Radzie, że powołanie się przez nią na „orzeczenie lekarza orzecznika [...], które nie spełniało żadnych merytorycznych warunków wymaganych od tego rodzaju dokumentu [...], pozbawiło [...] sędziego prawa do należytego rozeznania sprawy”⁵⁷; z 10 stycznia 2007 r., w którym Sąd kategorięcznie podkreślił, że o trwałej niezdolności sędziego do pełnienia obowiązków „nie może decydować proste oparcie się na uzyskanym orzeczeniu [lekarskim — przyp. J.S.], które tylko wtedy może stanowić podstawę decyzji KRS, kiedy spełnia warunki wymagane od takiego orzeczenia, a jego walor dowodowy jest niepodważalny”⁵⁸; z 18 lutego 2010 r., w którym Sąd sprzeciwił się iluzorycznemu charakterowi postępowania przed KRS⁵⁹, oraz z 10 listopada 2010 r.⁶⁰

Z kolei w wyroku z 4 kwietnia 2007 r. SN przypomniał, że orzeczenie lekarza orzecznika ZUS jest „jedynie środkiem dowodowym w postępowaniu [...], a Krajowa Rada Sądownictwa nie jest związana treścią tego orzeczenia”⁶¹. SN uzasadnił uchylenie uchwały KRS brakiem odniesienia się Rady do rozbieżnych stanowisk lekarzy w sprawie stanu zdrowia sędziego. Analogicznie został uzasadniony wyrok z 5 listopada 2008 r., w którym SN wskazał, że „orzeczenie jest podstawowym dokumentem dla podjęcia uchwały przez KRS, lecz podlega weryfikacji przez Radę”. W uzasadnieniu SN szerzej odniósł się do konstytucyjnej zasady nieusuwalności sędziego (art. 180 ust. 1 Konstytucji), którą powiązał z przenoszeniem sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych. Zwrócił uwagę, że brak uzasadnienia orzeczenia lekarza orzecznika ZUS godzi w tę konstytucyjną zasadę. Ponadto SN krytycznie odniósł się do przepisów dotyczących przeniesienia sędziego w stan spoczynku, stwierdzając, że „z obecnych regulacji ustawowych oraz praktyki ich stosowania wynika, że mimo konstytucyjnie zagwarantowanej nieusuwalności sędziego procedura usunięcia go z urzędu z powodu choroby lub utraty sił w znacznie słabszy sposób chroni sędziego niż pozostałych pracowników. W odniesieniu do nich ma bowiem zastosowanie dwu-

⁵⁶ Wyrok SN z 10 czerwca 2003 r., sygn. akt III KRS 3/03, OSNP z 2004, nr 12, s. 217.

⁵⁷ Wyrok SN z 19 stycznia 2005 r., sygn. akt III KRS 9/04, OSNP z 2005, nr 12, s. 182.

⁵⁸ Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r., sygn. akt III KRS 6/06, OSNP z 2008, nr 3–4, s. 52.

⁵⁹ Wyrok SN z 18 lutego 2010 r., sygn. akt III KRS 29/09, LEX nr 564900.

⁶⁰ Sygn. akt III KRS 15/10, LEX nr 737270.

⁶¹ Wyrok SN z 4 kwietnia 2007 r., sygn. akt III KRS 5/07, LEX nr 737273.

instancyjny tryb orzekania o niezdolności do pracy [...] oraz droga sądowa przed sądem powszechnym. To wszystko przemawia za taką interpretacją ułomnych przepisów ustawowych, aby w możliwie szerokim zakresie była uwzględniona zasada nieusuwalności sędziego” i dlatego wykluczył możliwość odrzucenia odwołania z powodu uchybień formalnych⁶².

Teza ta znalazła potwierdzenie w wyroku z 2 kwietnia 2009 r., w którym SN uznał, że „w rozważanym postępowaniu [w przedmiocie przeniesienia sędziego w stan spoczynku — przyp. J.S.] odrzucenie odwołania z powodu niespełnienia wymagań stawianych skardze kasacyjnej (art. 13 ust. 6 ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa w związku z art. 398⁴ § 1 k.p.c.) naruszałoby konstytucyjnie gwarantowane prawo skarżącej do sądu — art. 45 Konstytucji RP”. Sąd dokonał ponadto swoistej reasumpcji dotychczasowego orzecznictwa i przypomniał, że „stwierdzenie przez lekarza orzecznika ZUS, że sędzia jest niezdolny do pełnienia obowiązków sędziego, powinno zostać ocenione przez Krajową Radę Sądownictwa po wszechstronnym rozważeniu wszystkich okoliczności sprawy [...], a sam fakt wydania przez lekarza orzecznika orzeczenia i stwierdzenia takiej niezdolności nie wystarcza do pozbawienia sędziego urzędu [...]”⁶³, gdyż „sędzia może je [orzeczenie — przyp. J.S.] kwestionować i to w kierunku potwierdzenia albo zaprzeczenia niezdolności do pełnienia obowiązków sędziego”⁶⁴.

Pewne wątpliwości budziło także kierowanie sędziów, przez właściwy organ, na badania lekarskie, których sędziowie nie chcieli dobrowolnie wykonywać. W powoływanym już orzeczeniu z 10 stycznia 2007 r. SN wyraził pogląd, zgodnie z którym skierowanie sędziego na badania jest „czynnością dokonywaną w ramach stosunku służbowego” i „jeżeli uprawniony organ tego żąda, sędzia ma służbowy obowiązek poddania się badaniu”⁶⁵. Sankcją za niewykonanie tego obowiązku bez uzasadnionej przyczyny jest przeniesienie sędziego w stan spoczynku, co miało miejsce w przypadku sprawy rozstrzygniętej ostatecznie przez SN wyrokiem z 10 maja 2006 r., w którym SN potwierdził legalność takiej decyzji Rady, a przy okazji zwrócił uwagę, że przez badanie, o którym mowa w art. 70 § 2 p.u.s.p., należy rozumieć „wszystkie rodzaje badań niezbędnych do oceny niezdolności do pełnienia obowiązków przez sędziego i wydania orzeczenia w tym przedmiocie, w tym także konsultacje z różnych dziedzin, które lekarz orzecznik ZUS uzna za konieczne”⁶⁶. Podobnie SN uznał w wyroku z 14 stycznia 2010 r., przyjmując, że „badań medycznych w zakresie oceny trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków sędziego nie można redukować tylko do orzeczenia lekarza orzecznika ZUS [...]. Chodzi bowiem o prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, co wymaga pełnych ustaleń i ocen medycznych”⁶⁷.

⁶² Wyrok SN z 5 listopada 2008 r., sygn. akt III KRS 4/08, LEX nr 658203.

⁶³ Wyrok SN z 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt III KRS 8/09, OSNP z 2011, nr 1–2, s. 29.

⁶⁴ Wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., sygn. akt III KRS 28/09, LEGALIS.

⁶⁵ Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r., sygn. akt III KRS 6/06, OSNP z 2008, nr 3–4, s. 52.

⁶⁶ Wyrok SN z 10 maja 2006 r., sygn. akt III KRS 3/06, OSNP z 2007, nr 11–12, s. 177.

⁶⁷ Wyrok SN z 14 stycznia 2010 r., sygn. akt III KRS 28/09, LEGALIS.

W postępowaniu dotyczącym przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych aktualny pozostaje obowiązek wyważania sprzecznych ze sobą wartości: dobra wymiaru sprawiedliwości oraz interesu prawnego sędziego, z oczywistą przewagą pierwszej z nich. SN uznał, że „nie można dopuścić do sprawowania wymiaru sprawiedliwości osoby, która nie jest do tego zdolna, zwłaszcza gdy stwierdzono u niej problemy natury psychiatrycznej, psychologicznej lub neurologicznej”⁶⁸.

Przy omawianiu problemów związanych z przenoszeniem sędziów w stan spoczynku z powodów zdrowotnych nie można pominąć kontrowersyjnej linii orzeczniczej SN dotyczącej braku możliwości powrotu do czynnej służby sędziego, w przypadku którego zanikły przeszkody uzasadniające stwierdzenie trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków z przyczyn zdrowotnych. Sąd Najwyższy zajmował takie stanowisko kilkakrotnie, m.in. w postępowaniach zakończonych wyrokami: z 8 marca 2006 r., sygn. akt III KRS 1/06⁶⁹; z 17 sierpnia 2010 r., sygn. akt III KRS 5/10⁷⁰, oraz z 20 stycznia 2011 r., sygn. akt III KRS 19/10⁷¹. Uzasadniając ów pogląd, SN odwołał się do wykładni TK zawartej w uchwale z 6 listopada 1991 r., sygn. akt W 2/91, że prawo powrotu sędziego na stanowisko zajmowane poprzednio stanowi prawo podmiotowe gwarantowane przez przepisy ustawowe. Aby tak rozumiane prawo mogło być realizowane, konieczne jest wskazanie przepisu ustawowego, który je przewiduje⁷². W ustawie p.u.s.p. takie prawo przewidziano jedynie w dwóch przypadkach wymienionych w art. 74 i w art. 98 § 3, co oznacza, że sędzia przeniesiony w stan spoczynku na podstawie art. 70 § 1 p.u.s.p. nie ma prawa powrotu na poprzednio zajmowane stanowisko także w przypadku ustania trwałej niezdolności do pełnienia obowiązków sędziego. Przeciwna wykładnia ustawy „musiałaby bowiem być wykładnią *contra legem*, gdyż przepisy wyraźnie i wyczerpująco przewidują, kiedy możliwy jest powrót sędziego w stanie spoczynku do czynnej służby. Dołączenie do tego katalogu sytuacji, w której ustała trwała niezdolność do pełnienia obowiązków sędziego, może być rozważane jedynie jako postulat *de lege ferenda*”⁷³.

Powyższe rozumowanie SN jest kontrowersyjne z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, abstrahuje od specyfiki zakłóceń zdrowotnych człowieka, których cechą charakterystyczną jest między innymi stan remisji, trwała niezdolność do pełnienia obowiązków jest rozumiana przez SN jako niedająca szansy na poprawę, a z doświadczenia życiowego wynika, że nie każda choroba wywołuje nieodwracalne skutki. Po wtóre, w kontekście zasady nieusuwalności sędziego sprawa jest na tyle niejednoznaczna, że wymagała złożenia pytania prawnego w TK. SN rozważał także różnice między przeniesieniem sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych z uwagi na brak rokowań na odzyskanie sprawności organizmu od przeniesienia sędziego w stan spoczynku, gdy nie pełni on przez okres roku służby z powodu choroby, eks-

⁶⁸ Wyrok SN z 10 listopada 2010 r., sygn. akt III KRS 14/10, LEX nr 737268.

⁶⁹ OSNP 2007, nr 7–8, s. 118.

⁷⁰ LEX nr 737274.

⁷¹ LEX nr 786808.

⁷² OTK ZU 1991, nr 1, poz. 20.

⁷³ Sygn. akt III KRS 19/10, LEX nr 786808.

ponując jednak przede wszystkim brak swobody i uznaniowość KRS w podejmowaniu przedmiotowej decyzji⁷⁴.

Przedstawione rozważania SN częściowo znalazły odzwierciedlenie w obecnie obowiązującej ustawie o KRS. Przede wszystkim wypada zwrócić uwagę na jej art. 38, który stwarza Radzie możliwość zaczerpnienia dodatkowych informacji z zakresu medycyny (od biegłego sądowego, instytutu naukowego lub naukowo-badawczego). Rozwiązanie to koresponduje z przynależną Radzie kompetencją do podejmowania decyzji w sprawie przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych. W art. 8 ust. 2 ustawy wymienia się także dokumenty, które winny być dołączone do wniosku o przeniesienie sędziego. Nierozwiązany pozostał jednak sygnalizowany w orzecznictwie problem⁷⁵, w jaki sposób organy właściwe do złożenia wniosku (prezes sądu, kolegium sądu) mają wejść w posiadanie tych dokumentów. Oczekiwanie, że całą dokumentację medyczną przedstawi Radzie sam sędzia, jest do pewnego stopnia uprawnione, ale uczestnikowi postępowania nie zawsze będzie zależało na takiej współpracy. Trudno też uznać, że odpowiedzialność za niedopełnienie tego obowiązku będzie automatycznie skutkować przeniesieniem w stan spoczynku. Nie można także pominąć art. 47 ustawy o KRS zmieniającego p.u.s.p. i wprowadzającego postulowane przez SN rozszerzenie postępowania dotyczącego stanu zdrowia sędziów prowadzonego przez środowisko medyczne. Do art. 70 p.u.s.p. dodany został § 3a, zgodnie z którym zainteresowany sędzia lub kolegium właściwego sądu może odwołać się od decyzji lekarza orzecznika do komisji lekarskiej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych w ciągu 14 dni od doręczenia danego orzeczenia. Dwuetapowość oceny medycznej z pewnością poprawi rzetelność tych ocen, a nadto poszerzy perspektywę analizy KRS i ułatwi jej podjęcie stosownej decyzji.

Warta odnotowania jest także zmiana p.u.s.p. z 18 sierpnia 2011 r.⁷⁶, zgodnie z którą art. 74 został uzupełniony o § 1a, który stanowi, że sędzia przeniesiony w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych ma prawo powrotu na stanowisko zajmowane poprzednio albo stanowisko równorzędne poprzednio zajmowanemu, jeśli przedstawi zaświadczenie wydane przez lekarza orzecznika ZUS, stwierdzające, że jest zdolny, ze względu na stan zdrowia, do pełnienia obowiązków sędziego. Modyfikacja ta pokazuje, że SN zbyt łatwo zaakceptował pogląd o braku możliwości takiego powrotu. Należy także oczekiwać, że powrót sędziego do czynnej służby jest odwrotnością przeniesienia w stan spoczynku, a więc wymaga od KRS wszechstronnego rozważenia okoliczności sprawy, szczególnie przy zastrzeżeniu, że o tym powrocie decyduje Rada a nie lekarz orzecznik, co zresztą potwierdza art. 38 nowej ustawy o KRS.

5. Postępowanie w sprawie wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego, który ukończył 65 rok życia

W ustawie o KRS z 2001 r. regułą było pełnienie obowiązków sędziowskich do 65 roku życia, a jego przedłużenie o 5 lat — wyjątkiem. Stąd uprawniona była restryk-

⁷⁴ Wyrok SN z 12 kwietnia 2011 r., sygn. akt III KRS 2/11, LEX nr 901619.

⁷⁵ Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r., sygn. akt III KRS 6/06, OSNP z 2008, nr 3–4, s. 52.

⁷⁶ Ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy — Prawo o ustroju sądów powszechnych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. Nr 203, poz. 1192.

cyjna wykładnia przepisów dotyczących wyrażania zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego. Wyjątek od zasady i szczególny charakter uzasadniających go okoliczności nie oznaczały jednak, że musiały istnieć nadzwyczajne okoliczności, aby móc wydłużyć okres aktywności zawodowej sędziego⁷⁷. Problem wyrażania zgody na dalsze zajmowanie stanowiska przez sędziego całkowicie stracił na znaczeniu, gdyż w nowej ustawie o KRS Rada utraciła kompetencję do wyrażania tej zgody. Nie ma więc powodów, by szczegółowo prezentować wyroki SN, choć należy zwrócić uwagę na trzy grupy zagadnień, które w nich dominują.

Po pierwsze, z uwagi na brak ustawowych kryteriów związanych z przedłużaniem okresu pełnienia obowiązków sędziowskich SN (bezkrytycznie) aprobował ustalenie ich przez KRS, wskazując jednocześnie przykładowe czynniki, od których może zależeć wyrażenie zgody na dalsze zajmowanie stanowiska. Na przykład w wyrokach z 14 marca 2002 r. i 27 marca 2002 r. zaliczył do nich: „stanowiska organów samorządu sędziowskiego i organów administracji sądowej, w których zawarte są opinie o postawie i osiągnięciach sędziego, przebieg jego dotychczasowej pracy, w tym także oceny orzecznictwa”⁷⁸. W innym wyroku SN odwołał się do takich kwestii, jak stan zdrowia sędziego oraz sytuacja kadrowa sądu, z której ma wynikać potrzeba dalszego pełnienia funkcji przez danego sędziego⁷⁹. W wielu orzeczeniach SN wskazywał, choć może niezbyt wyraźnie, że podjęcie decyzji o wydłużeniu czasu pełnienia obowiązków służbowych wymaga każdorazowego wyważenia interesów sędziego i wymiaru sprawiedliwości, nierzadko sprzecznych ze sobą⁸⁰. Mimo formułowania przez SN określonych wymogów dotyczących postępowania w sprawie wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska istniejący wówczas stan prawny był niezadowolający, gdyż kryteria stosowane przez Radę nie były określone ustawowo, a ich ustalenie przez Radę poprzez akty prawa wewnętrznego było wątpliwe konstytucyjnie.

Po drugie, liczne orzeczenia dotyczyły terminu złożenia przez sędziego wniosku o wyrażenie zgody na dalsze zajmowanie stanowiska. Zgodnie z ówczesnym art. 69 § 3 p.u.s.p. wniosek należało złożyć do KRS najpóźniej na sześć miesięcy przed ukończeniem przez sędziego 65 roku życia. SN konsekwentnie przyjmował, że termin ten jest „szczególnym terminem o charakterze prekluzyjnym”⁸¹ i nie podlega przywróceniu⁸². Niezłożenie wniosku bądź złożenie go po terminie było, w ocenie SN, równoznaczne z przejściem w stan spoczynku z mocy samego prawa⁸³. Sąd dopuszczał przy tym możliwość kilkakrotnego składania wniosku w okresie między 65 a 70 rokiem ży-

⁷⁷ Wyrok SN z 10 maja 2006 r., sygn. akt III KRS 2/06, OSNP z 2007, nr 7–8, s. 119.

⁷⁸ Sygn. akt III KRS 1/02 OSNP z 2002, nr 18, s. 448 oraz sygn. akt III KRS 2/02, OSNP z 2002, nr 21, s. 535.

⁷⁹ Wyrok SN z 28 czerwca 2005 r., sygn. akt III KRS 2/05, ZNSA z 2005, nr 2–3, s. 74.

⁸⁰ Por. w szczególności wyrok SN z 10 maja 2006 r., sygn. akt III KRS 2/06, OSNP z 2007, nr 7–8, s. 119.

⁸¹ Wyrok SN z 14 grudnia 2004 r., sygn. akt III KRS 8/04, OSNP z 2005, nr 14, s. 219.

⁸² Wyroki SN z dnia: 4 listopada 2003 r., sygn. akt III KRS 4/03, 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt III KRS 3/04, OSNP z 2005, nr 2, s. 30, 20 października 2004 r., sygn. akt III KRS 7/04, LEGALIS, 6 lipca 2005 r., sygn. akt III KRS 3/05, LEX nr 376445.

⁸³ Postanowienie SN z 23 lutego 2005 r., sygn. akt III KRS 1/05, LEGALIS.

cia sędziego, pod warunkiem zachowania 6-miesięcznego terminu liczonego od końca przedłużonego okresu pełnienia obowiązków⁸⁴.

Po trzecie, w omawianym postępowaniu SN wielokrotnie oczekiwał dochowania określonych standardów proceduralnych. W wyroku z 28 czerwca 2005 r. stwierdził, że „przepisy Prawa o ustroju sądów powszechnych nie regulują postępowania w sprawie wyrażania zgody na dalsze zajmowanie stanowiska sędziego, a ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa i wydane na jej podstawie rozporządzenie [...] reguluje jedynie niektóre aspekty tego postępowania, co w konsekwencji upoważnia do stwierdzenia, że regulacja ta jest niekompletna i fragmentaryczna. Z kolei [...] zakaz stosowania w postępowaniu przed Radą przepisów k.p.a. nie oznacza jednak, że w postępowaniu tym nie stosuje się zasad i standardów proceduralnych ukształtowanych przez orzecznictwo SN, NSA i TK”⁸⁵. Z tego względu Sąd uchylał uchwały KRS, jeśli przed ich wydaniem Rada nie wyjaśniła wszystkich okoliczności sprawy⁸⁶ albo gdy nie umożliwiono sędziemu ustosunkowania się do zebranego materiału procesowego⁸⁷. SN nie uznał jednak, że przewidziane w ówczesnych przepisach bezpośrednie uzyskanie wyjaśnień od sędziego (§ 19 ust. 1 rozporządzenia) było obligatoryjne⁸⁸.

Obecnie ustawodawca całkowicie zmienił regulację prawną dotyczącą pełnienia obowiązków sędziego do 70 roku życia. Zgodnie z art. 69 p.u.s.p. sędzia przechodzi w stan spoczynku z dniem ukończenia 65 roku życia, chyba że nie później niż na sześć miesięcy przed ukończeniem 65 roku życia wyrazi wolę dalszego zajmowania stanowiska i przedstawi ministrowi sprawiedliwości zaświadczenie, wydane zgodnie z zasadami określonymi dla kandydata na stanowisko sędziowskie, stwierdzające, że jest zdolny, ze względu na stan zdrowia, do pełnienia obowiązków sędziego. W razie złożenia przez sędziego oświadczenia i przedstawienia zaświadczenia może on zajmować stanowisko nie dłużej niż do ukończenia 70 roku życia. Sędzia ten może przejść w stan spoczynku w każdym czasie, składając odpowiednie oświadczenie. Odwrotnie niż pod rządami ustawy o KRS z 2001 r., zasadą jest dłuższe zajmowanie stanowiska, co musi rzutować na liberalną wykładnię tego przepisu. W razie wątpliwości Krajowa Rada powinna rozstrzygać wniosek sędziego na jego korzyść. Uprawnienie do wystąpienia z wnioskiem jest ograniczone, tak jak w poprzednim stanie prawnym, 6-miesięcznym terminem, którego niedochowanie powoduje *ex lege* przejście sędziego w stan spoczynku.

⁸⁴ Wyrok SN z 19 października 2006 r., sygn. akt III KRS 5/06, OSNP z 2007, nr 21–22, s. 336.

⁸⁵ Sygn. akt III KRS 2/05, ZNSA z 2005, nr 2–3, s. 74.

⁸⁶ Za naruszające standardy proceduralne zostało uznane uzasadnienie uchwały, w której odmówiono wyrażenia zgody na dalsze zajmowanie stanowiska, uzasadniając to wyłącznie „sytuacją kadrową sądu” — zob. wyrok o sygn. akt III KRS 2/05, ZNSA z 2005, nr 2–3, s. 74.

⁸⁷ Wyroki SN z dnia: 7 kwietnia 2004 r., sygn. akt III KRS 1/04, OSNP z 2005, nr 2, s. 29, 19 stycznia 2005 r., sygn. akt III KRS 10/04, OSNP z 2005, nr 16, s. 259, 19 stycznia 2005 r., sygn. akt III KRS 11/04, LEGALIS.

⁸⁸ Wyroki SN z dnia: 20 września 2005 r., sygn. akt III KRS 4/05, OSNP z 2006, nr 11–12, s. 518, 14 marca 2007 r., sygn. akt III KRS 3/07, OSNP z 2008, nr 5–6, s. 87, 19 grudnia 2008 r., sygn. akt III KRS 5/08, LEX nr 658204.

6. Standardy proceduralne w postępowaniach w sprawach indywidualnych przed KRS

Prawidłowy kształt procedury postępowania w sprawach indywidualnych zależy od spełnienia znacznej liczby warunków i dlatego też orzecznictwo SN w tym zakresie jest zarówno obszerne, jak i bardzo zróżnicowane. Należy jednak jeszcze raz przypomnieć, że aktywność odwołujących się uczestników oraz samego SN wynikała z fragmentarycznego charakteru regulacji ustawowej i rozporządzeniowej, a w konsekwencji z funkcjonowania Rady i SN w warunkach niedoskonałej regulacji. Nie jest niezbędne ani możliwe szczegółowe przedstawienie wszystkich problemów podniesionych w orzecznictwie SN, korzystniejsza wydaje się ich przykładowa enumeracja z zastrzeżeniem, że wybór opiera się na kryterium ważności, częstotliwości występowania albo znaczenia w dyskusji parlamentarnej nad projektem obecnie obowiązującej ustawy.

I tak Sąd Najwyższy:

— kilkakrotnie wypowiedział się w sprawie tego, jak ma wyglądać uchwała KRS, zaliczając do jej niezbędnych elementów uzasadnienie zawierające podstawę faktyczną i prawną⁸⁹ oraz rzetelne przedstawienie wyników głosowania, zwłaszcza wobec rozbieżności między zaprotokołowaną liczbą obecnych a liczbą głosujących członków KRS⁹⁰;

— odnosił się do zagadnienia prawomocności uchwał, przyjmując, że ich wykonanie nie zostało uzależnione od legitymowania się tą cechą⁹¹. Uchwały są więc natychmiast wykonalne, a stają się skuteczne „z chwilą jej podjęcia i doręczenia jej odpisu zainteresowanemu sędziemu, mimo jej zaskarżenia [...] do Sądu Najwyższego”⁹². Na szczęście tego zbyt restrykcyjnego stanowiska nie podzielały wszystkie składy orzekające SN, np. w wyroku z 7 kwietnia 2004 r. stwierdzono, że „sędzia sądu powszechnego, który ukończył 65 rok życia, ale wcześniej złożył wniosek do Krajowej Rady Sądownictwa o wyrażenie zgody na dalsze zajmowanie stanowiska, przechodzi w stan spoczynku z dniem prawomocnego zakończenia tego postępowania”⁹³;

— podkreślał znaczenie wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy, przez które rozumie „obowiązek uwzględnienia przez Radę całości zgromadzonej dokumentacji, w tym stanowisk, ocen i opinii wszystkich upoważnionych do tego osób i organów, a nie konieczność szczegółowego odnoszenia się do każdego z nich”⁹⁴, Pojęcie to obejmuje także rozważenie wpływu ewentualnych naruszeń organów uczestniczących w postępowaniu w przedmiocie powołania sędziego na przebieg tej procedury⁹⁵;

⁸⁹ Wyrok SN z 10 maja 2006 r., sygn. akt III KRS 3/06, OSNP z 2007, nr 11–12, s. 177.

⁹⁰ Wyroki SN z 10 czerwca 2009 r., sygn. akt III KRS 6/08, LEX nr 523533 i sygn. akt III KRS 10/08, LEX nr 523534.

⁹¹ Wyrok SN z 4 marca 2004 r., sygn. akt III KRS 2/03, OSNP z 2004, nr 22, s. 394.

⁹² Wyrok SN z 10 stycznia 2007 r., sygn. akt III KRS 6/06, OSNP z 2008, nr 3–4, s. 52.

⁹³ Sygn. akt III KRS 3/04, OSNP z 2005, nr 2, s. 30. Podobnie SN w postanowieniu z 19 września 2007 r., sygn. akt III KRS 8/07, OSNP z 2008, nr 21–22, s. 339.

⁹⁴ Wyrok SN z 20 września 2011 r., sygn. akt III KRS 13/11, LEX nr 1001319.

⁹⁵ Wyrok SN z 20 października 2009 r., sygn. akt III KRS 13/09, OSNP z 2011, nr 13–14, s. 196.

— opowiadał się za możliwością reasumpcji uchwały w razie zaistnienia okoliczności uzasadniających zmianę przyjętego w uchwale KRS stanowiska⁹⁶;

— tłumaczył, na czym polega istota awansu poziomego⁹⁷ oraz jak obliczać okres służby na stanowisku sędziego niezbędny do jego uzyskania⁹⁸;

— jedynie w czterech przypadkach odnosił się do kwestii zagadnień lustracyjnych, przyjmując w wyroku z 16 września 2004 r., że „sam fakt pełnienia służby w organach bezpieczeństwa publicznego nie skutkuje automatycznie pozbawieniem prawa do stanu spoczynku, zainteresowany ma możliwość wykazania, że wykonywał w tym czasie wyłącznie zadania niezwiązane ze zwalczaniem organizacji oraz osób działających na rzecz suwerenności i niepodległości Rzeczypospolitej Polskiej”⁹⁹, oraz że „złożenie oświadczenia lustracyjnego na podstawie ustawy z 1997 r. o ujawnianiu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne nie uchyla obowiązku złożenia tego oświadczenia na podstawie ustawy z 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów przez osobę kandydującą na stanowisko objęte lustracją”¹⁰⁰.

Także w zakresie standardów proceduralnych ustawa o KRS porządkuje stan prawny. Wprowadzona została instytucja wyłączenia członka Rady (art. 28). Jest to swiste novum, ale jak najbardziej pożądane. Uregulowana została kwestia statusu prawnego uczestnika postępowania przed Radą, który jest informowany o terminie posiedzenia, na którym rozpatrywana będzie jego sprawa (art. 29). Wprowadza się też obowiązek dostarczenia dokumentów niezbędnych do rozpatrzenia sprawy i ich uzupełniania (art. 30), doręczania pism (art. 32) i stawiennictwa uczestnika postępowania na żądanie Rady. Ustawa normuje także procedurę postępowania wewnątrz Rady, powierzając rozpatrzenie i ocenianie kandydatów na sędziów powoływanym do tego zespołom, których posiedzenia muszą być protokołowane, a stanowiska uzasadniane (art. 34). Ustawodawca przesądził także kwestię prawomocności uchwał Rady. Cechą tą dysponują uchwały, od których nie przysługuje odwołanie (art. 43 ust. 1 ustawy). Problem może powstać, gdy uchwała ma więcej niż jednego adresata, wtedy wykonalność i prawomocność uchwał Rady może budzić wątpliwości.

W orzecznictwie SN przyjmowano dotychczas, że uchwały podjęte w postępowaniu o powołaniu sędziego dotyczą odrębnie każdego z kandydatów. W wyroku z 8 września 2010 r. SN wskazał, że „w uchwale o przedstawieniu lub nieprzedstawieniu określonej kandydatury z wnioskiem o powołanie do pełnienia urzędu na stanowi-

⁹⁶ Wyroki SN z dnia: 13 grudnia 2010 r., sygn. akt III KRS 16/10 i 20 stycznia 2011 r., sygn. akt III KRS 20/10.

⁹⁷ Wyroki SN z 15 lipca 2009 r., sygn. akt III KRS 5/09, niepublik., i sygn. akt III KRS 12/09, niepublik.

⁹⁸ Wyroki SN z 15 lipca 2009 r., sygn. akt III KRS 1/09, OSNP z 2011, nr 9–10, s. 138, sygn. akt III KRS 4/09, niepublik., sygn. akt III KRS 6/09 OSNP z 2011, nr 9–10, s. 139 i sygn. akt III KRS 10/09, OSNP z 2011, nr 9–10, s. 140.

⁹⁹ Sygn. akt III KRS 6/04, LEGALIS.

¹⁰⁰ Wyrok z 13 listopada 2010 r., sygn. akt III KRS 13/10, LEX nr 737267.

sku sędziego Krajowa Rada Sądownictwa rozstrzyga wyłącznie o prawach danego kandydata albo kreując jego nową sytuację prawną (nowe uprawnienia i obowiązki), albo odmawiając kreowania takiej nowej sytuacji. Uchwała stanowi zatem indywidualną normę prawną kształtującą wyłącznie prawa i obowiązki osoby, do której jest skierowana. Nie wypowiada się natomiast ani pozytywnie, ani negatywnie o prawach innych kandydatów (kontrkandydatów) na to samo stanowisko, stąd też ta uchwała nie dotyczy ich praw i obowiązków¹⁰¹.

Przedstawione stanowisko koresponduje z wcześniejszymi orzeczeniami SN. W orzeczeniu z 4 grudnia 2009 r., sygn. akt III KRS 19/09, SN stwierdził, że „niedopuszczalne jest odwołanie od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa o przedstawieniu Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej kandydatury z wnioskiem o powołanie do pełnienia urzędu na stanowisku sędziego, wniesione przez osobę, której uchwała nie dotyczy, choćby dotyczyła ona stanowiska sędziego, o które ubiega się osoba odwołująca się¹⁰². Natomiast w wyroku z 17 sierpnia 2010 r. rozstrzygnął, iż „odwołanie od uchwały Krajowej Rady Sądownictwa w sprawie indywidualnej może wnieść sędzia lub osoba, której praw i obowiązków dotyczy. Nie jest dopuszczalne odwołanie od uchwał dotyczących innych osób, choćby dotyczyły one tego samego stanowiska sędziowskiego, o które ubiega się osoba odwołująca się od uchwały odmawiającej przedstawienia jego kandydatury Prezydentowi RP z wnioskiem o powołanie na to stanowisko¹⁰³. Wbrew tym stwierdzeniom ustawodawca przyjął w art. 37 ust. 1 i art. 43 ust. 1 i 2 ustawy o KRS odmienne rozwiązanie. Opiera się ono na korelacji prawomocności uchwał z wniesieniem odwołania (art. 43 ust. 1), także w sytuacji, w której uchwała odnosi się do kilku kandydatów. Wtedy staje się ona prawomocna wobec tych uczestników postępowania, którzy nie wnieśli odwołań (art. 43 ust. 2).

Wątpliwości, jakie wiążą się z tą regulacją, wynikają z art. 37 ust. 1 ustawy o KRS, który stanowi, że w razie zgłoszenia się na stanowisko sędziowskie więcej niż jednego kandydata Rada rozpatruje i ocenia wszystkie zgłoszone kandydatury łącznie i podejmuje uchwałę obejmującą rozstrzygnięcia w sprawie przedstawienia wniosku o powołanie do pełnienia urzędu sędziego dotyczącego wszystkich kandydatów. Aby po podjęciu uchwały dotyczącej kilku kandydatów przedstawić prezydentowi wniosek o powołanie sędziego, obecnie niezbędne jest uzyskanie przez uchwałę Rady cechy ostateczności, która jest z kolei uzależniona od wniesienia odwołania przez któregośkolwiek z kandydatów objętych uchwałą. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której okoliczności podniesione przez zaproponowanego przez Radę i odwołującego się uczestnika postępowania wpłyną na jego ocenę i w konsekwencji na zmianę treści uchwały w ten sposób, że osoba przedstawiona do powołania w pierwotnej wersji uchwały może nie uzyskać ponownego poparcia KRS. Taka zmiana stanu prawnego gwarantuje pełniejszą ochronę w trakcie postępowania w stosunku do rozwiązania istniejącego wcześniej, ale znacznie wydłuża procedurę, gdyż wniosek o powołanie sę-

¹⁰¹ LEX nr 678014.

¹⁰² OSNP z 2011, nr 15–16, s. 220.

¹⁰³ LEX nr 678015.

dziego zostanie przedstawiony prezydentowi dopiero po upływie terminu na wniesienie odwołania wszystkich uczestników lub w razie jego wniesienia po rozpatrzeniu sprawy przez SN.

V. PODSUMOWANIE

Całościowa ocena orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach o sygnaturze KRS prowadzi do kilku wniosków. Przede wszystkim Sąd uznał doniosłość swej kontroli dla indywidualnych postępowań przed KRS. Ponieważ był jedynym sądem rozstrzygającym w tej procedurze, słusznie i wielokrotnie podkreślał, że jego kontrola ma gwarancyjne znaczenie dla ochrony praw uczestników tych postępowań. Trafnie zatem postąpił, łagodząc rygorystyczne wymogi formalne związane z odwołaniem. Podobnie należałoby ocenić wnikliwość, z jaką kontrolował przyjmowane przez Krajową Radę kryteria ocen stosowane wobec uczestników postępowania, obowiązujące po wydaniu wyroku TK, a przed reakcją ustawodawcy na ten wyrok. Stanowisko SN, w którym potwierdza on legalność wznawiania przez Radę postępowań indywidualnych w razie ujawnienia okoliczności nieznanych Radzie przy podejmowania uchwał, trzeba uznać za w pełni odpowiadające konstytucyjnej roli KRS i prezydenta w procedurze powoływania sędziów. Aprobata jest tym bardziej pożądana, gdy weźmie się pod uwagę, że zdaniem SN, legalne jest wznowienie, które jest skutkiem zwrócenia przez prezydenta wniosku, o którym jest mowa w art. 179 Konstytucji. Sąd Najwyższy opowiedział się w tym przypadku za dialogiem i współdziałaniem między obydwoma konstytucyjnymi organami uczestniczącymi w tej procedurze, co znajduje potwierdzenie w konstytucyjnej zasadzie podziału władzy. Na uznanie zasługuje również konsekwencja, z jaką SN kwestionował postępowanie Rady w sprawach dotyczących stanu zdrowia sędziów, gdy KRS podejmowała uchwały na podstawie orzeczeń lekarzy orzeczników ZUS, nie wyjaśniając dostatecznie wszystkich istotnych okoliczności sprawy.

Z przebiegu prac nad projektem ustawy o KRS, zarówno na etapie pracy w Sejmie, jak i w Senacie, nie można wyprowadzić wniosku co do tego, czy i w jakim zakresie kształt przyjętych rozwiązań ustawowych był uwarunkowany orzecznictwem SN. Wyjaśnień takich nie zawarto także w uzasadnieniu projektu. Porównanie tekstu ustawy z treścią wyroków SN każe jednak przypuszczać, że jego orzecznictwo miało istotny wpływ na przyjęte rozwiązania. Oddziaływanie to jest widoczne w regulacjach dotyczących: przeniesienia sędziego w stan spoczynku z przyczyn zdrowotnych (art. 38), ponownego rozpatrzenia sprawy (art. 45), zmian w procedurze badań medycznych sędziów (art. 47), a przede wszystkim kwestii standardów proceduralnych postępowania w sprawach indywidualnych (art. 29–37). Zastrzeżenia może wszak budzić zbyt ogólnikowe potraktowanie materii kryteriów niezbędnych do powołania na urząd sędziego i całkowity brak kryteriów dotyczących podejmowania innych indywidualnych uchwał. Wciąż zwiększające się znaczenie kontroli sądowej w sprawach indywidualnych wynika także ze wzrostu liczby odwołań kierowanych do SN. Jak wskazywałem, niniejsze opracowanie powstało na podstawie ponad 110 orzeczeń SN, z których ponad 60 zostało wydanych w ostatnich trzech latach. Mając jednak na

względnie, że wiele z tez SN znalazło się w ustawie o KRS, można przypuszczać, że liczba odwołań kierowanych do SN (ustabilizowana obecnie na poziomie 30 rocznie) znacznie spadać. Przyjęte w nowej ustawie rozwiązanie, zwiększające zakres ochrony kandydatów na sędziów, może jednak wywołać odwrotną tendencję.

SUMMARY

of the article:

The Act on the National Council of the Judiciary in the context of the Jurisprudence of the Labour Law, Social Security and Public Affairs Chamber of the Supreme Court

The need to pass a new Act on the National Council of the Judiciary became apparent after the Constitutional Tribunal's judgment of 19 November 2009 (ref. no. K 62/07), which ruled that leaving the proceedings before the National Council of the Judiciary (KRS) and the procedure for its functioning beyond the statutory regulation is unconstitutional. This judgment compelled the legislature to on the bill which was adopted on May 12, 2011.

The author attempts to examine the extent to which the standards developed in the jurisprudence of the Supreme Court have been reflected in the Act. The article is based on the analysis of 114 decisions of the Supreme Court. Those decisions are thematically diverse, but can be classified according to their content. They cover the following issues: the formal requirements that appeals from the resolutions of KRS in individual cases must comply with, and the scope of cognition of the Supreme Court; criteria used by KRS for assessing candidates for the position of a judge, the relationship between KRS and the President of the Republic in the appointment procedure, retirement of judges on grounds health, consent to further holding of the position by a judge who has attained 65 years of age; procedural standards applied in KRS in individual cases.

The overall assessment of the Supreme Court case law on matters related to KRS leads to several conclusions. First of all, the Court accentuated the significance of its own review for individual proceedings held before KRS, and rightly reduced strict formal requirements relating to the appeal. Similarly, one should assess the thoroughness with which the Court controlled the criteria of assessment of the parties to the proceedings, used by KRS. Recognition is also deserved by consistency with which the Court challenged the conduct of the Council on matters concerning the health status of judges, when KRS adopted resolutions on the basis of judgments of ZUS (Social Insurance Institution) evaluating doctors, without sufficient examination of all the relevant circumstances.

The course work on the draft Law on National Court can does not allow us to declare whether and to what extent the shape of the statutory solutions depend on the case law the Supreme Court. Such explanations are not included in the explanatory statement to the bill. Comparison of the text of the Act with the content of the Supreme Court's judgments, however, suggests that its jurisprudence has had a significant impact on the provisions of the bill.

PARLAMENTARNA KONTROLA BUDŻETU W ŚWIETLE EWOLUCJI PRAWA BUDŻETOWEGO II RZECZYPOSPOLITEJ

I. WSTĘP

Prawo parlamentu do kontroli gospodarki budżetowej państwa stanowi — tradycyjnie i niezmiennie — jedno z najważniejszych jego uprawnień, obejmując swym zakresem zarówno funkcję ustawodawczą (uchwalanie planu wydatków i dochodów), jak i funkcję kontrolną (nadzór i zatwierdzanie wykonywania uchwalonego budżetu). Parlament nie tylko aktywnie uczestniczy w procesie kształtowania zapisów ustaw skarbowych, ale ma również prawo do bieżącej kontroli (administracyjnej) ich realizacji oraz wykonania dochodów i wydatków budżetu, najczęściej poprzez badanie zamknięć rachunków państwowych i udzielanie absolutorium władzy wykonawczej składającej takie sprawozdanie¹.

Ukształtowane wraz z rozwojem systemu przedstawicielskiego uprawnienia budżetowe parlamentu były szeroko regulowane w prawodawstwie okresu dwudziestolecia międzywojennego. W teorii i praktyce skarbowości szczególny nacisk kładziono na przyznawane parlamentowi zwierzchnie prawo do formułowania ustawowej podstawy prowadzenia finansów państwa. Podmiotowe prawo budżetowe parlamentu było zaś, jak pisał na początku lat dwudziestych prof. Adam Krzyżanowski, „niezbędne jako instrukcja udzielana przez władze wyższe ze względu na przeprowadzenie zasady podporządkowania im władz niższych”. Mimo że uprawnienia parlamentu były ograniczane kanonami obowiązującymi w skarbowości, z zasadą równowagi budżetowej na czele, pozycja władzy ustawodawczej w gospodarce finansowej państwa była uznawana za niepodważalną. Podstawę uprawnień parlamentu w tej sferze stanowiły regulacje prawa budżetowego, które nie przez przypadek niekiedy definiowano nawet jako „uprzywilejowanie reprezentacji narodu do uchwalania ustaw budżetowych”².

Prawo budżetowe, czyli „ogół przepisów prawnych, odnoszących się do układania, uchwalania, wykonywania i kontrolowania budżetu” bądź też „przepisy dotyczące sposobu i warunków powstania budżetu, jego wykonywania i kontroli”, pozostawało w Polsce przez cały okres międzywojenny bytem niedokończonym. Kilkakrotnie podejmowane w latach dwudziestych i trzydziestych próby całościowej kodyfikacji

¹ N. Gajl, *Gospodarka budżetowa w świetle prawa porównawczego*, Warszawa 1993, s. 11–26, 367–379; P.M. Gaudemet, J. Molinier, *Finanse publiczne*, Warszawa 2000, s. 314–316, 327–332; J. Kaleta, *Gospodarka budżetowa*, Warszawa 1977, s. 342–344; A. Komar, *Finanse publiczne*, Warszawa 1995, s. 87–96.

² T. Grodyński, *Zasady gospodarstwa budżetowego w Polsce na tle porównawczym*, Kraków 1932, s. 254–257; A. Krzyżanowski, *Nauka skarbowości*, Poznań 1923, s. 17; R. Rybarski, *Nauka skarbowości*, Warszawa 1935, s. 23–24; *Skarbowość*, Poznań 1937, s. 45–46; Z. Stahl, *Istota budżetu na tle rozwoju historycznego i współczesnych tendencji konstytucyjnych*, Lwów 1934, s. 90. Zgodnie z jedną z ówczesnych definicji „kontrola parlamentarna wykonywana jest przez parlament przy sposobności uchwalania budżetu oraz przez rozpatrywanie zamknięć rachunkowych. Poza tem środkiem kontroli parlamentarnej są interpelacje, pisemne zapytania do rządu, specjalne komisje śledcze parlamentu do zbadania niektórych spraw, stałe parlamentarne komisje kontroli niektórych działów gospodarki państwowej (np. komisja kontroli długów) itp.”; por. *Nauka skarbowości. Skrypty zaaprobowane przez prof. M. Gutkowskiego*, Wilno 1936, s. 149.

jego zasad nie przyniosły bowiem efektu, zaś kolejne projekty były jedynie świadectwem poglądów na temat postulowanego kształtu ustawodawstwa w tym zakresie. Wskutek różnych i zmieniających się z czasem uwarunkowań prawo budżetowe w II Rzeczypospolitej opierało się zatem nie na jednym spójnym akcie prawnym, lecz na wielu dokumentach różnej rangi, których regulacje stanowiły szeroko rozumianą podstawę gospodarki budżetowej państwa³.

Można do nich zaliczyć zarówno determinujące ustrój państwa akty rangi konstytucyjnej, jak i szereg ustaw, rozporządzeń prezydenckich czy też wydawanych do nich aktów wykonawczych. Na nieco innej płaszczyźnie należałoby ulokować regulacje wprowadzane niejako przy okazji kształtowania bieżącej polityki budżetowej państwa, czyli te zapisywane w kolejnych ustawach skarbowych, nierzadko utrzymujące się w praktyce prawnej przez wiele lat. Podobnie można w prawie budżetowym usytuować normy zwyczajowe, które pojawiały się w toku rządowych bądź parlamentarnych prac nad budżetem państwa i z czasem stawały się obowiązującymi zasadami, mimo że nie znajdowały bezpośredniego odzwierciedlenia w żadnych aktach normatywnych.

Wszystkie te zróżnicowane zarówno pod względem formalnym, jak i materialnym elementy polskiego prawa budżetowego w mniejszym lub większym stopniu określały też miejsce, rolę i znaczenie parlamentu w gospodarce skarbowej państwa. Drugą, obok braku jednolitej kodyfikacji, cechą charakterystyczną procesów kształtujących podstawy polskiego prawa budżetowego była ich stosunkowo duża dynamika. Analiza prawnoustrojowej i faktycznej pozycji władzy ustawodawczej w świetle ewolucji polskiego prawa budżetowego może nie tylko udzielić odpowiedzi na pytanie o realny zakres parlamentarnej kontroli budżetowej, ale i o zachodzące z czasem zmiany w zakresie wykonywania przez władzę ustawodawczą swych zasadniczych funkcji.

W kontekście wspomnianej dynamiki zjawisk zachodzących w obrębie prawa budżetowego najbardziej przydatna ze względu na badanie zasad parlamentarnej kontroli finansów państwa powinna być ich analiza oparta na kryterium chronologicznym. W samej periodyzacji należy przede wszystkim uwzględnić cezury wyznaczone przez podstawy konstytucyjne, określane przez obie ustawy zasadnicze i ważną dla kwestii skarbowych tzw. nowelę sierpniową z 1926 r. W sytuacji bowiem, gdy nigdy nie powstała jednolita ustawa o prawie budżetowym, za namiastkę tego typu prawodawstwa i podstawę wszystkich norm z zakresu prawa budżetowego należy uznać właśnie kolejne regulacje ustrojowe. Zmiany zachodzące wraz z ewolucją zapisów konstytucyjnych znacząco wpływały na przepisy określające rolę i uprawnienia parlamentu w sprawach budżetowych, wyznaczone zarówno przez akty normatywne bezpośrednio regulujące procedury związane z budżetem państwa, jak i te, które wpływały na

³ S. Głąbiński, *Polskie prawo skarbowe*, Lwów 1928, s. 32; M. Małek, *Budżet*, [w:] *Encyklopedia nauk politycznych (Zagadnienia społeczne, polityczne i gospodarcze)*, t. I, Warszawa 1936, s. 551; K. Petyniak-Sanecki, *Zarys nauki skarbowej*, Lwów–Warszawa 1924, s. 14; na temat zakończonych niepowodzeniem prac nad kodyfikacją prawa budżetowego w międzywojennej Polsce, zob. P. Grata, *Problem kodyfikacji prawa budżetowego w pracach parlamentu II Rzeczypospolitej*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 2, s. 41–64.

nie poprzez swą treść ingerującą w gospodarkę budżetową, a więc i w uprawnienia parlamentu wobec niej⁴.

Uwzględniający tzw. konstytucyjne cezury podział treści niniejszego opracowania uprawomocniają również zmiany zachodzące w samej gospodarce budżetowej. Jej realna i nosząca cechy trwałości stabilizacja, rozumiana jako oparcie finansów państwa na corocznie uchwalanych ustawach skarbowych, nastąpiła dopiero po roku 1926, wcześniej trudno było nawet o ustawowe podstawy gospodarki skarbowej. Wciąż trwał dosyć dynamiczny proces kształtowania się obowiązujących norm prawa budżetowego. Po wejściu w życie noweli sierpniowej nastąpiła nie tylko wyraźna stabilizacja podstaw prawnych skarbowości, ale oparte one zostały na znacznie szerszym niż dotychczas zasobie aktów rangi ustawowej. Kolejna cezura związana jest z uchwaleniem i wejściem w życie Konstytucji kwietniowej, która przyniosła ostateczne — i najbardziej szczegółowe z dotychczasowych — unormowanie zasad prawa budżetowego i stała się ustrojową podstawą uprawnień parlamentu w zakresie kontroli finansów państwa już do końca lat trzydziestych.

II. WPLYW PARLAMENTU NA GOSPODARKĘ BUDŻETOWĄ W PIERWSZYCH LATACH NIEPODLEGŁOŚCI

Pierwsze lata niepodległości były okresem niezmiernie trudnym dla życia publicznego, jednak wydaje się, że jednym z najbardziej skomplikowanych zadań, jakie stały przed powstającym państwem polskim, stało się budowanie — niemal od podstaw — własnej skarbowości. Dość powiedzieć, że gospodarka budżetowa tego okresu nie tylko cierpiała na chroniczny deficyt, ale przez pięć kolejnych lat była prowadzona praktycznie bez ważnej podstawy ustawowej. Pierwszy, w pełnym znaczeniu tego słowa, budżet państwa Sejm przyjął dopiero w połowie 1924 r. Negatywne uwarunkowania polityczne, ekonomiczne i społeczne praktycznie uniemożliwiały uzyskanie równowagi budżetowej i wyraźnie nie sprzyjały chociażby częściowej kodyfikacji prawa budżetowego, nie wspominając już o wprowadzeniu realnej kontroli parlamentu nad finansami państwa⁵.

W okresie obowiązywania Małej konstytucji z 20 lutego 1919 r. podstawy prawne gospodarki budżetowej Polski były skromne i rozproszone. W uchwale Sejmu Ustawodawczego o powierzeniu Józefowi Piłsudskiemu dalszego sprawowania urzędu Naczelnika Państwa w ogóle nie wspomina się o kwestiach budżetowych, stanowi się jednak, iż suwerenną i ustawodawczą władzą jest w państwie polskim Sejm, zaś naczelnik i rząd odpowiadają przed nim za sprawowanie swego urzędu. Tak wyraźne sce-

⁴ Klasyfikacja formalnoprawna obowiązującego na początku lat trzydziestych ustawodawstwa skarbowego, por. T. Grodyński, dz. cyt., s. 37–41; porównanie zapisów dotyczących budżetu w kolejnych ustawach konstytucyjnych, zob. Z. Stahl, *Ewolucja przepisów skarbowych w polskim ustawodawstwie konstytucyjnym (17 III 1921 — 2 VIII 1926 — 23 IV 1935)*, „Przegląd Ekonomiczny” 1937, z. 19, s. 31–47.

⁵ Zob. np. Z. Landau, *Skarbowość Drugiej Rzeczypospolitej*, „Finanse” 1978, nr 12, s. 48; Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. I, *W dobie inflacji 1918–1923*, Warszawa 1967, s. 254–275; K. Ostrowski, *Finanse i prawo finansowe*, [w:] *Historia państwa i prawa Polski 1918–1939*, cz. I, red. F. Ryszka, Warszawa 1962, s. 276.

dowanie prawa uchwalania ustaw na parlament musiało zatem oznaczać zarówno uznanie jego wyłącznych uprawnień w zakresie przyjmowania budżetu państwa, jak i prawo kontroli jego wykonania wynikające ze wspomnianej odpowiedzialności organów władzy wykonawczej przed Izbą⁶.

W realnie prowadzonej gospodarce budżetowej praktyka była jednak zgoła odmienna, gdyż z braku odpowiednich delegacji ustawowych prowadzona była ona na podstawie przygotowywanych w resorcie skarbu preliminarzy budżetowych. Mimo że z różnych względów nie uzyskiwały one akceptacji parlamentarnej, siłą rzeczy stawały się obowiązującym prawem przynajmniej do czasu zdezaktualizowania ich założeń. Zapisane zaś w nich lub zastosowane w toku ich przygotowania rozwiązania dotyczące sposobu tworzenia, uchwalania, wykonywania i kontroli budżetu państwa należy uznać za pierwsze źródła prawa budżetowego II Rzeczypospolitej. Abstrahując od opracowanego jeszcze w połowie 1918 r. budżetu Rady Regencyjnej na drugie półrocze tego roku, należy do nich zaliczyć wszystkie przygotowane w tym czasie budżetowe przedłożenia rządu. Były to zatem: projekt ustawy skarbowej na I półrocze 1919 r., projekt prowizorycznej ustawy skarbowej na okres od 1 lipca 1919 r. do 30 września 1919 r., a także projekt ustawy skarbowej na czas od 1 lipca 1919 r. do 31 marca 1920 r. oraz od 1 kwietnia 1920 r. do 31 grudnia 1920 r. Choć każdy z projektów obejmował wprawdzie inny okres (od trzech do dziewięciu miesięcy), co wskazywało na doraźny i z reguły spóźniony charakter składanych przedłożeń, należy jednak zauważyć kilka ważnych regulacji, które mogły wskazywać na preferowany kierunek kształtowania rozwiązań w tym zakresie⁷.

Zapisy proponowanych ustaw skarbowych były dosyć lakoniczne i poza oczywistą w takich sytuacjach delegacją dla rządu w kwestii pobierania podatków, danin, opłat i innych dochodów skarbowych oraz sumy planowanych wydatków i dochodów znajdowały się w nich ważne ze względu na prawo budżetowe rozstrzygnięcia w zakresie wydatkowania środków publicznych i kontroli parlamentarnej nad nim. Już w pierwszym, pochodzącym z końca marca 1919 r. projekcie ustawy skarbowej pojawił się zapis zezwalający — w wyjątkowych sytuacjach i za zgodą ministra skarbu oraz Najwyższej Izby Kontroli — na przenoszenie środków przewidzianych w preliminarzu oraz otwieranie nowych, niezapisanych w budżecie kredytów. Wprawdzie „tego rodzaju odchylenia od ustalonego niniejszą ustawą preliminarza” miały być później przedkładane Sejmowi do zatwierdzenia, ale takie sformułowanie art. 2 przedłożonej ustawy wyraźnie wskazywało na dążenie władzy wykonawczej do uniknięcia parlamentarnej kontroli nad wydawaniem środków budżetowych⁸.

Tendencja ta znalazła potwierdzenie w kolejnych poczynaniach władz skarbowych. Znamienny był zwłaszcza przebieg posiedzenia Rady Ministrów z 23 czerwca 1919 r., gdy przedstawiciel resortu skarbu Władysław Byrka doprowadził do odrzuce-

⁶ Dz.U. z 1919 r. Nr 19, poz. 226; A. Ajnenkiel, *Historia sejmu polskiego*, t. II, cz. II, *II Rzeczpospolita*, Warszawa 1989, s. 40–41; S. Rogowski, *Małe konstytucje (1919 — 1947 — 1992)*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 2, s. 18–19.

⁷ T. Grodyński, *Budżet państwa polskiego*, [w:] *Przemysł i Handel 1918–1928*, Warszawa 1928, s. 39–40; Z. Landau, *Skarbowość polska w latach 1918–1920*, „Finanse” 1960, nr 2, s. 21–29; E. Strasburger, *Finanse Rzeczypospolitej Polskiej 1919–1920*, „Ekonomista” 1920, t. III, s. 29–35.

⁸ Sejm Ustawodawczy, druk nr 402.

nia noweli w projekcie ustawy skarbowej na I półrocze 1919 r., zmierzającej do wprowadzenia obowiązku uzyskiwania uprzedniej zgody Sejmu na zmiany w budżecie. Co więcej, przyjęty tego dnia projekt prowizorium na III kwartał 1919 r. zawierał wprawdzie zapis o wyjątkowości i konieczności rzeczowego uzasadnienia przeniesień i przekroczeń kredytowych oraz dokonywania nowych wydatków, ale kompletnie pominięto ewentualną rolę parlamentu w tych zmianach. Wspomniano o niej w kolejnym preliminarzu, przygotowanym wiosną 1920 r., jednak mimo iż wszelkie przeniesienia wydatków, przekroczenia planowanych o więcej niż 25% oraz otwieranie nowych miało być od tej pory uzależnione od zgody Sejmu, to autorzy projektu nie postarali się nawet o akceptację tego typu działań już dokonanych (pierwsza część preliminarza dotyczyła okresu już praktycznie minionego), na co w swym sprawozdaniu zwróciła uwagę Komisja Skarbowo-Budżetowa Sejmu⁹.

Drugim — poza bardzo ogólnymi zapisami proponowanych, acz nieuchwalonych ustaw skarbowych — realnym źródłem prawa budżetowego były kształtujące się w tym czasie reguły funkcjonowania administracji skarbowej z ministrem skarbu na czele. Zgodnie z pochodzącym z 3 stycznia 1918 r. dekretem Rady Regencyjnej o tymczasowej organizacji władz naczelnych w Królestwie Polskim, właśnie minister skarbu był m.in. odpowiedzialny za „przygotowanie, a następnie objęcie i zarząd wszelkich spraw wchodzących w zakres skarbowości państwowej oraz polityki finansowej państwa, podatków, ceł, spraw budżetowych”. Mimo chaosu w tej dziedzinie, jaki panował w pierwszych miesiącach niepodległości, dosyć szybko została potwierdzona dominująca pozycja ministra skarbu, a przyjęty przez rząd 13 maja 1920 r. projekt ustawy o zakresie działania władz naczelnych przekazywał mu zarząd nad wszystkimi sprawami wchodzącymi w zakres skarbowości oraz polityki finansowej państwa, łącznie z układaniem budżetu i projektowaniem kredytów budżetowych¹⁰.

Pozycję ministra skarbu potwierdzały zarówno wspomniane zapisy kolejnych projektów ustaw skarbowych, jak również opracowany i przeforsowany w połowie 1919 r. przez ministra Leona Bilińskiego tzw. dekalog, czyli zbiór zasad, które miały uporządkować gospodarkę skarbową. Zgodnie z wydanym 2 sierpnia 1919 r. przez premiera Ignacego Paderewskiego rozporządzeniem, miała się ona znajdować „pod stałym i jednolitym kierunkiem Ministra Skarbu”, a sam dokument można uznać za najbardziej rozbudowane i najważniejsze w tym czasie źródło prawa budżetowego. W myśl postanowień rozporządzenia budżet wszystkich resortów musiał być uzgadniany z ministrem skarbu, wszelkie przekroczenia oraz przenoszenie kredytów wymagały jego zgody, a budżet — zatwierdzony przez rząd — miał być ściśle przestrzegany niezależnie od jego dalszych losów w Sejmie. W ten sposób, w myśl wspomnianego dekalogu, minister skarbu miał jednoosobowo pełnić przynależną parlamentowi funkcję kontrolną,

⁹ Archiwum Akt Nowych [dalej: AAN], Protokoły posiedzeń Rady Ministrów 1918–1937, t. 6, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 23 czerwca 1919 r.*, k. 747–750; Sejm Ustawodawczy, druk nr 692, załącznik 2; druk nr 2270.

¹⁰ AAN, Protokoły..., t. 10, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 13 maja 1920 r.*, k. 403; załącznik 1, k. 412–413; Dziennik Praw Państwa Polskiego [dalej: Dz.Pr.P.P.] z 1918 r. Nr 1, poz. 1.

a wobec notorycznego nieuchwalania przedkładanych Sejmowi projektów preliminarzy stawał się głównym ośrodkiem decyzyjnym w tych sprawach¹¹.

Ważne uzupełnienie obowiązujących w pierwszych latach niepodległości rozwiązań z zakresu prawa budżetowego stanowił, przynajmniej w założeniu, dekret Naczelnika Państwa z 7 lutego 1919 r. o Najwyższej Izbie Kontroli Państwa. Zgodnie z jego zapisami, Izbie miały podlegać m.in. „wszystkie rachunki władz cywilnych i wojskowych, urzędów, zakładów i przedsiębiorstw państwa, wszystkie rachunki dotyczące majątku państwa”, jednak i tutaj, podobnie jak w przypadku kontroli parlamentarnej nad działalnością finansową państwa, praktyka wyraźnie odbiegała od stanu prawnego. Trudno było bowiem mówić o realnej i pełnej kontroli rachunków państwa, w sytuacji gdy nie był wykonywany — zasadniczy ze względu na możliwość prowadzenia tzw. kontroli represyjnej (następnej) — art. 18 dekretu, nakazujący przedstawianie zamknięć rocznych gospodarki podlegającej kontroli Izby w ciągu 4 miesięcy od zakończenia okresu gospodarczego (sama Izba swą działalność zainaugurowała dopiero w czerwcu 1919 r.)¹².

Podsumowując specyfikę prawa budżetowego i kontroli parlamentarnej w pierwszym okresie niepodległości, należy uznać, iż opierały się one przede wszystkim na rozwiązaniach doraźnych — kreowanych głównie przez struktury administracji — z reguły pozbawionych podstaw ustawowych. W takiej sytuacji Sejm praktycznie nie miał wpływu na gospodarkę skarbową i trudno było nawet mówić o realnej kontroli parlamentarnej nad sposobem wydatkowania środków publicznych. W sytuacji zaś, gdy parlament nie podjął w tym czasie próby ustawowego uregulowania zasad prowadzenia budżetu państwa, oznaczało to przejście inicjatywy w tym zakresie przez resort skarbu i tworzenie odpowiednich regulacji niezależnie od władzy ustawodawczej. W tym okresie martwym zapisem pozostawał również nałożony na Najwyższą Izbę Kontroli obowiązek składania Sejmowi sprawozdań z kontroli wykonywania budżetu państwa.

III. PARLAMENTARNA KONTROLA BUDŻETOWA W LATACH 1921–1926

Przełom, jeśli chodzi o kształtowanie źródeł prawa budżetowego, nastąpił w 1921 r., gdy Sejm Ustawodawczy przyjął wreszcie ustawę zasadniczą i kiedy pojawiło się kilka ważnych aktów prawnych określających na wiele lat zasady tworzenia, realizacji i kontroli budżetu państwa. Przede wszystkim były to: ustawa o kontroli państwowej z 1 czerwca 1921 r. oraz ustawa o środkach naprawy państwowej gospodarki finansowej z 17 grudnia tego roku. Ich uzupełnienie stanowiły kolejne regulacje pojawiające się w przygotowywanych w Ministerstwie Skarbu preliminarzach budżetowych, które od 1923 r. zaczęły przybierać wreszcie postać wiążących aktów prawnych, w formie uchwalanych przez Sejm prowizoriów budżetowych na kolejne kwartały¹³.

¹¹ L. Biliński, *Wspomnienia i dokumenty 1846–1922*, t. II, s. 240–247; T. Grodyński, *Dwadzieścia lat walki o równowagę budżetu*, „Polska Gospodarcza” 1938, z. 46, s. 1574.

¹² Dz.Pr.P.P. z 1919 r. Nr 14, poz. 183; Sejm Ustawodawczy, druk nr 1514.

¹³ Sejm I kad., druk nr 1210, s. 90; P. Grata, dz. cyt., s. 45–47; A. W. Zawadzki, *Budżet państwowy w zaraniu II Rzeczypospolitej (1918–1923)*, „Finanse” 1968, nr 12, s. 11–16.

W przyjętej 17 marca 1921 r. Konstytucji prawo budżetowe zostało potraktowane wprawdzie dosyć ogólnie, jednak kilka poświęconych mu artykułów można było uznać za podstawę dalszych regulacji w tym zakresie. Przede wszystkim w art. 25 Konstytucji nałożono na Sejm obowiązek przyjęcia budżetu („Sejm, zwołany w październiku na sesję zwyczajną, nie może być zamknięty przed uchwaleniem budżetu”) oraz wprowadzono faktyczną kontrolę parlamentu nad gospodarką finansową państwa. W art. 6 ustawy zasadniczej wyraźnie zapisano, iż nakładanie nowych obciążeń publicznych (podatki i opłaty, cła, monopole), prowadzenie wszelkich operacji finansowych na majątku państwowym oraz ustalanie systemu monetarnego może nastąpić tylko na mocy ustawy. Kontrola parlamentu nad finansami państwa miała się zaś opierać na składanych przez rząd corocznych zamknięciach rachunkowych (art. 7), nadzorowaniu długów państwa (art. 8) oraz działalności Najwyższej Izby Kontroli odpowiedzialnej bezpośrednio przed Sejmem (art. 9). Dwie ostatnie kwestie wymagały odrębnej regulacji ustawowej. Na straży dyscypliny budżetowej stał art. 10, zgodnie z którym składanie wniosków ustawodawczych pociągających za sobą wydatki ze Skarbu Państwa zostało uzależnione od wskazania źródła ich pokrycia. Ostatnim, istotnym ze względu na prawo budżetowe przepisem konstytucji był art. 4, zgodnie z którym budżet państwa miał być corocznie ustalany ustawą państwową, co w kontekście dotychczasowej praktyki skarbowej wcale nie było tak oczywiste¹⁴.

Zapisy Konstytucji marcowej stworzyły zatem wyraźnie zarysowane ramy ustrojowe gospodarki budżetowej, kolejnym krokiem powinny być odpowiednie rozwiązania ustawowe. Najszybciej udało się zrealizować wymóg przyjęcia odpowiedniej regulacji dotyczącej Najwyższej Izby Kontroli. W ustawie z 3 czerwca 1921 r. wprawdzie ściśle określono jej uprawnienia kontrolne oraz potwierdzono niezależność od administracji (również w sprawach budżetowych), jednak nie określono rygorów czasowych nakładanych na instytucje jej podlegające. Rząd został bowiem zobowiązany do składania zamknięć rachunków państwowych, lecz ustawodawca nie określił terminu ich złożenia. Izba była zobligowana do przedstawienia sprawozdania z kontroli w ciągu sześciu miesięcy od otrzymania zamknięcia rachunków. W kontekście uregulowania prawa skarbowego ważny był zapis ustawy zezwalający prezesowi NIK na przenoszenie kredytów zapisanych w budżecie Izby, co oznaczało przyznanie mu części uprawnień przysługujących dotychczas wyłącznie ministrowi skarbu. Uprawnienie to zostało ograniczone ustawą skarbową na rok 1924¹⁵.

Znacznie ważniejsza dla kształtowania samego prawa budżetowego była przyjęta z inicjatywy ówczesnego ministra skarbu Jerzego Michalskiego ustawa o środkach naprawy państwowej gospodarki finansowej z 17 grudnia 1921 r. Była ona pierwszym i, jak się miało z czasem okazać, jedynym, poza ustawami skarbowymi, odrębnym aktem prawnym regulującym prawo budżetowe w całym okresie międzywojennym. Dla

¹⁴ Ustawa z dnia 17 marca 1921 r. — Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 44, poz. 267.

¹⁵ Dz.U. z 1921 r. Nr 51, poz. 314; z 1924 r. Nr 76, poz. 747; R. Szawłowski, *Najwyższe państwowe organy kontroli II Rzeczypospolitej. Najwyższa Izba Kontroli Państwa 1919–1921 i Najwyższa Izba Kontroli 1921–1939. Najwyższa Izba Kontroli na Uchodźstwie 1940–1945/1991*, Warszawa 2004, s. 105–116.

gospodarki budżetowej najistotniejsze było wyraźne wzmocnienie — na mocy ustawy — pozycji ministra skarbu, który nie tylko uzyskał wpływ na kształtowanie administracji państwowej oraz prawo wydzierżawiania przedsiębiorstw państwowych (z wyjątkiem kolei i zakładów pracujących na potrzeby obronności), ale przede wszystkim otrzymał gwarancję sprawowania pełnej kontroli nad decyzjami budżetowymi Rady Ministrów. Od zgody ministra skarbu uzależnione zostały mianowicie wszelkie uchwały rządu pociągające za sobą wydatki ze Skarbu Państwa, co wobec wciąż *de facto* „bezbudżetowej” gospodarki finansowej państwa oznaczało dalsze umocnienie pozycji ministra. Wymowę ustawy potęgowała jeszcze przyjęta dzień wcześniej przez Sejm uchwała — traktowana jako wyraz poparcia Izby dla reformatorskich wysiłków ministra Michalskiego i opublikowana w Dzienniku Ustaw — w myśl której Sejm deklarował, że „aż do czasu uzyskania równowagi w budżecie Rzeczypospolitej nie będzie uchwalał wydatków bez zgody Ministra Skarbu”¹⁶.

Mimo przyjęcia Konstytucji z 1921 r. oraz pojawienia się w polskim systemie prawnym dwóch ważnych dla kształtowania prawa budżetowego ustaw, pierwsze lata obowiązywania ustawy zasadniczej okazały się, jeśli chodzi o gospodarkę skarbową, dosyć podobne do tego, co działo się w niej w latach 1918–1921. Wciąż bowiem nie udało się jej oprzeć na przyjętym przez parlament — w formie ustawy skarbowej i stanowiącym obowiązujące prawo — budżecie, w praktyce prowadzenia rachunków państwa nadal zaś borykano się z problemami związanymi z nierównowagą budżetową. Dwa kolejne preliminarze przygotowane na lata 1921 i 1922 nie stały się ustawami skarbowymi, ich zapisy utraciły z czasem nawet pozory realizmu, zauważalny jednak był postęp w ich opracowywaniu. Przede wszystkim, zgodnie z konstytucją, dotyczyły one roku kalendarzowego, poza tym zapisami projektów stopniowo objęto całe terytorium Rzeczypospolitej. W preliminarzu na rok 1921, nazywanym na wyróst „pierwszym budżetem Rzeczypospolitej”, wyodrębniano wprawdzie jeszcze działy administracji prowadzone przez Ministerstwo byłej Dzielnicy Pruskiej, ale już projekt na rok 1922 zawierał łączny plan dochodów i wydatków całego państwa¹⁷.

Poza tymi ważnymi zmianami formalnymi oba projekty zawierały kolejne istotne regulacje, siłą rzeczy wchodzące do praktyki prawa budżetowego. Wpisywały się one wyraźnie we wspomnianą już wcześniej i — jak się wydaje — nieuniknioną wobec braku realnego wpływu parlamentu na gospodarkę skarbową tendencję do wzmocnienia pozycji ministra skarbu. W projekcie ustawy skarbowej, przygotowanym w lipcu 1921 r. przez ministra Jana Kantego Steczkowskiego, od zgody szefa resortu uzależniono uruchamianie kredytów nieopartych na szczegółowym planie zużycia oraz wydatkowanie z budżetu dodatkowych kwot (do poziomu 10 mld mkp) wynikających z rosnącej drożyzny. Pozostałe przekroczenia budżetowe oraz otwieranie

¹⁶ Dz.U. z 1921 r. Nr 103, poz. 741; Nr 104, poz. 749; Sejm Ustawodawczy, druk nr 3159, załącznik 3; sprawozdanie stenograficzne z 274. posiedzenia Sejmu Ustawodawczego z 16 grudnia 1921 r., ł. 102; na temat okoliczności przyjęcia przez Sejm ustawy o środkach naprawy państwowej gospodarki finansowej, zob. P. Grata, dz. cyt., s. 46–47.

¹⁷ Wł. G., *Pierwszy budżet Rzeczypospolitej*, „Przemysł i Handel” 1921, z. 26, s. 345–347; T. Grodyński, *Preliminarz budżetowy na r. 1923*, tamże 1923, z. 24–25, s. 327.

nowych kredytów zostało uzależnione od zgody Sejmu. Dalej idące zmiany Ministerstwo Skarbu zaproponowało w projekcie na rok 1922, gdy w atmosferze wzmocnienia dyscypliny budżetowej minister Michalski zapisał znacznie szerszy katalog kompetencji władzy skarbowej. Uprawnienia Sejmu do zatwierdzania przekroczeń i nowych wydatków budżetowych zostały bowiem niemal przekreślone zapisem, iż wyjątek stanowią „przekroczenia kredytów i kredyty nowe niezbędne w zupełnie wyjątkowych, nagłych i najżywotniejszym interesem Państwa uzasadnionych wypadkach”. Takie zmiany miały być wprowadzane za „każdorazową uprzednią zgodą Ministra Skarbu”, co w połączeniu z zapisami ustawy z 17 grudnia 1921 r. musiało oznaczać kolejne wzmocnienie pozycji ministra w procesie konstruowania i realizacji polityki budżetowej państwa¹⁸.

Przełomowy dla kształtowania się polskiego prawa budżetowego był rok 1923, kiedy w warunkach narastającej inflacji wprawdzie nie udało się przyjąć rocznej ustawy skarbowej, ale gospodarka finansowa po raz pierwszy została oparta na ustawach, jakimi miały się stać prowizoria budżetowe na kolejne okresy kwartalne. Prowizoria wreszcie dawały „upoważnienie rządowi prawnie ściśle określone”, a przyjęcie przez parlament pierwszego z nich (na okres od stycznia do marca 1923 r.) miało, zdaniem senatora Józefa Buzka, położyć „kres absolutystycznej gospodarce skarbowej”, dzień zaś, w którym miało to nastąpić, uznał on za „pierwszy zaczątek konstytucyjnych porządków budżetowych”¹⁹.

W tym czasie nastąpiła też kasowo-rachunkowa unifikacja budżetu, w ramach której dochody i wydatki państwa podzielono na trzy odrębne grupy preliminarza (administracja państwowa, przedsiębiorstwa państwowe oraz monopole skarbowe), co z jednej strony pozwalało zakończyć proces unifikacji skarbowej państwa, z drugiej zaś miało ułatwić sporządzanie zamknięcia rachunków państwowych, czyli uczynić zażość wymogom konstytucji w zakresie kontroli budżetowej. Z tą ostatnią kwestią wiązało się również przynajmniej formalne podporządkowanie całej gospodarki budżetowej parlamentowi. Zarówno bowiem w przyjętym przez rząd projekcie ustawy skarbowej na rok 1923, jak i w kolejnych uchwalanych przez Sejm prowizoriach znajdowały się zapisy gwarantujące władzy ustawodawczej uprawnienia decyzyjne w zakresie akceptacji ewentualnych nowych wydatków skarbowych, które mogły następować „tylko na wniosek Ministra Skarbu, zatwierdzony na drodze ustawodawczej”²⁰.

Potwierdzenie tej zasady przyniosły prowizoria budżetowe regulujące gospodarkę budżetową dwóch pierwszych kwartałów 1924 r., w których, co ważne, wyraźnie

¹⁸ AAN, Protokoły..., t. 14, *Projekt ustawy skarbowej za czas od 1 stycznia do 31 grudnia 1921 r.*, k. 769–770; t. 17, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 5 stycznia 1922 r.*, k. 39; załącznik 1, k. 40–41; A. Dubieński, *Stanowisko ministra skarbu przy ustalaniu i wykonywaniu budżetu*, Warszawa 1929, s. 19–20.

¹⁹ Senat I kad., sprawozdanie stenograficzne z 15 lutego 1923, t., ł. 3; A.W. Zawadzki, dz. cyt., s. 15–16.

²⁰ AAN, Protokoły..., t. 22, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 26 kwietnia 1923 r.*, k. 293–295; tamże, *Projekt ustawy skarbowej za czas od 1 stycznia do 31 grudnia 1923*, k. 329–332; Dz.U. z 1923 r. Nr 22, poz. 138; Nr 66, poz. 511; Nr 89, poz. 698; Nr 112, poz. 892; T. Grodyński, *Preliminarz...*, s. 327–330; K. Kasperski, *W sprawie kwartalnych prowizoriów budżetowych i ich wykonania*, „Przegląd Gospodarczy” 1923, nr 20, s. 720–721.

wskazano również na ministra skarbu jako na uprawnionego do otwierania kredytów na wydatki państwowe (wcześniej upoważnienie takie obejmowało cały rząd). Tym razem prowizorium traktowano jedynie jako tymczasowe zezwolenie na poczynienie niezbędnych wydatków budżetowych, w granicach 1/4 złożonego już do Sejmu projektu ustawy skarbowej na cały rok 1924. W uzasadnieniu projektu prowizorium na I kwartał tego roku wyraźnie zresztą zapisano, że „konstruuje się prowizorium li tylko jako uprawnienie dla Ministra Skarbu do otwierania kredytów”, po to, by „zapobiec stworzeniu jakiegokolwiek precedensu dla ciał ustawodawczych przez stosowanie w okresie prowizorium niezatwierdzonego preliminarza”, co przecież wcześniej zdarzało się wielokrotnie. Podobne sformułowania zawierała ustawa o prowizorium na II kwartał 1924 r., zapisane zaś w prowizoriach wydatki miały być „dokonywane na poczet konstytucyjnie mającego się zatwierdzić budżetu na rok 1924”²¹.

W przełomowym dla gospodarki polskiej 1924 r. została przyjęta i weszła w życie pierwsza ustawa budżetowa obejmująca cały rok kalendarzowy. Ze względu na swą wyjątkowość stała się ona również jedną z ważniejszych regulacji prawa budżetowego omawianego okresu. W ustawie skarbowej z 29 lipca 1924 r. zagwarantowano wreszcie, zapisaną w konstytucji, parlamentarną kontrolę nad wydatkami i dochodami państwowymi, ale podtrzymano też wyjątkowe uprawnienia ministra skarbu, wzmocnione w okresie reformowania budżetu i zmiany waluty. Nie tylko zachował on w tym zakresie nadrzędną pozycję wśród ministrów, ale również — w celu naprawy Skarbu Państwa — dostał ważny instrument dyscyplinujący wydatkowanie środków publicznych, czyli budżetowanie miesięczne.

Od tej pory wszystkie kredyty zapisane w budżecie mogły być realizowane przez poszczególne działy administracji jedynie za zgodą ministra skarbu „drogą miesięcznego ustalania wysokości kredytów”, co oznaczało, że niezależnie od zapisów ustawy skarbowej o jej faktycznej realizacji decydował minister skarbu. Parlament miał zatem prawo decydowania o kształcie budżetu i ewentualnych dodatkowych wydatkach, ale jego wykonanie pozostawiono administracji skarbowej. Warto zauważyć ograniczenie zakresu uprawnień ministra skarbu do przenoszenia kredytów w ramach budżetu, wprowadzone w toku prac Komisji Budżetowej Sejmu. Prawo do *virement* zostało wprawdzie zapisane w ustawie, jednak ograniczono je do przesunięć między poszczególnymi paragrafami budżetu oraz w określonych przypadkach między paragrafami tego samego działu administracji. W ramach budżetu NIK uprawnienie to przysługiwało jej prezesowi, a w budżetach izb ustawodawczych — ich marszałkom²².

Zwieńczeniem procesu tworzenia zasad prawa budżetowego w okresie obowiązywania pierwotnych zapisów Konstytucji marcowej była kolejna ustawa skarbowa,

²¹ AAN, Protokoły..., t. 24, *Wniosek nagły Ministra Skarbu w sprawie prowizorium budżetowego za czas od 1 stycznia do 31 marca 1924 r.*, k. 693–694; t. 25, *Wniosek nagły Ministra Skarbu w sprawie ustawy o prowizorium budżetowym za czas od 1 kwietnia do 30 czerwca 1924 r.*, k. 755; Dz.U. z 1924 r. Nr 4, poz. 27; Nr 40, poz. 422.

²² Sejm I kad., druk nr 1210, s. 94–97; Dz.U. z 1924 r. Nr 76, poz. 747; A. Dubieński, dz. cyt., s. 23–28; K. Kasperski, *Pierwszy budżet*, „Przegląd Gospodarczy” 1924, nr 18, s. 792; J. Mieszalski, *Równowaga budżetowa a budżety miesięczne*, „Przemysł i Handel” 1929, z. 23, s. 989–992.

przyjęta przez Sejm 29 czerwca 1925 r. Potwierdzono w niej zasadnicze postanowienia poprzedniej ustawy, jak: prawo do *virement*, budżetowanie miesięczne, konieczność uzyskania zgody parlamentu na dodatkowe wydatki, rozdział wydatków i dochodów na zwyczajne i nadzwyczajne, wpisywanie do budżetu państwa jedynie wyników przedsiębiorstw i monopolii państwowych netto. Przyniosła ona też kolejne zwiększenie dyscypliny wydatkowej oraz formalne uporządkowanie samego budżetu. Pierwszemu z celów służyć miało wprowadzenie zasady, w myśl której założone w ustawie wydatki mogły być realizowane najpóźniej do miesiąca po zakończeniu roku budżetowego (w 1924 r. okres ten wynosił dwa miesiące). Natomiast układ budżetu — tradycyjnie składający się z trzech odrębnych części — został nieco uproszczony: wprowadzono jednolity podział dochodów i wydatków na działy, rozdziały oraz paragrafy, co miało uczynić go bardziej przejrzystym i czytelnym dla pracujących nad nim parlamentarzystów²³.

Podsumowując proces kształtowania się prawnych podstaw parlamentarnej kontroli budżetowej w okresie obowiązywania Konstytucji marcowej oraz prawa budżetowego, opartego na wielu zróżnicowanych podstawach, należy uznać, że sytuacja w tym względzie była dosyć specyficzna. Z jednej strony bowiem obowiązywały jednoznaczne w swej wymowie zapisy ustawy zasadniczej, gwarantujące pełną kontrolę parlamentu nad gospodarką finansową państwa, z drugiej zaś, abstrahując nawet od praktyki lat 1921–1923, trudno było rzeczywiście mówić o takim stanie faktycznym. Budowana od początku niepodległości silna pozycja ministra skarbu czyniła zeń autonomiczny ośrodek decyzji budżetowych, wzmocniony jeszcze reformą skarbowo-walutową rządu Władysława Grabskiego. Sam zaś parlament, mimo że uzyskał wreszcie wpływ na proces tworzenia planu dochodów i wydatków państwa, wciąż nie mógł w pełni realizować wszystkich przynależnych mu uprawnień, zwłaszcza tych związanych z kontrolą wykonania budżetu.

IV. PRAWO BUDŻETOWE A UPRAWNIENIA KONTROLNE PARLAMENTU PO UCHWALENIU NOWELI SIERPNIOWEJ

Tego, jak mało skuteczne okazały się zbudowane w latach 1921–1925 podstawy polskiego prawa budżetowego, dowiodły poważne problemy gospodarcze, jakie przyszyły wraz z kryzysem postabilizacyjnym i osłabieniem złotego w II połowie 1925 r. Okazało się bowiem, że wynikające z nich trudności budżetowe skutecznie uniemożliwiły przyjęcie ustawy skarbowej na 1926 r., której projekt nie stał się nawet podstawą prac parlamentu, mimo że 16 września 1925 r. został zaakceptowany przez rząd. W praktyce powrócono do nie tak dawnej tradycji prowizoriów uchwalanych na kolejne okresy kwartalne, a nawet miesięczne, jak w kwietniu 1926 r.²⁴

²³ AAN, Protokoły..., t. 27, *Projekt ustawy skarbowej na rok 1925*, k. 135–137; Dz.U. z 1925 r. Nr 66, poz. 465; *Ustawa skarbowa na rok 1925*, „Przegląd Gospodarczy” 1925, nr 14, s. 887–888; *Budżet na rok 1925*, „Przemysł i Handel” 1925, z. 43, s. 1098; S. P., *Preliminarz budżetowy na rok 1925*, „Tygodnik Handlowy” 1924, nr 44, s. 3.

²⁴ AAN, Protokoły..., t. 30, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 16 września 1925 r.*, k. 419–422; Sejm I kad., druk nr 2392; Dz.U. z 1926 r. Nr 34, poz. 208; Nr 42, poz. 258; Nr 63, poz. 376; Nr 99, poz. 571;

Gospodarce budżetowej roku 1926, opartej na prowizoriach i borykającej się z niedoborami wpływów, towarzyszyły jednak zasadnicze zmiany w zakresie określających ją regulacji ustrojowych. Zamach majowy i proklamowane przez sanację dążenie do usprawnienia funkcjonowania państwa przyniosły również znaczące, jak się miało okazać, decyzje odnoszące się do prawa budżetowego. Uchwalona ostatecznie 2 sierpnia 1926 r. ustawa zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1921 r. zawierała dwa artykuły wyraźnie modyfikujące podstawowe zasady określające sposób uchwalania budżetu państwa. Przede wszystkim nowela nakładała na parlament rygor przyjęcia ustawy skarbowej. Zgodnie z jej art. 3, rozbudowanym i nieporównanie bardziej szczegółowym niż odpowiednie zapisy Konstytucji marcowej, rząd był zobligowany do złożenia projektu budżetu na 5 miesięcy przed rozpoczęciem następnego roku budżetowego, a Sejm i Senat na przyjęcie ustawy skarbowej otrzymały łącznie pięć miesięcy²⁵. Sejm musiał uporać się z projektem w 3,5 miesiąca, Senat na prace nad ustawą przyjętą przez Izbę Niższą miał miesiąc, tej zaś na rozpatrzenie poprawek Senatu pozostawało 15 dni. W przypadku braku decyzji którejs z izb, w życie wchodził projekt w wersji przyjętej już wcześniej, gdy zaś ani Sejm, ani Senat nie były w stanie podjąć odpowiednich uchwał w oznaczonych terminach, prezydent ogłaszał jako obowiązujący rządowy projekt preliminarza, który jednak nie mógł wejść w życie w razie odrzucenia go w całości przez Sejm. Potwierdzeniem zwiększonych uprawnień władzy wykonawczej w kształtowaniu gospodarki skarbowej był również zapis zezwalający rządowi na jej prowadzenie w okresie, gdy Sejm był rozwiązany, a nowy budżet nie został uchwalony — w takiej sytuacji wydatki i dochody państwa miały być na poziomie budżetu zeszłorocznego²⁶.

Za wstęp do zmian mających nastąpić w kalendarzu budżetowym należy uznać art. 1 noweli, w którym doprecyzowano zapisany w Konstytucji marcowej przepis, zgodnie z którym budżet miał być ustalany corocznie ustawą państwową. Odpowiednio do nowej regulacji, w ustawie państwowej miano corocznie ustalać budżet na „następny rok budżetowy”, podczas gdy w ustawie zasadniczej z 17 marca 1921 r. była mowa o ustalaniu budżetu na „następny rok”. W ślad za tym nastąpiła oczekiwana przez wielu — w związku z dotychczasowymi problemami z terminowym przyjmowaniem ustawy skarbowej — reforma kalendarza budżetowego. Na wzór Wielkiej Brytanii i Niemiec rok budżetowy miał w Polsce trwać od 1 kwietnia do 31 marca następnego roku, począwszy od roku 1927/1928. W połączeniu z zapisami noweli sierpniowej oznaczało to zatem konieczność złożenia przez rząd preliminarza przed 1 listopada roku poprzedzającego początek nowego okresu budżetowego i ściśle

na temat zapisów ustaw o prowizoriach budżetowych za okres od stycznia 1926 r. do marca 1927 r., zob. J. Piekalkiewicz, *Przepisy formalne naszych prowizoriów budżetowych*, „Czasopismo Skarbowe” 1927, nr 3, s. 2–7; nr 4, s. 3–8; St. K., *Gospodarka budżetowa w 1926 r.*, „Przemysł i Handel” 1926, z. 44, s. 1329–1332.

²⁵ Sejm I kad., druk nr 2455; Ustawa z dnia 2 sierpnia 1926 r. zmieniająca i uzupełniająca Konstytucję Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1921 r., Dz.U. Nr 78, poz. 442.

²⁶ Tamże; A. Ajnenkiel, *Konstytucje polskie w rozwoju dziejowym 1791–1997*, Warszawa 2001, s. 195; S. Głąbiński, dz. cyt., s. 32–33.

powiązanie prac budżetowych z zimową sesją parlamentu, zwaną odąd często, nie bez powodu, sesją budżetową²⁷.

Niezwykle ważne ze względu na parlamentarną kontrolę nad sprawami budżetowymi okazało się również zapisane w noweli konstytucyjnej upoważnienie prezydenta do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy. Uprawnienie to miało wprawdzie obowiązywać jedynie w czasie, gdy Sejm i Senat były rozwiązane, a zmieniony art. 44 ustawy zasadniczej wyłączał spod tego uprawnienia m.in. sprawy budżetowe oraz możliwość nakładania nowych podatków, opłat i ustanawiania ceł i monopolów, ale ograniczenia te nie obowiązywały w przypadku, gdy pełnomocnictwa nadawano prezydentowi odrębną ustawą. W kilku pierwszych tego typu aktach prawnych, zezwalających na wydawanie prezydenckich rozporządzeń, pomijano sprawy skarbowe, jednak z czasem i to się zmieniło. Ustawą z 25 marca 1933 r. Sejm udzielił prezydentowi nieograniczonego upoważnienia — na czas trwania sesji zwyczajnej — do wydawania rozporządzeń z mocą ustawy (nie obejmowało ono jedynie zmiany konstytucji), a ustawą z 6 listopada 1935 r., czyli już w warunkach obowiązywania nowej ustawy zasadniczej, prezydent został upoważniony do wydawania dekretów z mocą ustaw „w zakresie spraw gospodarczych i finansowych”, z czego rząd zresztą skwapliwie korzystał, dokonując w ten sposób wielu znaczących zmian w polskim systemie podatkowym²⁸.

Wejście w życie noweli sierpniowej oraz zmodyfikowanego kalendarza budżetowego to nie jedyne ważne zmiany w prawie budżetowym, jakie nastąpiły w II połowie lat dwudziestych. Nowe uregulowania znalazły się zarówno w kilku ważnych ustawach i rozporządzeniach prezydenckich, określających mniej lub bardziej ogólne zasady funkcjonowania finansów publicznych, jak i w ustawach skarbowych uchwalanych na kolejne lata. W omawianym kontekście zdecydowanie najistotniejsze, ze względu na całą gospodarkę budżetową państwa, było rozporządzenie Prezydenta RP z 13 października 1927 r. o planie stabilizacyjnym i zaciągnięciu pożyczki zagranicznej, w którym zapisane zostały założenia planu stabilizacyjnego związanego z uzyskaną pożyczką. Jej celem było utrzymanie osiągniętej równowagi budżetowej i zwiększenie dochodów niezbędnych do spłaty ciężarów wynikających z zaciągniętej pożyczki. W planie stabilizacyjnym, obejmującym zgodnie z rozporządzeniem dwa kolejne okresy budżetowe, utrzymano zasadę budżetowania miesięcznego, która uzyskała wreszcie sankcję ustawową, oraz konieczność udzielania przez ministra skarbu zezwolenia na przesunięcia środków w ramach budżetów poszczególnych ministerstw. Zobligowano też rząd do utworzenia w Banku Polskim rezerwy skarbowej, z której korzystanie było jednak uzależnione od zgody zagranicznego doradcy zasiadającego, zgodnie z ustawą, w Radzie Banku Pol-

²⁷ *Ustawa skarbowa na 1927/28 rok*, „Przemysł i Handel” 1926, z. 44, s. 1351–1352; Ustawa z dnia 2 sierpnia...; J. Lubowicki, *Z zagadnień prawa budżetowego*, „Przegląd Skarbowy” 1927, z. 9, s. 258–263.

²⁸ Dz.U. z 1933 r. Nr 29, poz. 249; z 1935 r. Nr 81, poz. 501; *Bilans działalności dekretowej rządu*, „Dziennik Poznański” 1936, nr 13, s. 1; I. Weinfeld, *Skarbowość polska*, Warszawa 1935, s. 24–26; *Projekt ustawy o pełnomocnictwach*, „Polska Gospodarcza” 1935, z. 42, s. 1291; B. Sk., *Dekretowe ustawodawstwo podatkowe*, „Przegląd Gospodarczy” 1936, nr 1, s. 36–37.

skiego, który tym samym stawał się jednym z podmiotów polskiej polityki budżetowej²⁹.

W ustawie o planie stabilizacyjnym znalazł się również postulat, aby przedsiębiorstwo Polskie Koleje Państwowe działało według zasad handlowych. Zapis ten wskazywał na ważną tendencję, obecną w gospodarce państwowej, a częściowo budżetowej, tego okresu — była to idea komercjalizacji przedsiębiorstw należących do państwa, której celem miało być wprowadzenie zasad rynkowych gwarantujących poprawę ich ekonomicznej efektywności. Pełne usamodzielnienie etatystycznych przedsiębiorstw miało zatem podłoże wybitnie skarbowe, stąd też należy o nim pamiętać również w kontekście procesów kształtujących polskie prawo budżetowe, tym bardziej że komercjalizacja oznaczała istotne ograniczenie wpływu parlamentu na gospodarkę finansową tych przedsiębiorstw. Krytycznie nastawieni do sprawy posłowie twierdzili nawet, że „w przeważnej mierze komercjalizacja kończy się na wyłączeniu obrotów przedsiębiorstwa z budżetu państwowego i na uchyleniu kontroli parlamentarnej nad jego gospodarką”. Podstawą szeroko rozumianej komercjalizacji stało się rozporządzenie prezydenta z 17 marca 1927 r. o wydzielaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych, przemysłowych, handlowych i górniczych oraz o ich komercjalizacji. W rozporządzeniu określono zasady ich gospodarki finansowej, użytkowania państwowego majątku, wnoszenia wpłat z zysku do budżetu państwa oraz działalności inwestycyjnej, same zaś skomercjalizowane przedsiębiorstwa państwowe miały pozostawać na własnym rozrachunku³⁰.

W celu wykonania ramowych założeń prezydenckiego rozporządzenia wydano w kolejnych latach kilka ważnych aktów prawnych, organizujących funkcjonowanie m.in. przedsiębiorstwa Polska Poczta, Telegraf i Telefon (rozporządzenie z 31 marca 1928 r.), Polskich Kolei Państwowych (rozporządzenie z 29 listopada 1930 r. zmieniające rozporządzenie z 24 września 1926 r. o utworzeniu przedsiębiorstwa Polskie Koleje Państwowe oraz obwieszczenie ministra komunikacji w tej sprawie z 5 grudnia 1930 r.) oraz Żeglugi Polskiej (ustawa z 17 marca 1932 r.). Łącznie na podstawie rozporządzenia z 1927 r. skomercjalizowano 16 przedsiębiorstw państwowych, a w latach trzydziestych analogiczny proces przeszły monopole skarbowe stanowiące odrębną część budżetu. W 1932 r. wyodrębnionymi przedsiębiorstwami państwowymi stały się: Polski Monopol Tytoniowy (ustawa z 18 marca 1932 r.) i Polski Monopol Solny (rozporządzenie z 21 czerwca), w 1933 r. skomercjalizowany został Państwowy Monopol Spirytusowy (rozporządzenie z 27 października 1933 r.), a w 1936 r. powstał Polski Monopol Loteryjny działający na analogicznych zasadach. We wszystkich wymienionych aktach prawnych wprowadzono nowe zasady rachunkowe dla komercjalizowanych przedsiębiorstw państwowych, regulując w ten spo-

²⁹ Dz.U. z 1927 r. Nr 88, poz. 789; Sejm III kad., sprawozdanie stenograficzne z 46. posiedzenia z 26 stycznia 1932 r., t. 50; M. Łapa, *Modernizacja państwa. Polska polityka gospodarcza 1926–1929*, Łódź 2002, s. 78–82.

³⁰ AAN, Protokoły..., t. 36, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 2 marca 1927 r.*, k. 514, 517; załącznik 1, k. 519–523; Dz.U. z 1927 r. Nr 25, poz. 195; J. Komarnicki, *Państwowe przedsiębiorstwa skomercjalizowane*, „Polska Gospodarcza” 1932, z. 17, s. 477–479.

sób ustawowo, niejako przy okazji, jeden z ważnych aspektów polskiego prawa budżetowego³¹.

W sytuacji, gdy coraz większa część tego prawa znajdowała swe uzasadnienie w ustawie zasadniczej oraz w różnej proveniencji aktach prawnych, relatywnie zmniejszało się regulacyjne znaczenie kolejnych ustaw skarbowych. Pierwsza ustawa przyjęta zgodnie z nowym kalendarzem na rok budżetowy 1927/1928, okazała się zresztą dosyć podobna do ustaw obowiązujących w latach poprzednich. Wprawdzie w złożonym jesienią 1926 r. projekcie znajdował się zapis — jak głosili krytycy — „niespotykany w żadnym innym państwie”, uprawniający ministra skarbu do otwierania w miarę narastających oszczędności niezapisanych w samym budżecie kredytów na łączną kwotę ponad 200 mln zł, jednak ostateczny tekst ustawy skarbowej tak sformułowanego artykułu już nie zawierał. Zwiększeniu dyscypliny budżetowej miał służyć zapis obarczający ministrów osobistą odpowiedzialnością za przestrzeganie przepisów o zakazie otwierania nowych kredytów bez zgody ministra skarbu i parlamentu oraz zabezpieczenie odpowiednich na ich cele źródeł dochodów³².

W kolejnych ustawach skarbowych, przygotowywanych w warunkach rosnących wpływów sanacji, coraz wyraźniej było widać tendencję do pozbawiania skonfliktowanego z obozem rządzącym parlamentu prawa skutecznej kontroli nad wydatkami państwa. Już w budżecie na rok 1928/1929 pojawił się bowiem niezaakceptowany rok wcześniej zapis uprawniający ministra skarbu do zwiększenia wydatków budżetowych w miarę wzrostu wpływów do budżetu. Wynikać on miał wprawdzie z dążenia do utrzymania przeprowadzonej w poprzednim roku podwyżki płac urzędniczych oraz ostrożności w planowaniu zwiększonych wpływów, ale ostateczny wydzwitek tego rozwiązania, wprowadzonego do ustawy na wniosek Komisji Budżetowej Sejmu, musiał być jednoznaczny. Podobny zapis znalazł się wprawdzie już w prowizorium na okres od kwietnia do czerwca 1928 r., jednak dotyczył on jedynie zezwolenia na przekraczanie preliminowanych kredytów w ramach wydatków inwestycyjnych³³.

³¹ Dz.U. z 1926 r. Nr 97, poz. 568; z 1928 r. Nr 38, poz. 379; z 1930 r. Nr 82, poz. 641; Nr 89, poz. 705; z 1932 r. Nr 26, poz. 240; Nr 32, poz. 339; Nr 52, poz. 497; z 1933 r. Nr 84, poz. 615; z 1936 r. Nr 55, poz. 398; szerzej na temat komercjalizacji przedsiębiorstw państwowych, zob. J. Gołębiowski, *Sektor państwowy w gospodarce Polski międzywojennej*, Warszawa 1985, s. 234–245; na temat komercjalizacji przedsiębiorstw monopolowych, zob. P. Grata, *Monopole skarbowe w polityce podatkowej Drugiej Rzeczypospolitej*, Rzeszów 2009, s. 178–180.

³² Dz.U. z 1927 r. Nr 30, poz. 254; Sejm I kad., druk nr 2600, druk nr 2627; *Projekt ustawy skarbowej na okres od 1 kwietnia 1927 do 31 marca 1928*, „Przegląd Gospodarczy” 1926, nr 22, s. 1093–1095; *Preliminarz budżetowy na rok 1927/28*, „Tygodnik Handlowy” 1926, nr 51–52, s. 9.

³³ AAN, Protokoły..., t. 42, *Protokół z posiedzenia Rady Ministrów z 17 lutego 1928 r.*, k. 1–2; załącznik 1, k. 6–7; t. 43, *Wniosek ministra skarbu na Radę Ministrów w sprawie projektu ustawy o prowizorium budżetowym na czas od 1 kwietnia do 30 czerwca 1928 r.*, k. 187–189; Dz.U. z 1928 r. Nr 43, poz. 419; Nr 67, poz. 622; Sejm II kad., druk nr 1; druk nr 80; jednym ze skutków dopuszczenia przez parlament do niekontrolowanych przekroczeń budżetowych już w roku budżetowym 1927/1928 była tzw. sprawa ministra Czechowicza, który część nadwyżki budżetowej wydał w 1928 r. na cele kampanii wyborczej BBWR; por. Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. II, *Od Grabskiego do Piłsudskiego. Okres kryzysu proinflacyjnego i ożywienia koniunktury 1924–1929*, Warszawa 1971, s. 224.

Wyrazem nowych tendencji w prawie budżetowym, częściowo wynikających ze znakomitej koniunktury i nadwyżek skarbowych, była również ustawa z 31 marca 1928 r. o nadzwyczajnych inwestycjach państwowych. Zezwalała ona ministrowi skarbu na wydatkowanie na wymienione w ustawie cele inwestycyjne kwoty nieco ponad 88 mln zł, pochodzącej z zapasów kasowych (kwota uprawnień do powiększenia kredytów zapisanych w ustawie skarbowej na rok 1928/1929 sięgała łącznie 145 mln zł). Co istotne, miało się to odbywać poza normalną gospodarką budżetową, a stworzony w ten sposób precedens miał w przyszłości — zwłaszcza w warunkach załamania wpływów do budżetu w okresie kryzysu — stać się zjawiskiem trwałym, rozbijającym w znaczący sposób zasadę jedności gospodarki budżetowej państwa (tzw. budżet inwestycyjny z 1928 r. realizowany był w latach 1928/1929 oraz 1929/1930)³⁴.

Jeszcze dalej idące rozwiązania w kwestii usamodzielnienia się władzy wykonawczej w zakresie praktyki budżetowej zawierała ustawa skarbowa na rok 1929/1930. Wprawdzie wskazano w niej źródła dodatkowych wydatków na płace urzędnicze (miała nim być zapisana w ustawie nadwyżka budżetowa), to jednak rozbudowany został artykuł tradycyjnie umożliwiający otwieranie kredytów niezapisanych w ustawie skarbowej. Tak jak dotąd było to uzależnione od akceptacji władzy ustawodawczej, ale tym razem rząd otrzymał również prawo do kreowania takich wydatków jeszcze przed uzyskaniem odpowiedniej zgody parlamentu, w przypadku gdy został on rozwiązany lub jego sesja była zamknięta. Oznaczało to zatem — przy coraz rzadziej obradującym Sejmie i wciąż dobrych wynikach finansowych budżetu — wprowadzenie zasady akceptacji dodatkowych kredytów *post factum*, a więc raczej tylko formalnej kontroli nad nimi władzy ustawodawczej. Co ciekawe, ten ważny zapis obóz rządzący wprowadził w trakcie prac Komisji Budżetowej — w projekcie zatwierdzonym przez Radę Ministrów artykuł regulujący sposób otwierania kredytów nieobjętych budżetem miał zawierać konwencjonalną treść³⁵.

Ta zasada — niepokojąca ze względu na kontrolę parlamentarną nad finansami państwa, ale wygodna dla rządzących — utrzymała się w kształtowanej kolejnymi ustawami skarbowymi praktyce budżetowej również w latach następnych. Co więcej, już w ustawie skarbowej na rok 1931/1932 zabrakło zapisywanego wcześniej warunku nagłości takiego wypadku, nie było w niej także mowy o rozwiązaniu bądź nieobradującym parlamencie. Od tego roku znacznie zwiększyły się również możliwości przenoszenia kredytów zapisanych w ramach budżetu, które mogły być przesuwane między wszystkimi paragrafami w obrębie poszczególnych części budżetu praktycznie bez ograniczeń, co po raz kolejny miało osłabiać moc obowiązującą

³⁴ Dz.U. z 1928 r. Nr 43, poz. 420; Sejm II kad., druk nr 700, s. 2; na temat wzrostu znaczenia środków pozabudżetowych w gospodarce finansowej państwa w okresie Wielkiego Kryzysu, zob. Z. Knakiewicz, *Deflacja polska 1930–1935*, Warszawa 1967, s. 237–243; o funduszach budżetowych; por. J. Brożek, *Gospodarka funduszowa w Polsce w dwudziestoleciu międzywojennym*, „Studia Finansowe” 1975, nr 20, s. 183–189.

³⁵ AAN, Protokoły..., t. 45, Projekt ustawy skarbowej na okres od 1 kwietnia 1929 do 31 marca 1930 r., k. 231–232; Dz.U. z 1929 r. Nr 20, poz. 183; Sejm II kad., druk nr 440; druk nr 452; druk nr 700.

uchwalanych przez parlament ustaw skarbowych oraz zredukować realny wpływ władzy ustawodawczej na gospodarkę budżetową rządu³⁶.

Pierwsze lata po zamachu majowym przyniosły również znaczący, przynajmniej z formalnego punktu widzenia, postęp w realizacji przynależnych parlamentowi uprawnień w zakresie kontroli *a posteriori*, czyli połączonej z udzieleniem rządowi absolutorium w sprawie kontroli rachunkowej wykonania budżetu. W 1928 r. po raz pierwszy trafiły na forum Sejmu uwagi Najwyższej Izby Kontroli o zamknięciach rachunków państwa i wykonaniu budżetu za lata 1923 i 1924, w rok później parlament otrzymał stosowne dokumenty odnoszące się do lat 1925, 1926/1927 oraz 1927/1928. Uzyskały one wprawdzie zatwierdzającą aprobatę rozpatrującego je Sejmu, jednak czas, jaki upłynął między ich realizacją a akceptacją przez władzę ustawodawczą, sprawiał, że dokonywana w ten sposób kontrola była w dużej mierze jedynie formalna. Taki sposób rozpatrywania sprawozdań z zamknięć rachunkowych stanowił zresztą raczej normę w ówczesnych stosunkach budżetowych państw europejskich i nie przez przypadek tę formę kontroli często nazywano pośmiertną. W podobny sposób rząd realizował w tym czasie obowiązek przedkładania parlamentowi dodatkowych wydatków, czego najlepszym przykładem było to, że projekt ustawy o dodatkowych kredytach za I kwartał 1927 r., rok budżetowy 1927/1928 oraz 1928/1929 Sejm otrzymał dopiero w październiku 1929 r.³⁷

V. PARLAMENTARNE PRAWO KONTROLI BUDŻETOWEJ W OKRESIE OBOWIĄZYWANIA KONSTYTUCJI KWIETNIOWEJ

Podsumowaniem i, wydawałoby się, zwieńczeniem procesu kształtowania się podstawowych zasad prawa budżetowego stały się zapisy poświęconego tej kwestii rozdziału VII nowej ustawy zasadniczej podpisanej przez prezydenta 23 kwietnia 1935 r. W Konstytucji kwietniowej problematykę budżetową uregulowano znacznie obszerniej niż dotychczas. Stała się ona w ten sposób nie tylko źródłem prawa budżetowego najwyższej rangi, ale też zdecydowanie najkonkretniejszym spośród wszystkich tego typu aktów prawnych. Nie okazała się wprawdzie oczekiwanym od lat impulsem do powstania ustawy całościowo określającej zasady przygotowywania, uchwalania oraz realizacji planu wydatków i dochodów państwa, jednak powszechnie była uznawana za odpowiednią ku temu podstawę³⁸.

W myśl zapisów konstytucji Sejm utrzymał zarówno większość dotychczas przysługujących mu uprawnień legislacyjnych, jak i prawo do zatwierdzania zamknięć ra-

³⁶ Dz.U. z 1930 r. Nr 24, poz. 221; z 1931 r. Nr 28, poz. 188; z 1932 r. Nr 23, poz. 175; z 1933 r. Nr 23, poz. 186; z 1934 r. Nr 27, poz. 219; z 1935 r. Nr 21, poz. 121; Sejm III kad., druk nr 441; druk nr 640; S. Głabiński, *Zarys nowszego ustawodawstwa skarbowego w Polsce*, Lwów 1933, s. 12–13.

³⁷ Sejm II kad., druk nr 588, druk nr 724; P. M. Gaudemet, J. Molinier, dz. cyt., s. 327–328; A. Krzyżanowski, *Sprawozdanie generalne o preliminarzu budżetowym na rok 1930/31* [w:] *Polityka i gospodarstwo. Pisma pomniejsze oraz przemówienia 1920–1931*, Kraków 1931, s. 587; R. Szawłowski, dz. cyt., s. 169.

³⁸ Sejm III kad., druk nr 820, s. 5; M. Bielak, *Podstawy gospodarki budżetowej w świetle nowej Konstytucji RP*, „Czasopismo Skarbowe” 1935, z. 7, s. 402–405; I. Czuma, *Skarbowość w Konstytucji Kwiecniowej*, „Przegląd Ekonomiczny” 1935, z. 14, s. 34–46; tegoż, *Ustrojowe podstawy skarbowości na tle Konstytucji Kwiecniowej*, Lublin 1937, s. 369–395.

chunków państwowych oraz udzielania rządowi absolutorium. Mimo że, jak pisał wybitny znawca prawa budżetowego Tadeusz Grodyński, „pozostały niezmienione główne zręby prawa budżetowego parlamentu, jak i prawa jego kontroli w zakresie finansowym”, a „ustalanie budżetu i nakładanie ciężarów na obywateli” pozostało zapisanym w art. 31 uprawnieniem Sejmu, wiele jednak miało się w tej kwestii — w stosunku do poprzedniej ustawy zasadniczej — zmienić. Zapisy budżetowe zawarte w konstytucji wyraźnie bowiem potwierdzały dokonujący się wraz z jej wejściem w życie formalny zwrot w kierunku dominacji władzy wykonawczej nad ustawodawczą i odejście od monteskiuszowskiego podziału władz³⁹.

Najważniejszy ze względu na istotę prawa budżetowego oraz wzajemne relacje między władzą ustawodawczą a egzekutywą był bezsprzecznie art. 59 ustawy zasadniczej. W pkt 2 tego artykułu potwierdzono wpisywaną już od lat do ustaw skarbowych zasadę zezwalającą rządowi na dokonywanie wydatków niezapisanych w budżecie bez uprzedniego upoważnienia ustawodawczego. Rząd mógł takie kredyty otwierać w przypadku, gdy zachodziła niedookreślona bliżej „konieczność państwowa”. W takiej sytuacji wydatek mógł być zrealizowany na podstawie uchwały rządowej ogłoszonej w rządowej gazecie i podanej do wiadomości Najwyższej Izby Kontroli, rząd zaś miał obowiązek wysłania do parlamentu projektu ustawy o przyznaniu dodatkowych kredytów w ciągu siedmiu dni po wykonaniu takiej decyzji. Potwierdzeniem zwiększającego się znaczenia władzy wykonawczej w kwestiach budżetowych był pkt 1 art. 59, uzależniający możliwość zgłoszenia inicjatywy finansowej parlamentu od zgody rządu (dotyczył zarówno wydatków nowych, jak i zwiększania już zaplanowanych). W art. 59 nowej ustawy zasadniczej zapisano zresztą wprost, iż inicjatywa ustawodawcza w sprawach budżetu należy wyłącznie do rządu, podczas gdy zgodnie z Konstytucją marcową prawo inicjatywy w tym zakresie przysługiwało i rządowi, i Sejmowi, warunkiem uchwalenia nowych wydatków było zaś podanie sposobu ich pokrycia⁴⁰.

Również zapisy art. 60 Konstytucji kwietniowej wyraźnie przesunęły uprawnienia budżetowe w stronę władzy wykonawczej. Wychodząc z założenia, iż państwo nie może pozostawać bez budżetu, co w kontekście praktyk z lat dwudziestych nie było przecież tak oczywiste, zezwolono rządowi — przy braku ustawy skarbowej z powodu rozwiązania parlamentu — na prowadzenie gospodarki finansowej państwa według zeszłorocznego budżetu. Co więcej, nawet w przypadku odrzucenia przez parlament projektu preliminarza w całości, rząd również mógł prowadzić swą działalność według zeszłorocznego budżetu (wystarczyło, że w ciągu siedmiu dni od odrzucenia preliminarza złożył projekt nowego budżetu bądź prowizorium). Nawiązaniem do tych zapisów były też powtórzone za nowelą sierpniową postanowienia określające zasady

³⁹ Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia 1935 r., Dz.U. Nr 30, poz. 227; D. Górecki, *Sejm w Ustawie Konstytucyjnej z 23 kwietnia 1935 roku*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 2, s. 85–95; T. Grodyński, *Budżet w nowej Konstytucji Polskiej*, Lwów 1935, s. 8.

⁴⁰ Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia...; Ustawa z dnia 17 marca 1921...; Z. Stahl, *Ewolucja przepisów...*, s. 35–37; obszernie omówienie norm określających uprawnienia europejskich parlamentów w zakresie inicjatywy finansowej, zob. J. Mieszalski, *Inicjatywa finansowa parlamentu w zakresie budżetu*, „Przemysł i Handel” 1929, z. 45, s. 1913–1916.

ogłaszania budżetu w przypadku nieprzyjęcia go przez którąś z izb parlamentu. Zaostrożeniu uległy związane z tym rygory czasowe — w myśl art. 58 Konstytucji Sejm i Senat miały łącznie już tylko 4 miesiące na przyjęcie ustawy skarbowej (weszła zatem w życie propozycja nieprzyjęta przez komisję sejmową w roku 1926)⁴¹.

W ten sposób tworzenie i wykonywanie budżetu państwa zostało scedowane na rząd, a zapisana we wspomnianym już art. 31 Konstytucji gwarancja, iż „do Sejmu należy ustalanie budżetu”, była obwarowana tak wieloma warunkami, umieszczonymi w różnych jej miejscach, że należało ją uznać za uprawnienie w dużej mierze formalne. Ten jednoznaczny zwrot, jeśli chodzi o ustrojowe podstawy prawa budżetowego, obszernie uzasadnił wicemarszałek Sejmu i jeden z najbardziej prominentnych przedstawicieli władz sanacyjnych Bogusław Miedziński, referent Komisji Budżetowej Sejmu, w sprawozdaniu z prac nad preliminarzem na rok 1936/1937. Nie tylko przypominał w nim, że odebranie parlamentowi inicjatywy finansowej jest wzorowane na rozwiązaniach „kolebki parlamentarizmu Anglii”, ale również, opierając się na aurytecie nieżyjącego już marszałka Piłsudskiego, udowadniał jego słowami, że „poseł nie ma prawa rządzić”. Poza tym parlament, jako przedstawicielstwo narodowe, powinien raczej „bronić społeczeństwa przed nadmiarem obciążeń”, nie zaś wychodzić z propozycjami nowych, co byłoby jednoznaczne z pozostawieniem Sejmowi inicjatywy finansowej. Wyraźnie sprzeciwił się też ingerencji parlamentu w strukturę budżetu, której kształtowanie również powinno pozostawać domeną rządu⁴².

Mimo wyraźnie zapisanego w konstytucji ograniczenia uprawnień budżetowych Sejmu oraz bardzo dyspozycyjnego w swej większości parlamentu władze sanacyjne wciąż nie mogły zmieścić się nawet w tych ramach, które same określiły. Dowodem na to był projekt ustawy skarbowej na rok 1937/1938. Jeden z jej artykułów zawierał uprawnienie ministra skarbu do przedłużenia okresu poboru specjalnego podatku od wynagrodzeń wypłacanych z funduszy publicznych „na cele równowagi budżetowej”, na okres od 1 stycznia do 31 marca 1938 r. Ponieważ okres obowiązywania ustawowego uprawnienia do poboru tego podatku upływał z końcem 1937 r., mogło to oznaczać przekazanie przynależnych parlamentowi prerogatyw ustawodawczych jednemu z członków rządu. Odpowiedni zapis został wprawdzie w Sejmie zmodyfikowany (przedłużenie poboru podatku wprowadzono samą ustawą skarbową), jednak ta sytuacja po raz kolejny wskazywała tendencje w sposobie traktowania prawa budżetowego przez obóz rządzący⁴³.

Problem związany z przedłużaniem okresu obowiązywania podatku specjalnego został rozwiązany — analogicznie do okresu 1937/1938 — również w dwóch kolejnych ustawach skarbowych, jednak w miarę poprawy sytuacji gospodarczej i wzrostu przewidywanych dochodów budżetowych uchwalane w końcu lat trzydziestych ustawy skarbowe ponownie nabierały charakteru aktów ramowych. Widoczne to było

⁴¹ Sejm I kad., druk nr 2455; s. 1; Ustawa konstytucyjna z dnia 23 kwietnia...; Z. Stahl, *Ewolucja przepisów...*, s. 43–46.

⁴² Sejm IV kad., druk nr 55, s. 7–9.

⁴³ AAN, Protokoły..., t. 42, Projekt ustawy skarbowej na okres od 1 kwietnia 1937 do 31 marca 1938 r., k. 456–460; Dz.U. z 1937 r. Nr 23, poz. 147; Sejm IV kad., druk nr 300, s. 23–24.

zwłaszcza w przyjętej 29 marca 1939 r. ustawie na rok 1939/1940, w której minister skarbu uzyskiwał „w miarę uzyskiwania nadwyżek ponad kwoty, przewidziane w budżecie dochodów lub oszczędności w budżecie wydatków” prawo zwiększania wydatków na dosyć ogólnie wymienione cele, bez określenia w ustawie rozmiarów i dokładnej struktury tych nakładów. Budżety na lata wcześniejsze zezwalały na takie działania tylko w odniesieniu do spłaty długów państwowych oraz pomocy w kwestii zawartych układów konwersyjnych⁴⁴.

O ile kolejne próby ograniczania uprawnień kontrolnych parlamentu zapisywane w ustawach skarbowych II połowy lat trzydziestych można uznać za stosunkowo nieistotne w kontekście dotychczasowej praktyki, to już obowiązujące w tym okresie zasady polityki inwestycyjnej państwa były zjawiskiem zupełnie innego formatu. Obecne już wcześniej przypadki „wyprowadzania” poza budżet części zadań państwa (inwestycje, działalność funduszy państwowych) i związanych z nimi środków finansowych przyjęły w 1936 r. — wraz z podjęciem wielkiego programu inwestycyjnego — rozmiary uprawniające niektórych ekonomistów do postawienia tezy o istnieniu w Polsce dualizmu budżetowego. Ustawa z 26 marca 1935 r. o upoważnieniu ministra skarbu do wypuszczenia wewnętrznej pożyczki inwestycyjnej na sumę 200 mln zł, trzy ustawy inwestycyjne z 2 kwietnia 1936 r. (o finansowaniu państwowych inwestycji wodnych oraz o zaciągnięciu pożyczek na cele inwestycyjne przedsiębiorstw Polskie Koleje Państwowe i Polska Poczta, Telegraf i Telefon), opiewające łącznie na 110 mln zł, czy wreszcie dekret Prezydenta RP o utworzeniu Funduszu Obrony Narodowej z 9 kwietnia 1936 r. stanowiły wstęp do nowego okresu w kształtowaniu się prawa budżetowego Rzeczypospolitej⁴⁵.

Wprawdzie w kolejnych latach rząd podejmował działania inwestycyjne na podstawie ustaw przedstawianych parlamentowi do akceptacji, jednak ich zwiększający się zasięg pogłębiał rozdźwięk między rzeczywistością, określaną w ustawach skarbowych, a całościowo rozumianą gospodarką finansową państwa. Nie na wiele zdała się rezolucja, przyjęta na wniosek Komisji Budżetowej 9 lutego 1937 r., w której Sejm stwierdzał, iż „prawo uchwalania budżetu stanowi jeden z najistotniejszych obowiązków Izby ustawodawczych” oraz że „zasady racjonalnej gospodarki finansowej państwa wymagają istotnej jedności i zupełności budżetu”. W nowych warunkach Sejmowi pozostawiono jedynie prawo współdecydowania w zakresie ustaw budżetowych, w ramach określonych przez rząd, podczas gdy cała działalność inwestycyjna leżała w gestii rządu i odpowiednich ministrów, którzy mogli dysponować środkami inwestycyjnymi na mocy odrębnych ustaw. A były to kwoty coraz wyższe — w planie inwestycyjnym na 1937 r. do dyspozycji rządu oddano 264 mln zł, w 1938 r. w ustawie o finansowaniu niektórych inwestycji z funduszy państwowych zapisano 135 mln zł, a w ustawie o dotacjach na rzecz zarządzanego przez ministra spraw wojskowych Fun-

⁴⁴ Dz.U. z 1937 r. Nr 32, poz. 147; z 1938 r. Nr 20, poz. 161; z 1939 r. Nr 27, poz. 177; Sejm IV kad., druk nr 700, s. 14.

⁴⁵ Dz.U. z 1935 r. Nr 21, poz. 122; z 1936 r. Nr 26, poz. 208–201; Nr 28, poz. 225; S. Lauterbach, *Dualizm budżetowy*, „Polityka Gospodarcza” 1937, nr 31/32, s. 1–5; W. Morawski, *Od marki do złotego. Historia finansów Drugiej Rzeczypospolitej*, Warszawa 2008, s. 194–198.

duszu Obrony Narodowej z 24 lutego 1937 r. przewidziano przekazanie w latach 1937–1940 ze Skarbu Państwa na ten cel kwoty 1 mld zł. W przyjętej zaś 27 marca 1939 r. ustawie o dotacjach na rzecz Funduszu Obrony Narodowej i o inwestycjach z funduszy państwowych na lata 1939–1942 przewidziano wydatki rządu ponad 1 mld zł. Dla porównania wydatki budżetu na rok budżetowy 1939/1940 opiewały na kwotę nieco ponad 2,5 mld zł⁴⁶.

W ten sposób kolejne ustawy inwestycyjne coraz bardziej zmniejszały zakres kontroli parlamentarnej nad finansami publicznymi. Realnie, w ramach obowiązującej interpretacji zapisów konstytucyjnych, była ona realizowana jedynie w odniesieniu do uchwalanych corocznie ustaw skarbowych, poza nią pozostawała natomiast coraz bardziej rozległa sfera działań inwestycyjnych państwa. Abstrahując już od niejasności kompetencyjnych w ramach samej polityki inwestycyjnej, trzeba przyznać, iż obowiązujące na mocy przepisów Konstytucji kwietniowej i tworzone kolejnymi aktami ustawodawczymi prawo budżetowe stało się, paradoksalnie, znacznie mniej przejrzyste niż przed rokiem 1935 r. Jak pisano w sprawozdaniu Komisji Budżetowej do projektu ustawy inwestycyjnej na lata 1939–1942, „rozbudowa pozabudżetowej gospodarki zaciemnia pogląd na kształtowanie się wydatków publicznych” i „obecnie jest taki stan rzeczy, że ani budżet nie daje poglądu na całość wydatków państwowych, ani plan inwestycyjny nie daje oglądu na całość inwestycji”. W takich zaś warunkach trudno było mówić o realnej kontroli parlamentu nad wydatkowaniem środków publicznych czy też globalnie rozumianą gospodarką finansową państwa. Potwierdzeniem obowiązujących tendencji była też wyraźna niechęć władz skarbowych do przeprowadzenia całościowej kodyfikacji prawa budżetowego⁴⁷.

VI. UWAGI KOŃCOWE

Prawo parlamentu do uchwalania i kontroli wykonywania budżetu państwa zapisane było we wszystkich aktach prawnych o zasadniczym znaczeniu dla ustroju odrodzonej Rzeczypospolitej. Mimo to trudno mówić o przestrzeganiu tych gwarancji w praktyce, a teza taka musi być uprawniona zarówno w odniesieniu do okresu obowiązywania na wskroś demokratycznej Konstytucji marcowej, jak i z założenia odchodzącej od zasady trójpodziału władz Konstytucji kwietniowej. Wprawdzie różne były przyczyny i zasięg problemu, jednak jego istotą były istniejące uwarunkowania gospodarcze i polityczne. Na pewno brak było realnej kontroli władzy ustawodawczej nad gospodarką skarbową państwa w pierwszych latach niepodległości, gdy budżetów — rozumianych jako z góry założony plan dochodów i wydatków państwa — parla-

⁴⁶ Dz.U. z 1937 r. Nr 15, poz. 96–97; z 1938 r. Nr 21, poz. 165; z 1939 r. Nr 25, poz. 165; Nr 27, poz. 177; Sejm IV kad., druk nr 341, s. 9–10; Sejm IV kad., sprawozdanie stenograficzne z 36. posiedzenia z 9 lutego 1937 r., ł. 17; Z. Szempliński, *Trzyletni plan inwestycyjny*, „Polska Gospodarcza” 1939, z. 1, s. 5–7; na temat polityki inwestycyjnej lat 1936–1939, zob. np. M.M. Drozdowski, *Polityka gospodarcza rządu polskiego 1936–1939*, s. 66–95; J. Gołębiowski, *COP. Dzieje industrializacji w rejonie bezpieczeństwa 1922–1939*, Kraków 2000, s. 89–105; Z. Landau, J. Tomaszewski, *Gospodarka Polski międzywojennej*, t. IV, *Lata interwencjonizmu państwowego 1936–1939*, Warszawa 1989, s. 100–125.

⁴⁷ Cyt. za: Sejm V kad., druk nr 106, s. 6.

ment nie uchwalał w ogóle. Nieco lepiej było pod tym względem w okresie reformy stabilizacyjnej premiera Władysława Grabskiego, jednak i w tym przypadku prawa parlamentu były w widoczny sposób ograniczane przez wpisywane do kolejnych ustaw skarbowych uprawnienia przysługujące ministrowi skarbu.

Autonomia parlamentu w zakresie kreowania budżetu państwa ponownie została ograniczona nowelą sierpniową i praktyką tworzenia prawa budżetowego w okresie jej obowiązywania, kiedy coraz więcej wydatków znajdowało się poza ustawami skarbowymi, a minister skarbu uzyskał dosyć dużą swobodę kreowania niezapisanych w budżecie wydatków państwowych. Wprawdzie doprowadziła ona Gabriela Czechowicza przed Trybunał Stanu, jednak prawo rządu do wydatkowania środków publicznych przed uzyskaniem zgody władzy ustawodawczej zostało potwierdzone w Konstytucji kwietniowej. Mimo iż w nowej ustawie zasadniczej zachowano zapisy o parlamentarnej kontroli budżetowej, wyraźnie jednak wskazywano na rząd jako podmiot nadrzędny w sprawach odnoszących się do finansów państwa. Organy władzy ustawodawczej traciły wraz z jej wejściem w życie kolejne przyczółki w trwającej od początku niepodległości walce o prawa budżetowe parlamentu, potwierdzeniem zaś tej tendencji stała się praktyka II połowy lat trzydziestych, kiedy kontrola nad gospodarką finansową państwa stawała się, wraz z rozbudową puli wydatków pozabudżetowych, coraz bardziej iluzoryczna.

Reasumując, kierunek przemian zachodzących w polskim prawie budżetowym i praktyczna realizacja polityki budżetowej całego okresu międzywojennego w połączeniu z utrzymującym się i nigdy nieusuniętym brakiem całościowej regulacji zasad prawa budżetowego wpływały zdecydowanie negatywnie na możliwość sprawowania przez parlament konstytucyjnie zagwarantowanej kontroli budżetowej. Mimo że do końca okresu międzywojennego formalnie była ona wykonywana, a dowodem tego były kolejne sesje budżetowe oraz składane przez Najwyższą Izbę Kontroli sprawozdania z badania zamknięć rachunków państwowych, należy uznać, że w omawianym okresie prawo to nie było w pełni realizowane. Konstatacja ta musi dotyczyć zarówno okresu rządów sanacji, jak i przynajmniej kilku pierwszych lat niepodległego bytu państwa polskiego.

SUMMARY


of the article:

Parliamentary Control of the Budget in the Light of the Evolution of Budgetary Law in the Second Republic of Poland

Parliament's right to adopt the state budget and to control its implementation was included in all legislative acts on which the system of government of the reborn Poland was based. But it is hard to say that all those guarantees were observed in practice. This argument is justified both in relation to Poland under the rule of the democratic Constitution of March 1921, and the Constitution of April 1935 which originally departed from the principle of separation of powers. Despite various reasons and extent of the problem, its essence remained deeply embedded in the existing economic and political conditions.

Certainly there was no real control of the legislative power over taxation during the first years of independence, when parliament did not adopt the budgets understood as a predefined plan of income and expenditure for the state. The situation in this respect was slightly better during the stabilization reform of the Prime Minister Władysław Grabski, but in this case the powers of parliament were visibly reduced by extensive powers of the Minister of Treasury resulting from consecutive tax laws. The autonomy of parliament in creating the state budget was reduced again by the August 1926 Amendment and the practice of budgetary law-making in the period of its duration. Even if the April Constitution, adopted in controversial circumstances, contained provisions on the parliamentary budget control, it clearly declared superiority of the government in matters relating to state finances.

The trend of changes in Polish budgetary law and fiscal practices throughout the interwar period, combined with the continuing lack of comprehensive regulation of the principles of budgetary law, influenced negatively on a full implementation of the constitutionally guaranteed of budgetary control by parliament. Although it was formally implemented, it should be stressed that in most of the period the law was not fully realized. This observation relates to the period of Sanation and at least the first few years of an independent Polish state.



OPINIE, GLOSZY, RECENZJE, NOTY, VARIA

A. OPINIE

W SPRAWIE PROJEKTU USTAWY O ZWIĄZKACH PARTNERSKICH

1*

Przedmiotem opinii jest ocena zgodności z art. 18 Konstytucji dwóch poselskich projektów ustaw: o związkach partnerskich oraz Przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich, skierowanych przez marszałek Sejmu do Komisji Ustawodawczej (w trybie art. 34 ust. 8 regulaminu Sejmu), w związku z zasygnalizowanymi przez Biuro Legislacyjne wątpliwościami co do ich konstytucyjności.

PRZEDMIOT REGULACJI OPINIOWANYCH PROJEKTÓW

1. Projekt ustawy o związkach partnerskich

Pierwsza z projektowanych ustaw określa „zasady zawierania i ustania związku partnerskiego oraz praw i obowiązków partnerów w związku partnerskim” (art. 1). Projekt zawiera legalną definicję „partnera” jako osoby, pozostającej w związku partnerskim (art. 2), który ma przyjąć formę zinstytucjonalizowaną, związku „dwu osób”, poczynając od trybu jego zawarcia. Podstawowa metoda polegać ma na złożeniu przez dwie osoby, jednocześnie obecne, przed kierownikiem urzędu stanu cywilnego (a w przypadku obywateli polskich przebywających za granicą również przed polskim konsulem) oświadczenia, że wstępują ze sobą w związek partnerski, powtarzając treść oświadczenia, odczytując je na głos bądź (w przypadku osoby niemogącej mówić) podpisując akt związku partnerskiego (art. 3 ust. 1 i 2).

* Opinia została napisana 31 maja 2012 r. (przyp. red.).

Projekt wymaga (nieprecyzyjnie) złożenia lub przedstawienia kierownikowi USC dokumentów niezbędnych do zawarcia związku, z możliwością sądowego zwolnienia od tego obowiązku, jeśli napotyka to trudne do przewyciężenia przeszkody (ust. 3), przy miesięcznym „odroczeniu” terminu zawarcia związku (ust. 4) oraz uprawnieniu kierownika USC do odmowy przyjęcia oświadczeń o wstąpieniu w związek partnerski, w przypadku powzięcia wiadomości o istnieniu okoliczności wyłączającej jego zawarcie, w razie wątpliwości po rozstrzygnięciu sądu (ust. 5). Projekt przewiduje swoistą *actio popularis* w postaci prawa każdego, kto ma w tym interes prawny, do wystąpienia z powództwem o ustalenie nieistnienia związku partnerskiego, jeżeli akt związku został sporządzony mimo niezachowania wymienionych wymogów ustawowych (art. 4).

Ustawa w negatywny sposób określa kwalifikacje prawne niezbędne do zawarcia związku partnerskiego, stanowiąc, iż nie może tego uczynić: osoba niepełnoletnia, ubezwłasnowolniona całkowicie lub częściowo (jeżeli tak wynika z orzeczenia sądu); pozostająca z osobą, z którą związek partnerski miałby być zawarty, w relacji pokrewieństwa w linii prostej albo bocznej do czwartego stopnia, albo w relacji przysposobienia, a także pozostająca w związku małżeńskim lub partnerskim (art. 5 ust. 1). W przypadku zaistnienia takich przeszkód, każdy, kto ma w tym interes prawny, a także prokurator, może żądać unieważnienia związku partnerskiego (ust. 2). Analogiczne uprawnienie służy temu z partnerów, którego oświadczenie o zawarciu związku było dotknięte wadą, a „ponadto prokurator może żądać unieważnienia związku partnerskiego zawartego dla pozorów” (ust. 3). Projekt wyklucza żądanie unieważnienia związku partnerskiego, jeżeli „ustała przesłanka do jego unieważnienia” albo ustał sam związek, chyba że chodzi o pokrewieństwo bądź pozostawanie w zawartym poprzednio związku małżeńskim albo partnerskim (ust. 4 i 5). W świetle projektu, partnerzy mają mieć równe prawa i obowiązki w związku partnerskim, udzielać sobie wzajemnej pomocy i wsparcia, a także dbać o utrzymanie więzi pożycia (art. 6). Pomijając szczegóły unormowania zwykłego zarządu (art. 7), z reguły solidarną odpowiedzialność za zobowiązania zaciągnięte przez jednego z partnerów (art. 8 ust. 2 i 3) czy możliwość ustanowienia wspólności majątkowej przez umowę zawartą w formie aktu notarialnego (art. 9 ust. 1 i 2), w kompleksie praw i powinności w sferze majątkowej projekt przyjmuje regułę, iż obaj partnerzy obowiązani są, każdy według swych sił oraz swych możliwości zarobkowych i majątkowych, przyczyniać się do zaspokajania potrzeb gospodarstwa domowego, które przez swój związek założyli (art. 8 ust. 1).

Projekt ustawy przewiduje trojaki sposób ustania związku partnerskiego:

— po pierwsze, *ex lege* w przypadku śmierci jednego z partnerów albo uznania go za zmarłego, w tym ostatnim z chwilą oznaczoną w orzeczeniu o uznaniu za zmarłego jako chwila śmierci (art. 10);

— po drugie, poprzez oświadczenie o rozwiązaniu związku partnerskiego, złożone przez partnerów jednocześnie obecnych przed kierownikiem USC (art. 11 ust. 1);

— po trzecie, przez sąd wyrokiem orzekającym o rozwiązaniu związku partnerskiego, na żądanie partnera, jeżeli trwale i nieodwracalnie ustały wszystkie więzi pożycia; w tym ostatnim możliwe jest orzeczenie sądu, na zgodny wniosek obu partnerów, o podziale majątku wspólnego (art. 11 ust. 2 i 3).

Projekt przewiduje też uprawnienia alimentacyjne, jeżeli w wyniku rozwiązania związku partnerskiego sytuacja życiowa jednego z partnerów uległa znacznemu pogorszeniu, przy czym dostarczanie środków niezbędnych na utrzymanie jest ograniczone do maksimum trzech lat od rozwiązania związku (a wcześniej wygasa w razie zawarcia przez tego partnera nowego związku partnerskiego albo małżeństwa), z uwzględnieniem możliwości zarobkowych i majątkowych obowiązanego oraz zasad współżycia społecznego (art. 12 ust. 1 i 3). Zależnie od okoliczności obowiązek alimentacyjny może mieć postać jednorazowego przysporzenia w pieniądzu lub innych składnikach majątkowych (ust. 2.), a do obowiązku tego między byłymi partnerami stosuje się odpowiednio przepisy o obowiązku alimentacyjnym między krewnymi (ust. 4).

Określenie terminów i zasad wejścia ustawy w życie należy do odrębnej ustawy — Przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich (art. 13).

2. Projekt ustawy — Przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich

Regulację komplementarną do omówionego projektu stanowi projekt ustawy Przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich. Zgodnie z objaśnieniem zawartym w przypisie do projektu tej ustawy, określającym jej zakres przedmiotowy, opiniowaną ustawą zmienia się cały szereg ustaw, obowiązujących obecnie w polskim systemie prawnym¹.

¹ Mianowicie: ustawę z dnia 24 marca 1920 r. o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, ustawę z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych, ustawę z dnia 14 czerwca 1960 r. — Kodeks postępowania administracyjnego, ustawę z dnia 15 lutego 1962 r. o obywatelstwie polskim, ustawę z dnia 25 lutego 1964 r. — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, ustawę z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny, ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. — Kodeks postępowania cywilnego, ustawę z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, ustawę z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 20 maja 1971 r. — Kodeks wykroczeń, ustawę z dnia 16 grudnia 1972 r. o odszkodowaniach przysługujących w razie wypadków i chorób pozostających w związku ze służbą w Policji, ustawę z dnia 29 maja 1974 r. o zaopatrzeniu inwalidów wojennych i wojskowych oraz ich rodzin, ustawę z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy, ustawę z dnia 17 grudnia 1974 r. o uposażeniu żołnierzy niezawodowych, ustawę z dnia 31 lipca 1981 r. o wynagrodzeniu osób zajmujących kierownicze stanowiska państwowe, ustawę z dnia 26 stycznia 1982 r. Karta Nauczyciela, ustawę z dnia 26 maja 1982 r. Prawo o adwokaturze, ustawę z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, ustawę z dnia 16 września 1982 r. — Prawo spółdzielcze, ustawę z dnia 16 września 1982 r. o pracownikach urzędów państwowych, ustawę z dnia 28 lipca 1983 r. o podatku od spadków i darowizn, ustawę z dnia 13 lutego 1984 r. o funkcjach konsulów Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 29 września 1986 r. — Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawę z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym, ustawę z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, ustawę z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, ustawę z dnia 20 grudnia 1990 r. o ubezpieczeniu społecznym rolników, ustawę z dnia 24 stycznia 1991 r. o kombatantach oraz niektórych osobach będących ofiarami represji wojennych i okresu powojennego, ustawę z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, ustawę z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego, ustawę z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawę z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej, ustawę z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty, ustawę z dnia 28 września 1991 r. o lasach, ustawę z dnia 21 grudnia 1991 r. o zawodzie lekarza weterynarii i izbach lekarsko-weterynaryjnych, ustawę z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, ustawę z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych, ustawę z dnia 10 grudnia 1993 r. o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych oraz ich rodzin, ustawę z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, ustawę

z dnia 18 lutego 1994 r. o zaopatrzeniu emerytalnym funkcjonariuszy Policji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służby Kontrwywiadu Wojskowego, Służby Wywiadu Wojskowego, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Straży Granicznej, Biura Ochrony Rządu, Państwowej Straży Pożarnej i Służby Więziennej oraz ich rodzin, ustawę z dnia 7 lipca 1994 r. o gwarantowanych przez Skarb Państwa ubezpieczeniach eksportowych, ustawę z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego, ustawę z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, ustawę z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej, ustawę z dnia 26 października 1995 r. o niektórych formach popierania budownictwa mieszkaniowego, ustawę z dnia 14 grudnia 1995 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych, ustawę z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ustawę z dnia 30 maja 1996 r. o uposażeniu byłego Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 5 lipca 1996 r. o doradztwie podatkowym, ustawę z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza denty, ustawę z dnia 8 maja 1997 r. o poleceniach i gwarancjach udzielanych przez Skarb Państwa oraz niektóre osoby prawne, ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny, ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks postępowania karnego, ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. — Kodeks karny wykonawczy, ustawę z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych, ustawę z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, ustawę z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, ustawę z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Ordynacja podatkowa, ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. — Prawo bankowe, ustawę z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym, ustawę z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa, ustawę z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, ustawę z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych, ustawę z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa, ustawę z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej, ustawę z dnia 15 września 2000 r. — Kodeks spółek handlowych, ustawę z dnia 26 października 2000 r. o giełdach towarowych, ustawę z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, ustawę z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o zasadach zbywania mieszkań będących własnością przedsiębiorstw państwowych, niektórych spółek handlowych z udziałem Skarbu Państwa, państwowych osób prawnych oraz niektórych mieszkań będących własnością Skarbu Państwa, ustawę z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządzie zawodowym architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów, ustawę z dnia 16 marca 2001 r. o Biurze Ochrony Rządu, ustawę z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych, ustawę z dnia 26 kwietnia 2001 r. o rentach strukturalnych w rolnictwie, ustawę z dnia 11 maja 2001 r. Prawo o miarach, ustawę z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów, ustawę z dnia 21 czerwca 2001 r. o dodatkach mieszkaniowych, ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. o diagnostyce laboratoryjnej, ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej, ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawę z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych, ustawę z dnia 24 sierpnia 2001 r. — Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, ustawę z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, ustawę z dnia 30 sierpnia 2002 r. — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, ustawę z dnia 30 października 2002 r. o ubezpieczeniu społecznym z tytułu wypadków przy pracy i chorób zawodowych, ustawę z dnia 30 października 2002 r. o zaopatrzeniu w tytułu wypadków lub chorób zawodowych powstałych w szczególnych okolicznościach, ustawę z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, ustawę z dnia 28 lutego 2003 r. — Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawę z dnia 11 kwietnia 2003 r. o świadczeniach odszkodowawczych przysługujących w razie wypadków i chorób pozostających w związku ze służbą wojskową, ustawę z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i wolontariacie, ustawę z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, ustawę z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, ustawę z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach, ustawę z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych, ustawę z dnia 28 listopada 2003 r. o służbie zastępczej, ustawę z dnia 28 listopada 2003 r. o świadczeniach rodzinnych, ustawę z dnia 28 listopada 2003 r. o wspieraniu rozwoju obszarów wiejskich ze środków pochodzących z Sekcji Gwarancji Europejskiego Funduszu Orientacji i Gwarancji Rolnej, ustawę z dnia 18 grudnia 2003 r. o krajowym systemie ewidencji producentów, ewidencji gospodarstw rolnych oraz ewidencji wniosków o przyznanie płatności, ustawę z dnia

—>

Sens normatywny postulowanych zmian, których bliższe przytaczanie lub charakteryzowanie jest całkowicie zbędne, sprowadza się do uzupełnienia poszczególnych, niejednokrotnie rozbudowanych przepisów 154 (stu pięćdziesięciu czterech) ustaw, traktujących w dotychczasowym brzmieniu o małżeństwie, związku małżeńskim bądź małżonkach, odpowiednimi postanowieniami o związku partnerskim bądź partnerze (partnerach), w pełni zrównującymi status tych instytucji i osób (por. art. 2–154 projektu). Novum normatywne w szczególności ma polegać na zaliczeniu partnera (partnerów) do kategorii osób bliskich bądź najbliższych oraz na wyposażeniu związku partnerskiego w analogiczne, a nawet identyczne konsekwencje prawne jak w związku małżeńskim, tak w sferze szeroko rozumianych praw cywilnych (w tym osobowych

29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych, ustawę z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej, ustawę z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody, ustawę z dnia 20 kwietnia 2004 r. o pracowniczych programach emerytalnych, ustawę z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, ustawę z dnia 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych, ustawę z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, ustawę z dnia 30 lipca 2004 r. o uposażeniu posłów do Parlamentu Europejskiego wybranych w Rzeczypospolitej Polskiej, ustawę z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych, ustawę z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ustawę z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, ustawę z dnia 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, ustawę z dnia 7 lipca 2005 r. o państwowej kompensacie przysługującej ofiarom niektórych przestępstw, ustawę z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa, ustawę z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym, ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, ustawę z dnia 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych, ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym, ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, ustawę z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, ustawę z dnia 14 lipca 2006 r. o wjeździe na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobycie oraz wyjeździe z tego terytorium obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej i członków ich rodzin, ustawę z 7 września 2007 r. o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, ustawę z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, ustawę z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta, ustawę z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej, ustawę z dnia 21 listopada 2008 r. o pracownikach samorządowych, ustawę z dnia 21 listopada 2008 r. o emeryturach kapitałowych, ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o emeryturach pomostowych, ustawę z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie, ustawę z dnia 23 stycznia 2009 r. o Krajowej Szkole Sądownictwa i Prokuratury, ustawę z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym, ustawę z dnia 22 maja 2009 r. o nauczycielskich świadczeniach kompensacyjnych, ustawę z dnia 27 sierpnia 2009 r. o Służbie Celnej, ustawę z dnia 6 listopada 2008 r. o akredytacji w ochronie zdrowia, ustawę z dnia 2 grudnia 2009 r. o izbach lekarskich, ustawę z dnia 9 kwietnia 2010 r. o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych, ustawę z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej, ustawę z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki, ustawę z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych, ustawę z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk, ustawę z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Badań i Rozwoju, ustawę z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Narodowym Centrum Nauki, ustawę z dnia 24 września 2010 r. o ewidencji ludności, ustawę z dnia 5 stycznia 2011 r. Kodeks wyborczy, ustawę z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe, ustawę z dnia 12 maja 2011 r. o Krajowej Radzie Sądownictwa, ustawę z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, ustawę z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych, ustawę z dnia 15 lipca 2011 r. o zawodach pielęgniarki i położnej.

i spadkowych), rodzinnych, pracowniczych, jak i na gruncie prawa ustrojowego, administracyjnego czy karnego *sensu largo*. Projekt przewiduje wejście w życie zarówno ustawy o związkach partnerskich (art. 1), jak i ustawy wprowadzającej z dniem 1 stycznia 2013 r. (art. 159), przy czym dotychczasowe przepisy wykonawcze, wydane na podstawie czterech nowelizowanych ustaw, mają zachować moc do czasu wejścia w życie aktów wykonawczych wydanych na podstawie upoważnień ustawowych w brzmieniu nadanym tą ustawą, jednak nie dłużej niż przez okres 6 miesięcy od dnia jej wejścia w życie (art. 155–158).

ANALIZA KONSTYTUCYJNA OPINIOWANYCH PROJEKTÓW

1. Argumentacja uzasadnienia

Obszerne uzasadnienie pierwszego projektu odwołuje się do kilku kategorii argumentów ujętych jako: społeczne tło projektowanej ustawy (s. 1); cel wprowadzenia ustawy (s. 1–5); dotychczasowe projekty (s. 6); przegląd podobnych rozwiązań zagranicznych (s. 7–11); związki partnerskie jako konsekwencja wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (s. 11–13); dokumenty międzynarodowe (s. 13–14); sądownictwo w Polsce (s. 14–16); krajowe akty prawne (s. 16); związki nieformalne w prawie polskim (s. 16–21); społeczne skutki wprowadzenia związków partnerskich (s. 21–24); analiza potrzeb społecznych, czyli badania ankietowe (s. 24–27); zmiany projektowane w ustawie (s. 28–34); ocena skutków regulacji (s. 34–36) oraz opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej (s. 36).

Pośród rozlicznych argumentów należy podkreślić, że wolnych od populistycznych uproszczeń — mimo iż dotyczą nader kontrowersyjnej materii — uzasadnienie formułuje też kilka odniesień do obowiązującej Konstytucji RP, w szczególności stwierdzając, iż w Polsce możliwość zawarcia małżeństwa ograniczona jest dla par osób różnej płci, z powołaniem na art. 18 Konstytucji (s. 1). Jest to konstatacja bezspornie trafna. Jako podstawowe założenie projektu wskazano następującą tezę: „Rzeczpospolita Polska, stojąc na gruncie poszanowania równych praw i zasady niedyskryminacji z jakichkolwiek przyczyn, uznaje konieczność uregulowania materii o istotnym znaczeniu dla osób żyjących w związkach pozamałżeńskich” (s. 3). Od razu należy zaznaczyć, że teza ta nie jest uzasadniona. Chociaż bowiem, istotnie, wszelkie przejawy dyskryminacji są konstytucyjnie wykluczone (art. 32 ust. 2), przytoczona teza nie ma wyraźnego oparcia normatywnego, socjologicznego ani politycznego. Zakładane „uznanie” państwowe wskazanej „konieczności” normodawczej nie jest poparte żadnym argumentem, odnoszącym się czy to do polityki państwa, czy miarodajnych badań opinii publicznej. Uregulowanie zatem sytuacji („materii”) osób żyjących w związkach pozamałżeńskich, jakkolwiek może być celowe czy potrzebne, nie jest niezbędne dla realizacji norm obowiązującej Konstytucji RP.

Uzasadnienie konstatuje natomiast zasadnie, iż w obecnym stanie prawnym „brak jest jakichkolwiek rozwiązań ustawowych dla par jedнопłciowych, które stanowią związki nieformalne i «prawnie indyferentne»”, przy czym ocenia, iż „w nieco lepszej sytuacji są pary różnopłciowe, które mogą obecnie wybierać między dwiema możli-

wościami: małżeństwem oraz wspólnym pożyciem”. Zdaniem wnioskodawców, „takie zróżnicowanie sytuacji prawnej stoi w sprzeczności z art. 32 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który zakazuje dyskryminacji m.in. w życiu społecznym z jakiegokolwiek przyczyny, a więc także ze względu na płeć i orientację seksualną osób tworzących taki związek”. Skoro podstawową konsekwencją zasady równości jest zakaz dyskryminacji, czyli wprowadzania różnicowań o nieuzasadnionym charakterze, to „nie ma jakiegokolwiek uzasadnienia dla zasygnalizowanych wyżej fundamentalnych różnic pomiędzy parami jedнопłciowymi, tworzonymi przez lesbijki, gejów i osoby biseksualne, a parami różнопłciowymi, tworzonymi w przytłaczającej większości przez osoby heteroseksualne” (s. 4–5). Rzeczywiście argument ten dotyczy podstawowego zagadnienia, czy brak jest podstaw dla różnicowania sytuacji prawnej, w tym konkretnych uprawnień osób stanowiących pary jedno- i różнопłciowe.

Zdaniem opiniującego, konstytucyjnie wyróżniona pozycja małżeństwa jako związku heteroseksualnego, w kontekście wartości rodzicielstwa i rodziny wskazuje jednak na relewantne kryterium prawne mogące stanowić adekwatną podstawę zróżnicowania, jakkolwiek nie we wszystkich sferach, ale z pewnością w obszarze prawa rodzinnego (o czym w dalszej części opinii). Z pewnością bowiem, pomijając nawet uwarunkowania natury etycznej, stabilizacja (heteroseksualnego) związku małżeńskiego, stanowiąca jego konstytutywny element, wraz z niezmiernie społecznie doniosłą funkcją prokreacyjną i uwzględnieniem dobra dziecka oraz rodziny, stanowią podstawowe wartości prawne, fundamenty unormowania kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, respektowane także na gruncie konstytucyjnym. Toteż kolejna uwaga w uzasadnieniu, iż brak instytucjonalizacji związków osób tej samej płci „stanowi przejaw dyskryminacji dużej części społeczeństwa przez ustawodawcę i narusza społecznie przyjętą zasadę tolerancji” (s. 5), nie jest udowodniona, zwłaszcza że wnioskodawcy zauważają realistycznie, iż „wyzwaniem dla ustawodawcy są obyczajowe kulturowo zakorzenione opory przed taką legislacją” (s. 4). Wskazane opory mają zapewne różne natężenie: mniejsze dotyczą nieformalnych związków osób różnej płci, w praktyce niejednokrotnie funkcjonujących w analogiczny sposób jak rodzina oparta na związku małżeńskim, większe natomiast dotyczą związków osób jednej płci. Te ostatnie istotnie spotykają się nie tylko ze zrozumieniem i życzliwością osób o orientacji heteroseksualnej, ale też często z mniejszym zrozumieniem, przejawami nietolerancji i dezaprobaty, graniczącymi w skrajnych przypadkach z otwartą wrogością. Nie należy jednak zapoznawać charakteru tych zjawisk, które nie są przejawami dyskryminacji uwarunkowanej prawnie, ale postaw niezależnych od obowiązującego prawa pozytywnego, wywodzonych z zakorzenionych przekonań, tradycyjnych i mających silny wymiar moralny oraz najczęściej religijny. Opiniujący wyraża pogląd, iż przewyżczenie takich postaw, w duchu otwartości, wzajemnego zrozumienia, szacunku i tolerancji wymaga przemian kulturowych, a nie ingerencji prawnych, w szczególności w postaci proponowanych ustaw, rodzących poważne zastrzeżenia co do ich zgodności z konstytucją.

Uzasadnienie podnosi ponadto, iż stabilna linia orzecznicza Sądu Najwyższego przyjmująca, że „immanentną cechą wspólnego pożycia (konkubinatu) jest zróżnico-

wanie płciowe pozostających w nim osób”, ukształtowała się na długo przed rozpoczęciem prac nad Konstytucją RP z 1997 r., przewidującą szczególną pozycję i ochronę instytucji małżeństwa, oraz nie miała żadnego związku z ochroną małżeństwa (ani ochroną jakiegokolwiek innego dobra), do czego Sąd Najwyższy odwołuje się obecnie jako do normy wynikającej z art. 18 Konstytucji (s. 14–15). Argument ten nie ma jednak istotnego znaczenia, jeśli chodzi o opiniowany problem, choć wskazuje na pewną ugruntowaną koncepcję traktowania konkubinatu, jako związku podobnego do małżeństwa, przynajmniej pod względem kryterium płci.

Wnioskodawcy, kwalifikując istniejący w Polsce stan prawny jako „model niezarejestrowanego konkubinatu” (s. 19), uznają, iż ustawodawca (pomimo przyznanej małżeństwu ochrony konstytucyjnej) „nie zawahał się zrównać z nimi w prawach związków całkowicie nieformalnych, pozbawionych jakichkolwiek cech trwałości”, przy czym „uprawnienia te są dostępne wyłącznie dla osób pozostających w związkach różnopłciowych, co jest bezzasadnym różnicowaniem (nierównym traktowaniem) przez prawo”. A zatem „zmiany postulowane w projektowanej ustawie powinny dać sformalizowanym związkom jednopłciowym wszystkie uprawnienia i obowiązki (ograniczenia), które mają konkubinaty osób różnej płci, trwałość i stabilność związku partnerskiego będzie bowiem większa aniżeli niesformalizowanego pozostawania we wspólnym pożyciu” (s. 20). Odnosząc się do tego, trzeba jednak zauważyć, iż w rzeczywistości ani polski system prawny nie dokonuje na poziomie ustawowym zrównania konkubinatu (heteroseksualnego) z małżeństwem, ani też projekt nie zmierza do zrównania związku partnerskiego z konkubinatem, ale do wyposażenia go w analogiczny status, w tym uprawnienia osób, jak w instytucji małżeństwa (o czym dalej). Zdaniem wnioskodawców, „Państwo ma obowiązek zapewnienia osobom nieheteroseksualnym możliwości rozwoju ich pragnień i starań w tym zakresie, a sformalizowanie związków osób tej samej płci wpłynie na zmniejszenie społecznej stygmatyzacji takich związków” (s. 22). Należy jednak zauważyć, iż przypisywanie państwu obowiązku „sformalizowania związków osób tej samej płci” pozbawione jest realnych i prawnych podstaw.

Najbardziej rozwinięta argumentacja konstytucyjna projektu w jego uzasadnieniu podkreśla, iż regulacja ta „jest adresowana zarówno do osób żyjących w związkach różnopłciowych (osoby heteroseksualne oraz pewna liczba osób biseksualnych), jak i do osób w związkach jednopłciowych (lesbijki, geje oraz pewna liczba osób biseksualnych)”, co „nie narusza przepisów prawa polskiego dotyczących związków małżeńskich, a w szczególności art. 18 Konstytucji RP, który stanowi o małżeństwie jako o związku kobiety i mężczyzny”. Projekt traktuje bowiem związek partnerski jako instytucję „odrębną, o innym niż małżeństwo charakterze i odmiennych skutkach prawnych”, a przy tym „skrupulatnie odróżnia związki partnerskie od małżeństw”. Zasadnicze różnice mają obejmować rezygnację z ceremonialnej formy zawarcia związku (w obecności świadków), wykluczenie przyjęcia nazwiska partnera oraz powstania więzi prawnych pomiędzy partnerem i członkami rodziny drugiego partnera, także

jego dzieckiem (dziećmi), z reguły konsensualny tryb rozwiązania związku partnerskiego oraz brak reguły powstania wspólności majątkowej.

Zdaniem wnioskodawców, konstytucyjne unormowanie małżeństwa nie zawiera „zakazu uregulowania innych niż małżeństwo związków tworzonych przez obywateli”, a konstytucyjnie zapewniona ochrona i opieka nad małżeństwem nie wyłącza (nie zakazuje) „możliwości uregulowania podstawowych kwestii pożycia pozamałżeńskiego, zwłaszcza par jedнопłciowych” ani nie uzasadnia odmowy ochrony innym związkom osób czy ignorowania ich istnienia bądź traktowania za „prawnie indyferentne”. Unormowanie instytucji związku partnerskiego nie pozbawi małżeństwa jego ochrony i szczególnej pozycji ani też „nie zlikwiduje nierównego traktowania związków małżeńskich i wszystkich innych”. Natomiast prawna instytucjonalizacja m.in. „związków jedнопłciowych będzie wypełnieniem innych konstytucyjnych zobowiązań nałożonych na ustawodawcę, jakimi są zasada ochrony i poszanowania godności, równości, prywatności i wolności obywateli. Te konstytucyjne normy są adresowane także do osób nieheteroseksualnych, co kreuje po stronie ustawodawcy konieczność zapewnienia pełnej implementacji przyjętych zasad” (s. 28–29).

Pomijając nieadekwatne odnoszenie przez wnioskodawców do wymogu poszanowania godności, równości, prywatności i wolności jedynie do obywateli (zamiast prawidłowego do ludzi, bez względu na status obywatelstwa), należy jedynie zauważyć, że wskazane w przytoczonym fragmencie uzasadnienia odrębności czy też cechy odróżniające związki partnerskie od małżeństw są w istocie nieliczne i nieistotne. Projekt, ujmowany łącznie ze zmianami systemowymi, wynikającymi z przepisów wprowadzających, w rzeczywistości stwarza znacznie więcej podobieństw tych dwu postaci związków osobowych niż różnic. Natomiast cechy różnicujące obie instytucje, zwłaszcza widoczna większa łatwość w nawiązywaniu i rozwiązywaniu związku partnerskiego, pozwalające na traktowanie go jako swoistego związku na próbę, czasowego czy eksperymentalnego, o mniejszej skali zobowiązań prawnych partnerów mogą czynić go bardziej atrakcyjnym od tradycyjnego związku małżeńskiego w dobie pewnego kryzysu instytucji małżeństwa i rodziny, a przez to jeszcze bardziej deprecjonować małżeństwo i jego znaczenie społeczne. Z pewnością stanowiłoby to działanie niezgodne z konstytucyjną wartością ochrony rodziny, w tym jej trwałości, stanowiącej istotny element polityki prorodzinnej państwa. Wbrew pogładowi wnioskodawców, obecny brak instytucjonalizacji prawnej związków partnerskich nie oznacza braku poszanowania godności, równości, prywatności i wolności osób pozostających w nieformalnych związkach partnerskich.

2. Przedmiot i znaczenie projektowanej regulacji

Wbrew deklaracjom wnioskodawców, zawartym w uzasadnieniu projektu, istota opiniowanej regulacji polega na zrównaniu co do znaczenia prawnego, w tym ochrony prawnej, związków partnerskich z instytucją prawną małżeństwa, nominalnie z zachowaniem odrębności prawnej, a faktycznie z konsekwencjami w postaci całkowitego upodobnienia obu rodzajów związków osób, kreującego obok małżeństwa instytucję semi-małżeństwa. W przypadku wprowadzenia postulowanego unormowa-

nia doszłoby zatem: po pierwsze, do uznania związku partnerskiego za zjawisko a nawet instytucję prawną, a jego powstanie za zdarzenie prawne, wywołujące rozległe skutki prawne; po drugie, do radykalnego rozszerzenia występujących w obecnym systemie prawnym reguł odpowiedniego (lecz ograniczonego) stosowania norm dotyczących małżeństwa do innych form związków ludzi, zwłaszcza do tzw. konkubinatu, czyli faktycznego pożycia dwu osób; po trzecie, w efekcie — do zatarcia w znacznym stopniu granic i sensu prawnego tradycyjnych instytucji małżeństwa i rodziny.

Postulowane unormowanie związków partnerskich w rzeczywistości nie ma i nie może mieć wymiaru wyłącznie prawnego. Podobnie jak inne, a nawet jak większość uregulowań w systemie prawnym, także związki partnerskie w kształcie opiniowanych projektów można i należy postrzegać w szerokim kontekście: społecznym, ekonomicznym, kulturowym, a także etycznym i obyczajowym, pomijając nawet polityczne uwarunkowania procesu prawotwórczego. Przedmiotem zleconej autorowi opinii nie są jednak te uwarunkowania i możliwe konsekwencje, czyli ocena skutków regulacji radykalnej zmiany statusu obecnie istniejących i przyszłych związków partnerskich od postaci zjawiska faktycznego, w zasadzie irrelevantnego prawnie, do postaci skonkretyzowanej instytucji prawnej. Poza zakresem rozważań i ocen pozostaje zatem w szczególności zagadnienie istnienia lub nie oraz stopnia oczekiwania albo tylko przyzwolenia społecznego (szerszego niż w wymiarze zdecydowanie eksponowanych w uzasadnieniu projektu poglądów osobiście i bezpośrednio zainteresowanych osób oraz środowisk) dla postulowanej regulacji, uwarunkowanego dominującym w naszym społeczeństwie systemem przyjmowanych norm moralnych i obyczajowych, jak również analiza wymiaru ekonomicznego, tzn. ewentualnych kosztów związanych z instytucjonalizacją związków partnerskich (zmiany w systemie podatkowym, prawie pracy i ubezpieczeń społecznych, pomocy społecznej itd.). Takie analizy i oceny są jednak niezbędne w toku postępowania ustawodawczego, inicjowanego przez przedmiotowe projekty w celu podjęcia właściwej decyzji prawotwórczej.

3. Konstytucyjna płaszczyzna odniesienia projektów

Zagadnienie podstawowe, warunkujące uruchomienie i dalszy przebieg procedury ustawodawczej, sprowadza się do pytania o zgodność projektów z obowiązującą Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.). W przypadku oceny pozytywnej projekty podlegałyby dalszemu procedowaniu, w razie oceny negatywnej Marszałek Sejmu, po zasięgnięciu opinii Komisji Ustawodawczej, mógłby uznać je za niedopuszczalne (zgodnie z regulaminem Sejmu).

Wstępna analiza treści tych projektów upoważnia do przyjęcia, iż właściwy kontekst normatywny, czyli płaszczyznę odniesienia i oceny ich konstytucyjności, stanowią mogłyby liczne przepisy konstytucji, przede wszystkim normujące zasady ogólne oraz niektóre konkretne kategorie wolności i praw człowieka, a mianowicie art. 18, 31 ust. 3, 32 ust. 1 i 2, 47, 48, 51, 53 ust. 1, 64 ust. 1 i 2, 71, 72 ust. 1. Wskazany katalog wzorców konstytucyjnych ma niejednorodny charakter; niektóre z nich stanowią

podstawę ogólną (art. 31 ust. 3 i art. 32 ust. 1 i 2), inne bezpośrednią i symetryczną treściowo płaszczyznę odniesienia (art. 18, 48, 71 i 72), ale też wzorce o pośrednim lub częściowym tylko zastosowaniu dla kwalifikacji unormowania związków partnerskich (art. 47, 51, 53, 64). Udzielone mi zlecenie opinii precyzuje tylko jeden wzorzec konstytucyjny, art. 18 Konstytucji, w relacji do którego ma być dokonana ocena, aczkolwiek (z uwagi na uzasadnienie projektów) możliwe byłyby odniesienia także do innych norm naszej ustawy zasadniczej.

Treść i konsekwencje normatywne art. 18 Konstytucji, uznającego za małżeństwo związek kobiety i mężczyzny, czyli związek heteroseksualny, różnopłciowy są ewidentne. Konstytucja nie wprowadziła w tej mierze żadnego novum, w znaczeniu jakiegokolwiek modyfikacji zastanych w momencie jej wejścia w życie przepisów prawnych, zwłaszcza w dziedzinach prawa cywilnego, rodzinnego i opiekuńczego czy prawa o aktach stanu cywilnego. Tak jak dotychczas przyjmuje ona koncepcję heteroseksualnego związku osób dwu płci jako warunek nieodzowny *sine qua non* dla powstania (zawarcia) oraz dalszego istnienia małżeństwa, co wszelako, jak wiadomo, nie stanowi zupełnej definicji małżeństwa ani określenia katalogu jego wszystkich szczegółowych przesłanek faktycznych i prawnych, ustalonych na gruncie kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Uwaga ta nie oznacza jednak, iżby art. 18 Konstytucji był pozbawiony znaczenia jurydycznego, wprost przeciwnie, potwierdza on, ale i z racji najwyższej mocy prawnej norm konstytucji stabilizuje (petryfikuje) ten właśnie heteroseksualny charakter małżeństwa. Konstytucja poddaje ochronie i opiece RP — obok rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa — tylko tak pojmowane małżeństwo.

Na marginesie wypada podnieść, że w przepisie tym można upatrywać pewnej językowej niezręczności, polegającej na wyodrębnieniu „macierzyństwa” i „rodzicielstwa”, podczas gdy pojęcie „rodzicielstwa” jest oczywiście szersze, gdyż zawiera drugi element zbioru, mianowicie — nie mniej doniosłe faktycznie i prawnie — ojcostwo. Usprawiedliwieniem tego jest jednak fakt pewnej historycznie zakorzenionej w społeczeństwie polskim postawy wysokiego wartościowania macierzyństwa, realizowanego jeszcze przed narodzeniem dziecka (w tym okresie piecza matki jest oczywiście niezastępowalna). Problematyka ojcostwa, w tym równości praw i pozycji obojga rodziców, rodząca skomplikowane problemy prawne i faktyczne, pozostaje jednak poza sferą zainteresowania opiniowanych projektów.

Należy jeszcze podkreślić, że w ujęciu konstytucyjnym zjawisko rodzicielstwa, jakkolwiek stanowi naturalny i oczywiście społecznie pożądaný oraz korzystny komponent małżeństwa, nie stanowi nieodzownego, wymaganego czy choćby konstytucyjnie zalecanego stanu. W efekcie nie stanowi ono (rodzicielstwo) definicyjnego elementu małżeństwa, choć w praktyce najczęściej oba zjawiska łączą się, współwystępują. Ergo ani małżeństwa bezdzietne, ani rodzicielstwo poza związkiem formalnym czy rodzicielstwo niepełne (w znaczeniu jego wykonywania przez tylko jednego z rodziców dziecka), ani wreszcie rodzicielstwo wyłącznie prawne a nie biologiczne (ustalone w trybie przysposobienia) nie są konstytucyjnie irrelewantne bądź deprecjowane. Wszystkie te postacie relacji osobowych zawierają się bowiem w kręgu pod-

miotowym objętym normą art. 18 Konstytucji, w przeciwieństwie do związków partnerskich, w ujęciu opiniowanych projektów.

Nie oznacza to jednak, że stopień udzielanej przez państwo ochrony i opieki tym podmiotom musi być identyczny. Jest bowiem zrozumiałe, że innych, tzn. bardziej zaawansowanych (dalej idących) form pomocy będzie potrzebowała rodzina, tworzona przez rodziców i dzieci, niż małżeństwo bezdzietne, a w tej pierwszej grupie rodzina wielodzietna bądź niepełna. Wniosek ten wynika zresztą wprost z art. 71 ust. 1 Konstytucji, stanowiącego, iż państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych.

4. Problem dopuszczalności rozszerzenia zakresu stosowania art. 18 Konstytucji

Rozważenia wymaga zasadniczy problem, czy zapewniona w art. 18 Konstytucji opieka i ochrona państwa dotyczy w szczególności tylko związku małżeńskiego (tak rozumianego, jak to wyżej ustalono), czy także innych, zbliżonych związków osobowych, jak tradycyjnie pojmowany konkubinaty bądź związek partnerski w ujęciu opiniowanych projektów. Należy przyjąć za pewnik, że konstytucja nie wyklucza progresywnego charakteru swego unormowania w obrębie wolności i praw człowieka i obywatela. Przykładem może być zaaprobowane w orzecznictwie TK rozszerzenie poprzez ustawy zwykłe politycznych praw wyborczych na dwa inne, poza gminą (posiadającą status konstytucyjny), szczeble samorządu terytorialnego (notabene ustanowione także wyłącznie ustawą) czy na organy wykonawcze samorządu szczebla podstawowego (bezpośrednie wybory wójta, burmistrza i prezydenta miasta) oraz na wybory do Parlamentu Europejskiego. W przypadku wyborów samorządowych na szczeblu gminy i posłów polskich do Parlamentu Europejskiego rozszerzenie polegało na przyznaniu czynnego prawa wyborczego obywatelom państw Unii Europejskiej, stale zamieszkałym w Polsce. Także prawo dostępu do informacji publicznej zostało przyznane ustawą również innym osobom, nie tylko obywatelom, do których ograniczała przedmiotowe uprawnienia Konstytucja RP.

Z tego punktu widzenia można by twierdzić, iż nie ma przeszkód prawnych natury konstytucyjnej dla ustawowego poszerzenia normy z art. 18 Konstytucji i na takim właśnie założeniu wyraźnie opierają się opiniowane projekty. Uwzględnić należy jednak tę istotną okoliczność, że we wskazanym przepisie ustawy zasadniczej nie chodzi o jedną z wielu kategorii praw podmiotowych (praw człowieka). Przepis ten, zamieszczony w rozdziale I Konstytucji „Rzeczpospolita”, zawierającym szczególne nagromadzenie zasad ustrojowych, posiada ten właśnie pryncypialny charakter, a zarazem postać normy programowej. Jego wartość normatywna jest zatem złożona, zawiera nie tylko uprawnienia wskazanych w nim podmiotów do szczególnej ochrony i opieki ze strony państwa, ale też zobowiązanie państwa, a zwłaszcza wszystkich jego organów, do zapewnienia tej szczególnej, pozytywnie rozumianej protekcji, m.in. właśnie małżeństwu. Ekstrapolacja, polegająca na rozszerzeniu tych powinności państwa poza krąg

wyraźnie wskazanych osób: małżonków, rodziców i członków rodzin, moim zdaniem, nie znajduje podstaw prawnych, także przy zastosowaniu różnych metod wykładni prawa. W rezultacie wolno uznać, iż ustawowa unifikacja instytucji prawnej małżeństwa oraz istniejących i zawieranych w przyszłości związków partnerskich, polegająca na przyznaniu tym związkom tej samej rangi prawnej poprzez ustawę, a w konsekwencji ochrony i opieki prawnej, stanowiłaby unormowanie niezgodne z konstytucją, tak w wymiarze aksjologicznym, jak ściśle normatywnym.

Na marginesie należy wskazać, iż możliwy *prima facie* punkt odniesienia opiniowanych projektów w postaci art. 31 ust. 3 Konstytucji, zawierającego podstawową klauzulę ograniczającą zakres korzystania z konstytucyjnych wolności i praw wraz z zasadą proporcjonalności, w rzeczywistości nie może mieć adekwatnego zastosowania. Projektowane unormowanie ustawowe nie stanowi bowiem ograniczenia, ale wprost przeciwnie: znaczne ilościowe i jakościowe rozszerzenie zakresu praw osób pozostających w ramach sformalizowanego związku partnerskiego w relacji do osób pozostających (jak dotychczas) w związkach nieformalnych. A zatem, używając terminologii z orzecznictwa naszego TK, projektowane unormowanie ustawowe nie jest ani niezgodne, ani zgodne ze wskazanym przepisem Konstytucji RP.

5. Aspekt równości wobec prawa i niedyskryminacji

Niewątpliwie *ratio legis* opiniowanych projektów stanowi wprowadzenie niemal zupełnego zrównania prawnego instytucji związku partnerskiego z instytucją małżeństwa. Jeśli, zdaniem wnioskodawców, ta nowa regulacja prawna miałaby doprowadzić do stanu zgodności systemu prawnego z konstytucją, oznacza to *a contrario*, że obecny stan prawny pozostaje w kolizji z konstytucyjną zasadą równości i niedyskryminacji. Takie właśnie założenie niedwuznacznie wyraża uzasadnienie przytoczonego projektu. Rozpatrując projekt z tego punktu widzenia, należy przypomnieć, iż zasada równości w orzecznictwie polskiego TK nie jest rozumiana jako nakaz prostego i bezwzględnego egalitaryzmu, przeciwnie — konstytucja *implicite* dopuszcza różnicowanie sytuacji prawnej, jednakże pod określonymi warunkami. Właściwe pojmowanie zasady równości nie polega na jej absolutyzowaniu, wykluczającym jakiegokolwiek różnice, jednak różnicowanie sytuacji prawnej podobnych podmiotów zawsze musi być uzasadnione i usprawiedliwione. Wypracowane w orzecznictwie TK kryteria podkreślają, iż wszelkie odstępstwa od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych muszą zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonywających argumentach. Argumenty te muszą być relewantne, tj. pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, służyć ich realizacji i mieć racjonalne uzasadnienie. Nadto powinny być operatywne, czyli umożliwiające organom stosującym dane kryterium przy dokonywaniu rozstrzygnięć ustalenie jego spełnienia przez podmioty, a także proporcjonalne, co oznacza, że waga interesu, któremu ma służyć różnicowanie sytuacji adresatów, musi pozostawać we właściwej proporcji do wagi interesów, które zostaną naruszone w wyniku nierównego potraktowania podmiotów podobnych. Wreszcie, odmienne potraktowanie podmiotów powinno być związane z innymi wartościami, zasadami czy normami konstytucyjnymi, zwłaszcza z zasadą sprawiedliwości społecznej.

Sedno problemu polega więc na tym, czy fakt pozostawania (lub nie) w związku małżeńskim jest cechą istotną, relewantnym i niearbitralnym kryterium, usprawiedliwiającym dopuszczalność różnicowania sytuacji prawnej osób małżonków względem innych osób, związanych nawet analogicznymi więzami jak małżeństwo (w sferze uczuciowej, w sferze pożycia i gospodarczej), z wyjątkiem jednak małżeńskiego węzła prawnego. Odpowiedź, zdaniem opiniującego, jest jednoznacznie twierdząca. Małżeństwo jako instytucja prawna ma tradycję i doświadczenia kilku tysięcy lat, poczynając od prawa antycznego po czasy współczesne. Nie ma żadnych powodów do twierdzenia, że instytucja ta powinna ulegać deprecjacji prawnej, gdyż jest (jakoby) anachroniczna i nieużyteczna bądź wymaga zastąpienia albo też rozszerzenia na inne podmioty i związki osób. Szczególna rola małżeństwa wzrasta jeszcze w kontekście wartości rodziny i rodzicielstwa, z którymi małżeństwo jest istotnie oraz integralnie powiązane, choć nie bezwyjątkowo, co wskazano we wcześniejszej części opinii.

Wypada podkreślić, iż wnioskodawcy w projektowanym uregulowaniu stawiają na równi związki partnerskie różno- i jednopłciowe, akcentując, że ograniczenie się ustawodawcy wyłącznie do tych drugich osób stanowiłoby niedopuszczalną dyskryminację tych pierwszych. Jakkolwiek zrozumiała jest troska o eliminację dyskryminacji i różnych form wykluczenia społecznego ze względu na kryterium orientacji seksualnej, nie jest tak, iż kryterium to nie może już mieć obecnie żadnego znaczenia prawnego. Oczywiście, według współczesnych standardów prawnych (także międzynarodowych i europejskich), kryterium to nie może mieć absolutnie zastosowania w wielu dziedzinach prawa i obszarach aktywności ludzkiej, poczynając od sfery pracowniczej, przez większość wolności i praw osobistych, uprawnienia polityczne (w tym prawo dostępu do służby publicznej), a także socjalne, aż po obszar szeroko rozumianego prawa sankcyjnego (karnego, dyscyplinarnego). Podobnej uwagi nie da się jednak odnieść w zupełności do dziedziny prawa rodzinnego, w szczególności zaś do kwestii filiacji dziecka oraz praw rodzicielskich. A te właśnie problemy oraz ich konsekwencje w dziedzinie praw i obowiązków wiążą się bezpośrednio z problematyką małżeństwa i rodziny, w tym ich koncepcją i konstrukcją prawną. W konsekwencji także prawa określone w art. 48, 71 i 72 podlegają interpretacji uwzględniającej dotychczasowe, tradycyjne i obecne w naszym systemie prawnym ujęcia instytucji małżeństwa, rodziny i dziecka. Podsumowując, wskazane zróżnicowanie osób należących do związku małżeńskiego oraz osób pozostających wyłącznie w relacji partnerskiej (bez więzi prawnej) nie dotyczy osób znajdujących się w obiektywnie takiej samej sytuacji, nie ma charakteru arbitralnego, nieuzasadnionego i nieproporcjonalnego, a zatem nie stanowi dyskryminacji.

WNIOSKI

W konkluzji przedstawionych rozważań i analiz, za uzasadnione uważam następujące wnioski:

Art. 18 obowiązującej Konstytucji, potwierdzający heteroseksualny charakter małżeństwa, szczególnej ochronie i opiece Rzeczypospolitej poddaje — obok rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa — tylko tak pojmowane małżeństwo. Małżeństwo osób

dwu płci, wraz z niezmiernie doniosłą społecznie funkcją prokreacyjną i uwzględnieniem dobra dziecka oraz rodziny, stanowi fundamentalną wartość prawną, zarówno na gruncie konstytucyjnym, jak i na gruncie unormowań kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Unormowanie art. 18 Konstytucji, rozwinięte w art. 48, 71 i 72 oraz w obowiązującym systemie prawnym na poziomie ustawowym, pozostaje całkowicie spójne z konstytucyjną zasadą równości wobec prawa i niedyskryminacji.

Konstytucja nie umożliwia *implicite* wykreowania w drodze ustawy zwykłej nowej instytucji prawnej, związku partnerskiego, stworzonego bez względu na kryterium płci, analogicznego do małżeństwa pod względem charakteru i znaczenia prawnego oraz korzystającego z analogicznej ochrony i opieki na gruncie systemu prawnego. Progresywny charakter konstytucyjnych wolności i praw nie dopuszcza ekstrapolacji, polegającej na ustawowym rozszerzeniu powinności ochrony i opieki państwa poza krąg wyraźnie wskazanych w art. 18 Konstytucji osób, tzn. małżonków, członków rodzin i rodziców. Opiniowane uregulowanie ustawowe, pomimo zawartej w jego uzasadnieniu argumentacji, nasuwa więc poważne wątpliwości co do ich zgodności z konstytucją, zwłaszcza z art. 18 (w zw. z art. 71 ust. 1). Uregulowanie ustawowe instytucji związku partnerskiego w postaci proponowanej przez opiniowane projekty (semi-małżeństwa) stanowiłoby nie tylko działanie *in fraudem lege fundamentale*, ale też w zakresie związku tworzonego bez względu na kryterium płci unormowanie *contra legem*, czyli niezgodne z konstytucją.

Przytoczona argumentacja uzasadnienia projektu upoważnia do wyrażenia opinii, że logiczną i najbardziej oczywistą postacią realizacji prawnej ogółu postulatów wnioskodawców byłoby nie tyle przyjęcie nowej regulacji ustawowej i dokonywanie rozlicznych zmian na poziomie ustawowym, co w pierwszej kolejności konstytucjonalizacja związków partnerskich, na przykład poprzez ich włączenie do treści art. 18 Konstytucji, obok i na równi z małżeństwem, jako korzystających z ochrony i opieki RP. W konsekwencji takiej operacji normatywnej obie postulowane regulacje ustawowe uzyskiwałyby znacznie silniejszą pozycję prawną, wspartą domniemaniem konstytucyjności oraz możliwą pozytywną korelacją z innymi wartościami i normami ustawy zasadniczej. Autor opinii w żadnym wypadku jednak nie postuluje takiej nowelizacji konstytucji, która stanowiłaby, jego zdaniem zbędną, rewizję systemową, wyrażając zarazem pogląd, iż przewyciężanie spotykanych niekiedy w społeczeństwie polskim postaw dezaprobaty bądź nawet wrogości i agresji wobec związków osób jednej płci wymaga przemian kulturowych i obyczajowych, w duchu otwartości, wzajemnego zrozumienia, szacunku i tolerancji, a nie ingerencji prawnych, w szczególności w postaci proponowanych ustaw.

Dariusz Dudek

2*

1. Przedmiotem opinii jest ocena dopuszczalności prawnej projektów ustaw dotyczących związków partnerskich w świetle art. 18 Konstytucji, który stanowi, że: „Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Przepis ten może być różnie rozumiany.

Możliwe są następujące interpretacje:

a) konstytucja ustala zasadę heteroseksualności małżeństwa jako normę prawną, zapewniając mu ochronę i opiekę;

b) konstytucja nie ustala zasady heteroseksualności małżeństwa, a jedynie deklaruje ochronę i opiekę małżeństw heteroseksualnych, nie wykluczając przez to małżeństw nieheteroseksualnych;

c) konstytucja wyklucza jakiegokolwiek inne związki podobne do małżeństwa lub równe mu pod względem statusu prawnego, w szczególności homoseksualne, ponieważ naruszałoby to szczególny status prawny małżeństw i nie gwarantowałoby im ochrony i opieki;

d) konstytucja nie wyklucza innych związków — w szczególności partnerskich, zorganizowanych na zasadach przewidzianych w przedmiotowych projektach — podobnych do małżeństwa lub równych mu pod względem statusu prawnego, w szczególności homoseksualnych, ponieważ nie naruszałoby to szczególnego statusu prawnego małżeństwa; ochrona i opieka gwarantowana małżeństwom wymaga działań pozytywnych a nie negatywnych, polegających na ograniczaniu lub eliminowaniu związków o innym charakterze.

Wskazane interpretacje znajdują swoje uzasadnienie w tekście Konstytucji RP. Wskazuje to na trafność głoszonego przed wiekami poglądu, że prawo jest sztuką sądownictwa o tym, co dobre i słuszne *ius est ars boni et aequi*. Dylematu wyboru właściwej interpretacji nie da się rozstrzygnąć bez uwzględnienia kontekstu normatywnego, determinującego aksjologię konstytucji i kontekstu kulturowego ustawy zasadniczej. W świetle doktryny nie budzi wątpliwości interpretacja a), w myśl której konstytucja ustala zasadę heteroseksualności małżeństwa¹. Znajduje to także potwierdzenie w dokumentacji prac ustrojodawczych — Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego [dalej: Komisja] nie rozważała innych możliwości, a zwłaszcza nie odnosiła stanowionego przez siebie przepisu do problematyki związków partnerskich, które przed uchwaleniem konstytucji były regulowane w 4 krajach europejskich. W dyskusji podczas obrad Komisji przepis dotyczący małżeństwa rozpatrywano w związku z potrze-

* Opinia została napisana 6 czerwca 2012 r. (przyp. red.).

¹ Tak zwłaszcza L. Garlicki, uwagi do art. 18 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 2; podobnie P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku*, Warszawa 2008, s. 54, a także, *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Wrocław 1998, s. 48.

bą zaznaczenia w konstytucji roli rodziny². Zdaniem P. Winczorka, który brał udział w pracach Komisji jako ekspert, z art. 18 Konstytucji nie wynika, iż istnienie związków osób tej samej płci „jest przez prawo zakazane”³. W. Skrzydło wskazuje jednak, że „wobec sporów i kontrowersji, jakie pojawiły się w toku prac nad Konstytucją, a także w obliczu żądań mniejszości seksualnych domagających się uznania ich praw do zakładania rodziny i zawierania związków małżeńskich, Konstytucja jednoznacznie rozstrzyga tę kwestię, stanowiąc, iż tylko związek kobiety i mężczyzny jest prawnie uznawany przez państwo i tylko taki związek korzysta z ochrony i opieki Rzeczypospolitej”⁴. W orzecznictwie TK wyrażono przekonanie, że „małżeństwo (jako związek kobiety i mężczyzny) uzyskało w prawie krajowym Rzeczypospolitej odrębny status konstytucyjny zdeterminowany postanowieniami art. 18 Konstytucji. Zmiana tego statusu byłaby możliwa jedynie przy zachowaniu rygorów trybu zmiany Konstytucji, określonych w art. 235 Konstytucji”⁵.

W świetle doktryny „ochrona i opieka”, o której mowa w art. 18 Konstytucji, powinna mieć jednoznacznie pozytywny charakter: „państwo, działając przez swoje organy, tak w dziedzinie stanowienia, jak i stosowania prawa, nie dopuszcza do zagrożenia małżeństwa, rodziny, macierzyństwa i rodzicielstwa w sferze ich normalnego funkcjonowania z powodu niemożności znalezienia się w grupie, społeczeństwie i państwie lub z powodu braku dostatecznych środków materialnego utrzymania”⁶.

2. Projekty ustaw⁷, do których odnosi się niniejsza opinia, przewidują regulację związków partnerskich. Polega ona na ustanowieniu instytucji związku partnerskiego i wprowadzeniu w większości obowiązujących ustaw regulujących sytuację małżeństwa odniesień do związku partnerskiego. Wywołuje to wątpliwość w sprawie zgodności tego rodzaju rozwiązania z art. 18 Konstytucji, podniesioną w szczególności przez Biuro Legislacyjne. Chodzi zatem o ustalenie, czy regulacja związków partnerskich zmienia status konstytucyjny małżeństwa w zakresie wymagającym zmiany Konstytucji RP.

Problem konstytucyjnej dopuszczalności regulacji związków partnerskich jest przedmiotem zróżnicowanych ocen prawnych. Z jednej strony, art. 18 Konstytucji jest interpretowany jako przyznanie małżeństwu heteroseksualnemu ochrony i udogodnień, jakie nie przysługują parom, które nie chcą lub nie mogą zawrzeć małżeństwa, a zarazem jako uznanie, że związek osób tej samej płci nie może być małżeństwem ani też nie może być zrównany z małżeństwem. Podobnie związek osób różnej płci, które nie zawarły małżeństwa, nie może wywoływać „takich samych skutków, jakie wywołuje małżeństwo, ani też skutków zbliżonych do skutków małżeństwa”⁸. A za-

² Por. zwłaszcza Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Biuletyn nr XLIV z obrad w dniu 7 marca 1997 r., s. 29 i n.

³ Por. P. Winczorek, dz. cyt., s. 54.

⁴ Tak W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Kraków 2000, s. 30.

⁵ Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt K 18/04.

⁶ Tak J. Boć, dz. cyt., s. 49.

⁷ Projekt ustawy o związkach partnerskich oraz projekt ustawy — Przepisy wprowadzające ustawę o związkach partnerskich.

⁸ Por. uwagi Sądu Najwyższego do poselskiego projektu ustawy i umowie związku partnerskiego, do druku nr 4418 (VI kadencja), s. 10 i powołana tam literatura.

tem w świetle tego poglądu prawna regulacja związków partnerskich i „przyznanie im większości (a tym bardziej wszystkich) przywilejów zastrzeżonych dla małżonków jest niedopuszczalna w świetle art. 18 Konstytucji”⁹. Istnienie małżeństwa jako instytucji konstytucyjnie uprzywilejowanej powodowałoby więc w odniesieniu do praw obywatelskich swoisty „efekt mrozący”, wywołany tym, że ponieważ małżeństwo wymaga ochrony i opieki, to związek inny aniżeli małżeństwo musi stanowić w stosunku do małżeństwa swoisty substandard, nawet gdyby pociągało to za sobą ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych praw i wolności. Ograniczenia te nie miałyby jednak charakteru dyskryminacyjnego, ponieważ byłyby związane z nierównym traktowaniem nierównych kategorii: małżeńskiej i niemałżeńskiej. Nierówność traktowania znajdowałaby uzasadnienie w tym, że małżeństwo jako związek „dożyciowy”¹⁰ spełnia funkcję prokreacyjną, socjalizacyjną i opiekuńczą wobec dzieci¹¹. Jednakże tak argumentując, ignoruje się fakt, że otacza się też ochroną i opieką małżeństwa niezdolne do spełniania owych funkcji, a odmawia się ochrony i opieki związkom, które pełnią te funkcje, nie stanowiąc małżeństw.

W literaturze wskazano na sprzeczność ewentualnej instytucjonalizacji homoseksualnych związków partnerskich z konstytucją¹². Podkreślono także, iż objęcie homoseksualnych związków partnerskich nazwą małżeństwa przekreśla sens tej instytucji¹³, co jest zresztą zbędne, ponieważ brak regulacji nie oznacza dyskryminacji tych związków¹⁴. W literaturze wyrażono pogląd, że chociaż konkubenci (mężczyzna i kobieta) korzystają z ochrony prawnej, ale „nie narusza ona konstytucyjnej ochrony udzielanej małżeństwu”¹⁵, natomiast „pożycie pary płciowo jednorodnej jest zachowaniem uznanym w świetle dominujących wzorców kulturowych za wynaturzenie, które szczególnie zagrażałoby dobru dziecka wychowywanego przez taką parę”¹⁶. W świetle sygnalizowanych stanowisk regulacja związków partnerskich stanowi próbę obejścia konstytucji, a w istocie jest nawet antykonstytucyjna, ponieważ „eskalacja poglądów o równości małżeństw homoseksualnych z heteroseksualnymi”¹⁷ jest sprzeczna z „utrwalonymi w społeczeństwach wartościami, wielowiekową tradycją kultury europejskiej, chrześcijańskiej i innych religii”, stanowi zagrożenie, ponieważ „im więcej będzie homoseksualistów, tym gorsze będą perspektywy przyrostu naturalnego, który gwarantuje rozwój społeczny, gospodarczy, kulturalny i wszelki inny sprzyjają-

⁹ Tamże.

¹⁰ Tamże, s. 8.

¹¹ Tamże.

¹² Por. zwłaszcza B. Banaszkiwicz, *Problem konstytucyjnej oceny instytucjonalizacji związków homoseksualnych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2004, nr 2, s. 386.

¹³ Por. R. Sobański, *Związki partnerskie*, „Forum Iuridicum” 2003, nr 2, s. 226 i n.

¹⁴ Por. przykładowo J. Słyk, *Projekt ustawy o rejestrowanych związkach partnerskich. Analiza proponowanych rozwiązań*, „Jurysta” 2004, nr 2, s. 13.

¹⁵ Por. przykładowo T. Smyczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 11–12, s. 188.

¹⁶ Tamże.

¹⁷ Tak L. Wiśniewski, *Zdanie odrębne, [w:] Orientacja seksualna i tożsamość płciowa. Aspekty prawne i społeczne*, red. R. Wieruszewski, M. Wyrzykowski, Warszawa 2009, s. 157.

cy prawom człowieka”¹⁸, godzi w „dobra gwarantowane prawem międzynarodowym i krajowym, dotyczące ochrony praw człowieka”, skoro art. 16 ust. 1 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka stanowi, że „Mężczyźni i kobiety [...] mają prawo [...] do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny”. Podobnie art. 23 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych uznaje prawo mężczyzn i kobiet do zawarcia małżeństwa. Argumentacja ta oparta jest jednak na założeniu, że przyznanie praw jednym oznacza ich odebranie drugim, nie uwzględnia się z niej także czynnika zmian w kulturze prawnej i związanej z tym zmienności katalogu praw uważanych za naturalne. Zjawiska te zwykle określa się mianem postępu, choć — w zależności od zastosowanych kryteriów — mogą także oznaczać regres.

Z drugiej strony, zdaniem ekspertów w dziedzinie praw człowieka „Każdy ma prawo do założenia rodziny, niezależnie od orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej. Istnieją różnorodne formy rodziny. Żadna rodzina nie może być przedmiotem dyskryminacji ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową któregoś z jej członków”, a państwa powinny „zapewnić, by prawo i polityka uznały różnorodność form rodziny, również i tych, które nie są zdefiniowane poprzez pochodzenie lub małżeństwo”¹⁹. Zarazem też „ochrona wartości rodzinnych nie może abstrahować od innych zasad i wartości konstytucyjnych, zawsze musi więc respektować zasadę godności osoby ludzkiej (art. 30) i być harmonizowana z zasadą wolności człowieka (art. 31 ust. 1–2)”²⁰, a wykluczenie dopuszczalności małżeństwa osób tej samej płci (art. 18 Konstytucji) nie implikuje „dopuszczalności zakazywania czy ograniczania tego typu związków”²¹. Należy podkreślić, że Rada Praw Człowieka ONZ w jednej z rekomendacji dotyczących przestrzegania praw człowieka w Polsce wskazała na potrzebę uregulowania związków jednopłciowych²². Trzeba zatem brać pod uwagę konsekwencje przemian kulturowych i obyczajowych, dostrzegane w prawie różnych krajów, a także w refleksjach nad prawem międzynarodowym, w jego wykładni i stosowaniu w europejskiej jurysprudencji praw człowieka, wreszcie też uwzględniać konsekwencje odkrycia godności człowieka dla polskiej kultury prawnej. W doktrynie znalazł wyraz pogląd, że celem ustawodawcy „powinno być dążenie do takiego stanu, w którym w naszym demokratycznym kraju w pełni będzie respektowana godność człowieka, bez względu na jego orientację seksualną. [...] Nie sposób mówić o poszanowaniu godności osób homoseksualnych w kraju, w którym jednopłciowe związki partnerskie nie są akceptowane”²³. Godność przysługuje przecież każdemu bez względu na orientację seksualną.

Być może, problem udałoby się rozwiązać, odwołując się do imperatywu kategorycznego Immanuela Kanta, według którego należy postępować według takich reguł,

¹⁸ Tamże.

¹⁹ Tak w „Zasadach Yogyakarty” (zasada 24), *Zasady Yogyakarty — charakterystyka dokumentu*, [w:] *Orientacja seksualna i tożsamość płciowa...*, s. 37.

²⁰ Tak L. Garlicki, uwagi do art. 18 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 5.

²¹ Tamże, s. 3.

²² Por. <<http://www.hfhr.pl/rada-praw-czlowieka-onz-przedstawila-rekomendacje-dla-polski>>.

²³ Tak F. Hartwich, *Związki partnerskie. Aspekty prawne*, Warszawa 2011, s. 65.

by mogły stać się one „powszechnym prawem”²⁴. Przeciwnicy regulacji związków partnerskich mogliby zatem wyobrazić sobie, że z woli większości dopuszczalne są jedynie małżeństwa homoseksualne, a związki partnerskie osób heteroseksualnych budzą wątpliwości prawne zdeterminowane kulturowo niepokojem o przeludnienie planety, aczkolwiek relacje heteroseksualne nie stanowią przestępstwa. Na podobnej zasadzie przecież stwierdzamy obecnie, że — z punktu widzenia większości — „prawo gwarantujące przetrwanie ludzkości może być realizowane wyłącznie w drodze prokreacji możliwej dzięki parom heteroseksualnym”. Heteroseksualista traktowałby zapewne prawne preferencje dla homoseksualizmu tak, jak homoseksualista traktuje ustawowe preferencje dla heteroseksualizmu.

Kluczowe znaczenie dla oceny dopuszczalności prawnej projektów ustaw dotyczących związków partnerskich mają ustalenia dotyczące zgodnego z Konstytucją RP sposobu wykładni art. 18 ustawy zasadniczej. Chodzi o odpowiedź na pytanie, czy Konstytucja RP dopuszcza taką wykładnię przepisu art. 18, w której dopuszcza się, że przyznanie pewnych praw jednym oznacza jednocześnie dorozumiane odebranie innych praw drugim, a tym samym uznanie, że nawet jeśli ustawa zasadnicza nie wprowadza ograniczenia praw, to wynika ono z jej milczenia. W razie wątpliwości należy zatem domniemywać, że konstytucja ogranicza wolność, zgodnie z zasadą *in dubio contra libertatem*. Ustalenia te wymagają zarówno sprecyzowania charakteru państwa, jak i charakteru jego ustawy zasadniczej.

Rzeczpospolita jako demokratyczne państwo prawne jest — jak wskazuje TK — ustrojem demokracji konstytucyjnej, stworzonym „w celu uniknięcia — historycznie znanego — doświadczenia. To doświadczenie to zarówno ryzyko, jak i realne niebezpieczeństwo uproszczonego rozumienia demokracji” sprowadzającego ją „głównie, jeśli nie wyłącznie, do wszechwładzy większości parlamentarnej”²⁵. W ustroju demokracji konstytucyjnej rola władzy publicznej nie polega na przekształcaniu mniejszości według wartości uznawanych przez większość stanowiącą polityczne zaplecze władzy. Przeciwnie, mniejszości mają prawo do zachowania i rozwijania własnej tożsamości, a obowiązkiem prawodawcy jest poszanowanie praw mniejszości w granicach konstytucyjnie zdefiniowanej aksjologicznej tożsamości państwa.

W ustroju demokracji konstytucyjnej, od czasów Deklaracji Niepodległości Stanów Zjednoczonych z 1776 r., dążenie do szczęścia — obok prawa do życia i wolności — jest uznawane za jedno z „niezbywalnych praw” człowieka, których zagwarantowanie stanowi naturalny cel władzy legitymowanej przez zgodę rządzonych. W mocy większości w ustroju demokratycznym nie pozostaje jednak określanie, na czym polega szczęście i zmuszanie mniejszości, by stosowała się do większościowej recepty. Niezbywalnym prawem człowieka jest — ze względu na jego godność — prawo do dążenia do szczęścia na swój własny sposób. Prawo to może być ograniczone w zgodzie z Konstytucją RP tylko wtedy, jeżeli jest to konieczne w demokratycznym pań-

²⁴ Por. M. Szyszkowska, *Zarys europejskiej filozofii prawa*, Białystok 2004, s. 156.

²⁵ Tak TK w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt U 4/06.

stwie, a zatem jedynie wówczas, jeżeli istnieją przekonujące dowody, wskazujące na niezbędność tego rodzaju ograniczenia dla dobra wspólnego²⁶.

Ustawodawca nie może w demokratycznym państwie odmawiać nikomu prawa do życia według własnego wyboru, nie zagrażającego innym, ani dobru wspólnemu, tylko dlatego, że pragnie „opóźnić zmiany”, które jego zdaniem „nie są korzystne z punktu widzenia modelu życia rodzinnego uznanego za optymalny”²⁷. Ustawodawca demokratyczny może promować uznany przez siebie za optymalny model życia rodzinnego, ale nie może pozbawiać obywateli prawa do prawnej regulacji życia według ich własnego wyboru, skoro wybór ten jest dozwolony przez prawo i nie stanowi czynu zabronionego pod groźbą kary przez obowiązujące ustawy.

Uznanie w art. 31 ust. 1 Konstytucji zasady wolności człowieka za jedną z zasad ustroju „determinuje sposób rozumienia i stosowania nie tylko przepisów o prawach i wolnościach jednostki, ale też wszelkich innych postanowień konstytucyjnych, określających cele i zadania państwa”²⁸, w tym również ustanowionych w art. 18 Konstytucji. Przepis ten nie może być zatem rozumiany wbrew zasadzie wolności, której jest podporządkowany. Ma on gwarantować wolność małżeństwu, ale nie kosztem wolności zawierania związków o innym charakterze. Zakaz tego rodzaju związków musiałby zostać wyraźnie ustanowiony w Konstytucji RP w taki sposób, jak czyni to ona w odniesieniu do partii politycznych w art. 13, czy też w odniesieniu do zrzeszeń w art. 58 ust. 2. Brak tego rodzaju zakazu w konstytucji nie może zostać uzupełniony w drodze domniemania jego istnienia, opartego na arbitralnym przekonaniu, że nadanie prawnego charakteru innym związkom między ludźmi aniżeli małżeństwo osłabia małżeństwo nawet wtedy, kiedy dotyczy to związków nieheteroseksualnych, które nie mogą stać się małżeństwem korzystającym z ochrony i opieki Rzeczypospolitej w świetle art. 18 Konstytucji. Wykluczenie dopuszczalności prawnej regulacji związków partnerskich wymagałoby zatem zmiany Konstytucji RP, polegającej na wprowadzeniu wyraźnego zakazu tego rodzaju związków. Byłaby to jednak zmiana naruszająca aksjologiczną tożsamość ustawy zasadniczej²⁹.

Obywatele państwa demokratycznego mają prawo do prawa. Nie po to utrzymują ustawodawcę, ażeby ten stwierdzał, że „nie ma obowiązku bezkrytycznego dostosowywania unormowań do oczekiwań określonych grup obywateli”³⁰. Oczekiwania te wynikają przecież ze sposobu życia i rodzaju relacji dozwolonych przez prawo, nie stanowiących przestępstwa. Ustawodawca demokratyczny nie może zatem — skoro relacji tych nie penalizuje — uznawać ich w istocie za „indyferentne prawnie”. W pań-

²⁶ Podobnie na temat ograniczeń prawa do dążenia do szczęścia, D. Bok, *The Politics of Happiness*, Princeton 2010, s. 49.

²⁷ Tak Uwagi Sądu Najwyższego do poselskiego projektu ustawy i umowie związku partnerskiego, do druku nr 4418 (VI kadencja), s. 5.

²⁸ Tak L. Garlicki, uwagi do art. 31, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, t. III, Warszawa 2003, s. 5.

²⁹ Por. R. Piotrowski, *Zagadnienie granic zmiany konstytucji w państwie demokratycznym*, [w:] *Ustroje, doktryny, instytucje polityczne*, red. J. Czajowski, Kraków 2007, s. 275.

³⁰ Tak uwagi Sądu Najwyższego do poselskiego projektu ustawy i umowie związku partnerskiego do druku nr 4418, VI kadencja, s. 5.

stwie demokratycznym ludzie i ich relacje nie są „indyferentni prawnie”, ponieważ współtworzą zbiorowy podmiot władzy. Prawo nie zabrania relacji, także seksualnych, między osobami różnej płci, tak pozostających w małżeństwie, jak i pozamałżeńskich, nie zabrania również stosunków między osobami tej samej płci. Zabronione są jedynie stosunki kazirodczne oraz pedofilia. Relacje o charakterze heteroseksualnym są — w pewnym zakresie — relewantne prawnie, relacje homoseksualne mają status pozaprawny. Skoro prawo ich nie zabrania, to nie może ich ignorować tylko dlatego, że w tych kwestiach większość parlamentarna reprezentuje skłonności heteroseksualne, nie uznając przy tym zachowań nieheteroseksualnych za zabronione przez prawo. W demokratycznym państwie prawnym obywatele mają prawo do tego, co nie jest zabronione przez prawo. Mają więc także prawo do optymalnej regulacji prawnej tego, co nie jest zabronione. W świetle doktryny potraktowanie zasady wolności „jako jednej z podstaw całej aksjologii konstytucyjnej daje wyraz zmianie pojmowania relacji jednostka — władza publiczna i — przy zdecydowanym zerwaniu z kolektywistycznymi koncepcjami porządku społecznego — uznanie służebnej roli państwa (władzy publicznej) wobec wolności jednostki i procesu jej samorealizacji”³¹. Z tej perspektywy zatem art. 18 Konstytucji nie może być rozumiany jako przepis wykluczający prawną regulację związków partnerskich. W świetle art. 31 ust. 1 Konstytucji, stanowiącego, że wolność człowieka podlega ochronie prawnej, na władzach publicznych spoczywa „nakaz podejmowania takich działań i przyjmowania takich uregulowań”³², które tworzą odpowiednie gwarancje proceduralne umożliwiające ochronę wolności. Prawna regulacja związków partnerskich jest rodzajem takich gwarancji.

Istotą aktu nazywanego Konstytucją RP jest promowanie wolności, zgodnie z zasadą *in dubio pro libertate*, a nie odbieranie wolności. Interpretacja Konstytucji RP powinna być podporządkowana tej regule, w przeciwnym razie ustawa zasadnicza straci swoje znaczenie ustrojowe. Zarazem jednak konstytucyjnie dopuszczalne są także ograniczenia wolności ze względu na godność człowieka, w myśl zasady *in dubio pro dignitate*. Współistnienie tych dwóch zasad wyznacza rozumienie wolności w demokratycznym państwie prawnym wiążące ustawodawcę.

Konstytucja RP jest po stronie wartości, po stronie dobra, które wymaga budowania zaufania między ludźmi w czasach nieufności. Związki partnerskie służą budowaniu zaufania stanowiącego podstawę społeczeństwa obywatelskiego, które stanowi fundament państwa. W Polsce brak przesłanek kapitału społecznego, do których należy wzajemne zaufanie ludzi i znaczny udział wolontariatu w populacji czynnych zawodowo³³. Jak zauważa J. Czapiński, „żyjemy ciągle w kulturze zawiści i nieufności. Nie wyruszyliśmy jeszcze w drogę ku społeczeństwu obywatelskiemu”³⁴.

Prawo nie może pozostawać obojętne „w obliczu zmian w społeczeństwie, postępu społecznego”, jak to formułuje preambuła do Karty Praw Podstawowych Unii Eu-

³¹ L. Garlicki, dz. cyt., s. 6.

³² Tamże, s. 11.

³³ *Diagnoza społeczna 2009*, red. J. Czapiński, T. Panek, Warszawa 2009, s. 271.

³⁴ Tamże, s. 345.

ropejskiej. Poglądy zmieniają się w czasie, o czym świadczą choćby losy prawnych regulacji dotyczących kobiet, dzieci, niewolników, innowierców, rdzennych mieszkańców innych kontynentów, chłopów i mieszczan³⁵. Do niedawna w Wielkiej Brytanii karano homoseksualistów, w 2009 r. premier tego kraju Gordon Brown przeproszał³⁶ za to jednego z nich, Alana Turinga, wybitnego matematyka i współtwórcę informatyki, który w 1954 r. popełnił samobójstwo, poddany kastracji chemicznej z powodu przyznania się do homoseksualizmu. Być może — w bliskiej przyszłości — wspomnienia sporów wokół interpretacji art. 18 Konstytucji będą budzić podobne reakcje, jak znane z przeszłości próby korygowania orientacji seksualnej przy zastosowaniu prawa karnego.

Przyjętemu w opinii rozumieniu ustawy zasadniczej odpowiada wyrażony w doktrynie pogląd, zgodnie z którym art. 18 Konstytucji wprowadza bezwzględne wymaganie „heteroseksualnego charakteru małżeństwa” i zakazuje „ustawodawcy zwykłemu nadawania charakteru małżeństwa związkom faktycznym (konkubinatowi) między kobietą a mężczyzną, jak też związkom pomiędzy osobami jednej płci”, przy czym „w żadnym razie jednak nie implikuje to dopuszczalności zakazywania czy ograniczania tego typu związków, bo choćby z zasady godności i wolności człowieka wynika swoboda doboru partnerów i rodzaju związku”³⁷. Należy podkreślić, że art. 18 Konstytucji nie dotyczy zakazu ustanawiania innych związków między ludźmi aniżeli małżeństwo. Opieka i ochrona gwarantowana małżeństwu nie stanowi wartości konstytucyjnej wykluczającej regulację związków partnerskich. Obrona małżeństwa sprowadzona do zakazu związków partnerskich byłaby rodzajem nieproporcjonalnej ingerencji w sferę wolności wyboru sposobu życia, która stanowi podstawę wolności jednostki. Związek tego rodzaju zakazu z ochroną małżeństw i opieką nad nimi jest wątpliwy, ponieważ partnerzy związku homoseksualnego nie mogą zawrzeć małżeństwa, a w przypadku relacji heteroseksualnej małżeństwo zawarte w wyniku oszacowania korzyści trudno uznać za sukces polityki prorodzinnej. Brak więc powiązania między brakiem regulacji dotyczącej związków partnerskich, rozumianym jako ograniczenie wolności, a celem utrzymywania tego stanu, rozumianym jako promocja instytucji małżeństwa.

Należy podkreślić, że w orzecznictwie TK wyrażono przekonanie, że jeśli wprowadzane ograniczenia nie doprowadzą do osiągnięcia zamierzonego celu, to należy rozważyć weryfikację tych ograniczeń i zastąpienie ich mniej uciążliwymi³⁸. Jeżeli zatem brak regulacji związków partnerskich ma wątpliwą przydatność dla ochrony instytucji małżeństwa i opieki nad małżeństwami, to należy rozważyć proporcjonalność utrzymywania tego braku regulacji, równoznacznego z ograniczaniem praw jej potencjalnych beneficjentów. W świetle orzecznictwa TK cechą ograniczeń proporcjonal-

³⁵ Por. przykładowo K. Sójka-Zielińska, *Drogi i bezdroża prawa*, Wrocław 2000.

³⁶ <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/gordon-brown>>.

³⁷ Tak L. Garlicki, uwagi do art. 18 konstytucji, [w]: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Warszawa 2005, s. 3.

³⁸ Tak zwłaszcza w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt K 33/02.

nych jest to, że chronią określone wartości w sposób bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków³⁹. Jeżeli zatem uważamy, że rezygnacja z uregulowania związków partnerskich służy ochronie małżeństwa i opiece nad nim, to przecież cele te można osiągnąć przy zastosowaniu innych środków, mniej uciążliwych dla zainteresowanych.

3. Rozważając znaczenie art. 18 Konstytucji dla oceny dopuszczalności prawnej regulacji związków partnerskich należy uwzględnić rolę jurysprudencki wartości w dziedzinie interpretacji konstytucji w kulturze prawnej demokratycznego państwa prawnego⁴⁰. Konstytucja zawiera klauzule generalne oraz pojęcia, których znaczenie nie zostało w niej sprecyzowane. Znaczenie tych klauzul i pojęć może być ustalone w świetle zasad i wartości zawartych w preambule do konstytucji.

Wstęp do Konstytucji RP⁴¹ wyznacza aksjologiczną tożsamość demokracji konstytucyjnej i określa zasady ustrojowe, w tym takie, które zostały wymienione w tekście konstytucji tylko w preambule (dotyczy to zasady pomocniczości). Zdaniem TK, wprawdzie „istnieją wątpliwości co do normatywnego charakteru preambuły ustawy zasadniczej”, jednak „we wstępie do Konstytucji z 1997 r. zawarta została charakterystyka drogi ustrojowej Polski, wraz z podkreśleniem doświadczeń niepodległościowych i demokratycznych, wskazanie uniwersalnych wartości konstytucyjnych oraz podstawowych zasad organizujących życie wspólnoty państwowej, takich jak: demokracja, poszanowanie praw jednostki, współdziałanie władz, dialog społeczny oraz zasada pomocniczości (subsidiarności)”⁴². Trybunał stwierdził, że „w świetle najnowszej doktryny konstytucjonalistycznej jest to wystarczające do uznania normatywności preambuły Konstytucji”⁴³. W przekonaniu TK „tendencja do normatywizacji wstępu do ustawy zasadniczej jest nieuchronna na gruncie systemu prawa stanowionego, według którego konstytucja jest najwyższym aktem prawnym, o najwyższej mocy obowiązywania, co dotyczy także jej preambuły jako integralnej części Konstytucji”⁴⁴.

W świetle wstępu do Konstytucji RP jej art. 18 nie może być interpretowany jako podstawa wykluczenia związków partnerskich niebędących małżeństwami. Aksjologicznym fundamentem Konstytucji RP jest dobro, którego afirmacja pozostaje także fundamentem zarówno małżeństwa, jak i związku partnerskiego, w którym — jak zauważa kardynał Carlo Maria Martini — „wartością jest trwałość i wierna przyjaźń między dwiema osobami tej samej płci”⁴⁵. A zatem „w świecie współczesnym związków

³⁹ Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt Kp 1/05.

⁴⁰ Wartości zapewniają oparcie „w prawie ponowoczesnym, nieostrym i rozmytym, policentrycznym i wielopoziomowym”. Tak T. Giaro, *Wartości w języku prawnym i dyskursie prawniczym*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny: Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2009, s. 15.

⁴¹ Na temat znaczenia preambuły por. zwłaszcza M.E. Stefaniak, *Preambuła aktu normatywnego w doktrynie oraz w procesie stanowienia i stosowania polskiego prawa w latach 1989–2007*, Lublin 2009. Por. także R. Piotrowski, *The Importance of Preamble in Constitutional Court Jurisprudence*, „Acta Juridica Hungarica” 2011, nr 1(52), s. 29 i n.

⁴² Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt Kp 5/08.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ Tamże.

⁴⁵ Tak C.M. Martini, I. Marino, *Credere e conoscere*, Torino 2012, s. 48.

między osobami tej samej płci nie należy ani demonizować, ani otaczać ostracyzmem”⁴⁶. Wprawdzie to rodzina heteroseksualna ma dla społeczeństwa „fundamentalne znaczenie”, Kościół katolicki „promuje związki sprzyjające rozwojowi rodzaju ludzkiego”, jednak „nie byłoby słuszne jakiegokolwiek dyskryminowanie innych typów związków”⁴⁷; „nie jest złem nadanie okazjonalnym stosunkom homoseksualnym między dwiema osobami pewnej stabilizacji; państwo powinno zatem temu sprzyjać. [...] Tradycyjne małżeństwo ze wszystkimi swoimi wartościami nie podlega dyskusji. Jeśli jednak niektóre osoby, zarówno różnej, jak i tej samej płci dążą do zawarcia porozumienia, które ma zapewnić stabilność ich związkowi, dlatego koniecznie chcemy, żeby tak się nie stało?”⁴⁸. W świetle wstępu do konstytucji żadne wartości nie usprawiedliwiają tej niechęci, ani prawda, ani sprawiedliwość, ani dobro, ani piękno. Przeciwnie, doświadczenie kulturowe stanowiące podstawę konstytucji wskazuje, że wartości te mają szansę pełniejszej realizacji w stabilnych związkach — nawet partnerskich — aniżeli poza nimi. We wstępie do konstytucji brak aksjologicznego uzasadnienia dla takiej wykładni art. 18 ustawy zasadniczej, która prowadziłaby do ekskluzji prawnej, polegającej na wykluczeniu możliwości ustawowej regulacji związków partnerskich, dlatego że „małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny” znajduje się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”. Wykładnia Konstytucji RP, pozwalająca na stwierdzenie, że jej art. 18 uchyla — wbrew wewnętrznej hierarchii norm konstytucyjnych — ustrojową zasadę zawartą w art. 5, w myśl której Rzeczpospolita „zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli”, wymagałaby oparcia w podstawowych wartościach konstytucyjnych, w szczególności wyrażonych we wstępie lub z niego dekodowanych. Jednakże postanowienia wstępu do konstytucji nie tworzą takich możliwości.

W myśl wstępu do Konstytucji RP podstawą praw, a zatem także art. 18, jest zasada pomocniczości umacniająca „uprawnienia obywateli i ich wspólnot”. Art. 18 Konstytucji powinien zatem być interpretowany w taki sposób, aby umacniać uprawnienia obywateli i ich wspólnot, nie zaś je osłabiać. Wykładnia art. 18 wykluczająca inne wspólnoty obywateli, niezależnie od ich charakteru, tylko dlatego, że istnieją małżeństwa, byłaby niezgodna z zasadą pomocniczości, ponieważ osłabiałaby uprawnienia obywateli i ich wspólnot zamiast je umacniać.

W świetle Konstytucji RP byłoby zatem trudne do jednoznacznego ustalenia, że zakaz prawnej regulacji związków partnerskich wynika z „ochrony i opieki” przysługującej małżeństwu w myśl art. 18 ustawy zasadniczej. Nie wydaje się, by względ na interes publiczny uzasadniał tego rodzaju zakaz. Skoro Konstytucja RP uznaje w art. 53 ust. 1 wolność sumienia, to tym samym afirmuje pluralizm światopoglądowy i wielokulturowość, a zatem nie ustanawia obowiązującego na mocy uznania większości systemu reguł moralności publicznej, pozwalającego na odmowę prawnej regulacji związków partnerskich. Trudno byłoby uznać, że tego rodzaju regulacja przyniosłaby

⁴⁶ Tamże.

⁴⁷ C.M. Martini, I. Marino, dz. cyt., s. 51.

⁴⁸ Tamże, s. 50.

jednoznacznie negatywne skutki społeczne, skoro związki takie istnieją obecnie i nie są zabronione przez prawo. W doktrynie wskazano, że twórcy Konstytucji RP posłużyli się pojęciem moralności publicznej jako przesłanki legitymującej ograniczenia praw i wolności jednostki, a pojęcie to znajduje zastosowanie w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności [dalej: Konwencji]. Celowe jest zatem, by polski ustawodawca nie nadawał pojęciu moralności publicznej bardziej restryktywnego znaczenia aniżeli ma ono w świetle Konwencji, ponieważ „narazi się na zarzut naruszenia Konwencji”⁴⁹. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie daje powodów do uznania wykluczenia możliwości prawnej regulacji związków partnerskich ze względu na moralność publiczną.

Nie wydaje się także możliwe uznanie dopuszczalności wykluczenia prawnej regulacji związków partnerskich ze względu na „wolności i prawa innych osób” jako przesłanki ograniczeń w interesie publicznym. Nie zachodzi bowiem kolizja między wolnościami osób zawierających małżeństwo lub w nim pozostających a wolnościami osób zawierających związek partnerski lub w nim pozostających, ponieważ związki te mają charakter dobrowolny co do zasady towarzyszącej ich zawieraniu.

Uznanie w art. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej za dobro wspólne wszystkich obywateli powoduje, że prawa tego państwa powinny uwzględniać interesy, potrzeby i przekonania nie tylko większości, ale także mniejszości, ze względu na godność człowieka, która „jest fundamentalną wartością porządku prawnego powiązaną ściśle z pojęciem dobra wspólnego”⁵⁰. Wzgląd na „prawa i wolności innych osób” jako przesłanka ograniczania praw i wolności jednostki wymaga zatem brania pod uwagę zachowania godności jednych i drugich jako fundamentu dobra wspólnego. Przemawia to za poszukiwaniem kompromisu jako podstawy kształtowania porządku prawnego, a zatem przeciw interpretacji art. 18 Konstytucji w sposób wykluczający ochronę dobra zainteresowanych regulacją związków partnerskich z zakresu oddziaływania zasady dobra wspólnego, skoro pomyślność każdego obywatela jest w interesie wszystkich⁵¹. Z tej perspektywy zgodna z konstytucją jest taka interpretacja jej art. 18, która polega na uznaniu, że nie wyklucza on prawnej regulacji związków partnerskich. Przeciwnie, wzgląd na zasadę dobra wspólnego wymaga od ustawodawcy ustanowienia tego rodzaju regulacji dla zachowania charakteru państwa jako podmiotu, który jest wspólnym dobrem wszystkich obywateli, niezależnie od ich stosunku do małżeństwa lub związku partnerskiego, a przede wszystkim niezależnie od ich orientacji seksualnej.

Z art. 1 Konstytucji wynika, potwierdzony w jej art. 32 ust. 2, zakaz dyskryminacji „z jakiegokolwiek przyczyny”, a więc także ze względu na „orientację seksualną”, co wprost formułuje art. 21 ust. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, zgodnie z art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej mającej taką samą moc prawną, jak Trak-

⁴⁹ Por. L. Garlicki, uwagi do art. 31 Konstytucji, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 27.

⁵⁰ Tak TK w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt P 10/06.

⁵¹ Por. S. Gebethner, *Rzeczpospolita w świetle postanowień rozdziału pierwszego Konstytucji z 1997 roku*, [w:] *Podstawowe pojęcia pierwszego rozdziału Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Katowice 2000, s. 25.

taty. Interpretacja art. 18 Konstytucji, wykluczająca możliwość prawnej regulacji związków partnerskich, prowadziłaby do dyskryminacji osób nieheteroseksualnych. W orzecznictwie TK znalazł wyraz pogląd, w myśl którego zróżnicowanie sytuacji prawnej podobnych podmiotów zostaje „uznane za niekonstytucyjną dyskryminację”, jeżeli „nie znajduje podtrzymania w zasadzie sprawiedliwości społecznej”⁵². Trudno byłoby uznać za społecznie sprawiedliwe założenie, że przyznanie w art. 18 Konstytucji małżeństwom „ochrony i opieki” Rzeczypospolitej wymaga odmowy udzielenia jakiegokolwiek uznania związkom nieheteroseksualnym i zakłada częściową ochronę związków heteroseksualnych, które nie są małżeństwami. Zasada dobra wspólnego wymaga, by chroniąc małżeństwo i otaczając je opieką, zachowywać bezstronność wobec różnych orientacji seksualnych, ponieważ wszystkie są przejawem człowieczeństwa, ze względu na które, w myśl zasady *omne ius hominum causa constitutum est*, powstają prawa.

Ustawodawca ma zatem możliwość wyboru pomiędzy przeciwstawnymi interpretacjami art. 18 Konstytucji. Jest to zarazem wybór pomiędzy różnymi modelami relacji między większością a mniejszościami, między różnymi koncepcjami rozumienia ustawy zasadniczej, w tym zwłaszcza kluczowych w demokracji konstytucyjnej pojęć wolności i godności jednostki. Chodzi tu w istocie o uznanie, że promowanie instytucji małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny, mającego fundamentalne znaczenie w społeczeństwie, nie może być dokonywane kosztem godności i wolności osób, które się w tej formie związków między ludźmi nie odnajdują. Bliższe literze konstytucji i jej duchowi, a także, jak można sądzić, bliższe przyszłości, jest uznanie, że projekty ustaw dotyczące związków partnerskich są dopuszczalne prawnie w świetle art. 18 Konstytucji. W doktrynie znalazł wyraz pogląd, w myśl którego „z konstytucji wynika zobowiązanie, by państwo uregulowało związki osób, które nie mogą zawrzeć małżeństwa. Osoby te na równi z innymi są adresatami norm konstytucyjnych. Mają prawo do poszanowania godności, równości, prywatności i wolności. Z tego wynikają obowiązki dla ustawodawcy”⁵³. Trudno jednak jednoznacznie stwierdzić, że prawna regulacja związków partnerskich jest bliska teraźniejszości i nie spowoduje napięć i konfliktów społecznych jako rozwiązanie kontestowane przez część doktryny i, także z tego powodu, wyprzedzające swój czas.

Projektowana ustawowa regulacja związków partnerskich, niezależnie od jej oceny pod względem konstytucyjnych i międzynarodowych standardów praw człowieka, wymaga rozważenia w oderwaniu od kontekstu rywalizacji politycznej, który może sprawić, że uchwalenie przedmiotowych ustaw będzie kontestowane, a ich stosowanie spotka się ze stygmatyzacją społeczną. Przedsięwzięcie tego rodzaju wymaga politycznego i społecznego uzgodnienia; jego brak, manifestowany w trakcie prac ustawodawczych, może pogłębić poczucie wykluczenia u tych osób, które miałyby stać się beneficjentami projektu, a będą jedynie instrumentem politycznej autopromocji

⁵² Tak TK w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt K 10/96.

⁵³ Tak M. Wyrzykowski, *Związki partnerskie obowiązkowe*, <http://wyborcza.pl/1,75478,10683837,Zwiazki_partnerskie_obowiazkowe.html>.

zwolenników i przeciwników związków partnerskich. Podjęcie prac nad projektem tego rodzaju regulacji wymagałoby najpierw stworzenia ponadpartyjnego partnerstwa między większością a opozycją⁵⁴ i bezstronności w tworzeniu prawa, od czego zależy przyszłość instytucji parlamentu.

Ryszard Piotrowski

⁵⁴ Por. R. Piotrowski, *Legislatywa w systemie parlamentarnym*, [w:] T. Mołdawa, J. Szymanek, M. Miśtygacz, *Parlamentarny system rządów. Teoria i praktyka*, Warszawa 2012.

B. GLOSY**Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego****I. GLOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO**

z dnia 21 września 2011 r. (sygn. akt SK 6/10)

Sentencja orzeczenia:

Art. 4 ust. 1 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji, sporządzonej w Waszyngtonie dnia 10 lipca 1996 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 93, poz. 1066 oraz z 2002 r. Nr 100, poz. 921) jest zgodny z art. 55 ust 1 i 2 w związku z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz nie jest niezgodny z art. 78 Konstytucji.

Przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym była skarga konstytucyjna wniesiona przez Randiego Craiga Levine'a. Domagał się on stwierdzenia niezgodności art. 4 ust. 1 umowy między Rzeczpospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki o ekstradycji, sporządzonej w Waszyngtonie 10 lipca 1996 r. [dalej: umowa z USA o ekstradycji], z art. 55 ust. 1 i ust. 2 w związku z art. 2 oraz z art. 78 Konstytucji. Skarżący w niniejszej sprawie był poszukiwany przez Okręgowy Sąd Stanowy dla Południowego Okręgu Stanu Floryda w celu przeprowadzenia postępowania karnego w sprawach oszustwa przy użyciu przekazu telegraficznego i oszustwa pocztowego (07-80128-CR-Hurley) oraz fałszywego oświadczenia i krzywoprzysięstwa (05-80089-CR-Cohn). Strona amerykańska zwróciła się do strony polskiej o przekazanie jej poszukiwanego na podstawie umowy ekstradycyjnej z 1996 r. W tym celu odbyło się postępowanie przed Sądem Okręgowym w Krakowie Wydział III Karny, który postanowieniem z 11 lipca 2008 r. (sygn. akt III Kop 53/08) orzekł o prawnej niedopuszczalności wydania poszukiwanego. Na to postanowienie prokurator generalny wniósł kasację do Sądu Najwyższego, który postanowieniem z 3 lutego 2009 r. (sygn. akt IV KK 367/08) uchylił zaskarżone postanowienie i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Krakowie do ponownego rozpoznania. Po ponownym rozpatrzeniu sprawy Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział III Karny, postanowieniem z 9 czerwca 2009 r. (sygn. akt III Kop 48/09) orzekł: „1) na podstawie art. 603 § 1 w związku z art. 615 § 2 k.p.k. i art. 4 ust. 1 umowy z USA o ekstradycji stwierdzić prawną dopuszczalność wydania stronie amerykańskiej skarżącego w celu przeprowadzenia postępowania karnego w sprawie 07-80128-CR-Hurley dotyczącej oszustwa; 2) na podstawie art. 603 § 1 k.p.k. stwierdzić niedopuszczalność wydania stronie amerykańskiej skarżącego w celu przeprowadzenia postępowania karnego w sprawie 05-80089-CR-Cohn dotyczącej fałszywego oświadczenia i krzywoprzysięstwa”. Na to postanowienie skarżący wniósł zażalenie do Sądu Apelacyjnego w Krakowie II Wydział Karny, który postanowieniem z dnia 28 lipca 2009 r. (sygn. akt II AKz 296/09) utrzymał w mocy zaskarżone orzeczenie. Efektem przeprowadzonego postępowania sądowego było postanowienie ministra spra-

wiedliwości z 24 sierpnia 2009 r. (sygn. PR VI Oz 597/08/E) o wydaniu i częściowej odmowie wydania państwu obcemu osoby ściganej. Należy zauważyć, że osoba poszukiwana posiadała zarówno obywatelstwo amerykańskie, jak i polskie.

Orzeczenia TK dotyczące ekstradycji były kontrowersyjne i wzbudzały wątpliwości, w szczególności wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r.¹, który stał się impulsem do dokonania pierwszej nowelizacji przepisów konstytucji. Jednak — moim zdaniem — komentowany wyrok nie należy do spornych, mimo zgłoszenia do niego czterech zdań odrębnych, z czego aż trzech sędziów uznało za sprzeczny z Konstytucją RP art. 4 umowy z USA o ekstradycji, który to przepis stanowił podstawę rozstrzygnięcia całego przypadku. W obszernym uzasadnieniu do opisywanej sprawy TK przytoczył wiele ważkich argumentów, którymi — w mojej ocenie — w sposób rozważny i kompletny przedstawił swoje stanowisko co do sposobu interpretacji międzynarodowych umów ekstradycyjnych łączących Polskę z innymi państwami, które w przeważającej liczbie zostały zawarte jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującego porządku prawnego².

Warto odnotować *in plus* spójność tego orzeczenia z wcześniejszym. Mianowicie, TK na zarzut skarżącego, że zmiana art. 55 Konstytucji miała w założeniu ustrojodawcy dotyczyć tylko i wyłącznie europejskiego nakazu aresztowania [dalej: ENA], stwierdził, że dokonana nowelizacja „[...] nie była ograniczona tylko do implementacji europejskiego nakazu aresztowania”³. Zresztą TK nie miał odnośnie do tego argumentu pola manewru, zważywszy że w poprzednio rozpatrywanej sprawie uznał procedurę przekazywania osób poszukiwanych za pomocą ENA za tożsamą z klasyczną ekstradycją⁴. Prezydencki projekt — który stał się punktem wyjścia w pracach nad nowym brzmieniem przepisów ekstradycyjnych — zmiany art. 55, według zamierzenia wnioskodawcy, miał obejmować swoim zakresem zastosowania wszystkie rodzaje ekstradycji⁵. W takim też kształcie został przyjęty nowy tekst art. 55 Konstytucji, co również zostało podkreślone w uzasadnieniu wyroku przez TK⁶.

Jednym z pierwszych problemów, jaki musiał rozstrzygnąć TK, był zakres związania Polski umowami międzynarodowymi, zawartymi jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji z 1997 r. TK dokonał wszechstronnej wykładni przepisów intertem-

¹ Por. wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, OTK ZU 2005, seria A, nr 4, poz. 42.

² Patrz pkt 2.2, 2.3, 2.4 uzasadnienia prawnego do wyroku TK z 21 września 2011 r., sygn. akt SK 6/10.

³ Pkt 3.11 uzasadnienia prawnego do wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

⁴ Zob. M. Płachta, R. Wieruszewski *Dyskusje w związku z wyrokiem dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania (z 27 IV 2005, P 1/05)*. *Glosa III*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 9, s. 117–125.

⁵ Ekstradycję między państwami opartą na dwu- lub wielostronnych umowach (rozdział 64, 65 k.p.k.), dostarczenie osoby międzynarodowemu organowi sądowemu (np. Międzynarodowy Trybunał Karny, rozdział 66e k.p.k.) oraz przekazanie osoby poszukiwanej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania (rozdział 65a i 65b k.p.k.). „Należy wskazać, że przekazanie obywatela polskiego na podstawie wniosku złożonego przez Międzynarodowy Trybunał Karny jest faktycznie jego wydaniem w celu przeprowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego, czyli powinno być uznane za szczególną formę ekstradycji, tak jak szczególną formą ekstradycji jest wykonanie europejskiego nakazu aresztowania”; druk nr 580 z 12 maja 2006 r., Sejm V kadencji, s. 7.

⁶ Pkt 3.11. uzasadnienia prawnego wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

poralnych zarówno tzw. Małej konstytucji z 1992 r., jak i norm zawartych w rozdziale XIII Konstytucji RP. Na uwagę zasługuje w szczególności to stwierdzenie: „[...] z treści art. 241 ust. 1 Konstytucji nie wynika, że stosuje się on tylko do ratyfikowanych umów międzynarodowych, których ogłoszenie nastąpiło przed wejściem w życie Konstytucji. Celem ustanowienia art. 241 ust. 1 Konstytucji było bowiem dostosowanie wszystkich zastanych ratyfikowanych umów międzynarodowych do regulacji nowej ustawy zasadniczej. [...] Z tego też względu art. 241 ust. 1 Konstytucji ma zastosowanie do ratyfikowanych przed jej wejściem w życie umów międzynarodowych ogłoszonych w Dzienniku Ustaw zarówno przed jej wejściem w życie, jak i po jej wejściu w życie, o ile dotyczą kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji”⁷.

Warto odnotować jeszcze jedną uwagę poczynioną przez TK. Skarżący podnosił, że umowa o ekstradycji z USA, przewidująca wydawanie również obywateli polskich, została zawarta na krótko przed uchwaleniem i wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r., w której to — do czasu nowelizacji z 2006 r. — art. 55 zakazywał bezwzględnie ekstradycji osób posiadających polskie obywatelstwo. Oznaczało to, że przez prawie dziesięć lat art. 4 ust. 1 umowy z USA o ekstradycji był niezgodny z polską konstytucją. Odnosząc się do tej kwestii TK stwierdził, że „ustrojodawca nie ustanowił w Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. reguły derogującej «automatycznie» niezgodne z nią akty normatywne, w szczególności umowy międzynarodowe”⁸. Stanowisko TK, że zmiana treści umowy międzynarodowej może nastąpić wyłącznie na podstawie procedury zawartej w samej umowie lub przez orzeczenie TK o jej niekonstytucyjności, należy ocenić jako poprawne. Taka wykładnia obu zagadnień przez TK jest zgodna z art. 9 Konstytucji, a także urzeczywistnia zawarty we wstępie fragment odnoszący się do współpracy z innymi państwami dla dobra rodziny ludzkiej.

Podstawowym problemem, przed którym stanął TK, było rozstrzygnięcie kwestii, czy umowa z USA o ekstradycji w swoim art. 4, który stanowi, że „Żadne z uma-

⁷ Sąd Najwyższy, który również orzekał w sprawie wydania Amerykanom Randiego C., wyraził słuszny — moim zdaniem — pogląd, który został w pełni zaakceptowany oraz rozwinięty przez TK, że: „Obecnie nie ulega wątpliwości, że umowa o ekstradycji stanowi akt prawa międzynarodowego przyjęty we właściwej formie i wiąże Rzeczpospolitą Polską w pełnym zakresie, stanowiąc specyficzne źródło prawa krajowego. Na szczególną uwagę zasługują tu bowiem, niedostrzeżone przez Sąd Okręgowy w K., przepisy przejściowe i końcowe Konstytucji RP, które regulują problem ważności umów międzynarodowych zawartych w okresie poprzedzającym przyjęcie Konstytucji. Art. 241 ust. 1 stanowi, że «umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw, uznaje się za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie i stosuje się do nich przepisy art. 91 Konstytucji, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji». W rezultacie tego unormowania należy stwierdzić, że umowa ekstradycyjna ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 1996 r. ma obecnie status umowy międzynarodowej, ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Prawo polskie zapewnia jej bezpośrednie stosowanie w prawie krajowym, bez potrzeby dokonywania dalszych działań. Jest to zgodne z art. 87 ust. 1 i art. 91 ust. 2 Konstytucji RP, które ustanawiając katalog źródeł prawa stanowią, że źródłem prawa są ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz stanowią one część krajowego porządku prawnego i są bezpośrednio stosowane, chyba że ich stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy.” Postanowienie Sądu Najwyższego z 3 lutego 2009 r., sygn. akt IV KK 367/08.

⁸ Pkt 2.4.1. uzasadnienia wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

wiąjących się Państw nie jest zobowiązane do wydawania własnych obywateli, jednakże organ wykonujący w Państwie wezwanym, będzie mógł dokonać wydania takich osób, jeżeli według jego uznania będzie to właściwe i możliwe”, jest sprzeczny z art. 55 Konstytucji RP. Strona skarżąca w swoich pismach procesowych zajmowała stanowisko, że art. 4 umowy z USA o ekstradycji zezwala ministrowi sprawiedliwości na wydanie osoby poszukiwanej, posiadającej obywatelstwo polskie, na podstawie uznania administracyjnego. Co więcej, w przepisie tym znajdują się niejasne i nieostre przesłanki jak „właściwe” i „możliwe”, czym narusza art. 2 Konstytucji, bowiem jest oczywiście sprzeczny ze standardami demokratycznego państwa prawnego. Strona skarżąca również starała się udowodnić, że art. 4 umowy z USA o ekstradycji, gdy zezwala na wydanie obywatela polskiego, nie spełnia kryteriów zawartych w art. 55 ust. 1 i 2 Konstytucji. W szczególności dlatego, że nie kreuje *expressis verbis* obowiązku wydania, a jedynie możliwość przekazania obywatela polskiego, czym narusza zasadę zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez niego prawa.

Zajmijmy się najdalej idącym zarzutem strony skarżącej, że minister sprawiedliwości — na podstawie art. 4 ust. 1 umowy z USA o ekstradycji — ma uprawnienie przyjmujące formę uznania administracyjnego, na podstawie którego zezwala bądź też odmawia wydania osoby poszukiwanej posiadającej obywatelstwo polskie. Skarżący powołał się wyłącznie na literalną wykładnię art. 4 ust. 1, w szczególności tego fragmentu: „[...] organ wykonujący w Państwie wezwanym, będzie mógł dokonać wydania takich osób, jeżeli według jego u z n a n i a [podkreślenie J.Ż.] będzie to właściwe i możliwe”. TK nie przychylił się do tego stanowiska. Zwrócił uwagę na różne etapy w postępowaniu ekstradycyjnym i ich charakter prawny. Pierwszy etap toczy się przed prokuratorem, gdy organ państwa obcego złoży wniosek ekstradycyjny. Od tego momentu oskarżyciel publiczny jest zobowiązany do przesłuchania osoby objętej wnioskiem, może również w miarę potrzeby zabezpieczyć dowody znajdujące się w kraju. Następny etap, sądowy, rozpoczyna się od wniesienia sprawy przez prokuratora do właściwego miejscowo sądu okręgowego. Ostatnim etapem jest rozstrzygnięcie podejmowane przez ministra sprawiedliwości, który jest częściowo związany orzeczeniem wydanym przez sąd. Taka konstrukcja prawna wynika wprost z art. 55 ust. 5 Konstytucji, zgodnie z którym o dopuszczalności ekstradycji orzeka sąd. Interpretując ten przepis razem z art. 4 ust. 1 umowy musimy dojść do następujących wniosków. Minister sprawiedliwości jest organem o charakterze przede wszystkim wykonawczym w postępowaniu ekstradycyjnym. Zawarte w art. 4 ust. 1 przesłanki wydania, brzmiące: „właściwe” i „możliwe”, oznaczają tylko, że uprawnienie ministra sprawiedliwości do wydania obywatela polskiego urzeczywistni się wyłącznie wówczas, gdy właściwy sąd polski (w pierwszej instancji sąd okręgowy, w drugiej instancji sąd apelacyjny) orzeknie prawomocnie o prawnej dopuszczalności wydania (prawnej możliwości). Jeśli sąd stwierdzi, że niedopuszczalna jest ekstradycja osoby zawnioskowanej, to wówczas minister sprawiedliwości nie ma prawa wydać takiej osoby.

Kwestionowana przez stronę skarżącą uznaniowość decyzji pojawia się, gdy sąd postanowi o prawnej dopuszczalności ekstradycji⁹. Wówczas minister sprawiedliwości może taką osobę wydać, ale jest tutaj również związany zakresem wydania określonym przez sąd¹⁰, albo odmówić wydania. Słusznie TK stwierdził, powołując się na specjalistów z dziedziny prawa ekstradycyjnego, że podstawą negatywnej decyzji ministra sprawiedliwości mogą być względne przeszkody ekstradycyjne, wymienione w art. 604 § 2 k.p.k., lub inne przeszkody o charakterze politycznym lub humanitarnym. Podkreślenia wymaga zdanie, że „[...] Minister Sprawiedliwości nie może wbrew orzeczeniu sądu, na podstawie własnej odmiennej oceny przesłanek prawnych, uznać, że ekstradycja jest w danym przypadku niedopuszczalna.” Kontestowana przez skarżącego uznaniowość decyzji ministra sprawiedliwości została tak skonstruowana przez polskiego ustawodawcę, że może zostać zastosowana wyłącznie na korzyść osoby poszukiwanej¹¹.

Taka koncepcja „uznania ekstradycyjnego” została trafnie uzasadniona poprzez powiązanie jej z konstytucyjną kompetencją Rady Ministrów do prowadzenia polityki zagranicznej oraz zasadą podziału władz. Ekstradycja była i jeszcze jest przede wszystkim narzędziem polityki zagranicznej¹². Od początku swojego istnienia, które datuje się na XIII w. p.n.e., wydawanie było ściśle powiązane z prowadzeniem polityki¹³. Powszechny udział sądownictwa w procedurze ekstradycyjnej pojawił się dopiero w XX w. Jednakże w większości państw, podobnie jak w Polsce, sądy orzekają wyłącznie o prawnej dopuszczalności wydania, gdy tymczasem ostateczne rozstrzygnięcie jest pozostawione organowi władzy wykonawczej¹⁴. Może on uzależnić swoją pozytywną decyzję np. od zapewnienia przez państwo obce wzajemności. Dopiero na tym etapie procedury ekstradycyjnej uaktywnia się uznaniowość decyzji ministra, który korzystając z dyskrecjonalnej władzy może odmówić ekstradycji opierając się na przesłankach nie tylko prawnych, ale np. humanitarnych lub politycznych. W prak-

⁹ Sąd może orzec o prawnej dopuszczalności wydania osoby poszukiwanej tylko wówczas, gdy nie zachodzą tzw. bezwzględne przeszkody ekstradycyjne, wymienione w odpowiedniej umowie międzynarodowej ratyfikowanej przez Polskę lub w art. 604 § 1 k.p.k.

¹⁰ W niniejszej sprawie sąd drugiej instancji orzekł, że skarżący może zostać wydany w celu prowadzenia przeciwko niemu postępowania karnego tylko w sprawie 07-80128-CR-Hurley dotyczącej oszustwa. Odnośnie do drugiej sprawy 05-80089-CR-Cohn, dotyczącej fałszywego oświadczenia i krzywoprzysięstwa, sąd stwierdził prawną niedopuszczalność wydania. Konsekwencją takiego orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Krakowie była decyzja ministra sprawiedliwości o wydaniu i częściowej odmowie wydania państwu obcemu osoby ściganej.

¹¹ Zob. zdanie odrębne sędziego TK W. Hermelińskiego do wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

¹² Pismo ministra spraw zagranicznych z 12 lipca 2010 r., pkt 3.1. uzasadnienia wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

¹³ Por. S. Langdon, A.H. Gardiner, *The Treaty of Alliance between Hattusili, King of Hitties, and Pharaoh Ramses II of Egypt*, „Journal of Egyptian Archeology” 1920, t. 6; R. Bierzanek, *Ekstradycja w traktatach zawieranych przez państwo hetyckie*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1958, t. X, z. 1; I.A. Shearer, *Extradition in international law*, Manchester 1971; G. Roszkowski, *O azylach i ekstradycji ze szczególnym uwzględnieniem stosunków austrowęgierskiej monarchii*, Warszawa 1882.

¹⁴ Bardzo podobnie wyglądała procedura ekstradycyjna we Francji na podstawie ustawy ekstradycyjnej z 10 marca 1927 r.; E.M. Borchard, *Gudie to the law and legal literature of France*, Washington 1931, s. 189.

tyce najczęściej odmowa wydania osoby poszukiwanej, pomimo stwierdzonej sądowo-prawnej dopuszczalności ekstradycji, jest uzasadniana brakiem zapewnienia przez drugą stronę wzajemności¹⁵.

Kolejną kwestią, przed którą stanął TK, a która była powiązana z „uznaniowością” decyzji ministra sprawiedliwości, był zarzut naruszenia art. 78 Konstytucji poprzez brak możliwości odwołania się od rozstrzygnięcia podjętego przez ministra. Skarżący starał się dowieść, że „pozostawienie swobodnej decyzji poza kontrolą instancyjną skutkowałoby całkowitą dowolnością i poczuciem bezkarności, jeśli chodzi o decydowanie o dalszych losach i życiu obywatela polskiego”¹⁶. Stanowisko to zostało wsparte w zdaniu odrębnym Z. Cieślaka. Sędzia TK argumentował, że decyzja ministra sprawiedliwości ma wszystkie cechy uznania administracyjnego i możliwość zastosowania przez analogię art. 127 § 3 k.p.a. do decyzji ministra powinna być dopuszczona. Nie można odmówić słuszności takiemu stanowisku i chęci określenia natury prawnej ostatecznego rozstrzygnięcia ministra sprawiedliwości, jaką jest wyrażenie zgody na wydanie poszukiwanej osoby. Tym bardziej, że TK dość lakonicznie odniósł się do tej kwestii, stwierdzając, że postępowanie prowadzone przez ministra sprawiedliwości odbywa się na podstawie kodeksu postępowania karnego, *ergo* podjęta decyzja nie jest decyzją administracyjną w rozumieniu kodeksu postępowania administracyjnego. Zasygnalizowanie przez TK domniemanej sprzeczności art. 603 § 5 k.p.k. z art. 78 Konstytucji nie wydaje się zadowalające.

Moim zdaniem, decyzja ministra sprawiedliwości ma wszelkie cechy prawne aktu administracyjnego, pomimo tego że norma prawna umiejscowiona jest w kodeksie postępowania karnego. Zgadzam się z Z. Cieślakiem, że jej „[...] wynikiem jest konkretyzacja i indywidualizacja ogólnej i abstrakcyjnej normy prawnej, dokonywana autorytatywnie przez powołany do tego organ państwa”¹⁷. Jednakże odmówiłbym możliwości instancyjnej kontroli ostatecznego rozstrzygnięcia ministra sprawiedliwości z kilku powodów.

Po pierwsze, instytucja ekstradycji ma charakter skomplikowany i bardzo złożony. Można ją określić „prawną hybrydą”, bowiem ogniskuje w sobie normy prawne z trzech gałęzi prawa: międzynarodowego, karnego i konstytucyjnego. To wprost przekłada się na specyfikę tego postępowania. Przyjęta w Polsce procedura rozstrzygania spraw ekstradycyjnych gwarantuje przestrzeganie wolności i praw człowieka i obywatela zawartych w konstytucji i aktach rangi ustawy. Postępowanie odnośnie do prawnej dopuszczalności ekstradycji toczy się przed niezawisłymi i niezależnymi sądami i jest dwuinstancyjne. Osoba poszukiwana może korzystać z obrońcy. Możliwość wydania osoby ściganej jest uzależniona od pozytywnego i prawomocnego orzeczenia sądu. W przypadku negatywnego postanowienia sądu minister sprawiedliwości nie może wydać takiej osoby. Jeśli sąd uzna ekstradycję za prawnie dopuszczalną, to mi-

¹⁵ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 marca 1997 r., sygn. akt II AKz 76/97; W. Piasecki, W. Szykowski, *Kodeks postępowania karnego z objaśnieniami*, Toruń 1928, s. 248.

¹⁶ Pkt. 1.3.2. uzasadnienia wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

¹⁷ J. Zimmermann, *Polska jurysdykcja administracyjna*, Warszawa 1996, s. 5.

nister sprawiedliwości może odmówić jej wykonania, powołując się na przesłanki innej natury niż tylko prawnej. Przyjęta w Polsce procedura rozstrzygania spraw ekstradycyjnych jest szeroko rozpowszechniona w państwach demokratycznych. Ponadto art. 78 Konstytucji w zdaniu drugim przewiduje wyjątkowo możliwość odstąpienia od zaskarżenia postanowień wydanych w pierwszej instancji. TK słusznie uzasadnił, powołując się na ten wyjątek, brak sprzeczności między art. 78 a art. 4 ust. 1 umowy z USA o ekstradycji, przytaczając gwarancje prawne przysługujące osobie poszukiwanej na podstawie kodeksu postępowania karnego¹⁸.

Po drugie, dopuszczenie do stosowania art. 127 § 3 k.p.a. wprowadziłoby chaos prawny. Najpierw trzeba byłoby rozstrzygnąć kwestię, czy obok osoby poszukiwanej również prokurator byłby uprawniony do wniesienia odwołania. Kolejny problem jawi się z uznaniem prokuratora jako strony niezadowolonej w tym administracyjnym postępowaniu, skoro na gruncie kodeksu postępowania karnego uzyskał satysfakcjonujące go orzeczenie, stwierdzające prawną dopuszczalność wydania. Konsekwencją akceptacji stanowiska Z. Cieślaka powinna być możliwość wniesienia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego na decyzję ministra sprawiedliwości, podjętą po odwołaniu się niezadowolonej strony od pierwszej decyzji ministra. Oznaczałoby to rewolucję w polskim systemie sądowniczym, która mogłaby zostać uznana za niekonstytucyjną. Na gruncie obowiązującego w Polsce porządku prawnego nie widzę legalnych podstaw do kontroli przez sądy administracyjne sądów powszechnych. A tak by to wyglądało w rzeczywistości, bowiem minister sprawiedliwości uaktywnia się po zakończonym postępowaniu prawno Karnym i w zależności od prawomocnego orzeczenia sądu karnego nie wydaje osoby poszukiwanej albo może ją wydać. Nie wiem, jakimi prawnymi kryteriami powinien kierować się sąd administracyjny, orzekając o legalności decyzji ministra, dla której podstawą jest wyrok sądu powszechnego. Minister sprawiedliwości zezwalając na wydanie osoby poszukiwanej może przecież kierować się motywami o różnym charakterze, również nieprawnymi, np. wydamy wam X, jeśli wydacie nam Y¹⁹. Zaproponowana przez Z. Cieślaka konstrukcja prawna jest aż nadto skomplikowana²⁰ i burzy — w mojej opinii — usankcjonowaną konstytucyjnie odrębność między sądownictwem administracyjnym a powszechnym²¹. Obowiązująca w Polsce procedura ekstradycyjna zapewnia osobie poszukiwanej odpowiednie gwarancje sprawiedliwego i dwuinstancyjnego rozpatrzenia sprawy. Przyznaję, że zakres uzna-

¹⁸ Zob. pkt. 2.7.2., 2.7.4., 4.1., 4.2. uzasadnienia prawnego wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

¹⁹ W grudniu 2009 r. Prezydent Republiki Zimbabwe R. Mugabe zawarł umowę z Prezydentem Republiki Gwinei Równikowej T. Obiang Nguema Mbasogo, że wyda mu 70 domniemanych najemników za ropę o wartości 1,2 miliarda dolarów USD. <<http://www.newzimbabwe.com/pages/plane34.11851.html>>. W tym kontekście nie można zapominać o generale A. Gotovinie, od wydania którego było uzależnione członkostwo Chorwacji w UE <<http://www.businessweek.com/news/2011-06-10/eu-commission-recommends-completing-croatia-s-entry-talks.html>>.

²⁰ Również oparcie całego pomysłu na wnioskowaniu *per analogiam* z art. 127 § 3 k.p.a. należy uznać za niewystarczające uzasadnianie do dokonania tak olbrzymiej, można stwierdzić, rewolucyjnej zmiany nie tylko w procedurze ekstradycyjnej, ale w całym systemie organów wymiaru sprawiedliwości.

²¹ Art. 175 ust. 1 Konstytucji: „Wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”.

niowości ministra sprawiedliwości jest szeroki, jednak skorzystanie z niego przez ministra może wyłącznie poprawić status prawny osoby poszukiwanej, bowiem skończy się on odmową dokonania ekstradycji. Należy pamiętać o specyfice procedury ekstradycyjnej, która była podkreślana w pismach procesowych Ministerstwa Spraw Zagranicznych i opinii prawnej opracowanej przez M. Frankowską, członka Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych oraz przez TK w samym uzasadnieniu, że jest to instytucja prawna z pogranicza prawa międzynarodowego, karnego i konstytucyjnego. Dodanie do tej triady prawa administracyjnego jeszcze by ją dodatkowo skomplikowało i usztywniło, nie przynosząc znaczącej poprawy statusu prawnej osoby ściganej²².

Dłuższego komentarza nie wymaga wywód TK co do zarzutu skarżącego, że art. 4 ust. 1 umowy z USA o ekstradycji jest niezgodny z art. 55 ust. 2 Konstytucji, gdyż przewiduje wyłącznie prawną możliwość wydania, a zdaniem skarżącego powinien to być obowiązek. W odpowiedzi na tę kwestię TK stwierdził, że „Ustrojodawca nie wymaga, by ratyfikowana umowa międzynarodowa nakazywała ekstradycję obywatela polskiego. Warunkiem wystarczającym ekstradycji obywatela polskiego, w myśl przepisów konstytucji, jest regulacja zawarta w ratyfikowanej umowie międzynarodowej, z której wynika taka możliwość. Innymi słowy, ekstradycja obywatela polskiego jest dopuszczalna nie tylko wtedy, gdy ratyfikowana umowa międzynarodowa wprowadza taki obowiązek, lecz także wtedy, gdy wynika z niej tylko taka możliwość”²³. Rozumowanie TK jest tutaj jak najbardziej poprawne. Po pierwsze, jest ono zgodne z literalną wykładnią art. 55 ust. 2, według którego ekstradycja obywatela polskiego może [podkreślenie J.Ż.] być dokonana z dochowaniem określonych konstytucyjnie warunków. Po drugie, żadna z zawartych przez Polskę umów międzynarodowych nie statuuje obowiązku wydawania własnych obywateli, a wyłącznie możliwość²⁴.

W wymiarze praktycznym nie można pominąć stanowiska TK co do momentu, od którego należy liczyć rozpoczęcie biegu terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej. Trybunał Konstytucyjny wybrał przychylną ochronie wolności i praw konstytucyjnych

²² Hipoteza: Jeśli sądy administracyjne uzyskałyby uprawnienie do badania decyzji ministra sprawiedliwości w sprawie wydania określonej osoby, to w celu uniknięcia problemów konstytucyjnych, a także praktycznych polegających na tym, że dwa rodzaje sądów byłyby właściwe do orzekania w sprawie ekstradycji (również sądy powszechne), ich jurysdykcja zostałaby ograniczona do zbadania dochowania warunków formalnych decyzji ministra o wydaniu osoby poszukiwanej, gdy tymczasem meritum sprawy jest zgodna na ekstradycję osoby ściganej, która znajdowałaby się poza zakresem właściwości sądów administracyjnych.

²³ Pkt. 3.9. uzasadnienia prawnego wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

²⁴ Np. art. 3 Europejskiej konwencji o ekstradycji z 13 grudnia 1957 r. w ust. 1 stanowi, że każda z umawiających się stron ma prawo do odmowy wydania własnych obywateli lub art. 3 ust. 2 umowy między Rzecząpospolitą Polską a Australią o ekstradycji z 3 czerwca 1998 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 5, poz. 51).

Zakaz wydawania obywateli własnych najczęściej jest bezwzględna przeszkodą ekstradycyjną zawartą w tekście samej umowy międzynarodowej, dotyczącej wydawania przestępców, np. art. 13 ust. 1 pkt a: umowy między Polską Rzecząpospolitą Ludową a Republiką Turecką o pomocy prawnej w sprawach karnych, o ekstradycji i przekazywaniu osób skazanych z 9 stycznia 1989 r., Dz.U. z 1991 r. Nr 52, poz. 224; lub art. 3 ust. 1, pkt a umowy między Polską Rzecząpospolitą Ludową a Republiką Włoską o ekstradycji z 28 kwietnia 1989 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 85, poz. 389); art. 4 ust. 1 pkt a umowy między Rzecząpospolitą Polską a Republiką Indii o ekstradycji z 17 lutego 2003 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 156, poz. 1304).

interpretację ostatecznego rozstrzygnięcia w rozumieniu art. 79 Konstytucji. Uznał, że w zależności, które z rozstrzygnięć²⁵ wskaże skarżący, wpływ trzymiesięcznego terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej będzie liczony od doręczenia bądź postanowienia sądu apelacyjnego wydanego na skutek zażalenia, bądź postanowienia ministra sprawiedliwości w przedmiocie wydania państwu obcemu osoby ściganej. „Skarżący może zatem kwestionować konstytucyjność zarówno przepisów prawnych, na podstawie których sąd orzekł o dopuszczalności ekstradycji, jak i przepisów prawnych, na podstawie których Minister Sprawiedliwości rozstrzygnął w przedmiocie wydania państwu obcemu osoby ściganej”²⁶.

Niestety, TK w uzasadnieniu nie odniósł się do treści normatywnej zakazu wydawania obywateli polskich po nowelizacji Konstytucji RP z 2006 r. Skarżący uznał w swoich pismach, że art. 55 ust. 1 Konstytucji ustanawia prawo obywatelskie do bycia sądzonym we własnym kraju. W zdaniu odrębnym W. Hermeliński stwierdził, że przepis ten kreuje wolność obywatelską w postaci zasady ochrony przed ekstradycją²⁷. Sędzia T. Liszcz doszła do wniosku, że prawo obywatela do przebywania w państwie i prawo do podlegania jego jurysdykcji ma charakter fundamentalny²⁸. Moim zdaniem, wszystkie te problemy interpretacyjne związane są, po pierwsze, z umieszczeniem ekstradycji w ustawie zasadniczej; po drugie, z faktem umieszczenia art. 55 w rozdziale dotyczącym wolności, praw i obowiązków człowieka i obywatela; i po trzecie, z niefortunną nowelizacją art. 55.

Nie powinno budzić wątpliwości, że ekstradycja nie jest ani wolnością, ani prawem człowieka, bowiem nie kreuje *ex proprio vigore* żadnego uprawnienia dla jednostki. Przyjmuje się, że inaczej jest z zakazem wydawania własnych obywateli. Stosując najprostszy model definiowania, czym jest wolność a czym prawo, czyli wolność od czegoś a prawo do czegoś²⁹, spróbujmy zgłębić się w ów zakaz jako źródło prawnoczwolniczych żądań. Jeśli uznamy ust. 1 art. 55 za wolność obywatelską, to wówczas chroni ona Polaków przed wydaniem obcemu państwu lub organowi międzynarodowemu w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary. Innymi słowy, umożliwia ona obywatelowi uniknięcie odpowiedzialności karnej za bezprawne czyny popełnione za granicą. Jeśli przepis ten ustanawia prawo, to będzie to prawo do domagania się przez obywatela uznania przez majestat państwa jego przestępczej działalności na obcym terytorium za aktywność prawnie irrelewantną. Jest to dość duże uproszczenie, ale pamiętajmy, że taka treść wypływa wprost z zakazu wydawania własnych

²⁵ Prawomocne postanowienie sądu stwierdzające prawną dopuszczalność wydania lub decyzję ministra sprawiedliwości o wydaniu osoby poszukiwanej lub odmowie wydania.

²⁶ Patrz pkt 2.9. uzasadnienia prawnego do wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

²⁷ „Z tych przepisów Konstytucji oraz powołanego przez skarżącego jako wzorzec kontroli w sprawie art. 2 Konstytucji wynika, że odstępstwa od gwarantowanej własnym obywatelom jako zasada ochrony przed ekstradycją muszą być precyzyjnie określone”; zdanie odrębne sędziego TK W. Hermelińskiego do wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

²⁸ Zdanie odrębne sędzi TK T. Liszcz do wyroku TK, sygn. akt SK 6/10.

²⁹ L. Wiśniewski, *Gwarancje podstawowych praw i wolności obywateli PRL*, Wrocław 1981, s. 35–47; tegoż, *Zakres ochrony prawnej wolności człowieka i warunki jej dopuszczalnych ograniczeń w praktyce*, [w:] *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, red. L. Wiśniewski, Warszawa 2006, s. 22–23.

obywateli. Nieporozumieniem jest stwierdzenie T. Liszcz, że ów zakaz tworzy prawo obywatelskie do podlegania jurysdykcji przed organami własnego państwa. Przestrzeganie prawa nie jest żadnym uprawnieniem obywatela, który może z niego dobrowolnie skorzystać. Jest to przede wszystkim obowiązek spoczywający na każdym z nas. Jego źródłem jest państwo i tworzone przez nie prawo, art. 83 Konstytucji: „Każdy ma obowiązek przestrzegania prawa Rzeczypospolitej Polskiej.”

Czym jest wobec tego zakaz wydawania własnych obywateli? Jest to tylko jedna z wielu istniejących dzisiaj przeszkód ekstradycyjnych³⁰ i chyba najbardziej archaiczna w epoce globalizacji. Na świecie obserwuje się tendencję do odchodzenia od tej reguły³¹, co potwierdza np. Europejska konwencja o ekstradycji z 1957 r., dostarczenie osoby Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu, czy europejski nakaz aresztowania. Tym bardziej należy krytycznie spojrzeć na nowe brzmienie art. 55 Konstytucji, a w szczególności relacji logicznej między ust. 1 a ust. 2. Proklamowanie na samym wstępie zasady niewydawania własnych obywateli, a w kolejnym ustępie zaprzeczenie tej regule wydaje się rozwiązaniem niefortunnym. Ustęp 3, który zezwala na wydanie każdego, w tym obywatela polskiego, sądowemu organowi międzynarodowemu, bez spełnienia warunków zawartych w ust. 2, dopełnia obraz chaosu legislacyjnego. Zgodnie z zasadą, że zawsze może być gorzej, warto wspomnieć, iż pomimo dokonanej nowelizacji art. 55 w celu dostosowania Konstytucji RP do decyzji ramowej z dnia 13 czerwca 2002 r. jest ona nadal z nią niezgodna.

Pytanie o sens istnienia art. 55 Konstytucji w obecnym brzmieniu jest retoryczne. Problemy związane z logicznym uzasadnieniem takiego stanu rzeczy wydają się nie mieć końca, tym bardziej, jeśli weźmiemy pod uwagę pierwotną konstrukcję tego przepisu. Szkoda, że TK nie zabrał w tej materii głosu, jak chociażby w sprawie o sygn. akt P 1/05 wskazując ustrojodawcy pożądaną kierunek zmian w prawie ekstradycyjnym.

W mojej ocenie, zasadniczo możliwe są dwa wyjścia, jednak tylko jedno gwarantuje całkowite usunięcie problemów związanych z ekstradycją. Jest ono proste, logiczne i historycznie uzasadnione³². Nawiązuje do poprzednio obowiązujących konstytucji, które nie zawierały norm poświęconych wydawaniu osób poszukiwanych. Słuszność takiej konstrukcji jest ewidentna. Po pierwsze, ekstradycja nie należy do listy wolności i praw człowieka i obywatela. Jest tylko i wyłącznie instrumentem współpracy międzynarodowej w walce z przestępczością, pomimo terytorialnego ograniczenia jurysdykcji organów ścigania. Jej źródłem nie jest przyrodzona i niezbywalna

³⁰ Do innych przeszkód ekstradycyjnych zalicza się np. przedawnienie karalności czynu, *ne bis in idem*, brak wzajemności, zagrożenie karą śmierci. Zob. M. Płachta, *Prawa człowieka w kontekście przeszkód ekstradycyjnych*, „Palestra” 2003, nr 5–6.

³¹ Zakaz wydawania własnych obywateli został po raz pierwszy ujęty w traktacie między Francją a Holandią z 1736 r. Zob. J. Gilas *Prawo międzynarodowe publiczne*, Toruń 1977, s. 299.

³² Całego sporu nad ekstradycją można byłoby uniknąć, gdyby w pierwotnym tekście konstytucji został przyjęty art. 55 w kształcie zaproponowanym przez L. Wiśniewskiego, który wypowiedział się za takim brzmieniem przepisu: „Zakazana jest ekstradycja obywatela polskiego, jeżeli umowa międzynarodowa nie stanowi inaczej.” Podczas prac nad nowelą konstytucyjną z 2006 r. podobne projekty nowego art. 55 zgłosili m.in. E. Zielińska i K. Działocha. Zob. R. Chruściak, *Prace konstytucyjne w latach 1997–2007*, Warszawa 2009, s. 39–41, 75–76.

godność człowieka, ale poczucie wspólnoty interesów państw. Po drugie, jest to narzędzie prawne bardzo dynamicznie rozwijające się. Zmiany zachodzące w procedurze ekstradycyjnej są ściśle powiązane ze wzrastającą mobilnością ludzi. Dokładniejsza regulacja ekstradycji w konstytucji, której jedną z podstawowych wartości jest stabilność unormowań, by ją niepotrzebnie usztywniło, gdy tymczasem — jak pokazuje ewolucja przepisów ekstradycyjnych — odchodzi się od niepraktycznych reguł, by wydawanie przestępców stało się elastyczniejszym narzędziem prawnym. Kolejny argument jest powiązany z poprzednim, bowiem utrzymanie przepisów ekstradycyjnych w ustawie zasadniczej będzie w przyszłości, wraz z zachodzącymi zmianami w procedurze wydawania przestępców, zakładało konieczność ciągłych zmian w konstytucji, gdyż TK odrzucił możliwość tzw. dynamicznej wykładni w tej materii³³. Po czwarte, nie zapominajmy, że art. 55 po nowelizacji jest wciąż sprzeczny z decyzją ramową o ENA³⁴. Ustawa zasadnicza przewiduje, że jednym z warunków wymaganych do przekazania obywatela polskiego jest wypełnienie zasady podwójnej karalności czynu. Tymczasem decyzja ramowa o ENA w art. 2 ust. 2 zawiera katalog przestępstw, odnośnie których nie jest wymagane istnienie podwójnej karalności czynu³⁵. Skonstruowanie normy prawnej, która jednocześnie umożliwiałaby wydanie obywatela polskiego bez zachowania tego warunku na podstawie ENA, a odnośnie do klasycznej ekstradycji nakazywałaby jego dochowania, jako kluczowego dla realizacji standardów demokratycznego państwa prawnego, wydaje się zadaniem karkołomnym. Szanse na jego realizację stają się jeszcze mniejsze, gdy weźmiemy pod uwagę, że TK uznał, iż ENA jest rodzajem ekstradycji³⁶. Ostatni argument trywialny, ale słuszny. Wydawanie przestępców nie jest aż tak kluczowym zagadnieniem z punktu widzenia zasad funkcjonowania państwa, organizacji życia społecznego i statusu prawnego jednostek, by znajdować się w najważniejszym akcie prawnym kraju.

Dekonstytucjonalizacja ekstradycji mogłaby paradoksalnie wpłynąć pozytywnie na rozwój tej instytucji w polskim porządku prawnym i stabilność unormowań konstytucyjnych. Niewątpliwą zaletą tego rozwiązania byłoby urzeczywistnienie jednej z podstawowych funkcji, jaką ma do spełnienia najwyższy akt prawny w państwie, mianowicie petryfikująca. Przepisy zawarte w konstytucji powinny być nieskomplikowane i jasne, w szczególności te, poświęcone statusowi jednostki, które powinny być jednoznaczne i łatwe do odczytania przez każdego³⁷. Regulacja procedur ekstradycyjnych w aktach rangi ustawy byłaby rozwiązaniem — w mojej ocenie — optymalnym. Łączyłaby dwie wartości: pewności prawa i zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez nie prawa z potrzebą umożliwienia państwu odpowiedniej reak-

³³ Wyrok TK z dnia 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05.

³⁴ R. Chruściak, dz. cyt., s. 79.

³⁵ Por. M. Płachta *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3.

³⁶ Odmienne: M. Masternak-Kubiak, *Implementacja europejskiego nakazu aresztowania (uwagi na tle zmiany konstytucji RP)*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 9.

³⁷ B. Banaszak, *O konieczności zmiany Konstytucji RP w związku z ratyfikacją Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Humanistyczne Zeszyty Naukowe” 2003, nr 9, s. 99.

cji prawnej na szybko pojawiające się zagrożenia XXI w. W takiej sytuacji można byłoby weryfikować regulacje ustawowe stosując za wzorzec kontroli art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Podsumowując orzeczenie wydane w sprawie o sygn. akt SK 6/10, należy pochwalić Trybunał Konstytucyjny za trafne i liczne odwołania do orzecznictwa SN³⁸ poświęcone ekstradycji. Cieszy również podtrzymanie poglądów na temat wydawania osób poszukiwanych wyrażonych w postanowieniu z 27 kwietnia 2005 r. Skarga konstytucyjna w omawianej sprawie poruszała różne kwestie: od intertemporalnych związków z obowiązywaniem umów międzynarodowych zawartych przed wejściem w życie Konstytucji RP z 1997 r. — momentu, od którego należy liczyć bieg terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej — po możliwość powołania się w skardze jako na wzorzec kontroli na klauzulę demokratycznego państwa prawnego. Odpowiada mi, podkreślone kilkakrotnie w uzasadnieniu orzeczenia, stwierdzenie, że nie można interpretować określonych, spornych przepisów w oderwaniu od pozostałych postanowień kwestionowanego aktu prawnego. Należy brać pod uwagę również cel danej normy i autonomiczne zasady wykładni przepisów prawa dla poszczególnych gałęzi prawa. Ostatecznie należy pozytywnie ocenić rozstrzygnięcie Trybunału Konstytucyjnego, które zasadniczo jest spójne i logiczne. Jednakże ten niemal perfekcyjny wywód jest zakłócony przez brak rozwinięcia prawnej istoty ekstradycji i zakazu wydawania obywateli polskich według dzisiejszego brzmienia art. 55 Konstytucji oraz zgłoszenie czterech zdań odrębnych.

Jakub Żurek

³⁸ Np. postanowienie SN z 29 sierpnia 2007 r., sygn. akt II KK 134/07; postanowienie SN z 29 lipca 1997 r., sygn. akt II KKN 313/97; uchwała SN w składzie siedmiu sędziów z 17 października 1996 r., sygn. akt I KZP 27/96.

II. GŁOSA DO POSTANOWIENIA TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO

z dnia 6 kwietnia 2011 r. (sygn. akt Pp 1/10)*

Trybunał Konstytucyjny [...] po rozpoznaniu, na posiedzeniu niejawnym w dniu 6 kwietnia 2011 r., sprawy z wniosku Sądu Okręgowego w Warszawie, VII Wydział Cywilny Rejestrowy, o zbadanie:

zgodności z Konstytucją celów i zasad działania partii politycznej pod nazwą Narodowe Odrodzenie Polski w trybie art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych (Dz.U. z 2001 r. Nr 79, poz. 857 ze zm.),

p o s t a n a w i a:

na podstawie art. 39 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku.

1. Głosowane orzeczenie Trybunał Konstytucyjny wydał w rezultacie złożenia przez Sąd Okręgowy w Warszawie [dalej: Sąd] wniosku o zbadanie zgodności z Konstytucją RP celów i zasad działania partii Narodowe Odrodzenie Polski [dalej: NOP]. Podstawą złożenia wniosku przez Sąd prowadzący ewidencję partii politycznych był fakt, iż partia wystąpiła o wpisanie (zarejestrowanie) dodatkowych symboli graficznych, którymi zamierza się (oficjalnie i legalnie) posługiwać, a które miałyby charakteryzować głoszone przez nią poglądy. Wniosek NOP dotyczył następujących symboli: „Krzyża i Miecza”, „Krzyża celtyckiego”, „Orła w koronie z różgami liktorskimi i toporkiem”, „Zakazu pedałowania”. Jednakże w ocenie Sądu symbole te są niezgodne z art. 13 Konstytucji, ponieważ NOP zamierza rozpowszechniać wskazane symbole, a są one nośnikiem symboliki faszystowskiej. Dodatkowo Sąd wskazał, że różgi liktorskie propagują ideologię faszystowską, krzyż celtycki stanowi symbol neofaszystowski, natomiast symbol „Zakazu pedałowania” wskazuje co najmniej na głoszenie nietolerancji społecznej.

W ocenie Sądu, zmiany symboli graficznych mogą być niezgodne z art. 8 ustawy o partiach politycznych [dalej: u.p.p.]. Przepis ten stanowi, że partia polityczna powinna kształtować swoje struktury oraz zasady działania zgodnie z zasadami demokracji, w szczególności przez zapewnienie jawności tych struktur, powoływanie organów partii w drodze wyborów i podejmowanie uchwał większością głosów. Jak się wydaje, wątpliwość Sądu dotyczyła zgodności wskazanych we wniosku symboli graficznych z zasadami demokracji, o których mowa w powyższym przepisie¹. Należy zauważyć, że

* Postanowienie wraz z uzasadnieniem zawierającym zdania odrębne zostało opublikowane w „Orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2011, seria A, nr 3, poz. 27.

¹ W literaturze zwraca się uwagę na niespójność, czy wręcz niezgodność cytowanego przepisu (art. 8 ustawy o partiach politycznych) z konstytucją (zwłaszcza przepisami art. 11 i 13). Wątek ten nie będzie jednak przeze mnie szerzej rozpatrywany, ponieważ analizował go już M. Krzeziński; zob. tegoż, *Kontrola konstytucyjności celów i działalności partii politycznych w Polsce*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga Jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004, s. 119–120. Por. także wyrok TK z 8 marca 2000 r., sygn. akt Pp 1/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 58.

zgodnie z przepisem art. 188 pkt 4 Konstytucji TK orzeka w sprawie zgodności z konstytucją celów lub działalności partii politycznych. Powstaje więc wątpliwość, czy Sąd nie zwrócił się o zbadanie zgodności wskazanych symboli graficznych z ustawą, co nie jest przedmiotem kognicji Trybunału. Takie wątpliwości wynikają *prima facie* z rekonstrukcji wniosku Sądu, zwłaszcza że uzasadnienie wniosku Sądu jest dość zwięzłe.

2. Orzeczeniu w sprawie o sygn. akt Pp 1/10 warto poświęcić uwagę, gdyż stosunkowo rzadko wpływają do Trybunału Konstytucyjnego wnioski składane przez Sąd Okręgowy w Warszawie dotyczące kontroli celów i zasad działania partii politycznych (w trybie art. 14 i art. 21 u.p.p.) lub wnioski składane przez uprawnione podmioty dotyczące celów i działalności partii politycznych (w trybie art. 42 u.p.p.). Od wejścia w życie Konstytucji RP, która potwierdziła kompetencję Trybunału do orzekania w sprawach zgodności z konstytucją celów lub działalności partii politycznych², do momentu wydania głosowanego postanowienia TK czterokrotnie miał okazję orzekać w przedmiocie zgodności z konstytucją celów i działalności partii politycznych³. Dotychczas jedynie przy okazji rozpatrywania pierwszej z tego typu spraw (sygn. akt Pp 1/99) Trybunał wydał wyrok, czyli rozpoznał sprawę merytorycznie; w pozostałych tego typu sprawach umorzył postępowanie. Również w sprawie będącej przedmiotem niniejszej glosy, Trybunał nie orzekł merytorycznie, lecz postanowił umorzyć postępowanie ze względu na niedopuszczalność wydania wyroku. Było to rezultatem uznania, iż wystąpiła ujemna przesłanka procesowa w postaci nieuzupełnienia braków formalnych wniosku przez wnioskodawcę (Sąd).

Sprawa wydaje się jednak dość złożona, czego dowodem jest fakt, że do orzeczenia tego zgłoszono pięć zdań odrębnych⁴. Nie wchodząc — na razie — w szczegółową analizę tych zdań odrębnych, warto jednak wskazać, że dotyczyły przede wszystkim zasadności umorzenia postępowania przez Trybunał Konstytucyjny.

3. W komentowanej sprawie Trybunał Konstytucyjny odniósł się po raz kolejny do niektórych istotnych problemów powstających na tle realizacji jego konstytucyjnej kompetencji do orzekania w sprawach kontroli zgodności z konstytucją celów i działalności partii politycznych (art. 188 pkt 4 Konstytucji). Trybunał podtrzymał swoje wcześniejsze ustalenia odnośnie do istoty i charakteru postępowania w tych

² Warto jednak wspomnieć, że od wejścia w życie tzw. noweli grudniowej z 1989 r. TK orzekał o sprzeczności z konstytucją celów lub działalności partii politycznej; zob. Dz.U. z 1989 r. Nr 75, poz. 444.

³ Dwukrotnie wnioskodawcą był Sąd Okręgowy w Warszawie w sprawach o sygn. akt: Pp 1/99 (wniosek o zbadanie zgodności z konstytucją zasad działania partii Chrześcijańska Demokracja III Rzeczypospolitej Polskiej) oraz Pp 1/02 (wniosek o zbadanie zgodności z konstytucją zasad działania partii Samoobrona Rzeczypospolitej Polskiej, wynikających ze zmienionego statutu partii); dwukrotnie także marszałek Sejmu w sprawach o sygn. akt: Pp 1/07 oraz Pp 1/08 (wnioski o zbadanie, czy działalność partii Samoobrona Rzeczypospolitej Polskiej polegająca na uzależnieniu biernego prawa wyborczego w wyborach do Sejmu, Senatu i Parlamentu Europejskiego z ramienia tej partii od uprzedniego podpisania weksla *in blanco* wraz z deklaracją wekslową nie stoi w sprzeczności z przepisami Konstytucji RP).

⁴ Trybunał orzekał w pełnym składzie (w tym przypadku 14-osobowym); zdania odrębne zgłosili sędziowie TK: M. Granat, M. Zubik oraz P. Tuleja, do ich stanowiska przyłączyli się sędziowie: M. Pyziak-Szafnicka i S. Wronkowska-Jaśkiewicz. Natomiast w rozpoznanej wcześniej przez TK sprawie o sygn. akt Pp 1/08 złożono dwa zdania odrębne.

sprawach⁵. Przypomniawszy też, iż kontrola zgodności z konstytucją w omawianym zakresie realizowana jest w dwóch formach: prewencyjnej (określanej niekiedy jako profilaktyczna) oraz represyjnej (zwanej również następczą). Wniosek Sądu należy do prewencyjnej formy kontroli. Kontrola prewencyjna jest realizowana przez Trybunał w dwu sytuacjach: wyłącznie na wniosek Sądu, gdy partia polityczna ubiega się o wpis do ewidencji partii politycznych prowadzonej przez Sąd (art. 14 u.p.p.) oraz gdy zgłoszenie do Sądu dotyczy wpisania do ewidencji zmian w statucie partii (art. 21 u.p.p.). W obu sytuacjach cel kontroli prewencyjnej dokonywanej przez TK jest ten sam (chodzi o zapobieżenie naruszeniu konstytucji przez partię polityczną).

Stanowisko TK we wspomnianej wcześniej kwestii nie budzi wątpliwości. Można przyjąć, że kontrola represyjna — jako kontrola następcza — dotyczy działalności partii politycznych. Przy tego typu kontroli Trybunał wychodzi jednak poza funkcję sądu prawa. Jak wykazała dotychczasowa praktyka orzecznicza, orzekanie w sprawach zgodności z konstytucją celów, a zwłaszcza działalności partii politycznych, sprawia TK pewne trudności, gdyż nie ma on instrumentów prawnych do badania stanów faktycznych związanych z ewentualnym naruszeniem konstytucji w sferze działalności partii politycznych⁶.

Trudności sprawia też kwestia jednolitego i koherentnego odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania karnego przy rozpoznawaniu wniosków w sprawie zgodności z konstytucją działalności partii politycznych na podstawie art. 57 ustawy o Trybunale, a zarazem odpowiedniego stosowania przepisów kodeksu postępowania cywilnego, zgodnie z art. 20 ustawy o Trybunale.

Warto nadmienić, że art. 14 u.p.p. obliguje Sąd do wystąpienia z wnioskiem do TK w razie powstania wątpliwości co do zgodności z konstytucją celów lub zasad działania partii politycznej, określonych w statucie lub programie partii, co wydaje się zrozumiałe. Odmienne jednak stanowi przepis art. 21 u.p.p., a mianowicie, wprowadzenie przez partię polityczną do statutu zmian niezgodnych z postanowieniami art. 8 u.p.p. nie obliguje Sądu do wystąpienia do Trybunału. Sąd może bowiem wystąpić do TK, gdy pojawią się wątpliwości co do konstytucyjności uzupełnień treści statutu (fakultatywny charakter wniosku Sądu).

W omawianym postanowieniu TK podtrzymał stanowisko, iż „kontrola prewencyjna ma charakter abstrakcyjny i w istocie zbliża się do kontroli zgodności aktów normatywnych z Konstytucją”, ponieważ działania Trybunału polegają na wykładni statutu, programu i innych dokumentów, na podstawie których ma się opierać działalność partii politycznej i na podstawie których są rekonstruowane cele i zasady działania partii⁷. Mimo pewnych wątpliwości stanowisko, które zajął Trybunał Konstytucyjny, jest trafne. Przesądza o tym art. 56 ustawy o Trybunale, stanowiący, że wnioski w sprawie

⁵ Por. postanowienie TK z 16 lipca 2003 r., sygn. akt Pp 1/02, OTK ZU 2003, seria A, nr 6, poz. 71.

⁶ Por. postanowienie TK z 25 kwietnia 2007 r., sygn. akt Pp 1/07, OTK ZU 2007, seria A, nr 4, poz. 47. W celu zebrania i utrwalenia dowodów TK — formułując dziesięć pytań — zlecił prokuratorowi generalnemu przeprowadzenie dochodzenia w sprawie działalności partii Samoobrona RP we wskazanym przez siebie terminie.

⁷ Por. postanowienie TK z 16 lipca 2003 r., sygn. akt Pp 1/02, OTK ZU 2003, seria A, nr 6, poz. 71.

zgodności z konstytucją celów lub działalności partii politycznych, określonych w statucie lub programie, Trybunał rozpoznaje na zasadach i w trybie przewidzianym dla rozpoznawania wniosków w sprawie zgodności aktów normatywnych z konstytucją.

4. Umarzając postępowanie w sprawie Pp 1/10 Trybunał oparł swoje uzasadnienie na następujących argumentach. W pierwszej kolejności Trybunał rozstrzygnął wątpliwość wskazaną przez prokuratora generalnego i stwierdził, iż w niniejszej sprawie dopuszczalne jest, w trybie art. 14 ust. 1 u.p.p., wystąpienie przez Sąd do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności celów lub zasad działania partii politycznej z konstytucją ze względu na zgłoszone do rejestracji symbole graficzne partii. Trybunał ustalił też, że wątpliwości konstytucyjne Sądu wiążą się ze wspomnianymi wcześniej symbolami graficznymi, które chce zarejestrować partia NOP.

W dalszej kolejności Trybunał podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko w zakresie relacji przepisów konstytucji i ustawy o partiach politycznych⁸. Stwierdził: „Konstytucja tworzy materialnoprawną podstawę kontroli zgodności z ustawą zasadniczą celów lub działalności partii politycznych, jednakże tryb tej kontroli konkretyzuje ustawa o partiach politycznych”. Trybunał potwierdził także, iż statut — uchwalany przez zgromadzenie ogólne członków partii lub zgromadzenie ich demokratycznie wybranych przedstawicieli — jest w świetle ustawy o partiach politycznych dokumentem, w którym partia polityczna określa swoje cele, strukturę i zasady działania. Statut, jako podstawa programowo-organizacyjna partii politycznej, jest dokumentem koniecznym do dokonania wpisu do ewidencji i staje się przedmiotem badania w toku sądowego postępowania co do zgodności celów lub działalności partii z konstytucją⁹.

W dalszej części uzasadnienia, podsumowując swoje wywoły, Trybunał Konstytucyjny potwierdził swoją kompetencję do orzekania w niniejszej sprawie i dokonał oceny, iż „nowe symbole, które partia zamierza wpisać do rejestru, są relewantne z perspektywy celów lub zasad działania partii”, natomiast „ocenie Trybunału Konstytucyjnego w ramach kontroli sprawowanej w trybie prewencyjnym podlegają treści, jakie wyrażają te znaki”. Swoje stanowisko Trybunał uzasadnił faktem, iż tożsamość ideowa partii politycznej jest określana poprzez „treści płynące zarówno ze statutu, jak i z programu oraz innych dokumentów, w tym również z symboli graficznych partii politycznej”.

Natomiast podstawą umorzenia postępowania przez TK było niespełnienie wymogów formalnych wniosku, polegające na braku dostatecznego uzasadnienia postawio-

⁸ Por. wyrok TK z 8 marca 2000 r., sygn. akt Pp 1/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 58.

⁹ W uchwale TK z 6 października 1993 r., sygn. akt W 15/92 (OTK 1993, cz. II, poz. 49) TK stwierdził: „[...] ustalenie celów partii politycznych w oparciu o statuty lub programy partii jest czynnością rodzajowo zbliżoną z dokonywaniem wykładni prawa w oparciu o obowiązujące przepisy. Trybunał Konstytucyjny w drodze interpretacji tekstów statutów lub programów może więc ustalić cele deklarowane przez partie polityczne, a następnie porównując te cele mające charakter wypowiedzi powinnościowych z normami konstytucyjnymi może dokonać prawnie relewantnej oceny ich zgodności z normami konstytucyjnymi.” Trybunał ocenił, że „ustalenie celów partii politycznych na podstawie statutu i programu, jest czynnością zbliżoną do ustalania normatywnych znaczeń aktów prawnych, co stanowi podstawowy zakres działań Trybunału Konstytucyjnego. Oczywiście statuty i programy nie zawierają norm prawnych. Jednakże wypowiedzi zamieszczone w statutach czy programach mają charakter powinnościowy.”

nych zarzutów i niepowołanie dowodów na ich poparcie, tj. niespełnienie wymogów określonych w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Trybunał stwierdził, iż obowiązkiem Sądu — jako organu inicjującego postępowanie — było uzasadnienie, że kwestionowane symbole mają charakter faszystowski (są nośnikiem symboliki faszystowskiej). Nie wystarczy bowiem domniemanie, że mają taki charakter. Trybunał uznał, że w odniesieniu do symbolu graficznego „Zakaz pedałowania” Sąd w ogóle nie rozwinął argumentacji na poparcie swojego zarzutu, a jedynie przedstawił ogólnikowe stwierdzenie, iż symbol ten „co najmniej wskazuje na głoszenie przez partie nietolerancji społecznej”; w odniesieniu do symbolu graficznego „Krzyża i Miecza” Trybunał stwierdził, że orzekanie jest niedopuszczalne, ponieważ przedłożone jako dowód w sprawie wydruki z Wikipedii nie odnoszą się w ogóle do tego symbolu; w zakresie zarzutu odnoszącego się do symboli graficznych „Orła w koronie z różgami liktorskimi i toporkiem” oraz „Krzyża celtyckiego” Trybunał stwierdził niespełnienie wymogów formalnych, określonych w art. 32 ust. 1 pkt 4 ustawy o Trybunale, ponieważ Sąd oparł się w swojej argumentacji przede wszystkim na wiedzy powszechnej przedstawiając wydruki ze strony internetowej partii NOP oraz Wikipedii. Zasadniczy brak, zdaniem Trybunału, stanowi okoliczność, iż Sąd, przedkładając wydruki z Wikipedii, w żaden sposób „nie powiązał ich z przedłożonymi wydrukami ze strony internetowej partii”, a także „nie wskazał w szczególności na tożsamość symboli, do których zarejestrowania partia zmierza, z tymi, które w ocenie sądu są nośnikami treści faszystowskich, czy neofaszystowskich, a które opisane są w wikipedii”. Ponadto Trybunał podniósł, że faszystowski czy neofaszystowski charakter wskazanych symboli graficznych, którymi zamierza się posługiwać partia NOP, „nie jest na tyle oczywisty, aby dowodzenie tej okoliczności można było zastąpić surogatem udowodnienia w postaci notoryjności”.

5. Członkowie składu orzekającego TK, którzy zgłosili zdania odrębne, nie kwestionowali zasadności umorzenia postępowania. Swoje zdania odrębne opierali albo na odmiennej od dokonanej przez Trybunał rekonstrukcji uzasadnienia Sądu, albo też wskazywali na odmienną naturę wymienionych wcześniej symboli graficznych oraz ich interpretacje w świetle przepisów konstytucji i ustawy o partiach politycznych. Sędzia Marek Zubik zaaprobował przesłankę umorzenia postępowania przez Trybunał, trafnie przy tej okazji podnosząc, że w postępowaniu prowadzonym w sprawie kontroli celów i działalności partii politycznych nie należy zawęzać wzorców kontroli wyłącznie do art. 11 i 13 Konstytucji, skoro w art. 188 pkt 4 Konstytucji jest mowa o zgodności z konstytucją celów lub działalności partii politycznych.

Sędzia Mirosław Granat wskazał jako przesłankę umorzenia postępowania brak konstytucyjnej legitymacji Sądu do występowania z wnioskiem do Trybunału wskutek braku konstytucyjnego przepisu upoważniającego Sąd do złożenia wniosku. Podniósł w szczególności, że wszczynanie postępowania przed Trybunałem należy do materii konstytucyjnej, ponieważ jest to kompetencja o charakterze ustrojowym. W swojej argumentacji wskazał, że z analizy przepisów konstytucji nie wynika, aby wyliczenie kręgu podmiotów uprawnionych do inicjowania postępowania przed TK

miało charakter przykładowy; przeciwnie — ma charakter zupełny (taksatywne wyliczenie). Skoro bowiem, jak ustalił Trybunał, wystąpienie Sądu w sprawach o zbadanie zgodności z konstytucją celów i zasad działania partii politycznej ma charakter wniosku, a Sąd nie jest wymieniony w art. 191 ust. 1 Konstytucji, to znaczy, że ustawa „uzupełniła” materię konstytucyjną określoną w powyższym przepisie konstytucji, naruszając tym samym konstytucję. Pogląd sędziego M. Granata jest więc, moim zdaniem, trafny. Należy jednak wziąć pod uwagę, że problem przez niego podniesiony nie był przedmiotem zaskarżenia, gdyż Sąd nie wnosił o zbadanie zgodności odpowiedniego przepisu ustawy o partiach politycznych z art. 191 ust. 1 Konstytucji. Rodzi się więc poważna wątpliwość, czy Trybunał mógłby z tego powodu umorzyć postępowanie.

Sędziowie Piotr Tuleja, Małgorzata Pyziak-Szafnicka i Sławomira Wronkowska-Jaśkiewicz jako przesłankę umorzenia wskazali fakt, iż zgłoszenie nowych, dodatkowych znaków graficznych partii w ogóle nie ma związku ze zmianami w statucie, ponieważ statut tej partii nie obejmuje symboli, którymi partia polityczna się posługuje. W ocenie sędziów nie chodzi więc o zmianę treści statutu. Skoro więc wyłącznie przesłanka zmiany statutu upoważnia Sąd do wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do partii znajdującej się w ewidencji partii politycznych, to w omawianej sprawie Sąd przekroczył upoważnienie ustawowe, gdyż nie był podmiotem legitymowanym do wystąpienia z wnioskiem do Trybunału.

Większość sędziów, którzy zgłosili zdania odrębne odniosła się krytycznie do wskazanej przez Trybunał Konstytucyjny przesłanki postanowienia o umorzeniu postępowania. Stwierdzili, że Trybunał powinien był w omawianej sprawie samodzielnie ustalić znaczenie symboli graficznych, wskazanych przez partię NOP w zawiadomieniu „o zmianie” statutu. Sędzia P. Tuleja stwierdził: „Nie można przyjąć, że to wyłącznie na sądzie wnioskującym spoczywał obowiązek ustalenia znaczenia symboli i wykazania, że symbole te są niezgodne z prawem”. Zdaniem sędziego M. Granata: „Rola TK nie jest ocena zasadności zarzutów podnoszonych przez sąd okręgowy, ale samodzielne zbadanie sprawy i rozstrzygnięcie danej kwestii w postępowaniu dotyczącym wpisów do ewidencji partii politycznych”.

Podzielam powyższy pogląd, a w każdym razie sądzę, że Trybunał powinien być bardziej aktywny w ustaleniu charakteru prawnego wspomnianych symboli graficznych. Dopiero bowiem po takim ustaleniu można przyjąć, jaka jest relacja symboli graficznych ze statutem i dokumentami programowymi.

6. Sąd wskazał art. 21 u.p.p. jako podstawę prawną swojego wniosku do Trybunału, natomiast Trybunał uznał, że Sąd wystąpił z wnioskiem w trybie art. 14 ustawy. Wydaje się, że niektóre przepisy ustawy o partiach politycznych nie są dostatecznie jasne. Chodzi tu na przykład o sytuację, w której partia występuje o zarejestrowanie określonych symboli, tj. wnosi o formalne potwierdzenie przez Sąd możliwości posługiwania się nimi (do jej wyłącznego korzystania). Nie wymaga to formalnej zmiany statutu, gdyż są to znaki dodatkowo identyfikujące partię polityczną. Jednak symbole, logotypy czy inne znaki identyfikacyjne, świadczące o tożsamości partii

politycznej, mogą być określone w statucie. Wydaje się więc, że przepisy ustawy przesądzają, iż musi dojść uprzednio do „zmiany statutu”, uwzględniającego wspomniane symbole graficzne, by Sąd miał prawo wystąpić do Trybunału Konstytucyjnego.

Jednoznaczna ocena wniosku partii NOP o zarejestrowanie wspomnianych dodatkowych symboli graficznych identyfikujących tę partię może rodzić szereg wątpliwości: czy dotyczy to zmian w statucie partii politycznej, czy też symbole te są częścią działalności partii. Trudno jednoznacznie rozstrzygnąć, czy podstawę prawną wspomnianego wniosku partii NOP stanowi art. 14, art. 21, czy też być może art. 42 u.p.p. Każdy z tych przepisów tworzy odrębną podstawę prawną wniosku Sądu; inaczej kształtuje się kwestia wymogów, które powinien spełnić Sąd, różne też będą w przypadku każdej z tych podstaw prawnych skutki orzeczenia TK. W uzasadnieniu do postanowienia (sygn. akt Pp 1/10) Trybunał stwierdził: „nowe symbole, które partia zamierza wpisać do rejestru, są relewantne z perspektywy celów lub zasad działania partii. Ocenie Trybunału Konstytucyjnego w ramach kontroli sprawowanej w trybie prewencyjnym podlegają treści, jakie wyrażają te znaki. Treści płynące zarówno ze statutu, jak i z programu oraz innych dokumentów, w tym również z symboli graficznych partii politycznej, określają jej tożsamość ideową”. W konsekwencji Trybunał uznał jednocześnie legitymację Sądu do wystąpienia z wnioskiem w przedmiotowej sprawie oraz dopuszczalność swojej kognicji.

Nieprzypadkowo zagadnienie charakteru prawnego wskazanych przez Sąd symboli graficznych partii NOP było źródłem problemów Sądu, czego dowodzą jego odpowiedzi na trzykrotne zarządzenia prezesa TK, aby Sąd sprecyzował, czy domaga się kontroli zgodności celów czy także kontroli działalności partii politycznej NOP. Trudności sprawiło wnioskodawcy również uzasadnienie postawionego zarzutu niezgodności z konstytucją celów partii politycznej oraz powołanie dowodów na poparcie tej tezy. Warto zwrócić uwagę na wspomniane trudności Sądu. Stanowią one bowiem — moim zdaniem — sygnał, że w niektórych przypadkach ustawa o partiach politycznych nie jest wystarczającą podstawą prawną prawidłowego zaklasyfikowania określonych sytuacji faktycznych. Właśnie w omawianej sprawie można postawić pytanie: czy symbol graficzny stanowi załącznik do statutu (jest elementem statutu), czy jest raczej elementem charakteryzującym działalność partii politycznej. Trudności Sądu nie były przypadkowe. Trudno zakwalifikować tego typu symbole graficzne do którejsz z konstytucyjnych i ustawowych przesłanek umożliwiających rozpoznanie wniosku przez Trybunał.

7. Komentowana sprawa jest okazją do refleksji nad zagadnieniem kognicji TK w zakresie kontroli celów i zasad działania partii politycznych. W sprawie o sygn. akt Pp 1/10 dotyczącej nowych symboli graficznych partii NOP wystąpiło wiele ciekawych wątków; zostały one zresztą podjęte przez Trybunał bądź przez sędziów, którzy zgłosili zdania odrębne. Zdania odrębne odczytuję jako pewien sposób uzupełnienia wywodów Trybunału. Stanowią one także potwierdzenie pewnych wahań TK co do kierunku rozstrzygnięcia. Są jednak także odbiciem niespójności samej konstrukcji prawnej orzekania przez Trybunał w sprawach dotyczących zgodności z konstytucją celów lub działalności partii politycznych.

Podzielał pogląd sędziego P. Tulei, który stwierdził, iż „Trybunał Konstytucyjny nie powinien stawać się instancją kontrolną dla rozstrzygania szczegółowych kwestii rejestrowych”, gdyż kwestie te „powinny być rozstrzygane samodzielnie przez sąd i kontrolowane w trybie apelacji przez sąd odwoławczy w oparciu o art. 12 ust. 5 ustawy o partiach politycznych”. W sytuacji stanowiącej podstawę sprawy rozpoznawanej przez TK, Sąd dysponował ustawowym upoważnieniem do indywidualnej i samodzielnej oceny zgodności z przepisami prawa symboli graficznych zgłoszonych przez partię polityczną. Podstawę taką stanowi przepis art. 12 ust. 1 u.p.p. Kwestia zgodności proponowanych przez partię symboli z przepisami prawa mogła być rozstrzygnięta przez Sąd, bez konieczności zwracania się do Trybunału Konstytucyjnego.

Lech Jamróz

Orzecznictwo innych sądów

GŁOSA DO WYROKU MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

z dnia 3 lutego 2012 r. w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa
(Republika Federalna Niemiec przeciwko Republice Włoskiej)

1. Wyrok Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 3 lutego 2012 r. w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa (Republika Federalna Niemiec przeciwko Republice Włoskiej) zasługuje na szczególną uwagę, ponieważ porusza wiele istotnych oraz kontrowersyjnych kwestii prawa międzynarodowego. Rozstrzygnięcie głównego organu sądowniczego Organizacji Narodów Zjednoczonych stosunkowo szybko spotkało się komentarzami zarówno ze strony mediów¹, jak i doktryny². W opinii ministra spraw zagranicznych RFN wyrok stanowi „wyjaśnienie [niem. Klärung], które było nie tylko w interesie Niemiec, ale w interesie całej społeczności międzynarodowej państw”³.

2. Głosowany wyrok zapadł na tle następującego stanu faktycznego. W Republice Włoskiej w okresie od 2004 r. zapadło wiele rozstrzygnięć sądowych niekorzystnych dla RFN w związku z naruszeniami międzynarodowego prawa humanitarnego [dalej: MPH] popełnionymi przez III Rzeszę podczas II wojny światowej. Kluczowym orzeczeniem w tym zakresie był wyrok włoskiego Sądu Kasacyjnego (odpowiednik polskiego Sądu Najwyższego) z marca 2004 r. w sprawie Ferrini, dotyczącej roszcze-

¹ *Haga ratuje Niemcy*, „Gazeta Wyborcza”, 4–5 luty 2012 r., s. 11; *Nie pozwiesz RFN przed polski sąd*, „Rzeczpospolita”, 4–5 luty 2012 r., s. A10.

² Ch.I. Keitner, *Germany versus Italy: The International Court of Justice Affirms Principles of State Immunity*, „ASIL Insights”, February 12, 2012, t. 16; M. Milanovic, *Germany v. Italy: Germany Wins*, February 3, 2012, Ch.I. Keitner, *Germany v. Italy: A View from the United States*, February 15, 2012; A. Bianchi, *On Certainty*, February 16, 2012 — wszystkie dostępne na stronie <<http://www.ejiltalk.org>>.

³ Dostępne na stronie <www.auswaertiges-amt.de/DE/Infoservice/Presse/Meldungen/2012/120203-IGH_ITA.html>.

nia o odszkodowanie za pracę przymusową na terenie III Rzeszy, w którym stwierdzono, że immunitet nie ma zastosowania w sytuacji, gdy zachowanie będące przedmiotem skargi stanowi międzynarodową zbrodnię (pkt 27). Przedmiotowa teza została potwierdzona przez Sąd Kasacyjny w październiku 2008 r. w sprawie Milde dotyczącej masakry popełnionej przez niemieckie siły zbrojne w jednej z włoskich wiosek w czerwcu 1944 r. (pkt 29). Istotne dla omawianej sprawy są również rozstrzygnięcia sądów greckich. Wyrokiem z września 1997 r. grecki sąd pierwszej instancji wydał orzeczenie nakazujące zapłatę odszkodowania przez państwo niemieckie za masakrę ludności cywilnej przeprowadzoną przez wojska hitlerowskie w greckiej wiosce Distomo w czerwcu 1944 r. Rozstrzygnięcie to zostało podtrzymane przez grecki Sąd Najwyższy, jednak wyrok nie został poddany egzekucji z uwagi na wynikający z greckiego kodeksu postępowania cywilnego wymóg zgody ministra sprawiedliwości na egzekwowanie wyroków przeciwko państwu obcemu, który nie został spełniony (pkt 30). Skarżący podjęli próbę egzekwowania wyroku w Niemczech, ale federalny Sąd Najwyższy w rozstrzygnięciu z czerwca 2003 r. uznał, że wykonanie wyroku sądu greckiego jest niemożliwe wobec faktu, że został on wydany z naruszeniem immunitetu jurysdykcyjnego RFN (pkt 32). W konsekwencji sprawa została wniesiona przez skarżących zarówno przeciwko RFN, jak i Republice Grecji do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [dalej: ETPC]. Strasburski trybunał w decyzji z 12 grudnia 2002 r. uznał ją za niedopuszczalną, powołując się na zasadę immunitetu jurysdykcyjnego państwa (sprawa Kalogeropoulou i inni przeciwko Grecji i Niemcom, nr skargi 59021/00). Jednak greccy skarżący odnieśli częściowy sukces podejmując próbę egzekwowania korzystnych dla nich rozstrzygnięć przed sądami włoskimi. Wyrokami z maja 2005 r. oraz z czerwca 2006 r., podtrzymanymi przez włoski Sąd Kasacyjny orzeczeniami z 2008 r. i 2011 r., sąd apelacyjny we Florencji uznał, że zarówno nakaz zwrotu kosztów sądowych nałożony na RFN przez grecki Sąd Najwyższy, jak i nakaz zapłaty odszkodowania są egzekwowalne na terytorium Włoch (pkt 33 i 34). W konsekwencji greccy skarżący wnieśli o zajęcie niemieckiej własności Villa Vigoni. Wniosek nie został zrealizowany z uwagi na uchwalenie przez Włochy w latach 2010–2011 aktów prawnych zawieszających postępowanie w tego rodzaju przypadkach do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (pkt 35).

3. Wnosząc skargę do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości [dalej: MTS] 23 grudnia 2008 r. RFN podniosła nieprzestrzeganie immunitetu jurysdykcyjnego państwa niemieckiego przez Republikę Włoską na skutek: 1) pozwoleń, aby roszczenia cywilne oparte na naruszeniach MPH przez III Rzeszę podczas II wojny światowej były podnoszone przeciwko RFN; 2) podjęcia środków przymusowych przeciwko niemieckiej własności (Villa Vigoni) używanej do celów niekomercyjnych; 3) uznania wyroków sądów greckich dotyczących naruszeń, o których mowa w pkt. 1, egzekwowalnymi we Włoszech. RFN domagała się uznania, że Włochy nie przestrzegały prawa międzynarodowego i powinny przez odpowiednie środki zagwarantować, że decyzje sądów włoskich lub innych organów naruszających niemiecki immunitet nie będą egzekwowane, a w przyszłości sądy włoskie nie będą naruszały immunitetu

RFN. Jako podstawę jurysdykcji MTS do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy RFN powołała art. 1 Europejskiej konwencji o pokojowym rozwiązywaniu sporów z 29 kwietnia 1957 r. (pkt 1). W odpowiedzi Włochy domagały się odrzucenia roszczeń RFN oraz wystąpiły z roszczeniem wzajemnym [ang. *counter-claim*], dotyczącym reparacji dla włoskich ofiar masowych naruszeń MPH popełnionych przez wojska III Rzeszy. Zarządzeniem z 6 lipca 2010 r. MTS uznał roszczenie wzajemne Włoch za niedopuszczalne. W dniu 13 stycznia 2011 r. Republika Grecka zwróciła się do Trybunału o wyrażenie zgody na udział w postępowaniu jako strona trzecia. Zarządzeniem z 4 lipca 2011 r. MTS dopuścił udział Grecji, jako strony trzeciej, w postępowaniu.

W wyroku z 3 lutego 2012 r. MTS uznał skargę niemiecką za dopuszczalną oraz stosunkiem głosów 12:3 stwierdził naruszenie prawa międzynarodowego. Do wyroku dołączonego zostały: opinie odrębne [ang. *dissenting opinion*] sędziego *ad hoc* G. Gai, sędziego A. Cançado Trindade i A. Yusufa oraz opinie indywidualne [ang. *separate opinion*] sędziego A. Koromy i K. Keitha.

4. Przed analizą uzasadnienia wyroku warto w sposób skrótowy odwołać się do dwóch zarządzeń wydanych w postępowaniu przez MTS. Jak wskazano, Trybunał uznał roszczenie wzajemne Włoch — dotyczące niezrealizowania przez RFN obowiązku reparacji względem obywateli włoskich w związku z masowymi naruszeniami MPH popełnionymi przez wojska III Rzeszy podczas II wojny światowej — za niedopuszczalne. Przedmiotową skargę MTS rozpatrywał na podstawie art. 80 regulaminu MTS, który określa możliwość przedkładania roszczenia wzajemnego, jeżeli mieści się ono w jego jurysdykcji oraz jest bezpośrednio powiązane z przedmiotem skargi drugiej strony (pkt 12–16). W rozstrzygnięciu, stosunkiem głosów 13:1, MTS stwierdził, że jego jurysdykcja w przedmiotowej sprawie nie obejmuje włoskiego roszczenia wzajemnego, ponieważ dotyczy ono faktów i sytuacji istniejących przed wejściem w życie europejskiej Konwencji o pokojowym rozwiązywaniu sporów, stanowiącej podstawę jurysdykcji Trybunału w sporze (pkt 30–35). Odwołał się przy tym do art. 27a Konwencji, który określa, że nie ma ona zastosowania do „sporów dotyczących faktów lub sytuacji przed wejściem w życie Konwencji między stronami sporu” (pkt 17). W dołączonej do zarządzenia wspólnej deklaracji sędziowie K. Keith i C. Greenwood stwierdzili, że Włochy nie dowiodły w żadnym stopniu istnienia sporu z RFN dotyczącego reparacji po 1961 r. (data wejścia w życie europejskiej Konwencji o pokojowym rozwiązywaniu sporów). Zaprezentowali oni pogląd, że kluczowe dla rozstrzygnięcia roszczenia wzajemnego fakty i sytuacje dotyczą okresu 1943–1947 r. i dlatego Trybunał nie ma jurysdykcji *ratione temporis* (pkt 13–17). Do zarządzenia została dołączona opinia odrębna sędziego A. Cançado Trindade (4-krotnie obszerniejsza niż samo zarządzenie), której pełne przedstawienie wykracza poza ramy tej glosy. Sędzia Cançado Trindade wskazał m.in., że Trybunał powinien był zorganizować publiczne wysłuchanie przed wydaniem zarządzenia (pkt 30) oraz uznać porozumienie dwustronne między RFN a Republiką Włoską z 1961 r. za kluczowe wydarzenie rozpoczynające nową trwającą sytuację [ang. *continuing situation*] (pkt 105) między stronami. W jego opinii, zrzeczenie się roszczeń przez Włochy w Traktacie pokojowym z 1947 r.

nie dotyczyło zbrodni wojennych (pkt 107–110) i nie mogło dotyczyć zrzeczenia się roszczeń w imieniu jednostek (pkt 124). Sędzia *ad hoc* G. Gaja w deklaracji dołączonej do zarządzenia MTS zauważył, że zgodnie z wymogami art. 80 regulaminu MTS wysłuchanie ustne stron powinno się było odbyć przed wydaniem rozstrzygnięcia.

Zarządzeniem z 4 lipca 2011 r. MTS dopuścił udział Grecji, jako strony trzeciej w postępowaniu. Wniosek o udział w postępowaniu Grecja uzasadniała koniecznością przedstawienia aspektów proceduralnych, dotyczących rozstrzygnięć sądowych wydanych przez greckie sądy oraz ich egzekwowaniem na terenie Włoch (pkt 2). Żadna ze stron postępowania nie zgłosiła sprzeciwu wobec tego wniosku (pkt 5). W tym kontekście Trybunał przywołał swoje wcześniejsze orzecznictwo zakładające, że „państwo, które interweniuje, powinno zidentyfikować interes prawny, który w jego opinii może być naruszony [ang. *affected*] przez wyrok sądu, oraz pokazać, w jaki sposób ten interes może być naruszony”. Przypomniawszy również, że to MTS decyduje o zasadności wniosku o udział w postępowaniu oraz określa warunki i zakres takiego udziału (pkt 22). W tym kontekście odnotował, że przy rozstrzyganiu postępowania głównego może być zmuszony do odniesienia się do wyroków greckich sądów w sprawie *Distomo* w celu określenia, czy włoskie sądy naruszyły immunitet RFN decydując o nadaniu wykonalności tym pierwszym decyzjom. Z tego względu uznał, że Grecja ma interes prawny, który może być naruszony w postępowaniu (pkt 25–26). Wskazał również, że cel greckiej interwencji, tj. poinformowanie o zakresie interesu prawnego, który może zostać naruszony, jest zgodny z funkcją interwencji (pkt 29). Zauważył, że nie ma konieczności ustalenia podstawy jurysdykcyjnej między państwem wnioskującym o udział w postępowaniu, jako stroną trzecią, a jego stronami (pkt 31). Podsumowując, stwierdził stosunkiem głosów 15:1, że Grecja może być stroną trzecią w postępowaniu w zakresie, w jakim interwencja będzie ograniczona do rozstrzygnięć greckich sądów (pkt 32). W deklaracji dołączonej do zarządzenia sędzia *ad hoc* G. Gaja podniósł brak interesu prawnego Grecji w postępowaniu wobec faktu, że sądy włoskie nie były zobowiązane do nadania wykonalności rozstrzygnięciom greckim na terytorium Włoch i dysponowały w tym zakresie uprawnieniami dyskrecyjnymi.

5. W uzasadnieniu wyroku MTS najpierw skoncentrował się na kwestii zakresu przedmiotowego sporu oraz swojej jurysdykcji, a następnie dokonał merytorycznej oceny argumentów stron. Odnotował, że nawet brak zastrzeżeń Włoch w zakresie jurysdykcji nie zwalnia go z obowiązku weryfikacji własnej jurysdykcji do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy (pkt 40). Zauważył, że europejska Konwencja o pokojowym rozwiązywaniu sporów określała wymogi *ratione materiae* (istnienie międzynarodowych sporów prawnych, ang. *international legal disputes*) oraz *ratione temporis* (sprawy dotyczące faktów lub sytuacji po wejściu w życie konwencji, tj. po 18 kwietnia 1961 r.). MTS podsumował, że przedmiotowe przesłanki zostały spełnione (pkt 44). Natomiast odnosząc się do zakresu przedmiotowego, stwierdził, że po odrzuceniu włoskiego roszczenia wzajemnego, jego zadaniem nie jest ocena, czy RFN ma obowiązek zapłaty reparacji w stosunku do ofiar zbrodni popełnionych przez III Rzeszę (pkt 48), ale ocena — w świetle podnoszonych przez Włochy argumentów

— czy istnienie i zakres immunitetu jurysdykcyjnego państwa może być uzależnione od niewypełnienia przez państwo obowiązku zapłaty reparacji (pkt 50).

Odnosząc się do pierwszego zarzutu przedstawionego przez RFN, MTS odnotował, że bezsporny jest fakt poważnych naruszeń prawa konfliktów zbrojnych przez organy III Rzeszy w latach 1943–1945 (pkt 52). Nie jest kontrowersyjne również prawo właściwe, ponieważ obie strony uznają, że problematyka dotycząca immunitetu jest uregulowana w prawie międzynarodowym, a nie jest jedynie oparta na kurtuazji (pkt 53). Z uwagi na brak traktatu dotyczącego immunitetu jurysdykcyjnego państwa, którego stronami byłyby RFN i Włochy, MTS uznał, że wiążące dla obu tych państw normy mogą wynikać wyłącznie z prawa zwyczajowego. Nie odniósł się przy tym do innych źródeł prawa międzynarodowego, w szczególności do zasad ogólnych prawa (pkt 54). Następnie określił podstawowe wymogi dla stwierdzenia prawa zwyczajowego, tj. istnienie praktyki państw oraz przekonania o jej wiążącym charakterze (*opinio iuris*). Trybunał wyjaśnił, że w kontekście przedmiotowej sprawy za praktykę państw można uznać wyroki sądów krajowych dotyczące immunitetu państwa, prawo krajowe w tym zakresie, roszczenia dotyczące immunitetu państwa podnoszone przed sądami obcymi oraz oświadczenia składane przez państwa w kontekście prac nad problematyką immunitetu państwa w ramach Komisji Prawa Międzynarodowego [dalej: KPM] oraz przy ratyfikowaniu Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państw i ich własności z 2004 r. *Opinio iuris* można natomiast — według MTS — zrekonstruować na podstawie twierdzeń państw domagających się uznania ich immunitetu, jak również faktu przyznawania lub nieprzyznawania immunitetu przez państwa (pkt 55). Co ciekawe, w tym wyliczeniu MTS nie uznał szczególnego znaczenia rozstrzygnięć trybunałów międzynarodowych. Odwołał się do prac KPM, wskazując, że były one oparte na rozległej praktyce państw. Z tego względu podzielił pogląd Komisji, że immunitet państwa jest regułą międzynarodowego prawa zwyczajowego (pkt 56). Stwierdził, że przedmiotowa norma wynika z zasady suwerennej równości państw, która stanowi jedną z fundamentalnych zasad międzynarodowego porządku prawnego (pkt 57). Przywołał swoje wcześniejsze rozstrzygnięcie w sprawie nakazu aresztowania (Demokratyczna Republika Kongo przeciwko Belgii) określające, że prawo dotyczące immunitetu ma przede wszystkim proceduralny charakter, tj. dotyczy wykonywania jurysdykcji w zakresie konkretnego zachowania i z tego względu jest zupełnie odrębne od prawa materialnego, które określa, czy konkretne zachowanie jest legalne (pkt 58).

W dalszym wywodzie MTS uznał za zasadny, wynikający z międzynarodowej praktyki, podział zachowań państwa na *acta iure gestionis* (dotyczące działalności komercyjnej) oraz *acta iure imperii* (dotyczące wykonywania suwerennych kompetencji państwa), zastrzegając przy tym, że tego rodzaju dystynkcja nie implikuje legalności ocenianego zachowania. Odnotował, iż obie strony sporu zgadzają się, że działania organów III Rzeszy, będące przedmiotem oceny włoskich sądów, miały charakter *iure imperii*, która to kategoria zachowań zasadniczo podlega ochronie wynikającej z immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Jednak Włochy przedstawiły dwa argumenty

wskazujące na niemożliwość skorzystania, w omawianym przypadku, z immunitetu państwa przez RFN.

Pierwszy z nich zakładał, że międzynarodowe prawo zwyczajowe przeszło ewolucję w taki sposób, że państwo nie jest już uprawnione do immunitetu w zakresie aktów powodujących śmierć, uszkodzenie ciała lub zniszczenie własności na terytorium państwa, nawet jeżeli dane zachowanie miało charakter *iure imperii*. Na poparcie przedmiotowej tezy Włochy zwróciły uwagę na treść art. 11 europejskiej Konwencji o immunitecie państwa oraz art. 12 Konwencji NZ w sprawie immunitetów jurysdykcyjnych państwa, która jeszcze nie weszła w życie, oraz fakt, że 9 państw, które posiada krajowe ustawodawstwo dotyczące immunitetu państwa, przewiduje analogiczne rozwiązania w tym zakresie. Ponadto Włochy zaprezentowały pogląd, że oba przywołane traktaty mają zastosowanie do zachowań sił zbrojnych, a klauzula zastrzegająca odmiennie — zawarta w art. 31 europejskiej Konwencji — dotyczy wyłącznie obecności obcych sił zbrojnych na terytorium państwa za jego zgodą (pkt 62). W tym kontekście Niemcy zajęły stanowisko, że cytowane przez Włochy przepisy nie stanowią prawa zwyczajowego oraz nie mają zastosowania w trakcie konfliktów zbrojnych (pkt 63).

Odnosząc się do przedstawionych argumentów MTS dokonał analizy dwóch przywołanych przez Włochy traktatowych reguł. W zakresie europejskiej Konwencji o immunitecie państwa z jej art. 31 oraz tzw. Raportem objaśniającym (*Explanatory Report*), sporządzonym na podstawie negocjacji, stwierdził, że konwencja ta nie ma zastosowania do naruszeń popełnionych przez siły zbrojne. Wskazał, że stanowisko to opiera się na praktyce sądów krajowych, m.in. orzeczeniu polskiego Sądu Najwyższego w sprawie Natoniewski przeciwko RFN (pkt 68). Następnie uznał, że Konwencja NZ z 2004 r. również nie ma zastosowania do konfliktów zbrojnych. Do takiej konkluzji doszedł, wobec braku tego rodzaju wyraźnego wyłączenia w tekście tej konwencji, na podstawie jej prac przygotowawczych, które — jak się wydaje — zastosował nie posiłkowo, jak wskazuje Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r.⁴, ale jako podstawową dyrektywę interpretacji. Dodatkowo pogląd ten poparł praktyką dwóch państw, które do tychczas ratyfikowały konwencję (pkt 69). Odnosząc się do przywołanej przez Włochy praktyki krajowej MTS zauważył, że dwa z 9 przypadków aktów krajowych wyraźnie wyłączają możliwości ich zastosowania do obcych sił zbrojnych, natomiast w pozostałych 7 przypadkach sądy nie stosowały ich postanowień w stosunku do zagranicznych wojsk. Dodatkowo wskazał na praktykę sądów krajowych, które w stosunkowo spójnym orzecznictwie zakładają, że państwo jest upoważnione do immunitetu w zakresie zachowań swoich sił zbrojnych, stanowiących wykonywanie władzy państwowej na terytorium innego państwa (pkt 72). MTS podkreślił, że takie stanowisko potwierdza również orzecznictwo sądów krajowych dotyczące immunitetu państwa za działania sił zbrojnych w konfliktach zbrojnych, w szczególności podczas II wojny światowej. Przywołał rozstrzygnięcia sądów francuskich, słoweńskich, polskich (sprawa Natoniewskiego), niemieckich, brazylijskich, a nawet greckich, uznając rozstrzygnięcie w sprawie Distomo, jako wyjątkowe w omawianej grupie (pkt 73–76). Podsumowując, MTS

⁴ Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

stwierdził, że zarówno praktyka państw, jak i *opinio iuris* (przy czym orzecznictwo sądów krajowych uznał za należące równocześnie do obu tych kategorii) sugerują, że prawo zwyczajowe przyznaje państwu immunitet jurysdykcyjny w postępowaniach odszkodowawczych za naruszenia, które miały zostać popełnione przez jego siły zbrojne na terytorium innego państwa. Co znaczące, odnotował, że taki pogląd jest spójny z orzecznictwem ETPC (pkt 78).

Drugi argument przedstawiony przez Włochy zakładał możliwość uznania przez sądy włoskie, że immunitet państwa nie ma zastosowania z powodu trzech przesłanek, które wystąpiły łącznie:

— akty państwa będące przedmiotem roszczeń stanowiły poważne naruszenie prawa konfliktów zbrojnych i miały charakter zbrodni wojennych lub zbrodni przeciwko ludzkości;

— naruszone zostały normy o charakterze *iuscogens*;

— skarżący nie mieli innych możliwości dochodzenia swoich roszczeń, stąd wykonywanie jurysdykcji przez sądy włoskie było jedynym dostępnym środkiem zaradczym (pkt 80).

Odnosząc się do pierwszej przesłanki MTS podkreślił, że immunitet jurysdykcyjny dotyczy nie tylko wyłączenia z podlegania niekorzystnym rozstrzygnięciom sądowym, ale również z wymogu uczestnictwa w postępowaniu sądowym (pkt 82). Następnie przeszedł do badania, czy międzynarodowe prawo zwyczajowe rozwinęło się w sposób, który zakładałby, że państwo nie jest uprawnione do skorzystania z immunitetu w przypadku poważnych naruszeń praw człowieka lub prawa konfliktów zbrojnych. Stwierdził, na podstawie orzecznictwa sądów kanadyjskich, francuskich, słoweńskich, nowozelandzkich, polskich (sprawa Natoniewskiego) oraz brytyjskich, że istnieje spójna praktyka odrzucająca tego rodzaju pogląd. Praktykę sądów włoskich uznał w tym zakresie za zupełnie wyjątkową (pkt 83–85). Jednak odrzucił konkluzje wynikające z orzecznictwa dotyczącego immunitetu jurysdykcyjnego głów państw i szefów rządów, w szczególności ze sprawy Pinocheta, odnotowując istotne różnice między dwoma rodzajami immunitetów oraz wskazując na specyfikę Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania z 1984 r., określającej ramy prawne sprawy Pinocheta (pkt 87). MTS — z jednej strony — odnotował, że w trakcie prac KPM nad projektem artykułów dotyczących immunitetu jurysdykcyjnego państwa zwrócono uwagę na istotne znaczenie problematyki roszczeń wynikających z naruszenia norm *iuscogens*, natomiast z drugiej strony, zauważył, że w trakcie prac nad konwencją NZ żadne z państw nie zaproponowało w tym zakresie ograniczenia immunitetu państwa (pkt 89). Podsumowując, stwierdził, że w świetle aktualnie obowiązującego prawa zwyczajowego państwo nie jest pozbawione immunitetu na podstawie faktu, że jest oskarżane o poważne naruszenie norm dotyczących ochrony praw człowieka lub MPH (pkt 91). Uwzględnił przy tym spójne w tym zakresie orzecznictwo ETPC.

Podjmując analizę drugiej przesłanki MTS wskazał, że jest ona oparta na założeniu istnienia konfliktu między normami *ius cogens* a normami prawa zwyczajowego

dotyczącego immunitetu państwa, co w konsekwencji miałyby powodować pierwszeństwo tych pierwszych norm. MTS nie zgodził się z tym poglądem, podkreślając, że — jego zdaniem — tego rodzaju konflikt nie istnieje, ponieważ te dwa rodzaje reguł znajdują zastosowanie do innych kwestii. Powtórzył, że normy dotyczące immunitetu państwa mają charakter proceduralny i ograniczają się do ustalenia, czy sądy jednego państwa mogą wykonywać swoją jurysdykcję w stosunku do drugiego państwa. Nie wpływają one na kwestie, czy zachowanie państwa, w zakresie którego postępowanie zostało wniesione, jest legalne (pkt 93). Z tego względu — zdaniem MTS — ustalenie, że immunitet państwa znajduje zastosowanie, nie oznacza uznania za legalną sytuacji, która powstała w wyniku naruszenia norm *ius cogens*. Stwierdził, że decyzja, iż obce państwo korzysta z immunitetu, nie jest sprzeczna z obowiązkiem dokonania reparacji w takim samym stopniu, jak nie jest sprzeczna z regułami zakazującymi pierwotnego bezprawnego aktu (pkt 94). MTS zauważył również, że dotychczasowa praktyka rozwiązywania kwestii reparacji powojennych prowadzi do wniosku o niemożliwości stwierdzenia w prawie międzynarodowym normy o charakterze *ius cogens*, zakładającej obowiązek zapłaty pełnego odszkodowania każdej jednostce. Ta konstatacja miała wyraźny charakter *obiter dicta*. W dalszym wywodzie kilkakrotnie powtórzył swoją podstawową tezę, że reguły, które określają zakres jurysdykcji i kiedy może być ona zastosowana, nie stanowią odstępstwa [ang. *derogate*] od norm materialnych, które mają status norm *ius cogens*, ponieważ te ostatnie ani nie wymagają modyfikacji reguł jurysdykcyjnych, ani nie wykluczają ich zastosowania (pkt 95). Trybunał przypomniał, że podobne wnioski przedstawił już w sprawie zbrojnej działalności na terytorium Konga (ICJ Rep. 2006 pkt 64 i 125) oraz nakazu aresztowania (ICJ Rep. 2002 pkt 58 i 78). Podkreślił, że rozumowanie z tego ostatniego rozstrzygnięcia, zakładające, że oskarżenie ministra spraw zagranicznych o popełnienie zbrodni naruszających normy *ius cogens*, nie pozbawia go prawa do korzystania z immunitetu, znajduje zastosowanie również do immunitetu państwa (pkt 95). Konkludując, Trybunał podkreślił, że jego stanowisko znajduje potwierdzenie w praktyce sądów krajowych oraz nie jest sprzeczne z krajowymi regulacjami dotyczącymi immunitetu państwa (pkt 96).

Odnosząc się do trzeciej przesłanki podnoszonej przez Włochy, MTS stwierdził przede wszystkim brak praktyki państw, z której wywodzi się prawo zwyczajowe, umożliwiającej uzależnienie istnienia immunitetu państwa od występowania skutecznych alternatywnych środków umożliwiających dochodzenie odszkodowania. Zauważył również, że takie rozwiązanie mogłoby być niezwykle trudne do stosowania w praktyce (pkt 101–102). Odnotował niespójność zachowania RFN. Niemcy uzasadniły odmowę rekompensaty (świadczenia fundacji „Pamięć, Odpowiedzialność, Przyszłość”) dla włoskich jeńców wojennych za pracę przymusową faktem, że prawo międzynarodowe nie przewiduje odszkodowania dla tego rodzaju grupy, podczas gdy w okresie II wojny światowej Niemcy zazwyczaj odmawiali uwięzionym żołnierzom włoskim, zmuszonym do pracy przymusowej, statusu jeńców wojennych (pkt 99).

Reasumując, MTS stwierdził naruszenie zobowiązań międzynarodowych Włoch względem RFN (pkt 107). Równocześnie podkreślił, że wbrew podnoszonym w trak-

cie postępowania wnioskom stron, nie zamierza orzekać w zakresie stanu roszczeń związanych z II wojną światową między tymi dwoma państwami (pkt 108).

W dalszej części rozstrzygnięcia MTS podjął kwestie nałożonych przez Włochy środków przymusowych [ang. *measures of constraint*] na niemiecką nieruchomość (Villa Vigoni). W tym kontekście stwierdził, że immunitet egzekucyjny państw odnoszący się do ich własności położonej na obcym terytorium ma szerszy zakres [ang. *goes further*] niż immunitet jurysdykcyjny, z którego korzystają te państwa przed zagranicznymi sądami. W szczególności potwierdził, że nawet zgodny z prawem wyrok sądu krajowego przeciwko obcemu państwu nie oznacza *ipso facto* zrzeczenia się immunitetu egzekucyjnego. Podobnie zrzeczenie się immunitetu jurysdykcyjnego przez państwo nie oznacza automatycznego zrzeczenia się immunitetu egzekucyjnego (pkt 113). Z uwagi na argument strony niemieckiej, że w tym zakresie Włochy naruszyły — mający w znacznym stopniu zwyczajowy charakter — art. 19 Konwencji Narodów Zjednoczonych⁵, MTS uznał za niecelowe przeprowadzenie oceny, czy cały ten przepis można uznać za mający tego rodzaju charakter. Jednak potwierdził, że w zakresie możliwości podejmowania środków prawnych przeciwko własności innego państwa prawo międzynarodowe określa wymóg, aby własność ta była wykorzystywana na cele niekomercyjne lub państwo będące jego właścicielem wyraziło zgodę na przymusowe środki prawne (pkt 118). W tym kontekście MTS stwierdził, że Villa Vigoni, ośrodek mający na celu wspieranie współpracy kulturalnej obu państw, działa na podstawie umowy dwustronnej z 1986 r. Z tego względu uznał, że przedmiotowa nieruchomość ma charakter niekomercyjny i w braku zgody RFN wszelkie działania ograniczające możliwości jej wykorzystywania stanowią naruszenie immunitetu egzekucyjnego państwa (pkt 119–120).

Następnie MTS odniósł się do skargi RFN dotyczącej decyzji sądu włoskiego o wykonaniu wyroku sądu greckiego w sprawie *Distomo*. Podejmując przedmiotową problematykę Trybunał zbadał, czy jego rozstrzygnięcie w tym zakresie mogłoby określać prawa i obowiązki państwa trzeciego. Podkreślił, że dla oceny, czy włoski sąd naruszył immunitet jurysdykcyjny państwa, nie ma potrzeby weryfikacji, czy tego rodzaju naruszenia dokonał również sąd grecki (pkt 127). W tym zakresie — z jednej strony — stwierdził, że postępowanie dotyczące *exequatur* nie ma na celu rozstrzygnięcia merytorycznego sprawy, ale zapewnienia mu wykonalności na terytorium państwa innego niż terytorium sądu rozstrzygającego sprawę merytorycznie, natomiast z drugiej strony, uznał, że przy przyznawaniu lub odmawianiu *exequatur* sąd wykonuje władzę jurysdykcyjną, która skutkuje tym, że zagranicznemu wyrokowi nadaje się skutek ana-

⁵ „Żadne przymusowe środki podjęte po zapadnięciu wyroku, takie jak zajęcie, aresztowanie lub egzekucja w odniesieniu do własności państwa, nie mogą być podjęte w związku z postępowaniem przed sądem innego państwa, z wyjątkiem przypadku, gdy w tym zakresie: a) państwo wyraźnie zgodzi się na podjęcie takich środków, jakie zostały wskazane: i) w porozumieniu międzynarodowym; ii) w porozumieniu arbitrażowym lub pisemnym kontrakcie; lub iii) w deklaracji złożonej przed sądem lub pisemnym oświadczeniu po zaistnieniu sporu między stronami; lub b) gdy państwo zarezerwowało lub przeznaczyło majątek dla zaspokojenia danego roszczenia, będącego przedmiotem tegoż postępowania”; J. Sutor, *Immunitet państwa*, Warszawa 2011, s. 282.

logiczny do wyroku wydanego w zakresie merytorycznym w państwie wnioskującym. Postępowanie, które jest prowadzone przed tym sądem, powinno być zatem postrzegane, jako prowadzone przeciwko państwu trzeciemu, które było podmiotem zagranicznego wyroku (pkt 128 oraz pkt 129–130). W konsekwencji MTS konkludował, że sądy włoskie uznając egzekwawalność wyroków greckich naruszyły immunitet jurysdykcyjny państwa niemieckiego, ponieważ w omawianym zakresie były zobowiązane do przyznania immunitetu (pkt 131). Zauważył przy tym, że w celu osiągnięcia tego rodzaju decyzji nie jest konieczne rozstrzygnięcie, czy greckie sądy naruszyły niemiecki immunitet (pkt 132).

W końcowej części wyroku MTS podjął kwestię roszczenia RFN dotyczącego konsekwencji popełnionych naruszeń przez Włochy. Uznał, że obowiązujące rozstrzygnięcia i środki sprzeczne z prawem dotyczącym immunitetu powinny przestać obowiązywać, a skutki — które zostały wyrządzone przez już zapadłe decyzje — powinny być uchylone w taki sposób, aby przywrócić sytuację sprzed naruszenia. Fakt, że niektóre naruszenia zostały popełnione przez organy sądowe, a niektóre rozstrzygnięcia prawne miały charakter ostateczny we włoskim systemie prawnym, nie znosi zobowiązania Włoch do restytucji (pkt 137). MTS, odnosząc się do wniosku skarżącego, domagającego się zapewnienia przez Włochy, że w przyszłości sądy włoskie nie będą rozstrzygały spraw analogicznych do tych, które były przedmiotem zaskarżenia, stwierdził, iż nie ma powodu, aby przypuszczać, że państwo, którego akty lub zachowanie zostało określone przez Trybunał jako sprzeczne z prawem, będzie powtarzało je w przyszłości, ponieważ należy domniemywać jego dobrą wiarę (pkt 138).

6. Wyrok MTS z 3 lutego 2012 r. w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa *prima facie* nie budzi istotnych kontrowersji. Dotychczasowa stosunkowo spójna praktyka rozstrzygnięć sądów krajowych (z wyjątkiem włoskich i greckich) i ETPC w tym zakresie oraz wcześniejsze orzecznictwo Trybunału, w szczególności w sprawie nakazu aresztowania, stwarzały prawdopodobieństwo wydania wyroku korzystnego dla strony skarżącej. Podobnie jak w tej ostatniej sprawie MTS podtrzymał stanowisko za obowiązywaniem immunitetu jurysdykcyjnego nawet w przypadku naruszenia norm o charakterze *ius cogens*, uzupełniając dotychczasową argumentację opartą na zasadzie suwerennej równości państw o rozróżnienie na normy proceduralne i materialne, które ma powodować brak konfliktu normatywnego. Z perspektywy filozofii prawa międzynarodowego, rozstrzygnięcie MTS można postrzegać jako głos w dyskusji na temat celu prawa międzynarodowego i znaczenia w nim jednostek. W tym zakresie Trybunał zajął stanowisko, że znaczenie ma przede wszystkim zasada suwerennej równości państw oraz (w opiniach indywidualnych sędziów K. Keitha i A. Koromy) brak możliwości podnoszenia roszczeń o odszkodowanie przez jednostkę w przypadku naruszenia przez państwa MPH.

W tym kontekście można przedstawić pewne zastrzeżenia, obecne również w niektórych opiniach indywidualnych i odrębnych (sędziowie M. Bennouna i A. Cançado Trindade). MTS w niewielkim bowiem stopniu uwzględnił ewolucję prawa międzynarodowego, która zakłada coraz większe ukierunkowanie tego prawa na ochronę jedno-

stek. Rozstrzygnięcie, że zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości mieszczą się w zakresie aktów władczych państwa w dobie powszechnego poparcia dla doktryny odpowiedzialności za ochronę [ang. *responsibility to protect*], wydaje się w znacznym stopniu niewystarczające i nieadekwatne. Rozróżnienie na normy proceduralne i materialne w kontekście potencjalnego konfliktu między immunitetem a normami *ius cogens* istotnie ogranicza znaczenie tych ostatnich i zdaje się przeczyć ich fundamentalnemu znaczeniu dla społeczności międzynarodowej. Ponadto, krytycznie można odnieść się do niewystarczającego uwzględnienia kontekstu przedmiotowej sprawy. Warto przypomnieć, że w sprawie nakazu aresztowania (ICJ Rep. 2002 pkt 61) MTS podkreślił, że nawet uznanie immunitetu jurysdykcyjnego ministra spraw zagranicznych nie powoduje, że nie może on być sądzony zgodnie z prawem międzynarodowym za zbrodnie międzynarodowe w czterech przypadkach: w kraju urzędowania; jeżeli państwo zrzeknie się immunitetu, z którego minister korzysta; po zakończeniu urzędowania; oraz przed międzynarodowym trybunałem karnym. Warto zauważyć, że poza drugą przesłanką, która niezwykle rzadko ma miejsce, pozostałe nie znajdują zastosowania do immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Zatem, w odróżnieniu od immunitetu najwyższych urzędników państwowych, w opinii MTS, w przypadku immunitetu państwa prawo międzynarodowe nie przewiduje dla jednostek skutecznych środków dochodzenia roszczeń i to nawet w przypadku popełnienia przez państwo rażących naruszeń prawa międzynarodowego. W tym kontekście należy bowiem pamiętać, że powoływane kilkakrotnie przez Trybunał rozwiązania reparacyjne w formie umów ryczałtowych [ang. *lump sum agrément*] mają stosunkowo niewielkie praktyczne zastosowanie we współczesnym świecie, w którym dominują niemiędzynarodowe konflikty zbrojne.

Rozstrzygnięcie w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państwa można traktować jako znaczące z perspektywy źródeł prawa międzynarodowego. Trybunał w swoim dotychczasowym orzecznictwie stosunkowo rzadko wskazywał w tak szerokim zakresie praktykę państw dla określenia normy zwyczajowej. Równocześnie jednak nie rozwiązał kontrowersji wynikającej niekiedy z trudności z określeniem, czy dane zachowanie państwa (orzecznictwo sądów) kwalifikujemy jako praktykę, czy też *opinio iuris*. Co znaczące, MTS odwoływał się również do rozstrzygnięć ETPC, traktując je jednak jako uzupełniający środek dla określenia normy zwyczajowej w stosunku do orzecznictwa krajowego. Wreszcie, co ważne z polskiej perspektywy, Trybunał odnotował również polską praktykę, w szczególności wyrok Sądu Najwyższego w sprawie Natoniewski przeciwko RFN.

Na marginesie sporu dotyczącego immunitetu jurysdykcyjnego państwa zostały podjęte również inne istotne problemy, o których warto wspomnieć. Zarówno w dokumentach procesowych stron, jak i opiniach odrębnych można odnaleźć tezy, które znajdują zastosowanie do sporów prawnych dotyczących kwalifikacji prawnomiędzynarodowej zbrodni katyńskiej⁶. W swoim memoriale RFN zauważyła bowiem, że nor-

⁶ Zob. K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego* oraz P. Grzebyk, *Mord katyński — problematyczna kwalifikacja (w związku z artykułem Karola Karskiego) i polemika w tym zakresie*, „Sprawy Międzynarodowe” 2011, nr 2, s. 51–138.

my *ius cogens* zakazujące ludobójstwa wywodzą się zarówno z Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r., jak i z wcześniejszych ogólnych zasad prawa międzynarodowego (Memoriał RFN, § 85). W zakresie traktowania jeńców podobną opinię przedstawiły Włochy, wskazując, że wydaje się powszechnie akceptowane, iż nawet przed II wojną światową postanowienia dotyczące traktowania jeńców miały niederogowalny charakter (Counter-Memorial RW, § 4.62). Sędzia A. Cançado Trindade w opinii odrębnej do zarządzenia MTS z 6 lipca 2010 r. stwierdził, że nawet pod koniec XIX w. zakaz ludobójstwa był głęboko zakorzeniony w powszechnej świadomości prawnej [ang. *universal juridical conscience*] lub parafrazując klauzulę Martensa w dyktacie publicznego sumienia (pkt 142).

7. Jak już wskazano, do wyroku zostały dołączone opinie niektórych sędziów. Sędzia A. Koroma w opinii indywidualnej podkreślił, że wyroku nie należy interpretować jako licencji dla państw do popełnienia aktów tortur czy zbrodni przeciwko ludzkości lub innych poważnych naruszeń prawa międzynarodowego humanitarnego. Jego zdaniem, MTS ustalił jedynie, że akty popełnione przez Niemcy miały charakter władczy w zakresie, których żadne wyjątki od immunitetu nie mają zastosowania (pkt 2). Zwrócił uwagę, że zasada immunitetu państwa ma na celu ochronę suwerenności i suwerennej równości państw (pkt 4). Zasada ta ewoluowała, przy czym obraz tej ewolucji jest zawarty w art. 12 Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności, który wskazuje, że immunitet nie ma zastosowania w postępowaniu, które dotyczy odszkodowania pieniężnego za śmierć lub szkodę w stosunku do osoby, zniszczenie lub utratę własności. Jednak przepis ten, jak wynika z komentarza KPM, nie ma zastosowania do konfliktów zbrojnych. Sędzia zaznaczył, że sprawy tego rodzaju z uwagi na ich polityczny charakter i możliwość wystawienia państwa na nieograniczoną odpowiedzialność powinny być rozwiązywane w drodze uzgodnień między państwowych (pkt 6). Odnosił się również do argumentów podniesionych przez Grecję, która podkreśliła, że MPH przyznaje jednostce bezpośrednio prawa, które są przeciwstawialne wobec państw (pkt 8). Zgodził się, że prawo konfliktów zbrojnych uznaje jednostki za ostatecznych beneficjentów reparacji za naruszenia praw człowieka, jednak nie oznacza to przyznania jednostkom możliwości podnoszenia roszczeń reparacyjnych bezpośrednio przeciwko państwu obcemu (pkt 9).

Podobne poglądy znalazły odzwierciedlenie w opinii indywidualnej sędziego K. Keitha, który podkreślił znaczenie zasady suwerennej równości państw, jako kluczowej normy uzasadniającej obowiązywanie immunitetu jurysdykcyjnego państw (pkt 2). Zwrócił uwagę, że wynikający z Konwencji NZ z 2004 r. wyjątek, dotyczący niestosowania immunitetu w zakresie aktów *iure imperii*, nie znajduje zastosowania do przedmiotowej sprawy, ponieważ konwencja nie dotyczy sytuacji konfliktów zbrojnych, co potwierdzają jej prace przygotowawcze (pkt 12–16). Odnosząc się do problematyki reparacji podsumował, że utrwalona przez długi czas praktyka, uznająca trudną powojenną rzeczywistość oraz konieczność, aby państwa dotychczas wrogie ustanowiły nowe relacje, prowadzi do konkluzji, że była strona wojująca nie może być podmiotem, bez jego zgody, jurysdykcji sądu zagranicznego w sprawach takich jak te, które są przedmiotem obecnego procesu (pkt 19).

Sędzia M. Bennouna stwierdził, że prawo dotyczące immunitetu państwa ciągle ma kontrowersyjny charakter, co wyraża się w nie zawsze czytelnym podziale na *acta iure imperii* oraz *iure gestionis* oraz w mało spójnej praktyce państw (pkt 4). Następnie odnotował istnienie koncepcji odpowiedzialności za ochronę, aby stwierdzić, że przyznanie immunitetu przez te [zagraniczne — przyp. Ł.K.] sądy w żadnym stopniu nie oznacza, że zainteresowane państwo podlega egzoneracji od odpowiedzialności; ono jedynie odkłada [ang. *defers*] kwestie tej odpowiedzialnością dla innych dyplomatycznych lub sądowych organów. Suwerenna równość ma tylko znaczenie, jeżeli towarzyszy jej równość w zakresie międzynarodowej legalności (pkt 8). W przypadku, kiedy problematyka immunitetu pojawia się w kontekście międzynarodowych zbrodni, zagadnienie to, w opinii M. Bennouny, budzi poważne etyczne i sądowe problemy dla społeczności międzynarodowej, jako całości, których nie można omijać [ang. *evaded*] przez charakteryzowanie immunitetu jako zwykłej kwestii proceduralnej (pkt 9). Podobnie jak MTS sędzia Bennouna krytycznie ocenił fakt, że RFN nie przyznała grupie włoskich ofiar rekompensaty za pracę przymusową poprzez świadczenia wypłacane przez niemiecką fundację „Pamięć, Odpowiedzialność, Przyszłość”. Strona niemiecka argumentowała, że jeńcom wojennym takie uprawnienia nie były należne, mimo że w trakcie wojny odmówiła włoskim jeńcom korzystania z uprawnień wynikających z tego statusu (pkt 10–11). W tym kontekście zaznaczył, że Trybunał powinien był stwierdzić, że Niemcy, które uznały bezprawność aktów popełnionych przeciwko grupie ofiar, o której mowa, są zobowiązane do przyjęcia odpowiedzialności za te akty, i pod tym warunkiem Niemcy mogą korzystać z immunitetu przed sądami państwa forum (pkt 13). Konkludując, podkreślił, że w wyjątkowych okolicznościach, kiedy państwo naruszające prawo międzynarodowe nie uznaje konsekwencji swojej odpowiedzialności, może utracić korzyści wynikające z immunitetu (pkt 15).

W opinii odrębnej sędzia A. Yusuf podjął rozważania na temat reparacji za naruszenie MPH. Zauważył, że w przeszłości przedmiotowa problematyka była rozwiązywana na poziomie międzypaństwowym lub za pośrednictwem komisji roszczeń. Jego zdaniem, nie oznacza to jednakże, że jednostki nie mają prawa do podnoszenia roszczeń odszkodowawczych (pkt 16–19). Ponadto nie zgodził się z zakresem immunitetu jurysdykcyjnego ustalonego przez skład orzekający. Wyraził wątpliwość, dlaczego orzeczenia sądów włoskich oraz greckich w sprawie *Distomo* zostały potraktowane jako wyjątki od praktyki państw, wskazując na kontrowersyjny sposób ustalania prawa zwyczajowego przez MTS w tym zakresie (pkt 21–24). Podkreślił, że stan prawa zwyczajowego w zakresie immunitetu państwa w sytuacji naruszeń praw człowieka lub MPH pozostaje niepewny (pkt 26). W konsekwencji, w przypadku konfliktu immunitetu, z tego rodzaju fundamentalnymi normami konieczne jest zapewnienie równowagi, w szczególności prawo dotyczące immunitetu państwa powinno być interpretowane w taki sposób, aby nie zaprzeczało prawu do skutecznego środka sądowego, prawu do ochrony przed odmową sprawiedliwości, czy prawu do odszkodowania za poniesioną szkodę (pkt 28–30).

Sędzia A. Cançado Trindade w swojej opinii odrębnej (dwukrotnie obszerniejszej niż wyrok) podkreślił, że w całości nie zgadza się z rozstrzygnięciem zapadłym w sprawie, w tym również w zakresie przyjętej metodologii oraz uzasadnienia (pkt 1). Zauważył, że w jego opinii w przypadku naruszenia norm o charakterze *ius cogens* immunitet państwa dotyczący działalności władczej nie ma zastosowania (pkt 5). Odnotował, że rozwój międzynarodowej ochrony praw człowieka, międzynarodowego prawa karnego oraz MPH nie mógł nie mieć wpływu na normy dotyczące immunitetu państwa (pkt 10). Prawo międzynarodowe ma na celu przede wszystkim ochronę jednostek, a współczesna doktryna jednoznacznie opowiada się za uchyleniem immunitetu państwa w przypadku masowych naruszeń praw człowieka (pkt 33–52). Powtórzył swój pogląd z opinii odrębnej do zarządzenia MTS w sprawie roszczenia wzajemnego Włoch zakładający, że naruszenie przez państwo IV Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r. uprawnia jednostkę do podnoszenia przeciwko temu państwu roszczeń odszkodowawczych (pkt 67–68 oraz pkt 240–248). Stwierdził również, że zakaz pracy przymusowej obowiązywał jako prawo zwyczajowe już w okresie II wojny światowej, a współcześnie ma charakter *ius cogens* (pkt 98–117). Podkreślił przy tym, że „[...] co zagraża lub destabilizuje międzynarodowy porządek prawny to zbrodnie międzynarodowe, a nie skargi podmiotów indywidualnych szukających sprawiedliwości poprzez roszczenia o reparacje. W mojej ocenie, tym co sprawia problemy dla międzynarodowego porządku prawnego, to ukrywanie takich międzynarodowych zbrodni, którym towarzyszy bezkarność sprawców, a nie możliwość poszukiwania sprawiedliwości przez ofiary. Kiedy państwo prowadzi politykę mordowania określonych grup swojej własnej populacji, oraz populacji innych państw, nie może ono później chronić się tarczą immunitetu państwa, ponieważ nie został on nigdy stworzony w tym celu. Poważne naruszenia praw człowieka lub MPH mające charakter zbrodni międzynarodowych nie są w ogóle aktami *iure imperii*. Stanowią akty zaprzeczające prawo [ang. *anti-juridical*], stanowią naruszenia norm *ius cogens*, które nie mogą zwyczajnie być usunięte lub pójść w niepamięć przez fakt opierania się na immunitecie państwa. To powodowałoby zablokowanie dostępu do sprawiedliwości i wprowadzało bezkarność. W rzeczywistości odwrotna sytuacja powinna mieć miejsce: to naruszenie norm *ius cogens* powinno powodować odrzucenie roszczeń dotyczących immunitetu państwa, tak aby sprawiedliwości stało się zadość” (pkt 129, podobnie pkt 178–179 oraz pkt 219 i 290). Sędzia A. Cançado Trindade zauważył również, że przywołanie przez skład orzekający praktyki państw, w jego opinii, niespójnej zarówno w zakresie orzecznictwa, jak i ustawodawstwa stanowi operację typową dla metodologii prawniczego pozytywizmu nazbyt troszczącą się o fakty i niezważającą na wartości (pkt 293–294). Równocześnie krytycznie odniósł się do rozróżnienia na prawo proceduralne i materialne zawarte w rozstrzygnięciu, wskazując, że postępowanie prawne nie jest celem samym w sobie, ale środkiem do zapewnienia sprawiedliwości (pkt 295). Podsumowując, podkreślił, że immunitet państwa nie powinien być rozpatrywany w próżni, ale w świetle całego współczesnego prawa międzynarodowego i jego znaczenia dla wspólnoty międzynarodowej (pkt 298).

Sędzia *ad hoc* G. Gaja w opinii odrębnej odniósł się do tzw. wyjątku deliktowego zawartego zarówno w europejskiej Konwencji o immunitecie państwa z 1972 r., jak i w Konwencji NZ z 2004 r. Zauważył, że wyjątek ten został również ustanowiony w prawie 9 z 10 państw, które w ten sposób reguluje prawo dotyczące immunitetu. Co istotne, żadne inne państwo nie wyraziło sprzeciwu do tego wyjątku (pkt 3). Wyraził też wątpliwość, czy istnieją wystarczające dowody dla uznania, że Konwencja NZ o immunitecie państwa z 2004 r. nie może być zastosowana do działalności militarnej, biorąc pod uwagę fakt, że nie zawiera w tym zakresie przepisów (pkt 6). W konsekwencji uznał, że wyjątek deliktowy od immunitetu powinien mieć zastosowanie do działań sił zbrojnych w sytuacji naruszenia norm *ius cogens* (pkt 10). Zauważył również, że przyjęcie tezy składu orzekającego prowadzi do absurdałnej sytuacji. Na podstawie wyjątku deliktowego roszczenia mogą być rozpatrywane, gdy dotyczyły spraw mniejszej wagi, ale nie mogą być rozstrzygane w przypadku naruszenia norm *ius cogens* (pkt 11).

Łukasz Kulaga

C. RECENZJE

TOMÁŠ LANGÁŠEK

*Ústavní soud Československé republiky
a jeho osudy v letech 1920–1948*

Aleš Čeněk, Plzeň 2011, s. 320

Sąd Konstytucyjny [dalej: SK] międzywojennej Republiki Czechosłowacji był pierwszym wyspecjalizowanym organem w Europie kontrolującym konstytucyjność norm prawnych oraz instytucjonalnym poprzednikiem współczesnych sądów konstytucyjnych Republiki Czeskiej w Brnie oraz Republiki Słowacji w Koszycach. Jego dziejom poświęcona jest książka generalnego sekretarza sądu brneńskiego Tomáša Langáška *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948* („Sąd Konstytucyjny Republiki Czechosłowackiej i jego dzieje w latach 1920–1948”). Ukazała się ona niemalże w 90. rocznicę pierwszego posiedzenia plenarnego tego organu. W siedzibie Sądu Konstytucyjnego Czech w Brnie 15 listopada 2011 r. odbyła się też konferencja poświęcona dziejom tej instytucji.

Publikacja T. Langáška jest istotna, gdyż badania na temat historii SK są nieliczne. Jest pierwszą czeską pozycją książkową podejmującą to zagadnienie. W 2009 r. ukazała się książka Jany Osterkamp z Collegium Carolinum w Monachium *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee — Demokratieverständnis — Nationalitätenproblem*¹, będąca *de facto* pierwszą monografią tego organu². W najbliższym czasie ma ukazać się kolejna pozycja — zbiór referatów wygłoszonych na listopadowej konferencji w Brnie.

Książka *Ústavní soud Československé republiky a jeho osudy v letech 1920–1948* jest oparta na badaniach przeprowadzonych przez autora w Archiwum Narodowym Republiki Czeskiej w Pradze oraz Archiwum Kancelarii Prezydenta. Autor korzystał też m.in. z dorobku czechosłowackich konstytucjonalistów, w szczególności Jaroslava Krejčího — sekretarza tego sądu oraz jego drugiego przewodniczącego³. Przedmowę napisał Przewodniczący Sądu Konstytucyjnego Czech Pavel Rychetský.

Praca została podzielona na siedem rozdziałów. Nie odnajdziemy w niej klasycznego podziału chronologicznego, przyjmującego jako podstawę poszczególne kadencje sądu. Wyróżnione zostały istotne — zdaniem autora — zdarzenia, m.in. pierwsze posiedzenie inauguracyjne SK w 1921 r., któremu poświęcił cały podrozdział.

¹ J. Osterkamp, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee — Demokratieverständnis — Nationalitätenproblem*, Frankfurt am Mein 2009.

² J. Osterkamp, *Ústavní soudnictví v meziválečném Československu*, „Právník” 2007, nr 6(146); tejże, *Ústavní soud v meziválečném Československu 1920–1939: bezmocní bohové v ústavním nebi*, [w:] *Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918–1938 a jejich místo ve střední Evropě*, t. I, red. K. Malý, L. Soukup, Praha 2010.

³ J. Krejčí, *Principy soudcovského zkoumání zákonů v právu československém*, Praha 1932.

Rozdział I „Instytucja i właściwość Sądu Konstytucyjnego Republiki Czechosłowackiej” zawiera normy regulujące jego działalność. Podstawą była ustawa nr 121 z 29 lutego 1920 r., wprowadzająca Kartę Konstytucyjną Republiki Czechosłowackiej. Sama zaś Karta zawierała postanowienia dotyczące SK jedynie w aspekcie obligatoryjnej kontroli konstytucyjności rozporządzeń z mocą ustawy Stałego Komitetu — organu będącego namiastką parlamentu, działającego w okresie, kiedy ten nie funkcjonował. Autor nie wspomina jednak o tym, że ustawa wprowadzająca Kartę zawierała zarówno postanowienia, które miały rangę norm konstytucyjnych i stanowiły jej część, oraz te, które miały moc ustaw zwykłych (art. VII ust. 1). Przepisy regulujące organizację SK były częścią ustawy zasadniczej. Ich usytuowanie w akcie, który zawierał przepisy przejściowe świadczy o przyznaniu Sądowi roli „strażnika” porządku prawnego Republiki. Art. I ustawy wprowadzającej Kartę stanowił w ust. 1, iż „Prawa pozostające w sprzeczności z Kartą Konstytucyjną, jej częścią oraz zmieniającymi ją ustawami jak również uzupełniającymi są nieważne”. Przepis ust. 2 doprecyzowywał, że zmiana czy też uzupełnienie ustawy zasadniczej może nastąpić jedynie w formie ustawy konstytucyjnej. Art. II *expressis verbis* określał zadanie SK, który „rozstrzyga o tym, czy ustawy Republiki Czechosłowackiej i ustawy Sejmu Rusi Podkarpackiej odpowiadają regule artykułu I”. Ustawodawca uregulował główne kwestie związane z organizacją oraz postępowaniem przed SK w ustawie nr 162 z 9 marca 1920 r., a na jej podstawie Sąd uchwalił w okresie od stycznia do maja 1922 r. regulamin, zatwierdzony później przez prezydenta Tomáša Masaryka.

Autor, w podrozdziale „Koncepcje sądownictwa konstytucyjnego w międzywojennej Czechosłowacji”, wskazał na genezę i dyskusję nad jego kształtem podczas prac w parlamencie. Nie czerpano w tym wypadku ze wzorów amerykańskiego systemu zdecentralizowanej kontroli konstytucyjności. Twórcy podeszli do samej instytucji z nieufnością, co spowodowało znaczne ograniczenie jego właściwości (przykładem jest zakaz orzekania przez SK o ustawie po upływie 3 lat od jej ogłoszenia). SK był organem upolitycznionym, czego nie ukrywali sami twórcy ustawy zasadniczej. Wybór jego członków i zastępców (po 7, zasadniczo na 10-letnie kadencje) pochodził w części z nominacji politycznej: 3 członków mianowała głowa państwa z kandydatów przedstawionych przez Izbę Poselską, Senat oraz Sejm Rusi Podkarpackiej⁴, pozostałych zaś wybierały z własnego grona Sąd Najwyższy oraz Najwyższy Sąd Administracyjny. Było to, o ile można sądzić, najważniejszą przyczyną nieaktywności SK w latach 1931–1938 — wówczas nie przedkładano głowie państwa list kandydatów. Ponadto: niepołączalność urzędu sędziego była ograniczona jedynie do członkostwa w izbach Zgromadzenia Narodowego oraz Sejmu Rusi Podkarpackiej. Sprawowanie funkcji w organach administracji nie wykluczało zasiadania w SK, co należało uznać za istotny błąd. Skutkowało to m.in. tym, że przewodniczący SK J. Krejčí mógł jednocześnie być wicepremierem, a następnie premierem rządu Protektoratu Czech i Moraw, choć wówczas nie miało to już żadnego praktycznego znaczenia.

⁴ Ponieważ nigdy go nie zwołano, obowiązek ten spoczywał na rządzie.

Praca, zaczynając od Czechosłowacji bezpośrednio po I wojnie światowej, nie ukazuje pewnej ciągłości i rozwoju wcześniejszego modelu austriackiego. Sąd czechosłowacki był bowiem wynikiem ewolucji instytucjonalnej podobnych organów w monarchii austro-węgierskiej. W połowie XIX w. pojawiły się w projektach konstytucji, frankfurckiej dla Rzeszy oraz kromierskiej dla Austrii, dość zaawansowane projekty utworzenia sądownictwa konstytucyjnego. Wówczas nie zostały jednak urzeczywistnione, w przeciwieństwie do uchwalonych przez austriacką Radę Państwa pięciu ustaw zasadniczych z 21 grudnia 1867 r. Wśród nich były ustawy o ustanowieniu Trybunału Państwa (Reichsgerichtshof) oraz o powszechnych prawach obywateli. 18 kwietnia 1869 r. ustawa o organizacji Trybunału Państwa, o postępowaniu przed nim i o wykonywaniu jego orzeczeń otrzymała sankcję cesarską. Zakres kognicji Trybunału obejmował rozpatrywanie zażaleń obywateli z powodu naruszenia poręczonych im przez konstytucję — szeroko rozumianych — praw politycznych. Od momentu powstania organ ten działał przez ponad 50 lat, wypracowując pokaźny dorobek orzeczniczy, dotyczący m.in. ochrony mniejszości narodowych i wolności zrzeszania się⁵. Problem z oceną charakteru prawnego Trybunału polega na tym, iż jego orzeczenia nie były wiążące dla organów władzy publicznej, które poprzez wydanie danej decyzji naruszyły prawa i wolności obywatelskie. Ciężył na nich jedynie „moralny” obowiązek uwzględniania takich rozstrzygnięć⁶. Ponadto przedmiotem postępowania i badania były decyzje administracyjne po wyczerpaniu drogi administracyjnej⁷, a więc miał on raczej charakter sądu administracyjnego, czy też quasi-administracyjnego. Jedynie w przypadku, gdy badanie konkretnej sprawy wykazało, że decyzja została wydana na mocy rozporządzenia wykonawczego, mógł on kontrolować jego zgodność z ustawą. Trudność co do oceny charakteru prawnego Trybunału Państwa potęguje fakt, iż w 1875 r. uchwalono ustawę o Trybunale Administracyjnym (Verwaltungsgerichtshof), który chronił prawa obywateli gwarantowane przez ustawy. Zakres przedmiotowej właściwości obu organów pokrywał się w rzeczywistości w wielu przypadkach, co powodowało występowanie często sporów kompetencyjnych⁸.

Po odzyskaniu przez Czechosłowację niepodległości, na mocy uchwalonej w 1918 r. ustawy o Najwyższym Sądzie Administracyjnym (Nejvyšší správní soud) i o rozstrzyganiu konfliktów kompetencyjnych⁹, utworzono Najwyższy Sąd Administracyjny. Przepis § 2 tej ustawy recypował do porządku prawnego Czechosłowacji

⁵ A. Dziadzio, *Ochrona konstytucyjności prawa w Europie XIX wieku*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2008, t. XI, s. 179–183.

⁶ J. Pražák, *Rakouské právo ústavní*, Praha 1900, s. 342. Podnoszono też, że z orzeczeń Trybunału organy władzy państwowej mają wywodzić „konsekwencje”, a zatem w podobnej sytuacji rozstrzygać zgodnie z decyzją Trybunału; zob. J. Hoetzel, *Československé správní právo*, Praha 1937, s. 248.

⁷ J. Filip, P. Holländer, V. Šimiček, *Zákon o Ústavním soudu*, Praha 2007, s. 5.

⁸ Szczegółowo opisuje to A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza — obywatel — prawo*, Kraków 2001, s. 68–71; tegoż, *Trybunał Państwa i Trybunał Administracyjny — instytucje prawa publicznego w Austrii 1867–1918. Rozdział kompetencji*, [w:] *Szkice z dziejów ustroju i prawa poświęcone pamięci Ireny Malinowskiej-Kwiatkowskiej*, red. M. Kwiecień, M. Małecki, Kraków 1997.

⁹ *Zákon o Nejvyšším správním soudě a o řešení kompetenčních konfliktů*, Sbírnka zákonů a nařízení č. 3/1918.

ustawę z października 1875 r., ustanawiającą Trybunał Administracyjny wraz z nowelizacjami, jednakże wprowadzając w niej szereg zmian. Na mocy § 2 ust. 4 organ ten miał rozstrzygać m.in. o skargach kierowanych do Trybunału Państwa utworzonego na mocy ustawy zasadniczej z grudnia 1867 r. Do czasu wejścia w życie ustawy o SK, Najwyższy Sąd Administracyjny chronił — formalnie — porządek konstytucyjny. Problem polegał jednak na tym, iż był on związany wyłącznie ustawą, a zatem, mimo że „miał się zajmować skargami na naruszenie praw konstytucyjnych, sam nie był uprawniony do badania konstytucyjności”¹⁰. Ponadto rozpatrywał skargi obywateli na decyzje administracyjne organów¹¹.

Rozdział II książki traktuje o rozpoczęciu działalności Sądu I kadencji. Na podstawie dostępnych materiałów autor prezentuje zmiany w gronie kandydatów na sędziów (część z nich nie osiągnęła bowiem wymaganego wieku 45 lat) oraz zwraca uwagę, że brakowało wśród członków (oraz ich zastępców) przedstawicieli narodowości niemieckiej, której było aż 3 miliony w stosunku do 7,5 milionów Czechów i 2 milionów Słowaków. Paradoksalnie wszyscy kandydaci zaproponowani przez rząd byli Rusinami. Wśród sędziów zastępcą członka został Słowak Nikolaj Mašika. Autor zarysował sylwetkę pierwszego przewodniczącego SK Karela Baxy, prawnika o dużym doświadczeniu zawodowym (brał udział w słynnym procesie *Omladiny* oraz jako oskarżyciel prywatny w procesie Leopolda Hilsnera), związanego z ugrupowaniami nacjonalistycznymi, który aż do 1937 r. był starostą Pragi.

Autor przedstawił też dokładnie przebieg posiedzenia inauguracyjnego działalności SK w dniu 17 listopada 1921 r. W okresie od stycznia 1922 do maja 1922 r. pracowano nad regulaminem Sądu, przy czym w toku prac ujawniło się wiele wątpliwości oraz sporów między członkami i zastępcami, dotyczących m.in. możliwości użycia przez mniejszości narodowe ich języka w postępowaniu przed SK. O pozycji członków i ich zastępców świadczyła m.in. wysokość przyznanego wynagrodzenia oraz zapewnionych SK środków do działania. Jest to tematyka niełatwa, chociażby ze względu na liczbę dokumentów, umów i rachunków dostępnych w Archiwum Narodowym. Autor — na przykładach — wykazał powiązanie SK z Prezydium Rady Ministrów, głównie personalne, ale także dotyczące siedziby Sądu, któremu dopiero w kwietniu 1923 r. przyznano oddzielny budynek (który i tak dzielił z Ministerstwem Unifikacji), wcześniej bowiem posiedzenia odbywały się m.in. na Zamku praskim oraz w Ratuszu Starego Miasta. Wynagrodzenie sędziów zostało uregulowało w 1923 r. rozporządzeniem Rady Ministrów, następnie — wobec braku aktywności SK — w 1934 r. wydano nowe rozporządzenie, które uzależniało wysokość wynagrodzenia od udziału w pracach Sądu. Nie była to kwota wysoka — przewodniczący rocznie otrzymywał 24 tys., inni

¹⁰ V. Sládeček, *Ustavní soudnictví*, Praha 1999, s. 12.

¹¹ Na mocy § 2 ust. 5 ustawy nr 3 z 1918 r. Najwyższy Sąd Administracyjny rozstrzygał konflikty kompetencyjne między różnymi urzędami administracyjnymi w orzekaniu, w których był właściwy wcześniej Trybunał Państwa. Jednak już o konfliktach między sądami powszechnymi a urzędami oraz między Najwyższym Sądem Administracyjnym a sądem powszechnym orzekał Senat Nadzwyczajny, złożony z 6 członków: trzech ze składu Najwyższego Sądu Administracyjnego oraz trzech ze składu Sądu Najwyższego. Rząd mianował przewodniczącego na okres trzech lat (§ 3).

członkowie zaś 9 tys. koron czechosłowackich. Szkoda, że nie odniesiono się do ówczesnych cen, co ułatwiłoby poznanie realnej wartości poborów. Pamiętać jednak należy, że sędziowie wykonywali również inne funkcje, a SK działał stosunkowo rzadko. W rozważaniach zabrakło także ukazania pewnej tendencji w polityce finansowej rządu. Na działalność Sądu w 1923 r.¹² przyznano łącznie w ustawie budżetowej 299 250 koron czechosłowackich (na wydatki osobowe: 180 500 koron; na wydatki rzeczowe: 118 750 koron), w latach 1930–1931¹³ już 150 000 koron (na wydatki osobowe: 135 000 koron; na wydatki rzeczowe: 15 000 koron), a w latach 1937–1938¹⁴ już tylko 45 000 koron (na wydatki osobowe: 40 000 koron; na wydatki rzeczowe: 5000 koron). Tendencja ta nie objęła jednak innych sądów. W 1923 r. na funkcjonowanie Sądu Najwyższego przeznaczono aż 4 109 759 koron, w 1928 r. już 6 275 550 koron, rok później — 6 920 500 koron, a w 1936 r. kwota ta wzrosła aż do 8 636 100 koron.

Rozdział III „Aktywność Sądu Konstytucyjnego w okresie I kadencji” dotyczy m.in. dwóch pierwszych orzeczeń z 7 listopada 1922 r. w sprawie rozporządzenia Stałego Komitetu nr 450 o inkorporacji Ziemi Witoraskiej oraz Waltickiej¹⁵, oraz nr 480 — o zmianie niektórych postanowień prawa karnego. Pierwsze rozstrzygnięcie, w którym SK uznał rozporządzenie — przewagą jednego głosu — za zgodne z ustawą zasadniczą, było doniosłe, ale później było lekceważone przez instytucje państwowe. W uzasadnieniu SK uznał, że niezgodne z porządkiem konstytucyjnym jest upoważnienie rządu do wydawania przepisów w materiach, dla których konieczna byłaby ustawa. Brak respektu dla orzeczenia Sądu i powszechna krytyka, spowodowały, że w późniejszym okresie rząd celowo przewlekał wybór członków Sądu II kadencji, licząc się z tym, że uchylili on specjalne ustawy o pełnomocnictwach, na podstawie których sam działał. Podczas I kadencji SK skontrolował, w trybie obligatoryjnym, 18 rozporządzeń Stałego Komitetu. W latach 1923–1929 w zasadzie nie wykonywał swoich zadań, a posiedzenia plenarne Sądu miały charakter rozważań organizacyjno-prawnych, często odbywały się też z powodu zmian personalnych.

¹² *Finanční zákon republiky Československé ze dne 15. prosince 1922, kterým se stanoví státní rozpočet a rozpočet státních investic pro rok 1923*, Sb. z. a n. č. 372/1922.

¹³ *Finanční zákon republiky Československé ze dne 18. prosince 1930, kterým se stanoví státní rozpočet pro rok 1931*, Sb. z. a n. č. 187/1930.

¹⁴ *Finanční zákon republiky Československé ze dne 18. prosince 1936, kterým se stanoví státní rozpočet na rok 1937*, Sb. z. a n. č. 311/1936; *Finanční zákon republiky Československé ze dne 17. prosince 1937, kterým se stanoví státní rozpočet na rok 1938*, Sb. z. a n. č. 243/1937.

¹⁵ Ziemia Witoraska to małe pograniczne terytorium leżące obecnie przy granicy z Austrią na południowy wschód od Czeskich Budziejowic (część Dolnej Austrii). W traktacie z St. Germain z września 1919 r. obszar ten podzielono na część wschodnią — przyznaną Austrii oraz zachodnią — Czechosłowacji. Praga zyskała terytorium o wielkości ok. 118 km² wraz z 12 tys. mieszkańców, łącznie 13 wsi (m.in. Nakolice), w tym część miasta Cmunt (niem. Gmünd). Ziemia Walticka to obszar leżący obecnie na południe od Brzeclawia przy granicy z Austrią i należący do tzw. Dolnej Austrii. Został on zajęty przez oddziały czechosłowackie po powstaniu niepodległego państwa. W traktacie z St. Germain przyznano Czechosłowacji ok. 87 km² terenu wraz z ok. 10 tys. mieszkańców. Nabytek ten był o tyle korzystny, że przechodził przez niego ważny węzeł kolejowy z Brzeclawia do Mikulowa.

Rozdział IV zatytułowany „Intermezzo” dotyczy okresu nieaktywności SK w latach 1931–1938. Z dniem 17 listopada 1931 r. zakończyła się 10-letnia kadencja Sądu. Ze względu na brak inicjatywy ze strony rządu i ciał prawodawczych w wyborze nowych sędziów, dotychczasowi podjęli decyzję o dalszym pełnieniu funkcji. Ponaglenia słane przez prezydentów: T. Masaryka, a od 1935 r. Edvarda Beneša, Kancelaria Rady Ministrów, jak i izby Zgromadzenia Narodowego pozostawiały bez odpowiedzi. Było to skutkiem nie tylko obawy przed uchynieniem ustaw o pełnomocnictwach (stosowne wnioski wpłynęły w 1937 r. niezależnie: od Sądu Najwyższego oraz Najwyższego Sądu Administracyjnego), ale i niemożności wyboru przez ugrupowania polityczne wspólnego kandydata, jak również silnego konfliktu narodowościowego w Czechosłowacji¹⁶. Ten ostatni spowodował nawet propozycję utworzenia odrębnego organu do ochrony mniejszości narodowych¹⁷. Autor, opierając się na archiwaliach, relacjonuje wymianę pism między prezydentem a rządem w sprawie powołania nowych sędziów oraz opisuje emocje z tym związane nie tylko na forum parlamentu, ale i za jego kulisami. Sędziowie Sądu II kadencji objęli urzędy 10 maja 1938 r.

W rozdziale V autor ukazał aktywność SK II kadencji. Sąd orzekł o 28 rozporządzeniach z mocą ustawy Stałego Komitetu, wydanych w 1938 r., przy czym stwierdził częściową sprzeczność z Kartą Konstytucyjną jednego z nich. Rozpoczął — co autor skrupulatnie opisał — trzy postępowania w przedmiocie kontroli ustaw Zgromadzenia Narodowego, ale postępowanie zakończył tylko w jednym przypadku: w maju 1939 r. uchylił niektóre przepisy ustawy nr 147 z 1933 r. o ściganiu antypaństwowych działań pracowników oraz niektórych innych osób, i o przenoszeniu sędziów na inne stanowisko służbowe wbrew ich woli. SK uznał, że przepisy naruszają niezawisłość sędziowską, ponieważ umożliwiają pozbawianie urzędu sędziego zawodowego w drodze rozstrzygnięcia specjalnego sądu karnego, który nie był sądem dyscyplinarnym w rozumieniu Karty Konstytucyjnej. Pozostałych dwóch postępowań — wobec zmian politycznych — nie udało się zakończyć.

W rozdziale VI pt. „Epilog” został opisany koniec działalności SK. Zmiany na arenie międzynarodowej i powstanie Protektoratu Czech i Moraw spowodowały praktyczne zakończenie jego działalności. Sędziowie byli obowiązani do złożenia przyrzeczenia wierności Adolfowi Hitlerowi. Wobec rozwiązania Zgromadzenia Narodowego oraz braku Stałego Komitetu, niemożliwe było wznowienie działalności Sądu. Paradoksalnie nie został on jednak zlikwidowany. Nie był też organem niezależnym — jego przewodniczący J. Krejčí został w 1942 r. premierem rządu Protektoratu (w okresie II Republiki¹⁸ objął tekę ministra sprawiedliwości, następnie wicepremiera).

¹⁶ J. Osterkamp, *Ústavní soudnictví...*, s. 609–616.

¹⁷ J. Osterkamp, „Das Nazionalproblem und eine verfassungsmäßige Gerichtsbarkeit”, maszynopis w zbiorach autora, s. 4.

¹⁸ I Republika Czechosłowacka istniała od powstania niepodległego państwa czechosłowackiego 28 października 1918 r. do 1 października 1938 r., do tzw. dyktatu monachijskiego i zaboru Sudetów przez Niemcy. II Republika obejmuje zaś późniejszy okres do 15 marca 1939 r., czyli do wkroczenia wojsk niemieckich do Pragi i utworzenia dzień później Protektoratu Czech i Moraw.

Ostatni rozdział zatytułowany „Na drodze ku konstytucji 9 maja”, traktuje o powojennych losach SK i jego likwidacji w momencie wejścia w życie komunistycznej ustawy zasadniczej z 1948 r. Istotnie — niektórzy badacze nie są zgodni, co do daty zakończenia II kadencji Sądu. Stanislav Balík¹⁹ twierdził, że skończyła się ona z dniem 15 marca 1939 r., a Karel Klima uznaje moment zaprzestania działalności Sądu *via facti* w II połowie 1941 r.²⁰ Należy jednak uznać, że istnienie organu w danym porządku prawnym zależy od obowiązywania norm prawnych, które go regulują. Zgodnie z hierarchią źródeł prawa przyjąć należy podstawy konstytucyjne i stwierdzić, że SK formalnie istniał do 1948 r. Karta Konstytucyjna nie została bowiem uchylona w tym zakresie.

Uzupełniając powyższe uwagi: T. Langášek trafnie wskazał, że SK był pierwszym organem scentralizowanego sądownictwa konstytucyjnego²¹. Mimo że odpowiednik SK działał już w 1919 r. w Austrii, jego kognicja była ograniczona. Badał on projekty ustaw uchwalonych przez Sejm Krajowy na wniosek Rządu Związkowego²². Do czasu orzeczenia o zgodności albo niezgodności aktu z tymczasową konstytucją, Rząd Krajowy powinien powstrzymać się od opublikowania ustawy. Słabość tego systemu polegała nie tylko na ograniczonej kognicji Trybunału, który orzekał w przedmiocie zgodności z ustawą zasadniczą wyłącznie aktów krajowych, ale również prewencyjnym charakterze kontroli, oraz wymogu złożenia odpowiedniego wniosku.

Książka T. Langáška zawiera liczne aneksy: tabele, spisy orzeczeń, sprawozdania z posiedzenia inauguracyjnego Sądu I kadencji oraz pierwszej rozprawy publicznej, a także teksty ważniejszych orzeczeń. Ułatwia to odnalezienie wielu informacji i konfrontowanie ich z tekstem monografii. Szczególnie wartościowe jest umieszczenie sentencji i uzasadnień orzeczeń. W praktyce bowiem rozstrzygnięcia były publikowane jedynie, gdy orzeczono naruszenie porządku konstytucyjnego przez ustawę albo rozporządzenie²³. Tylko dwa pierwsze wyroki z 7 listopada 1922 r. w sprawie rozporządzenia z mocą ustawy Stałego Komitetu o inkorporacji Ziemi Witoraskiej oraz Ziemi Waltickiej oraz rozporządzenia z 4 sierpnia 1920 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego, zostały wraz z uzasadnieniami opublikowane w Publikatorze Urzędowym Republiki Czechosłowackiej²⁴ oraz, na wniosek członka SK Josefa Bohuslava, w Zbiorze Orzeczeń Najwyższego Sądu Administracyjnego (w przypadku pierwsze-

¹⁹ S. Balík, *Brief history of the Constitutional Court of the Czech and Czechoslovak Republic and its role in upholding the rule of law*, „Journal on European History of Law” 2010, nr 1, s. 28.

²⁰ K. Klima, *Ústavní soudnictví*, Praha 1993, s. 24–25.

²¹ Podobnie: *The Constitutional Court of the Czech Republic*, Brno 2008, s. 16; H. Zahorski, *Zasada badania konstytucyjności przez sądownictwo a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 marca 1921 roku*, Wilno 1931, s. 134.

²² *Gesetz vom 25 Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes*, Staatsgesetzblatt für den Staat Deutschösterreich 48/1919.

²³ Odnosnie do samych ustaw sędziowie wypowiedzieli taką opinię 10 maja 1938 roku na posiedzeniu inauguracyjnym; *Národní Archiv České Republiky, Praha* (dalej: NA), fond: *Ústavní soud Československé republiky* (dalej: f. ÚSČR), karton (dalej: k): 1, Pres 1, s. 230.

²⁴ *Úřední list republiky Československe ze 17. prosince 1922*, č. 284, s. 5605–5610.

go rozporządzenia) oraz Sądu Najwyższego (w przypadku drugiego rozporządzenia)²⁵. Stąd przez wiele lat badacze mieli do nich ograniczony dostęp.

Warto wspomnieć o praktyce poszukiwania przez obywateli ochrony prawnej przed Sądem Konstytucyjnym. Już Hans Kelsen wskazywał, że *actio popularis* daje najszerszą ochronę porządku konstytucyjnego przed naruszeniem. Zwracał jednak również uwagę na niebezpieczeństwa wiążące się z dopuszczeniem każdego podmiotu do uruchamiania postępowania kontrolnego — dużej liczby skarg bezzasadnych oraz przeciążenia nimi sądownictwa²⁶. Trzeba uznać takie argumenty za słuszne. Jednak sama koncepcja zastosowania w tej materii *actio popularis* nie była instytucją nową. Projekt konstytucji frankfurckiej z marca 1849 r. przewidywał legitymację każdego podmiotu do wniesienia skargi do Sądu Rzeszy (Reichsgericht) w sytuacji, gdy konstytucja krajowa została zmieniona czy zniesiona niezgodnie z ustawą zasadniczą całej Rzeszy Niemieckiej²⁷.

Instytucja skargi konstytucyjnej pojawiła się już dużo później, stając się jedną z podstaw rządów prawa w państwie. W okresie międzywojennym środek taki nie był znany, jednak jednostki kierowały do praskiego SK skargi różnej treści z prośbą o udzielenie pomocy. W archiwach zachowało się 10 pism z wnioskiem o wszczęcie postępowania. Dwa pierwsze z nich: podanie obywatela J. Sedláčka z Nymburka²⁸ oraz Stránského²⁹ w sprawie karnej pochodzi już z 1922 r., a zatem wkrótce po formalnym rozpoczęciu działalności SK. Osoby fizyczne wносиły zarówno skargi na czynności organów administracji publicznej³⁰, jak i wskazujące konkretne akty prawne, które — ich zdaniem — były sprzeczne z porządkiem konstytucyjnym³¹. Oczywiście, ze względu na brak legitymacji, skargi i podania te SK odrzucał, a jego przewodniczący lub sekretarz informował listownie wnoszącego o braku uprawnienia. Autor zaznaczył, że to zagadnienie dostrzeżono, SK nawet debatował nad przy-

²⁵ AN, f. ÚSČR, k. 2, Pres 6, s. 13–14.

²⁶ H. Kelsen, *Istota i rozwój sądownictwa konstytucyjnego*, Warszawa 2009, s. 58.

²⁷ A. Dziadzio, *Ochrona konstytucyjności prawa w Europie XIX wieku*, „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2008, nr 11, s. 173.

²⁸ NA, f. ÚSČR, k. 6, Úst. 1, s. 1–3.

²⁹ NA, f. ÚSČR, k. 6, Úst. 11, s. 1–3.

³⁰ Np. J. Bernard, „pełnoprawny obywatel czechosłowacki”, weteran, zasłużony żołnierz sił zbrojnych Republiki, ranny na Słowacji, skarżył się w 1938 r. na „niezgodne z ustawą wstrzymanie renty inwalidzkiej oraz umyślne niszczenie życia inwalidy oraz jego rodziny przez celowe niestosowanie ważnych ustaw i rozporządzeń”. Miało się tego dopuścić Ministerstwo Obrony Narodowej; NA, f. ÚSČR, k. 8, Úst. 37, s. 40–43. Z kolei V. Otava domagał się odszkodowania za przedwczesne odstąpienie od umowy dzierżawy nieruchomości „Vallhof” w Dolnej Austrii; NA, f. ÚSČR, k. 8, Úst. 35, s. 36.

³¹ Niemający pełnej zdolności do czynności prawnych A. Fraňka wraz z żoną domagali się od państwa odzyskania „wolności osobistej i natychmiastowego wyrównania szkody w wysokości 450 000 koron czechosłowackich”, jak również „zwrócenia [...] gospodarstwa rolnego w Lešanach [...] oraz naprawienia szkody w wysokości 210 000 koron czechosłowackich wraz z 8% odsetkami [...]”, wskazując na obowiązanie niezgodnych, ich zdaniem, aktów prawnych, w tym m.in. rozporządzenia z 28 czerwca 1916 roku nr 207 o trybie postępowania o ubezwłasnowolnienie.; NA, f. ÚSČR, k. 7, Úst. 26, s. 2. Adwokaci narodowości węgierskiej z Bratysławy w piśmie z 1922 r. podnosili zarzut niekonstytucyjności regulacji ministra sprawiedliwości z 15 lipca 1922 r., która zakazywała posługiwania się językiem węgierskim w okręgu sądu bratysławskiego; NA, f. ÚSČR, k. 6, Úst. 12, s. 5–8.

znaniem jednostkom prawa do wnoszenia skarg na naruszenie praw. Pomysł ten jednak zarzucono.

Być może, warto było mocniej zaakcentować fakt, iż uregulowanie legitymacji do składania wniosków o uchylenie ustawy w praktyce uniemożliwiło skorzystanie z niej. Wśród organów uprawnionych, tj. Izby Poselskiej, Senatu, Sejmu Rusi Podkarpackiej, Sądu Wyborczego, Sądu Najwyższego i Najwyższego Sądu Administracyjnego, jedynie dwa ostatnie organy miały realną możliwość (a potwierdziła to praktyka) składania takich wniosków. Izby Zgromadzenia Narodowego, co pokazują wyniki wyborów, były politycznie tożsame. Sejm Rusi Podkarpackiej w praktyce nie istniał, zaś Sąd Wyborczy pochodził z nominacji politycznej i odzwierciedlał układ sił w parlamencie. Przy braku zabezpieczenia prawa mniejszości do występowania z takim wnioskiem, kompetencja SK do kontroli ustaw była praktycznie fasadowa. Tutaj, o ile można sądzić, tkwiła główna przyczyna tak małej liczby wniosków do Sądu Konstytucyjnego.

Uzupełniając zagadnienie sądownictwa konstytucyjnego Czechosłowacji należy wspomnieć, iż międzywojenni polscy konstytucjoniści odwoływali się do modelu kontroli aktów normatywnych u naszego południowego sąsiada. Władysław Jaworski w swoim „Projekcie konstytucji” z 1928 r. zawarł szereg rozwiązań czechosłowackich. Tytułem przykładu warto wspomnieć, że legitymację do uruchamiania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym miały: Izba Poselska, Senat, Sejm Śląski, Sąd Najwyższy, Najwyższy Trybunał Administracyjny oraz Sąd Wyborczy — analogia z praskim SK jest tutaj wyraźna. Wpływ koncepcji czechosłowackich na polską myśl prawniczą wymaga jednak dalszych badań.

Książka T. Langáška jest pozycją bardzo wartościową i wnosi do nauki nad dziejami sądownictwa konstytucyjnego wiele nowych ustaleń. Zaletami monografii jest zarówno rzetelność kwerendy archiwalnej, jak i opis samej historii praskiego SK. Autor nie boi się własnych ocen, którym nie można też zarzucić prezentyzmu. Stara się zrozumieć epokę, w której Sąd działał, zwraca uwagę na błędy w prawnych regulacjach i wskazuje przyczyny tak małej jego aktywności. Lektura ta pozwala zrozumieć, że dzisiejszy kształt sądownictwa konstytucyjnego jest wynikiem pewnej ewolucji. Kolejni legislatorzy starają się czerpać z wzorców poprzedników, jednocześnie unikając ich błędów.

Bartosz Lewandowski

PAULINE TÜRK

Le contrôle parlementaire en France

L.G.D.J, Paris 2011, s. 256

Jak napisała we wstępie recenzowanej książki Pauline Türk, zagadnienie oceny warunków wykonywania funkcji kontrolnej parlamentu, zarówno jeśli chodzi o warunki teoretyczne, jak i analizę stosowanej w tym względzie praktyki, jest jednym z kluczowych zagadnień szerszej refleksji nad prawidłowym funkcjonowaniem państwa demokratycznego, szczególnie zaś wpisanego w schemat podziału władz. Jest tak, ponieważ kontrola parlamentarna jest tym obszarem, w którym — na swój sposób — koncentrują się najważniejsze składniki demokratycznego sposobu zorganizowania państwa. Jest ona, z jednej strony, najbardziej bodajże widocznym przejawem konstytucjonalizmu rozumianego jako skrępowanie władz, które może być skutecznie przeprowadzone m.in. za sprawą złożonego, wieloetapowego i efektywnego systemu kontroli. Z drugiej strony, szczególnie w reżimie parlamentarnym, jest ona niezbędnym składnikiem prawidłowego ułożenia relacji na linii egzekutywa–legislatywa. Co więcej, w odniesieniu do reżimu parlamentarnego jest ona elementem wręcz definiującym ten reżim, skoro powszechnie przyjmuje się, że rudymenarną cechą parlamentarnego systemu rządów jest odpowiedzialność polityczna rządu przed parlamentem. Tej ostatniej, jak łatwo się domyślić, nie sposób sobie wyobrazić bez rozbudowanego systemu kontroli, którego sankcją negatywną jest znajdujące się w gestii parlamentu prawo sformułowania pod adresem rządu wotum nieufności. Z trzeciej strony, kontrola parlamentarna czyni parlament organem szczególnym. W konsekwencji, nawet system wiernego i skrupulatnego rozdzielania władz nie może amortyzować instytucjonalnej strony działania państwa od uznania szczególnej, mimo wszystko, pozycji parlamentu. Widać to zresztą nie tylko w systemach parlamentarnych, które stwarzają „naturalne” warunki dla ukształtowania się pewnej, wyjątkowej pozycji parlamentu¹, ale również i w klasycznym systemie prezydenckim, w którym rola Kongresu jest przecież rolą pod każdym względem niebanalną, przy czym w tym ostatnim przypadku decydują głównie właśnie uprawnienia kontrolne parlamentu. Wreszcie, z czwartej strony, kontrola parlamentarna jest czynnikiem istotnie demokratyzującym system polityczny. W obowiązującym dzisiaj modelu demokracji elektoralno-przedstawicielskiej, dającej legislatywie mocną legitymację wyborczą, pozycja parlamentu jest wciąż szczególna właśnie dlatego, że wyraża stanowisko samego suwerena, jest jego swoistym *alter ego*.

Zainteresowanie kontrolą parlamentarną, szczególnie na gruncie francuskim, jest też uzasadnione tym, że to właśnie kontrola parlamentu nad rządem jest elementem płynnym, labilnym, wyznaczającym — w pewnym sensie — główne momenty ustrojowych przekształceń Francji. Wystarczy wskazać, jako jeden przykład, III Republikę, gdzie rząd stał się za sprawą mechanizmów kontrolnych przysłowiowym „zakład-

¹ Por. M. Verpeaux, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris 2010, s. 120 i n.

nikiem” parlamentu, z kolei jako drugi przykład, V Republikę, w której kontrola parlamentarna została skutecznie „stłumiona” czy też „zagłuszona” (s. 23). Ta sama V Republika i zmiany konstytucyjne, jakie się w niej dokonały na przestrzeni ostatnich 50 lat, są też zasadniczym powodem zmierzenia się przez autorkę z ambitnym tematem kontroli parlamentarnej. P. Türk słusznie bowiem zauważa, że modyfikacje ustroju politycznego V Republiki w jakimś sensie można spuentować hasłem „od uśpienia do reanimacji” kontroli parlamentarnej. O ile bowiem w pierwotnym tekście konstytucji z 1958 r. rzeczywiście narzędzia kontroli parlamentarnej były mocno ograniczone, w czym notabene wyrażały się tendencje do racjonalizowania tamtejszego systemu rządów, o tyle powolne zmiany, jakie były udziałem zarówno formalnych ingerencji w tekst konstytucji, jak i zmian faktycznych, przeprowadzonych w praktyce, sprzyjają odbudowie kontroli parlamentarnej, a w konsekwencji reparlamentaryzacji V Republiki (a może, z tego właśnie powodu, już VI Republiki)². Niewątpliwie rację ma też autorka, stwierdzając, że patrząc z tego punktu widzenia fundamentalne znaczenie miała ostatnia, największa reforma konstytucyjna, przeprowadzona 23 lipca 2008 r. W opinii P. Türk, z którą wypada się tylko zgodzić, reforma ta w rzeczywistości reanimowała skuteczne narzędzia kontroli parlamentarnej, w istocie definitywnie przesądzając o parlamentarnym profilu współczesnej Francji, której nie sposób już nazywać ustrojem mieszanym czy — tym bardziej — półprezydenckim. Jest tak tym bardziej, że — jak słusznie zauważyła autorka — ostrze kontroli jest nastawione na całą egzekutywę, a nie tylko jej pion rządowy. Owszem, ze zrozumiałych powodów to rząd jest zasadniczym obiektem kontrolnego zainteresowania parlamentu, ale kontrola ta „dotyka” także i prezydenta, co koryguje jego samodzielną, arbitralną pozycję, jaką zajmował wcześniej. W konsekwencji, zmieniona zasadniczo kontrola, skierowana zarówno do rządu jak i prezydenta, zdecydowanie łagodzi system francuski, do tej pory określany mianem „systemu silnej władzy wykonawczej”, i temperuje jego wydzźwięk antyparlamentarny (który był swoistym znakiem firmowym zmiany ustrojowej dokonanej w 1958 r.). Dzisiaj, oceniając postanowienia konstytucji V Republiki i biorąc pod uwagę cały ustrój *à la française* z punktu widzenia umocowania mechanizmu kontrolnego znajdującego się w gestii parlamentu, należy powiedzieć, że odpowiada on w pełni koncepcji systemu parlamentarnego, który przecież w największym stopniu jest definiowany właśnie za pomocą kontroli egzekutywy przez legislatywę³.

Z tej perspektywy patrząc, co jest dużą zasługą P. Türk, recenzowana książka wychodzi stanowczo poza *prima facie* wąsko zakreślony jej temat. Kontrola parlamentarna jest przez autorką postrzegana znaczenie szerszej — jako pewien mechanizm działania systemu rządów czy w ogóle systemu demokratycznego. Kontrola, ujmowana od strony teoretycznej i praktycznej, jest dla autorki pretekstem do „rozprawienia” się ze znacznie poważniejszym problemem badawczym, mianowicie poszukiwania i godzenia różnych, czasami kolidujących ze sobą wartości, tj.: efektywnego działania władzy

² Por. J. Gicquel, *La reparlamentarisation: une perspective d'évolution*, „Pouvoirs” 2008, nr 126, s. 52 i n.

³ Por. P. Lauvaux, *Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel*, „Pouvoirs” 2010, nr 134, s. 23 i n.

wykonawczej; realnego funkcjonowania parlamentu, który — żeby był instytucją sensowną — musi wychodzić poza funkcję deliberacyjną, ogłoszoną swego czasu jako jedyna poważna funkcja współczesnego parlamentu⁴; demokratycznej aranżacji całej konstrukcji ustrojowej, która nie może za wszelką cenę uznawać jako podstawowego czy — tym bardziej jedynego — kryterium skuteczności, ale musi akceptować i inne kryteria, często ową skuteczność osłabiające. Zaslugą pracy, co dotyczy zresztą zdecydowanej większości prac francuskich, jest więc także i to, że ich znaczenie poznawcze wykracza poza „podwórko francuskie”. Ustalenia jakie poczyniła autorka są bowiem pomocne przy ocenie także innych rozwiązań, tym bardziej że dzisiaj prawie wszystkie rozwiązania, z jakimi mamy do czynienia, są w jakiś sposób zmienione czy zniekształcone, co oznacza, że przy ich rzetelnej, merytorycznej ocenie nie można posługiwać się utrwalonymi, ale często nieprzystającymi do rzeczywistości już schematami.

Praca Pauline Türk podzielona jest na dwie części. Pierwsza dotyczy „klasycznej koncepcji kontroli parlamentarnej jako narzędzia dyscyplinowania rządu”, podczas gdy druga część podejmuje temat „odbudowy kontroli jako narzędzia dialogu z rządem”. Warto zwrócić uwagę, że już sformułowanie tytułów obu części sugeruje główny tok wywodu autorki. Otóż, wychodzi ona z założenia, że klasyczna doktryna prawa konstytucyjnego traktowała kontrolę w charakterze pewnego rodzaju sankcji negatywnej, stanowiąc „zinstytucjonalizowaną formę nieufności legislatywy wobec egzekutywy”, podczas gdy jej współczesna postać odpowiada bardziej koncyliacyjnej wizji polityki, w której podejrzliwość i działania w pierwszym rzędzie negatywne zastępowane są dialogiem i współpracą. Z tego punktu widzenia patrząc, trzeba przyznać, że dzisiejszy sposób traktowania kontroli bardziej pasuje do konwencjonalnych założeń systemu parlamentarnego (których naczelną kategorią są hasła „współpracy”, „dialogu”, „kooperacji” i „negocjacji”⁵) niż jej sposób wcześniejszy. Dlatego też dla autorki nadanie kontroli parlamentarnej nowej definicji, w której negatywną chęć „karania” rządu zastępuje pozywana chęć „współpracy” z nim, w istocie parlamentaryzuje system rządów, a to dlatego, że czyni go bardziej „pasującym” do tych wszystkich założeń, które skłonni jesteśmy traktować jako klasyczne spojrzenie na system parlamentarny. Ten punkt widzenia z pewnością zasługuje na rozważenie. Notabene dlatego właśnie, według opinii P. Türk, parlamentaryzacja czy też reparlamentaryzacja ustroju V Republiki — z jaką obecnie mamy do czynienia — jest efektem nie tylko „doposażenia” parlamentu w konkretne narzędzia kontrolne (jak np. art. 16 konstytucji w wersji nadanej mu nowelą z 2008 r.), ale także zmianą swoistej filozofii kontroli parlamentarnej, która w miejsce karania i dyscyplinowania wprowadza różnego rodzaju „kontakty” instytucjonalne, uznając, że to właśnie „dialog między podzielonymi władzami”, a nie sam system „kar i nagród” stanowi o powodzeniu (rozumianym jako stabilność i skuteczność) parlamentarnej odmiany rządów.

W części pierwszej swojej książki P. Türk zamieściła trzy rozdziały, budując je na czytelnych zasadach chronologicznych. Rozdział pierwszy poświęcony jest „powsta-

⁴ P. Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris 1969, s. 118.

⁵ Por. np. P. Ardant, *Institutions politiques & droit constitutionnel*, Paris 2001, s. 244.

niu kontroli parlamentarnej we Francji”. Autorka, jak zresztą konsekwentnie w całej książce, łączy tutaj elementy doktryny i praktyki prawa konstytucyjnego, przedstawiając m.in. podstawy kontroli parlamentarnej w demokratycznym konstytucjonalizmie, które nieodmiennie łączy z Wielką Rewolucją i generalną ideą poddania rządzących nadzorowi ze strony rządzonych, później zaś — jak nazywa to P. Türk — „afirmację odpowiedzialności politycznej rządu”, która połączyła w spójną i koherentną całość projekt demokratycznej logiki działania ustroju z kontrolą rządu. Słusznie też wskazuje, co bynajmniej nie jest jakąś nowością⁶, że kluczowe dla sformułowania i ugruntowania się takiego przekonania miały doświadczenia obu Kart konstytucyjnych (z 1814 i 1830 r.), które zbudowały nowoczesny system parlamentarny i zdefiniowały wszystkie jego najważniejsze elementy. Z tego punktu widzenia doświadczenia praktyczne Francji, ale też doktryna francuskiego prawa konstytucyjnego czy — mówiąc szerzej — idei politycznych, jakie ukształtowały się w czasach Restauracji i Monarchii lipcowej, są doświadczeniami przekraczającymi granice Francji, będąc — nazywając rzecz po imieniu — konkretnym już projektem systemu parlamentarnego, który poza luźną, a co więcej, nie zawsze konsekwentną praktyką, otrzymał atrakcyjny gorset teorii.

Drugi rozdział zawarty w części pierwszej książki P. Türk dotyczy „praktycznie nieograniczonej (*quasii illimité*) kontroli parlamentarnej w III i IV Republice”. Uwagi zebrane w tym rozdziale są z pewnością kluczowe, nie tylko dlatego że — jak mówi sama autorka — ukazują „złoty wiek” kontroli parlamentarnej, ale również dlatego, że przedstawiają jej najbardziej dojrzałą i dzisiaj uznawaną za klasyczną postać. Opisywane i wnikliwie analizowane zarówno z punktu widzenia teoretycznego, jak i praktycznego narzędzia kontrolne, takie jak: inwestytura; interpelacje; wotum zaufania; pytania; prawo przeprowadzenia ankiety (czyli śledztwa parlamentarnego przy użyciu tzw. komisji śledczej), kontrolne zaangażowanie komisji parlamentarnych działających w trybie permanencji czy wreszcie wyspecjalizowana kontrola budżetowa, to dzisiaj już kanon funkcji kontrolnej legislatury, a jednocześnie punkt wyjścia dla jej form współczesnych. Słusznie też autorka przypomina, że ów — jak sama to nazywa — *l'âge d'or du contrôle parlementaire* powstał w wyniku splotu okoliczności, które zmutowały kompromis konstytucyjny roku 1875, generując monistyczne wydanie systemu parlamentarnego. Zmieniona, w wyniku porozumienia prezydenta z parlamentem, konstytucja, określana popularnie mianem „konstytucji Grévy”, zaowocowała wygenerowaniem stanu wyraźnej supremacji parlamentu. Słusznie przy tym P. Türk zaznacza, że doprowadzenie do tego stanu nie byłoby możliwe bez rozbudowanego arsenału uprawnień kontrolnych, które w relacjach parlamentu z rządem stały się bronią „największego kalibru”. Okres III Republiki jest więc okresem, w którym niekwestionowana pozycja parlamentu była w dużej mierze konsekwencją odpowiednio ukierunkowanej praktyki korzystania przez izby parlamentarne, szczególnie zaś Izbę Deputowanych, z uprawnień kontrolnych, które szybko i skutecznie podporządkowały rząd parlamentowi, czyniąc go w pewnym momencie przysłowiowym „zakładni-

⁶ Por. F. Bluche, *Manuel d'histoire politique de la France contemporaine*, Paris 2008, s. 123 i n.

kiem większości parlamentarnej” albo — w innej konwencji — „bezwolnym wykonawcą postanowień parlamentu”. Trafnie też autorka zwraca uwagę, że w rywalizacji z okresu kryzysu konstytucyjnego 1877 r., parlament od samego początku był stroną silniejszą, a alternatywa, przed jaką postawiono władzę wykonawczą, tj. *se soumettre ou se démettre*, z góry przesądziła o sposobie rozwiązania tego kryzysu (s. 59).

Parlamentaryzm monistyczny, który zdominował ustroj Francji na kolejne kilkadziesiąt lat był jednak efektem nie tylko praktyki konstytucyjnej, ale także — i to mocno podkreśla autorka — cech „genetycznych” koncepcji rozdzielania władz, które przecież czyniły pozycję parlamentu szczególną, właśnie z uwagi na jego funkcję kontrolną, która nawet jeśli nie była nazwana wprost, to wynikała z logiki powiązań (i oddających tę logikę określeń) władzy ustawodawczej i wykonawczej. Trzeba też dodać, że całość szczególnego, mimo wszystko, usytuowania parlamentu w systemie podzielonych władz, dodatkowo i bardzo silnie legitymowała sakra wyborów powszechnych, które czyniły z parlamentu organ pod każdym względem bezkonkurencyjny. W efekcie, doprowadzenie do wywindowania parlamentu na pierwsze miejsce w systemie parlamentarnym, było następstwem, po pierwsze, doktrynalnego oglądania relacji legislatura—egzekutywa w Monteskiuszowskim pryzmacie (sprzyjającemu traktowaniu parlamentu jako „pierwszej władzy”); po drugie, odpowiednio ukształtowanej praktyki podporządkowania sobie rządu przez parlament (czemu kontrolna funkcja legislatury wydatnie służyła); po trzecie, wpisania pozycji parlamentu w ramy aksjologiczne, dla których z kolei czynnikiem rozstrzygającym była demokratyczna i powszechna elekcja. Stąd, jak trafnie konstatuje autorka, wyjątkowo silne stanowisko parlamentu było w pewnym sensie zawarte od samego początku w „parlamentarnym pomysle”, ale ujawniło się przy nadarzających się do tego okolicznościach. Te ostatnie z kolei to głównie polityczne otoczenie parlamentu i specyficzna kultura polityczna, które niczym *perpetuum mobile* korelowały coraz gęściejszą i skuteczniejszą kontrolę parlamentarną z coraz bardziej dominującą pozycją kontrolującego (notabene wcale nie odwzorowywaną w przepisach rangi konstytucyjnej). To ostatnie stało się udziałem dopiero IV Republiki, która racjonalizując system parlamentarny utrwalała, za sprawą jurydyzacji, mechanizmy ukształtowane we wcześniejszym wcieleniu Marianny. Dzięki temu IV Republika podnosi mechanizmy kontrolne (takie jak inwestyturę, interpelacje, pytania i ankietę) do rangi instytucji nie tylko politycznych, ale i prawnych (tj. mających swoje mocne zakotwiczenie w aktach prawnych, w tym także w samej konstytucji), co utrwala obraz dominacji parlamentu w systemie instytucjonalnym IV Republiki, ale jednocześnie wcale nie chroni przed ich nadużywaniem i egzageracją. Praktyka parlamentarna powoduje bowiem, że zróżnicowane przejawy kontroli są stosowane w nadmiarze i bez umiaru, co utrwala tylko obraz niesterowalnego systemu parlamentarnego. IV Republika, zdaniem P. Türk, doprowadziła ostatecznie do powrotu nierówności instytucjonalnej generującej niestabilność rządową (s. 88, 89). Z tych powodów, jak słusznie zaznacza autorka, narzędzia kontroli parlamentarnej miały niebagatelny udział najpierw w ukształtowaniu systemu parlamentarnego (zwłaszcza że w dużej części był on tworzony „żywiolowo”, tzn. w praktyce), a później w jego zdeformowaniu

(jakim stał się ostatecznie system monistyczny). Stąd prosta konkluzja, że funkcja kontrolna była jedną z głównych determinant powstania i okrzepnięcia systemu parlamentarnego, a następnie jego ewoluowania i przekształcania się.

Uwzględniając to wszystko, należą się słowa uznania dla P. Türk. W swojej książce opisała kontrolę parlamentarną w zdecydowanie szerszym tle, prezentując ją na tle genezy i rozwoju systemu parlamentarnego w jego francuskiej odmianie. Można nawet powiedzieć więcej, że jest to tak naprawdę książka o francuskich peregrynacjach systemu parlamentarnego, widzianego z perspektywy funkcji kontrolnej parlamentu. Dużą zasługą książki P. Türk jest m.in. to, że utwierdza ona w przekonaniu, że kontroli parlamentarnej nie da się na poważnie badać w oderwaniu od szerszych procesów i zjawisk. Potwierdza to trzeci, a zarazem ostatni rozdział zamieszczony w pierwszej części pracy. Rozdział ten w całości poświęciła autorka analizie ścisłych ram kontroli parlamentarnej wyznaczonych przez art. 49 konstytucji z 1958 r. Dla P. Türk umocowanie sposobu egzekwowania politycznej odpowiedzialności rządu przed parlamentem stanowi bowiem *clou* funkcji kontrolnej legislatury. Sama odpowiedzialność jest bowiem, podobnie jak to widzi m.in. Jean-Claud Colliard⁷, kwintesencją systemu parlamentarnego, a narzędzia jej egzekwowania przesądzają o efektywności, a zwłaszcza efektywności funkcji kontrolnej parlamentu. Przedstawiając rozważania dotyczące art. 49 P. Türk omawia szczegółowo cztery zasadnicze instytucje w nim zawarte, tj. wotum zaufania (art. 49 ust. 1); wotum nieufności (art. 49 ust. 2); wotum zaufania powiązane z rządowym projektem ustawy (art. 49 ust. 3) oraz rządową deklarację w sprawie aprobaty ogólnej polityki adresowaną do Senatu (art. 49 ust. 4).

Drugą część pracy, o odbudowie kontroli parlamentarnej jako formie dialogu izb parlamentarnych z rządem, autorka poświęca zaprezentowaniu „nowemu spojrzeniu” na kontrolę parlamentarną, jaką dała w efekcie reforma konstytucyjna przeprowadzona 23 lipca 2008 r. W opinii autorki, ideą przewodnią noweli z 2008 r. była redefinicja systemu parlamentarnego *à la française*, który z pozycji zracjonalizowanego w wersji ostrej czy silnej (tj. wzmacniającej władzę wykonawczą) przeszedł na wersję łagodną, która zachowując wciąż silną egzekutywę (i to w obu jej pionach) rewolucyjnie stanowisko ustrojowe legislatury. W konsekwencji, limitowaną kontrolę — jaką przewidywał oryginalny tekst konstytucji — zastąpiono „kontrolą-dialogiem” [*le contrôle-dialogue*], co w całokształcie zmieniło asymetryczny obraz instytucji V Republiki, przywracając im odpowiednie proporcje, a przede wszystkim równowagę. Dlatego P. Türk zajmuje konsekwentnie stanowisko, że zmiany wprowadzone do konstytucji w lipcu 2008 r. nie tyle stanowią zaprzeczenie modelu, jaki ustanowiono w 1958 r., ile raczej inaczej podchodzą do racjonalizacji parlamentarnej formy rządów (leżącej u genezy gaullistowskiej konstytucji), gdzie indziej poszukując elementów stabilności ustrojowej. Obecną parlamentaryzację Francji postrzega autorka, podobnie jak i inni reprezentanci doktryny⁸, jako inny sposób czy też inną interpretację trendu ogólnego, jakim jest racjonalizacja. Nie trzeba przy tym dodawać, że jednym

⁷ Por. J.-C. Colliard, *Les régimes parlementaires contemporains*, Paris 1978.

⁸ Por. D. Baranger, *Le droit constitutionnel*, Paris 2009, s. 118.

z głównych narzędzi wspomnianej racjonalizacji, tym razem rozumianej jako parlamentaryzacja, jest funkcja kontrolna parlamentu, którą najnowsza nowelizacja konstytucji — w opinii P. Türk — „odbudowuje”. Pierwszy rozdział z części drugiej pracy autorka poświęca zagadnieniu „odnowieniu sposobów kontroli parlamentarnej”, koncentrując swoje uwagi na kwestii zmiany formuły pytań (ustnych i pisemnych), nowego kształtowania komisji parlamentarnych, w tym komisji śledczej i na końcu rozmaitym środkom kontroli finansowej, która — jej zdaniem — zyskuje coraz większe znaczenie. Z kolei drugi rozdział z tej części swojej pracy poświęca P. Türk problematyce ewolucji celów kontroli parlamentarnej, wychodząc z założenia, że celami tymi są, po pierwsze, optymalizacja ustawodawstwa i, po drugie, ocena polityk publicznych rządu (s. 189, 190). Zdaniem autorki, właściwa realizacja obu celów kontroli parlamentarnej odbywa się oddzielnie na szczeblu Zgromadzenia Narodowego, oddzielnie na szczeblu Senatu i oddzielnie na szczeblu dwuizbowości, pojmowanej jako relacje między izbami (np. procedura nawetkowa). Osobną uwagę, słusznie zresztą, poświęca P. Türk opozycji parlamentarnej, której instytucjonalizacja nastąpiła w 2008 r. Ostatni, trzeci rozdział z części drugiej książki, zatytułowany „zróznicowanie możliwości kontrolnych parlamentu” poświęcała zaprezentowaniu środków kontrolnych stosowanych w odniesieniu do spraw wewnątrz krajowych, spraw europejskich i wreszcie — co także jest wynikiem reformy przeprowadzonej w 2008 r. — w odniesieniu do uprawnień prezydenckich, które przecież, przynajmniej w jakiejś części, zostały poddane działaniom sprawdzającym ze strony parlamentu. Za te ostatnie P. Türk uznaje rozwiązania dotyczące pozbawienia urzędu oraz rozwiązania przewidziane w art. 16 i art. 18 konstytucji.

Całość wywodów, szczególnie tych zawartych w części drugiej książki, pokazuje, że dzisiaj funkcja kontrolna parlamentu może się stać zasadniczym narzędziem wzmocnienia jego pozycji ustrojowej. Autorka w przekonujący sposób przedstawia, że jeśli poszukiwać gdzieś form doposażenia parlamentu, to właśnie w obszarze jego działań kontrolnych, które skutecznie mogą rekompensować dewaluację jego statusu wynikającą zarówno z postępującej integracji europejskiej, jak i generalnej roli egzekutywy, której nie sposób dzisiaj oceniać jako jedynie komitetu wykonawczego parlamentu. Dlatego, z punktu widzenia legislatywy, praca P. Türk napawa optymizmem. Nie podziela ona bowiem tych wszystkich opinii, które głoszą kres władzy i znaczenia parlamentu. Zdaniem autorki, redefinicja uprawnień kontrolnych parlamentu, rozrost i profesjonalizacja poszczególnych instrumentów kontroli, a także objęcie zakresem działań sprawdzających nowych obszarów (*vide* sprawy unijne) powodują, że przed parlamentem otwierają się swoiste nowe i szerokie horyzonty. Jego pozycja owszem zmienia się, ale w żadnym razie nie ulega pomniejszeniu czy innemu zmarginalizowaniu.

Zaletą recenzowanej książki jest jednak nie tylko jej „ustrojowy optymizm”, ale również stanowcze wyjście poza „podwórko francuskie”. Choć autorka koncentruje się na rozwiązaniach znad Sekwany, to jednak, z racji oczywistych, może stanowić ona punkt wyjścia dla szerszych ocen i ujęć badawczych. Nie może być zresztą inaczej, skoro Francja nie od dziś uznawana jest za „laboratorium ustrojowe”. Funkcja

kontrolna parlamentu, jaka w tym „laboratorium” jest obecnie zmieniana i wypróbowywana, jest z pewnością kolejnym ciekawym eksperymentem, który — być może — stanie się w niedalekiej przyszłości tak samo atrakcyjny jak wcześniejsze formy ustrojowe, chętnie i często kopiowane i przenoszone poza granice Francji. Wreszcie, niebagatelnym atutem pracy jest jej rozmach intelektualny i interdyscyplinarny. Autorka pokazuje funkcję kontrolną parlamentu na szerokim i niezwykle barwnym tle przemian ustrojowych, jakie były udziałem systemu parlamentarnego, analizuje zarówno historię, jak i dzień dzisiejszy, zarówno poglądy doktryny, literę prawa, jak i rozbudowaną praktykę polityczną. Wszystko to sprawia, że książka P. Türk jest pracą nie tylko, co oczywiste, ważną i interesującą, ale także bardzo potrzebną, stanowiąc pewnego rodzaju wzorzec pisania dobrych, ustrojowych prac, umiejętnie łączących różne metody i techniki badawcze.

Jarosław Szymanek

LUUK VAN MIDDELAAR

Przejście do Europy. Historia pewnego początku

Wydawnictwo Aletheia, Warszawa 2011, s. 466

Jakkolwiek oczywiste wyda się to stwierdzenie, tworzenie prawa jest silnie sprzężone z polityką. Proces powstawania norm prawnych jest — bez wątpienia — bardziej złożony, niż to zakładał klasyczny pozytywizm prawniczy. Dlatego również obieg, w którym prawo powstaje, powinien być przedmiotem zainteresowania prawników. Najciekawsze (choć metodologicznie najtrudniejsze do analizy) jest przecież właśnie to, co na pierwszy rzut oka pozostaje, niewidoczne. Prawnik, jeśli chce śledzić źródła norm prawnych, nie może abstrahować od analiz o charakterze socjologicznym czy politologicznym. Dlatego warto czytać książki z pogranicza prawa i polityki. Szczególnie ważne jest to tam, gdzie proces tworzenia prawa jest tak skomplikowany i niejednoznaczny, jak w Unii Europejskiej, gdzie prawo powstaje w specyficznym obiegu władzy. W sytuacji, w której wiele spośród krajowych norm prawnych uzależnionych jest od prawa wspólnotowego, analiza procesu powstawania tego ostatniego wydaje się szczególnie istotna. Z tej perspektywy godna polecenia jest recenzowana książka *Przejście do Europy. Historia pewnego początku*.

Jej autor, Luuk van Middelaar, jest do takiej analizy szczególnie uprawniony, ponieważ jest nie tylko teoretykiem politologiem. Swoją wiedzę teoretyczną miał okazję skonfrontować w praktyce. Jako współpracownik przewodniczącego Rady Europejskiej Hermana Van Rompuya mógł obserwować proces zmian w Europie niejako od środka. W przypadku omawianej książki od strony metodologicznej można zatem zasadnie mówić nie tylko o metodzie historycznej czy porównawczej, ale i o „obserwacji uczestni-

czącej”. Takie wewnętrzne podejście wydaje się dziś niezbędne, jeśli chcemy analizować proces ewolucji struktur wspólnotowych. Specyfika tego procesu sprawiła, że zyskał on właściwy sobie żargon (s. 12). Prolog do książki pozwala więc zebrać i uporządkować nazwy i pojęcia używane w europejskim dyskursie. Wprowadzenie porządku definicyjnego jest niezbędne, należy się bowiem zgodzić ze stwierdzeniem Marii Ossowskiej, że mało wydajna jest dyskusja, w której nie bardzo wiadomo, co się z czym zestawia. W istocie bowiem ów terminologiczny zamęt, w zestawianiu z ezoterycznością europejskiego żargonu, bywa często przyczyną wielu nieporozumień.

Autor próbuje pokazać od nieco innej niż zwykle strony, jak powstała Unia Europejska i w jaki sposób działa, ukazując zakulisowe mechanizmy władzy. Nie odpowiada na pytanie o przyszłość kontynentu, ale też nie twierdzi, że Europa jest dziełem skończonym. Raczej jest, z czym należy się zgodzić, ciągłym procesem, trwającym dialogiem. Mając to na uwadze, zaczerpnięty z dzieł Michela Foucaulta cytat, jaki towarzyszy prologowi rozważań autora („Dyskurs jest nie tylko czymś, co tłumaczy walki i systemy panowania, lecz również tym, dla czego i poprzez co walczymy — jest władzą, którą usiłujemy zdobyć”), wydaje się wysoce trafny.

Dyskurs europejski odbywa się, jak wskazuje autor (s. 20 i n.), na trzech niejako płaszczyznach: państw, obywateli oraz urzędów. Każda z nich ma inną tradycję i historię, każda z nich kładzie też inny nacisk na cel i przyszłość zjednoczonej Europy, jej wspólne perspektywy bądź obecne w niej partykularyzmy. Europa jest bowiem jednocześnie wspólnotą współpracy i antagonizmów.

Inna niezbędna płaszczyzna analizy przebiega wzdłuż linii czasu: przeszłość — teraźniejszość — przyszłość. Historia jest szczególnie ważna w Unii. Specyfika powstania i ewolucji Unii jest przecież źródłem dzisiejszych kłopotów ze zdefiniowaniem prawnego charakteru Wspólnot i samego prawa europejskiego. Tymczasem „współczesna filozofia polityczna zaniedbuje tajemnicę początku” (s. 59). Błędnie traktuje się niekiedy istnienie różnych istniejących we Wspólnotach instytucji i organów jako zupełnie oczywiste. Ta pozorna oczywistość mitu założycielskiego przesłania bowiem konieczność zadania pytania, które stawiało przecież wielu filozofów nowożytnych — dlaczego łączymy się w zbiorowość i dążymy do wybrania rządu, rezygnując z części wolności indywidualnych. Szkoda, że autor tak pobieżnie odnosi się do tych teorii (zwłaszcza biorąc pod uwagę jego filozoficzne wykształcenie). Pozwalają one bowiem również zdefiniować i odnaleźć źródła pojęć takich jak konstytucja, państwo, władza czy suwerenność.

Ciekawy jest natomiast faktograficzny i historyczny opis powstania pierwszych struktur wspólnotowych i związanych z tym negocjacji (s. 65 i n.). Warto spojrzeć z tej perspektywy na obecny spór o przyszłość kontynentu i formułę członkostwa państw narodowych w zjednoczonej Europie, pamiętając, że w oryginalnej koncepcji Schumana ostatecznym celem procesu zjednoczenia miała być federacja. Szczególnie ciekawym elementem tej europejskiej konstrukcji, zwłaszcza dla prawnika, jest oczywiście Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W założeniu miał on służyć rozwiązywaniu konfliktów między państwami członkowskimi. W praktyce okazał się

organem, który często współtworzył prawo europejskie poprzez interpretacj zasad traktatowych. Doktryna wymienia wiele znanych przełomowych orzeczeń Trybunału, począwszy od sprawy Van Gen and Loos z 1963 r., w której wydane orzeczenie — w istocie rzeczy — zmieniło relacje polityczne między państwami członekowskimi, wskazując, że prawo europejskie nie jest zwykłym prawem międzynarodowym.

Jednym z efektów działalnoś orzeczniczey Trybunału Sprawiedliwości i stawiania przez Trybunał „ducha paktu ponad liter traktatu” (s. 76) stała się też reguła bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego. Warto może dodać do zaprezentowanych w omawianej ksizce uwag, że możliwośc powoływania się przez obywateli na traktaty w sporach sądowych z państwami jest niezwykle ważna dla procesu kształtowania się europejskiej wspólnoty obywatelskiej (w hambermasowskim, nalealoby dodać, rozumieniu). Bliskie jest to idei Roberta Schumana, chociaż może odległ od tego, co państwom członekowskim — przed pierwszymi głośnymi wyrokami TS — wydawało się, iż ustaliły w Rzymie. Podporządkowanie się orzecznictwu TS przez państwa członekowskie okazało się też przełomowe dla samego Trybunału, ugruntowało bowiem jego pozycj w hierarchii organów wspólnotowych. Jednak obawy przed wzrostem znaczenia TS nie pozwoliły na jednoznaczne przesądzenie relacji między prawem krajowym a prawem wspólnotowym. Na tym tle nie sposób pominc kwestii sporów pomiędzy TS a sądami krajowymi o pierwszeństwo porządku prawnego, a więc mówiac językiem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, o zasad *kompetenz–kompetenz*. Szkoda więc, że autor nie poświęcił uwagi analizie wyroków krajowych sądów konstytucyjnych, a w każdym razie ich znaczenia z perspektywy Brukseli.

Unia, to oczywiście nie tylko entuzjastyczny rozwój, ale i momenty kryzysów (s. 80 i n.). W recenzowanej ksizce ciekawie został opisany tzw. „kryzys pustego krzesła” i kompromis luksemburski. Ten ostatni (zdefiniowany jako „zgodna na to, aby się nie zgadzac”, s. 93) został szeroko omówiony, z ciekawą analiz znaczenia jego tekstu dla późniejszych dokumentów wspólnotowych. Jest to oczywiście analiza politologiczna a nie prawna. Dla prawnika powinna byc jednak o tyle interesująca, że o ile znaczenie orzecznictwa TS i poszczególnych dokumentów europejskiego prawa pierwotnego nie umyka uwadze doktryny i doczekało się licznych monografii, o tyle kompromis luksemburski — jako narzędzie pozatraktatowe — często jest pomijany. W ocenie van Middelaara tymczasem to właśnie kompromis luksemburski nadał traktatom wymiar prawdziwie polityczny i w rezultacie dał Unii pierwszą konstytucj, wskazując, że „źródłm autorytetu decyzji europejskiej są państwa” (s. 97). Kompromis luksemburski wciąż zresztą obowiązuje, o czym pamiętając również polscy dyplomaci (Polska bowiem, o czym van Middelaar przypomina, także się na niego powoływała, s. 104).

O tym, że polityczne argumenty i „prawnicze sztuczki” (s. 110) są równie ważne, wiedzieli już założyciele Stanów Zjednoczonych. Autor zdaje sobie oczywiście spraw, że porównanie procesów powstania Stanów Zjednoczonych i Unii Europejskiej jest metodologicznie nieuzasadnionym zabiegami komparatystycznym. Niepowodzenie misji Konwentu Europejskiego pokazuje, że czucie się przez ten ostatni niczym filadelfijska konstytuanta było nieuprawnione. Ale mimo tego sięga po to zestawienie,

uznając, że warto pokazać pewne wspólne mechanizmy związane z myśleniem o zasadzie jednomyślności oraz zasadzie większości. Jest to szczególnie istotne na tle rozważań dotyczących mechanizmu zmian Traktatów (s. 128 i n.). Kto bowiem w istocie decyduje o takich zmianach? *Pouvoirs constitués* czy *pouvoirs constituants*? Z tej perspektywy bardzo ciekawie opisane są kuluary negocjacji, które autor zna z autopsji (w tym negocjacje toczone w Mediolanie w 1985 r.). Omawiając tę kwestię van Middelaar podkreśla konsekwencje partykularyzmów i braku wspólnego głosu (przeciwstawiając je intencjom ojców założycieli Europy).

Kolejną część swojej książki van Middelaar poświęca zmianom formy prawnej i organizacyjnej zjednoczonej Europy (w tym zmianom systemowym, które doprowadziły ostatecznie do uznania, że Unia ma osobowość prawną) w relacji do wydarzeń w świecie zewnętrznym (s. 166 i n.). Oczywiście — i słusznie podkreśla to autor — zależność ta funkcjonuje w dwóch wymiarach. Z jednej strony, należy analizować relacje pomiędzy UE a poszczególnymi państwami, z drugiej zaś, relacje Unii i państw członkowskich ze złożoną rzeczywistością międzynarodową. UE powstała w określonej sytuacji historycznej i politycznej, co bez wątplenia wpłynęło na jej kształt. Recenzowana książka prezentuje ciekawe spojrzenie na ten proces, rozpoczynając od narodzin organizacji Wspólnoty Węgla i Stali i późniejszego upadku idei powołania Unii obronno-wojskowej. Towarzyszy temu ciekawa analiza politologiczna, prowadzona z perspektywy równoległych istotnych wydarzeń w polityce światowej oraz wewnętrznej poszczególnych krajów (a wraz z nimi okresów rezerwy bądź entuzjazmu poszczególnych państw członkowskich w stosunku do pogłębiania integracji Wspólnot). Istotne znaczenie z tej perspektywy mają oczywiście wydarzenia z 1989 r. i ich wpływ nie tylko na poszerzenie Wspólnoty, ale również na zachowania jej ówczesnych członków. Autor przytacza w tym miejscu często nieznane lub zapomniane opisy zakulisowych negocjacji.

Pytanie o „prawdziwość” Europy, które autor stawia w dalszej części książki, to w istocie inna forma pytania o tak zwany „deficyt demokratyczny”. Czy istnieje europejski *demos*? Co w Europie oznacza słowo „my”? Potrzeba europejskiej sfery obywatelskiej, to coś, co dostrzega wielu filozofów (np. J. Habermas). Autor recenzowanej pozycji wskazuje trzy możliwe odpowiedzi na pytanie o rozwiązania dotyczące wspólnotowości: „niemiecką”, z Unią rozumianą jako wspólnota kulturowo-historyczna, „rzymską”, a więc utylitarną, w której kluczowy jest pożytek ze wspólnych struktur, i wreszcie „grecką”, opartą na woli większości. Ciekawy ten podział (i zaproponowane przez autora nazewnictwo) niekoniecznie jest oczywiście podziałem wyczerpującym i rozłącznym. Jak się wydaje, w praktyce możliwe są rozmaite próby hybrydowego łączenia zaproponowanych przez van Middelaara — kategorii. Ciekawa jest również próba omówienia zaproponowanych przez autora kategorii. Nie widzi on raczej szans na poszukiwanie wspólnej historycznej tożsamości. UE, w istocie rzeczy, powstała przecież przeciwko doświadczeniom nacjonalizmu. Nie można więc, jak się wydaje, zgodzić się z Josephem Weilerem, że europejski *demos* jest warunkiem *sine qua non* rozwoju Unii. Historia wzajemnych relacji państw członkowskich Unii Europejskiej zna tyle samo momentów współpracy, co walk i sporów. Wspólnym łącz-

nikami mogłyby być — co najwyżej — wspólny pieniądz (ale nie obowiązuje on we wszystkich państwach członkowskich), symbole i historia integracji (choć ta ostatnia również nie zawsze postrzegana jest jednolicie). Jest oczywiście pewna nieuchwytna wspólnota europejskiego „ducha”, wydaje się jednak, że to zbyt mało, by mówić o europejskim poczuciu wspólnotowości w rozumieniu niemieckiego *Gemeinschaft*.

Ważne są praktyczne zalety, których zauważalność wspierana jest przez media. Poczucie dobrobytu odwraca jednak uwagę od oczywistych korzyści płynących z istnienia Unii — przede wszystkim bezpieczeństwa i to nie tylko politycznego (brak wojny), ale i socjalnego. Brak czytelnych dla obywateli struktur pomimo tych zalet powoduje więc często problemy z poczuciem sprawiedliwości w zakresie redystrybucji dóbr (s. 310 i n.).

Pozostaje zatem strategia zidentyfikowana przez van Middelaara jako „grecka”, dla której istotna jest obecność publiczności. Obywatele występują tu w dwojakiej funkcji: aktora, który ma wpływ na podejmowanie decyzji i widza-observatora. Funkcje te wzajemnie się uzupełniają. Celem publiczności jest więc „stać u początku polityki i być jej adresatem” (s. 352; Habermas powiedziałby tu o byciu równocześnie autorem i adresatem normy prawnej). Jest to warunek *sine qua non* — co dostrzega też autor — dalszego rozwoju integracji kontynentu. Jednak odwołanie się do opinii publicznej zawsze rodzi pytania o prawo podejmowania decyzji, a zatem wszystko to, co związane jest z demokracją większością, materialną i formalną, bezpośrednią i przedstawicielską. To są kwestie, które — co najmniej z chwilą powołania Parlamentu Europejskiego, a już na pewno z momentem wprowadzenia wyborów bezpośrednich — stały się istotne, choć pytania o europejski *demos* każą nieustannie wracać do podstawowego pytania o to, czy w UE w ogóle można mówić o systemie demokratycznym. Otwartą pozostaje więc kwestia legitymizacji UE i deficytu demokratycznego. Ciekawe są z tej perspektywy rozważania autora dotyczące historii Parlamentu Europejskiego, szczególnie istotne z politologicznej i socjologicznej perspektywy, bo też i rola Parlamentu Europejskiego jest coraz bardziej znacząca. Nie sposób z tej perspektywy pominąć również prac nad konstytucją europejską — i dobrze, że van Middelaar również o tym procesie wspomina.

Dodatkowym atutem książki van Middelaara jest bogata bibliografia i erudycyjne komentarze, nawiązujące do europejskiej myśli filozoficznej. Prawnik za wadę książki — być może — uzna jej beletrystyczny styl. Jest ona bowiem raczej polityczną narracją niż skrupulatną analizą. Stąd też niektóre kwestie można uznać za omówione zbyt pobieżnie, a niektóre wnioski nie za jedyne możliwe. Ale i też van Middelaar jest przede wszystkim politykiem i politologiem, filozofem i historykiem i z tych właśnie perspektyw patrzy na UE. To również ważna perspektywa. Organizmu tak skomplikowanego, jak Unia nie można przecież traktować jednowymiarowo. Trzeba go widzieć z wielu różnych perspektyw. Wydaje się więc, że warto sięgnąć po recenzowaną pozycję w dobie dyskusji o przyszłości Europy, zwłaszcza w politycznie i gospodarczo trudnym momencie, w jakim Europa dziś się znajduje.

Grzegorz J. Wąsiewski

D. NOTY

PIOTR BENEDYKT ZIENTARSKI

Organizacja wewnętrzna Senatu. Studium prawnoustrojowe

Kancelaria Senatu, Warszawa 2011, wyd. II poprawione, s. 224

Począwszy od 1989 r., czyli od samego początku ustrojowej transformacji, skutkującej restytucją Senatu do konstytucyjnego porządku prawnego, toczy się ożywiona dyskusja na temat potrzeby funkcjonowania w Polsce parlamentu bikameralnego. Ponad dwie dekady, jakie minęły od restytucji „izby zadumy i refleksji” oraz piętnaście lat praktyki politycznej pod rządami Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r., to z pewnością wystarczająca perspektywa pozwalająca na dokonanie próby oceny jego pozycji ustrojowej i zakresu konstytucyjnych uprawnień, a także funkcjonowania organizacji wewnętrznej Senatu.

Praca Piotra B. Zientarskiego *Organizacja wewnętrzna Senatu. Studium prawnoustrojowe* z pewnością pozwoli lepiej zrozumieć pozycję i rolę drugiej izby polskiego parlamentu jako organu władzy ustawodawczej, jak również zakres zadań i obowiązków spoczywających na jego organach wewnętrznych: marszałku Senatu, Prezydium Senatu, Konwencie Seniorów oraz komisjach senackich. Zamierzeniem autora było przedstawienie organizacji wewnętrznej Senatu w aktualnie obowiązującym stanie prawnym z uwzględnieniem ewolucyjnych zmian, które zaszły w prawie parlamentarnym w ostatnim dwudziestolecu.

Autor, ze względów metodologicznych, podzielił pracę na osiem rozdziałów. W rozdziale pierwszym, zatytułowanym „Geneza i funkcje Senatu”, szczegółowo przedstawił proces kształtowania się drugiej izby parlamentu w polskiej tradycji parlamentarnej począwszy od XIV w., aż po współcześnie obowiązujące rozwiązania ustrojowe. Rozważania natury historyczno-prawnej autor skonstatował stwierdzeniem, że druga izba parlamentu trwale zakorzeniła się w polskim systemie politycznym, przyjmując w nim dodatkowo rolę swoistego symbolu niepodległości, co jest konsekwencją sfałszowanego w 1946 r. wyniku referendum przez ówczesne władze komunistyczne właśnie w kontekście odpowiedzi na pytanie „czy jesteś za utrzymaniem Senatu”. W dalszej części rozdziału pierwszego wskazując przedmiotowy zakres kompetencji Senatu P. Zientarski przedstawił udział drugiej izby parlamentu w realizacji funkcji ustrojodawczej, ustawodawczej oraz kontrolnej, a także scharakteryzował kompetencje kreacyjne Senatu. Dokonana przez autora analiza prowadzi do wniosku, że Senat — pomimo funkcjonowania w sytuacji permanentnego podważania sensu jego istnienia — ma istotny dorobek legislacyjny i polityczny, bez którego obecny kształt polskiej rzeczywistości ustrojowej i politycznej byłby wyraźnie odmienny.

W rozdziale drugim, zatytułowanym „Marszałek Senatu”, autor przedstawił genezę instytucji marszałka Senatu zarówno jako organu państwa, jak też jednoosobowe-

go organu wewnętrznego Izby. Zakresem swoich rozważań objął również omówienie urzędu i pozycji marszałka seniora. W tej części pracy przedstawiono także zagadnienia proceduralne związane z wyborem i ewentualnym odwołaniem marszałka Senatu, jego statusem prawnym, w tym w szczególności zagadnienia immunitetu parlamentarnego, odpowiedzialności konstytucyjnej oraz zasady *incompatibilitas* jako warunkami *sine qua non* gwarantującymi poszanowanie zasady podziału władzy oraz zasady wolnego mandatu przedstawicielskiego. W rozdziale tym omówione zostały też wewnątrzsenackie zadania i kompetencje marszałka, pogrupowane w cztery kategorie: kierowanie pracami Senatu; przygotowywanie, zwoływanie i przewodniczenie posiedzeniom izby; nadawanie biegu inicjatywom ustawodawczym i wnioskom oraz zadania odnoszące się do sprawowania mandatu przez senatorów.

Rozdział trzeci — „Prezydium Senatu” — zawiera omówienie pozycji prawnej oraz charakterystykę Prezydium Senatu. Autor ukazał genezę tej instytucji, przedstawił jej skład personalny oraz kompetencje, które sklasyfikowane zostały w pięciu podstawowych kategoriach: dokonywanie wykładni regulaminu Senatu, kompetencje wobec komisji, kompetencje dotyczące ustalania zasad organizowania doradztwa naukowego na rzecz Senatu i jego organów, kompetencje wobec senatorów oraz opiniowanie spraw wniesionych przez marszałka Senatu. Autor trafnie zwrócił uwagę, że począwszy od 1989 r. kompetencje Prezydium Senatu ulegały znaczącej modyfikacji i daleko posuniętej transformacji, wynikającej z głównej mierze z procesu dekonstytucjonalizacji tego organu i przekazania jego niektórych kompetencji marszałkowi Senatu. Ta swoista deprecjacja Prezydium Senatu sprawia, że temu organowi nadano wyłącznie charakter organizacyjno-opiniodawczy.

W rozdziale czwartym, zatytułowanym „Konwent Seniorów”, autor szczegółowo i trafnie przedstawił usytuowanie oraz rolę Konwentu Seniorów jako istotnego organu wewnętrznego Izby. Zdefiniował Konwent Seniorów jako pozakonstytucyjną instytucję polskiego prawa parlamentarnego, której skład w pełni odzwierciedla układ sił politycznych w Senacie, o *stricte* konsultacyjno-doradczym charakterze. Konwent — odpowiedzialny za harmonizację działalności i prac parlamentarnych, a także wzajemne porozumiewanie się frakcji politycznych w Senacie — pełni rolę swoistego mediatora drugiej izby parlamentu. W końcowych rozważaniach zaprezentowany został skład osobowy Konwentu oraz realizowane przez niego zadania. Jak podkreślono w pracy, bez względu na zakres kompetencji tegoż organu w chwili obecnej, nie pełni on roli organu o fundamentalnym charakterze dla działalności izby, a jego pozycja jest nieadekwatna do pozycji przyznanej Konwentowi Seniorów w pierwszej izbie parlamentu, tj. w Sejmie.

Rozdział piąty, zatytułowany „Komisje senackie”, Piotr Zientarski poświęcił rozważaniom dotyczącym roli komisji senackiej jako wyspecjalizowanego organu wewnętrznego izby o charakterze pomocniczym, jak też opiniodawczo-inspirującym. Przedmiotem uwag i analiz stała się szczegółowa charakterystyka funkcjonujących komisji senackich oraz kwestia posiadanych przez komisje kompetencji w zakresie opracowywania poszczególnych zagadnień, ich opiniowania oraz występowania z propo-

zycjami odpowiednich ich rozwiązań. Uzupełnieniem refleksji dotyczących komisji senackich stanowi przedstawienie i omówienie trybu pracy komisji, a także zaprezentowanie mechanizmów wypełniania powierzonych im funkcji oraz realizacja nałożonych na nie obowiązków.

W rozdziale szóstym, zatytułowanym „Kadencja i funkcjonowanie Senatu”, omówione zostało istotne, z punktu funkcjonowania demokratycznego państwa prawnego, zagadnienie kadencyjności Senatu, w nawiązaniu do zasad jednakowości, jednolitości i jednorodności oraz zasady ciągłości istnienia parlamentu. Autor skupił się również na kwestiach związanych z funkcjonowaniem Senatu, w tym w szczególności z prawem udziału w posiedzeniach, ustalaniem porządku obrad oraz finalnym procesem głosowania. Zagadnienia te zobrazowane zostały, interesującymi — z punktu widzenia oceny prawidłowości i zasad funkcjonowania Senatu — tabelami zawierającymi szczegółowe dane związane z liczbą posiedzeń w poszczególnych kadencjach oraz faktycznym czasem ich trwania.

Rozdział siódmy, noszący tytuł „Formy samoorganizowania się senatorów”, autor poświęcił ukazaniu prawnie dopuszczalnych możliwości zrzeszania się senatorów, wskazując, że występowanie frakcji parlamentarnych stanowi *de facto* jedną z form umożliwiających wpływ na decyzje polityczne władzy wykonawczej. Scharakteryzował też zasady, tryb oraz podstawy organizowania się senatorów w klubach, kołach senackich oraz zespołach i kołach parlamentarnych. Odwołując się do orzecznictwa TK autor trafnie zauważył, że kluby parlamentarne stanowią „łącznik pomiędzy partią polityczną a parlamentarnym mechanizmem sprawowania władzy”, dlatego też zrzeszenia poselskie i senatorskie stanowią element zinstytucjonalizowanej polityki partyjnej i próbę jej przeniesienia do instytucji państwowych.

Ciekawie została zaprezentowana w ósmym rozdziale „Kancelaria Senatu”. Została przedstawiona jej struktura organizacyjna oraz podstawowe zadania. Kancelaria to — zdaniem autora — jedna z najbardziej istotnych jednostek decydujących o prawidłowym funkcjonowaniu Senatu oraz umożliwiających skuteczną realizację zadań i obowiązków przez poszczególnych członków izby. Piotr Zientarski przedstawił, za pomocą jasnych i przejrzystych wykresów, aktualną strukturę Kancelarii, dokonując omówienia znaczenia oraz kompetencji poszczególnych jednostek organizacyjnych wchodzących w skład Kancelarii Senatu.

W zakończeniu autor konkluduje swoje rozważania trafnym stwierdzeniem, że proces poszukiwania tożsamości Senatu i dookreślenia jego funkcji, jaką ma pełnić wśród organów władzy ustawodawczej, nie został do tej pory zakończony i podlega dalszym przeobrażeniom. Piotr Zientarski we wnioskach *de lege ferenda* postuluje rozszerzenie konstytucyjnych kompetencji Senatu w zakresie realizacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego jako jednego z ustrojowych i priorytetowych zadań drugiej izby parlamentu. Senat, zdaniem autora, powinien uzyskać generalną kompetencję do objęcia swoją jurysdykcją wszelkiej problematyki realizacji orzeczeń TK. Drugim przejawem rozszerzenia konstytucyjnych zadań Senatu powinna być natomiast opieka nad Polską, polegająca na organizowaniu i inicjowaniu kontaktów z Polakami mieszka-

jącymi na obczyźnie. Słuszne, w świetle dotychczasowej praktyki ustrojowej, wydaje się ponowne przyznanie w tym zakresie Senatowi funkcji patrona Polonii, jak miało to miejsce w okresie II Rzeczypospolitej.

Przeгляд ponad 20-letniej działalności Senatu pozwolił autorowi sformułować tezę, że organizacja pracy Senatu powinna ulec daleko idącej reorganizacji i odnowie, mającej na celu jej dostosowanie do panujących warunków prawnoustrojowych. Jednym z warunków takiej „odnowy” jest świadome powierzenie przez suwerena mandatu przedstawicielskiego osobom legitymującym się niezbędną wiedzą prawniczą, tak aby Senat mógł efektywnie wywiązywać się z przypisanej mu funkcji legislacyjnej zarówno poprzez merytoryczną pracę nad projektami aktów normatywnych, jak też weryfikację aktów prawnych już obowiązujących.

Warto podkreślić, że dzieło Piotra Zientarskiego jest pierwszą pracą, która przedstawia tak szczegółowo wewnętrzną organizację Senatu, z pewnością jest to także zasługa osobistego dorobku autora, który od wielu lat jest senatorem, pełniąc w nim odpowiedzialne funkcje m.in. szefa Komisji Ustawodawczej. Starannie przygotowana pod względem merytorycznym, obfituje w bogatą i aktualną polskojęzyczną literaturę przedmiotu. Różnorodność wykorzystanych technik badawczych czyni całą pracę niezwykle interesującą, tym bardziej że autor wykazał się rozległą wiedzą teoretyczną, wzbogaconą znajomością zasad funkcjonowania Senatu od strony praktycznej.

Reasumując, można stwierdzić z przekonaniem, że praca Piotra Zientarskiego jest wartościowym opracowaniem naukowym i pozycją, z którą powinni się wszyscy zapoznać, którym bliska jest problematyka prawa konstytucyjnego w ogóle, a prawa parlamentarnego w szczególności. Lektura tej pracy pozwala nie tylko zrozumieć zasady organizacji wewnętrznej Senatu, ale jest także ważnym przyczynkiem do toczącej się dyskusji o potrzebie utrzymania drugiej izby polskiego parlamentu.

Maciej Serowaniec

*Le evoluzioni della legislazione elettorale „di contorno”
in Europa. Atti del III Colloquio italo-polacco sulle
trasformazioni istituzionali*

RED. GIAN CANDIDO DE MARTIN, ZBIGNIEW WITKOWSKI,
PIERO GAMBALE, ELENA GRIGLIO

CEDAM, Padova 2011, s. 460

W roku 2011 na europejskim rynku wydawniczym pojawiła się kolejna cenna pozycja będąca owocem trwającej od ponad 20 lat współpracy naukowej włoskich i polskich środowisk prawniczych. Książka ta, wydana nakładem prestiżowego włoskiego wydawnictwa CEDAM, jest poświęcona ewolucji ustawodawstwa wyborczego w Eu-

ropie, w tym przede wszystkim w Polsce i we Włoszech. Na treść publikacji składają się referaty wygłoszone na III kolokwium włosko-polskim, które odbyło się w Rzymie, w dniach 10–11 czerwca 2010 r. Spotkanie zorganizowane przez uniwersytet LUISS w Rzymie oraz UMK w Toruniu przy współdziałaniu Rady Europy oraz Komisji Weneckiej było okazją do zaprezentowania i wymiany poglądów przedstawicieli wielu ośrodków uniwersyteckich i naukowych z obu krajów. Delegacji polskich konstytucjonalistów przewodził prof. Zbigniew Witkowski z Wydziału Prawa UMK w Toruniu, jeden z pomysłodawców i inicjatorów, obok prof. Gian Candido De Martina z LUISS w Rzymie, współpracy naukowej między obydwoma uniwersytetami. Celem inicjatywy odbywania kolokwium w cyklu dwuletnim jest pogłębianie wiedzy na temat ewolucji ustrojów obu państw z perspektywy prawnoporównawczej. I Kolokwium (Rzym, 25–26 października 2006 r.) poświęcone było reformom konstytucyjnym i kierunkom przemian demokratycznych w Europie¹, II zaś (Toruń, 4–5 czerwca 2008 r.) gwarancjom konstytucyjnym i środkom kontroli w państwie demokratycznym². Zarówno recenzowana publikacja, jak i jej poprzednie tomy są dowodem wymiernych efektów, jakie może na polu naukowym przynieść współpraca oparta na osobistych przyjaźniach uczonych i fascynacji szeroko rozumianą kulturą innego kraju.

Zasadniczą część recenzowanego tomu tworzy 19 artykułów zebranych w 3 części, poświęcone odmiennym grupom zagadnień z obszaru prawa wyborczego. Publikację rozpoczyna „Wstęp” autorstwa G.C. De Martina oraz merytoryczne wprowadzenie U.M. Bonnici na temat „Reżimu konstytucyjnego systemu partyjnego w starych i nowych demokracjach”. Całości dopełniają „Uwagi podsumowujące” N. Lupy na temat systemu wyborczego i ustawodawstwa *di contorno* oraz „Podsumowanie” Z. Witkowskiego. Teksty referatów opublikowane są z języku włoskim, każdemu z nich towarzyszy jednak streszczenie w języku polskim i angielskim, co rozszerza krąg odbiorców wydawnictwa, a także stwarza szansę przyswojenia kilku włoskich terminów z obszaru prawa i polityki. Ocenę formalnej strony publikacji nieznacznie obniżają błędy literowe, które pojawiają się w polskich streszczeniach. Tekst każdego z referatów poprzedza, ujęty w punkty, hasłowy opis jego zawartości, dzięki czemu struktura publikacji jest czytelna i przystępna w odbiorze.

Pierwsza część tomu poświęcona jest finansowaniu partii politycznych oraz roli zasady *par condicio* w wyborach. Wyjaśnijmy, iż pod pojęciem tym kryje się problematyka równego traktowania kandydatów w kampanii wyborczej. Realizacja zasady *par condicio* jest nieodzownym elementem ukształtowania przestrzeni publicznej w każdym demokratycznym państwie. Szczególnie istotnego znaczenia nabrała ona jednak w systemie prawnym państwa włoskiego, gdzie brak uregulowania możliwego konfliktu interesów doprowadził do sytuacji, w której urzędujący premier skupiał

¹ *Riforme costituzionali e itinerari della democrazia in Europa: Italia e Polonia a confronto. Atti del I Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, red. G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale, Padova 2007.

² *Gwarancje konstytucyjne i środki kontroli w państwie demokratycznym z perspektywy dorobku konstytucyjnego Włoch i Polski*, red. Z. Witkowski, G.C. De Martin, K.M. Witkowska-Chrzczonek, Toruń 2008.

jednocześnie w swych rękach własność kilku ogólnokrajowych stacji telewizyjnych. Jeden z autorów recenzowanej publikacji (G. Piccirilli) odnosi się zresztą wprost do głośnego we Włoszech zakazu transmisji debat politycznych w telewizji publicznej, zarządzanego przez S. Berlusconiego krótko przed wyborami regionalnymi w 2010 r. Wątki podjęte w innych referatach również pośrednio wpisują się w dyskusję, jaką wywołało to wydarzenie. Dowodzi to trafności doboru problematyki kolokwium, dzięki czemu jego uczestnicy i zarazem autorzy recenzowanej publikacji mieli szansę wypowiedzieć się na tematy ważne, aktualne i nierzadko kontrowersyjne.

Cesare Pinelli w artykule „Finansowanie systemu politycznego we Włoszech” wskazał na występujące w tym państwie problemy związane z trwającym już od lat 70. oparciem systemu politycznego — w znacznej mierze — na kryterium publicznym. Podobnie jak inni autorzy recenzowanego tomu, postuluje przyjęcie rozwiązania znanego w większości państw demokratycznych, polegającego na połączeniu finansowania publicznego z prywatnym, wpływającego na zwiększenie — z jednej strony — odpowiedzialności partii za opłacanie własnej kampanii wyborczej, z drugiej zaś, równości konkurencji wyborczej. Pisząc wprost o „parodii demokratycznej debaty” we Włoszech, konstatuje, że jedną z przyczyn braku pożądaných zmian ustawodawczych jest bierność wyborców, którzy zignorowali dwa z trzech zarządzonych w omawianej materii referendów.

Idealnego modelu finansowania wyborów poszukuje również E. Griglio, autorka artykułu zatytułowanego „Problem zasad jawności i równości w procesie finansowania polityki: kilka refleksji na marginesie wyroku Sądu Najwyższego USA Citizens United *versus* Federal Election Commision z 2010 r.” Dowodzi, że z punktu widzenia konieczności ochrony tytułowych zasad nie ma alternatywy dla współistnienia finansowania publicznego i prywatnego. Ilustracją obszernej części rozważań jest orzecznictwo Sądu Najwyższego USA, poświęcone krytyce charakterystycznego w Stanach Zjednoczonych modelu liberalnego.

W treści kolejnego referatu „Problem równego traktowania kandydatów w kampanii medialnej we Włoszech” jego autor, R. Zaccaria, już w tytule dookreśla jako „temat kontrowersyjny”. Autor odwołuje się do ustawy nr 28 z 2000 r. (tzw. ustawa *Par condicio*) w zakresie uregulowanych w niej rozmaitych form komunikacji, w jakich realizowana jest agitacja wyborcza we włoskich mediach. Opowiada się za dalszym jej stosowaniem, choć dostrzega jej niedoskonałości w obszarze kształtowania obywatelskiego i egalitarnego dyskursu polityczno-wyborczego. Argumentuje, iż ze względu na odmienność interesów różnych sił politycznych w parlamencie nie ma szansy na przeforsowanie jednej wspólnej alternatywy ustawodawczej w postaci nowej ustawy konstytucyjnej lub wyborczej.

Uwagę czytelnika zainteresowanego problematyką źródeł prawa z pewnością zaciekawią przemyślenia zaprezentowane we wspomnianym już artykule G. Piccirilli „Problem (niewystarczających) gwarancji równego dostępu do mediów w kampanii wyborczej”. Teoretycznym rozważaniem na temat charakteru poszczególnych aktów prawnych, składających się na źródła regulacji kampanii wyborczej we Włoszech, to-

warzyszą wnioski będące konkretnymi propozycjami rozwiązania problemu. W ramach jednego z nich autor dowodzi, że przepisy wydawane przez odpowiednią komisję parlamentarną dla celów kampanii wyborczej w mediach publicznych, są — tak samo jak uchwały pochodzące od organu właściwego dla mediów prywatnych — częścią ustawodawstwa wyborczego (*di contorno*) i powinny podlegać kompetencji sądów administracyjnych.

Zagadnienie finansowania partii politycznych oraz rola zasady równości w wyborach w Polsce zaprezentowane zostały w dwóch referatach: K.W. Czaplickiego „Finansowanie partii politycznych — teoria i praktyka w Polsce” oraz A. Frydrych „Problem równego traktowania komitetów wyborczych w kampanii medialnej w III Rzeczypospolitej”. Szczegółowa analiza danych o źródłach dochodów partyjnych (ujętych w tekście w postaci rozbudowanych tabel) prowadzi pierwszego z autorów do wniosku, że potrzebne jest przeprowadzenie gruntownej analizy systemu finansowania w celu znalezienia sposobu lepszej realizacji zasady równych szans partii w działalności publicznej. Negatywnie ocenia bowiem sytuację, w której na tle ustawowych regulacji w praktyce utrwalił się podział partii na dwie grupy „subwencionowanych” z budżetu państwa i „pozostałych”, przy czym przejście z grupy drugiej do pierwszej jest prawie niemożliwe. Autorka drugiego z artykułów przedstawiła podstawy prawne kampanii medialnej, zawarte w ówczesnie obowiązującej ordynacji wyborczej do Sejmu i Senatu. W dalszej kolejności opisała praktykę prowadzenia kampanii na przykładzie wyborów parlamentarnych z 2007 r.

Druga część recenzowanego dzieła poświęcona jest tematyce „Biernego i czynnego prawa wyborczego i jego ograniczeniom”. Rozpoczyna ją artykuł G. Rivosecchi „Zakaz kandydowania, niewybieralności i niepołączalności mandatu parlamentarnego” w realiach włoskich. Autor wskazał obszary, w których orzecznictwo sądów, powołanych do rozstrzygania sporów w zakresie tytułowych aspektów realizacji biernego i czynnego prawa wyborczego na poziomie lokalnym i regionalnym, jest rozbieżne z analogicznymi decyzjami zapadającymi przed izbami parlamentu, które rozpatrują te sprawy na szczeblu narodowym. Podkreśla konieczność ujednoczenia orzecznictwa na poszczególnych szczeblach administracji.

Problematyka „Zakazu kandydowania, niewybieralności, *incompatibilitas* w Polsce” podjęta została z kolei przez K. Skotnickiego, który opisał najważniejsze ograniczenia w zakresie biernego prawa wyborczego przyjęte w Konstytucji RP z 1997 r. oraz w odpowiednich ustawach. Skupił się zwłaszcza na zakazach związanych z mandatem parlamentarnym, ale omówił również zasady konstruujące *incompatibilias* mandatu radnego.

Bernardo G. Mattarella poruszył temat konfliktu interesów. Jego artykuł został podzielony na trzy części, w których odnosi się do różnorodnych kwestii związanych z tytułowym problemem: samym pojęciem konfliktu interesów, odpowiednimi jego uregulowaniami, mechanizmami kontrolnymi i sankcjami przez nie przewidzianymi. Odwołał się też do ustawodawstwa włoskiego, a konkretnie ustawy nr 215 z 2004 r., która reguluje konflikt interesów w bardzo wąskim zakresie podmiotowym — tylko w odniesieniu do członków rządu.

Marco Olivetti w artykule „Parytety płci we włoskim porządku prawnym” przedstawił losy uregulowań parytetowych. Odniósł się najpierw do zakwestionowanych przez Sąd Konstytucyjny parytetów wprowadzonych do ustawodawstwa w latach 1993–1995, następnie do rozwiązań usankcjonowanych trzema ustawami konstytucyjnymi z lat 2001–2003 oraz do nowych rozwiązań przyjętych w ustawie regionalnej Kampanii z 2009 r. Trzeba przy tym zaznaczyć, że mechanizmy w zakresie parytetów uznane we włoskim systemie wyborczym różnią się stopniem skomplikowania od rozwiązań polskich, zakładając m.in. system tzw. głosu preferencyjnego. C. Decaro w swoim tekście „Jeszcze o dyskryminacji kobiet” przypomniał długą drogę uzyskania przez tę płć czynnego i biernego prawa wyborczego we Włoszech. Podkreślił podobieństwa doświadczeń włoskich do innych demokracji zachodnich, zwłaszcza francuskich. Dostrzegł istotną rolę orzecznictwa sądów konstytucyjnych w obu krajach w interpretacji problemu parytetów płci.

W artykule „Zredukowanie przyczyn niewybieralności do przyczyn niekompatybilności na poziomie centralnych i regionalnych organów państwa” G. Perniciaro poruszył problem związany z sytuacją, w której po wyborze na członka parlamentu (albo rady regionalnej) zachodzi jedna z przyczyn niewybieralności. Podejmowana w takiej sytuacji przez izby parlamentu decyzja ma charakter wyraźnie polityczny, gdyż izby, poczynawszy od XIV kadencji, „orzekają” o kompatybilności skupienia dwóch mandatów.

W artykule zatytułowanym „Tak zwany wyborczy tryb ochrony dóbr osobistych osób kandydujących” jego autorka, A. Kustra, przedstawiła uregulowanie w polskim prawie procedury umożliwiającej ochronę tytułowych dóbr w uproszczony i skrócony sposób. Podkreśliła, odwołując się do analizy polskiej sceny politycznej z okresu kampanii wyborczej, że z uwagi na coraz obszerniejsze wykorzystywanie w jej trakcie elementów czarnego PR, konieczne jest zapewnienie efektywności wyborczego trybu ochrony dóbr osobistych.

Część trzecią publikacji poświęconą „Administracji wyborczej i sądownictwu wyborczemu” rozpoczyna artykuł A. Pajno pt. „Wstępna faza procesu wyborczego i sądownictwo wyborcze”. Wskazano w nim potrzebę reformy włoskiego prawodawstwa odnośnie do odebrania izbom parlamentu kompetencji do orzekania w sprawach protestów wyborczych w zakresie ważności mandatów w tzw. fazie przygotowawczej procesu wyborczego i przekazania jej sądom. Autor uważa, że oznaczałoby to odpolitycznienie przedwyborczego sądownictwa. W podobnym tonie utrzymana jest referat P. Gambale zatytułowany „Krótkie refleksje na temat przeprowadzenia wyborów i procesu wyborczego we Włoszech: poszukiwanie nowego modelu”. Możliwość poprawy funkcjonowania instytucji sporów wyborczych autor dostrzega w rozszerzeniu kompetencji sądów administracyjnych. Krytykuje przy tym sposób regulowania zagadnień wyborczych w formie nadzwyczajnych dekretów, które tylko doraźnie rozwiązują problem, a nadmiernie wzmacniają władzę wykonawczą. W artykule „Włoskie sądownictwo wyborcze w wyborach samorządowych” G. Meloni przedstawił ewolucję ustawodawstwa włoskiego poczynawszy od lat 60., a skończył na przykładzie kodeksu postępowania administracyjnego z 2 lipca 2010 r. Następnie analizował szczególne ce-

chy orzecznictwa wyborczego. Omówił też instytucję prawa do skargi wyborczej, która we Włoszech ukształtowana została jako *actio popularis*.

Andrzej Sokala i A. Szmyt w referacie „Model administracji wyborczej w Polsce” w sposób aprobatywny odnieśli się do przyjętego w naszym kraju sposobu zorganizowania „służb wyborczych”, polegającego na administrowaniu wyborami przez niezależne organy wyborcze. Charakteryzując najważniejsze cechy modelu podkreślili, że w pełni odpowiada on przyjmowanym na świecie standardom funkcjonowania służb wyborczych, a także przyczynia się do realizacji zasady wolnych i demokratycznych wyborów.

Interpretacja przepisów wyborczych dokonywana w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i Sądu Najwyższego jest istotnym elementem systemu prawa wyborczego w Polsce. Autorzy artykułu „Wybory powszechne i wybory lokalne w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego oraz w orzecznictwie polskich sądów powszechnych” B. Banaszak oraz D. Struska podkreślili znaczenie tego elementu zwłaszcza w związku z faktem wewnętrznej niespójności polskiego prawa wyborczego. Dokonali przeglądu orzecznictwa w wybranych obszarach tematycznych. Należy zaznaczyć, że niespójność, o której mowa, wynikała głównie z rozproszenia regulacji wyborczej w poszczególnych ordynacjach i została wyeliminowana dzięki uchwaleniu w 2011 r. kodeksu wyborczego.

Ostatni z referatów, autorstwa K. Witkowskiej-Chrzczonek, przedstawia „Wybrane problemy prawa wyborczego do Parlamentu Europejskiego w Polsce”. Mimo uboższych niż w zachodnich demokracjach doświadczeń naszego kraju w przeprowadzaniu tych wyborów, pojawiły się wielorakie problemy dotyczące prawa wyborczego do PE. Wśród omawianych przez autorkę zagadnień znalazła się m.in. potrzeba zagwarantowania na poziomie konstytucyjnym praw wyborczych polskich obywateli oraz przynależnych innych państw UE w wyborach do PE oraz obywateli innych państw członkowskich stale zamieszkałych na terenie Polski w przypadku wyborów samorządowych.

Należy podkreślić, że podjęte w recenzowanej pracy tematy i sposób ich merytorycznego opracowania sprawia, że czytelnik otrzymuje interesujące, wartościowe i aktualne dzieło. Uczestnicy projektu ukazali wiele różnych aspektów związanych z obecnie zachodzącymi zmianami w prawie wyborczym w Europie, przede wszystkim we Włoszech i w Polsce, prezentując różne punkty widzenia, a czasem i odmienne poglądy. Wydaje się, że porównanie doświadczeń obu krajów z obszaru legislacji i praktyk wyborczych, uprawnia do wyprowadzenia bardziej generalnego wniosku, że więcej negatywnych zjawisk z punktu widzenia funkcjonowania systemu demokratycznego może występować w ukształtowanych, dojrzałych demokracjach.

Iwona Wróblewska

ANDRZEJ GACA, ZBIGNIEW WITKOWSKI

Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Włoskiej

Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2012, s. 333

Będąc „italofilką” z zaciekawieniem sięgnęłam do kolejnej pracy prof. Zbigniewa Witkowskiego, tym razem napisanej we współpracy z prof. Andrzejem Gacą, z UMK w Toruniu. Najnowsza publikacja tych autorów zatytułowana *Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Włoskiej* ukazała się na półkach księgarskich. Jest to dzieło konstytucjonalisty i historyka prawa i nic dziwnego, że dwutorowo opisują ewolucję ustroju Republiki Włoskiej, jaka dokonała się na przestrzeni lat 1843–2011. Warto podkreślenia jest właśnie to, że monografia obejmuje nie tylko okres współczesny, ale też ten o charakterze historycznym, bowiem tło historyczne tworzy niezbędne wprowadzenie do bieżących problemów, będąc ich swoistym objaśnieniem. W zamyśle autorów książka adresowana jest przede wszystkim do studentów prawa, europeistyki i administracji, którym może pomóc w lepszym zrozumieniu wykładów fakultatywnych poświęconych włoskiej problematyce ustrojowej. Materiał w niej opublikowany jest „pokłosiem” wykładów prowadzonych na Wydziale Prawa UMK, a ponadto stanowi pewną kontynuację i uaktualnienie wcześniejszych publikacji Z. Witkowskiego o tej samej tematyce.

Pierwszy z autorów, Andrzej Gaca, kieruje Katedrą Powszechniej Historii Państwa i Prawa na UMK, a swoją aktywność naukową poświęcił nie tylko badaniu problematyki historii prawa i ustroju państw europejskich, ale również historii integracji Europy i z tych dziedzin prowadzi wykłady m.in. na wydziałach prawa i europeistyki w Toruniu. Natomiast Zbigniew Witkowski od lat kieruje Katedrą Prawa Konstytucyjnego na tym samym Uniwersytecie, uchodząc za niekwestionowanego znawcę życia politycznego Włoch. Od lat współpracuje z licznymi uniwersytetami włoskimi, wśród których znalazła się również jedna z najbardziej renomowanych uczelni — Uniwersytet LUISS „Guido Carli” w Rzymie. Oczywiście, to tylko niektóre z rozlicznych doświadczeń, które umożliwiły autorowi pogłębienie znajomości zagadnień ustrojowo-politycznych czy w ogóle problematyki włoskiej. Wszystkie te doświadczenia i wiedzę autora odnajdziemy w oddanym właśnie do rąk czytelnika dziele.

Publikacja została podzielona na 18 rozdziałów, z których każdy został poświęcony innemu zagadnieniu. Całość dopełnia kilkunastostronicowy aneks, w którym chronologicznie zestawiono m.in. najważniejsze fakty z historii konstytucjonalizmu włoskiego od 1848 r. aż po rok 2011. Jest to doskonałe źródło wiedzy o praktyce ustrojowej, pozwala bowiem prześledzić, jak na przestrzeni lat kształtowały się rządy czy kadencje parlamentu włoskiego.

W rozdziale I Z. Witkowski podaje najbardziej aktualne i wszechstronne dane dotyczące państwa włoskiego, przedstawiając jego miejsce oraz znaczenie polityczne i gospodarcze na arenie międzynarodowej, oraz z wielką ekspresją opisuje najpoważ-

niejsze problemy nurtujące współczesne społeczeństwo, poruszając wiele wątków, które w toku pracy znajdują swoje dalsze rozwinięcie. W rozdziale II natomiast bardzo szczegółowo opisuje, jak powstawały narodowe symbole Republiki Włoskiej, takie jak flaga, godło czy hymn, oraz jak doszło do narodzin języka włoskiego.

W rozdziale III drugi z autorów, A. Gaca, nakreślił zarys historii ustroju politycznego do momentu zjednoczenia Italii. Autor zaczął wprawdzie swoje rozważania od epoki średniowiecza, ale skupił się na ukazaniu czasów nowożytnych, o których polscy odbiorcy na ogół wiedzą znacznie mniej, zwłaszcza jeśli chodzi o okres tzw. *Risorgimento*: dużo uwagi poświęcił temu, co działo się w tym okresie na całym Półwyspie Apenińskim, od Sycylii do Królestwa Sardynii. W relacji tej został położony nacisk na uwydatnienie aspektów prawnoustrojowych tak ważnych dla studentów nauk prawnych, jak np. kwestia legalizacji (legalności) czy suwerenności nowego, zjednoczonego państwa włoskiego, co niewątpliwie odróżnia ten zarys historyczny od tradycyjnych monografii poświęconych włoskiej historii. Warto również dodać, że autor podkreślił rolę, jaką odegrało Państwo Kościelne w zjednoczeniu Italii oraz przywołał słynny swoisty włoski paradoks, z jakim przyszło się zmierzyć przywódcom nowego zjednoczonego państwa, którzy szybko zdali sobie sprawę z tego, że na stworzenie narodu włoskiego trzeba będzie znacznie dłużej poczekać, bo choć unifikacja ziem dotychczas istniejących państw włoskich nie była przedsięwzięciem prostym, to jednak stworzenie narodu *par excellence* było już wyzwaniem zupełnie innego rodzaju. Stąd słynny cytat *ora dobbiamo fare gli italiani* [„czas, byśmy stali się Włochami”], motto które — moim zdaniem — do dziś nie straciło swej aktualności, bowiem dość często odwołują się do niego włoscy intelektualiści, którzy dostrzegają, że ich naród wciąż jeszcze trapi problem własnej tożsamości.

W rozdziale IV przybliżony został kolejny, a zatem drugi z czterech wyróżnionych przez Z. Witkowskiego etapów włoskiego konstytucjonalizmu, którego początek wyznacza zakończenie II wojny światowej, a koniec przypada na moment proklamowania narodzin Republiki i wejścia w życie Konstytucji z 1947 r. W rozdziale V i VI autor scharakteryzował ten akt prawny, podając przy tym liczne dowody na jego innowacyjność, oraz omówił podstawy ustroju politycznego Włoch i konstytucyjnie zagwarantowane prawa i wolności obywatelskie.

Kolejny rozdział VII nosi dużo mówiący o kondycji włoskiej polityki tytuł „Włoski nierozwiązywalny rebus, czyli system wyborczy i partyjny”. Tu ukazano ewolucję prawa wyborczego oraz pokazano, jak zmieniające się rozwiązania wyborcze przekładały się na konkretne wyborcze wyniki polityczne. Przedyskutowano także takie kwestie jak parytety płci czy historyczne już dziś „skazanie” komunistów na tzw. wieczystą opozycję. Wyjaśniono, czym była tzw. demokracja zablokowana i głośny skandal lat 90., który popularnie nazwany jest *mani pulite* [„czyste ręce”]. Autor dowiódł, że stabilność włoskiej sceny politycznej jest nadal tylko mrzonką, a nieśmiało kształtujący się bipolarizm pozostaje wciąż wysoce niepewny. Należy podkreślić, że Z. Witkowski jako jeden z nielicznych badaczy, i wbrew powszechnej krytyce Silvio Berlusconi, zachowuje obiektywizm przy ocenie przeszło dwóch dekad jego rządów, zwracając

uwagę czytelnika również na pozytywny wymiar jego obecności jako polityka, ona bowiem pośrednio wpłynęła na konsolidację włoskiej sceny politycznej, gdyż to właśnie jego ugrupowaniu udało się uzupełnić lukę przez lata „brakującej prawicy”.

W rozdziale VIII przedstawiono strukturę i kompetencje naczelnych władz państwa włoskiego, które z kolei zostały bardziej szczegółowo omówione w następnych sześciu rozdziałach. I tak, kolejny rozdział IX, zatytułowany „Głowa państwa, czyli Prezydent Republiki jako organ *super partes*”, dotyczy roli i kompetencji prezydenta. Czytelnik znajdzie w tym rozdziale również barwny opis kulisów wyborów prezydenta, nazywanych we Włoszech „wielkim świeckim konklawe”, przez co — moim zdaniem — rozdział ten jest jednym z najbardziej pasjonujących fragmentów całej książki. Rozdział X dotyczy parlamentu Republiki Włoskiej, którego obie izby dysponują identycznymi kompetencjami, dzięki czemu bikameralizm włoski jest określany jako doskonały czy zrównoważony. Autor poświęcił sporo uwagi organizacji i funkcjonowaniu obu izb. W dalszej części rozdziału został zanalizowany charakter mandatu parlamentarnego i status parlamentarzysty włoskiego, a rozdział został zakończony przywołaniem funkcji pełnionych przez parlament włoski. W rozdziale XI przedstawiony został rząd oraz administracja centralna Republiki, a kolejny, XII rozdział, poświęcony został kwestii legislacji. Omówiono w nim zasady rządzące procesem legislacyjnym, jak również te, które regulują odrębne procedury uchwalania ustawy budżetowej. Odnotowana została również możliwość realizowania funkcji ustawodawczej przez rząd w razie delegowania ustawodawstwa przez parlament. Rozdział XIII został poświęcony systemowi ochrony prawnej we Włoszech. Odnajdujemy w nim omówienie organizacji sądownictwa powszechnego i administracyjnego, prokuratury, a także pozycji i kompetencji Sądu Konstytucyjnego, którego nie dotknął ogólny kryzys judykatury włoskiej. Stosunkowo sprawne funkcjonowanie tego organu sprawiło, że zasłużył on sobie na miano autorytetu ustrojowego, będącego skutecznym gwarantem praw obywatelskich. W rozdziale XIV nakreślono włoski model decentralizacji administracji oraz wyjaśniono, na czym polega tutejsza autonomia gmin, prowincji i regionów. Natomiast w rozdziale XV zostały przeanalizowane uregulowania dotyczące tzw. czasu egzekutywy, czyli stanów nadzwyczajnych, tj. stanu wojny i stanu wojennego.

W rozdziale XVI omówiono problem obecności Włoch w strukturach Unii Europejskiej. Pokrótkie zrelacjonowano przebieg debaty publicznej na temat wstąpienia i późniejszej obecności Włoch w strukturach europejskich, przedstawiono również wkład Włoch w rozwój integracji europejskiej, a także skutki akcesji, zwłaszcza prawne. Najwięcej uwagi poświęcono umówieniu ewolucji procesu implementacji prawa europejskiego, co stanowi swoistą *specialité de la maison* Italii.

Rozdział XVII jest niewątpliwie jednym z najbardziej interesujących fragmentów całej książki, dotyczy bowiem tematyki, która w jakimś stopniu fascynuje czy choćby zastanawia każdego — mafii włoskiej. Już na początku rozdziału jego autor zaznacza, że nie daje wiary romantycznej legendzie o rzekomo chlubnych początkach tej skądinąd niechlubnej organizacji. Autor uchwycił fenomen włoskiej mafii, unaoczniając polskiemu czytelnikowi fakt, który niekoniecznie jest mu znany: pojęcie mafii od

początku przybrało we Włoszech znaczenie szersze niż tylko organizacji przestępczej, pojęcie to, to raczej pewien *modus vivendi* całego społeczeństwa, niekoniecznie dobrowolnie wybrany. Mafia to struktura społeczna wszechogarniająca, mająca wpływ dosłownie na każdą dziedzinę życia, a sami Włosi przywykli mówić z rezygnacją, że we Włoszech wszystko jest mafią. Dodam od siebie, że dziś teren Półwyspu Apenińskiego jest penetrowany również przez grupy przestępcze wywodzące się z innych krajów, co jeszcze bardziej potęguje tam problem przestępczości zorganizowanej. We Włoszech na stałe „zagnieździły” się nie tylko mafia albańska czy chińska, ale działa tu nawet mafia nigeryjska.

W ostatnim rozdziale dokonano całościowej oceny procesów zachodzących we włoskim ustroju politycznym, podkreślając zarówno zjawiska negatywne, jak i zmiany pozytywne, które nierozzerwalnie się ze sobą splatają. Z. Witkowski ujawnia swą ambiwalentną postawę w stosunku do całokształtu obecnych rozwiązań i postępujących przemian. Jest daleki od wystawienia jednoznacznej oceny i zaleca czytelnikowi unikania zarówno przesadnego pesymizmu, jak i nadmiernego optymizmu co do przyszłego losu polityki włoskiej. Jakikolwiek „złoty środek” mógłby zostać osiągnięty wyłącznie dzięki szerokiemu konsensowi politycznemu, który w obecnej perspektywie wydaje się niestety nieosiągalny. Czytelnik może dopowiedzieć sam sobie, że w związku z tym nieprędko należy spodziewać się poważniejszych zmian.

Jak wynika z powyższego oglądu pracy, kolejne jej rozdziały układają się w spójną, logiczną całość i mam wrażenie, że recenzowana praca w sposób wyczerpujący przedstawiła współczesną Italię w aspekcie jej ustroju, życia społeczno-politycznego, miejsca na arenie międzynarodowej w Europie i na świecie. Pomimo znacznego przekroju i różnorodności omawianych problemów, żaden rozdział czy zagadnienie nie jest potraktowane powierzchownie. Przeciwnie, widać, że obaj autorzy opisują szczegóły, zwłaszcza w bardziej ogólnych fragmentach książki, przez co nawet fakty powszechnie znane czasem zostają przedstawione czytelnikowi w zupełnie innym świetle.

Chociaż recenzowana monografia w zamyśle jej autorów jest podręcznikiem akademickim, z pewnością chętnie sięgną po nią wszyscy zainteresowani tematyką włoską, gdyż skłoni ich do tego nie tylko ciekawa zawartość, ale także sama forma pracy. W tym zakresie należy odnotować swobodny, potoczny styl i ładny język opracowania, który pozostaje zrozumiały pomimo znacznej liczby terminów prawniczych przywołanych w publikacji (autorzy w nawiasach wyjaśniają zawsze znaczenie używanych, trudniejszych pojęć). Ponadto autorzy zaznajamiają czytelnika z oryginalnymi nazwami włoskimi omawianych instytucji, co jest niewątpliwą pomocą dla każdego badacza zainteresowanego Włochami.

Jeśli chodzi o dobór literatury, należy podkreślić, że autorzy skorzystali z bardzo różnorodnych materiałów, chociaż — jak sami zaznaczyli — świadomie głównie z polskich, dla pokazania m.in. rzeczywistego znaczącego dorobku polskich badań prowadzonych nad ustrojem Włoch. Na uwagę zasługuje również odniesienie się do materiałów najbardziej aktualnych, zarówno jeśli chodzi o cytowane publikacje, jak i np. orzeczenia sądowe. W recenzowanej monografii nie zabrakło również odwołania do

wcześniejszych publikacji obu autorów. Praca uwzględnia także najnowsze dane i wydarzenia we współczesnej historii Italii, do których należy m.in. odnotowanie 150. rocznicy zjednoczenia Włoch, obchodzonej w zeszłym roku, czy objęcie przez Mario Montiego urzędu premiera Republiki.

Moim zdaniem, pracę A. Gacy i Z. Witkowskiego charakteryzuje precyzja, znaczny obiektywizm i szeroka perspektywa badawcza, znacznie wychodząca poza aspekty prawne. Na polskim rynku wydawniczym recenzowana publikacja jest w tym momencie nie tylko najpełniejszą, fachową analizą zagadnień dotyczących włoskiego porządku konstytucyjnego w ogóle, ale i najbardziej aktualną analizą bieżących ustrojowych zmian we Włoszech. Wszystkie te okoliczności czynią z tej pracy dzieło wyjątkowe, tak jak wyjątkowy jest stosunek autorów do Włoch.

Katarzyna Jachimowicz

E. VARIA

TRZY WZORCE KONTROLI AKTÓW INSTYTUCJI UNII EUROPEJSKIEJ W ORZECZNICTWIE NIEMIECKIEGO FEDERALNEGO TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Orzecznictwo niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, dotyczące możliwości kontroli aktów unijnych pod względem ich zgodności z niemiecką Ustawą Zasadniczą [dalej: UZ], miało wpływ zarówno na rozwój prawa Unii Europejskiej, jak i orzeczenia sądów konstytucyjnych pozostałych państw członkowskich. Na inspirację stanowiskiem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego [dalej: FTK] wskazuje uzasadnienie wyroku polskiego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2011 r., w którym uznał dopuszczalność rozpoznawania skargi konstytucyjnej skierowanej przeciwko rozporządzeniu unijnemu¹. Artykuł ma na celu przedstawienie rozwoju poszczególnych wzorców kontroli wypracowanych przez FTK oraz wskazanie wspólnych cech, różnic i powiązań pomiędzy tymi wzorcami, a także próbę odpowiedzi na pytanie, w jakim kierunku będzie następował ich dalszy rozwój. W orzecznictwie FTK wypracowano trzy wzorce kontroli aktów unijnych z konstytucyjnym porządkiem prawnym RFN. Są to: kontrola zgodności z prawami podstawowymi [niem. *Grundrechtskontrolle*], kontrola *ultra vires* [niem. *Ultra-vires Kontrolle*] i kontrola poszanowania tożsamości konstytucyjnej [niem. *Identitätskontrolle*]. Wszystkie trzy dotyczą kontroli aktów prawa pochodnego UE, a także, jak pokazała sprawa Honeywell² (a wcześniej sugerowały orzeczenia Alcan II³ i Lissabon⁴), orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej [dalej: TS]. W efekcie więc należałoby mówić raczej o kontroli aktów instytucji unijnych.

Jeżeli chodzi o kontrolę prawa pierwotnego, to następuje ona tylko pośrednio. Przedmiotem kontroli FTK jest formalnie tylko ustawa o ratyfikacji traktatu (założycielskiego lub rewizyjnego). Przy okazji jednak FTK ocenia każdorazowy stan prawa unijnego oraz jego możliwe kierunki rozwoju. W 1979 r. w postanowieniu *Vieleicht*⁵ FTK uznał, iż kontrola prawa pierwotnego jest niemożliwa bez wcześniejszego stwierdzenia przynajmniej częściowej niezgodności ustawy ratyfikacyjnej z UZ.

Kontrowersje budzi natomiast kompetencja FTK do kontroli prawa pochodnego. Na wstępie należy oddzielić kontrolę aktów wymagających implementacji do krajowego porządku prawnego od badania aktów bezpośrednio stosowanych. W tym pierwszym przypadku przedmiotem kontroli będą krajowe akty implementacyjne, co oznacza tylko pośrednią kontrolę aktów unijnych i nie wywołuje (przynajmniej na pierwszy

¹ Wyrok TK z 16 listopada 2011 r., sygn. akt SK 45/09, Dz.U. Nr 254, poz. 1530.

² Orzeczenie FTK z 6 lipca 2010 r., 2 BvR 2661/06, BVerGE 126, 286.

³ Orzeczenie FTK z 17 lutego 2000 r., 2 BvR 1210/98, BVerGE 106, 328.

⁴ Orzeczenie FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvR 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2. BvR 182/09, BVerfGE 123, 267.

⁵ Orzeczenie FTK z 25 czerwca 1979 r., 2 BvL 6/77, BVerfGE 52, 187.

rzut oka) problemów kompetencyjnych. Natomiast w drugim przypadku przedmiotem kontroli byłyby bezpośrednio akty instytucji unijnych. Właściwość FTK do rozpoznawania skarg konstytucyjnych i wniosków (w pozostałych typach postępowań) skierowanych przeciwko aktom unijnym nie wynika jednoznacznie ani z UZ, ani z ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym⁶. Swoją kompetencję do takiej kontroli FTK sformułował i rozwinął w swoim orzecznictwie opartym na założeniu, że skoro RFN przeniosła na podstawie art. 23 ust. 1 UZ (a wcześniej na podstawie art. 24 ust. 1 UZ) prawa zwierzchnie na Unię Europejską, to FTK może kontrolować sposób ich wykonywania. Początkowo FTK wywodził swoją kompetencję z faktu, iż dany akt, mimo iż nie był aktem niemieckiej władzy publicznej, był wykonywany przez niemiecki organ administracyjny albo stosowany przez niemiecki sąd⁷. Taka interpretacja oznaczała dopuszczalność pytań prawnych sądów krajowych w ramach konkretnej kontroli norm i niedopuszczalność skarg konstytucyjnych skierowanych bezpośrednio przeciwko przepisom rozporządzeń unijnych⁸. W późniejszym okresie nastąpiła zmiana polegająca na wskazywaniu podstawy kompetencyjnej w wynikających z UZ granicach zakresu przekazania Unii praw zwierzchnich. Ustawa przenosząca na UE prawa zwierzchnie (czyli ustawa ratyfikacyjna) stanowi „kładkę”, poprzez którą akty unijne są skuteczne w porządku krajowym (tzw. formuła kładki). Akty unijne, które nie mieszczą się w tych granicach, nie podlegają nakazowi stosowania prawa [niem. *Rechtsanwendungsbefehl*], wynikającego z ustawy ratyfikacyjnej i mogą podlegać kontroli FTK⁹. Pewnym potwierdzeniem takiej koncepcji jest zmieniony art. 23 ust. 1 UZ¹⁰, który obecnie stanowi, że RFN współdziała w rozwoju Unii Europejskiej w celu urzeczywistnienia zjednoczonej Europy. UE zobowiązana jest do przestrzegania zasad demokracji, państwa prawnego, socjalnego i federacyjnego, zasady subsydiarności oraz porównywalnej z niniejszą UZ ochroną praw podstawowych. Federacja może przekazać prawa zwierzchnie ustawą po uzyskaniu zgody Bundesratu. Do umocowania UE, jak również do zmian jej podstaw traktatowych i porównywalnych uregulowań, w wyniku których UZ jest zmieniana lub uzupełniana, lub takie zmiany lub uzupełniania staną się możliwe, stosuje się art. 79 ust. 2 i 3 (art. 79 ust. 2 określa większość kwalifikowaną potrzebną do zmiany UZ, natomiast ust. 3 stanowi podstawę dla tzw. klauzuli wieczności, a więc wskazuje te przepisy UZ, które nie mogą zostać zmienione). Zmiana argumentacji pozwoliła FTK na postawienie tezy w orzeczeniu *Bananenmarkt*¹¹, że skargi konstytucyjne i pytania prawne sądów krajowych dotyczące aktów unijnych są dopuszczalne (jeśli spełnią postawiony tam warunek udowodnienia obni-

⁶ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, z 12 marca 1951 r., BGBl. I, s. 243.

⁷ Szerzej E. Ost, *Europarecht vor dem Bundesverfassungsgericht Verfahrensrechtliche Probleme der Befassung des Bundesverfassungsgerichtes mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 2001, nr 4, s. 399–402.

⁸ Tak w orzeczeniu FTK z 18 października 1967 r., 1 BvR 248/63 i 216/67, BVerfGE 22, 293 i orzeczeniu z 9 maja 1974 r., BvL 52/71 (Solange I), BVerfGE 37, 271, nr boczne 58–59.

⁹ G. Hirsch, *Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 1998, nr 9, s. 908.

¹⁰ Ustawa z dnia 21 grudnia 1992 r., BGBl. I, s. 2086.

¹¹ Orzeczenie FTK z 7 czerwca 2000 r., 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, nr boczny 62.

zenia poziomu ochrony praw podstawowych). Warto zwrócić także uwagę, że w wyroku Lissabon¹² FTK wskazał, iż kontrola *ultra vires* i kontrola tożsamości mogłyby być rozpoznawane w ramach dotychczas istniejących trybów postępowania przed FTK (skargi konstytucyjnej, abstrakcyjnej i konkretnej kontroli norm, sporu kompetencyjnego między organami oraz między landem a związkiem) albo w drodze nowego postępowania ustanowionego tylko dla tego rodzaju spraw¹³.

Wiele orzeczeń rozwijających wzorce kontroli aktów instytucji UE były i nadal są elementem dyskusji między FTK a Trybunałem Sprawiedliwości UE na temat charakteru Unii i prawa unijnego, a także pozycji obu trybunałów. Orzeczenia te stanowią odpowiedź FTK na wypracowaną przez TS zasadę pierwszeństwa prawa unijnego przed prawem krajowym. Warto zauważyć, że w doktrynie niemieckiej podkreśla się, iż jest to tylko pierwszeństwo stosowania [niem. *Anwendungsvorrang*] a nie obowiązowania. FTK stwierdził, w wyniku przeprowadzonej kontroli, niezgodność aktu instytucji UE z porządkiem konstytucyjnym Niemiec, czyli ogłosił niestosowanie tego aktu na terenie Niemiec. Nie zmienia to jednak faktu, iż byłoby to — zgodnie ze stanowiskiem TS — równoznaczne z naruszeniem zasady pierwszeństwa i otwierałoby drogę do odpowiedzialności RFN za naruszenie prawa unijnego na podstawie art. 258 TFUE.

1. Kontrola zgodności z prawami podstawowymi

Wzorzec kontroli z prawami podstawowymi jest wzorcem najwcześniej wypracowanym przez FTK. Opiera się na przekonaniu, że FTK jest gwarantem utrzymania odpowiednio wysokiego poziomu ochrony praw podstawowych obywateli niemieckich, a więc jego zadaniem jest zapewnienie ochrony w konkretnym przypadku bez względu na to, czy ingeruje w nie władza publiczna na poziomie krajowym czy ponadnarodowym¹⁴. W związku z tym musi mieć kompetencje do sprawdzenia, czy akty unijne, wywołujące skutki na terytorium Niemiec, odpowiadają temu poziomowi ochrony. Wzorzec ten był odpowiedzią FTK na rozwój prawa unijnego, skutkujący wpływaniem aktów prawa pochodnego bezpośrednio na sytuację prawną jednostek.

Ta koncepcja kontroli została sformułowana w słynnym orzeczeniu Solange I¹⁵. Punktem wyjścia do rozważań FTK było przeświadczenie, iż TS nie może stwierdzić w sposób wiążący, czy dany przepis prawa unijnego jest zgodny z konstytucją narodową. Kompetencja ta, w przypadku Niemiec, przysługuje wyłącznie FTK, który może orzec, że dana norma prawa wspólnotowego w zakresie, w jakim jest sprzeczna z UZ, nie może być stosowana przez organy administracji i sądy RFN. Wynika z tego, iż zgodnie z tzw. formułą Solange I: „[...] dopóki proces integracyjny we Wspólnocie

¹² Orzeczenie FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvR 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, nr boczny 241.

¹³ Szerzej H. Sauer, *Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil — Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik” 2009, nr 7, s. 195–198.

¹⁴ Tak, odwołując się do etosu FTK jako trybunału obywatelskiego J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2001, nr 40, s. 2916.

¹⁵ Orzeczenie FTK z 29 maja 1974 r., BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, nr boczne 40–56.

nie jest na tyle zaawansowany, aby prawo wspólnotowe gwarantowało odpowiedni poziom ochrony praw podstawowych, dopuszczalne i konieczne jest przedstawienie FTK przez sąd niemiecki, po uprzednim uzyskaniu orzeczenia prejudycjalnego ETS, pytania prawnego w zakresie, w jakim sąd pytający twierdzi, że kwestionowany przepis prawa wspólnotowego odnoszący się do sprawy rozstrzyganej przez ten sąd, interpretowany zgodnie z orzeczeniem ETS, nie może być zastosowany przez niemiecki sąd z powodu kolizji z którymś z praw podstawowych zagwarantowanych w UZ”¹⁶.

Po pierwsze, należy zauważyć, że tylko FTK może zdecydować o niestosowaniu danego aktu na terenie Niemiec. Pozostałe sądy, przed którymi toczy się konkretna sprawa, jeżeli uważają, że dany akt narusza prawa podstawowe, mogą zwrócić się do FTK z pytaniem prawnym zgodnie z przepisami o konkretnej kontroli norm. Jednak obowiązkiem takiego sądu jest zwrócenie się wcześniej do TS z pytaniem prejudycjalnym. W ten sposób FTK podkreślił znaczenie wyłącznej kompetencji TS do rozstrzygania kwestii obowiązywania i wykładni prawa unijnego oraz obowiązku współpracy obu sądów w celu zapewnienia zgodności obu porządków prawnych. Charakterystyczne jest to, że rozważania TS miały w tej sprawie charakter hipotetyczny, gdyż FTK uznał w wyniku niezbyt szczegółowego badania, iż kwestionowany przepis prawny nie narusza praw podstawowych gwarantowanych przez UZ. W tej sprawie trzech sędziów (H. Rupp, M. Hirsch i W. Wand) złożyło zdanie odrębne, w którym stwierdzili, iż prawo unijne korzysta z pierwszeństwa przed przepisami konstytucji państw członkowskich, także tymi regulującymi prawa podstawowe. Zakwestionowali także kompetencje kontrolne FTK i innych sądów krajowych, wskazując, iż art. 24 UZ formułuje obowiązek uznania aktów instytucji międzynarodowych, na które Niemcy przyniosły prawa zwierzchnie¹⁷.

W orzeczeniu *Vieleicht*¹⁸ FTK zajął stanowisko, iż możliwość kontroli konstytucyjności prawa unijnego odnosi się do aktów prawa pochodnego, a nie do prawa pierwotnego i zasugerował także możliwość zmiany formuły z *Solange I*. W orzeczeniu *Eurocontrol I*¹⁹ z 23 czerwca 1981 r. FTK powtórzył tezy z orzeczenia *Solange I*, iż art. 24 ust. 1 UZ nie otwiera drogi do naruszania podstawowej struktury niemieckiej konstytucji, której nienaruszalną część stanowią fundamentalne zasady prawne znajdujące wyraz w gwarancjach praw podstawowych. Natomiast w orzeczeniu *Solange II*²⁰ nastąpiło odwrócenie formuły *Solange I*. FTK uznał, że art. 24 ust. 1 UZ umożliwi przyznanie prawa stanowionemu przez instytucje międzynarodowe pierwszeństwa w obowiązywaniu i stosowaniu przed prawem wewnętrznym RFN, pod warunkiem istnienia odpowiedniego systemu ochrony praw podstawowych. „[...] dopóki Wspólno-

¹⁶ Zacytowane tłumaczenia orzeczeń: *Solange I*, *Solange II*, *Maastricht* i *Bananenmarkt* za: B. Banaszkiwicz i P. Bogdanowicz *Relacje między prawem konstytucyjnym a prawem wspólnotowym w orzecznictwie sądów konstytucyjnych państw Unii Europejskiej*, Biuro Orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Zespół Orzecznictwa i Studiów 2006, <http://www.trybunal.gov.pl/epublikacje/download/EUROPA_2006.pdf>.

¹⁷ Zdanie odrębne do orzeczenia FTK z 29 maja 1974 r., BvL 52/71, BVerfGE 37, 271, nr boczne 68–97.

¹⁸ Orzeczenie FTK z 25 lipca 1979 r., 2 BvL 6/77, BVerfGE 52, 187, nr boczne: 28, 38.

¹⁹ Orzeczenie FTK z 23 czerwca 1981 r., 2 BvR 1107,1124/77 i 195/79, BVerfGE 58, 1, nr boczny 113.

²⁰ Orzeczenie FTK z 22 października 1986 r., 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339, nr boczne: 103–104 i 128–132.

ty Europejskie generalnie zapewniają, w szczególności poprzez orzecznictwo ETS, skuteczną ochronę praw podstawowych w stosunku do władzy zwierzchniej Wspólnot, w istocie równą niewzruszalnej ochronie praw podstawowych wynikającej z niemieckiej UZ, a zwłaszcza generalnie poręczają nienaruszalność istoty praw podstawowych — dopóty FTK nie będzie już wykonywać swoich kompetencji w odniesieniu do kwestii dopuszczalności stosowania pochodnego prawa wspólnotowego funkcjonującego jako podstawa prawna działań niemieckich sądów lub organów administracji na obszarze władzy zwierzchniej RFN, a tym samym nie będzie badać zgodności pochodnego prawa wspólnotowego z gwarancjami praw podstawowych zawartymi w UZ.”²¹

Następnym ważnym pod kątem kontroli aktów unijnych był wyrok Maastricht²². W tej sprawie FTK rozpoznawał skargi konstytucyjne wniesione przeciwko ustawie ratyfikującej Traktat z Maastricht, a także związane z tym zmiany w UZ. Odnosząc się do możliwości badania zgodności aktów prawa unijnego z prawami podstawowymi wskazał, iż skoro akty władzy publicznej sprawowanej przez organizację ponadnarodową dotyczą sfery gwarancji konstytucyjnych i zadań FTK w zakresie ochrony praw podstawowych w Niemczech, to ochrona ta musi być sprawowana nie tylko wobec niemieckich organów państwowych. O dopuszczalności stosowania wtórnego prawa wspólnotowego w Niemczech FTK orzeka jednak w ramach swego rodzaju kooperacji z TS. Skoro w tym zakresie TS gwarantuje ochronę praw podstawowych w każdym indywidualnym przypadku na całym obszarze Unii, to FTK może ograniczyć się do roli generalnego gwaranta niewzruszalnego standardu praw podstawowych. W doktrynie rozważano, czy powyższy wyrok stanowi odstępienie od zapowiedzi niedokonywania kontroli aktów unijnych z Solange II, w świetle stwierdzenia FTK, że będzie orzekał w tych sprawach w kooperacji z TS²³. Wyjaśnienia nie przyniosło rozstrzygnięcie kolejnej sprawy Alcan II²⁴, w którym FTK odmówił rozpoznania skargi konstytucyjnej skierowanej przeciwko wyrokowi Federalnego Sądu Administracyjnego, podkreślając, iż był zdeterminowany przez wyrok prejudycjalny TS, zaś co do wyroku TS, to nie można stwierdzić, żeby na jego skutek mogła być podważona ochrona praw podstawowych bezwarunkowo wymagana przez UZ .

Wątpliwości te zostały rozwiane w orzeczeniu Bananenmarkt²⁵, w którym FTK stwierdził, iż nie ma różnicy między tezami Solange II a Maastricht. Jednak nastąpiła zmiana podejścia do możliwości kontroli aktów Unii. FTK wskazał, że: „[...] oparcie pytania prawnego sądu lub skargi konstytucyjnej na zarzucie naruszenia przez pochodne prawo wspólnotowe praw podstawowych gwarantowanych przez niemiecką Ustawę Zasadniczą jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy w uzasadnieniu zostaje przeprowadzony dowód, że poziom ochrony w ramach prawa wspólnotowego, w tym w orzecznictwie ETS, od czasu wydania orzeczenia Solange II uległ takiemu obniże-

²¹ Tłumaczenie za: B. Banaszkiwicz i P. Bogdanowicz, *Relacje między...*

²² Orzeczenie FTK z 12 października 1993 r., 2 BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, 155, nr boczny 70.

²³ H. Lecheler, *Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG*, „Juristische Schulung” 2001, nr 2 s. 121; a także literatura przywołana w J. Limbach *Das Bundesverfassungsgericht...*, s. 2917.

²⁴ Orzeczenie FTK z 17 lutego 2000 r., 2 BvR 1210/98, BVerfGE 106, 328, nr boczny 17.

²⁵ Orzeczenie FTK z 7 czerwca 2000 r., 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147, nr boczne 62, 64–65.

niu, iż nie odpowiada niezbędnemu standardowi ochrony według UZ. Wymaga to każdorazowo skonfrontowania ochrony praw podstawowych realizowanej na płaszczyźnie narodowej i na płaszczyźnie wspólnotowej w sposób, w jaki uczynił to FTK w orzeczeniu Solange II.²⁶ Zgodnie z tym orzeczeniem, jeżeli skarżący nie wykaże obniżenia poziomu ochrony praw podstawowych, to FTK pozostawi skargę bez rozpoznania. Mamy więc tutaj do czynienia z przerzuceniem ciężaru dowodu na stronę skarżącą i w rezultacie ze znacznym ograniczeniem ewentualnej możliwości uznania w przyszłości jakiegoś aktu za naruszający prawa podstawowe. Warto zauważyć, iż w tym orzeczeniu mowa jest o konfrontowaniu ogólnego poziomu ochrony praw podstawowych na poziomie unijnym i krajowym. Nie oznacza to jednak wymogu identyczności obu poziomów ochrony, a jedynie wystarczającego poziomu ochrony w prawie unijnym. Choćby ze względu na liczbę państw członkowskich nie można oczekiwać od TS, by w każdym przypadku przyjmował niemiecki poziom ochrony, wymuszając niejako na pozostałych państwach dostosowanie się do niego²⁷. Oznacza to także przyznanie TS marginesu swobodnego uznania, a nawet prawa do błędu. Jednak rdzeń zakresu ochrony praw podstawowych musi być w każdym przypadku zagwarantowany. Jak już wskazywano w doktrynie, to badanie ogólnego poziomu ochrony niesie ze sobą kilka zasadniczych problemów, dotyczących w szczególności metodologii porównywania obu systemów prawnych oraz sytuacji, gdy w konkretnym przypadku poziom ochrony w danym obszarze będzie zdecydowanie zbyt niski, by odpowiadał standardowi UZ, ale wymóg postawiony przez FTK będzie spełniony²⁸.

Od wydania wyroku w sprawie Bananenmarkt FTK zazwyczaj uznawał skargi w zakresie zarzutów naruszenia praw podstawowych za niedopuszczalne (np. postanowienie z 9 stycznia 2001 r.²⁹). Natomiast w sprawie *Europäischer Haftbefehl*³⁰ zobowiązał ustawodawcę do zmiany sposobu implementacji przepisów unijnych. W kontekście tego orzeczenia należy zauważyć, iż dyrektywa ramowa o europejskim nakazie aresztowania³¹, jako należąca do II filaru, nie była wtedy aktem wspólnotowym, a więc tezy dotychczasowych wyroków nie miały w tym przypadku bezpośredniego zastosowania, a formalnym przedmiotem kontroli była tutaj niemiecka ustawa implementująca dyrektywę ramową.

Rezygnacja z używania wzorca kontroli zgodności z prawami podstawowymi, dotąd — formalnie rzecz biorąc — dotycząca jedynie rozporządzeń, została w orzeczeniu *Emissionshandel* rozszerzona na dyrektywy i krajowe ustawy implementujące dyrektywy, jeśli nie pozostawiają one ustawodawcy swobody w ich implementacji

²⁶ Tłumaczenie za: B. Banaszekiewicz i P. Bogdanowicz, *Relacje między...*

²⁷ Tak J. Limbach, *Das Bundesverfassungsgericht...*, s. 2917.

²⁸ Szerzej M. Nettesheim, *Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen nach Art. 23 GG*, „*Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*” 2002, nr 8, s. 932–935.

²⁹ Orzeczenie FTK z 09 stycznia 2001 r., 1 BvR 1036/99, nr boczny 15, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010109_1bvr103699.html>.

³⁰ Orzeczenie FTK z 18 czerwca 2005 r., 2 BvR 2236/04, BVerfGE 113, 273, nr boczne 116–123.

³¹ Decyzja ramowa 2002/584/WSiSW Rady z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. L 190, z 18 lipca 2002 r., s. 1–20.

i wiążąco określają treść ustawy implementującej, a także decyzje, których RFN jest adresatem (tzw. formuła Soweit). Zdaniem FTK, obowiązkiem sądu rozpatrującego sprawę jest — w razie wątpliwości — zwrócić się z pytaniem prejudycjalnym do TS. Jeżeli TS uzna dyrektywę za nieważną, nie wpływa to automatycznie na ważność aktu implementującego, lecz otwiera drogę do zwrócenia się do FTK z wnioskiem w trybie konkretnej kontroli norm i badania przez niego zgodności tego aktu z UZ³².

Godny uwagi jest także wyrok w sprawie gromadzenia i przechowania danych telekomunikacyjnych (*Vorratsdatenspeicherung*)³³. W tym orzeczeniu FTK uznał skargi konstytucyjne za dopuszczalne, mimo iż nie udowodniono w nich spadku poziomu ochrony, uznając, iż wystarczające są zarzuty naruszenia praw podstawowych i kompetencji UE wraz z wnioskiem o skierowanie pytania prejudycjalnego do TS. Następnie FTK przeprowadził kontrolę krajowej ustawy implementującej dyrektywę 2006/24/WE³⁴, mimo iż zawierała ona wiążące wskazania co do swojej implementacji, uzasadniając to tym, iż ustawodawca niemiecki wyszedł poza zakres obowiązywania dyrektywy oraz że możliwa jest taka implementacja, która nie naruszałaby konstytucyjnych praw podstawowych. FTK odrzucił także możliwość skierowania pytania prejudycjalnego do TS jako niekoniecznego do rozstrzygnięcia sprawy.

Wyrok ten jest komentowany jako znaczące odejście od tez orzeczenia *Bananenmarkt i Solange II*³⁵. W doktrynie wskazuje się, że stanowisko FTK wynika z uzasadnienia, iż ograniczenia zawarte w poprzednich wyrokach odnoszą się tylko do kompetencji FTK do uznania danego aktu unijnego za niezgodny z konstytucją, a nie do samego badania tego aktu. Innymi słowy, skargi konstytucyjne skierowane przeciwko ustawie krajowej implementującej dyrektywę nie będą automatycznie odrzucane i FTK może badać konstytucyjność ustawy krajowej. Jeżeli w wyniku tej kontroli uzna, iż zachodzi przypadek naruszenia prawa podstawowego, zwróci się z pytaniem prejudycjalnym do TS, niejako wzywając go do usunięcia niezgodności na poziomie unijnym. Jeżeli TS uzna dyrektywę za nieważną, to FTK będzie mógł zrobić to samo z ustawą implementującą. Jeżeli natomiast TS potwierdzi ważność dyrektywy, FTK nie będzie mógł unieważnić ustawy krajowej, chyba że zajdzie przypadek obniżenia poziomu ochrony praw podstawowych z orzeczenia *Solange II* i *Bananenmarkt*³⁶.

Moim zdaniem, jest to teza trochę zbyt daleko idąca. Uzasadnienie wyroku wskazuje raczej, iż FTK kieruje się podejściem pragmatycznym i w przypadku stwierdzenia naruszenia praw podstawowych stara się w pierwszej kolejności doprowadzić do

³² Orzeczenie FTK z 13 marca 2007 r., 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79, nr boczne 69 i 72.

³³ Orzeczenie FTK z 11 marca 2008 r., 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260, nr boczne 180–182, 186–187.

³⁴ Dyrektywa 2006/24/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, Dz.U. L 105 z 13.4.2006, s. 54–63.

³⁵ M. Bäcker, *Solange IIa oder Basta I*, „Europarecht” 2011, nr 1, s. 103–121; D. Westphal, *Leitplanken für die Vorratsdatenspeicherung — Abrücken von „Solange” — Das Urteil des BVerfG vom 2. 3. 2010*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2010, nr 13, s. 494–499.

³⁶ Tak M. Bäcker, *Solange IIa oder...*, s. 108–109.

jego usunięcia na poziomie krajowych aktów prawnych, a dopiero jeżeli nie uda mu się znaleźć takiego sposobu, odwołuje się do kontroli aktów unijnych. Skutkuje to czasem niejasnością argumentacji przyjętej w uzasadnieniu orzeczenia i w efekcie zgodność z tezami poprzednich wyroków bywa kwestionowana. Jednak należałoby się zgodzić, iż FTK w tym wyroku zdjął ze strony wnoszącej skargę konstytucyjną ciężar wykazania spadku poziomu ochrony, a także — w jakimś stopniu — samego naruszenia praw podstawowych w konkretnym przypadku³⁷.

2. Kontrola *ultra vires*

Kontrola *ultra vires* opiera się na założeniu, że istotą suwerenności państwowej jest tzw. kompetencja kompetencji [niem. *Kompetenz-Kompetenz*], czyli uprawnienie do określania i poszerzania własnych kompetencji. Unia Europejska nie jest państwem, zatem tego uprawnienia do decydowania o własnych kompetencjach nie ma. Podstawą jej działania są traktaty, w których państwa członkowskie zdecydowały, w jakich obszarach i jakie konkretnie kompetencje UE przekazują. Unia ani jej instytucje nie mogą zatem wykraczać poza ten wyznaczony zakres. Akty unijne, wydane bez podstawy kompetencyjnej w traktatach albo z naruszeniem takiej podstawy (tzw. akty *ultra vires*), są z punktu widzenia FTK nieobjęte nakazem stosowania prawa unijnego, wynikającego z ustawy przenoszącej prawa zwierzchnie, mogą być przez FTK uznane za niestosowalne na terenie Niemiec.

Pierwszym orzeczeniem, w którym FTK sformułował swoją kompetencję do kontroli aktów *ultra vires*, był wyrok dotyczący Traktatu z Maastricht. FTK pokreślił, że Traktat o Unii Europejskiej nie ustanawia jednego państwa i po jego wejściu w życie RFN pozostaje członkiem związku państw, którego władza wywodzi się od państw członkowskich, i może działać w sposób wiążący na obszarze niemieckiej władzy zwierzchniej tylko z woli RFN. Obowiązki i stosowanie prawa unijnego w Niemczech opiera się na nakazie stosowania zawartym w UZ, wyrażającej zgodę na ratyfikację traktatu. Zasada kompetencji powierzonych nie wyklucza wprawdzie interpretowania postanowień wskazujących zadania lub kompetencje w świetle celów traktatów, jednak cele te nie stanowią wystarczającej podstawy do konstruowania nowych zadań i kompetencji ani do rozszerzania zadań i kompetencji powierzonych. „Gdyby europejskie instytucje lub organy stosowały Traktat lub twórczo go interpretowały w sposób nieodpowiadający tej jego treści, która legła u podstaw niemieckiej ustawy ratyfikacyjnej, to wydane w ramach takiej praktyki akty prawne nie miałyby mocy obowiązującej na obszarze niemieckiej władzy zwierzchniej, a niemieckie organy państwowe ze względów konstytucyjnych nie mogłyby stosować takich aktów. Stosownie do tego FTK bada, czy wydane przez instytucje i organy europejskie akty prawne mieszczą się w granicach przyznanych im praw zwierzchnich, czy też je przekraczają.”³⁸

W wyroku tym FTK tworząc nowy wzorec kontroli doprowadził do powstania nowego obszaru potencjalnego konfliktu z Trybunałem Sprawiedliwości. Zgodnie bo-

³⁷ Tak D. Westphal, *Leitplanken für die Vorratsdatenspeicherung...*, s. 497–498.

³⁸ Tłumaczenie za: B. Banaszkiewicz i P. Bogdanowicz, *Relacje między...*

wiem z art. 263 TFUE, to do TS należy wyłączna kompetencja do orzekania o ważności aktów pochodnego prawa unijnego. Jedną z przesłanek nieważności jest właśnie brak kompetencji Unii do wydania danego aktu. FTK sprzeciwił się w ten sposób praktyce rozszerzającej wykładni kompetencji przyznanych w traktatach. W jakimś stopniu jest to także wyraz braku zaufania do kontrolowania przez TS instytucji unijnych. Jest tym bardziej zastanawiające, że w tym samym wyroku FTK potwierdził tezę, że TS jest gwarantem ochrony praw podstawowych na poziomie unijnym.

FTK uznał, na marginesie orzeczenia *Alcan II*³⁹, iż wyrok TS wydany w ramach procedury pytań prejudycjalnych nie może być aktem *ultra vires* z uwagi na jego jednorazowy skutek i nietworzenie „powszechnego wspólnotowo-bezpośredniego prawa postępowania administracyjnego”. Sugerowałoby to, że warunkiem uznania danego aktu unijnego za akt *ultra vires* jest możliwość wpływania na sytuację prawną wielu osób⁴⁰.

Wyrok FTK w sprawie ustawy ratyfikującej Traktat z Lizbony oraz ustaw towarzyszących był szeroko komentowany w doktrynie⁴¹. Trybunał odniósł się w nim m.in. do kompetencji krajowych sądów konstytucyjnych do kontroli aktów organów unijnych, podkreślając, iż UZ nie upoważnia niemieckich organów państwowych do przeniesienia praw zwierzchnich w taki sposób, aby z ich wykonywania mogły być samodzielnie ustanawiane dalsze kompetencje dla Unii Europejskiej. FTK wskazywał, że groźba przekroczenia konstytucyjnej zasady kompetencji powierzonych i przysługującej państwom członkowskim koncepcyjnej odpowiedzialności integracyjnej istniałaby, gdyby organy UE mogłyby nieograniczenie, bez (choćby bardzo wstrzemięźliwej i rozumianej jako wyjątkowa) zewnętrznej kontroli decydować, jak będzie interpretowane prawo traktatowe. W związku z tym FTK powtórzył, iż w ramach niemieckiej jurysdykcji musi istnieć możliwość, aby żądać odpowiedzialności integracyjnej w sytuacji oczywistego przekroczenia granic przy korzystaniu z kompetencji przez UE. Jeżeli ochrona prawna na poziomie Unii nie zostanie osiągnięta, FTK będzie badał, czy akt prawny europejskiego organu lub instytucji pozostaje w ramach unijnej zasady subsydiarności oraz w granicach przekazanych praw zwierzchnich. Kontrola ta może doprowadzić do tego, iż unijny akt prawny zostanie ogłoszony jako niestosowalny w Niemczech. Proeuropejskie stosowanie prawa konstytucyjnego wy-

³⁹ Orzeczenie FTK z 17 lutego 2000 r., 2 BvR 1210/98, BVerGE 106, 328, nr boczny 23.

⁴⁰ Krytycznie na ten temat: G. Nicolaysen, C. Nowak, *Teilrückzug des BVerfG aus der Kontrolle der Rechtmäßigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte: Neuere Entwicklungen und Perspektiven*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2001, nr 17, s. 1236; M. Vögler, *BVerfG: Rücknahme einer gemeinschaftsrechtswidrigen Subvention*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht” 2000, nr 14, s. 447–448.

⁴¹ J. Barcz, *Wybrane problemy związane z wyrokiem niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 30.06.2009 r. na temat zgodności Traktatu z Lizbony z Ustawą Zasadniczą RFN*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 13–24; T. Giegerich, *Ostatnie słowo Niemiec w sprawie zjednoczonej Europy — wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie Traktatu z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 3, s. 4–17; D. Thym, *In the name of sovereign statehood: a critical introduction to the Lisbon judgment of the German Constitutional Court*, „Common Market Law Review” 2009, t. 46, nr 6, s. 1795–1822; D. Doukas, *The verdict of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not guilty, but don't do it again!*, „European Law Review” 2009, nr 6, s. 866–888; J. Ziller, *The German Constitutional Court's Friendliness towards European law. On the Judgment of Bundesverfassungsgericht over the Ratification of the Treaty of Lisbon*, „European Public Law” 2010, t. 16, nr 1, s. 53–73.

maga, w celu ochrony funkcjonalności wspólnotowego porządku prawnego, aby stwierdzenie przekroczenia kompetencji ciążyło tylko na FTK⁴².

Orzeczenie w sprawie Lizbony jest powszechnie odczytywane jako wyraz sceptycyzmu i próba określenia granic integracji europejskiej. Jednakże w części dotyczącej kontroli prawa unijnego wyrok ten nie jest tak nieprzyjazny Unii, jakby się mogło wydawać. Przede wszystkim FTK wskazał, iż kontrola będzie wstrzemięźliwa i ograniczona do wyjątkowych przypadków. Będzie dokonywana pod warunkiem, że ochrona prawna nie zostanie osiągnięta na poziomie Unii (a więc tylko w sytuacji, gdy istnieje luka w unijnej ochronie prawnej), co można odczytywać jako deklarację współpracy z TS. Ponadto tylko FTK będzie miał prawo kontroli kompetencji, co nie zagraża zasadzie pierwszeństwa prawa unijnego i jednolitości jego stosowania, jak w przypadku, gdyby tę możliwość miał każdy sąd czy urząd krajowy. Ogólnie można powiedzieć, iż wyrok ten potwierdza tezy orzeczenia w sprawie Maastricht.

Kolejnym istotnym orzeczeniem FTK jest orzeczenie w sprawie Honeywell⁴³. Przyczyną jego wydania był wyrok TS w sprawie Mangold⁴⁴, w którym TS uznał, że traktat sprzeciwia się uregulowaniom krajowym, które bez ograniczenia zezwalają na zawieranie umów na czas określony z pracownikami powyżej 52 lat, oraz że zakaz dyskryminacji ze względu na wiek stanowi ogólną zasadę prawa unijnego. Wyrok ten spotkał się z szeroką krytyką⁴⁵, a były prezes FTK na łamach „Frankfurter Allgemeine Zeitung” nawoływał do powstrzymania Trybunału Sprawiedliwości⁴⁶. Do FTK wpłynęła skarga konstytucyjna spółki, która domagała się uznania wyroku w sprawie Mangold za akt *ultra vires* (należy dodać, iż formalnie przedmiotem zaskarżenia był wyrok Federalnego Sądu Pracy, którego rozstrzygnięcie zostało oparte na tezach orzeczenia TS). FTK uznał skargę za niezasadną, uchylając się od odpowiedzi, czy wyrok w sprawie Mangold był przekroczeniem kompetencji TS. Podkreślił, iż TS jest uprawniony nie tylko do zwykłej wykładni prawa unijnego, ale także do jego rozwijania [niem. *Rechtsfortbildung*], wskazał, że zadaniem FTK nie jest zastępowanie wykładni przyjętej przez TS swoją. TS powinien cieszyć się szerokim marginesem uznania, a nawet tolerancją dla błędów. FTK wypowiedział się także co do przesłanek stosowania kontroli *ultra vires*, wskazując, iż wchodzi ona w rachubę tylko wtedy, kiedy naruszenie kompetencji przez organy europejskie jest wystarczająco kwalifikowane. Tak jest w przypadku, gdy działanie władzy unijnej wbrew kompetencjom jest oczywiste i zaskarżony akt prowadzi do znaczącego przesunięcia w strukturze kompetencyjnej na niekorzyść państw członkowskich. Przed podjęciem badania aktu

⁴² Orzeczenie FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvR 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, nr boczne 233, 238, 240–241.

⁴³ Orzeczenie FTK z 6 lipca 2010 r., 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, nr boczne 58–68, 88–90.

⁴⁴ Wyrok TS z 22 listopada 2005 r. w sprawie C-144/04 Werner Mangold przeciwko Rüdiger Helm, Zb. Orz. 2005, s. I-09981.

⁴⁵ A. Pliakos, *Who is the Ultimate Arbiter? The Battle over Judicial Supremacy in EU law*, „European Law Review” 2011, nr 1, s. 113 i wskazana tam literatura.

⁴⁶ R. Herzog, L. Gerken, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof*, „Frankfurter Allgemeine Zeitung”, 8 sierpnia 2008 r.

ultra vires TS musi mieć okazję, w ramach postępowania prejudycjalnego, do wykładni traktatów i decyzji o ważności i wykładni spornych działań, jeśli zagadnień tych już nie objaśnił. W tym orzeczeniu został podniesiony także problem zakresu kompetencji kontrolnych FTK w stosunku do krajowego sądu ostatniej instancji rozpatrującego sprawę, który nie zwrócił się do TS z pytaniem prejudycjalnym (co miałyby stanowić naruszenie prawa do ustawowego sędzię z art. 101 ust. 1 zd. 2 UZ). Trybunał uznał, iż będzie dokonywał kontroli tylko w razie, gdyby sąd w ogóle nie wziął pod uwagę możliwości skierowania pytania prejudycjalnego albo świadomie z tej możliwości zrezygnował, a przedstawione przez niego rozumowanie byłoby nie do przyjęcia (a więc ograniczył ją tylko do przypadków arbitralności decyzji sądu krajowego)⁴⁷.

Sędzia Herbert Landau zgłosił do tego wyroku zdanie odrębne, uznając skargę za uzasadnioną, a wyrok Mangold za akt *ultra vires*. Zarzucił większości, iż poprzez wprowadzenie dodatkowego warunku wystarczająco kwalifikowanego naruszenia, tym samym odeszli oni od tego wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony, ponieważ każde sprawowanie władzy z naruszeniem kompetencji jest pozbawione legitymacji demokratycznej. Podkreślił także, że wymóg znacznego przesunięcia w strukturze kompetencyjnej na niekorzyść państw członkowskich, wyłącza spod kontroli przypadki, gdy to przesunięcie następowałoby w drodze wielu niewielkich zmian, które dopiero razem miałyby znaczący wpływ na podział kompetencji. W rezultacie, jego zdaniem, FTK nie wykorzystał okazji do uczynienia z wzorca *ultra vires* efektywnego instrumentu kontroli, i tym samym powrócił do *status quo* z orzeczenia Solange II⁴⁸.

Wyrok w sprawie Honeywell przede wszystkim dookreślił przesłanki uznania aktu organu unijnego za akt *ultra vires*. W wyroku dotyczącym Traktatu z Lizbony znalazło się sformułowanie, że kontrola ta będzie dokonywana w sposób powściągliwy tylko w wyjątkowych wypadkach i tylko wtedy, kiedy ochrona nie może być osiągnięta na poziomie unijnym. Zgodnie wyrokiem Honeywell ogłoszenie aktu za niestosowny w RFN wymaga spełnienia kilku przesłanek. Po pierwsze, w każdym przypadku TS powinien mieć możliwość wypowiedzenia się w ramach postępowania prejudycjalnego co do wykładni oraz ważności danego aktu, a więc istnieje obowiązek zwrócenia się z pytaniem prejudycjalnym. Po drugie, aby dany akt został uznany za przekraczający kompetencje, to przekroczenie musi być oczywiste i wystarczająco kwalifikowane, czyli — zdaniem FTK — widoczne i prowadzące do znaczącego przesunięcia w strukturze kompetencji na niekorzyść państw członkowskich. W połączeniu z przyznaniem TS marginesu uznania i zadeklarowaniu tolerancji dla błędów, widać wyraźnie, że ewentualna możliwość uznania w przyszłości jakiegoś aktu za działanie *ultra vires* została mocno ograniczona i musiałby to być naprawdę skrajny przypadek. Oczywiście zakłada się, że w każdym przypadku TS będzie miał wcześniej

⁴⁷ Szerzej A. Proelß, *Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Kompetenzmäßigkeit von Maßnahmen der Europäischen Union: Der „ausbrechende Rechtsakt“ in der Praxis des BVerfG*, „Europarecht“ 2011, nr 2, s. 257–261; D. Gehlhaar, *Honeywell in der Praxis — Ein Aus- und Überblick*, „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“ 2010, nr 18, s. 1054.

⁴⁸ Zdanie odrębne do orzeczenia FTK z 6 lipca 2010 r., 2 BvR 2661/06, BVerGE 126, 286, nr boczne 94–104.

możliwość wypowiedzenia się co do zarzutu przekroczenia kompetencji i wyniku z marginesu uznania, jakim dysponuje TS podczas wykładni prawa unijnego. Chodzi tu o kontrolę metodologii, a więc o odpowiedź na pytanie, czy sposób wykładni zastosowany przez TS jest możliwy do przyjęcia na podstawie traktatów i całego *acquis communautaire*. Natomiast wielkość naruszenia oznacza szczególnie daleko idące przekroczenie kompetencji i będzie zależeć głównie od tego, czy dane naruszenie dotyczy obszaru wrażliwego z punktu widzenia suwerenności i tożsamości konstytucyjnej państwa, i czy zostały także naruszone w ten sposób prawa podstawowe skarżącego (to ostatnie wskazuje na powiązanie kontroli zgodności z prawami podstawowymi)⁴⁹. W doktrynie istnieje spór co do tego, na ile orzeczenie Honeywell jest kontynuacją, a na ile odejściem od poglądu sformułowanego w orzeczeniu dotyczącym Traktatu z Lizbony⁵⁰. Zwrócono uwagę, że oba wyroki zostały wydane przez ten sam skład sędziowski w odstępie około 1 roku. Niewątpliwie widać zmianę w tonie na bardziej umiarkowany i skierowany na współpracę z TS. Można dostrzec powrót do koncepcji kooperacji między oboma sądami, wyrażonej w wyroku w sprawie Maastricht.

3. Kontrola poszanowania tożsamości konstytucyjnej

Ten wzorec kontroli sformułował FTK w wyroku w sprawie Traktatu z Lizbony⁵¹, w którym znalazła się opinia, iż kontrola poszanowania tożsamości konstytucyjnej nie podlega przeniesieniu i w związku z tym odporna na integrację tożsamość konstytucji odpowiada europejskiemu obowiązkowi szanowania władzy ustawodawczej państw członkowskich jako panów traktatów. Ponadto w wyroku tym FTK przyznał sobie kompetencję kontrolną i dokonał próby jej dookreślenia. FTK będzie badał, czy została zachowana nienaruszalna istota tożsamości konstytucyjnej UZ, zgodnie z art. 23 ust. 1 w związku z art. 79 ust. 3 UZ. Wykonanie tej konstytucyjnoprawnej kompetencji kontrolnej towarzyszy zasadzie proeuropejskości UZ, czyli nie sprzeciwia się ona zasadzie lojalnej współpracy, w przeciwnym razie podstawowe struktury polityczne i konstytucyjne suwerennych państw członkowskich, uznane przez art. 4 ust. 2 TUE, nie byłyby przy postępującej integracji chronione. Pod tym względem są zgodne z konstytucyjną i unijną gwarancją krajowej tożsamości konstytucyjnej. Kontrola tożsamości pozwala na zbadanie, czy na skutek działań organów unijnych nie zostały naruszone zasady z art. 1 i 20 UZ, określone w art. 79 ust. 3 UZ jako nienaruszalne. W ten sposób można zapewnić, że pierwszeństwo stosowania prawa unijnego

⁴⁹ S. Pötters i J. Traut, *Die ultra-vires-Kontrolle des BVerfG nach „Honeywell“ — Neues zum Kooperationsverhältnis von BVerfG und EuGH?*, „Europarecht“ 2011, nr 4, s. 580–593; H. Sauer, *Europas Richter Hand in Hand? — Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH nach Honeywell*, „Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht“ 2011, nr 3, s. 94–97.

⁵⁰ S. Pötters i J. Traut, *Die ultra-vires-Kontrolle...*, s. 580–593; H. Sauer, *Europas Richter...*, s. 94–97; A. Proelß, *Zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle...*, s. 241–263; M. Payendeh, *Constitutional review of EU law after Honeywell: contextualizing the relationship between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, „Common Market Law Review“ 2011, t. 48, nr 1, s. 9–38; A. Pliakos, *Who is the Ultimate Arbiter...*, s. 120–123.

⁵¹ Orzeczenie FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvR 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, nr boczne 235, 240–241.

będzie obowiązywać tylko w ramach dalej istniejącego konstytucyjnoprawnego upoważnienia. Analogicznie do kontroli *ultra vires* FTK uznał, iż kontrola poszanowania tożsamości może doprowadzić do tego, że unijny akt prawny zostanie ogłoszony jako niestosowalny w RFN, a zasada proeuropejskości konstytucji wymaga, aby stwierdzenie naruszenia tożsamości konstytucyjnej ciążyło tylko na FTK. Kontrola ta ma na celu stwierdzenie, czy działania organów unijnych nie naruszają zasad, określonych w art. 1 i 20 UZ. Chodzi o zasadę nienaruszalności godności ludzkiej, związania władzy ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej prawami podstawowymi, zasadę demokratycznego i socjalnego państwa federalnego, zwierzchności narodu, związania władzy ustawodawczej porządkiem konstytucyjnym, a wykonawczej i sędziowskiej konstytucją i prawem, zasadę prawa do czynnego oporu. Wyłączne kompetencje do tej kontroli ma FTK. Natomiast w opinii FTK należałoby przedtem zwrócić się, zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, do TS z pytaniem prejudycjalnym. Ograniczeniem tej kontroli jest także zasada proeuropejskości UZ.

Nieokreślony jest stosunek tego wzorca kontroli do pozostałych. Po ograniczeniu możliwości kontroli aktów *ultra vires* w wyroku w sprawie Honeywell do przypadków oczywistych, w których następuje przesunięcie kompetencji na niekorzyść państw członkowskich, można by uznać, że każdy taki przypadek jest jednocześnie przypadkiem wkroczenia w tożsamość konstytucyjną państw członkowskich, czyli podlegałyby także kontroli tożsamości konstytucyjnej. Oba wzorce kontroli były omawiane wspólnie w orzeczeniu dotyczącym Traktatu z Lizbony. Także patrząc od drugiej strony, zgodnie z art. 4 ust. 2 TUE Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi. Oznacza to, iż działanie organów UE, które naruszałoby tożsamość konstytucyjną, byłoby także przekroczeniem kompetencji przyznanych Unii przez państwa członkowskie w traktatach. Także związek z kontrolą praw podstawowych jest niejasny. Jedną z zasad, których nieprzestrzeganie miałyby prowadzić do naruszenia istoty tożsamości konstytucyjnej, jest określona w art. 1 ust. 1 UZ zasada nienaruszalności godności ludzkiej. Można więc założyć, że nierespektowanie praw podstawowych przez Unię godziłoby w tę zasadę. W orzeczeniu *Vorratsdatenspeicherung*⁵² FTK stwierdził, iż częścią tożsamości konstytucyjnej jest to, żeby „korzystanie z wolności” [niem. *Freiheitswahrnehmung*] przez obywateli nie było ewidencjonowane i rejestrowane, a przechowywanie danych telekomunikacyjnych, bez odpowiednio ważnego powodu, może być tylko wyjątkiem. Wyrok ten wskazuje na pewne powiązanie kontroli tożsamości konstytucyjnej z ochroną praw podstawowych. W doktrynie podnieszono, iż to orzeczenie może wskazywać, że FTK będzie próbował omijać ograniczenia kontroli zgodności z prawami podstawowymi, ugruntowane w orzeczeniach *Solange II* i *Bananenmarkt* poprzez kontrolę tożsamości konstytucyjnej. Taka próba spotkała się krytyką z uwagi na wątpliwy związek ochrony praw podstawowych z tożsamością konstytucyjną na gruncie UZ⁵³.

⁵² Orzeczenie FTK z 11 marca 2008 r., 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260, nr boczny 218.

⁵³ M. Bäcker, *Solange IIa...*, s. 116–120.

Interesujący pod tym kątem jest także fragment wyroku Lissabon, w którym FTK podkreśla, iż integracja europejska nie może doprowadzić do sytuacji, w której nie ma już miejsca na krajowe, polityczne kształtowanie gospodarczych, kulturowych i społecznych stosunków życiowych. W szczególności dotyczy to obszarów, które wpływają na warunki życia obywateli (a zwłaszcza na chroniony przez prawa podstawowe zakres autonomii jednostki) i ich osobiste i społeczne bezpieczeństwo lub decyzji politycznych opartych na kulturowych, historycznych i językowych uwarunkowaniach. Trybunał zaliczył do nich takie zagadnienia jak obywatelstwo krajowe, monopol państwa na użycie siły, pozbawianie wolności w drodze postępowania karnego, kształtowanie stosunków rodzinnych, edukacji, wolności słowa, prasy, zgromadzeń i wyznania⁵⁴. To pokazuje, iż tożsamość konstytucyjna może być rozumiana także, jako rdzeń kompetencji państwa do podejmowania decyzji w najistotniejszych dla obywateli dziedzinach, w szczególności dotyczących praw podstawowych⁵⁵. Dlatego też zakresy wszystkich trzech wzorców w jakimś stopniu na siebie zachodzą.

4. Etapy kształtowania się wzorców kontroli

Wszystkie wzorce kontroli rozwinięte w orzecznictwie FTK wykazują pewne cechy wspólne. W szczególności przyglądając się ich kształtowaniu w postępujących po sobie orzeczeniach, można wyciągnąć wnioski, co do etapów formowania przesłanek ich zastosowania. W przypadku kontroli *ultra vires* i kontroli zgodności z prawami podstawowymi, w pierwszym orzeczeniu (odpowiednio Solange I i Maastricht) FTK formułował swoje kompetencje do kontroli aktów pochodnego prawa unijnego w sposób ogólny, hipotetyczny i niemający bezpośredniego wpływu na rozstrzyganą sprawę. Były to swojego rodzaju deklaracje posiadania takich kompetencji i korzystania z nich w przyszłości, gdyby zaszła taka potrzeba. W rezultacie stwierdzenia te były natury ogólnej. Przede wszystkim FTK nie wyjaśniał, w jakich przypadkach zamierza uczynić z tych kompetencji użytek ani jakie byłyby przesłanki i granice takiej kontroli. Oba orzeczenia w tym zakresie spotkały się z krytyką i postrzegane były jako próba zaznaczenia swojej pozycji i rzucenia wyzwania Trybunałowi Sprawiedliwości.

Dopiero w kolejnych orzeczeniach następowało potwierdzenie uprawnień FTK do kontroli wraz ze wskazaniem jej granic i przesłanek. Charakterystyczne jest to, że w tych sprawach FTK musiał ocenić konkretny akt prawny (lub jak w przypadku *Honeywell* — wyrok TS). W obu wypadkach nastąpiło mocne zawężenie kompetencji do ich badania. Wyroki te były przez część doktryny odbierane nawet jako wycofanie się z tych pierwszych deklaracji. Uważam jednak, że taka zmiana może wynikać z okoliczności konkretnej sprawy. Czym innym jest bowiem ogólne i hipotetyczne zastrzeżenie dla siebie prawa do ostatniego słowa i deklaracja wykonywania uprawnień do kontroli w nieważnych dla porządku konstytucyjnego obszarach (jakim niewątpliwie jest ochrona praw podstawowych), a czym innym jest uznanie konkretnego aktu

⁵⁴ Orzeczenie FTK z 30 czerwca 2009 r., 2 BvR 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, BVerfGE 123, 267, nr boczny 249.

⁵⁵ Szerzej na temat różnych ujęć pojęcia tożsamości konstytucyjnej K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 9–21.

za niegodny z konstytucją i w rezultacie za niestosowalny. To drugie rozstrzygnięcie oznaczałoby równoczesne naruszenie prawa unijnego i w rezultacie stawiałoby rząd krajowy w bardzo trudnej sytuacji.

W doktrynie⁵⁶ prezentowana jest także koncepcja trzech etapów formowania się kontroli aktów unijnych. Według tej koncepcji pierwszym etapem jest proklamacja, w której FTK definiuje obszary, w których będzie wykonywał kontrolę, i ogłasza swoją kompetencję do kontroli w sposób ogólny, pozostawiając wiele niejasności. Na drugim etapie, konkretyzacji, FTK uściśla swoje funkcje kontrolne i określa sposób ich wykonywania. Na tym poziomie prezentuje on nieco bardziej restrykcyjne podejście i sygnalizuje możliwość kooperacji oraz ograniczenia tych kompetencji. Nadal jednak podtrzymuje groźbę stosowania kontroli, wskazuje, że w każdym czasie może ją zastosować i ogłosić dany akt za niestosowalny na terenie RFN. Trzecim stadium jest konsolidacja, podczas której FTK utrwała restrykcyjne podejście i kształtuje standard wykonywania tej kontroli, który czyni bardzo nieprawdopodobnym skorzystanie z kompetencji albo nawet się ich wyrzeką.

Jeżeli chodzi o kontrolę poszanowania tożsamości, to znajduje się ona na razie na etapie pierwszym. W wyroku dotyczącym Traktatu z Lizbony FTK zadeklarował, że będzie kontrolował, czy akty unijne nie naruszają istoty tożsamości konstytucyjnej UZ. Nie określił jednak ani sposobu tego badania, ani przesłanek, ani też granic tej kontroli, z wyjątkiem wskazania, że taka kompetencja należy tylko do niego, oraz zastrzeżenia, że będzie dokonywał kontroli tylko w oczywistych i wyjątkowych przypadkach. W dodatku stosunek tego wzorca kontroli jest do pozostałych bardzo niejasny. Trybunał nie wyjaśnił też, jakie działanie uważa za naruszające te podstawowe zasady, kształtujące istotę tożsamości konstytucyjnej. Należałoby zatem oczekiwać, że w kolejnym orzeczeniu FTK wróci do tego wzorca kontroli i rozwinię swoją koncepcję jego stosowania.

Jednakże między kształtowaniem się tych trzech wzorców kontroli istnieją dość poważne różnice. Przede wszystkim w orzeczeniu Solange II FTK stwierdził, iż nie będzie już badał zgodności aktów prawa pochodnego z poziomem ochrony praw podstawowych, ustanowionym w UZ. Natomiast w wyroku Honeywell w stosunku do kontroli *ultra vires* FTK potwierdził swoją deklarację o posiadaniu kompetencji kontrolnych i ich wykonywaniu, jeżeli zajdzie taka potrzeba. Wprowadził jedynie ograniczenie ich wykonywania do wystarczająco poważnego i oczywistego przypadku przekroczenia kompetencji. Takie stanowisko ma także swoje skutki procesowe w zakresie postępowania przed FTK. Po wydaniu wyroku w sprawie Solange II, FTK zazwyczaj odrzucał skargi zarzucające naruszenie praw podstawowych — jako niedopuszczalne — bez próby ich merytorycznego rozpoznania. Zaś w orzeczeniu Bananenmarkt przetrzucił na skarżących ciężar udowodnienia, że poziom ochrony w ramach prawa unijnego uległ takiemu obniżeniu, iż nie odpowiada niezbędnemu standardowi ochrony według UZ. W przypadku kontroli *ultra vires* to FTK będzie badał w każdej sytuacji, czy doszło do oczywistego przekroczenia kompetencji przez organy Unii i znaczącego przesunięcia w strukturze kompetencyjnej na niekorzyść państw członkowskich.

⁵⁶ M. Payendeh, *Constitutional review of EU law after Honeywell...*, s. 27.

Najnowsze orzecznictwo wskazuje na jeszcze inny możliwy scenariusz rozwoju też FTK. Coraz częściej pojawiają się elementy wskazujące na powiązania między wzorcami, co pozwala na wysnucie teorii, iż nastąpi ich połączenie w jeden wzorec tożsamości konstytucyjnej. Warto zauważyć, że pojęcie to pojawiało się od samego początku orzecznictwa FTK, dotyczącego kontroli aktów unijnych. FTK podkreślał, iż akty prawa UE nie mogą naruszać zasadniczej struktury UZ, której częścią są prawa podstawowe. Naruszanie przez instytucje UE praw podstawowych w sposób wskazujący, iż doszło do obniżenia ogólnego poziomu ich ochrony, co zgodnie z orzeczeniem *Banenenmarkt* jest przesłanką kontroli, niewątpliwie godziłoby w tożsamości konstytucyjną UZ. Wyrok *Vorratsdatenspeicherung* pokazuje, iż FTK uznaje pewien rdzeń praw podstawowych (w tym wypadku prawa do prywatności) za część tożsamości konstytucyjnej. Także widoczne i prowadzące do przesunięcia zakresu uprawnień na niekorzyść państw członkowskich przekraczanie przyznaných kompetencji, szczególnie jeżeli miałyby charakter ciągły i celowy, stanowiłoby pogwałcenie tożsamości konstytucyjnej. Warto także zwrócić uwagę, iż naruszanie praw podstawowych przez UE stanowi jednocześnie przekroczenie jej kompetencji. To wszystko wskazuje, iż w istocie wystarczy jeden wzorec oparty na badaniu, czy dany akt nie ingeruje w niemiecką tożsamość konstytucyjną. Pozwalałoby to na zajęcie przez FTK rzeczywistej pozycji sądu ostatniego słowa, który ingeruje tylko wtedy, gdy jest to naprawdę konieczne z punktu interesów konstytucyjnych. Jednak oznaczałoby to konieczność stosowania jednolitych przesłanek przy wszystkich wzorach kontroli oraz, co chyba ważniejsze, konieczność określenia, co należy do zakresu tożsamości konstytucyjnej, a co do niego nie należy. Uniemożliwiłoby to kontynuowanie dotychczasowego elastycznego podejścia FTK, który dotąd podchodził indywidualnie do każdej sprawy i, znajdując odpowiednie dla niej rozwiązanie, starał się je następnie zmieścić we wcześniej przyjętych tezach.

5. Podsumowanie

Niezależnie od tego, jak będzie się przedstawiać dalszy rozwój wzorców kontroli aktów unijnych w orzecznictwie FTK, opinie i tezy zawarte w dotychczasowych orzeczeniach wpływały w sposób istotny na kierunek rozwoju prawa Unii Europejskiej i stanowiły inspirację dla sądów innych państw członkowskich.

W poszczególnych rozstrzygnięciach FTK oceniał dotychczasowy rozwój prawa Unii i wskazywał potencjalne problemy i zagrożenia, jakie z nim się wiązały. W orzeczeniu *Solange II* podkreślił, że proces kształtowania się prawa unijnego oraz wzrastania poziomu ochrony praw podstawowych zminimalizował możliwość poważnego naruszenia przez instytucje unijne praw podstawowych na tyle, że nie ma już potrzeby kontrolowania wydanych przez nie aktów. Jednocześnie FTK zwrócił uwagę na wykorzystywanie rozszerzającej wykładni zasady kompetencji przyznaných i uznał to za zagrożenie dla krajowego porządku konstytucyjnego. Dlatego rozwinął koncepcję kontroli *ultra vires*. Z orzeczenia *Honeywell* można wyciągnąć wniosek, iż obawy FTK co do możliwości przekraczania swoich uprawnień przez organy unijne nie zostały zażegnane, a swoje kompetencje kontrolne ogranicza w celu wzmocnienia współ-

pracy z Trybunałem Sprawiedliwości. Koncepcję kontroli poszanowania tożsamości konstytucyjnej należy odczytywać jako wyraz niezgody na dalsze rozszerzanie kompetencji UE kosztem państw członkowskich. Jest to także odzwierciedlenie poglądu, że pewne obszary powinny zostać w wyłącznej kompetencji państw, gdyż ich przeniesienie oznaczałoby ograniczenie ich suwerenności i prowadziłyby do przekształcenia Unii w państwo. Zastrzeżenie uprawnień kontroli aktów unijnych przez FTK jest więc próbą określenia granic integracji i ustawienie siebie na pozycji gwaranta nienaruszalności porządku konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec.

Magdalena Gniadzik



DOKUMENTY

MATERIAŁY ŹRÓDŁOWE DO STUDIÓW NAD PARLAMENTARYZMEM

Zagadnienia parlamentarne w orzecznictwie innych państw

Niemcy: Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 listopada 2011 r. w sprawie pięcioprocentowego progu wyborczego w wyborach do Parlamentu Europejskiego (sygn. akt: 2 BvC 4/10, 2 BvC 6/10, 2 BvC 8/10)*

Fakty: *Parlamentarne Zgromadzenie Wspólnot Europejskich składało się początkowo z delegowanych członków parlamentów narodowych. Dopiero w 1962 r. Zgromadzenie przyjęło nazwę Parlament Europejski, a pierwsze bezpośrednie wybory odbyły się w 1979 r. Choć prawo pierwotne UE zawiera podstawę do wprowadzenia jednolitej dla wszystkich państw członkowskich procedury wyborczej¹, to jeszcze to nie nastąpiło. Podstawę prawną wyborów do PE stanowią przepisy krajowe każdego z państw członkowskich, wydane jako implementacja prawa wtórnego UE².*

W prezentowanej sprawie kontroli konstytucyjnej poddany został niemiecki pięcioprocentowy próg wyborczy. Prawo UE wyraźnie dopuszcza wprowadzenie takiej regulacji, lecz tego nie nakazuje. Jeszcze w 1979 r. niemiecka regulacja stanowiła przedmiot kontroli konstytucyjnej, lecz została wówczas uznana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny za konstytucyjną. W niniejszej sprawie wnioskodawcy domagali się stwierdzenia nieważności siódmych bezpośrednich wyborów do PE z 2009 r. i orze-

* W tekście tłumaczenia została pozostawiona numeracja poszczególnych tez Trybunału, natomiast pozostałe wewnętrzne oznaczenia zostały pominięte. Treść wyroku jest dostępna pod adresem: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/cs20111109_2bvc000410.html>.

¹ Stosowna podstawa zawarta jest obecnie w art. 223 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 83, 2010, s. 47 i n.).

² Jest to akt dotyczący wyborów przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich, dołączony do decyzji Rady 76/787/EWWiS, EWG, Euratom z dnia 20 września 1976 r.; ostatnio zmieniony przez decyzję Rady z dnia 25 czerwca 2002 i z dnia 23 września 2002 r. [dalej: Akt].

czenia niekonstytucyjności niemieckiego pięcioprocentowego progu wyborczego³. W uzasadnieniu wskazano, iż naruszanie przez próg wyborczy zasady równości wyborów oraz równości szans partii politycznych nie znajduje uzasadnienia w aktualnych stosunkach. Wskutek kolejnych rozszerzeń UE udział niemieckich posłów do PE zmniejszył się z 20% (w 1979 r.) do 13% (w 2009 r.). Tymczasem próg wyborczy nie jest w stanie zapobiec naruszeniu możliwości funkcjonowania całego Parlamentu, gdyż znajduje on zastosowanie jedynie do posłów wybieranych z Niemiec.

„W imieniu Narodu, w postępowaniu w sprawie skarg wyborczych
[...] Federalny Trybunał Konstytucyjny — Druga Izba
[...] na podstawie rozprawy z dnia 3 maja 2011 r. poprzez
Wyrok
uznał za prawo: [...]

§ 2 ust. 7 ustawy o wyborze posłów do Parlamentu Europejskiego z Republiki Federalnej Niemiec⁴ jest niezgodny z art. 3 ust. 1 oraz z art. 21 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, a przez to nieważny. [...]

U z a s a d n i e n i e:

[...]

3.

[...] UWyb.PE [...] weszła w życie 22 czerwca 1978 r. i [...] stanowi ustawową podstawę wyborów do PE. [...] Ustawodawca [...] przewidział w § 2 ust. 6 UWyb.PE pięcioprocentowy próg wyborczy, który dotyczył wszystkich ważnych głosów oddanych na danym terytorium. Z tego względu przy podziale miejsc do PE brane były pod uwagę jedynie te partie oraz zrzeszenia polityczne, które w skali całego państwa⁵ osiągnęły kworum 5% głosów wyborców.

4.

Pięcioprocentowy próg wyborczy podlegał już kontroli konstytucyjnej, lecz [...] w wyroku FTK z dnia 22 maja 1979 r.⁶ nie został uznany za niekonstytucyjny. Trybunał uzasadnił to koniecznością uniknięcia nadmiernego rozdrobnienia partii politycznych w PE i zagwarantowania możliwości powstawania większości parlamentarnej, a przez to wypełniania zadań powierzonych Parlamentowi Europejskiemu⁷.

[...]

³ Jeden ze skarżących domagał się również uznania za niekonstytucyjny sposób tworzenia list wyborczych w wyborach do Parlamentu Europejskiego, co ze względu na odmienną polską rozwiązań wyborczych zostało w tym zakresie pominięte.

⁴ Ustawa [dalej: UWyb.PE] w brzmieniu z dnia 8 marca 1994 r., opubl. w Bundesgesetzblatt [dalej: BGBI] 1994 r., s. 424.

⁵ Z wyroku pod pojęciem państwa rozumiana jest Republika Federalna Niemiec, a nie np. jedno z państw związkowych.

⁶ Publ. zbiór orzecznictwa Bundesverfassungsgerichts [dalej: BVerfGE] t. 51, s. 222 i n.

⁷ Por. BVerfGE 51, 222, s. 246 i n.; FTK odwołuje się w treści wyroku do tez ze swojego orzecznictwa, co zostanie odzwierciedlone w przypisach.

6.

Skład Parlamentu Europejskiego oraz liczba posłów do PE wybieranych z Niemiec uległy zmianom w stosunku do pierwszych wyborów. Podczas gdy w 1979 r. spośród 410 członków zgromadzenia 81 przypadło na RFN, to w wyborach w 2009 r. do PE zostało wybranych 736 posłów, z czego 99 z Niemiec.

[...]

37.

Od pierwszych wyborów [...] w 1979 r. przeprowadzonych zostało sześć kolejnych. Siódme bezpośrednie wybory do PE odbyły się w 27 krajach członkowskich UE w okresie między 4 a 7 czerwca 2009 r. W Niemczech wybory zostały przeprowadzone 7 czerwca 2009 r. i wzięły w nich udział 32 partie oraz inne zrzeszenia polityczne. Ze względu na pięcioprocentowy próg wyborczy w podziale miejsc uwzględniono jedynie sześć partii politycznych (CDU, SPD, Grüne, FDP, Die Linke, CSU). Na pozostałe partie oraz zrzeszenia polityczne oddanych zostało łącznie 10,8% głosów. Gdyby nie obowiązywał próg wyborczy, siedem kolejnych partii oraz zrzeszeń politycznych uzyskałoby jedno lub dwa miejsca w Parlamencie Europejskim.

[...]

75.

Zadaniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w ramach kontroli skarg wyborczych [...] jest nie tylko zapewnienie przestrzegania przepisów obowiązujących w wyborach do PE [...], lecz również zbadanie konstytucyjności UWyb.PE. Pod tym względem wybory do PE podlegają temu samemu [badaniu], co wybory do Bundestagu⁸.

76.

[...] UWyb.PE jest niemieckim prawem federalnym i z tego względu należy ją odnosić do Ustawy Zasadniczej oraz zawartych w Ustawie Zasadniczej zasad równości wyborów oraz równości szans partii politycznych.

77.

Badanie konstytucyjności niemieckiego pięcioprocentowego progu wyborczego nie jest ograniczone przez wiążące postanowienia prawa Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 8 zd. 1 Aktu dotyczącego wyborów przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego w powszechnych wyborach bezpośrednich, procedura wyborcza w każdym z Państw Członkowskich określana jest na podstawie przepisów krajowych, z uwzględnieniem zasad prawa unijnego oraz przepisów Aktu. Wyznacza on ramy krajowych przepisów wyborczych, które podlegają normom konstytucyjnym każdego z Państw Członkowskich. Art. 3 Aktu przyznaje Państwom Członkowskim możliwość wprowadzenia progu w wysokości do 5% [...], nie nakłada jednak takiego obowiązku, a przez to nie ogranicza zakresu kontroli zgodności takiej [krajowej] regulacji z zasadami prawa wyborczego gwarantowanymi przez Ustawę Zasadniczą.

78.

Zasada równości wyborów, która w odniesieniu do wyboru niemieckich posłów do Parlamentu Europejskiego wynika z art. 3 ust. 1 Ustawy Zasadniczej i przybiera

⁸ Por. BVerfGE 121, 266, s. 295 oraz BVerfGE 123, 39, s. 68.

postać nakazu formalnej równości wyborów⁹, gwarantuje wynikającą z zasady demokracji¹⁰ równość obywateli¹¹ i stanowi jedną z zasadniczych podstaw porządku państwa¹² [...].

[...]

82.

[...] Uprawnienie partii politycznych do równego traktowania jest ściśle związane z zasadami powszechności i równości wyborów, które kształtowane są przez zasadę demokracji. Dlatego w tym zakresie wymagana jest [tak jak i przy gwarantowanym przez zasady powszechności oraz równości wyborów równym traktowaniu wyborców — R. R.] równość w ściśle formalnym znaczeniu. Gdy władze publiczne ingerują w rywalizację partii politycznych, w sposób który może zmieniać ich szanse, zakres uznania [ustawodawcy] ma szczególnie wąskie granice¹³.

83.

Skutkiem pięcioprocentowego progu wyborczego [...] jest nierówna ocena głosów wyborców. Podczas gdy pięcioprocentowy próg wyborczy nie modyfikuje liczby wszystkich [oddanych] głosów, to powoduje nierówną wartość poszczególnych głosów, w zależności od tego, czy [...] zostały oddane na partię polityczną, która uzyskała pięć lub więcej procent, czy też na partię polityczną, która nie przekroczyła progu wyborczego. Głosy oddane na partie, które uzyskały co najmniej 5% głosów, mają bezpośredni wpływ na podział miejsc w Parlamencie [...]. Natomiast głosy wyborców oddane na partie, które nie przekroczyły progu wyborczego, nie przynoszą rezultatu.

[...]

85.

Jednocześnie pięcioprocentowy próg wyborczy ogranicza prawo partii politycznych do ich równego traktowania. Zgodnie z obliczeniami Federalnego Komisarza Wyborczego¹⁴, w wyborach z 2009 r. siedem partii i zrzeszeń politycznych [...] otrzymałoby mandaty, gdyby nie było pięcioprocentowego progu wyborczego. Ewentualny wpływ progu wyborczego na postawy wyborców nie został wzięty pod uwagę.

[...]

87.

[...] Dla uzasadnienia zróżnicowania [wyników partii politycznych w wyborach do PE — R. R.] konieczne jest, [...] by ciągle istniał szczególny, rzeczowo uzasadniony, „absolutnie nieodparty” powód¹⁵. Nie oznacza to, iż [...] Konstytucja nie musi

⁹ Por. BVerfGE 52, 222, s. 234 i n.

¹⁰ Konstytucyjne zasady państwa prawnego oraz demokratycznego ustroju państwa zostały osobno uregulowane w Ustawie Zasadniczej, natomiast odpowiadają one treściowo zasadzie demokratycznego państwa prawnego z art. 2 Konstytucji z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

¹¹ Por. BVerfGE 41, 399, s. 413; BVerfGE 51, 222, s. 234 oraz BVerfGE 99, 1, s. 13.

¹² Por. BVerfGE 6, 84, s. 91 oraz BVerfGE 11, 351, s. 360.

¹³ Por. BVerfGE 120, 82, s. 105.

¹⁴ Ze względu na zakres kompetencji instytucja Federalnego Komisarza Wyborczego (*Bundeswahlleiter*) stanowi swoisty odpowiednik Państwowej Komisji Wyborczej.

¹⁵ Por. BVerfGE 6, 84, s. 92; BVerfGE 51, 222, s. 236 oraz BVerfGE 95, 408, s. 418.

wprost formułować dopuszczalne zróżnicowania. Zróżnicowania w prawie wyborczym mogą być o wiele bardziej uzasadnione względami, które Konstytucja uznaje oraz którym należy przypisać takie znaczenie, iż są w stanie zrównoważyć naruszenie zasady równości wyborów¹⁶.

88.

Do tych powodów zaliczają się zwłaszcza cele realizowane przez wybory. [...] Jednym z celów [...] jest zapewnienie, iż wybory mają charakter zdarzenia integrującego w procesie kształtowania decyzji politycznych Narodu¹⁷ oraz związanego z tym [...] zapewnienia możliwości funkcjonowania wybranego organu przedstawicielskiego¹⁸. Duża liczba małych partii oraz zrzeszeń wyborców w organie przedstawicielskim może prowadzić do poważnego naruszenia możliwości funkcjonowania tego organu. Wybory nie służą wyłącznie wybraniu składu organu przedstawicielskiego, lecz powinny wyłonić organ, który będzie zdolny do funkcjonowania¹⁹. To, co służy i jest konieczne dla zapewnienia możliwości funkcjonowania, [...] nie może zostać w jednolity sposób wyznaczone dla wszystkich wybieralnych organów przedstawicielskich²⁰. Należy to oceniać [...] poprzez konkretne funkcje wybranego organu²¹.

[...]

90.

Ustawodawca zobowiązany jest zweryfikować i zmienić normę prawa wyborczego, która narusza zasadę równości wyborów oraz zasadę równych szans partii politycznych, jeżeli jej konstytucyjnoprawne uzasadnienie zostaje zakwestionowane przez zmianę stosunków [...] ²². W odniesieniu do progów wyborczych w wyborach proporcjonalnych oznacza to, iż zgodność danego progu z zasadą równości wyborów oraz równości szans partii politycznych nie może zostać oceniona abstrakcyjnie raz na zawsze. Regulacja prawa wyborczego może w przypadku jednego organu przedstawicielskiego być uzasadniona w określonym momencie, a nie być uzasadniona w przypadku innego organu wybieralnego lub w innym momencie²³. Próg wyborczy, który został raz uznany za dopuszczalny, nie może być oceniany jako konstytucyjnie niewzbudzający zastrzeżeń na zawsze. Przy znaczącej zmianie stosunków uzasadnienie konstytucyjnoprawne może się zmienić. Dlatego w przypadku zastania przez ustawodawcę tak zmienionych stosunków, musi to zostać przez niego uwzględnione. Decydujące dla kwestii dalszego utrzymania progu wyborczego są wyłącznie aktualne stosunki²⁴.

¹⁶ Por. BVerfGE 1, 208, s. 248; BVerfGE 6, 84, s. 92 oraz BVerfGE 95, 408, s. 418.

¹⁷ Por. BVerfGE 95, 408, s. 418.

¹⁸ Por. BVerfGE 1, 208, s. 247 i n.; BVerfGE 4, 31, s. 40; BVerfGE 6, 84, s. 92 i n.; BVerfGE 51, 222, s. 236; BVerfGE 82, 322, s. 338; BVerfGE 95, 408, s. 418 oraz BVerfGE 120, 82, s. 111.

¹⁹ Por. BVerfGE 51, 222, s. 236.

²⁰ Por. BVerfGE 120, 82, s. 111 i n.

²¹ Por. BVerfGE 120, 82, s. 112.

²² Por. BVerfGE 73, 40, s. 94; BVerfGE 82, 322, s. 338 i n.; BVerfGE 107, 286, s. 294 i n. oraz BVerfGE 120, 82, s. 108.

²³ Por. BVerfGE 1, 208, s. 259; BVerfGE 82, 322, s. 338 oraz BVerfGE 120, 82, s. 108.

²⁴ Por. BVerfGE 120, 82, s. 108.

91.

[...] Ponieważ przy regulacjach, które naruszają reguły konkurencji politycznej, większość parlamentarna jest do pewnego stopnia czynna we własnej sprawie, [...] powstaje niebezpieczeństwo, iż dana większość parlamentarna zamiast dobrem ogółu każdorazowo będzie się kierować kalkulacjami związanymi z zachowaniem swojej władzy, dlatego kształt prawa wyborczego podlega ścisłej kontroli sądu konstytucyjnego²⁵.

92.

Kryteria oceny progów wyborczych w wyborach proporcjonalnych zostały ostatnio skonkretyzowane przez FTK [...] w wyroku z dnia 13 lutego 2008 r. w sprawie pięcioprocentowego progu wyborczego w wyborach komunalnych²⁶. Zgodnie z nim zastosowanie progu wyborczego opiera się na ocenieniu przez ustawodawcę prawdopodobieństwa wejścia drobnych partii do parlamentu oraz oczekiwanych przez to zakłóceń w funkcjonowaniu organu oraz [...] w wypełnianiu powierzonych mu zadań [...]. Podejmując tę ocenę, ustawodawca nie może opierać się na ustaleniu czysto teoretycznej możliwości zakłócenia funkcjonowania organu²⁷ [...]. Gdyby ustawodawca mógł swobodnie określać, od jakiego poziomu prawdopodobieństwa bierze pod uwagę zakłócenia funkcjonowania, sądowa kontrola prognoz ustawodawczych, włącznie z ich rzeczywistymi podstawami, byłaby niemożliwa. Ogólne i abstrakcyjne założenie, iż poprzez zrezygnowanie z pięcioprocentowego progu wyborczego ułatwi się małym partiom politycznym oraz zrzeszeniom wyborców wejście do organu przedstawicielskiego, a przez to utrudni się tym organom podejmowanie decyzji, nie może uzasadniać naruszenia zasad równości wyborów i równości szans [partii politycznych]. Dlatego samo „ułatwienie” lub „uproszczenie” podejmowania decyzji jest niewystarczające [dla uzasadnienia naruszenia wskazanych zasad konstytucyjnych]. Tylko prawdopodobne utrudnienia w funkcjonowaniu organu przedstawicielskiego mogą uzasadniać pięcioprocentowy próg wyborczy²⁸.

93.

Niniejsze kryteria obowiązują również odpowiednio w odniesieniu do sądowej kontroli konstytucyjności UWyb.PE. Tak jak przy regulacji Ordynacji wyborczej do Bundestagu, tak i przy UWyb.PE powstaje niebezpieczeństwo, iż niemiecki ustawodawca wyborczy mógłby przy pomocy większości parlamentarnej, poprzez próg wyborczy i skutkujące nim wyłączenie mniejszych partii politycznych [nieobecnych w Bundestagu], zagwarantować wybór własnych partii politycznych do Parlamentu Europejskiego.

94.

Nie może natomiast być brana pod uwagę okoliczność, która ma znaczenie przy ocenie pięcioprocentowego progu wyborczego w wyborach do Bundestagu. Jeżeli próg wyborczy zostałby usunięty, to powstaje niebezpieczeństwo, iż [...] na skutek zaist-

²⁵ Por. BVerfGE 120, 82, s. 105.

²⁶ Por. BVerfGE 120, 82, s. 113 i n.

²⁷ Por. BVerfGE 120, 82, s. 113.

²⁸ Por. BVerfGE 120, 82, s. 114.

niałych utrudnień Bundestag nie mógłby zmieniać ustaw, gdyż nie miałby wymaganej większości parlamentarnej. Taka sytuacja nie zaistnieje w PE tak długo, jak długo do regulowania prawa wyborczego [w wyborach do PE] powołany jest Bundestag, a nie sam Parlament Europejski.

95.

Zgodnie z [ustalonym] standardem [konstytucyjnym] pięcioprocentowy próg wyborczy określony w § 2 ust. 7 UWyb.PE nie mógł zostać zachowany. Faktyczne oraz prawne stosunki panujące podczas wyborów w 2009 r., trwające nadal, nie stanowią wystarczających powodów, które uzasadniałyby związane z progiem wyborczym poważne naruszenie zasady równości wyborów oraz równości szans partii politycznych.

[...]

99.

[...] W konstytucyjnoprawnej ocenie krajowego progu wyborczego [...] trzeba jednocześnie brać pod uwagę, iż również inne Państwa Członkowskie zniosą ograniczenia w dostępie mniejszych partii do Parlamentu Europejskiego. Ta możliwość jest naturalnie abstrakcyjna i należy ją rozpatrywać w kontekście składu PE, którego struktura od lat pozostaje zbliżona.

100.

W Parlamencie Europejskim jest obecnie reprezentowanych ponad 160 partii politycznych. Wiele spośród nich dysponuje wyłącznie jednym lub dwoma miejscami. Prawo unijne zakłada, iż posłowie PE pochodzą z dużej liczby małych partii. Dla mniej licznych pod względem liczby ludności Państw Członkowskich przewidziano nadproporcjonalną liczbę mandatów, aby i tym krajom umożliwić odwzorowanie krajowych stosunków politycznych [...].

[...]

102.

Nie można z wymaganym stopniem prawdopodobieństwa stwierdzić, żeby poprzez zwiększenie liczby partii politycznych posiadających jednego lub dwóch przedstawicieli w PE, możliwość jego funkcjonowania miała zostać zasadniczo naruszona. Tworzone w PE frakcje dysponują znaczącą siłą integrującą²⁹ [poszczególne partie polityczne oraz możliwością zawierania kompromisów³⁰ przez tworzone w PE frakcje], co nie mogłoby zostać zakwestionowane przez wejście dodatkowych partii politycznych. Ryzyko oczekiwanego utrudnienia w budowaniu większości parlamentarnej nie może być utożsamiane z ryzykiem naruszenia możliwości funkcjonowania Parlamentu Europejskiego³¹.

103.

Kluczowymi jednostkami roboczymi Parlamentu Europejskiego są frakcje. Zrzeszają one posłów, którzy nie tylko realizują podobne cele polityczne, lecz także sku-

²⁹ Zdolność integrowania krajowych partii politycznych przez frakcje w PE została omówiona przez FTK w § 103–106 wyroku.

³⁰ Umiejętność zawierania kompromisów przez frakcje polityczne w PE została omówiona przez FTK w § 107–111 wyroku.

³¹ Związek pomiędzy utrudnieniem budowania większości parlamentarnej a naruszeniem możliwości funkcjonowania PE został omówiony przez FTK w § 112–116 wyroku.

piają posłów reprezentujących stanowiska różnych narodowych partii politycznych w PE³². Podział Parlamentu Europejskiego na frakcje służy skutecznej organizacji jego pracy. W szczególności formułowanie wspólnych stanowisk politycznych oraz wypracowywanie kompromisów wymaga — ze względu na dużą liczbę posłów oraz różnorodność reprezentowanych przez nich kultur, narodowości, języków i ruchów politycznych — integracji, co w pierwszej kolejności jest obowiązkiem frakcji. Okoliczność, iż Parlamentu Europejskiego, inaczej aniżeli krajowych organów przedstawicielskich, nie charakteryzuje przeciwieństwo większości rządowej i opozycji³³, z jednej strony umożliwia frakcjom pewną otwartość wobec skupionych w nich posłów, a z drugiej strony w szerszym zakresie zachęca swoich członków do współdziałania w poszczególnych sprawach.

[...]

105.

Frakcje potrafiły integrować partie polityczne, które dzięki procesowi [...] rozszerzania Unii Europejskiej [przez lata] wchodziły do PE. Na podstawie tych doświadczeń, które w pojedynczych przypadkach mogą być różnie interpretowane, należy [...] wyjść z założenia, iż również dodatkowe małe partie polityczne, które przy zlikwidowaniu progów wyborczego byłyby reprezentowane w Parlamencie, mogą dołączyć do już istniejących frakcji. Skutkiem przyjęcia dużej liczby partii politycznych oraz posłów o zróżnicowanym pochodzeniu i tradycji jest to [...], iż poszczególne frakcje w PE skupiają w sobie szerokie spektrum odmiennych nurtów politycznych. Wewnętrzna więź wynikająca z podobnych preferencji jest we frakcjach w PE mniejsza aniżeli w parlamentach narodowych, różni się jednak istotnie pomiędzy poszczególnymi frakcjami. Związane z tym różnice należy odnosić [...] do strategii każdej z frakcji w PE, które dążą do osiągnięcia możliwie największej siły, co może wyjść na dobre nowym siłom politycznym, które wejdą do Parlamentu. Frakcje niezależnie od swojej stosunkowo niewielkiej spójności w trakcie kolejnych kadencji umocniły swoje struktury i były w stanie trwale związać ze sobą posłów z określonych partii członkowskich³⁴.

[...]

107.

Ponieważ żadna z reprezentowanych w Parlamencie Europejskim partii politycznych lub ukształtowanych tam frakcji nie dysponuje większością [...], nie należy również oczekiwać [powstania] takiej większości, [stąd] frakcje muszą tworzyć doraźne lub trwałe porozumienia w celu uzyskania większości parlamentarnej. Gdyby ten sposób podejmowania decyzji w Parlamencie miał zostać utrudniony poprzez wstąpienie znaczącej liczby małych partii, mogłoby to doprowadzić do naruszenia możliwości funkcjonowania PE, rozumianej — na razie — jedynie jako możliwość podejmowa-

³² Por. J. Mittag, J. Steuwer *Politische Parteien in der EU*, Stuttgart 2010, s. 24.

³³ Por. wyrok TSUE z 2 października 2001 r. w połączonych sprawach o sygn. akt: T-222/99, T-327/99 i T-329/99, „Zbiór orzecznictwa Trybunału Europejskiego” 2001, s. II-02823.

³⁴ Por. J. Mittag, J. Steuwer, *Politische...*, s. 206.

nia decyzji większością głosów w określonych sprawach i w rozsądnym czasie. Po uwzględnieniu przebiegu rozprawy, brak jest jednak koniecznych i rzeczywistych oznak możliwości zaistnienia takiego scenariusza.

[...]

109.

Praktyka parlamentarna kształtowana jest poprzez współpracę obydwu dużych frakcji, które regularnie uzyskują łącznie ponad 60% mandatów³⁵. Nakład pracy, jeśli chodzi o budowanie konsensu pomiędzy obydwoma frakcjami, nie zależy od liczby posłów niezrzeszonych lub zrzeszonych w małej frakcji. Pojawiające się obawy, iż ze względu na możliwość wejścia w skład dużych frakcji kolejnych małych partii, co ze względu na mniejszą homogeniczność członków prowadziłoby do wewnątrzfrakcyjnych trudności, wydają się przerysowane nie tylko ze względu na znaczącą siłę samych frakcji w PE, lecz również dlatego, iż różnic w poglądach wewnątrz danej frakcji należy oczekiwać jedynie w pojedynczych kwestiach, które przy odpowiednim nakładzie pracy mogłyby zostać wyjaśnione. Konsekwencji rozwoju struktur politycznych w PE w kierunku, który może zostać zaobserwowany w parlamentach narodowych w postaci antagonistycznego ukształtowania rządu i opozycji, nie można aktualnie ocenić, ponieważ tego rodzaju rozwój zależy od znacznej liczby nieznanymi czynników i w tym zakresie musi pozostać spekulacyjny.

110.

Również w przypadkach, w których nie powstałby sojusz pomiędzy dwoma dużymi frakcjami oraz po usunięciu pięcioprocentowego progu wyborczego w Niemczech i odpowiednich regulacji w innych Państwach Członkowskich, a przez to oczekiwanemu zwiększeniu liczby posłów z małych partii, nic nie stoi na przeszkodzie w utworzeniu uporządkowanej większości parlamentarnej. O ile istotą sprawy nie są ważne kwestie polityczne, rzeczywistość parlamentarna charakteryzuje się tym, iż w przypadku braku stałej koalicji przy kolejno poddawanych pod głosowanie kwestiach tworzą się nowe koalicje. Tradycyjne frakcje w Parlamencie Europejskim wykazały się gotowością do współpracy i są w stanie tworzyć większości niezbędne do głosowań. [...]

111.

[...] Uzyskanie kwalifikowanej większości, a w szczególności zapewnienie jej poparcia w negocjacjach poprzedzających głosowania, będzie z pewnością utrudnione, jeżeli od początku nie uwzględniano by większej liczby posłów jako możliwych partnerów lub [...] wymagana liczba głosów byłaby osiągana jedynie przy określonych układach politycznych. Instytucja kwalifikowanej większości została ukształtowana w Traktatach w sposób zakładający szeroką zgodę w Parlamencie Europejskim, co służyć miało również instytucjonalnemu wyważeniu PE z innymi organami Unii Europejskiej (art. 13 TUE), gdyż Parlament Europejski przy niedających się pogodzić różnicach zdań nie zajmie żadnego skutecznego stanowiska [...]. Zakłócenie funkcjonowania PE wchodziłoby w rachubę wówczas, gdyby — przy realistycznym oszaco-

³⁵ Por. J. Mittag, J. Steuerer, *Politische...*, s. 212 i n.

waniu — liczba posłów, którzy zasadniczo nie byliby skłonni do współpracy, byłaby tak wysoka, iż kwalifikowana większość praktycznie w żadnym wypadku nie mogłaby zostać osiągnięta. Nie należy oczekiwać, że wraz z likwidacją omawianego progu wyborczego takie stosunki mogłyby wystąpić.

112.

Powołani biegli oraz posłowie PE wyrazili zasadniczo jednomyślne oczekiwanie, iż wraz z wprowadzeniem kolejnych małych partii politycznych do PE osiąganie większości parlamentarnej będzie utrudnione. Samo to jednak nie wystarczy, aby ze znacznym prawdopodobieństwem oczekiwać w funkcjonowaniu PE zakłóceń, które mogłyby uzasadniać ingerencję w zasadę równości wyborów i równości szans [partii politycznych]³⁶. Żadna z wysłuchanych osób nie była w stanie wykazać [wystąpienia po usunięciu progu] znaczących zmian w stosunku do stanu obecnego oraz istnienia tendencji do blokowania podejmowania decyzji przez Parlament. To samo dotyczy wszystkich obszarów, które wzbudzają wątpliwości.

113.

Nie jest oczywiste, iż ze wstąpieniem kolejnych małych partii politycznych znacząco pogorszy się możliwość osiągania przez PE wraz z Radą oraz Komisją tzw. *first reading agreement*. Organy, które biorą udział w procesie legislacyjnym, podejmują regularne próby przyjmowania aktów prawnych poprzez nieformalne negocjacje jeszcze przed pierwszym czytaniem [...] w ramach trójstronnych spotkań przedstawicieli Rady, PE i Komisji. Praktyka ta opiera się na wewnątrzinstytucjonalnym porozumieniu tych organów³⁷. Zgodnie z informacjami przedstawionymi podczas rozprawy przez posłów do PE, ok. 70% projektów legislacyjnych jest obecnie przyjmowanych w wyniku nieformalnych negocjacji. [...] [w ten sposób] przewidziane przez Traktat postępowanie legislacyjne z trzema czytaniem nie musi być przeprowadzane.

114.

Przedstawiciele PE potrzebują w celu prowadzenia tych nieformalnych negocjacji zagwarantowanego wsparcia parlamentarnego. Jest im ono udzielane poprzez ciągłe dostosowywanie [pozycji negocjacyjnych] do frakcji. Nie jest czytelne, dlaczego w wyniku przystąpienia kolejnych małych partii, również gdyby wielu z posłów było niezrzeszonych, należałoby oczekiwać zasadniczej zmiany stosunków. Tak jak wcześniej, duża liczba posłów pozostaje zrzeszona we frakcjach [...] [dlatego] już od dawna przedstawiciele Parlamentu Europejskiego do rozmów trójstronnych musieli dbać o kontakty z wieloma frakcjami dla zapewnienia sobie [odpowiedniej] pozycji negocjacyjnej, a w zależności od okoliczności pielęgnować kontakty również z grupami w poszczególnych frakcjach, [...] nie przekonuje to jednak o dodatkowym nakładzie pracy przy głosowaniach. Również gdyby przedstawiciele Parlamentu musieli prowadzić rozmowy z większą liczbą sił politycznych w PE, nie [...] jest oczywiste, żeby

³⁶ Por. BVerfGE 120, 82, s. 114.

³⁷ „Wspólna deklaracja w sprawie praktycznych zasad dotyczących stosowania procedury współdecyzji (art. 251 traktatu WE)”, Dz. Urz. UE C 145, 2007, s. 5–9.

reprezentowanie Parlamentu Europejskiego w rozmowach trójstronnych miało być niemożliwe lub możliwe jedynie przy nieproporcjonalnie dużym nakładzie pracy.

115.

Stwierdzenie, iż niezrzeszeni posłowie rzadko są — w stosunku do swojej liczby — sprawozdawcami w komisjach, jest w równie niewielkim stopniu potwierdzone, jak założenie, iż wykonywanie funkcji przez PE byłoby zakłócone przy dużej liczbie niezrzeszonych posłów, gdyż przewodniczący komisji w większym stopniu sami musieliby przejmować funkcje sprawozdawców. Sprawą Parlamentu Europejskiego jest to, by w ramach swojej autonomii regulaminowej ustalał warunki prawidłowego wykonania spoczywających na nim obowiązków. Nie przekonało Senatu Trybunału, żeby ze względu na przedstawione trudności miałyby to być niemożliwe. O daleko idących możliwościach kształtowania procedur wewnątrzparlamentarnych świadczy praktyka niektórych komisji [w PE], które w określonym momencie przekazują sporządzanie sprawozdań frakcjom.

116.

Biegli podnieśli argument, iż w Parlamencie Europejskim brak jest umowy koalicyjnej między frakcjami, a przez to przy każdej merytorycznej lub personalnej sprawie musi zostać osiągnięte porozumienie, co przy większej fragmentaryzacji Parlamentu Europejskiego oznaczałoby konieczność zwiększenia wysiłków w celu zbudowania większości [parlamentarnej]. Założenie, iż większy nakład pracy mógłby naruszać możliwość funkcjonowania Parlamentu Europejskiego, nie znajduje potwierdzenia w ustalonej już możliwości przekształcania się przez PE. [...] Należy oczekiwać odpowiedniego dopasowania pracy parlamentarnej do zmienionych okoliczności, takich jak np. wzrost liczby niezrzeszonych posłów. Parlament Europejski decyduje o tym samodzielnie, we własnym dobrze rozumianym interesie, po uwzględnieniu rzeczywistych i prawnych założeń swojego funkcjonowania. Gdyby problem naruszenia możliwości funkcjonowania [PE] oceniał jako uzasadnienie naruszenia zasady równości wyborów i równości szans [partii politycznych] ściśle na podstawie aktualnych wewnątrzparlamentarnych reguł, to byłoby to błędne.

117.

Gdyby, ze względu na zmieniony skład Parlamentu Europejskiego, miało wielokrotnie dochodzić na poziomie komisji [w PE] do sytuacji patowych, kiedy wnioski o zmianę głosowania w sprawie określonego sprawozdania ustawodawczego nie uzyskiwałyby większości głosów i wskutek tego nie zostałyby udzielony żaden mandat dla nieformalnych negocjacji z Radą oraz Komisją, to również to nie stanowi okoliczności, która w przesądzający sposób stanowiłaby o naruszeniu możliwości funkcjonowania Parlamentu Europejskiego. Wewnątrzparlamentarny przebieg głosowania przedstawia się jako znacznie bardziej skomplikowany, ponieważ w takich sprawach może być odtąd konieczne podejmowanie decyzji przez plenum.

118.

[...] W równie niewielkim stopniu ustawodawstwo UE zależy od trwałej większości w PE, która opierałaby się na stabilnej koalicji między określonymi frakcjami a opozycją. Tym bardziej odnosi się to do uprawnień kontrolnych i informacyjnych

Parlamentu, które również w parlamentach krajowych zostały tradycyjnie ukształtowane jako prawa mniejszości. Dlatego brak jest wystarczających powodów, aby wkraçać w równość wyborów oraz równość szans [partii politycznych] poprzez próg wyborczy, dzięki czemu cele demokracji reprezentatywnej (art. 10 ust. 1 EUV) mogą być w nieograniczony sposób realizowane w Parlamencie Europejskim poprzez zarządzanie wyborów proporcjonalnych na europejskim poziomie. Współgra z tym też to, iż europejski normodawca nie dostrzegł potrzeby przyjęcia własnych środków zaradczych przeciwko rozdrobnieniu Parlamentu Europejskiego, lecz wyłącznie Państwowym Członkowskim pozostawił możliwość ustalenia progu wyborczego dla podziału miejsc (art. 3 UWyb.PE) albo podobnie działającego rozwiązania w krajowym prawie wyborczym.

[...]

126.

Również charakter wyborów jako zdarzenia integracyjnego w procesie kształtowania decyzji politycznych oraz przewidziane w prawie pierwotnym (por. art. 10 ust. 4 TUE) europejskie powiązania partii politycznych nie uzasadniają odmawiania mniejszym partiom politycznym [prawą] wchodzenia do Parlamentu Europejskiego. Nie jest zadaniem prawa wyborczego, by zawężyć spektrum opinii politycznych, np. dla większej przejrzystości sposobów podejmowania decyzji. Raczej należy pilnować otwartości życia politycznego na europejskim poziomie. Służy temu zapewnienie małym partiom szanse na osiąganie politycznych sukcesów. Nowe polityczne wyobrażenia są przekazywane do publicznej świadomości przede wszystkim poprzez tzw. partie jednego tematu. Sens parlamentarnej debaty stanowi polityczne opracowywanie odpowiednich inicjatyw oraz uwidacznianie [i nagłaśnianie] tego procesu³⁸.

[...]

128.

Teza, iż próg wyborczy jest konieczny dla zagwarantowania skutecznego reprezentowania niemieckich interesów w Parlamencie Europejskim, ponieważ [w PE] nie ma krajowych delegacji [...], może być rozumiana jedynie w ten sposób, iż niemiecki wpływ we frakcjach zostałby zmniejszony o każde z miejsc, które zostałyby przydzielone małej partii niezrzeszonej we frakcji. Niezależnie od kwestii, czy obrona narodowych interesów w ramach wyborów europejskich może w ogóle stanowić uzasadnioną przyczynę zróżnicowania, jest oczywiste, że nie stanowi to odpowiedniego powodu do nierównego traktowania [...]. Ustawodawca nie może faworyzować dużych partii, dlatego że mogą one realizować swoje cele z większym prawdopodobieństwem sukcesu aniżeli małe partie.

129.

[...] istotą stanowiska [o konieczności reprezentowania niemieckich interesów w PE] jest [...] interes polityczny, któremu jednak nie można przypisać żadnej konstytucyjnoprawnej doniosłości. Od tego, w jaki sposób wyborcy głosują na krajowym oraz europejskim poziomie, zależy przede wszystkim to, w jaki sposób polityczne dzia-

³⁸ Por. do całości BVerfGE 111, 382, s. 403 i n.

łania pomiędzy parlamentami w europejskim wielopoziomym systemie mogą zostać w konkretny sposób ukształtowane i dopasowane.

[...]

134.

Niekonstytucyjność pięcioprocentowego progu wyborczego prowadzi do orzeczenia nieważności § 2 ust. 7 UWyb.PE. W zakresie, w jakim skarżący domagają się stwierdzenia nieważności wyborów do Parlamentu Europejskiego z 2009 r., wniesione skargi wyborcze są bezskuteczne.

[...]

146.

Orzeczenie zostało podjęte stosunkiem głosów 5 do 3, przy czym jeden z członków Senatu przyłączył się do rozstrzygnięcia, składając odrębne uzasadnienie.

[...]

Przekład i opracowanie: *Robert Rybski*

KSIĘGARNIE WSPÓLPRACUJĄCE Z WYDAWNICTWEM SEJMOWYM

Gdańsk

Gdańska Księgarnia Naukowa, ul. Łagiewniki 56, 80-855 Gdańsk, tel. (58) 301-41-22

Katowice

Dom Handlowy Nauki Sp. z o.o., Księgarnia, ul. Bankowa 11, 40-007 Katowice,
tel. (32) 258-77-09

Księgarnia „Liber”, ul. Bankowa 11, 40-007 Katowice, tel. (32) 258-77-09

Kraków

Księgarnia Naukowo-Prawnicza „MICA”, ul. Olszewskiego 2, 31-007 Kraków,
tel. (12) 663-13-91

Lublin

Księgarnia „Juris Prudentia”, pl. Marii Curie-Skłodowskiej 5, 20-031 Lublin,
tel. (81) 537-54-75

Księgarnia Politologiczna, pl. Litewski 3, 20-080 Lublin, tel. (81) 534-95-47

Poznań

Poznańska Księgarnia Naukowa „Kapitałka”, ul. Mielżyńskiego 27/29, 61-725 Poznań,
tel. (61) 851-93-20

Rzeszów

Księgarnia „Juris Prudentia”, ul. Sobieskiego 2d/2, 35-002 Rzeszów,
tel. (17) 852-39-26

Szczecin

Księgarnia Akademicka, ul. Papieża Jana Pawła II 31, 70-453 Szczecin, tel. (91) 489-09-26

Toruń

Księgarnia „Centrum”, ul. Chełmińska 4, 87-100 Toruń, tel. (56) 621-04-80

Księgarnia Uniwersytetu M. Kopernika, ul. Reja 25, 87-100 Toruń,
tel. (56) 611-42-98; (56) 611-48-86

Warszawa

Księgarnia LIBER, ul. Dobra 56/66, 00-312 Warszawa, tel. (22) 826-30-91

Wrocław

Księgarnia Naukowa im. M. Kopernika, ul. Kuźnicza 30/33, 50-138 Wrocław,
tel. (71) 343-29-77

Zamość

Księgarnia „Juris Prudentia”, ul. Kolegiacka 2 (budynek hotelu Orbis),
22-400 Zamość, tel. (84) 643-85-85

