

PAŃSTWO
DEMOKRATYCZNE,
PRAWNE I SOCJALNE

STUDIA KONSTITUCYJNE

TOM 1



PAŃSTWO DEMOKRATYCZNE, PRAWNE I SOCJALNE

STUDIA KONSTITUCYJNE

TOM 1

REDAKCJA NAUKOWA
MARIAN GRZYBOWSKI, PIOTR TULEJA

KSIĘGA JUBILEUSZOWA DEDYKOWANA PROFESOROWI
ZBIGNIEWOWI ANTONIEMU MACIĄGOWI

KRAKÓW 2014

MARIAN GRZYBOWSKI, PIOTR TULEJA

WPROWADZENIE

PROFESOR ZBIGNIEW MACIĄG JAKO KONSTYTUCJONALISTA

W połowie lat 60. XX w., pojawił się na wspólnie prowadzonym przez Profesorów Marka Sobolewskiego i Witolda Zakrzewskiego proseminarium z prawa państwowego – wśród zainteresowanych. Aktywnością seminaryjną zwrócił uwagę Profesorów, zwłaszcza Marka Sobolewskiego. Być może „zadziały” sentymenty Profesora do Ziemi Świętokrzyskiej, gdzie z bronią w rękę walczył podczas wojny w oddziałach AK.

Jakkolwiek magisterium przygotował na innym seminarium, to już pierwsza praca zawodowa, w Studium Nauk Społecznych AM, pozostawała w ścisłym związku z problematyką ustrojową. Zgodnie z tradycją, wywodzącą się jeszcze z międzywojnia, z krakowskiej szkoły nauk politycznych, ściśle łączoną z podejściem interdyscyplinarnym, z uwzględnieniem uwarunkowań historycznych, dziejów myśli społecznej i polityczno-prawnej, z uwzględnieniem realiów politycznych.

W tej konwencji utrzymana jest praca doktorska Jubilata *System partyjny RFN – zasady organizacji partii i ich działanie w parlamencie* (1977) oraz obszerne i wnikliwe studia o partiach politycznych i grupach interesu w monografii *Ustrój państwowy w Republice Federalnej Niemiec* (Poznań 1986). Podobny profil prezentuje rozprawa o systemie taryfowym w RFN („Przegląd Zachodni” 1986, nr 2) oraz studium *Funkcje opozycji w systemie politycznym RFN* (w monografii *Idee – Państwo – Prawo*, Kraków 1991, upamiętniającej zasługi Profesora Marka Sobolewskiego).

Interdyscyplinarny wymiar mają też studia publikowane w języku niemieckim. Warto wymienić jedno z kilku: *Polen auf dem Weg zu einem europäischen demokratischen Rechtsstaat* („Jahrbuch für Ostrecht” 1994, B. XXXV).

Sztandarową publikacją, łączącą wątki historyczno-ustrojowe, doktrynalne i konstytucyjne, jest monografia habilitacyjna *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949)*, starannie wydana (1998) przez wydawnictwo Temida 2. Ugruntowała ona mocną pozycję Zbigniewa Maciąga jako konstytucjonalisty i zarazem niemcoznawcy.

Tym samym tropem poszły dalsze wysoce wartościowe publikacje, uwzględniające wątek integracji europejskiej. Znowu tytułem przykładu: zredagowana przez Jubilata monografia: *European Constitution and National Constitutions*.

Środowisko polskich konstytucjonalistów ma więc istotne powody, by świętować jubileusz badań Profesora Zbigniewa Maciąga i dziękować „za już...”. Ma też powody, by prosić o długie „jeszcze”...

**KONSTYTUCJA
A DEMOKRATYCZNE PAŃSTWO PRAWA**

ROLF GRAWERT

FUNDAMENTE DER VERFASSUNG

DAS STABILITÄTSPROBLEM

Am Ende seiner fundamentalen Untersuchung „Kształtowanie zasad państwa demokratycznego prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.) – „Gestaltung der Prinzipien eines demokratischen Rechts- und Sozialstaates in Deutschland (bis 1949)“, prognostizierte Professor Zbigniew A. Maciag¹, dass die grundlegenden Prinzipien des deutschen Verfassungsstaates „in einer fernerer Zukunft einer Umgestaltung je nach sozialen Bedingtheiten und Bedürfnissen erliegen“ werden. Für Verfassungshistoriker und- politiker ist das selbstverständlich keine Prophetie. Kodifizierte Verfassungen sind historische und politische Gebilde. Sie erfahren deshalb ihre Metamorphosen im Wandel der Umstände und Politiken, selbst wenn sie sich ihren Adressaten autoritär und permanent präsentieren. So ist das Grundgesetz im Laufe seiner 65 Jahre, die ein normales Rentenalter definieren, 59 Mal förmlich geändert oder ergänzt worden; im Wege judikativer Auslegung hat es

¹ Ich widme diesen Beitrag dem langjährigen Freund Professor Dr. Zbigniew A. Maciag, Jagiellonische Universität Krakau / Andrzej Frycz Modrzewski Krakauer Akademie, zu seinem 70. Geburtstag und zur Feier seiner 45jährigen wissenschaftlichen Tätigkeit, die auch in schwierigen Zeiten Brücken zwischen Polen und Deutschland stabilisierte. Die oben zitierte Schrift Prof. Maciags wurde im Jahre 1998 in Białystok in polnischer Sprache mit einer deutschen Zusammenfassung veröffentlicht; auf ihrem Umschlag ist der verfassungsrechtlich zentrale Art. 20 Grundgesetz abgedruckt, der die Grundlagen staatlicher Ordnung und das Widerstandsrecht normiert.

überdies eine Evolution und Anpassung an veränderte Umstände erlebt, die im Jahre 1949 niemand ahnen konnte. Zwar ist es heute so gut wie unbestritten, dass das Grundgesetz sich im Laufe der Zeit bewährt habe: in den Umbrüchen von 1968, im Prozess der Wiedervereinigung, trotz der Integration in die Europäische Union und trotz der „Erosion“ von „Verfassungsvoraussetzungen“.² Eine Mischung von Qualität, Kontinuität und Flexibilität scheint dazu beizutragen, dass das Grundgesetz als die Verfassung gilt, die Deutschlands Rechts- und Sozialordnung bisher am längsten stabil halten konnte.

Das Mittelalter dachte prinzipiell noch anders. Als stabil galt eine Rechtsregel, wenn und weil sie alt und dadurch bewährt war: das „alte Recht“ war richtiges Recht und wurde deshalb weiterhin anerkannt³. Ein solches Denken entspricht nicht mehr der Beweglichkeit und Geschwindigkeit moderner Gesellschaften und ihrer Demokratien. Natürlich blieb auch ein traditionsgebundenes Recht nicht von zeitgemäßen Entwicklungen verschont. Doch diese legitimierten sich als Restitutionsen. Ein demokratisch organisiertes Volk, das sich in jeder neuen Wahlperiode politisch erneuert, denkt und agiert dagegen in eine immer neue Zukunft. Wie normale Gesetze stehen auch Verfassungen unter dem Einfluss einer prozessualen und substantiellen Dynamik. Der jüngere Verfassungsgeber beansprucht, der stärkere, legitimere und klügere zu sein: *constitutio posterior derogat constitutioni priori*. Zwar übernehmen auch die Verfassungen moderner Demokratien bewährte Institutionen, Regeln und Strukturen. Ein fast schon klassisches Beispiel bieten die Verfassungen der Republik Frankreich von 1946 und 1958, indem sie die Verbundenheit des Volkes mit der Rechteerklärung von 1789 unverändert bestätigten⁴, obwohl sich modernere Fassungen angeboten hätten; doch der Akzent lag jetzt auf der Autorität des neuen *pouvoir constituant*. Ähnlich schloss das polnische Volk im Bewusstsein seiner 1989 wiedergewonnenen Souveränität die Verfassung von

² Unter dem Gesamttitela „Erosion der Verfassungsvoraussetzungen“ erörterte die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 2008 Probleme der Religionsfreiheit, der sozialen Gleichheit, des demographischen Wandels und der Öffentlichkeit: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 68, 2009.

³ Dazu *Fritz Kern*, *Recht und Verfassung im Mittelalter*, 1919, Darmstadt 1965; *Rolf Grawert*, *Gesetz*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Herausgeber), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 2, 1975, S. 863, 870 ff.

⁴ In der Präambel der Constitution v. 27. 10. 1946 heißt es: „Il réaffirme solennement“, u. die Präambel von 1958 wiederholte diese Wiederbestätigung.

1997⁵ zwar „an die besten Traditionen der Ersten und Zweiten Republik“ an, programmierte dabei aber hauptsächlich „seine Zukunft“. Moderne Verfassungen bewähren sich durch ihre Zukunftsfähigkeit. Sie sind „offen“ für Anpassungen an Veränderungen ihrer ontologischen und ideologischen Umstände.

Doch was verleiht einer offenen und flexiblen Verfassung die Verlässlichkeit, die sie braucht, um einem Verfassungsstaat und dessen Rechtsordnung Stabilität und Standsicherheit zu gewährleisten? Diese Gewährleistungen sind nötiger denn je, da die moralischen Überzeugungen und sozialen Institutionen heutiger politischer Gemeinschaften immer weniger selbstverständlich und statt dessen auf absichtliche, kalkulierte Gestaltung und Verstetigung angewiesen sind. Seit der Epochenwende um 1800 konstituieren und legitimieren Verfassungen die Strukturen nicht nur des Staates, sondern auch der Gesellschaft: einerseits in ihren Organisationspassagen, andererseits in ihrem Grundrechtsteil. Infolge der funktionalen Verschränkung jener beiden Wirkbereiche sind sie als komplexe und integrative Gesamtordnungen organisiert. Ausführliche und detaillierte Verfassungstexte veranschaulichen diesen Bedarf an Rechtssicherheit, den die Verfassungsgeber besonders nach politischen Umbrüchen decken zu müssen meinten. Wie konzentriert wirken die 89 Paragraphen der dänischen Verfassung von 1953 im Vergleich mit den 298 Artikeln der portugiesischen von 1976, die dem „Sturz des faschistischen Regimes“ folgte und „den Beginn einer historischen Wende für die portugiesische Gesellschaft“ einläuten sollte!⁶ Der Zweck solcher Kodifizierungen ist klar; man kann ihn auf den Begriff der Verfassungshoheit bringen: Was konstituiert ist, gilt als bedeutsam und hat Teil an dem Geltungsvorrang des Verfassungsrechts vor der einfachen Gesetzgebung und anderen Staatsakten. Eine Konstitution, die Grundlegendes definiert und konserviert, kann sachliche und politische Veränderungen überstehen, die den Gesetzgeber durchaus umtreiben können. Damit Verfassungen aber in ihren Texten nicht erstarren und von sozialen und politischen Entwicklungen überholt werden, ermächtigen sie meistens selbst zu Fortschreibungen. Doch riskieren solche Ermächtigungen nicht die Stabilität der Gesamtverfassung?

⁵ Die Texte der Verfassungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die im Folgenden zitiert werden, sind in deutscher Sprache unter www.verfassungen.eu abrufbar. Nachfolgend werden die häufig mehrfach geänderten Verfassungen nach dem Datum ihrer Erstverabschiedung zitiert.

⁶ Präambel der Verfassung Portugals v. 2. 4. 1976. Auch die Verfassung Polens v. 2. 4. 1997 regelt in ihren 243 Artikeln viele Details; sie sorgt sich – nach der Wende 1989 – traditionsbewusst um die „Zukunft“ des „Vaterlandes“.

Das kommt, bautechnisch gesagt, auf die Haltbarkeit der Fundamente an, die einer Verfassung zugrunde liegen. Seitdem in Europa Verfassungen kodifiziert wurden, nahmen sie sich dieses Problems an. Vorbildlich konstituierte die französische Constitution von 1791: „L'Assemblée Nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution; et néanmoins, considérant qu'il est plus conforme à l'intérêt national d'user seulement, par les moyens pris dans la Constitution même, du droit d'en renformer les articles dont l'expérience aurait fait sentir les inconvénients, décrète qu'il y sera procédé par une Assemblée de Révision“.⁷ Seither wird der pouvoir constituant von dem pouvoir constitué unterschieden, der lediglich in dem Rahmen und unter den Bedingungen tätig werden darf, die der Autor der Verfassung normiert hat, während ersterer keinen externen Beschränkungen unterliegt. Das Bundesverfassungsgericht erkannte in dieser These, die im Umkreis der Französischen Revolution entstand, ein demokratisches Prinzip; es anerkannte aber am Beginn seiner Rechtsprechung noch „die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze“;⁸ spätere Generationen von Richtern hatte mit einer solchen Überpositivität nicht mehr viel im Sinn. Vielleicht stand hinter ihr noch die theologische Überzeugung, dass ein Geschöpf sich nicht als Schöpfer betätigen darf. Sie beherrscht jedenfalls die Verfassungstheorie und das positive Verfassungsrecht. Inzwischen geht auch das Recht der Europäischen Union davon aus, dass ihre Mitgliedstaaten eine „nationale Identität“ besitzen, „die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen ... zum Ausdruck kommt“, und verlangt, dass diese mit jenen grundlegenden Werten übereinstimmen, „auf die sich die Union gründet“.⁹

Der Verfassungsvergleich der Mitgliedstaaten zeigt erwartungsgemäß gewisse Unterschiede der Sicherungen, die eine geltende Verfassung vor fundamentalen Veränderungen bewahren sollen; er zeigt aber auch gewisse Gleichartigkeiten. Sie bilden eine hyperkonstitutionelle Fundamentalverfassung, die ihre Kraft aus metaphysischen Autoritäten, Traditionswurzeln, Organisationstechniken und Permanentgarantien schöpft.

⁷ Tit. 6 Art. 1 ff. Im Gefolge französischer Ideen hatte bereits Art. V der Verfassung der USA v. 17. 9. 1787 gewisse prozessuale und materiale Grenzen für Verfassungsänderungen („Amendments of this Constitution“) vorgesehen. Die polnische Verfassung von 1791 vertraute dagegen ohne besondere Vorkehrungen auf ihre Haltbarkeit, wurde aber nach kurzer Zeit aufgehoben.

⁸ BVerfGE 1, S. 14, 61.

⁹ Art. 2, 4 II, 7 Vertrag über die Europäische Union v. 7. 2. 1992.

METAPHYSISCHE AUTORITÄTEN

Hilft es der Legitimität und Haltbarkeit einer Verfassung, wenn diese sich von hyperkonstitutionellen, metaphysischen Autoritäten ableitet? Wenn sie sich auf Inspirationen, Intuitionen oder Traditionen beruft, die die Verfassungsgebung jenseits banaler politischer Interessen und Absprachen ansiedeln? Manche Verfassungen erwecken diesen Eindruck, so entstanden zu sein wie die Zehn Gebote, die Moses bekanntlich aus einer Wolke, aber auf steinernen Tafeln empfing.¹⁰

„In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We the people of Eire ... do hereby adopt, enact and give to ourselves this Constitution“: So katholisch glaubensgewiss proklamierte das irische Volk seine Verfassung, die „Bunreacht na hEireann“, vom 1. Juli 1937, mit der der 1922 geborene Freistaat sich von dem Vereinigten Königreich löste, und ähnlich krönte das „Fünfte Verfassungsändernde Parlament“ Griechenlands nach der Abschaffung der Monarchie sein „Syntagma“ am 9. Juni 1975 – unter einer Militärdiktatur – mit der orthodoxen Formel: „Im Namen der Heiligen, Wesensgleichen und Unteilbaren Dreifaltigkeit“. Beide Male ein Miteinander trinitarischer Autorität und nationaler Politik: Rechtstechnisch beim Wort genommen, erscheint in beiden Präambeln die Trinität als Autor, da die konstituierten Völker und deren Repräsentanten in deren Namen auftreten. Indem das irische „Volk“ sich ausdrücklich selbst die Verfassung gibt; scheint es, wie Moses zu handeln. Wenn dagegen das deutsche Volk „sich“ das Grundgesetz „kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt“, aber „im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen“ gibt, dann will es die Verfassungsautorität selbst in der Hand behalten¹¹, aber metaphysisch binden. Im Laufe der Beratungen

¹⁰ 2. Mose 19 ff.

¹¹ Ähnliche Verantwortungsformeln enthalten auch die Präambeln der Landesverfassungen von Baden-Württemberg v. 11.11.1953 und Rheinland-Pfalz v. 18.05.1947 – Man kann die Präambelformeln des GG als Deklarationen eines Selbstbewusstseins interpretieren, das die leitende Mitwirkung der Alliierten (westlichen) Besatzungsmächte in Form der sog. „Frankfurter Dokumente“ vergessen lassen sollte, die die Grundzüge einer Verfassung des Weststaates vorgeben: vgl. dazu kurzgefasst *Manfred Görtemaker*, Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 1999, S. 44 ff.; gründlich u. mit sämtlichen Akten: *Der Parlamentarische Rat 1948–1949*. Akten und Protokolle, Bd. 1: Vorgeschichte, 1975; Bd. 2: Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, 1981. – BVerfGE 5, 127: Die Präambel „ging von der Vorstellung des fortbestehenden gesamtdeutschen Staates aus und betrachtete die von ihm aufgerichtete Staatsordnung als eine Ausübung

im Parlamentarischen Rat war auch eine echte *invocatio dei* vorgeschlagen worden, um „den zentralen Gedanken dieses Grundgesetzes so (zu) unterbauen, dass er nicht einfach durch einen Mehrheitsentscheid wieder weggefegt werden kann, sondern dass er seine fundamentalen Wurzeln letzten Endes auch im Metaphysischen findet.“¹² Die geltende Verantwortungsformel stammt von dem FDP-Abgeordneten Dr. Heuß, dem späteren ersten Bundespräsidenten, der damals meinte, es sei theologisch überheblich, „den lieben Gott für alle die Dummheiten, die hier gemacht werden, unmittelbar verantwortlich zu machen“.¹³ In der geltenden Präambel wird ein Verantwortungsbewusstsein eines Volkes im Kollektiv unterstellt, während die Verfassung der Republik Polen die theologische Metaphysik jedem einzelnen seiner Staatsbürgern überantwortet.¹⁴

Statt Gott wird ab und zu die Autorenschaft der Nation und häufiger die eines – nationalen – Volkes zitiert. Besonders selbstbewusst geht das neue Grundgesetz Ungarns von 2011 vor, das den in Europa derzeit fatalen Drang zu Renationalisierungen der Union am deutlichsten vollzieht. Die Präambel soll ein „Bekenntnis“ der und zur „Nation“ sein, die in den mythischen Tiefen der Geschichte verankert, in die Breite der Siedlungsgebiete ausgedehnt und in die Unendlichkeit der Zukunft prolongiert wird. Das ungarische Grundgesetz beruht auf dem „Willen der Nation“ und ist im Sinne des in der Präambel pathetisch verbrieften „Bekenntnisses zu interpretieren“.¹⁵ In der Verfassung Spaniens von 1978 tritt „die spanische Nation“ weniger stolz, aber gleichbedeutend mit dem „spanischen Volk“ auf, das weniger Metaphysik in sich vereinigt. Allerdings ist diese „Nation“ von einem „Wunsche beseelt“, so wie im Grundgesetz das „deutsche Volk“ von einem „Willen beseelt“ ist. Soll die Beseelung nicht nur eine besondere Intensität ausdrücken, indiziert sie eine kollektive Seele, die psychologische, aber auch theologische

gesamtdeutscher Staatsgewalt auf einem räumlich zunächst beschränkten Gebiet“; daher nur „Grundgesetz“ statt „Verfassung“, die erst im Schlussartikel 146 als Programm auftaucht.

¹² So der Abgeordnete *Dr. Süsterhenn* (CDU) – ein bekennender Katholik: vgl. v. Doemming/Füsslein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts (JöR) Neue Folge Bd. 1, 1951, S. 29.

¹³ Abgeordneter *Dr. Heuß*: vgl. JöR Bd. 1, S. 34.

¹⁴ Präambel der Verfassung der Republik Polen v. 02.04.1997: „...beschließen wir, das Polnische Volk – alle Staatsbürger der Republik, sowohl diejenigen die an Gott als die Quelle der Wahrheit, Gerechtigkeit, des Guten und des Schönen glauben, als auch diejenigen, die diesen Glauben nicht teilen, sondern diese universellen Werte aus anderen Quellen ableiten...“.

¹⁵ Präambel mit Art. R (3) des Grundgesetzes Ungarns v. 25.04.2011.

Deutungen zulässt und letzterenfalls an die Genesis erinnern kann.¹⁶ In Irland tritt, wie gesagt, das Kollektiv des „Wir, das Volk von Irland“ vertretungsweise statt der Trinität auf. In anderen Mitgliedstaaten ist nüchterner nur vom jeweiligen „Volk“ die Rede, das entweder als Autor genannt wird oder als Inspirator, in dessen Namen die Verfassung verabschiedet wird, wobei insbesondere nach 1990 verfasste Verfassungen die historisch gewachsene Eigenständigkeit des Volkes und dessen Selbstbestimmungsrecht betonen.¹⁷

„Volk“ ist hier scheinbar nur ein rechtstechnisch verwendeter Begriff. Er kommt ohne Pathos daher. Doch da er ein Volk meint, das sich erst konstituiert und damit erst die Grundlagen seiner Rechtsordnung schafft, kann es noch nicht als die durch legitimierte Angehörigkeitsgesetze definierte Gesamtheit aller Staatsangehörigen sein.¹⁸ In dieser Situation meint „Volk“ eine Gemeinschaft, die sich intuitiv und absichtlich als politische begreifen will und deshalb in der Wahl ihrer Angehörigkeitskriterien noch – in den Grenzen des Völkerrechts – frei ist. Intuition und Absicht können siedlungspolitische, ethnische, sprachliche, kulturelle Argumente oder Bekenntnisse präferieren, wie Ernest Renan sie 1882 auf die Formel vom „plébiscite de tous les jours“ brachte.¹⁹ Dieses Volk ist noch kein körperschaftlich begrenztes Staatsvolk, sondern Volk in einem weiten soziologischen und politischen Sinne. Als politisch gewollte und betriebene Entität ähnelt es jener Nation, die Sieyès im Jahr 1789 als angeblich ursprünglichen, selbstbestimmten Inhaber der Souveränität inthronisiert hatte.²⁰ Die Präambel des deutschen Grundgesetzes von 1949 hatte dies noch in Form eines Adjektivs zum Aus-

¹⁶ 1. Mose 2 (die „Paradies“-Erzählung in der drastischen, aber anschaulichen Übersetzung Luthers): „Da machte Gott der Herr den Menschen aus Erde vom Acker und blies ihm den Odem des Lebens in seine Nase. Und so ward der Mensch ein lebendiges Wesen.“

¹⁷ Vgl. die Präambeln der Verfassungen Estlands v. 28.06.1992: „durch alle Zeiten“; Kroatiens v. 21.12.1990: „tausendjährige nationale Eigenständigkeit“; Präambel der polnischen Verfassung v. 1997; die Präambel der Verfassung Portugals betont dagegen den Zweck, „die nationale Unabhängigkeit zu verteidigen“.

¹⁸ Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 16 Rn. 25 ff., 55.

¹⁹ Ernest Renan, *Q'est-ce qu'une nation? et autres essais politiques*, hg. Roman, 1992, S. 37 ff., Renan vermerkte in Klammern: „pardonnez-moi cette métaphore“, was zeigt, dass er an ein reales Plebiszit gar nicht dachte.

²⁰ Dazu Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit (Fn. 18), § 16 Rn. 17 ff.; ders., Herders Einheit der Nation, in: *Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift Winfried Brugger*, hrsg. Anderheiden/Kirste/Keil/Schaefer, 2013, S. 283 ff.

druck gebracht: Das „Deutsche Volk“ war dort von dem „Willen beseelt, seine nationale und staatliche Einheit zu wahren“; nach der Wiedervereinigung wurde dieser Passus gestrichen; die deutsche Präambelseele richtet sich seither²¹ auf das Projekt eines „vereinten Europa“.²²

So ontologisch begründet, pathetisch berufen und programmatisch vorgetragen „Nation“ und jenes vorkonstitutionelle „Volk“ auch immer als Ursprünge, Quellen oder Autoren einer Verfassung bezeichnet werden: Sie sind ätherische Wesen. Ihre Begriffe schwanken in der Geschichte der Ideologien und Staaten. Im Kern distinkt durch intellektuelle Theorien und Ideen, werden sie an ihren Rändern umso unschärfer, je stärker die tatsächlichen Lebenszusammenhänge und das Kollektivbewusstsein auseinanderfallen. Und dennoch behalten sie den funktionalen Sinn, den Süsterhenn der invocatio die zudachte: einer Verfassung, die das Ergebnis konkreter Umstände und Interessen ist, fundamentale Wurzeln im Metaphysischen anzudichten. Der banale Akte der Positivierung wird einem der Geschichte entrückten Wesen zugeschrieben, den Nietzsche als Übermenschen betrachtete.²³ Begründet das eine gesteigerte Haltbarkeit des Verfassungsrechts? Rechtsnormativ und -systematisch natürlich nicht. Aber verfassungsmoralisch. „Gott“, „Nation“ und „Volk“ sind Argumente, deren Autorität moralisch nicht überholt werden. Sie verlagern die Argumentationslast: Verfassungsänderungen müssen sich vor den Sinnstiftungen jener Autoritäten rechtfertigen, um legitim erscheinen und dem Vorwurf der Revolution begegnen zu können. Das Grundgesetz Ungarns hat diese Funktion normativ zum Interpretationsprinzip verfestigt. Aber auch dem deutschen Grundgesetz ist sie nicht fremd: Dessen Präambel wurde traditionsgemäß als „politisches Bekenntnis“ und „feierlicher Aufruf“ betrachtet, bis das Bundesverfassungsgericht entschied, dass sie „auch rechtlichen Gehalt“ besitze und „bei der Auslegung des Grundgesetzes beachtet werden“ müsse.²⁴

²¹ Infolge der Verfassungsänderung durch den Einigungsvertrag v. 31. 8. 1990 (BGBl. II 1990, S. 889).

²² Dazu im größeren verfassungshistorischen Zusammenhang *Rolf Grawert*, Konstitutionelle Konzepte der Nation: Deutschlands „nationale Frage“, in: Fiorello/Dioni (Hg.), *Patria e Nazione. Problemi di identità e di appartenenza*, Milano 2013, S. 11 ff., 34 ff.; sowie *ders.*, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, in: *Grawert/Schlink/Wahl/Wieland* (Hrsg.), *Offene Staatlichkeit. Festschrift für Ernst-Wolfgang Böckenförde zum 65. Geburtstag*, 1995, S. 125 ff.

²³ *Friedrich Nietzsche*, Also sprach Zarathustra, Vorrede 3. in: *Nietzsches Werke* in zwei Bänden, 1. Bd., S. 291, 306: „Seht ich lehre euch den Übermenschen. Der Übermensch ist der Sinn der Erde.“

²⁴ BVerfGE 5, S. 85, 127 („KPD-Urteil“ v. 17.08.1956).

Das ungarische Grundgesetz verstärkt sein „Bekenntnis“ in der Präambel noch dadurch, dass es sich als „Vertrag zwischen den Ungarn der Vergangenheit, der Gegenwart und der Zukunft“ sublimiert. Das gegenwärtig herrschende Staatsvolk wird auf diese Weise in ein mythisches Volk eingebunden, dessen Gemeinschaft rational nicht widerlegbar ist. Zugleich wird der historisch bekannte Umstand, dass das Grundgesetz seine Positivierung dem Wahlerfolg einer bestimmten Partei verdankt, dadurch überholt, dass es sich als Vertrag präsentiert. Dadurch wird vielleicht an mittelalterliche Verfassungsverträge zwischen Fürsten und Ständen erinnert, deren Verfahren noch im 19. Jahrhundert beobachtet wurde²⁵ in philosophischer Anschluss an Jean Jacques Rousseaus „Contrat social“ von 1762 gesucht.²⁶ Doch die Bedeutung betrifft auch hier eher die Argumentationsstruktur: Ein Vertrag ist kein Diktat; er kann in der Regel nicht einseitig geändert werden; da man die toten Ungarn nicht mehr und die noch zu gebärenden noch nicht fragen kann, sollte die Verfassung von 2011 so bleiben, wie sie jetzt gilt: dem historischen Wandel entrückt.

TRADITIONSWURZELN

Seine Kraft und Würde stützt das ungarischen Grundgesetz allerdings weniger auf das Vertragskonzept als vielmehr auf seine Nationalgeschichte. Die Präambel der heute säkularisierten Republik verkündet einen mehrfachen Stolz darauf, „dass unser König, der Heilige Stephan I., den ungarischen Staat vor tausend Jahren auf festen Fundamenten errichtet“ hat, einen Stolz „auf unsere Vorfahren“, verbunden mit der Verpflichtung auf „unser Erbe“. Eine solche historische Pathetik kennen die Verfassungen der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zwar nicht. Doch suchen nicht wenige ihrer Präambeln den Beistand ihrer Geschichte, jedenfalls der Geschichte, die bruchlos eine positive Tradition gewährleisten soll. Die Retrospektiven treten als Traditions- und als Kampfpapieren in Erscheinung.

Epochenübergreifend wie Ungarn plädiert Estland für die „Erhaltung des estnischen Volkes und der estnischen Kultur durch alle Zeiten“. Besonders intensiv und extensiv beruft Kroatien sich auf seine

²⁵ *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl. 1928/1957, S. 44 f.; *Rolf Grawert*, *Der württembergische Verfassungskonflikt 1815–1819*, in: *Jamne/Pöggeler* (Hrsg.), „O Fürstin der Heimat! Glückliches Stuttgart, 1988, S. 126 ff.

²⁶ Dazu *Rolf Grawert*, *Die demokratische Republik – von Rousseau zu Kant*, in: *Der Staat* 51. Band (2012), S.491 ff.

„langjährige nationale Eigenständigkeit und das staatliche Bestehen des kroatischen Volkes ... , bestätigt durch eine Reihe von historischen Ereignissen in verschiedenen Staatsformen sowie durch die Aufrechterhaltung und die Entwicklung der staatsbildenden Idee des historischen Rechts des kroatischen Volkes auf volle staatliche Souveränität, das sich äußerte – in der Gründung der kroatischen Fürstentümer im VII. Jahrhundert, – im selbständigen Staat Kroatien des Mittelalters, der im IX. Jahrhundert begründet wurde“ usw. usw. Konzentrierter identifiziert das litauische Volk sich dadurch, dass es „vor langen Zeiten den litauischen Staat schuf“. Polen erinnert „in Dankbarkeit gegenüber unseren Vorfahren“ an die „besten Traditionen der Ersten und Zweiten Republik“. In der Slowakei erinnert man sich „an das politische und kulturelle Erbe unserer Vorfahren und an die jahrhundertealten Erfahrungen aus den Kämpfen um die nationale Existenz ... im Sinne Kyrillios und Methodios und des historischen Vermächtnisses des Großmährischen Reiches“.

Der staatsbildenden Kampferfahrungen wird auch anderswo gedacht. Die Präambel der Verfassung Sloweniens geht einfach „von der geschichtlichen Tatsache“ aus, „dass die Slowenen in einem jahrhundertelangen Kampf um die Volksbefreiung“ gestanden und diese nun errungen hätten. Die Iren beschlossen ihre Verfassung „in dankbarer Erinnerung an ihren heldenhaften und unermüdlichen Kampf um die Wiedererlangung der rechtmäßigen Unabhängigkeit unserer Nation“. Dagegen betonen die Portugiesen nur den „revolutionären Wandel“ durch ihre Nelkenrevolution von 1974. Zuvor nahmen schon die Franzosen Bezug auf ihre – Große – Revolution, indem sie außer an die Menschenrechte von 1789 auch an die zugleich begründete „nationale Souveränität“ erinnern, die jene des – bald geköpften – Königs ersetzte.

Die Präambeln der deutschen Reichsverfassungen von 1849, 1871 und 1919 sahen keinen Anlass, sich auf die 1806 durch Abdikation des habsburgischen Kaisers beendete Geschichte des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation zu berufen. Sie beschränkten sich darauf, die jeweils verfassungsgebenden Kräfte zu benennen. Als das Grundgesetz beraten wurde, waren die Verfassungstraditionen durch das sogenannte Dritte Reich Hitlers gründlich desavouiert worden. Man erwog anfangs zwar, die „nationalsozialistische Zwingherrschaft“ und die „Besetzung Deutschlands“ zu erwähnen, doch hörte sich das wehleidig statt historisch verantwortungsbewusst an. Demgegenüber beginnt die Präambel der Verfassung Bayerns von 1946 bis heute mit einem Bedauern: „Angesichts des Trümmerfeldes, zu dem eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott ... die Überlebenden des zweiten Weltkrieges geführt

hat“, um „den kommenden Geschlechtern“ eine bessere Zukunft zu bieten, und zwar „eingedenk“ der „mehr als tausendjährigen Geschichte“ des „Bayerischen Volkes“, das im Jahr 1946 „deutsches“ noch nicht wieder genannt wurde. Auch die ebenfalls vorgrundgesetzliche Verfassung Bremens von 1947 zeigt sich bis heute „erschüttert von der Vernichtung, die die autoritäre Regierung der Nationalsozialisten ... in der jahrhundertalten Freien Hansestadt Bremen verursacht hat“, und exkulpiert so die damalige Bürgerschaft. Nach der sogenannten Wende von 1989 berief sich allein der Freistaat Sachsen auf die Geschichte: auf die der „Mark Meißen, des sächsischen Staates und des niederschlesischen Gebietes, gestützt auf die Traditionen der sächsischen Verfassungsgeschichte“, dabei „ausgehend von den leidvollen Erfahrungen nationalsozialistischer und kommunistischer Gewaltherrschaft“, aber „eingedenk eigener Schuld an seiner Vergangenheit“. Auch die Verfassung Thüringens spricht selbstmitleidig von „leidvollen Erfahrungen mit überstandenen“ – also nicht mitverursachten – „Diktaturen“, konstituiert sich aber vor allem „in dem Bewusstsein des kulturellen Reichtums und der Schönheit des Landes, seiner wechselvollen Geschichte“. Die Beratungen der Präambel des Grundgesetzes führten schließlich dazu, von historischen Reminiszenzen abzusehen; der Text konzentriert sich auf Zukünftiges: anfangs auf die Wiedervereinigung, jetzt auf Europa.²⁷ In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts spielt die Methode der historischen Interpretation fast keine Rolle mehr. Anfangs war außer von „vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätzen“²⁸ von einem „vorverfassungsmäßigen Gesamtbild“ die Rede²⁹, doch ist das lange her; jetzt prägen zeitgemäße Auffassungen das Bild.

Verfassungstraditionen sind in der Regel fundamentale, weil unerschütterliche und unersetzliche, Verfassungsvoraussetzungen. Sind sie bekannt, gelten sie als bewährt und der Bewahrung würdig. Da Gesellschaftsstrukturen sich nicht so schnell verändern wie Herrschaftskonzepte, widerstehen ihre konstitutionellen Pendant häufig Umbrüchen und Reformen, und häufig überdauern auch tradierte Normenkomplexe. Sie geben Konstitutionen, die hier und heute und erst für die Zukunft positiviert werden, einen tieferen Halt, als ihn noch so qualifizierte, aber eben nur zeitgebundene Mehrheiten schaffen können. Aber sie wirken natürlich nur auf die, die in ihrer Geschichte als einem Lebenselement stehen, die Geschichte als eine moralische Instanz an-

²⁷ Vgl. die Entstehungsgeschichte, in: JöR 1. Bd. (Fn. 12), S. 24 ff.

²⁸ BVerfGE 1, S. 14, 61.

²⁹ BVerfGE 2, S. 380, 403. Zur Erledigung der WRV von 1919: BVerfGE 2, S. 237, 250.

erkennen oder die an die Macht der Geschichte glauben. Diese Funktionen unterstellend, fällt auf, dass konstitutionelle Traditionsformeln in Verfassungen verwendet werden, deren Staaten ihre Verfassungsautonomie revolutionären Umbrüchen verdanken: Irland, Portugal und die einst sozialistischen Staaten sind dafür sprechende Beispiele, und die Kampfpapieren machen dazu noch nachträglich Mut. Bemerkenswert sind die historischen Extensionen in eine möglichst lange Vorzeit, auf deren Einzelheiten es gar nicht ankommen soll: „Jahrhundertelang“ ist ein Topos, dem kurzfristige demokratische oder revolutionäre Wechsel nicht gewachsen sind. Eine so alte Legitimation kann gar nicht überholt werden, zumal die Zeitangaben sich im Ungefähren verlieren. Wenn – wie in Kroatien – eine ganze Verfassungsgeschichte aufgeboten wird, kommt es nicht mehr darauf an, ob oder wie sie stimmt. Deshalb können die Ständegesellschaften einst disparater Fürstentümer oder Personalunionen als ein „Volk“ und der moderne Staat auch schon für das siebente Jahrhundert reklamiert werden. Die üppig ausgeschmückten Präambel laden zu Verfassungsgeschichten ein, die nicht in der Vergangenheit zu stimmen brauchen, die aber die Gegenwart stabilisieren sollen. So gesehen, sind sie wenn nicht Bekenntnisse, dann immerhin historische Metaphysik. Aber sie sind zugleich advokatorische Techniken, um die Rechtfertigung unerwünschter Verfassungsänderungen zu erschweren und ihnen den Vorwurf der Revolution machen zu können. Doch so oder so sind sie schwankende Fundamente, da auf die Geschichte kein Verlass ist. Geschichte ist, wie ihre Geschichte zeigt, veränderbar. Sie kann nach Bedarf dekonstruiert und rekonstruiert werden. Manche Geschichte, insbesondere manche Verfassungs- und Rechtsgeschichte, hat nicht nur vielfältige Umdeutungen, sondern auch Neukonzeptionen erfahren. Angesichts dessen leisten Präambel-Geschichten meistens nicht viel Standsicherheit. Moderne Verfassungsgeber vertrauen eher organisationsrechtlichen Erschwerungen von Verfassungsänderungen.

ORGANISATIONSTECHNIKEN

Ein traditionsbewusster Verfassungsstaat wie Großbritannien benötigt eigenem Selbstverständnis nach weder eine solche Mystik noch eine Kodifikation noch Bestandsklauseln seines Verfassungsrechts. Darstellungen der britischen Konstitution sind Kompendien der Verfassungsgeschichte und Staatspraxis. Was zum „constitutional law“ gehört, ist wie Maitland versichert, „a matter of convenience“; „in England that

part of the law which we call constitutional law has no special sanctity“;³⁰ Infolgedessen kann es auch keine Regeln für Verfassungsänderungen geben.³¹ Ausdrückliche Änderungen erfolgen kraft der Souveränität des Parlaments. Die Regel der *lex posterior*, die auf der Überzeugung beruht, dass kein Parlament das nachfolgende binden kann, sorgt für die Flexibilisierung des Rechtssystems. Sie funktioniert als konstitutionelle Fundamentalkonvention, weil die Struktur des „king in parliament“ die Beteiligung der maßgebenden politischen Kräfte an der Gesetzgebung sichert³², unterstützt durch die Wirkkräfte der Parteien, der Wählerschaft, der öffentlichen Meinung und nicht zuletzt durch eine politische Pragmatik. Formalrechtlich sind Strukturänderungen dennoch Entscheidungen, die allerdings wie Gulliver in historischen und politischen Fesseln liegen.

Kontinentaleuropäische Verfassungen verlassen sich nicht auf diese Bindungen. Positiviert, kodifiziert und überwiegend aus Verfassungsumbrüchen entstanden, versuchen sie in der Regel, sich gegen spätere Verfassungsgesetzgeber durch positivierte Organisationstechniken zu wappnen, allerdings in Kenntnis und in dem Bewusstsein, dass ein späterer Verfassungsgeber sich friedlich oder revolutionär über die ganze bisherige Verfassung hinwegsetzen und eine neue Legitimität stiften kann. Selbstverständlich zeichnen die Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union sich durch originelle Organisationskautele aus. Doch ungeachtet aller ihrer aner kennenswerten Originalität, die zur Identitätsbildung beitragen mag, greifen sie dabei auf tradierte und bewährte Muster zurück. Die Wurzeln dieser Muster reichen in die Revolutionsverfassungen Frankreichs von 1791 und 1793 zurück, die spezielle Revisionsorgane mit begrenzten Kompetenzen und besonders komplizierte Revisionsverfahren vorsahen.

Diesen Vorbildern folgend, gehen die heute geltenden Verfassungen von der Unterscheidung des *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué* aus, die den Verfassungsgeber als eine genuine, vorkonstitutionelle Autorität deklariert und ihn ganz im Sinne von Maitlands „sanctity“ metaphysisch sublimiert. Dieser vorkonstitutionellen Position wegen kann eine gegebene Verfassung nur aufgrund sachlich begrenzter Er-

³⁰ F. W. Maitland, *The Constitutional Law of England*, 1908, ed. Fisher 1974, S. 536.

³¹ Karl Loewenstein, *Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien*, Bd. 1, 1967, S. 47 ff.

³² So bereits William Blackstone, *Commentaries one Laws of England*, 9th ed. 1783/1978, Book. I Ch. II (S. 153).

mächtigungen durch dazu ermächtigte Organe geändert werden. In einer Demokratie könnte prinzipiell das gesamte, verfasste Staatsvolk jene Kompetenz erhalten. Tatsächlich wird das „Volk“ zuweilen zur Mitwirkung an einem Änderungsverfahren herangezogen, etwa wenn am Ende ein Volksentscheid, eine Volksabstimmung oder ein Referendum vorgeschrieben oder möglich ist. Eine derartige bestätigende oder letztentscheidende Mitwirkung des Volkes gibt es in zahlreichen Mitgliedstaaten: In Dänemark stimmen die „Wähler des Folketing“ endgültig ab³³; ebenso ist es in Irland³⁴ und in Rumänien³⁵. Auch etliche andere Verfassungen sehen Volksentscheide vor, allerdings nicht zwingend, sondern fakultativ auf Antrag besonders initiativberechtigter Staatsorgane oder Wählergruppen: so Estland³⁶, Frankreich³⁷, Italien³⁸, Kroatien³⁹, Lettland⁴⁰, Österreich⁴¹, Schweden⁴², Slowenien⁴³ und Spanien.⁴⁴ Das letztlich angerufene Wahlvolk betätigt sich nicht als Verfassungsgeber, als genuiner Schöpfer einer Konstitution, sondern als ein durch Angehörigkeits-, Wahlrechts- und Abstimmungsregeln eingerichtetes und nur im Rahmen der Verfassung mitwirkendes Organ.

Da eine solche Mitwirkung des Wahlvolkes leicht als Votum des ursprünglichen demos ausgelegt und so politisch utilitaristisch ausgenutzt werden kann und da Volksentscheide zwischen den Wahlen nicht nur politisch riskant, sondern vor allem unpraktisch, weil aufwendig, sind, werden meistens die ordentlichen, also normalen, Gesetzgebungsorgane mit den Revisionszuständigkeiten ausgestattet. Sie werden aufgrund ihrer normalen demokratischen Legitimation tätig. Werden ihre Entscheidungen durch Volksentscheide bestätigt, dann sind jene Organe gleichberechtigte Mitwirkende des „Volkes“ in einem komplexen, ge-

³³ Verfassung v. 05.06.1953, § 88.

³⁴ Verfassung der Republik Irland v. 01.07.1937, Art. 46 II.

³⁵ Verfassung Rumäniens v. 21.11.1991, Art. 147.

³⁶ Grundgesetz für die Republik Estland v. 28.06.1992, Art. 163 f.

³⁷ Verfassung der Republik Frankreich v. 04.10.1958, Art. 89.

³⁸ Verfassung der Republik Italien v. 27.12.1947, Art. 138 II.

³⁹ Verfassung der Republik Kroatien v. 21.12.1990, Art.86 in der Fassung v. 23.04.2001.

⁴⁰ Grundgesetz für die Republik Lettland v. 15.02.1922 in der Fassung v. 06.07.1993, Art. 78.

⁴¹ Bundesverfassungs-Gesetz der Republik Österreich v. 10.11.1920 in der Fassung v. 07.12.1929, Art.44 III.

⁴² Verfassung des Königreichs Schweden v. 01.01.1975, Kap. 8 § 15 III.

⁴³ Verfassung der Republik Slowenien v. 23.12.1991, Art. 170.

⁴⁴ Verfassung des Königreichs Spanien v. 29.12.1978, 167 III.

stufen Verfahren. Ohne ihre Vorentscheidungen kein Volksentscheid. Praktisch haben jene Organe so einen öffentlichkeitswirksamen Vorsprung vor dem „Volk“ aufgrund ihrer Kompetenzen, die Initiative ergreifen und Änderungen inhaltlich formulieren zu dürfen. Sie können ihre Verfassungspolitik aktiv betreiben. Das „Volk“ der Volksentscheide ist meistens nur reaktiv gefragt.

In einigen Staaten löst ein Revisionsantrag die Auflösung der ordentlichen Gesetzgebungsorgane und deren Neuwahlen aus. Erst die neu gewählten Organe sind kompetent, Verfassungsänderungen zu beraten und zu beschließen, und zwar in der Regel mit qualifizierten Mehrheiten. So oder ähnlich ist es in Belgien⁴⁵, Dänemark⁴⁶, Luxemburg⁴⁷, in den Niederlanden⁴⁸, in Schweden⁴⁹ und, im Falle einer Gesamtrevision oder der Revision wesentlicher Vorschriften, in Spanien⁵⁰. Die erforderlichen Neuwahlen aktivieren die Aktivbürgerschaft, also das verfassungsgemäß definierte Wahlvolk. Es ist dasselbe verfasste „Volk“, das andernorts auch Volksentscheide bewirkt. Doch während es hier nur über eine begrenzte Verfassungsfrage entscheiden darf, geht es bei jenen Neuwahlen um mehr: Deren Anlass ist zwar speziell; deren Zweck ist eine außerordentliche Nachlegitimation von Volksrepräsentanten; doch zugleich wird über komplexe Regierungsleistungen und Parteiprogramme abgestimmt. Die Neuwahlen versichern oder versagen ein Mandat. Sie bilden kein neues Volk.

Organisatorisch einfacher – und politisch berechenbarer – machen es sich die Mitgliedstaaten, die ausschließlich ihre schon gewählten Gesetzgebungsorgane zu Verfassungsänderungen ermächtigen. Sie vertrauen der bereits durch die allgemeinen Wahlen begründeten Legitimation jener Organe. Statt nun deren Entscheidungen in außerordentlicher Weise entweder vorsorglich durch Neuwahlen oder nachträglich durch Volksentscheide zu legitimieren, sehen sie kompliziertere Zuständigkeiten und Verfahren vor, die Verfassungsänderungen erschweren sollen: an Stelle einer besonderen Legitimation eine besondere Organisationstechnik; diese gilt als funktionales Äquivalent. Naturgemäß fällt sie in Einkammersystemen schlanker aus als in Zweikammersystemen, weil hier das Prinzip der Gewaltenteilung zusätzlich zum Zuge kommt.

⁴⁵ Koordinierte Verfassung Belgiens v. 17.02.1994, Art. 195.

⁴⁶ Verfassung des Königreichs Dänemark v. 05.06.1953, § 88.

⁴⁷ Verfassung des Großherzogtums Luxemburg v. 17.10.1868, Art. 114.

⁴⁸ Verfassung des Königreichs der Niederlande v. 17.02.1983, Art. 137.

⁴⁹ Vgl. Fn. 42.

⁵⁰ Verfassung (Fn. 44), Art. 178.

Deutschland kennt ein System von an sich ungleichgewichtigen Kammern, die jedoch bei Verfassungsänderungen gleichgewichtig kooperieren: Bundestag und Bundesrat müssen jeweils mit einer Mehrheit von zwei Dritteln ihrer verfassungsmäßigen Mitglieder – bzw. Stimmzahl einem Änderungsgesetz zustimmen⁵¹; dabei repräsentiert der Bundestag das deutsche (Gesamt-)Volk; der Bundesrat besteht als Vertretung der Länder aus Mitgliedern der Landesregierungen, die durch die Landtage nur mittelbar volkslegitimiert sind und im Bundesrat ihr Land, also einen Gliedstaat, vertreten. Auf eine organisationstechnisch ähnliche Organkooperation baut auch der Einheitsstaat der Republik Polen: Nachdem der Sejm, die Volksvertretung, mit einer Mehrheit von zwei Dritteln bei Anwesenheit von mehr als der Hälfte seiner Mitglieder beschlossen hat, muss der ebenfalls unmittelbar volkslegitimierte Senat jenem Beschluss – als zweite Kammer – wortgleich und mit ebenfalls doppelt qualifizierter Mehrheit zustimmen.⁵² Auch in der Tschechischen Republik müssen die beiden volksgewählten „Kammern“ des „Parlaments“, das Abgeordnetenhaus und der Senat, ihre Beschlussharmonie nacheinander herstellen. Verfassungsänderungen bedürfen in beiden Kammern sogar einer Dreifünftelmehrheit der jeweils nominalen Zahl der Mitglieder.⁵³

In Einkammersystemen kommt es allein auf die qualifizierte Mehrheit der Volksvertretungen an. Derartige Bedingungen werden oftmals durch besondere Antragsverfahren kompliziert und so nicht nur zeitlich, sondern auch in den Quoren gestuft, so dass die erforderlichen Mehrheiten mehrmals organisiert werden müssen. In Bulgarien darf die „Nationalversammlung“ detaillierte Revisionsanträge mit Dreiviertelmehrheit aller Abgeordneten verabschieden.⁵⁴ In Litauen müssen aufgrund des Antrags eines Viertels aller Abgeordneten oder von 300000 Wählern drei Fünftel aller Mitglieder des „Seimas“ eine Änderung beschließen; außerdem kann ein Referendum stattfinden.⁵⁵ Auch Griechenland setzt sein Parlament – als „Verfassungsänderndes Parlament“ – mit qualifizierten Beschlussmehrheiten ein, verteilt dessen Entscheidung über Änderungen aber auf zwei und dann sogar auf drei aufeinander folgende Legislaturperioden, wenn zuvor das Quorum von drei Fünftel der Gesamtzahl der Parlamentarier nicht erreicht wur-

⁵¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.05.1949, Art. 79 III.

⁵² Verfassung der Republik Polen v. 02.04.1997, Art. 235.

⁵³ Verfassungsgesetz des Tschechischen Nationalrates v. 16.12. 1992 (Gesetz Nr. 1/1993), Art. 39 IV in der Fassung v. 18.10.2001.

⁵⁴ Verfassung der Republik Bulgarien v. 12.07.1991, Art. 154 f.

⁵⁵ Verfassung der Republik Litauen v. 25.10.1992, Art. 69 III, IV, Art. 147.

de.⁵⁶ In Portugal werden Revisionen durch differenzierte Antrags- und Beschlussregeln kompliziert: Ein Antrag auf eine Verfassungsrevision bedarf einer Vierfünftelmehrheit; dessen Verabschiedung kann – nach einer Bedenkzeit – nur mit einer Dreiviertelmehrheit aller – nicht nur: der anwesenden – Mitglieder der „Versammlung der Republik“ zustande kommen.⁵⁷ In der Slowakei beschließt eine Dreifünftelmehrheit aller Abgeordneten des „Nationalrats“.⁵⁸ Die neue ungarische Verfassung lässt eine Dreiviertelmehrheit der nominellen, gesetzlichen Zahl der „Stimmen“ der „Nationalversammlung“ genügen.⁵⁹ Das medial verbreitete Misstrauen gegen ungarische Verfassungsänderungen resultiert wohl aus dem Umstand, dass derzeit eine streng national orientierte Partei jenes Gremium ideologisch beherrscht.

Diese kursorische Bestandsaufnahme ist noch dahin zu ergänzen, dass auch in den Staaten qualifizierte Beschlussmehrheiten zu parlamentarischen Änderungsbeschlüssen erforderlich sind, die am Ende von Revisionsverfahren Volksentscheide oder Referenden zwingend oder fakultativ vorsehen. Insgesamt bestätigt sich die Vermutung, dass alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union originelle Organisations- und Verfahrenslösungen für Verfassungsrevisionen anbieten, eine Originalität, die bisweilen als nationale Errungenschaft veredelt wird. Der Verfassungsrechtsvergleich zeigt aber einen begrenzten Fundus von Techniken, die ähnlich funktionieren sollen, damit Verfassungsänderungen selten und dennoch möglich und berechenbar bleiben. Der Fundus umfasst folgende Organisationswerkzeuge:

1. Antragsverfahren: Begrenzung des Initiativrechts auf staatsleitende Organe und/oder quotierte Gruppen von Mandatsträger und/oder von Wahlberechtigten; Formbindung von Änderungsinitiativen, – themen und –entwürfen (Schriftform, Begründung); Initiativquoten (Problem: Konkurrenz zur Ausschreibung von Neuwahlen; Profilierung oppositioneller Parteien/Gruppen); Trennung der Mitwirkungskompetenzen der Antrags – von denen der Beschlussorgane (selten: durch Neuwahlen).
2. Beschlusskompetenzen: Sonderermächtigungen der gewählten ordentlichen, oder außerordentlich neu zu wählenden Legislativorgane (Parlament, dessen Kammern; im Bundesstaat: Volks- und Staatenvertretung).

⁵⁶ Verfassung der Republik Griechenland v. 09.06.1975, Art. 110 II-IV.

⁵⁷ Verfassung der Republik Portugal v. 02.04.1976, Art. 284 II, Art. 286 I.

⁵⁸ Verfassung der Slowakischen Republik v. 01.09.1992, Art. 84 IV.

⁵⁹ Grundgesetz Ungarns v. 25.04.2011, Art. Art. S I, II.

3. Beschlussverfahren: Prüfungs- und Überlegungsfristen (nach den Initiativen; zwischen mehreren, terminlich gestaffelten Abstimmungen); Qualifikation durch Quantifizierung der Beteiligungs- und Abstimmungsquoten (Zweidrittel-, Dreiviertel-, Vierfünftelmehrheit der gesetzlichen, nicht nur der anwesenden oder abstimmenden Mitglieder).
4. Bestätigungsverfahren: Volksentscheid; Referendum.
5. Volksentscheid, Referendum als singulärer, autoritärer Verfassungsakt: auf Antrag leitender Staatsorgane oder quotierter Minderheiten von Wahlberechtigten; gesteigerte Beteiligungs- und Abstimmungsmehrheiten.

PERMANENTGARANTIEN

Prinzipiell steht eine Verfassung nicht komplett zur Disposition von Revisionen. Ermächtigungen zu ihrer Änderung oder Ergänzung sind ausdrücklich oder dem Sinne nach auf Modifikationen und nicht auf eine komplette Substitution angelegt. Denn einem von Verfassung wegen Ermächtigten kommt nicht die Rechtsmacht zu, die Grundlagen seiner rechtlichen Existenz und Kompetenz von Grund auf neu zu bestimmen. Er besitzt keine originale, sondern nur eine abgeleitete Position, die ihrerseits Gegenstand von Verfassungsänderungen sein kann. Daraus folgt, dass eine Verfassung grundsätzlich als eine – kodifizierte oder tradierte – Systemeinheit erhalten bleibt. Freilich ist zuzugeben, dass in praxi schwer zwischen Änderungen oder Ergänzungen unterschieden werden kann, die sich auf Modifikationen beschränken, und solchen, die eine gesamte Kodifikation, ein zusammenhängendes Ordnungssystem und dessen Sinneinheit revolutionieren – „Revolution“ verstanden als grundstürzenden Abriss der bestehenden und einen fundamentalen Neubau einer andersartigen Verfassung, die jene „Identität“, von der Art. 2 des Unionsvertrages spricht, in eine andere verkehrt.

Dennoch rechnen die Verfassungen einiger Mitgliedstaaten mit dem Fall einer solchen Fundamentalveränderung. Aufgrund Art. 158 Nr. 1 der Verfassung Bulgariens ist die „Große Nationalversammlung“ kompetent, eine „neue“ Verfassung zu verabschieden; diese Versammlung wird dazu auf Initiative der normalen „Nationalversammlung“ direkt gewählt; sie zeichnet sich, wie ihr Name sagt, lediglich durch ihre Größe – 440 statt 240 Abgeordnete – und eine neue demokratische Legitimation aus. In anderen Mitgliedstaaten verzichtet man auf einen solchen Umweg. Aufgrund Art. 84 Absatz 4 der Verfassung der Slowakei darf

eine Dreifünftelmehrheit der Abgeordneten des bestehenden „Nationalrates“ ebenso die „Annahme der Verfassung“ wie deren „Änderung“ oder die eines „Verfassungsgesetzes“ beschließen. Die Verfassung Spaniens gestattet in ihrem Art. 168 eine „Gesamtrevision“ durch die Cortes Generales und grenzt diese Revision von „einer Verfassungsänderung“ ab; ob die für letztere vorgesehene „Ratifizierung“ durch eine „Volksabstimmung“ auch oder erst recht im Falle einer „Gesamtrevision“ stattfinden muss, wird nicht gesagt. Auch das neue Grundgesetz Ungarns überantwortet die „Verabschiedung eines“ – also wohl: eines neuen – „Grundgesetzes“ wie die einer „Modifizierung“ des geltenden den Abgeordneten der normalen „Nationalversammlung“. Unter dem Aspekt der Legitimität erwecken diese Regeln einen gewissen Argwohn: Soll das Volk sich und seinen Staat nicht selbst fundamental neu verfassen können? Wollen seine mandatierten Repräsentanten das Zepter in der Hand behalten? Oder wollen sie das einfache Volk vor revolutionären Verirrungen bewahren? Man könnte das angesichts des Umstandes, dass die zitierten Verfassungen nach grundstürzenden Umbrüchen von Machteliten und ihrer Ideologien entstanden, vermuten; Wohlwollende könnten dagegen den praktischen Zweck betonen.

Eine eigenartige Variante bietet Art. 146 des deutschen Grundgesetzes: Es endet mit der Kunde, das Grundgesetz verliere „seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. Die Formulierung hatte einen visionären Sinn vor der Wiedervereinigung des geteilten Deutschland; sie wurde nach der Wiedervereinigung dahin ergänzt, dass das Grundgesetz nun „für das gesamte deutsche Volk gilt“; seither hat sie ihr Pathos verloren und deklariert eigentlich nur noch die Autorität des demokratischen *pouvoir constituant*. Indem Art. 146 das „deutsche Volk“, das in der Präambel als großgeschriebenes „Deutsches Volk“ verfassungsgebend aufgetreten war, in den Blick seiner Zukunft nimmt, bestätigt er – nach der Wiedervereinigung erneut – das demokratische Axiom, ein *demos* erneuere sich ständig und sei an keinerlei Vorgegebenheiten gebunden. Art. 146 ist, so gesehen, Ausdruck eines Verfassungspositivismus, dem nur die Überzeugung von einem überpositiven Naturrecht verfassungsmoralisch entgegengehalten werden könnte.

Aber es gehört zu jenen Verfassungen, die sogenannte Ewigkeitswerte sichern, anders gesagt: die gewisse Verfassungsprinzipien und -strukturen dem *pouvoir constitué* des Verfassungsgesetzgebers entziehen und so „Unantastbarkeiten“ schaffen. Dazu zählen vor allem die Verfassungen, die keine organschaftlichen Gesamtrevisionen vorsehen. Manche Unantastbarkeiten werden ausdrücklich positiviert; andere er-

geben sich dem Sinne nach; über manche darf gar nicht verfügt werden; über manche darf nur, aber immerhin das konstituierte Volk verfügen.

Verfassungen, die gewisse Materien zwar parlamentarischen Organen, aber nicht dem Staatsvolk entziehen, schaffen relative Unantastbarkeiten. So erklärt die Verfassung Estlands dessen Selbständigkeit und Unabhängigkeit für „unverjährbar“ und das Staatsgebiet für „ein unteilbares Ganzes“; gemäß § 162 dürfen die Abschnitte I („Allgemeine Bestimmungen“, zu denen u.a. die zitierten Status, aber auch die Nationalfarben gehören) und XV („Änderungen des Grundgesetzes“) nur durch Volksabstimmungen geändert werden. Auch Art. 77 der Verfassung Lettlands behält Änderungen der Unabhängigkeit der Republik, der Volkssouveränität, des Staatsgebietes, der Staatsfarben, der Wahlprinzipien und des Art. 77 selbst ausschließlich Volksabstimmungen vor. Ebenso konserviert Art. 148 der Verfassung Litauens die Grundlagen des Staates und die Kompetenzen zu Verfassungsänderungen, bis ein Referendum eingreift; die Norm, die den litauischen Staat als „eine unabhängige demokratische Republik“ ausweist“, darf nur durch ein Referendum geändert werden, dem Dreiviertel der wahlberechtigten Staatsbürger zustimmen.

Absolute Unantastbarkeiten sind im Rahmen einer geltenden Verfassung überhaupt sakrosankt. Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland ist ein Beispiel für Unantastbarkeiten, deren Positivierung in vorherigen Krisenzeiten notwendig erschien: Die Weimarer Republik war infolge einer Revolution zustande gekommen; gemäß Art. 76 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 waren unbegrenzte organschaftliche Verfassungsänderungen erlaubt, so dass man befürchtete, die neue Republik könnte legal zur Monarchie revolutioniert oder sonst wie umstrukturiert werden. Dagegen wandte sich eine Verfassungslehre, die fundamentale Unantastbarkeiten proklamierte:⁶⁰ Tatsächlich wurde die Weimarer Verfassung schon vierzehn Jahre nach ihrem Inkrafttreten durch die Suspension der Kommunikationsgrundrechte, durch das Ermächtigungsgesetz Hitlers von 1933 und durch die Aushöhlung der Bundesstaatsstruktur erledigt, so dass sie nach 1945, ohne je aufgehoben worden zu sein, als so kraftlos galt, dass das Grundgesetz von 1949 sich keine Mühe zu geben brauchte, sie formell außer Kraft zu setzen. Durch Art. 79 Absatz 3 des Grundgesetzes wurde jene Lehre nun positives Verfassungsrecht. Demnach ist eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzge-

⁶⁰ Vgl. dazu *Carl Schmitt, Verfassungslehre*, 1928/3. Aufl. 1957, S. 102 ff.

bung⁶¹ oder die in Art. 1 und 20 „niedergelegten Grundsätze berührt werden“; Art. 1 gewährleistet die Unantastbarkeit der Menschenwürde sowie die Bindung aller Staatsfunktionen an die Grundrechte; Art. 20, der den Umschlag des eingangs zitierten Werkes von Professor Maciag ziert, garantiert die Prinzipien der Bundesstaatlichkeit, der Demokratie sowie der Rechts- und Sozialstaatlichkeit.

Etlliche der nach 1949 verkündeten Verfassungen anderer Mitgliedsstaaten der Union haben zum Schutz ihrer wesentlichen Inhalte ähnliche Vorkehrungen getroffen. Die Umstände, unter denen die meisten von ihnen beschlossen wurden, lassen vermuten, dass auch sie legalen Verfassungsrevolutionen vorbeugen wollen. Die Vermutung betrifft die griechische Verfassung, die nach der Abschaffung der Monarchie im Jahre 1974 während der anschließenden Militärdiktatur beschlossen wurde; sie betrifft die portugiesische Verfassung, die zwei Jahre nach der „Nelkenrevolution“ gegen die Diktatur unter Salazar und Caetano zustande kam; sie betrifft die Verfassungen mittel- und südeuropäischer Staaten, die nach dem Zusammenbruch der Sowjetdiktatur zu Demokratie und Menschenrechten zurückfinden konnten, und sie betrifft die Verfassungen der Staaten, die sich nach dem Zerfall Jugoslawiens konstituieren konnten.

Frankreichs Unantastbarkeiten sind ideologisch bereits in der Revolution von 1791 grundgelegt worden. Die Verfassung von 1946 entzog ausdrücklich „la forme républicaine du Gouvernement“ einer Revision; Art. 89 der geltenden Verfassung erweitert den Schutzbereich auf einerseits die „Unversehrtheit des Staatsgebietes“ und andererseits auf die „republikanische Staatsform“. Die griechische Verfassung stellt in ihrem Art. 110 – mit sehr viel größerem Misstrauen in zukünftige Verfassungsgesetzgeber? – einen umfangreichen Normenkomplex unter Schutz: die Bestimmungen über die „Staatsgrundlage und die Staatsform als parlamentarische Republik“ sowie ausgewählte Individualrechte, an der Spitze die Menschenwürde. In Italien ist gemäß Art. 139 der Verfassung nur die „republikanische Staatsform“ sakrosankt. Die portugiesische „Verfassungsgebende Versammlung“ – nicht das „Volk“ – weist in Art. 288 dagegen wieder einen konkurrenzlos umfangreichen Katalog von Unantastbarkeiten aus, der außer der „nationalen Unabhängigkeit“ und der republikanischen Regierungsform noch die Unabhängigkeit der Justiz, die Trennung von Staat und Kirche und außerdem Individualrechte und wesentliche Strukturen der Gesellschaft und

⁶¹ In einem ähnlichen föderativen, bundesstaatlichen Sinne bestimmte schon die Verfassung der USA v. 17.09.1787, „that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate“.

Wirtschaft zementiert. In Rumäniens gilt gemäß Art. 148 der Verfassung der „nationale, unabhängige, einheitliche und unteilbare Charakter des rumänischen Staates“, die republikanische Regierungsform, die Integrität des Territoriums, die Unabhängigkeit der Justiz, der politische Pluralismus und die Amtssprache als unantastbar; eine unsichere, auslegungsbedürftige Grenze bildet der Satz, dass keine Verfassungsänderung „durchgeführt werden“ darf, „wenn diese als Ziel die Unterdrückung der fundamentalen Rechte und Freiheiten der Bürger oder deren Garantien hat“. Art. 9 des tschechischen Verfassungsgesetzes erklärt eine Änderung „der wesentlichen Erfordernisse des demokratischen Rechtsstaates“ für „unzulässig“ und verbietet überdies – ein Unikum unter den Permanentgarantien – jede „Interpretation von Rechtsnormen“, die zur „Beseitigung oder Gefährdung der Fundamente des demokratischen Staates“ führen.

VERFASSUNGSWANDEL

In der Tat können Verfassungsinterpretationen zwar nicht zu förmlichen und permanent verbindlichen Verfassungsänderungen, aber doch zu einem eventuell erheblichen Verfassungswandel führen. Verfassungswandel meint Änderungen der Bedeutung von Verfassungsnormen und -begriffen, deren Wortlaut nicht förmlich geändert wird. Art. 79 Absatz 1 Satz 1 des deutschen Grundgesetzes will solchen Prozessen entgegenwirken, indem er bestimmt, dass es nur durch ein Gesetz geändert werden darf, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt; die 59 Änderungen belegen, dass dieses Gebot ernst genommen wird. Doch überdies hat das Bundesverfassungsgericht – mit Unterstützung der wissenschaftlichen Rechtsdogmatik – für erhebliche Wandlungen der Verfassung gesorgt, so dass deren Text den herrschende Sinn nicht mehr durchweg widerspiegelt. Der Wandel betrifft in besonderem Maße das Bundesstaatssystem und findet hier vor allem durch eine parteientaktisch und finanzpolitisch bewegte Staatspraxis statt. Am nachhaltigsten wirken jedoch die Interpretationen einzelner Grundrechte – die Materien „Ehe“, „Beruf“ oder „Eigentum“ haben erhebliche judikative Ausdeutungen infolge veränderter Umstände und sozialer Bewegungen erfahren – und der Grundrechte insgesamt: Sie werden als ein System behandeln und entsprechend harmonisiert.⁶² Der Fortschritt dieser Entwicklung besteht hauptsächlich

⁶² Dazu Rolf Grawert; *Ustawa Zasadnicza w świetle ujętych w niej praw zasadniczych* (polnische Übersetzung von P. Sarnecki), in: *Przegląd Sejmowy* 2009, s. 33

darin, dass die gemäß Art. 1 Absatz 1 in Verbindung mit Art. 79 Absatz 3 GG unantastbar, also gesetzlich nicht einschränkbar, geltende Menschenwürde als Höchstwert der gesamten Verfassung gilt und deren Wertesystem beherrscht, dass sie deshalb den Kern aller einzelnen Grund- und Menschenrechte in sich enthält und diese so unantastbar mitgarantiert und dass sie neuerdings auch in eine verfassungssystematische Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Absatz 1 GG gebracht worden ist⁶³, das seinerseits als Grundsatz gemäß Art. 79 Absatz 3 GG unveränderlich gilt. Das Bundesverfassungsgericht hat den Bereich der so genannten Unantastbarkeiten oder Ewigkeitswerte erheblich ausgeweitet.

Das Bundesverfassungsgericht hat zudem die so genannte Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Absatz 3 GG interpretativ dadurch erheblich angereichert und ausgedehnt, dass es in seinem bekannten Maastricht- und in dem nachfolgenden Lissabon-Urteil – demnächst wohl auch in der Ende 2013 erwarteten ESM-Entscheidung über den Euro-Rettungsschirm – die Souveränität Deutschlands und dessen „Verfassungsidentität“ einschließlich eines großzügig definierten Sachkomplexes wichtiger Staatsaufgaben und Gesetzgebungsgegenständen zu Unantastbarkeiten und damit zu unabdingbaren, unübertragbaren Essentialia erklärt hat.⁶⁴ Diese Entscheidungen und deren Begründungen definieren nun den verfassungsrechtlichen Status Deutschlands als (National-)Staat und dessen Identität in der Europäischen Union.

Der judikative Verfassungswandel genießt an und für sich keine eigene Ewigkeitsgarantie. Er kann judikativ ebenso entwickelt wie aufgegeben werden. Tatsächlich geht das Bundesverfassungsgericht ähnlich vor wie mittelalterliche Rechtgeber und wie typischerweise jeder Produzent von Case Law: Es beurteilt neue Sachlagen in einer Mischung aus Dogmatik und Pragmatik und legitimiert Uminterpretationen durch Selbstzitate seiner bisherigen Rechtsprechung, die es auswählen und so mit sach- und zeitgemäß passenden Abweichungen konsequent fortzusetzen behaupten kann. Zwar ist auch das Bundesverfassungsgericht nur ein Staatsorgan, das seine rechtliche Existenz und seine Zuständig-

ff.; ausführlicher u. mit Rechtsprechungs- sowie Literaturnachweisen *ders.*, Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte. Eine judikative Entwicklungsgeschichte, in: Der Staat, 49. Band, S. 507 ff.

⁶³ BVerfGE 123, S. 267, 362 f.

⁶⁴ BVerfGE 36, 89, S. 155 ff. („Maastricht“); 123, S. 267 ff. („Lissabon“); kritisch zu diesen Extensionen Rolf Grawert, Homogenität, Identität, Souveränität. Positionen jurisdiktioneller Begriffsdogmatik, in: Der Staat, 51. Band, S. 189 ff.

keiten dem Grundgesetz verdankt, an dessen Recht es selbstverständlich gebunden ist. Doch die rechtliche und politische Wirkung seiner Entscheidungen reicht über diese Position hinaus. Diese „binden“ nämlich „die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden“.⁶⁵ Die Bindung kommt in erster Linie dem Tenor einer Entscheidung zu. Das Gericht hat sie aber darüber hinaus noch auf „die diesen Tenor tragenden Gründe“ ausgedehnt, „soweit diese Ausführungen zur Auslegung der Verfassung enthalten“;⁶⁶ manchmal hat es die Passagen, auf die es ihm insofern ankam, in den Entscheidungsgründen vorsichtshalber selbst bezeichnet und so rechtsdogmatischen Auslegungen seiner judikativen Auslegung Grenzen gesteckt. Im Ergebnis verstärkt und verbreitert es dadurch die Fundamente des Grundgesetzes und dessen Staatswesen ganz allmählich und ohne irgendeine metaphysische Rückversicherung. Trotz mancher Kritik von Einzelentscheidungen genießt das Gericht aber einen so hohen Respekt, dass es als Deutschlands tragendes Fundament funktionieren kann.

Man braucht aber nicht zu befürchten, das Grundgesetz verliere an Flexibilität dadurch, dass seine positivierten Unantastbarkeiten judikativ ins Detail ausgedehnt werden. Nicht nur das für Wandel besonders offene Sozialstaatsprinzip unterliegt einem stetigen sozialen, programmatischen und legislativen Veränderungsprozess. Auch das zentrale Würdeprinzip wird nicht erstarren. Denn das Bundesverfassungsgericht hat Ovids Leitmotiv „omnia mutantur“⁶⁷ bereits verinnerlicht: „Die Würde ist etwas Unverfügbares. Die Erkenntnis dessen, was das Gebot, sie zu achten, erfordert, ist jedoch nicht von der historischen Entwicklung zu trennen. ... Das Urteil darüber, was der Würde des Menschen entspricht, kann daher nur auf dem jetzigen Stande der Erkenntnis beruhen und keinen Anspruch auf zeitlose Gültigkeit erheben.“⁶⁸ Darin zeigt sich die Qualität einer Verfassung: dass ihre Fundamente nicht starr und brüchig sind wie Zement, sondern anpassungsfähig wie der Mensch, dem sie dienen soll: Wege von Hegelscher Substantialität zur Subjektivität Kants?

⁶⁵ § 31 I Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473). Dazu *Antje von Ungern-Sternberg*, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 138. Bd. (2013), S. 1 ff., 53: Wegen der Möglichkeit der Präjudizenauswahl führe das Präjudiziensystem nicht zu einer Versteinerung.

⁶⁶ BVerfGE 33, S. 199, 203; 40, S. 88, 93 f.; 112, S. 268, 277.

⁶⁷ *Publius Ovidius Naso*, *Metamorphosen*, I. XV 165.

⁶⁸ BVerfGE 45, S. 187, 229.

STANISŁAW BOŻYK

USTAWA ZASADNICZA RFN I JEJ NOWELIZACJE PO ZJEDNOCZENIU NIEMIEC W 1990 R.

Ustawa Zasadnicza RFN z 8 maja 1949 r. jest aktem ustrojowym, który wyróżnia się na tle konstytucji pozostałych państw europejskich. O oryginalności niemieckiej konstytucji przesądzają zarówno specyficzne warunki jej przygotowania i uchwalenia, jak i przyjęte w niej zasady ustroju politycznego oraz niektóre rozwiązania prawnoustrojowe, odnoszące się przede wszystkim do struktury organów państwowych. Jest to zarazem akt o szczególnym charakterze, posiadający klasyczne cechy sztywnej ustawy zasadniczej, a mimo to wyjątkowo często nowelizowany, w tym wielokrotnie już po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r.

1. Proces kształtowania konstytucyjnych podstaw ustroju przyszłych Niemiec Zachodnich rozpoczął się i był kontynuowany zanim doszło do formalnego utworzenia RFN, a więc gdy obszar ten znajdował się jeszcze pod okupacją Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii oraz Francji¹. Do odbudowy instytucji ustrojowych w zachodnich strefach okupacyjnych Niemiec przystąpiono już w 1946 r., dokonując podziału tych stref na kraje i tym samym przesądzając o federacyjnej strukturze przyszłego państwa niemieckiego. Na przełomie 1946 i 1947 r. przeprowadzone zostały pierwsze wybory do parlamentów krajowych (landtagów), które

¹ W doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego problematyka tworzenia podstaw ustrojowych RFN poddana została gruntownej analizie przez Z.A. Maciągą w monografii *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 329 i nast.

po ukonstytuowaniu się uchwaliły krajowe ustawy zasadnicze². Prace nad konstytucją federalną podjęto zaś w drugiej połowie 1948 r., a więc po zakończeniu konferencji londyńskiej³, gdzie wyrażona została wola tworzenia suwerennego państwa niemieckiego na obszarze zachodnich stref okupacyjnych.

Ustalenia konferencji londyńskiej przekazane zostały przez gubernatorów wojskowych zachodnich stref okupacyjnych premierom rządów krajowych we Frankfurcie nad Menem, które tym samym przyjęło się określać mianem „dokumentów frankfurckich”⁴. W treści tych dokumentów zalecono premierom rządów krajowych podjęcie prac nad przygotowaniem nowej konstytucji Niemiec, określając zarazem, na jakich podstawowych zasadach powinien być oparty ustrój tego państwa. Ustalono, że do przygotowania oraz uchwalenia konstytucji zostanie wyłoniona konstytuanta, którą nazwano Radą Parlamentarną (*Parlamentarischer Rat*). Zrezygnowano jednak z przeprowadzania powszechnych i bezpośrednich wyborów do konstytuanta na rzecz delegowania swoich przedstawicieli do jej składu przez parlamenty poszczególnych krajów⁵.

Projekt konstytucji przygotowany został przez grupę polityków i ekspertów, zasiadających w składzie powołanego w tym celu Konwentu Konstytucyjnego (*Verfassungskonvent*)⁶. Prace nad tym projektem kontynuowane były w Radzie Parlamentarnej, która zebrała się w Bonn 1 września 1948 r.⁷ Po kilku miesiącach ostrych sporów na temat ostatecznego kształtu przyszłego ustroju państwa, Rada Parlamentarna

² Konstytucje te w niektórych krajach (m.in. w Bawarii i Hesji) obowiązują do dziś.

³ Była to konferencja trzech mocarstw zachodnich z udziałem Belgii, Holandii i Luksemburga, która obradowała w Londynie w czerwcu 1948 r.

⁴ Z.A. Maciąg, *op. cit.*, s. 329; J. Sułek, *Geneza Republiki Federalnej Niemiec. Studium politologiczne*, Poznań 1977, s. 278 i nast.

⁵ Zob. m.in.: P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, München 2010, s. 28 i nast.; H.P. Schwarz, *Vom Reich zur Bundesrepublik. Deutschland im Widerstreit der ausenpolitischen Konzeptionen in den Jahren der Besatzungsherrschaft*, Stuttgart 1980, s. 115 i nast.

⁶ Konwent Konstytucyjny obradował na zamku Herrenchiemsee w Bawarii od 10 do 23 sierpnia 1948 r. i w tak krótkim czasie (niespełna 2 tygodnie) opracował wstępny projekt zachodnioniemieckiej konstytucji. Zob. szerzej: M. Bożek, *Projekt ustawy zasadniczej dla Niemiec: z dziejów prac Konwentu Konstytucyjnego z Herrenchiemsee w 1948 roku*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2007, z. 2, s. 141 i nast.

⁷ W Radzie Parlamentarnej zasiadało 65 członków wybranych przez parlamenty 11 krajów i 5 przedstawicieli Berlina Zachodniego z głosem doradczym. Funkcję przewodniczącego Rady pełnił Konrad Adenauer.

8 maja 1949 r. uchwaliła Ustawę Zasadniczą (za przyjęciem projektu oddano 53 głosy, 12 było przeciw). Kilka dni później tekst ten został zatwierdzony przez władze okupacyjne, jednak do przyjęcia nowej konstytucji konieczne było jeszcze wyrażenie zgody przez co najmniej dwóch trzecich krajów. Ostatecznie konstytucję ratyfikowały parlamenty 10 krajów związkowych i tylko parlament Bawarii był temu przeciwny. Ustawa Zasadnicza została ogłoszona 23 maja 1949 r. i następnego dnia weszła w życie⁸, a więc dzień 24 maja 1949 r. uznać można za datę powstania Republiki Federalnej Niemiec.

Uchwalony w 1949 r. zachodnioniemiecki akt ustrojowy nie został nazwany „konstytucją” (*Verfassung*)⁹, lecz „Ustawą Zasadniczą” (*Grundgesetz*). Przyjęcie wówczas takiej nazwy aktu konstytucyjnego miało wskazywać na jego tymczasowość, jak też na prowizoryczny charakter państwowości zachodnich Niemiec. Nie ulega bowiem wątpliwości, że twórcy RFN oraz konstytucji tego państwa stali na stanowisku, że tzw. kwestia niemiecka, niezależnie od postanowień zawartych w układzie poczdamskim, pozostaje nadal otwarta, włączając w to nawet możliwość zjednoczenia Niemiec. Stąd też nieprzypadkowo w treści art. 146 Ustawy Zasadniczej¹⁰ przewidziano uchwalenie w przyszłości właściwej „konstytucji”. W przepisie tym znalazło się stwierdzenie, że „Niniejsza Ustawa Zasadnicza utraci moc obowiązującą z dniem, w którym wejdzie w życie konstytucja uchwalona przez Naród Niemiecki w drodze wolnej decyzji”¹¹. Ta zapowiedź nie została jednak zrealizowana, gdyż zarówno bezpośrednio po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r., jak i w późniejszym okresie nie zostały podjęte prace nad przygotowaniem nowej konstytucji¹².

⁸ Ch. Starck, *Verfassungen*, Tübingen 2009, s. 9 i nast.

⁹ Warto tu natomiast podkreślić, że termin „konstytucja” użyty został nieco później na oznaczenie przyjętego 7 października 1949 r. aktu ustrojowego Niemieckiej Republiki Demokratycznej, utworzonej na obszarze radzieckiej strefy okupacyjnej. Wraz z powstaniem NRD stało się faktem istnienie dwóch państw niemieckich i taki podział Niemiec utrzymał się do 1990 r.

¹⁰ Wykorzystano tu tekst niemieckiej Ustawy Zasadniczej zamieszczony w opracowaniu *Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949*, red. L. Janicki, Poznań 2007.

¹¹ W doktrynie zachodnioniemieckiej zwracano uwagę, że byłby to niewątpliwie zupełnie nowy akt ustrojowy, a więc niekonieczne kontynuujący rozwiązania konstytucyjne ukształtowane w Ustawie Zasadniczej z 1949 r. Por. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe 1973, s. 35 i nast.

¹² P. Badura, *op. cit.*, s. 55 i nast.

2. Obowiązująca do dziś Ustawa Zasadnicza RFN z 1949 r. jest bardzo obszernym aktem normatywnym. Składa się ona bowiem ze 146 istotnie rozbudowanych artykułów¹³ i została podzielona na 14 rozdziałów, poprzedzonych preambułą¹⁴. Bez wątpienia najbardziej szczegółowa regulacja konstytucyjna zawarta jest w części dotyczącej podziału kompetencji między Związek a kraje, a także w rozdziale poświęconym ustawodawstwu wyjątkowemu. Stosunkowo szczupła i nader ogólna jest natomiast regulacja odnosząca się do wewnętrznej organizacji i zasad funkcjonowania najwyższych organów państwowych, a zwłaszcza rządu federalnego.

Przyjęta systematyka Ustawy Zasadniczej nie odbiega od powszechnie wykorzystywanych wzorów w państwach demokratycznych. Na czoło regulacji konstytucyjnej wysunięty został rozdział o prawach i wolnościach jednostki, noszący tytuł „Prawa podstawowe”. Nie ulega wątpiwości, że w ten sposób starano się podkreślić ich wagę jako praw niezwykłych i nienaruszalnych, znajdujących się poza zasięgiem swobodnej ingerencji władz państwowych. W drugim rozdziale określone zostały podstawowe zasady ustrojowe RFN, kolejne rozdziały poświęcono zaś w głównej mierze regulacji struktury i kompetencji organów państwowych¹⁵.

Niemiecka Ustawa Zasadnicza przewiduje, że zmiany w jej treści mogą być dokonywane jedynie po spełnieniu szczególnych wymogów konstytucyjnych. Przepis art. 79 ust. 1 stanowi, że przeprowadzenie nowelizacji postanowień konstytucji może mieć miejsce wyłącznie w drodze ustawy, która „wyraźnie zmienia lub uzupełnia brzmienie Ustawy Zasadniczej”. Do zgłoszenia formalnego wniosku o dokonanie tej zmiany uprawnieni zostali deputowani do Parlamentu Związkowego (Bundestagu)¹⁶, rząd

¹³ W rzeczywistości liczba artykułów bońskiej Ustawy Zasadniczej jest dużo większa, gdyż w wyniku kolejnych nowelizacji do jej treści zostały dodane zupełnie nowe artykuły, np. po poprawkach konstytucyjnych z 19 marca 1956 r. po art. 45 dodano art. 45a i art. 45b. Do tej pory konstytucja niemiecka uzupełniona została o ponad 50 odrębnych artykułów, stając się tym samym jednym z najobszerniejszych aktów konstytucyjnych w Europie.

¹⁴ Warto także dodać, że na podstawie art. 140 Ustawy Zasadniczej utrzymano w mocy 5 artykułów konstytucji weimarskiej z 1919 r. (art. 136, 137, 138, 139 i 141), które określają zakres wolności religijnej oraz stosunki między państwem a kościołami i związkami wyznaniowymi.

¹⁵ Por. m.in.: B. Banaszak, *System konstytucyjny Niemiec*, Warszawa 2005, s. 23 i nast.; S. Bożyk, *Niemcy, [w:] Systemy ustrojowe państw współczesnych*, red. S. Bożyk, M. Grzybowski, Białystok 2012, s. 132 i nast.

¹⁶ Regulamin Bundestagu przewiduje, że wszystkie poselskie projekty ustaw, włącznie z projektami nowelizacji Ustawy Zasadniczej, mogą inicjować frakcje

federalny oraz Rada Związkowa (Bundesrat). Aby wniosek ten był przyjęty, musi uzyskać poparcie większości dwóch trzecich członków Bundestagu i Bundesratu. Jest to więc konstytucja sztywna, wymaga bowiem dla swej zmiany spełnienia wymogu kwalifikowanej większości głosów w obu izbach parlamentu¹⁷. Należy tu jednak dodać, że nowelę z marca 1954 r.¹⁸ wprowadzono też możliwość pośredniej zmiany Ustawy Zasadniczej. Występuje ona wtedy, gdy przy ratyfikacji niektórych umów międzynarodowych parlament formułuje jedynie ogólną deklarację, że umowy te nie są sprzeczne z konstytucją. Gdyby jednak któraś z ratyfikowanych w ten sposób umów zawierała w swej treści sformułowania sprzeczne z konstytucją, oznaczałoby to, że jej postanowienia nowelizują określone przepisy konstytucyjne. Takie rozwiązanie stwarza więc potencjalną możliwość dokonywania pośrednich, a przy tym nie zawsze zauważalnych zmian Ustawy Zasadniczej.

Konieczne jest tu jeszcze zwrócenie uwagi na fakt, że w Ustawie Zasadniczej przewiduje się ponadto poważne ograniczenia w zakresie dokonywania zmian konstytucyjnych przez wyodrębnienie takich zasad konstytucji, które nie podlegają żadnym zmianom¹⁹. Do kategorii niezmiennych zasad ustrojowych Niemiec przepis art. 79 ust. 3 zalicza: zasadę federalizmu, zasadę udziału krajów w ustawodawstwie Związku oraz podstawowe zasady demokracji wyrażone w art. 1 i 20 Ustawy Zasadniczej. Przywołany w tym przepisie art. 1 gwarantuje nienaruszalność godności człowieka i jego praw podstawowych, jak też wprowadza zasadę związania takimi prawami władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i organów wymiaru sprawiedliwości. Przepis art. 20 proklamuje z kolei zasady: demokratycznego i socjalnego państwa federacyjnego, suwerenności narodu, związania władzy ustawodawczej porządkiem konstytucyjnym, zaś pozostałych władz ustawami i prawem, a ponadto przyznaje Niemcom prawo do oporu wobec każdego, kto usiłuje obalić istniejący porządek konstytucyjny²⁰.

parlamentarne oraz grupy deputowanych liczące co najmniej 5% ogólnej liczby członków Bundestagu.

¹⁷ Podczas debaty w Radzie Parlamentarnej nad projektem Ustawy Zasadniczej rozważano też ewentualność wprowadzenia instytucji referendum ratyfikującego zmiany konstytucyjne, jednak ta propozycja nie znalazła wtedy poparcia. Z.A. Maciąg, *op. cit.*, s. 421.

¹⁸ *Bundesgesetzblatt* (dalej – BGBl.) I, 1954, s. 45.

¹⁹ D. Janicka, *Ustawa zasadnicza w praktyce Republiki Federalnej Niemiec (1949–1989)*, Toruń 2010, s. 89 i nast.

²⁰ Takie zakreślenie niezmiennych zasad ustrojowych prowadzi w efekcie do istotnego ograniczenia realizacji funkcji ustrojodawczej niemieckiego parlamentu, gdyż jakiegokolwiek zmiany konstytucyjne nie mogą naruszać postanowień art. 79

3. W Ustawie Zasadniczej na szczególną uwagę zasługuje rozdział II („Federacja i kraje”), określone w nim zostały bowiem podstawowe zasady ustrojowe RFN. Traktuje o nich przede wszystkim art. 20, którego postanowienia zaliczone zostały przy tym do kategorii przepisów niepodlegających zmianie lub usunięciu z Ustawy Zasadniczej²¹. Do tych podstawowych zasad zaliczone zostały: 1) zasada państwa socjalnego, 2) zasada państwa prawa, 3) zasada suwerenności narodu, 4) zasada federalizmu oraz 5) zasada podziału władz²².

Sformułowaną w art. 20 ust. 1 zasadę państwa socjalnego traktować należy jako niemiecką odmianę koncepcji „państwa dobrobytu”, zakładającą możliwość spełniania przez państwo aktywnej roli w sferze gospodarki, włączając w to także rolę opiekuńczą²³. Sformułowano ją jednak w sposób nader ogólny, a więc pozwalający na zróżnicowaną interpretację jej treści oraz różnorodną praktykę. Z konstytucyjnej zasady państwa socjalnego wynikają jednak określone dyrektywy pod adresem organów państwa, które muszą uwzględniać ją w swojej działalności, a zwłaszcza w procesie stanowienia prawa. W ten sposób dopuszcza się pewne formy interwencjonizmu państwowego, co dostrzegalne jest przede wszystkim w systemie ubezpieczeń społecznych i pomocy społecznej dla najuboższych grup ludności.

Przyjęta w Ustawie Zasadniczej zasada państwa prawa to z kolei niemiecka odmiana zasady praworządności. W trakcie przygotowywania konstytucji RFN pod pojęciem tym rozumiano w zasadzie tylko związanie organów państwa przepisami prawa oraz wymóg określania obowiązków obywateli wyłącznie w drodze aktów ustawodawczych²⁴. Obecnie zasada ta pojmowana jest znacznie szerzej, gdyż w jej ramach uwzględnia się ponadto konstytucyjny katalog praw i wolności jednostki oraz reguły określające organizację i tryb funkcjonowania organów państwowych. Pojęcie państwa prawa obejmuje tym samym także takie zagadnienia, jak wiążący dla organów państwowych charakter praw

ust. 3 Ustawy Zasadniczej. W. Heun, *The Constitution of Germany*, Oxford 2011, s. 25 i nast. W doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego zwracał na to uwagę E. Zwierzchowski, *Wprowadzenie do nauki prawa konstytucyjnego państw demokratycznych*, Katowice 1992, s. 35.

²¹ Przepis art. 20 został natomiast uzupełniony o ust. 4 w wyniku nowelizacji Ustawy Zasadniczej z 24 czerwca 1968 r. (BGBl. I, 1968, s. 709). Przyznał on wówczas obywatelom RFN „prawo do oporu” wobec każdego, kto usiłowałby obalić ukształtowany w tym państwie porządek konstytucyjny.

²² Zob. szerzej P. Badura, *op. cit.*, s. 324 i nast.

²³ Z.A. Maciąg, *op. cit.*, s. 427 i nast.

²⁴ *Ibidem*, s. 392 i nast.

i wolności każdej jednostki, równość obywateli wobec prawa, odpowiedzialność władz publicznych za wszelkie naruszenia prawa, określone w art. 20 ust. 4 prawo obywateli do oporu, niezawisłość sądów i sądowy wymiar sprawiedliwości.

Przepis art. 20 ust. 2 formułuje zasadę suwerenności narodu, stanowiąc, że „Wszelka władza państwowa pochodzi od narodu”. W przepisie tym określono też sposób sprawowania władzy najwyższej przez suverena, znalazło się w nim bowiem dalej stwierdzenie, że naród sprawuje władzę „poprzez wybory i głosowania oraz przez specjalne organy ustawodawcze, władzy wykonawczej i wymiaru sprawiedliwości”. Deklarując ustrojową zasadę reprezentacji politycznej, ustawodawca odrzucił w zasadzie wszelkie formy demokracji bezpośredniej. Referendum i inicjatywa ludowa dopuszczalne są bowiem tylko w przypadku zmiany granic między krajami związkowymi, co wynika jednoznacznie z przepisu art. 29 konstytucji. Tym samym system przedstawicielski stanowi jedyną formę sprawowania władzy państwowej na szczeblu federacji²⁵.

Sformułowana w art. 20 ust. 1 konstytucji zasada federalizmu ma swe źródło zarówno w historycznej tradycji prawnoustrojowej Niemiec²⁶, jak i w stanowisku władz okupacyjnych po II wojnie światowej, które dążyły do ograniczenia pozycji ustrojowej niemieckich władz centralnych. Po zjednoczeniu Niemiec w skład federacji wchodzi 16 krajów związkowych. Każdy kraj posiada własną konstytucję, opartą na podobnych założeniach, jak Ustawa Zasadnicza RFN, jak też własny porządek prawny, którego ramy wyznaczają dziedziny należące do kompetencji podmiotów federacji. Poszczególnym krajom zagwarantowano przy tym określony zakres samodzielności, której przejawem jest posiadanie własnych organów krajowych (parlamentu, rządu, sądownictwa) oraz udział w kształtowaniu woli federacji.

W rozdziale II Ustawy Zasadniczej określono też podział kompetencji między federację i kraje związkowe, który oparty został na zasadzie domniemania kompetencji na rzecz krajów. Przekonuje o tym przepis art. 30, w którym stwierdza się, że „Wykonywanie kompetencji państwowych i wypełnianie zadań państwowych należy do kompetencji krajów, o ile niniejsza Ustawa Zasadnicza nie zawiera lub nie dopusz-

²⁵ Ustawa Zasadnicza przyjęła zarazem konstrukcję mandatu wolnego. Przekonuje o tym przepis art. 38 ust. 1, który stanowi, że posłowie są „przedstawicielami całego narodu, nie są związani zaleceniami ani instrukcjami i podlegają wyłącznie własnemu sumieniu”.

²⁶ Zob. szerzej: K. Sontheimer, W. Bleek, *Grundzüge des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland*, München 1997, s. 334 i nast.

cza innej regulacji”. Oznacza to, że organy federalne mogą realizować określone kompetencje jedynie wówczas, gdy jest to dopuszczone przez obowiązujące normy konstytucyjne. Konstytucyjny podział kompetencji dokonany został na zasadzie funkcjonalnej, a więc na rozdziale zadań między federację i kraje związkowe w ramach zasadniczych funkcji państwa (ustawodawstwo, władza wykonawcza, sądownictwo). Należy jeszcze dodać, że istnieje też szereg materii, gdzie Ustawa Zasadnicza nie przewidziała żadnych kompetencji władz federalnych, a tym samym należą one w całości do kompetencji władz krajowych²⁷.

W odniesieniu do struktury organów państwa, Ustawa Zasadnicza formułuje zasadę podziału władz, przewidując zarazem względną równowagę pomiędzy władzą ustawodawczą, wykonawczą i sądowniczą. Do sprawowania federalnej władzy ustawodawczej powołano dwuizbowy parlament (Bundestag i Bundesrat), prezydent, kanclerz i ministrowie zostali uznani za organy władzy wykonawczej, zaś Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu oraz innym sądom powierzone zostało sprawowanie władzy sądowniczej.

Analiza regulacji konstytucyjnych odnoszących się do struktury federalnych organów państwa pozwala na stwierdzenie, że wzajemne relacje między legislatywą a egzekutywą oparto w RFN na zmodyfikowanych zasadach klasycznego systemu rządów parlamentarno-gabinetowych. Wynikiem daleko idącej racjonalizacji tego modelu ustrojowego w Ustawie Zasadniczej z 1949 r. jest funkcjonujący do dziś w Niemczech system rządów określany najczęściej mianem systemu kanclerskiego²⁸. Do najbardziej charakterystycznych cech tego systemu ustrojowego należałoby zaliczyć: 1) bardzo silną pozycję ustrojową szefa rządu (kanclerza), zarówno w jego stosunkach z parlamentem, jak też wobec pozostałych członków gabinetu (ministrów), 2) brak indywidualnej odpowiedzialności politycznej ministrów przed parlamentem, odpowiedzialność tę bowiem ponosi jedynie kanclerz, 3) możliwość usunięcia kanclerza tylko w drodze tzw. konstruktywnego wotum nieufności, 4) istotnie ograniczoną rolę prezydenta, 5) kształtowanie składu drugiej izby parlamentu (Bundesratu) przez organy władzy wykonawczej, 6) ograniczone możliwości rozwiązania parlamentu przez egzekutywę przed upływem jego kadencji²⁹.

²⁷ Do ochrony praw krajów związkowych powołano w RFN przede wszystkim dwie instytucje: Bundesrat oraz Federalny Trybunał Konstytucyjny.

²⁸ Por. m.in. S. Bożyk, *System organów państwowych*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. M. Grzybowski, Białystok 2008, s. 144 i nast.

²⁹ Wymienione tu cechy systemu kanclerskiego występują jedynie w ustroju państwowym RFN, choć pewne elementy tego modelu rządów widoczne są również

4. Ustawa Zasadnicza RFN z 1949 r. była jedną z pierwszych w świecie konstytucji, która dokonała konstytucjonalizacji partii politycznych³⁰. Zapowiedziała ona zarazem szczegółową regulację statusu, organizacji i zasad działalności partii politycznych w ustawie federalnej, a więc ich instytucjonalizację w ustawodawstwie zwykłym³¹.

Konstytucyjną regulację statusu partii politycznych zawiera art. 21 Ustawy Zasadniczej. W pierwszej kolejności określa on rolę oraz cele działania partii politycznych stwierdzając, że partie polityczne „współdziałają w kształtowaniu woli politycznej narodu”³². Przepis art. 21 ust. 1 formułuje następnie zasadę wolności tworzenia partii politycznych, podkreślając, że „ich zakładanie jest swobodne”. Konstytucyjna wolność tworzenia partii ma tu oznaczać brak jakichkolwiek ograniczeń lub procedur wstępnych, od których uzależnione byłoby powstanie oraz działalność danej partii politycznej³³. Faktycznie bowiem jedynym warunkiem istnienia partii politycznej powinna być zgodność jej programu i działania z obowiązującymi zasadami konstytucyjnymi. W treści art. 21 ust. 1 Ustawy Zasadniczej przyjęte zostały jeszcze dwa inne istotne założenia: 1) wewnętrzna struktura partii politycznych musi odpowiadać zasadom demokratycznym, 2) partie polityczne muszą składać publicznie sprawozdania o pochodzeniu i przeznaczeniu swoich środków oraz o swoim majątku³⁴.

Regulacja przyjęta w art. 21 ust. 2 Ustawy Zasadniczej odnosi się z kolei do partii politycznych, których działalność byłaby wymierzona przeciwko państwu i obowiązującemu porządkowi prawnemu. Przepis

w innych systemach ustrojowych. Przykładem może być instytucja konstruktywnego wotum nieufności dla rządu, która znalazła zastosowanie m.in. w Belgii, Hiszpanii oraz w Polsce. Z kolei bardzo silna pozycja szefa rządu charakteryzuje m.in. system ustrojowy Izraela.

³⁰ Nieco wcześniej rolę partii politycznych określiła jedynie konstytucja Republiki Włoskiej z 1947 r.

³¹ Uczyniła to ustawa o partiach politycznych z 1967 r., wprowadzając szereg nie znanych jeszcze wówczas w innych państwach regulacji prawnych. Była to też jedna z pierwszych ustaw o partiach politycznych, albowiem wcześniej takie akty ustawodawcze przyjęte zostały jedynie w Argentynie (1956) oraz w Turcji (1965).

³² Współdziałanie partii politycznych w tym zakresie znajduje swój wyraz przede wszystkim w aktywnym udziale partii w wyborach parlamentarnych oraz w funkcjonowaniu parlamentu federalnego i parlamentów krajowych.

³³ Z.A. Maciąg, *System partyjny Republiki Federalnej Niemiec*, Warszawa 1979, s. 42 i nast.

³⁴ Sprawozdania te poszczególne partie polityczne muszą składać corocznie przewodniczącemu Bundestagu.

ten stanowi, że partie polityczne, które „stosownie do swoich celów lub poprzez zachowanie się swoich zwolenników zmierzają do naruszenia albo obalenia wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego, bądź do zagrożenia istnienia Republiki Federalnej Niemiec, są sprzeczne z konstytucją”. Każda partia polityczna podejmująca takie działania może być wówczas zdelegalizowana w drodze orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego³⁵, przy czym z wnioskiem do Trybunału w tej sprawie mają prawo wystąpić: Bundestag, Bundesrat oraz rząd federalny.

Federalna Ustawa Zasadnicza nie uwzględnia zaś problematyki ugrupowań opozycyjnych, ale kwestie związane z rolą opozycji parlamentarnej zostały unormowane w ustawodawstwie zwykłym oraz w regulaminie Bundestagu³⁶. Ponadto różne aspekty statusu prawnego opozycji parlamentarnej w parlamentach krajowych uregulowane zostały w konstytucjach większości krajów związkowych.

5. Konstytucyjną regulację ustroju władz federalnych otwiera rozdział III poświęcony Bundestagowi. W pierwszej kolejności określił on podstawowe zasady prawa wyborczego w wyborach do tej izby parlamentu. Przepis art. 38 ust. 1 stanowi w tej materii, że „posłowie do niemieckiego Bundestagu wybierani są w wyborach powszechnych, bezpośrednich, wolnych, równych i w tajnym głosowaniu”. Z kolei w art. 38 ust. 2 przyjęto zasadę, że czynne i bierne prawo wyborcze przysługuje osobom, które ukończyły 18 lat. Poza tym w treści art. 39 ust. 1 określona została czteroletnia kadencja tej izby parlamentu federalnego.

Bundestag jest jedynym organem federalnym pochodzącym z wyborów powszechnych i bezpośrednich, a tym samym tylko tej izbie parlamentu przysługuje atrybut reprezentacji ogólnonarodowej. Druga izba parlamentu federalnego, Bundesrat, jest z kolei reprezentacją podmiotów federacji i jej skład nie jest wyłaniany przez wyborców. Biorąc zaś pod uwagę konstytucyjnie określone wzajemne relacje między obiema izbami niemieckiego parlamentu federalnego, można jednoznacznie stwierdzić, że rozwiązania ustrojowe przyjęte w tym zakresie w RFN

³⁵ Federalny Trybunał Konstytucyjny podejmował dotąd dwukrotnie decyzję o delegalizacji partii politycznej: w 1952 r. uczynił to w stosunku do neofaszystowskiej Socjalistycznej Partii Rzeszy, natomiast w 1956 r. uznał za niekonstytucyjną działalność Komunistycznej Partii Niemiec.

³⁶ Z.A. Maciąg, *Funkcje opozycji w systemie politycznym RFN*, [w:] *Idee – państwo – prawo (Prace poświęcone pamięci prof. dra Marka Sobolewskiego)*, red. J. Majchrowski, Kraków 1991, s. 179 i nast.

mieszczą się w modelu dwuizbowości nie zrównoważonej. W tym układzie izbą o większym znaczeniu jest bowiem Bundestag, który reprezentuje ogół obywateli Niemiec oraz skupia w swoich składzie przedstawicieli głównych sił politycznych, a przy tym jego rola w procesie ustawodawczym, określaniu zasadniczych kierunków polityki państwa i kontroli działalności rządu federalnego jest zdecydowanie większa aniżeli rola Bundesratu³⁷.

Zgodnie z art. 39 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, kadencja Bundestagu wynosi 4 lata i liczy się od dnia zebrania się izby na pierwsze posiedzenie po wyborach, dobiega zaś końca w dniu pierwszego posiedzenia nowo wybranego Bundestagu³⁸. W RFN nie jest przewidywana możliwość samorozwiązania się parlamentu federalnego przed upływem jego kadencji. Bundestag może być jednak rozwiązany na mocy decyzji prezydenta, ale tylko w dwóch, ściśle określonych w Ustawie Zasadniczej, przypadkach: 1) gdy w trzeciej turze głosowania w Bundestagu nie zdoła on wybrać kanclerza większością bezwzględną i wybór zostanie dokonany jedynie zwykłą większością głosów (art. 63 ust. 4), 2) jeżeli Bundestag nie przychylił się do wniosku kanclerza o udzielenie mu wotum zaufania (art. 68 ust. 1)³⁹.

Niemiecka konstytucja przewiduje zasadę permanencji w pracach Bundestagu, co oznacza, że w każdej chwili izba ta może być zwołana na posiedzenie. Zgodnie z art. 39 ust. 2 Ustawy Zasadniczej, nowo wybrany parlament zbiera się zawsze na pierwsze posiedzenie najpóźniej w trzydziestym dniu po wyborach, a kolejne posiedzenia plenarne odbywają się w terminach określonych uchwałą Bundestagu. Na żądanie jednej trzeciej posłów, prezydenta lub kanclerza przewodniczący Bundestagu ma obowiązek zwołać posiedzenie izby w innym terminie, aniżeli zostało to ustalone w podjętej wcześniej uchwale.

Przepisy Ustawy Zasadniczej gwarantują Bundestagowi daleko idącą autonomię, której wyrazem jest możliwość w pełni samodzielnie określania struktury organizacyjnej oraz zasad funkcjonowania izby. Służy temu instytucja regulaminu parlamentarnego, który ma charakter aktu

³⁷ Zob. szerzej: W. Ismayr, *Der Deutsche Bundestag im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen 2000, s. 15 i nast.

³⁸ W ten sposób, pomijając przypadki rozwiązania izby przed upływem jej kadencji, wyeliminowany został okres międzykadencyjny. Kolejne wybory parlamentarne odbywają się bowiem przed upływem bieżącej kadencji, co pozwala uniknąć przerwy w funkcjonowaniu parlamentu.

³⁹ Między zgłoszeniem wniosku o wotum zaufania a rozwiązaniem parlamentu musi jednak upłynąć co najmniej 21 dni, gdyż wtedy Bundestag może powołać nowego kanclerza i nie dopuścić do rozwiązania izby.

wewnętrznego i jest podejmowany w formie uchwały⁴⁰. Bundestag ma również konstytucyjne określone klasyczne funkcje parlamentu, wśród których na szczególną uwagę zasługuje funkcja ustawodawcza. Realizacja tej funkcji wiąże się bowiem nierozdzielnie z rolą parlamentu w ramach konstytucyjnego podziału władz. Co prawda niemiecka Ustawa Zasadnicza powierza władzę ustawodawczą obu izbom parlamentu federalnego, ale zarazem przepis art. 77 ust. 1 tego aktu stanowi, że ustawy federalne „uchwalane są przez Bundestag”. Faktyczna rola drugiej izby w procesie ustawodawczym uzależniona jest bowiem od tego, czy postępowanie dotyczy ustawy, której przyjęcie wymaga zgody Bundesratu, czy też ustawy, wobec której Bundesrat może wnieść jedynie sprzeciw⁴¹.

6. Stosunkowo niewiele uwagi Ustawa Zasadnicza poświęciła drugiej izbie parlamentu, bo traktują o niej zaledwie cztery artykuły rozdziału IV („Rada Federalna”)⁴². Najpierw w art. 50 określa generalnie rolę Bundesratu, stwierdzając, że „Za pośrednictwem Rady Federalnej kraje współdziałają w ustawodawstwie i administracji Związku”, następnie zaś w przepisie art. 51 precyzuje zasady powoływania składu tej izby parlamentu. W tej materii szczególnie istotne znaczenie posiada to, że Bundesrat jest jedyną w świecie drugą izbą parlamentu federalnego, której skład osobowy kształtują organy władzy wykonawczej (rządu) podmiotów federacji. Bundesrat składa się bowiem z członków rządów krajowych, powoływanych oraz odwoływanych przez poszczególne rządy⁴³.

Ustawa Zasadnicza RFN uzależnia skład liczbowy Bundesratu od liczby głosów, która jest w dyspozycji każdego kraju, ta zaś została warunkowana liczbą zamieszkującej go ludności. Wynika to z treści art. 51 ust. 2 konstytucji, przewidującego, że każdy kraj związkowy musi posiadać co najmniej 3 głosy, kraje liczące ponad 2 mln mieszkańców dysponują 4 głosami, kraje zamieszkałe przez ponad 6 mln mieszkańców mają 5 głosów, natomiast krajom liczącym ponad 7 mln mieszkańców przysługuje 6 głosów⁴⁴. Taka procedura kształtowania składu Bunde-

⁴⁰ Obowiązujący dziś regulamin Bundestagu z 2 lipca 1980 r., wielokrotnie później nowelizowany, w pierwszej kolejności określa status i kompetencje wewnętrznych organów izby, do których zalicza się: przewodniczącego Bundestagu, jego zastępców, Radę Seniorów oraz komisje parlamentarne.

⁴¹ Zob. szerzej: A. Szmyt, *Stanowienie ustaw w RFN*, Gdańsk 1993, s. 163 i nast.

⁴² P. Czarny, *Bundesrat między niemiecką tradycją a europejską przyszłością*, Warszawa 2000, s. 49 i nast.

⁴³ Wśród nich muszą być premierzy ze wszystkich krajów, gdyż tylko oni mogą być powoływani do pełnienia funkcji przewodniczącego Bundesratu.

⁴⁴ Do 1990 r. w skład drugiej izby wchodziło 41 przedstawicieli rządów krajowych i 4 reprezentantów Berlina Zachodniego, obecnie Bundesrat liczy 69 członków.

sratu powoduje, że ta izba parlamentu nie jest organem kadencyjnym. Zmiany w składzie osobowym Bundesratu zależą bowiem zawsze wyłącznie od wyników wyborów do parlamentów krajowych i mogą stanowić konsekwencję ukształtowania się w jednym czy kilku landach nowych koalicji rządowych. W takiej sytuacji dochodzi zawsze do wyznaczenia przez nowy rząd krajowy zupełnie innych delegatów do składu drugiej izby parlamentu federalnego⁴⁵.

Obowiązujące w RFN unormowania konstytucyjne przyznają drugiej izbie parlamentu federalnego stosunkowo skromny zakres kompetencji, gdyż sprowadzają się one głównie do jej udziału w federalnym procesie ustawodawczym. Jest to prawo inicjatywy ustawodawczej, wyrażanie opinii o rządowych projektach ustaw, prawo sprzeciwu wobec ustaw uchwalonych przez Bundestag, wyrażanie zgody na uchwalenie ustaw odnoszących się do problematyki ustroju federalnego Niemiec i zakresu kompetencji krajów związkowych. Bundesrat posiada też istotne uprawnienie ustrojodawcze, o którym stanowi art. 79 ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Przewiduje on, że wszelkie zmiany konstytucyjne dokonywane przez Bundestag wymagają obligatoryjnie również zgody Bundesratu wyrażonej kwalifikowaną większością dwóch trzecich głosów członków tej izby parlamentu. Bundesrat pozbawiono natomiast możliwości udziału w wyborze prezydenta i tworzeniu rządu federalnego, a także nie przysługują mu rozbudowane formy kontroli działalności organów egzekutywy.

7. W Ustawie Zasadniczej nie znalazły się istotnie rozbudowane postanowienia traktujące o prezydencie, urzędowi temu poświęcono bowiem jedynie dziewięć artykułów w rozdziale V („Prezydent Federalny”). Zdecydowało o tym zapewne to, że prezydent nie odgrywa istotnej roli w systemie ustrojowym RFN, gdyż jego uprawnienia ograniczają się w zasadzie do wykonywania klasycznych czynności reprezentacyjnych⁴⁶.

Artykuł 54 określa zasady wyboru prezydenta, powierzając to zadanie specjalnie w tym zwoływanemu Zgromadzeniu Federalnemu⁴⁷. W skład tego gremium wchodzi wszyscy posłowie zasiadający w Bundestagu oraz w tej samej liczbie przedstawiciele wybrani przez parlamenty

⁴⁵ P. Czarny, *op. cit.*, s. 57 i nast.

⁴⁶ W konsekwencji od 1949 r. praktycznie żaden znaczący polityk niemiecki, w tym Konrad Adenauer i Helmut Kohl, nie przyjął propozycji kandydowania na urząd prezydenta, uważając ewentualny wybór na to stanowisko za degradację w karierze politycznej.

⁴⁷ Z uwagi na to, że prezydent RFN nie pochodzi z wyborów powszechnych i bezpośrednich, nie przysługują mu atrybuty reprezentanta całego narodu.

krajów związkowych. Liczba przedstawicieli wybranych w poszczególnych krajach zależy od liczby ludności danego kraju, a więc kraje o większej liczbie mieszkańców uzyskują silniejszą reprezentację w Zgromadzeniu Federalnym. O urząd prezydenta RFN może ubiegać się każdy Niemiec posiadający czynne prawo wyborcze do Bundestagu, jeżeli ma ukończonych 40 lat. Wybór dokonywany jest bez przeprowadzania dyskusji w głosowaniu tajnym. Jeżeli w dwóch pierwszych głosowaniach żaden ze zgłoszonych kandydatów nie uzyska wymaganej w art. 54 ust. 6 Ustawy Zasadniczej bezwzględnej większości głosów, przewodniczący zarządza od razu trzecie głosowanie, w którym wybór następuje zwykłą większością głosów. Wybór głowy państwa dokonywany jest więc najpóźniej w trzecim głosowaniu, przy czym w drugiej bądź trzeciej turze głosowania może być wybrana osoba, która początkowo nawet nie ubiegała się o wybór. Kadencja prezydenta wynosi 5 lat, przy czym – zgodnie z art. 54 ust. 2 Ustawy Zasadniczej – ten sam polityk może sprawować urząd prezydenta federalnego jedynie przez dwie kolejne kadencje.

Przepisy Ustawy Zasadniczej przyznają prezydentowi RFN uprawnienia nieposiadające poważniejszego znaczenia politycznego. Są to przede wszystkim typowe dla systemu rządów parlamentarnych kompetencje głowy państwa o charakterze reprezentacyjnym⁴⁸. Większość jego aktów urzędowych wymaga przy tym kontrasygnaty kanclerza lub też właściwego ministra rządu federalnego. W stosunku do prezydenta przewiduje się też odpowiedzialność konstytucyjną za umyślne naruszenie konstytucji lub ustawy. W stan oskarżenia może go postawić Bundestag lub Bundesrat w drodze uchwały podjętej większością dwóch trzecich głosów ustawowej liczby członków danej izby parlamentu. Jeśli Federalny Trybunał Konstytucyjny orzeknie o winie prezydenta, zostaje on złożony z urzędu⁴⁹.

8. Nader skromna jest też regulacja w niemieckiej Ustawie Zasadniczej statusu ustrojowego rządu, mimo że kanclerz i rząd federalny, podobnie jak Bundestag, odgrywają decydującą rolę w systemie kanclerskim RFN. Przyjęte unormowania konstytucyjne⁵⁰ wyraźnie eksponują stanowisko

⁴⁸ Prezydent RFN posiada też określone uprawnienia wobec władzy ustawodawczej (możliwość rozwiązania Bundestagu przed upływem jego kadencji, podpisywanie ustaw), władzy wykonawczej (udział w powoływaniu kanclerza oraz mianowanie na jego wniosek ministrów i wielu innych urzędników federalnych) oraz władzy sądowniczej (prawo mianowania sędziów federalnych).

⁴⁹ Wówczas zastępuje go przewodniczący Bundesratu, który ma obowiązek zarządzić w terminie 30 dni wybór nowego prezydenta.

⁵⁰ Status ustrojowy kanclerza i rządu uregulowano w rozdziale VI Ustawy Zasadniczej („Rząd federalny”).

kanclerza jako szefa rządu federalnego i najważniejszego organu w sferze władzy wykonawczej. Stanowi to bardzo wyraźne nawiązanie do niemieckich tradycji historycznych, datujących się od czasów II Rzeszy i jej pierwszego kanclerza Otto von Bismarcka⁵¹. Dzisiaj szczególnie pozycja kanclerza⁵² wyraża się przede wszystkim w sposobie obsady tego urzędu oraz w zasadach jego odpowiedzialności przed parlamentem.

Procedurę powoływania kanclerza określa art. 63 Ustawy Zasadniczej. Przewiduje on wybór kanclerza przez Bundestag bezwzględną większością głosów. Gdyby jednak w dwóch pierwszych głosowaniach kanclerz nie został wybrany tą większością, w trzecim głosowaniu wystarczy już zwykła większość głosów ogółu deputowanych. Jednak w przypadku wyboru tzw. kanclerza mniejszościowego, prezydent może powołać tak wybranego kanclerza, ale też może rozwiązać parlament i zarządzić wybory przedterminowe do Bundestagu⁵³.

Przepis art. 63 ust. 2 Ustawy Zasadniczej stanowi, że po wyborze kanclerza federalnego jest on mianowany na to stanowisko przez prezydenta. Od tego momentu rozpoczyna się proces formowania składu gabinetu, w którym decydującą rolę odgrywa kanclerz, natomiast Bundestag jest wyłączony z procedury powoływania ministrów⁵⁴. Zgodnie z art. 64 ust. 1 konstytucji, ministrowie powoływani są bowiem na wniosek kanclerza przez prezydenta. W ramach niemieckiego systemu rządów kanclerskich nie jest też znana procedura głosowania w sprawie udzielenia wotum zaufania dla nowo utworzonego rządu, mimo że praktykowany jest od dawna zwyczaj prezentowania przez rząd parlamentowi programu swego działania.

Konstytucyjne ujęcie kwestii odpowiedzialności parlamentarnej rządu w Niemczech jest inne aniżeli w klasycznym systemie rządów parlamentarnych, gdzie ma zastosowanie zasada odpowiedzialności indywidualnej członków rządu i solidarnej całego gabinetu. W systemie ustrojowym RFN klasyczną postacią odpowiedzialności parlamentarnej

⁵¹ Z tamtego okresu wywodzi się też niemiecka odmiana modelu rządów parlamentarnych, określana obecnie jako system kanclerski.

⁵² W doktrynie polskiego prawa konstytucyjnego dogłębną analizę statusu kanclerza zawiera przede wszystkim monografia E. Zwierzchowskiego, *Prawnoustrojowe stanowisko kanclerza RFN*, Katowice 1972.

⁵³ W dotychczasowej praktyce ustrojowej kanclerza RFN wybierano zawsze bezwzględną większością głosów, choć w kilku przypadkach o wyborze zadecydowała większość jednego głosu (Konrad Adenauer w 1949 r., Helmut Schmidt w 1976 r., Helmut Kohl w 1994 r.).

⁵⁴ Artykuł 62 Ustawy Zasadniczej stanowi, że „Rząd federalny składa się z kanclerza federalnego i z ministrów federalnych”.

przewiduje się bowiem jedynie w stosunku do kanclerza⁵⁵. Stanowi o tym przepis art. 67 Ustawy Zasadniczej, w którym przewidziana została instytucja tzw. konstruktywnego wotum nieufności. Sprowadza się ona do tego, że Bundestag może wyrazić wotum nieufności urzędującemu kanclerzowi jedynie wówczas, gdy jednocześnie dokona wyboru nowego kanclerza. Wybór nowego szefa rządu musi nastąpić bezwzględną większością głosów, bo w przeciwnym wypadku przyjęcie w Bundestagu wniosku o wotum nieufności nie rodzi żadnych skutków prawnych⁵⁶.

9. Wspomniano już wcześniej, że w systemie ustrojowym RFN przyjęta została istotnie utrudniona procedura dokonywania zmian konstytucyjnych, a poza tym wyodrębniono zasady ustrojowe nie podlegające żadnym zmianom. Mimo to Ustawa Zasadnicza z 1949 r. była do tej pory nowelizowana aż 59 razy. Dotychczasowe nowelizacje konstytucji nie doprowadziły jednak do przekształcenia przyjętego modelu rządów oraz kształtu podstawowych instytucji ustroju politycznego, gdyż ograniczały się one najczęściej tylko do nieznacznych modyfikacji określonych rozwiązań prawnoustrojowych.

Przed zjednoczeniem Niemiec Ustawa Zasadnicza RFN była nowelizowana 35 razy. Ze wszystkich ówczesnych zmian konstytucyjnych najszerzy zakres miała 17 nowelizacja z 24 czerwca 1968 r.⁵⁷, która polegała na dodaniu do pierwotnego tekstu Ustawy Zasadniczej nowego rozdziału (Xa) pod tytułem „Stan obrony”. Podstawowym celem tej regulacji było stworzenie konstytucyjnych podstaw dla działań władz publicznych mających zapobiegać zagrożeniom bezpieczeństwa państwa, zarówno tym o charakterze wewnętrznym, jak i w przypadku zbrojnej agresji na terytorium RFN⁵⁸.

⁵⁵ W systemie kanclerskim RFN ministrowie ponoszą odpowiedzialność wyłącznie przed kanclerzem, co wynika jednoznacznie z przepisu art. 65 Ustawy Zasadniczej.

⁵⁶ W praktyce ustrojowej RFN po instytucję konstruktywnego wotum nieufności sięgnięto dotąd dwukrotnie. Po raz pierwszy podjęto próbę usunięcia w ten sposób kanclerza Willy'ego Brandta w 1972 r., ale bez powodzenia. Skuteczne zastosowanie tego rozwiązania miało z kolei miejsce w 1982 r., gdy urzędu kanclerza pozbawiony został Helmut Schmidt, a jego miejsce zajął Helmut Kohl.

⁵⁷ BGBl. I, 1968, s. 709.

⁵⁸ Z wcześniejszych zmian Ustawy Zasadniczej na uwagę zasługują zwłaszcza dwie nowelizacje, które także dotyczyły kwestii militarnych. Pierwszą z nich była 4 nowelizacja z 26 marca 1954 r. (BGBl. I, 1954, s. 45), wprowadzająca wyłączność kompetencji ustawodawczych Związku w sprawach wojskowych oraz obowiązek służby wojskowej. Drugą była 7 nowelizacja z 19 marca 1956 r.

Wprowadzony do Ustawy Zasadniczej w 1968 r. nowy rozdział Xa uregulował przede wszystkim problematykę stanu wojennego, określonego w normach konstytucyjnych mianem „stanu obrony” (*Verteidigungsfall*). Dodany wtedy art. 115a ust. 1 przewiduje, że stan obrony może być wprowadzony w sytuacji, gdy dojdzie do zbrojnej napaści na terytorium RFN, bądź też powstanie bezpośrednia groźba takiego ataku. Do podjęcia decyzji o wprowadzeniu stanu obrony uprawniony został Bundestag, ale wyłącznie na wniosek rządu federalnego i za zgodą Bundesratu. Jeśli jednak zaistniałaby konieczność podjęcia natychmiastowych działań, to do zarządzenia stanu obrony uprawniona została Komisja Wspólna parlamentu⁵⁹.

Wynikiem nowelizacji Ustawy Zasadniczej w 1968 r. była też konstytucyjna regulacja instytucji stanu wyjątkowego (*Notstand*). W zmienionej konstytucji nie określono wprawdzie przesłanek wprowadzenia stanu wyjątkowego, ale w art. 91 ust. 1 przewidziano, że: „Dla odparcia niebezpieczeństwa grożącego istnieniu bądź wolnościowemu, demokratycznemu porządkowi ustrojowemu Związku lub któregoś z krajów, kraj związkowy może zażądać sił policyjnych innych krajów, a także sił i urzędów innych jednostek administracyjnych oraz Federalnej Straży Granicznej”. Z kolei w zmienionym przepisie art. 87a ust. 4 umożliwiono rządowi federalnemu „dla odparcia tego niebezpieczeństwa” użycie nie tylko policji i straży granicznej, ale także sił zbrojnych⁶⁰.

Nowelizacje Ustawy Zasadniczej, które dokonano w ciągu następujących kilkunastu lat, nie miały już tak szerokiego zakresu, choć odnosiły się do różnych kwestii ustroju politycznego RFN. Poprawki przyjęte w tamtym okresie dotyczyły głównie rozszerzania uprawnień władz federalnych w sferze finansów państwa oraz wzajemnych relacji między Związkiem a krajami związkowymi. Ostatnią przed zjednoczeniem obu państw niemieckich była 35 nowelizacja z 21 grudnia 1983 r.⁶¹, w wy-

(BGBl. I, 1956, s. 111), przesądzająca *de facto* o remilitaryzacji RFN, a będąca logicznym następstwem przyjęcia RFN do NATO z dniem 5 maja 1955 r. W jej wyniku rząd federalny otrzymał uprawnienia w zakresie kierowania siłami zbrojnymi zachodnich Niemiec.

⁵⁹ Możliwość powoływania takiej komisji parlamentarnej, złożonej w dwóch trzecich z posłów do Bundestagu oraz w jednej trzeciej z członków Bundesratu, przewidziano także w wyniku 17 nowelizacji Ustawy Zasadniczej w 1968 r. Dla Komisji Wspólnej, uprawnionej do zastępowania parlamentu federalnego w stanie obrony i podczas stanu wyjątkowego, przewidziana została faktycznie rola „małego parlamentu”. Por. P. Badura, *op. cit.*, s. 544 i nast.

⁶⁰ L. Janicki, *Problematyka stanu wyjątkowego*, [w:] *Ustrój państwowy Republiki Federalnej Niemiec*, red. L. Janicki, M. Sobolewski, Poznań 1986, s. 607 i nast.

⁶¹ BGBl. I, 1983, s. 1481.

ku której nałożono na partie polityczne obowiązek informowania o pochodzeniu własnych środków finansowych oraz stanie majątku.

10. Kolejne zmiany w treści obowiązującej Ustawy Zasadniczej RFN nastąpiły dopiero w trakcie procesu zjednoczeniowego Niemiec, który rozpoczął się jesienią 1989 r. od przemian politycznych w NRD⁶². Decydujące znaczenie miało w tym wypadku podpisanie w Berlinie 31 sierpnia 1990 r. układu pomiędzy RFN i NRD o ustanowieniu jedności Niemiec, określanego potocznie mianem traktatu zjednoczeniowego (*Einigungsvertrag*)⁶³. Układ ten został ratyfikowany przez Bundestag 23 września 1990 r. w trybie przewidzianym dla zmiany konstytucji, czyli kwalifikowaną większością głosów deputowanych, stając się tym samym częścią prawa konstytucyjnego RFN⁶⁴. Ratyfikowane postanowienia układu o ustanowieniu jedności Niemiec dokonały zarazem określonych modyfikacji w treści Ustawy Zasadniczej, a więc zostały one potraktowane jako jej 36 nowelizacja⁶⁵.

Podczas nowelizacji z 1990 r. zmieniono w pierwszej kolejności dotychczasowe brzmienie preambuły Ustawy Zasadniczej. Z jej tekstu wyeliminowano sformułowania wskazujące na tymczasowy charakter przyjętego przed przeszło czterdziestu laty aktu konstytucyjnego oraz wyznaczające jako zasadniczy cel władz zachodnioniemieckich dążenie do zjednoczenia wszystkich Niemców w ramach jednego państwa. Skoro w 1990 r. cel ten został wreszcie osiągnięty, konieczne było podkreślenie w treści preambuły faktu dopełnienia dzieła budowy jedności Niemiec i poszerzenia zakresu obowiązywania Ustawy Zasadniczej. Dlatego też po nowelizacji z 1990 r. preambuła wskazuje jednoznacznie,

⁶² Po wymuszonym ustąpieniu Ericha Honeckera z funkcji przywódcy rządzącej w NRD partii komunistycznej jego następcy podjęli próbę przeprowadzenia reform, zapowiadając m.in. przeprowadzenie wolnych wyborów do parlamentu i dokonanie istotnych zmian konstytucyjnych oraz zdecydowali się na otwarcie granicy między NRD a RFN i Berlinem Zachodnim. Po wyborach parlamentarnych do wschodnioniemieckiej Izby Ludowej z marca 1990 r. do konstytucji NRD wprowadzono takie zmiany, które miały istotnie ułatwić budowę jedności Niemiec. Zob. szerzej J. Krasuski, *Historia Niemiec*, Wrocław 2004, s. 597 i nast.

⁶³ Układ ten antycypował podpisany w Moskwie 12 września 1990 r. układ o ostatecznym uregulowaniu sprawy Niemiec (tzw. „układ 2 + 4”). W treści układu moskiewskiego postanowiono też, że cztery mocarstwa zrezygnują ze swoich praw oraz obowiązków w stosunku do Niemiec z chwilą ich zjednoczenia, co nastąpiło formalnie 3 października 1990 r.

⁶⁴ M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg 1991, s. 7 i nast.

⁶⁵ BGBl. II, 1990, s. 889.

że Niemcy we wszystkich krajach związkowych RFN „dopełnili dzieła jedności i wolności Niemiec w drodze swobodnego samostanowienia. Tym samym niniejsza Ustawa Zasadnicza obowiązuje w odniesieniu do całego Narodu Niemieckiego”.

W wyniku 36 nowelizacji uchylony został w całości art. 23 Ustawy Zasadniczej RFN, który przewidywał rozciągnięcie mocy obowiązującej Ustawy Zasadniczej na inne części Niemiec po ich przystąpieniu do federacji. Wskutek zjednoczenia obu państw niemieckich ten przepis konstytucyjny stał się bowiem bezprzedmiotowy, gdyż jego postanowienia zostały już w praktyce zrealizowane⁶⁶. Należy dodać, że uchylenie tego przepisu miało istotne znaczenie także dla sprawy granicy polsko-niemieckiej, gdyż zawarte w treści art. 23 sformułowanie „inne części Niemiec” pojmowane było w RFN jako obszar Rzeszy Niemieckiej w granicach z 31 grudnia 1937 r. Usunięcie art. 23 (w jego ówczesnym brzmieniu) z Ustawy Zasadniczej oznaczało bowiem w konsekwencji potwierdzenie polskiej granicy zachodniej na Odrze i Nysie Łużyckiej i wyeliminowanie konstytucyjnych podstaw niemieckiego rewizjonizmu⁶⁷.

Dokonana w 1990 r. zmiana przepisu art. 51 ust. 2 Ustawy Zasadniczej była konieczna ze względu na wzrost liczby krajów związkowych RFN po zjednoczeniu Niemiec⁶⁸. Dołączenie do Związku kilku nowych krajów związkowych z terytorium byłej NRD (Brandenburgii, Meklemburgii-Przedmorza, Saksonii, Saksonii-Anhalt i Turyngii) rzutowało m.in. na skład Bundesratu. Przed zjednoczeniem Niemiec druga izba parlamentu federalnego liczyła bowiem 41 członków oraz 4 przedstawicieli rządu Berlina Zachodniego, po zjednoczeniu zaś jej skład ustalony został na 68 członków. Tak istotne zwiększenie liczby członków Bundesratu musiało pociągnąć za sobą zmianę określonych w art. 51 ust. 2 proporcji w zakresie reprezentacji w tej izbie parlamentu poszczególnych krajów związkowych.

Wskutek zjednoczenia Niemiec nastąpiła też zmiana pierwotnego brzmienia, cytowanego już wcześniej, art. 146 Ustawy Zasadniczej.

⁶⁶ Wspomniany przepis art. 23 stanowił, że: „Niniejsza Ustawa Zasadnicza obowiązuje zrazu na obszarze krajów Badenii, Bawarii, Bremy, Wielkiego Berlina, Hamburga, Hesji, Dolnej Saksonii, Północnej Nadrenii-Westfalii, Nadrenii-Palatynatu, Szlezwika-Holsztynu, Wirtembergii-Brandenii i Wirtembergii-Hohenzollernu. W innych częściach Niemiec należy nadać Ustawie Zasadniczej moc obowiązującą po ich przystąpieniu”.

⁶⁷ *Konstytucja Niemiec*, wstęp B. Banaszak, Warszawa 2008, s. 34.

⁶⁸ L. Janicki, *Zjednoczenie Niemiec z punktu widzenia prawa konstytucyjnego*, [w:] *Zjednoczenie Niemiec: studia politologiczno-ekonomiczno-prawne*, red. L. Janicki, Poznań 1996, s. 387 i nast.

Obecnie przepis ten stanowi, że: „Niniejsza Ustawa Zasadnicza, która po dopełnieniu jedności i wolności Niemiec obowiązuje w odniesieniu do całego Narodu Niemieckiego, utraci swoje obowiązywanie w dniu, kiedy wejdzie w życie konstytucja uchwalona przez Naród Niemiecki w drodze wolnej decyzji”. Ten artykuł Ustawy Zasadniczej, potwierdzając w ślad za preambułą fakt zjednoczenia Niemiec, pozostawia więc możliwość uchwalenia nowej konstytucji. Nie ma jednak dzisiaj w Niemczech takich ugrupowań politycznych, które byłyby zainteresowane przeprowadzeniem głębokich reform ustrojowych i zapisaniem ich w treści nowej konstytucji⁶⁹. W konsekwencji po zjednoczeniu Niemiec żadna z przeprowadzonych nowelizacji Ustawy Zasadniczej, a było ich ponad 20, nie doprowadziła do naruszenia podstaw kanclerskiego modelu rządów, który sprawdził się niewątpliwie w dotychczasowej praktyce ustrojowej⁷⁰.

11. Wprowadzone po zjednoczeniu Niemiec poprawki do Ustawy Zasadniczej z 1949 r. nie dotyczyły w zdecydowanej większości kwestii o fundamentalnym znaczeniu dla ustroju politycznego RFN, ograniczając się najczęściej do nieznacznych korekt w treści przepisów konstytucyjnych. Bez wątpienia pierwszą po 1990 r. znaczącą zmianą niemieckiej konstytucji była jej 38 nowelizacja z 21 grudnia 1992 r.⁷¹ Zasadniczym celem przyjętych wówczas poprawek była „europeizacja” niemieckiej konstytucji⁷², a więc dostosowanie jej postanowień do zasad zawartych w podpisanym nieco wcześniej przez RFN traktacie z Maastricht, który tworzył podstawy Unii Europejskiej. W ramach tej nowelizacji wprowadzono do Ustawy Zasadniczej uchylony przed dwoma laty art. 23, ale już w całkowicie zmienionym brzmieniu. Tym razem przepis ten określił zasady współdziałania naczelnych organów państwa oraz ich kompetencje w zakresie integracji europejskiej⁷³.

Przepis art. 23 stworzył podstawy współdziałania RFN w procesie tworzenia i rozwoju Unii Europejskiej, która „jest zobowiązana do przestrzegania zasad demokracji, państwa prawnego, socjalnego i federacyj-

⁶⁹ B. Banaszak, *System konstytucyjny...*, s. 23.

⁷⁰ Ch. Starck, *Die Grundgesetz heute. Deutsche und europäische Perspektiven*, [w:] *60 Jahre Grundgesetz: das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland im Europäischen Verfassungsverbund*, hrsg. von K. Stern, München 2010, s. 55 i nast.

⁷¹ BGBl. I, 1992, s. 2086.

⁷² Ch. Starck, *Die Grundgesetz...*, s. 64 i nast.

⁷³ Zob. szerzej: J. Galster, *Reforma konstytucyjna w zjednoczonych Niemczech*, „Przełęcz Sejmowy” 1996, nr 3, s. 61 i nast.

nego oraz zasady subsydiarności, i gwarantuje ochronę praw podstawowych w swej istocie porównywalną z niniejszą Ustawą Zasadniczą”. Poza tym w art. 23 ust. 1 przewidziana została możliwość przekazania w drodze ustawy przyjętej przez Bundestag za zgodą Bundesratu suwerennych praw Republiki Federalnej Niemiec na Unię Europejską⁷⁴.

Należy jeszcze dodać, że 38 nowelizacja Ustawy Zasadniczej przyniosła również zmiany w strukturze oraz kompetencjach Bundestagu i Bundesratu, które w zamierzeniu inicjatorów tej reformy konstytucji miały prowadzić do zwiększenia roli obu izb parlamentu federalnego w procesie integracji europejskiej. Tak założonemu celowi miało sprzyjać w pierwszej kolejności powołanie w obu izbach specjalnych komisji do spraw europejskich, zajmujących się na bieżąco sprawami integracji. Jednocześnie na rząd federalny nałożony został ustawowy obowiązek stałego informowania Bundestagu o najbardziej istotnych z punktu widzenia RFN sprawach z zakresu integracji europejskiej, a zwłaszcza o najnowszych rozporządzeniach oraz dyrektywach organów Unii Europejskiej. Poza tym rząd zobowiązany został do uzyskiwania opinii Bundestagu oraz kierowania się nimi podczas podejmowania decyzji na forum Unii Europejskiej w zakresie wspólnotowych aktów wykonawczych⁷⁵.

Do kolejnej znaczącej zmiany treści Ustawy Zasadniczej doszło już rok później, 28 czerwca 1993 r., w wyniku uchwalenia 39 nowelizacji⁷⁶. Nowelizacja ta sprowadzała się do wprowadzenia art. 16a, który w istotny sposób ograniczył możliwości uzyskiwania przez cudzoziemców azylu politycznego w RFN. Uznano to za konieczne, gdyż obowiązujący dotąd przepis art. 16 ust. 2 umożliwiał praktycznie każdemu cudzoziemcowi, który powołał się na zaistniały w stosunku do niego fakt prześladowania w swoim kraju z powodów politycznych, uzyskanie prawa czasowego pobytu na terytorium RFN do chwili zakończenia postępowania azylowego. Wraz z wprowadzeniem 39 poprawki o azyl polityczny w Niemczech nie mogą już ubiegać się cudzoziemcy wjeżdżający z terytorium tzw. bezpiecznych państw trzecich (czyli wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej i innych państw przestrzegających postanowień określonych konwencji i umów międzynarodowych),

⁷⁴ Wprowadzenie tego przepisu oznaczało konkretyzację treści art. 24 ust. 1 Ustawy Zasadniczej, który od chwili utworzenia RFN tworzył podstawę przekazywania przez Związek swoich praw zwierzchnich organizacjom międzypaństwowym.

⁷⁵ Por. m.in. W. Heun, *op. cit.*, s. 79 i nast.; S. Witkowski, *Zmiany Ustawy Zasadniczej w świetle członkostwa Niemiec w UE*, [w:] *Europeizacja konstytucji państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj, J. Wawrzyniak, Warszawa 2011, s. 188 i nast.

⁷⁶ BGBl. I, 1993, s. 1002.

jak również z państw pochodzenia uchodźców, które uznane zostały przez RFN za tzw. państwa bezpieczne, a więc niestosujące prześladowań swoich obywateli ze względów politycznych⁷⁷.

Po upływie roku miała miejsce następną zasługująca na uwagę, 42 nowelizacja Ustawy Zasadniczej z 27 października 1994 r.⁷⁸ Miała ona stosunkowo szeroki zakres, bowiem w jej wyniku uległo zmianie brzmienie kilkunastu przepisów konstytucji. Przede wszystkim doszło do zmiany treści art. 3, który formułuje zasadę równości wobec prawa. Przepis ten został uzupełniony stwierdzeniem, że państwo popiera „rzeczywistą realizację równouprawnienia kobiet i mężczyzn oraz dąży do usunięcia istniejących dyskryminacji”, a ponadto zapisano w nim, iż: „Nikt nie może być dyskryminowany z powodu swej ułomności”. Dodany też został nowy art. 20a, który wskazał na zadania państwa w zakresie ochrony środowiska, określonego jako „naturalne podstawy życia”. Inne zmiany konstytucyjne wprowadzone w ramach tej nowelizacji Ustawy Zasadniczej dotyczyły głównie problematyki zasad i trybu stanowienia federalnych aktów ustawodawczych oraz dalszego poszerzenia zakresu kognicji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego⁷⁹.

12. Przez następnych kilkanaście lat nie doszło do istotniejszych zmian w treści Ustawy Zasadniczej, mimo że była ona wtedy nowelizowana 9 razy. Nowelizacje te ograniczały się bowiem jedynie do drobnych modyfikacji przepisów konstytucyjnych. Przykładem może być 45 poprawka do konstytucji z 26 marca 1998 r.⁸⁰, w wyniku której rozbudowana została treść art. 13, określającego zasadę nienaruszalności mieszkania i dopuszczalne wyjątki od tej ważnej dla obywateli generalnej zasady konstytucyjnej⁸¹.

Daleko idące zmiany regulacji zawartych w Ustawie Zasadniczej RFN przyniosła dopiero jej 52 nowelizacja, która została przyjęta przez parlament 28 sierpnia 2006 r.⁸² Była to w sumie najobszerniejsza ze wszystkich reform niemieckiej konstytucji, jakie miały miejsce od uchwalenia

⁷⁷ J. Galster, *op. cit.*, s. 62 i nast.

⁷⁸ BGBl. I, 1994, s. 3146.

⁷⁹ J. Galster, *op. cit.*, s. 64 i nast.

⁸⁰ BGBl. I, 1998, s. 610.

⁸¹ Do art. 13 dodany został m.in. przepis dopuszczający „techniczne środki kontroli mieszkań” w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa publicznego, ale tylko na podstawie decyzji sądu bądź też innego uprawnionego do podjęcia takiej decyzji urzędu.

⁸² BGBl. I, 2006, s. 2034.

w 1949 r. jej pierwotnego tekstu⁸³. Została ona określona przez doktrynę jako „reformacja niemieckiego federalizmu”, gdyż jej zasadniczym celem stało się przeprowadzenie gruntownej modyfikacji unormowań konstytucyjnych kształtujących zakres kompetencji Związku i krajów związkowych oraz wzajemnych stosunków między władzami federalnymi i organami podmiotów federacji⁸⁴.

Szczegółowa prezentacja zmian konstytucyjnych wprowadzonych przez nowelizację z 2006 r. wymagałaby odrębnego opracowania, dlatego też w tym miejscu zostaną jedynie wskazane najważniejsze zmiany, jakie przyniosła ta modernizacja Ustawy Zasadniczej. W pierwszej kolejności należałoby podkreślić, że w jej wyniku nastąpiło bardziej precyzyjne rozgraniczenie kompetencji prawodawczych Związku i krajów związkowych, a jednocześnie doszło w zasadzie do całkowitego odejścia od tzw. ustawodawstwa ramowego na szczeblu federacji. Przyjęte rozwiązania zmierzają jednocześnie do istotnego usprawnienia procedury ustawodawczej, zwłaszcza przez znaczące ograniczenie liczby projektów ustawodawczych, które mogą być przyjmowane za zgodą drugiej izby parlamentu federalnego (Bundesratu)⁸⁵. Wskutek tej nowelizacji nastąpiło też wyraźne rozgraniczenie odpowiedzialności Związku i krajów związkowych za podejmowanie decyzji w sprawach finansowych, przede wszystkim przez odejście od zasady tzw. mieszanego finansowania określonych zadań. Poza tym na nowo określone zostały zasady odpowiedzialności Związku oraz poszczególnych landów za przestrzeganie prawa Unii Europejskiej⁸⁶. Należy jeszcze dodać, że w ramach tej nowelizacji do art. 22 Ustawy Zasadniczej dodany został nowy ust. 1, w którym znalazło się stwierdzenie, że „Stolicą Republiki Federalnej Niemiec jest Berlin”.

Znacząca była też jedna z ostatnich nowelizacji niemieckiej Ustawy Zasadniczej, do której doszło 29 lipca 2009 r.⁸⁷ Tę kolejną nowelizację, już 57 od 1949 r., określono w doktrynie prawa konstytucyjnego RFN mianem „drugiej reformy federalizmu”, może być ona bowiem trakto-

⁸³ Nowelizacja ta objęła w sumie aż 25 artykułów Ustawy Zasadniczej. Poza tym przyjęte zmiany konstytucyjne spowodowały konieczność dokonania daleko idących zmian także w ustawodawstwie zwykłym.

⁸⁴ Por. np. J.J. Hesse, Th. Ellwein, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden 2012, s. 164 i nast.

⁸⁵ Zdaniem B. Banaszaka, zmiana ta spowoduje, że odsetek takich ustaw zmniejszy się nawet z 60% do 30%. Por. *Konstytucja Niemiec...*, s. 35.

⁸⁶ A. Kustra, *Reforma federalizmu w Niemczech. Geneza, cele, podstawowe założenia*, „Przegląd Sejmowy” 2007, nr 1, s. 205 i nast.

⁸⁷ BGBl. I, 2009, s. 2248.

wana jako kontynuacja reformy ustrojowej przeprowadzonej trzy lata wcześniej podczas 52 nowelizacji konstytucji⁸⁸. W ramach tej nowelizacji decydujące znaczenie miało przyjęcie generalnego założenia (art. 109 ust. 3), że zarówno Związek, jak i poszczególne kraje związkowe powinny zmierzać do osiągnięcia równowagi budżetowej bez konieczności zaciągania jakichkolwiek kredytów. Nowelizacja z 2009 r. nie zamyka jeszcze bez wątpienia procesu reformowania Ustawy Zasadniczej, gdyż nadal toczą się w Niemczech dyskusje nad koniecznością dalszych nowelizacji obowiązujących przepisów konstytucyjnych.

⁸⁸ Tak nowelizację z 2009 r. określono m.in. w opracowaniu S. Mielke, W. Reutter, *Landesparlamentarismus in Deutschland – Eine Bestandsaufnahme*, [w:] *Landesparlamentarismus. Geschichte – Struktur – Funktionen*, hrsg. S. Mielke, W. Reutter, Wiesbaden 2012, s. 12 i nast. Szerzej o najnowszych reformach niemieckiego federalizmu zob.: R.T. Baus, H. Scheller, R. Hrbek, *Der deutsche Föderalismus 2020. Die bundesstaatliche Kompetenz- und Finanzverteilung im Spiegel der Föderalismusreform I und II*, Baden-Baden 2009.

WOLFGANG BERGSDORF

DER WEG ZUR DEUTSCHEN EINHEIT

Es war ein langer Weg, der vor allem in den achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts zur Wiedervereinigung Deutschlands geführt hat. Einige seiner wenigen, auch wenn erst später erkannten Voraussetzungen wurden von und in Polen geleistet. 1979 begann das Pontifikat des polnischen Papstes Johannes Paul II., der auf seiner ersten Pilgerreise in sein Heimatland als zentrale Botschaft predigte: „Habt keine Angst.“ Diese päpstliche Ermutigung wirkte. Die Solidarnosc-Bewegung gewann deutlich an Zuspruch und Zulauf. Ihre Funktionäre wurden immer mutiger mit ihren ökonomischen und vor allem politischen Forderungen an das Regime.

Am 24. Dezember 1981, am Heiligen Abend also, klingelte es an meiner Godesberger Haustür. Zwei Freunde baten um Einlass: Dr. Gösta Thiemer, der in den letzten Monaten eine Ausstellung mit Plakaten der Solidarnosc-Bewegung im Konrad-Adenauer-Haus in der Bonner Friedrich-Ebert-Allee organisiert und kuratiert hatte, sowie Dr. Zbigniew Maciag, der damals am Seminar für Politische Wissenschaften der Rheinischen Friedrich-Wilhelm-Universität Bonn als Gastdozent tätig war. Anlass des späten Besuches war die Verhängung des Kriegsrechtes durch das polnische Regime. Wir haben uns an dem Abend um eine Einschätzung dieser Maßnahme und ihre Folgen bemüht. Wir versuchten Zbigniew zu trösten, der an diesem Abend voller Ungewissheit war über das Schicksal seiner Familie, denn der Telefonverkehr war unterbrochen. Niemand von uns kam damals auf den Gedanken, dass die Verhängung des Kriegsrechtes in Polen einer der entscheidenden Voraussetzungen für die Implosion des Kommunismus in diesem Land

werden würde und damit auch eine notwendige Vorbedingung für den Weg zur deutschen Einheit.

Noch unter den Auspizien des Kriegsrechtes reiste ich in Begleitung von Dr. Gösta Thiemer 1985 nach Krakau. Auf Veranlassung unseres Jubilars hatte mich der damalige Rektor der Jagiellonen-Universität zu einer Gastvorlesung eingeladen. Das Thema war mir freigestellt. Zbigniew erläuterte mir, dass die Diskussion genauso frei geführt werden könne wie in Bonn. Als Thema wählte ich „Sprache der Politik“ in der Annahme, dass dieser breite Gegenstand eine gründliche politikwissenschaftliche, aber auch politische Diskussion erlaube. Diese Annahme traf zu, trotz der Voraussage von Zbigniew war ich überrascht über den Freimut und die Offenheit, mit der die Krakauer Studenten die Diskussion führten. Einen Eindruck vorn der kriegszustandbedingten Not in der Bevölkerung bekam ich bei meinem Besuch bei Kardinal Macharski. Im Erzbischöflichen Palais stapelten sich Berge von Lebensmitteln und Kleidung, auf die Verteilung an die Bevölkerung wartend.

Am 9. November 1989 sahen wir uns wieder – dieses Mal in Warschau. In Begleitung von Bundeskanzler Helmut Kohl erlebten wir aus der Ferne den Mauerfall. Am Morgen dieses Tages wurde Dr. Gösta Thiemer in den Räumen des Warschauer Schlosses feierlich in seine Aufgabe als erster Repräsentant der Konrad-Adenauer-Stiftung in Warschau eingeführt. Der ehemalige Ministerpräsident von Rheinland-Pfalz und spätere Ministerpräsident von Thüringen, Dr. Bernhard Vogel, war damals Vorsitzender der Konrad-Adenauer-Stiftung und hatte klugerweise die polnische Hauptstadt ausgesucht, um dort die erste Repräsentanz seiner Stiftung im ehemaligen Ostblock zu eröffnen. Der Breslauer Hubert Wohlan, später Leiter der Polen-Redaktion zunächst des Deutschlandfunk, dann der Deutschen Welle fungierte damals als Dolmetscher.

Helmut Kohl flog am nächsten Tag über Hamburg nach Berlin, um dort auf zwei Kundgebungen zu sprechen. Am Abend war er wieder in Warschau und am nächsten Morgen in Kreisau, wo er gemeinsam mit dem polnischen Premierminister Tadeusz Mazowiecki einer von Bischof Nossol geleiteten Messe beiwohnte.

Dem Sturz des Honecker-Regimes und der Öffnung des Brandenburger Tores waren entscheidende Schritte vorausgegangen. Die wichtigste Voraussetzung war die zunächst wenig bemerkte Verabschiedung der Breschnew-Doktrin durch Gorbatschow, die den amerikanischen Botschafter in Deutschland, Vernon Walters, bei seinem Amtsantritt im April 1989 zu der Voraussage veranlasste, dass es noch während seiner Amtsdauer zur Wiedervereinigung Deutschlands kommen werde.

Im Sommer des Jahres 1989 nutzten Tausende von DDR-Bürgern ihren Urlaub, um in den westdeutschen Botschaften in Prag, Budapest und Warschau ihre Ausreise in die Bundesrepublik Deutschland zu erzwingen. Die erste Nagelprobe einer vollständig neuen Politik kündigte der ungarische Regierungschef Nemeth bei einem Geheimbesuch im August Bundeskanzler Kohl an. Er sagte zu, Anfang September die Grenzen zu öffnen. Als dies in der Nacht vom 10./11. September 1989 geschah, entstand eine Fluchtbewegung, die bis zum Jahresende 1989 mehr als 340.000 vorwiegend jüngere Leute aus der DDR in die Bundesrepublik Deutschland übersiedeln ließ. Massendemonstrationen in Berlin, in Leipzig, Erfurt, Dresden und anderswo erzwangen den Zusammenbruch des Honecker-Regimes und die Öffnung der innerdeutschen Grenzen am 9. November durch den Nachfolger Krenz.

I.

Am 11. November 1989 führte Bundeskanzler Kohl zwei Telefongespräche, die ihm Aufschluss über die Möglichkeiten und Notwendigkeiten seiner künftigen Deutschlandpolitik gaben. Sein erster Gesprächspartner war der am 8. November neu gewählte Generalsekretär der SED, Egon Krenz. Beide sprachen sich in diesem später veröffentlichten Telefonat über eine Verstärkung der Zusammenarbeit aus. Krenz wurde von Kohl befragt, was er nun an elementaren Veränderungen beabsichtige; hierauf antwortete der neue SED-Chef weitschweifig und ausweichend. Anschließend führte Bundeskanzler Kohl ein Telefongespräch mit dem sowjetischen Generalsekretär Gorbatschow und berichtete ihm über das Telefonat mit Krenz. Kohl ließ Gorbatschow seine Schlussfolgerung wissen, dass Krenz keine Erfolgchance habe, weil und so lange er keine wirklichen Reformen auf den Weg bringen wolle. Gorbatschow widersprach dieser Prognose nicht. Kurz zuvor, am 10. November, hatte Gorbatschow dem Bundeskanzler eine Botschaft zukommen lassen, die von dessen Sorge um die Sicherheit der Roten Armee in der DDR erfüllt war. Damit wurde Kohl durch den sowjetischen Generalsekretär verdeutlicht, dass die Rote Armee, was auch immer geschehen möge, in ihren Kasernen bleiben würde. In früheren Gesprächen mit Kohl hatte Gorbatschow den ungarischen Ministerpräsidenten Nemeth als „einen guten Mann“ bezeichnet, obwohl er durch die Öffnung der ungarisch-österreichischen Grenze im September die bis dahin geltenden Regeln des Ostblockes gesprengt hatte.

Das „Zehn-Punkte-Programm zur Überwindung der Teilung Deutschlands und Europas“, das der Bundeskanzler in seiner Regierungserklärung am 28. November 1989 dem Deutschen Bundestag vortrug, war eine logische Konsequenz der Entwicklung der letzten Wochen. Denn die Bonner Regierung konnte seit dem Sommer davon ausgehen, dass die deutsche Einheit Thema der deutschen und internationalen Politik werden würde. Der Kanzler, der Außenminister und alle führenden Politiker der Regierungskoalition nutzten alle internationalen Begegnungen und Kontakte, um die Perspektive einer allmählichen Überwindung der deutschen Spaltung zu erläutern und hierfür zu werben. In seinem Zehn-Punkte-Plan fasste Kohl alle jene Elemente einschließlich „föderativer Strukturen“ zusammen, die in seinen Gesprächen auf internationaler Ebene immer wieder entwickelt worden waren. Er glaubte damals, dass der Zeithorizont zur Verwirklichung des Zehn-Punkte-Plans bis in das Jahr 1993 reichen würde.

Das waren auch die zeitlichen Vorstellungen, die in der Bonner Koalition und Opposition vorherrschten. Dass dieser Zeithorizont der wahrscheinlichen Entwicklung nicht entsprach, erfuhr als erster auf eindringliche Weise der Bundeskanzler, als er zu seiner Begegnung mit dem neuen Ministerpräsidenten der DDR, Modrow, am 19. Dezember 1989 nach Dresden kam. Damals säumten Hunderttausende Menschen die Straßen vom Flughafen zum Verhandlungsort und demonstrierten für die Einheit Deutschlands. Kohl verstand spätestens am Abend seiner Ansprache an die Dresdner, dass der Wille zur raschen Einheit bei der Bevölkerung in der DDR alle Zeitpläne für eine allmähliche Verschmelzung der beiden Teile Deutschlands hinfällig machen würde. Das Ziel der deutschen Politik für die Tagesordnung des Jahres 1990 konnte also nur heißen: Die Einigung herbeizuführen, so schnell wie nötig und so geordnet wie möglich.

Das Jahr 1990 begann mit Massendemonstrationen in der DDR zugunsten der deutschen Einheit. Aus der Parole des Herbstes „Wir sind das Volk“ war unter Weglassung des bestimmten Artikels und unter Hinzufügung eines verborgenen Adjektivs die Einheitsforderung „Wir sind ein Volk“ geworden. Alle Versuche der SED oder auch der revolutionären Avantgarde aus dem Herbst waren gescheitert, die Zweistaatlichkeit Deutschlands auch künftig mit der Behauptung einer eigenen kulturellen oder sozialen Identität zu legitimieren. Dies hatte auch in meinungsbildenden Kreisen der Bundesrepublik Deutschland zu einer bis dahin einmalig rasanten Veränderung ihrer Einstellung gegenüber der deutschen Frage geführt. Bis auf wenige Ausnahmen änderten alle

Journalisten und Publizisten, die noch im November und Dezember für die Zweistaatlichkeit plädiert hatten, ihre Position und setzten sich für die Einheit Deutschlands ein. Das gleiche gilt für die Politiker der Opposition, die, mit Ausnahme der Grünen, dem bei den Massendemonstrationen überaus deutlich erkennbaren Willen der Bevölkerung ihre Referenz erwiesen.

Einsichtig machte die Notwendigkeit einer schnelleren Herbeiführung der Einheit die nicht abreißende Übersiedlungswelle. Hier wird deutlich, dass an den politischen Entscheidungsprozessen des Jahres 1990 wie auch schon im Herbst des Vorjahres die Bevölkerung in der DDR der Hauptakteur war und die Politiker in West- und Ostdeutschland mit mehr oder weniger großem Geschick diesen Volkswillen zu steuern versuchten.

Die Bonner Politik hatte sich aufgrund der katastrophalen Entwicklung der DDR-Wirtschaft zunächst mit wirtschafts- und finanzpolitischen Fragen zu beschäftigen. Schon im Januar tagte in Ostberlin erstmalig die deutsch-deutsche Wirtschaftskommission. Die Bundesregierung bot der DDR sechs Milliarden DM zinsgünstiger zusätzlicher Kredite, um mittlere und kleinere Betriebe zu unterstützen. Auf einem ersten deutsch-deutschen Unternehmertag in Hannover berieten 200 Wirtschaftsexperten über die Möglichkeiten der Zusammenarbeit. Auch der vom Bundeskanzler eingerichtete Kabinettsausschuss „Deutsche Einheit“, der sich am 7. Februar konstituierte, sollte sich in erster Linie der wirtschaftlichen Herausforderung annehmen. Kohl bot damals der Regierung Modrow die sofortige Aufnahme von Verhandlungen über eine Währungsunion an, deren Voraussetzung eine grundlegende Wirtschaftsreform sei. Weil Modrow sich weigerte, diese Voraussetzung anzunehmen, scheiterte er bei seinem Besuch in Bonn mit der Forderung auf eine Finanzhilfe in Höhe von 16 Milliarden DM. Die Bonner Regierung nutzte alle ihre Möglichkeiten zur außenpolitischen Flankierung ihrer Einigungspolitik. Am 10. Februar erhielten Kohl und Genscher in Moskau von Gorbatschow die Zusicherung, dass sich Moskau einer deutschen Einheit nicht in den Weg stellen wird. Wenige Tage später einigten sich NATO und Warschauer Pakt bei der Wiener Konferenz zum Vertrag über die Konventionellen Streitkräfte in Europa (VKSE) auf eine Reduzierung ihrer Truppen in Mitteleuropa auf jeweils 195.000 Mann. In Ottawa vereinbarten die Außenminister der vier Siegermächte und der beiden deutschen Staaten eine Serie von Konferenzen nach der Formel 2 plus 4, um die alliierten Siegerrechte über Gesamtdeutschland abzulösen. Am 24. und 25. Februar sprachen sich der

amerikanische Präsident George H. W. Bush und Bundeskanzler Kohl für die NATO-Mitgliedschaft eines vereinten Deutschland aus.

Kohl hatte mit dem amerikanischen Präsidenten und dem sowjetischen Staatschef sowie seinen europäischen Kollegen nicht nur in London, Paris, Brüssel und Rom in allen Phasen des Einigungsprozesses ständigen Kontakt. Die persönlichen Begegnungen bei Konferenzen und gegenseitigen Besuchen wurden ergänzt durch zahllose briefliche und persönliche Kontakte. Gleichzeitig bereiste Bundesaußenminister Genscher unablässig Europa, überquerte den Atlantik und band so Amerikaner, Sowjets und Europäer zusammen. In diesen entscheidenden Monaten gelang zwischen dem Kanzler und seinem Außenminister eine lückenlose Abstimmung. Die Opposition schaffte es nicht, Streit in der Regierungskoalition über Ziel, Wege und Geschwindigkeit des Einigungsprozesses zu entfachen. In dieser Zeit hat wöchentlich mindestens ein Abstimmungsgespräch der Vorsitzenden der Koalitionsparteien zusammen mit den Fraktionsvorsitzenden und ihren Parlamentarischen Geschäftsführern stattgefunden, damit die Abgeordneten und das Parlament in dieser Phase voll unterrichtet und einbezogen wurden, die von der vor allem außenpolitisch handelnden Regierung dominiert wurde.

Gespräche mit der Opposition waren seltener während der Zeit des Volkskammerwahlkampfes. Die Grünen verfolgten die Deutschlandpolitik mit nicht nachlassendem Argwohn. Die SPD allerdings, inspiriert durch Willy Brandt, bekannte sich am 7. März schließlich und eindeutig zum Ziel der Einheit. In ihrem Fahrplan zur deutschen Einheit erklärte sie sich für einen Beitritt der DDR zur Bundesrepublik nach Artikel 23 des Grundgesetzes.

Die SPD war dann auch die erste der großen Parteien, die ihrer ostdeutschen Schwesterorganisation massiv unter die Arme griff. Die CDU tat sich sehr viel schwerer, weil die östliche Schwesterpartei als Blockpartei über Jahrzehnte mit der SED kollaboriert hatte. Erst ein grundlegender personeller Wechsel auf allen Ebenen der Partei und die Gründung der „Allianz für Deutschland“ am 5. Februar ließ den Parteivorsitzenden der CDU den Startschuss zu einer breit angelegten Wahlkampfunterstützung geben. In dieser Allianz hatten sich auf Drängen von Helmut Kohl die DDR-CDU, die von der CSU unterstützte Deutsche Soziale Union (DSU) und der aus der revolutionären Avantgarde des Herbstes hervorgegangene Demokratische Aufbruch (DA) zusammengeschlossen.

Das Ergebnis der Volkskammerwahl hat alle demoskopischen und publizistischen Voraussagen nichtig gemacht. Die „Allianz für Deutsch-

land“ ging mit 48,1 Prozent als eindeutiger Sieger aus der Wahl hervor. Die CDU allein erreichte über vierzig Prozent und wurde fast doppelt so stark wie die SPD, die als Favorit ins Rennen gegangen war. Mit diesem Wahlergebnis wurde posthum auch Konrad Adenauer von einer schwerwiegenden Beschuldigung freigesprochen. Ihm wurde von seinen Kritikern ein mangelnder Wille zur Wiedervereinigung vorgeworfen und mit seiner Furcht vor einem SPD-dominierten Ostdeutschland begründet.

Die erste Etappe auf dem Weg zur deutschen Einheit war erreicht: In der DDR hat die erste freie Wahl die Tür für eine Regierung freigebracht, die sich zur Aufgabe stellen würde, die Einheit herbeizuführen.

II.

Die Regierung der Großen Koalition unter Einschluss der FDP mit Ministerpräsident Lothar de Maizière an der Spitze begann am 12. April 1990 ihre Arbeit. Sie verpflichtete sich auf das Ziel eines geordneten Weges zur deutschen Einheit und wollte in sie die Interessen und Möglichkeiten der DDR-Bürger einbringen. Es war die erste Regierung in der jüngeren Geschichte, die das Ziel verfolgte, sich selbst überflüssig zu machen.

Die Bonner Regierung bemühte sich jetzt darum, was sie früheren Regierungen der DDR stets verweigert hatte: Es galt, Ostberlin eine möglichst breite internationale Unterstützung zu verschaffen. Schon am 21. April stimmten die Außenminister der EG einem Drei-Stufen-Plan zur Eingliederung der DDR in die Europäische Gemeinschaft zu. Am 28. April stimmten die Staats- und Regierungschefs der EG dem Ziel der deutschen Einigungspolitik zu. Wenige Tage später eröffnete Bundesminister Genscher in Bonn die erste Ministerrunde der Zweiplus-Vier-Konferenz, deren wichtigstes Thema die Bündniszugehörigkeit des vereinten Deutschlands war. Am 3. Juni erklärten der amerikanische Präsident Bush und der sowjetische Präsident Gorbatschow auf einer gemeinsamen Pressekonferenz, dass die Bündniszugehörigkeit des vereinten Deutschlands von den Deutschen selbst entschieden werden könne.

Vor allem in dieser Phase des Einigungsprozesses bewährte sich die vertrauensvolle und nahtlose Zusammenarbeit zwischen Bonn und Washington. Der amerikanische Präsident Bush hat mit seiner Abrüstungsbereitschaft wesentlich dazu beigetragen, dass Gorbatschow nicht länger eine „westliche Gefahr“ einzukalkulieren hatte und sich auf

einen strategischen Rückzug aus Mitteleuropa einlassen konnte. Und Bush hat die westeuropäischen Hauptstädte beruhigt, wenn und wann immer Befürchtungen über deutsches Hegemonialbestreben spürbar wurden. Er hat geholfen, die Zwei-plus-Vier-Formel zu entwickeln und damit die Verhandlungen über die deutsche Einheit auf deren „äußere Aspekte“ zu begrenzen. Er hat mit äußerster Behutsamkeit mit dafür gesorgt, dass die von anderen europäischen Staaten gestellten Ansprüche auf Mitverhandlung abgewehrt werden konnten. Er hat vor allem in Warschau um Vertrauen auf die deutschen Zusicherungen über die endgültige Anerkennung der Oder-Neiße-Grenze geworben.

Der damalige Präsident Bush und seine Regierung haben von Anfang an tatkräftig und ohne jeden Vorbehalt den Einigungsprozess der Deutschen unterstützt und keinen Zweifel daran gelassen, dass die Wiedervereinigungsrhetorik früherer Jahre auch in der neuen Lage Geltung beanspruchen musste. Das persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Bush und Kohl hat nicht den geringsten Zweifel an der Aufrichtigkeit der gegenseitigen Versicherungen und Zusicherungen aufkommen lassen. Bundeskanzler Kohl hat nicht eine Sekunde daran gezweifelt, dass der amerikanische Präsident zu seinen Verpflichtungen aufgrund des Deutschlandvertrages stehen würde. Und der amerikanische Präsident konnte sicher sein, dass die deutsche Regierung unter keinen Umständen mit der Idee spielen würde, aus der Gemeinsamkeit des Atlantischen Bündnisses herauszusteuern. Der amerikanische Präsident hat dem deutschen Bundeskanzler in dieser so wichtigen Phase der außenpolitischen Absicherung des Einheitsprozesses den Rücken freigehalten.

Präsident Bush konnte Präsident Gorbatschow Ende Mai in Washington davon überzeugen, dass die Vereinigten Staaten keinerlei Absicht hatten, die inneren Probleme der UdSSR zu nutzen, um sich Vorteile zu verschaffen. Auch diese Gewissheit war eine ganz wichtige Voraussetzung für die Öffnung der sowjetischen Politik in der deutschen Frage.

In der inneren Politik ging es in diesen wenigen Monaten vor allem um die Vorbereitung der Wirtschafts- und Währungsunion. Die Politik der Bundesregierung erfuhr dabei die volle Unterstützung der Deutschen Bundesbank. So wurde das Angebot des Bundeskanzlers vom 7. Februar an die DDR, in Verhandlungen über die Einführung der Währung der Bundesrepublik in der DDR einzutreten, von der Bundesbank loyal durch ihren Sachverständigenrat mitgetragen. Am 18. Mai wurde in Bonn der Staatsvertrag über die Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion unterzeichnet, der von beiden Parlamenten am 21. Juni verab-

schiedet wurde. Gleichzeitig beschlossen die Parlamente die endgültige Anerkennung der polnischen Westgrenze.

Mit der Entschließung von Bundestag und Volkskammer über die endgültige Bekräftigung der Oder-Neiße-Grenze als unverletzlicher Westgrenze Polens gegenüber dem vereinten Deutschland gelang die außenpolitische Absicherung des Einigungsprozesses in einem zentralen, für Deutschland schmerzhaften, für die Zukunft Europas jedoch Frieden stiftenden Punkt. Die gemeinsamen Entschließungen der frei gewählten, demokratisch legitimierten Parlamente brachten damit den politischen Willen des deutschen Volkes zum Ausdruck, um den Preis eines endgültigen Verzichtes auf die Gebiete jenseits von Oder und Neiße die Einheit der Nation wiederzuerlangen. Mit dem dann später, am 14. November, unterzeichneten Vertrag über die Bestätigung der zwischen Deutschland und Polen bestehenden Grenze hat sich schließlich die stets eindeutige, völkerrechtlich abgesicherte Haltung des Bundeskanzlers durchgesetzt, allein einem frei gewählten gesamtdeutschen Souverän die Macht einzuräumen, verbindlich die Unverletzlichkeit der Oder-Neiße-Grenze zu garantieren.

Der Bundesrat stimmte den beiden Beschlüssen des Bundestages über den Staatsvertrag und die Oder-Neiße-Grenze am 22. Juni 1990 zu, nur die damals von der SPD geführten Länder Niedersachsen (Schröder) und Saarland (Lafontaine) lehnten den Staatsvertrag ab. Dieser trat am 1. Juli 1990 in Kraft. Die DDR übergab ihre Hoheit über die Finanz- und Geldpolitik an die Bonner Regierung und die Frankfurter Bundesbank.

Ein entscheidendes Stück des Weges zur deutschen Einheit ist damit von den Regierungen und Parlamenten in beiden Staaten Deutschlands gemeinsam gegangen worden. Dies setzte eine intensive Kooperation zwischen der Bonner und der Ostberliner Regierung auf allen Ebenen ebenso voraus wie eine enge Abstimmung zwischen den beiden Parlamenten. Dass die Telefonleitungen zwischen Ostberlin und Bonn wie auch die Transportmittel zwischen den Hauptstädten unter der Überlast nicht kollabierten, war nur der Improvisationskunst der Bundespost und der Bundeswehr zu verdanken.

III.

Wenige Tage nach dem 1. Juli begannen in Ostberlin die Verhandlungen zum zweiten Staatsvertrag, dem Einigungsvertrag, dessen Konditionen und Implikationen das herrschende innenpolitische Thema der

nächsten Wochen bleiben würde. Es galt, unter äußerstem Zeitdruck für alle Felder des öffentlichen Lebens Vereinbarungen zu treffen, die die in den vierzig Jahren der Teilung entstandenen Diskrepanzen zwischen den bundesdeutschen Bestimmungen und den Regelungen in der DDR überwand und gleichzeitig Übergangsregelungen zu schaffen in den Fragen, bei denen die Übernahme der westdeutschen Bestimmungen zu Unzumutbarkeiten und Ungerechtigkeiten für die Bevölkerung der DDR geführt hätte.

Während der ersten Hälfte des Jahres 1990 wurde die Bonner Regierung durch ihre außenpolitischen Aktivitäten stärker in Anspruch genommen als durch innenpolitische Auseinandersetzungen. Dies änderte sich mit dem Beginn der Verhandlungen über den Einigungsvertrag, der die Zustimmung der SPD benötigte.

Aber nicht über die sehr schwierigen Fragen der Reprivatisierung entstand eine öffentliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien in der Regierungskoalition und zwischen Regierung und Opposition, sondern sie entzündete sich vor allem an der strafrechtlichen Regelung der Abtreibung. Bundeskanzler Kohl lud die Vorsitzenden der Koalitionsparteien und der SPD sowie andere führende Politiker dieser Parteien mehrfach zu nächtlichen Sitzungen in das Kanzleramt, um diese und andere strittige Fragen des Einigungsvertrages zu besprechen und zu klären. Auch der damalige Kanzlerkandidat der SPD, Oskar Lafontaine, nahm an diesen intensiven Gesprächen zwischen Regierung und SPD teil. Als Ministerpräsident des Saarlandes hatte er dem ersten Staatsvertrag seine Zustimmung im Bundesrat verweigert.

Dem CDU-Vorsitzenden gelang es in diesen Nächten mithilfe vor allem des bundesdeutschen Unterhändlers, dem damaligen und heutigen Bundesinnenminister Wolfgang Schäuble, Einvernehmen in der Koalition und Kompromisse zwischen Koalition und SPD über die strittigen Elemente des Einigungsvertrages herzustellen. Er regelt auf tausend Schreibmaschinenseiten und hunderten Seiten Anlagen alle wesentlichen Probleme und Streitfälle. Der Einigungsvertrag konnte am 31. August von Schäuble und dem Ostberliner Unterhändler, Staatssekretär Günter Krause, unterzeichnet werden. Bundestag und Volkskammer verabschiedeten den Vertrag mit der erforderlichen qualifizierten Mehrheit gegen die Stimmen der PDS und der Grünen am 20. September.

In dieser dritten Phase des deutschen Einigungsprozesses kam es zu einer sach- und zielorientierten Zusammenarbeit zwischen der Regierung einerseits und dem Bundestag und Bundesrat andererseits. Parlament und Länder – und damit auch die Opposition in Bonn – waren

von Anfang an in den Einigungsprozess eingeschaltet worden, ohne damit die Verantwortlichkeit der Exekutive zu verwischen. Bereits zweieinhalb Wochen nach Öffnung der innerdeutschen Grenze gab der Bundeskanzler am 28. November 1989 vor dem Deutschen Bundestag eine erste Regierungserklärung ab, der kontinuierlich im Laufe des ersten Halbjahres 1990 weitere Regierungserklärungen und Debatten zu deutschlandpolitischen Fragen folgten. Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags wurde fortlaufend seit Ende 1989 unterrichtet. Auch die Länder wurden durch Gespräche mit den Chefs der Staats- und Senatskanzleien oder mit den Regierungschefs der Länder selbst ausführlich informiert. Als Bundeskanzler Kohl am 24. April 1990 dem DDR-Ministerpräsidenten de Maizière als Arbeitspapier einen Vertragsentwurf über eine Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion unterbreitete, erhielten die Opposition noch am selben Tag und die Länder am folgenden Tag den Vertragsentwurf. Im Rahmen des Ratifizierungsverfahrens waren Bundestag und Bundesrat ohnehin intensiv mit dem Staatsvertrag befasst.

Mit der Einrichtung des Ausschusses „Deutsche Einheit“ des Bundestages, der am 11. Mai 1990 erstmalig zusammentrat, wurde neben den bereits bestehenden Fachausschüssen ein besonderes Parlamentsgremium geschaffen, das die Regierung zur noch weitergehenden Einbindung der Legislative in den Einigungsprozess nutzte. Der Ausschuss tagte zwanzig Mal und ließ sich von der Bundesregierung nicht nur über den Fortgang der Verhandlungen mit der DDR informieren, sondern war auch federführend im Rahmen des parlamentarischen Ratifizierungsverfahrens beim Einigungsvertrag. Darüber hinaus nutzte der Bundesinnenminister als Verhandlungsführer der westdeutschen Seite den Ausschuss vor den jeweiligen Verhandlungsrunden mit der DDR als hilfreiches Beratungsorgan.

In Ostberlin hingegen gestaltete sich die Zusammenarbeit der Parteien mit dem Näherrücken des Tages der deutschen Einheit umso schwieriger. Im Juli traten die Liberalen aus der Regierung de Maizière aus, weil in der Ostberliner Koalition keine Einigung über den Wahlmodus erzielt werden konnte. Im August verließen die Sozialdemokraten die Ostberliner Regierung und nahmen de Maizière die regierungsfähige Mehrheit. Sein mit der Bundesregierung abgesprochener Vorstoß in der Volkskammer, die vorgesehene erste gesamtdeutsche Wahl bereits am 14. Oktober durchzuführen, fand mangels Präsenz nicht die notwendige Zwei-Drittel-Mehrheit. Vom Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe wurde das nach langen Auseinandersetzungen von Volkskammer

und Deutschem Bundestag verabschiedete Wahlgesetz im September für verfassungswidrig erklärt. Erst im Oktober konnte der Bundestag in seiner ersten Sitzung nach der Vereinigung ein neues Wahlgesetz verabschieden, das zwei getrennte Wahlgebiete mit jeweils einer Fünf-Prozent-Klausel vorsah und Listenvereinigungen ermöglichte.

Während in dieser Phase die innenpolitischen Diskussionen dominierten, konnte die außenpolitische Absicherung des Einigungsprozesses vollendet werden. Den Durchbruch erzielte Bundeskanzler Kohl bei seinem Besuch im Kaukasus. Er erhielt die Zusicherung Gorbatschows, dass das vereinte Deutschland seine volle Souveränität erhalten werde und danach frei über seine Bündniszugehörigkeit entscheiden könne. Diesem Erfolg der deutschen Diplomatie war der NATO-Sondergipfel Anfang Juli vorangegangen, auf dem die NATO dem Warschauer Pakt die „Hand zur Freundschaft“ hingestreckt und alle NATO-Mitglieder die Einigung Deutschlands begrüßt und seine Mitgliedschaft in der NATO gewünscht hatten.

Gorbatschow hat aber auch das Engagement des Bundeskanzlers zur Kenntnis genommen, sich gemeinsam mit dem damaligen französischen Präsidenten François Mitterrand auf dem EG-Gipfel in Dublin und dann beim Wirtschaftsgipfel in Houston/Texas für die wirtschaftliche und finanzielle Zusammenarbeit der westlichen Industriestaaten mit der UdSSR einzusetzen. Die sowjetische Führung konnte sich nach diesen Ergebnissen davon überzeugen, dass konstruktive Beziehungen zwischen den USA und Deutschland nicht zu ihrem Nachteil gereichen würden, dass Deutschlands Einheit in Freiheit der Sowjetunion einen europäischen Partner verschaffen würde, auf dessen Berechenbarkeit und Kooperationsbereitschaft Verlass war. Am 12. September wurde deshalb in Moskau der Zwei-plus-Vier-Prozess abgeschlossen, und vierzehn Tage später vereinbarten Ostberlin und Moskau, dass mit Wirkung vom 3. Oktober 1990 die Mitgliedschaft der DDR im Warschauer Pakt erlischt.

Die fugenlose Synchronisation der innen- und außenpolitischen Aktivitäten, die ungeheure und fast unübersehbare Fülle des Regulierungsbedarfes, der von den Menschen in der DDR verursachte Zeitdruck haben den Entscheidungsträgern in Bonn und Ostberlin, den Politikern, Diplomaten und Beamten ihr Äußerstes an Konzentration, Improvisation und Imagination abverlangt. Das Ergebnis war Lohn genug. Der Traum der Deutschen, in Einheit und Freiheit zu leben, wurde am 3. Oktober 1990 erfüllt.

Neben der politischen und diplomatischen Arbeit war die Bundesregierung im vergangenen Jahr mit einer breit angelegten Kommunika-

tionskampagne beschäftigt. Denn die gewiss größte Herausforderung an die Überzeugungsarbeit der Bundesregierung im zu Ende gehenden Jahr 1989 war der Abbau der inländischen, vor allem aber der ausländischen Befürchtungen über negative Folgen des deutschen Einigungsprozesses für die Stabilität in Europa. Das wiedervereinigte Deutschland mit rund achtzig Millionen Bürgern, seiner Wirtschaftskraft, seinem gewachsenen politischen Gewicht, seiner historischen Hypothek, seiner wiedererlangten vollen Souveränität hat verständlicherweise Ängste über seinen zukünftigen Kurs ausgelöst. Im Zentrum der Kommunikationsarbeit der Bundesregierung stand deshalb das Vertrauen, das sich die Bonner Demokratie in den letzten vierzig Jahren als zuverlässiger und berechenbarer Partner erworben hatte. Der Bundeskanzler, der Bundesaußenminister und mit ihnen die gesamte Regierung und die sie tragenden politischen Kräfte durften und konnten nicht müde werden mit dem Argument, dass die Überwindung der deutschen Teilung als Überwindung der Spaltung Europas zu verstehen sei, dass die deutsche Einigung und der europäische Integrationsprozess zwei Seiten der gleichen Medaille darstellten.

IV.

Weil die Europäer ein gutes Gedächtnis haben, galt es, in allen formellen und informellen Gesprächen die grundsätzlichen Unterschiede der deutschen Einigung von 1990 und der von 1871 zu verdeutlichen:

Damals war die Einigung ein „von oben“ verordneter Vorgang, auch wenn sie von den Deutschen begrüßt wurde. 1990 war die Einheit das Ergebnis des bisher ersten erfolgreichen revolutionären Prozesses, der in Deutschland vom Volk selbst in Gang gesetzt wurde. 1871 kam es zur Reichsgründung nach Kriegen gegen Österreich (1866) und Frankreich (1870/71), 1990 war die Einheit Folge der friedlichen Selbstbefreiung unserer Mitbürger in der ehemaligen DDR, deren mutige Massenmanifestationen die kommunistische Herrschaft zum Einsturz brachten.

Vor mehr als einem Jahrhundert haben die europäischen Nachbarn Deutschlands die Einigung mit Skepsis bis Ablehnung verfolgt. Insbesondere der französische Verlust von Elsass-Lothringen hat die Rückgewinnung der verlorenen Gebiete zum Leitmotiv der französischen Außenpolitik und damit den deutsch-französischen Gegensatz zu einer festen Größe gemacht, mit der alle europäischen Mächte rechnen konnten und mussten. 1990 wurde die deutsche Einheit mit Zustimmung und Unterstützung aller Europäer verwirklicht, und die deutsch-

französische Freundschaft wird zu Recht als Motor der europäischen Integration verstanden.

Die Annexion Elsass-Lothringens hat sich für die Außenpolitik des Deutschen Reiches als Fußfessel ausgewirkt. Die Verteidigung dieses Gebietes hat den Handlungsspielraum des Reiches stark eingeschränkt. Die Anerkennung aller seiner Grenzen einschließlich der Oder-Neiße-Grenze durch das vereinte Deutschland verschafft einen zusätzlichen Handlungsspielraum, der der europäischen Integration zugute gekommen ist.

Die Reichsgründung von 1871 hat einen klassischen Nationalstaat in der Verfassung einer konstitutionellen Monarchie hervorgebracht, dem trotz aller Bekenntnisse von Selbstgenügsamkeit ein imperialer Anspruch unterstellt wurde. Denn das deutsche Kaiserreich umfasste mehr als die deutsche Nation. Das vereinte Deutschland des Jahres 1990 ist ein gemäßigt nationaler Staat in der Form einer bundesstaatlichen, parlamentarisch verfassten Republik. Sie ist bereit, einen wachsenden Teil ihrer nunmehr wieder vervollständigten Souveränität an die transnationalen Einrichtungen Europas abzugeben.

1871 hing die außenpolitische Zukunft des vereinten Deutschlands von der Fähigkeit und Bereitschaft seiner politischen Führung ab, Deutschland im Gleichgewicht der europäischen Großmächte Frankreich, England, Österreich-Ungarn und Russland zu halten. Die Ausbalancierung dieses Gleichgewichts führte immer wieder zu krisenhaften Entwicklungen und misslang dann bald endgültig, nachdem der Lotse Bismarck von Bord gegangen war. Heute ist das vereinte Deutschland fest verankert in der westlichen Werte-, Wirtschafts- und Verteidigungsgemeinschaft, die einen künftigen Sonderweg des Achtzig-Millionen-Volkes absolut unmöglich macht. Das heutige Deutschland sieht seine Bestimmung in Europa, dessen Integration zur deutschen Staatsraison wird.

Nach 1871 kam es in ganz Europa angesichts der Machtverschiebung durch die Reichsgründung zu einer das gesamte öffentliche Leben prägenden Militarisierung. Die Überwindung des Ost-West-Konfliktes als Voraussetzung der deutschen Einheit wie der europäischen Einigung erlaubte nach 1990 eine Demilitarisierung, wie sie quantitativ und qualitativ in der Geschichte ohne Vorbild ist.

Dass es der Bundesregierung und den Deutschen insgesamt gelungen ist, diese grundlegenden Unterschiede unseren ausländischen Partnern im Zwei-plus-Vier-Prozess und allen Europäern überzeugend zu verdeutlichen, war nicht nur ein Erfolgsmaßstab der Kommunikations-

arbeit, sondern auch eine entscheidende Voraussetzung für die Einigung. An Glaubwürdigkeit gewann diese Botschaft dann am 3. Oktober 1990, als ausländische Journalisten und Regierungen sich davon überzeugen konnten, dass die Deutschen keineswegs in einen nationalen Rausch verfielen, sondern ihre wieder gewonnene Einheit mit Freude feierten, um sich ausschließlich mit Nüchternheit den durch die vierzigjährige Spaltung bewirkten Problemen zu widmen und ihre politischen Leidenschaften im Wahlkampf zu entfalten.

SCHRIFTTUM

Der Weg zur deutschen Einheit ist in der deutschen und internationalen Literatur natürlich breit analysiert und dokumentiert worden. Zu den wichtigsten Veröffentlichungen gehört die Sonderedition „Aus den Akten des Bundeskanzleramtes 1989/1990“ der Dokumente zur Deutschlandpolitik, überarbeitet von Hanns Jürgen Küsters und Daniel Hoffmann, München 1989, sowie die Untersuchungen von Karl-Rudolf Korte *Deutschlandpolitik in Helmut Kohls Kanzlerschaft*, dva Stuttgart 1989, und Wolfgang Jäger *Die Überwindung der Teilung*, ebenfalls dva Stuttgart 1998. Wichtig sind natürlich auch die Memoiren Helmut Kohls *Erinnerungen 1982–1990* (München 2005) sowie *Erinnerungen 1990–1994* (München 2007), die sich mit dem Vereinigungsprozess beschäftigen.

Einzelne Aspekte werden behandelt in: Wolfgang Bergsdorf, *West Germany's Political System under Stress: Decision Making Process in Bonn* (1990), [in:] *German Unification and the Unexpected Chances*, ed. D. Grosser, Oxford–Providence 1992, und *L'unité allemande doit accélérer l'unification européenne* [in:] *documents*, Nr. 3/1992. Einen belletristischen Akzent auf die Kanzlerreise nach Warschau am 9. November 1989 setzt Ulla Hahn mit *Eine denkwürdige Reise*, [in:] *Politik – Kommunikation und Kultur*, hrsg. Bernhard Vogel u.a., Festschrift für Wolfgang Bergsdorf, Paderborn 2007.

ADAM JAMRÓZ

O KONCEPCJI PAŃSTWA PRAWNEGO W DOKTRYNIE FRANCUSKIEJ

1. Genezy współczesnych kontynentalnych koncepcji państwa prawnego należy poszukiwać zwłaszcza w XIX-wiecznej doktrynie niemieckiej, która, jak pokazuje Z. Maciąg, miała swych wcześniejszych wybitnych promotorów, między innymi Wilhelma von Humboldta i Immanuela Kanta. W połowie XIX wieku ukształtowały się w myśli niemieckiej dwa nurty powołujące się na ideę państwa prawnego, lecz proponujące odrębne modele państwa prawnego.

Przedstawiciele pierwszego z nich głosili poglądy, które mieszczą się w ramach materialnych koncepcji państwa prawnego. Chodziło w nich bowiem nie tylko o postulat związania państwa prawem, respektowania hierarchii norm w porządku prawnym, ale także o poszanowanie wymogów stanowienia i stosowania prawa, przede wszystkim określonych zasad i idei, które winny być ujęte w treści przepisów prawnych. Robert von Mohl, jedna z głównych postaci omawianego nurtu, charakteryzującego się „prawnonaturalnym” ujęciem państwa prawnego, podkreślał, że najwyższą wartością jest wolność obywatela, który powinien działać kierując się rozumem i przestrzegając prawa. Państwo prawne winno tę wolność chronić gwarantując jednostce bezpieczeństwo prawne, kierując się wszakże w swoich działaniach zasadą subsydiarności i proporcjonalności. Głosząc postulat „konstytucyjnego państwa prawnego” Mohl zaznaczał, że konstytucja powinna określać kompetencje zwyczajne i nadzwyczajne władzy państwowej, określać prawa jednostek wobec władzy państwowej, zawierać instytucje ustrojowe gwarantujące także prawa, między innymi skargę sądową przeciwko niekonstytucyjnym

działaniami organów władzy państwowej oraz określać sposoby działania administracji i odpowiedzialność jej organów za naruszenie prawa. R. von Mohl sformułował też szereg zasad dotyczących stanowienia prawa, które są dzisiaj koniecznymi wymogami demokratycznego państwa prawnego, np. zasada zakazu retroaktywności aktów prawnych (*lex retro non agit*), zasada ochrony praw słusznie nabytych czy wymogi dotyczące należytej legislacji.

Uważał też, że państwo prawne, chroniąc wolność jednostki i zaufanie do państwa, powinno troszczyć się o fizyczną i umysłową kondycję obywateli i zapobiegać kryzysom gospodarczym, dbać o rozwój opieki medycznej, prowadzić działania przeciwdziałające bezrobociu, a także wspierające rozwój przemysłowy, bez naruszenia generalnej zasady subsydiarności działań państwa. Państwo prawne R. von Mohla, kierując się rozumem i zasadami moralnymi, otwierało drogę dla idei państwa socjalnego¹.

Drugi z nurtów państwa prawnego, które ukształtowały się w doktrynie niemieckiej w II połowie XIX wieku to nurt formalno-prawny (lub formalno-instytucjonalny). Dla przedstawicieli tego nurtu państwo prawne to konstrukcja formalnego porządku prawnego, oderwanego od celów i treści prawa, od pojmowania państwa i określania jego celów. Centralną pozycję w tym formalnym porządku prawnym zajmuje ustawa. Nie kwestionuje się tutaj potrzeby ochrony praw jednostki, takich jak wolność, własność, wolność prasy czy dostęp do urzędów państwowych. Prawa te wyznaczają „granice działań rządu i moralną powinność ustawodawcy” – jak pisał jeden z jego przedstawicieli, Friedrich Julius Stahl. Ale prawa te określone są w gruncie rzeczy w ustawach stanowiących podstawę działania rządu i wyznaczających granice jego działania. Nie przewiduje on kontroli konstytucyjności ustaw².

Tym, co łączy dość różnorodne poglądy przedstawicieli tego nurtu, jest chęć oderwania prawa stanowionego przez państwo (prawa pozytywne) od prawa naturalnego, nadawanie ustawie szczególnej pozycji w porządku prawa stanowionego. W ramach takich poglądów niektórzy reprezentanci tego nurtu przypisywali istotną rolę określonym środkom prawnym ochrony praw jednostki w ramach regulacji ustawowej, przewidując np. skargę przeciw administracji (ale nie przeciwko państwu). Taki postulat w postaci sądowej kontroli administracji traktowano jako istotny wymóg państwa prawnego (O. Bähr, R. Gneist).

¹ Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 90–101; R. Radwański, *Socjalne państwo prawne w doktrynie RFN 1949–1969*, Opole 1985, s. 28–30.

² Z.A. Maciąg, *op. cit.*, s. 115–116.

W tej swoistej rywalizacji dwu omawianych nurtów XIX-wiecznej doktryny niemieckiej przewagę uzyskał stopniowo nurt formalno-prawny. Kontynuatorzy poglądów Stahla, O. Bähra, R. Gneista rozwinęli i pogłębili koncepcję państwa prawnego opartą na hierarchicznym prawie pozytywnym stanowionym przez państwo; uzupełniając ją o postulaty demokratyczne (O. von Sarvey), o konstytucyjne gwarancje dla ustawodawstwa czy pogłębiając idee praworządnego działania administracji (O. Meyer, K. Bergbohm).

Dominacja nurtu formalno-prawnego, pogłębienie i rozwinięcie jego idei oznaczało ukształtowanie się nurtu pozytywizmu prawniczego, który zasadniczo wpłynął na ewolucję kontynentalnej doktryny państwa prawnego w Europie (K. Bergbohm, R. Ihering) i stał się podstawą dla rozwiniętej formalno-prawnej koncepcji państwa prawnego, a mianowicie doktryny normatywizmu. „Pozytywizm kontynentalny uznaje, że cały porządek prawny jest *de facto* porządkiem prawa stanowionego. Prawo natury zostaje usunięte poza nawias badań prawoznawstwa. Wyłącznym przedmiotem nauki prawa jest prawo pozytywne. Państwo i prawo dają się zredukować do mającej bezwzględny prymat ustawy – założenie to jest widoczne na terenie tak zwanego *Gesetzpositivismus*. Ustawa będąca wyrazem woli najwyższej władzy – suwerena – jest pierwotnym i jedynym źródłem prawa. Prawnik zaś jest bezwzględnie zobowiązany do jej przestrzegania. Sędziowie są „ustami ustawy”, ich zadaniem jest nie tyle twórcza interpretacja ustaw, ile raczej ich ścisłe wykonanie [...]. Prawo obowiązuje – bo po prostu jest prawem. Prawo zaś to ustawa, której prawnik jest podległy całkowicie” – syntetyzuje istotę pozytywizmu prawniczego J. Stelmach³.

Jeden z czołowych przedstawicieli pozytywizmu prawniczego Rudolf von Ihering, zdefiniował prawo w sposób, który w następnych kilkudziesięciu latach stał się ujęciem klasycznym, podręcznikowym, a mianowicie, że prawem są ustanowione normy, których realizacja zabezpieczona jest przymusem państwowym.

Jak wspomniano, pozytywizm prawniczy stał się podstawą, punktem wyjścia dla teorii normatywizmu prawniczego. Za jego twórcę uważa się Hansa Kelsena, który prawo pozytywne stanowione przez państwo uważał za wyłączny i autonomiczny przedmiot teorii prawa. Koncepcja Kelsena zarysowana jest już w publikacjach z początku lat 20. XX wieku. W roku 1934 ukazała się w pełni, w postaci „czystej nauki prawa” w pracy *Reine Rechtslehre; Entwicklung in der rechtswissenschaftliche Problematik*. Kontynuując rozważania pozytywizmu prawniczego Kelsen doszedł

³ J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1999, s. 34–35; K. Opałek, J. Wróblewski, *Pozytywizm prawniczy*, „Państwo i Prawo” 1954, nr 1.

do wniosku, że należy go oczyścić z prawa naturalnego czy idei moralnych lub słusznościowych. W tych bowiem sferach chodzi o odrębne systemy normatywne, które mieszają się z rzeczywistością. Tymczasem prawo to zespół norm, które winny być rozważane w sferze powinności, w kategoriach obowiązku pojmowanego autonomicznie, a nie w kategoriach bytu. Prawo jako autonomiczna sfera powinności winno być też w teorii prawa oddzielone od polityki. „Według czystej teorii [prawa – A.J.] idea, że prawo jest organizmem oznacza, że problemy prawne winny być stawiane i rozwiązywane jako problemy porządku normatywnego. Odrzucając wszelkie sądy o charakterze etycznym lub politycznym, czysta teoria staje się analizą struktury prawa pozytywnego” – pisał H. Kelsen, podkreślając, że obowiązywanie (ważność) norm prawnych nie wynika z ich treści, nie jest uwarunkowane wartościami moralnymi czy innymi. Norma prawna obowiązuje, jeżeli została w określony sposób ustanowiona. „Jedynym prawem, które obowiązuje jest prawo pozytywne, to, które zostało ustanowione. Jego pozytywność wynika z faktu, że pochodzi z aktu kreującego i jest niezależne od moralności i wszelkiego innego systemu normatywnego. Normy prawa naturalnego i normy moralne natomiast są dedukowane z normy fundamentalnej, która z powodu jej treści jest uważana za będącą w sposób rzeczywisty emanacją woli boskiej, natury lub czystego rozumu” – wskazywał H. Kelsen, podkreślając, że norma fundamentalna porządku prawnego ma inny charakter. „Ogranicza się ona do wskazania, w jaki sposób normy tego porządku są kreowane; dotyczy samej zasady ich kreacji [stanowienia – A.J.]. Stanowi ona punkt wyjścia dla procedury, a jej charakter jest zasadniczo formalny i dynamiczny”. Z tej normy fundamentalnej może wynikać jedynie obowiązywanie norm porządku prawnego, bo ich treść jest określona w konkretnym przypadku przez szczegółowy akt, który nie jest aktem poznania, lecz woli, czy to dotyczy procedury legislacyjnej (normy generalne), decyzji sądowej, aktu administracyjnego czy aktu prawa prywatnego (normy indywidualne)⁴.

Nie jest rzeczą konieczną, w myśl założeń tej pracy, szersze omówienie niemieckich koncepcji państwa prawnego. Przedstawienie istoty dwu nurtów państwa prawnego w XIX-wiecznej doktrynie niemieckiej, jej niektórych głównych idei oraz kierunku ewolucji tej doktryny jest potrzebne, aby stwierdzić, jak wyglądała sfera takich idei i problemów państwa prawnego w doktrynie francuskiej oraz jaki był kierunek ewolucji tej doktryny w zakresie poruszanej przez nas problematyki.

⁴ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Boudry 1988, s. 122–125. Tłumaczenie francuskie wspomnianej wyżej pracy Kelsena: *Reine Rechtslehre...*

2. Niemiecka teoria państwa prawnego ukształtowana w drugiej połowie XIX wieku nie była znana ówczesnej doktrynie francuskiej, a w każdym razie mało znana – ocenił wybitny francuski historyk idei Jacques Chevalier. Uważana była bowiem za zbyt obciążoną tradycją filozoficzną i polityką niemiecką, aby nadawała się do przeniesienia na teren francuski. Pierwszym, który przeniósł do doktryny francuskiej literalne tłumaczenie pojęcia *Rechtstaat* (państwo prawne), w postaci pojęcia *l'Etat de droit* był Raymond Carré de Malberg, będący pod silnym wpływem P. Labanda, po którym zresztą przejął katedrę prawa publicznego po I wojnie światowej. Carré de Malberg, zdaniem J. Chevaliera, skonstruował własną teorię państwa prawnego, przejmując tylko niektóre elementy teorii niemieckiej; inne odrzucił bo uznał je za dyskusyjne albo nienadające się do akceptacji na gruncie francuskiej myśli prawniczej⁵.

Wypada podzielić pogląd Chevaliera, który napisał, że teoria państwa prawnego kształtuje się we Francji na specyficznej tradycji politycznej i instytucjonalnej odziedziczonej po Rewolucji. Wskutek tego na bazie argumentów krytycznych wobec ustroju III Republiki, idee państwa prawnego będą inspirowane dziedzictwem Wielkiej Rewolucji. Chevalier trafnie pisał, odzwierciedlając pogląd ówczesnej i współczesnej doktryny francuskiej, że w okresie Wielkiej Rewolucji kształtowała się koncepcja hierarchicznego porządku prawnego opartego na całkowicie nowych zasadach. Na szczycie tego porządku prawnego znajdują się „prawa człowieka naturalne, święte i niezbywalne; zostały one zapisane w Deklaracji praw człowieka i obywatela z 1789 r. Poniżej Deklaracji sytuuje się Konstytucja, mająca za zadanie gwarantować powyższe prawa, przekształcając je w prawa obywatelskie oraz realizować zasadę separacji władz. Następnie ustawa, przyjęta przez ciało ustawodawcze, która pod warunkiem nienaruszania praw naturalnych i obywatelskich gwarantowanych przez konstytucję dysponuje «najwyższą władzą». Wreszcie na dole tej piramidy znajdują się akty egzekutywy, która reprezentując także naród i mając kompetencje promulgacji i wykonywania ustaw, nie dysponuje rzeczywistą władzą normatywną, lecz tylko możliwością dokonywania aktów zgodnie z ustawami, aby zapewnić ich wykonanie. Egzekutywa nie wyraża jednak woli powszechnej narodu, a sędziowie nie mogą ingerować w wykonywanie władzy ustawodawczej ani zawieszać wykonywania ustaw. Zwierzchność konstytucji nad ustawą jest bezdyskusyjna”.

Jednakże, zauważył trafnie J. Chevalier, „wielką słabością tego dzieła rewolucyjnego był brak rzeczywistych gwarancji nowej hierarchii

⁵ J. Chevalier, *L'Etat de droit*, Paris 1992, s. 22–24.

norm, co wynikało z głębokiej wiary w bezdyskusyjność ustawy, ale także z nieufności wobec władzy sądowej, a drugiej strony z przekonania o konieczności gwarancji dla swobodnej działalności administracji”. W konsekwencji administracja może wyzwolić się od ścisłego przestrzegania zasady legalności, a z kolei supremacja konstytucyjna nie jest sankcjonowana prawnie. „Unikając wszelkiej kontroli ustawa staje się coraz bardziej «aktem dyskrejonalnym» i «suwerennym», którego zakres jest teoretycznie nieograniczony”. Supremacja ustawy w porządku prawnym umacnia się tym bardziej, że rząd i administracja będą stopniowo zmuszane do ścisłego respektowania zasady legalizmu z powodu rozwoju rzeczywistej kontroli sądowej ich aktów”⁶.

W ciągu kilku dziesięcioleci po Wielkiej Rewolucji końca XVIII wieku ukształtowała się tradycja konstytucyjna, w myśl której kolejne konstytucje o różnym „zabarwieniu” ideowym potwierdzały coraz bardziej ogólnie prawa i wolności zawarte w Deklaracji z 26 sierpnia 1789 r. W zależności też od przyjętej orientacji ideowej potwierdzały je w sposób zbliżony do Deklaracji z 1789 r. (analogiczne deklaracje w konstytucjach z 1793 r. i 1795 r.), dalece okrojony (Karta konstytucyjna z 1814 r. i Karta konstytucyjna z 1830 r.), bądź włączając je w tekst samej konstytucji, jak w Konstytucji z 4 listopada 1848 r., przywracającej ustrój republikański. W konstytucji tej stwierdzono, że Republika Francuska potwierdza poprzednie prawa i obowiązki „wyższe od ustaw prawa pozytywnego”, wskazując jednoznacznie na inspiracje prawnonaturalne oraz podkreślając wyższość prawa naturalnego nad pozytywnym w tej sferze regulacji konstytucyjnej.

Ale w Konstytucji z 14 stycznia 1852 r. (znowelizowanej 7 listopada 1852 r.), a następnie w Konstytucji z 21 stycznia 1870 r., a więc w konstytucjach cesarstwa, nie wprowadzono odrębnej regulacji praw i wolności. Zamiast niej był krótki przepis stanowiący, że „Konstytucja uznaje, potwierdza i gwarantuje wielkie zasady proklamowane w 1789 r., które są podstawą prawa publicznego Francuzów”⁷.

Wskazując na specyfikę regulacji prawnej praw i wolności w omawianym okresie, wybitny przedstawiciel współczesnej francuskiej doktryny praw człowieka Jean Rivero stwierdził, że regulacja statusu praw i wolności polegała na tym, że w konstytucjach znajduje się tylko uroczyste potwierdzenie samej zasady, a szczegółowa regulacja należała do ustawodawcy. „Wolności gwarantowane przez Konstytucję podlegały konkretnej regulacji przez ustawodawcę. Ale najbardziej autorytarne kon-

⁶ *Ibidem*, s. 24–29.

⁷ Wszystkie wymienione dokumenty konstytucyjne i deklaracje w: M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, Paris 1987, s. 9–176.

stytucje, jak ta z 13 grudnia 1799 r. czy konstytucja z 1852 r., zawierały wyraźne gwarancje podstawowych wolności jednostki⁸.

Tak kształtującą się tradycję III Republiki przerwały jednak ustawy konstytucyjne III Republiki, które nie zawierały nawet gwarancji praw i wolności jednostki. Dotyczyły one organizacji władz publicznych (ustawy z 24 i 25 lutego 1875 r.) oraz relacji między władzami publicznymi (ustawa z 16 lipca 1875 r.). Dopiero Konstytucja z 27 października 1946 r. (wcześniejszy projekt z 19 kwietnia 1946 r. zawierał Deklarację praw człowieka) powróci do przerwanej w 1875 r. tradycji konstytucyjnej, aczkolwiek gwarancje konstytucyjne wolności i praw jednostki zamieszczono tutaj nie w samym tekście strukturalnym konstytucji, lecz w preambule.

3. Pomimo takiego stanu, a mianowicie braku gwarancji konstytucyjnych praw i wolności jednostki w praktyce III Republiki – jak się podkreśla w doktrynie francuskiej – nie nastąpiło pogorszenie tych praw. Na poziomie ustawowym nastąpiła bowiem konkretna regulacja wielu praw i wolności, co dla jednostki było o wiele ważniejsze niż same gwarancje konstytucyjne. Idee Deklaracji z 1789 r. w postaci konkretnych regulacji praw i wolności zostały bowiem definitywnie inkorporowane do francuskiego prawa publicznego do roku 1914. „Ustawodawca III Republiki reguluje w duchu liberalnym wolności indywidualne i uroczyscie potwierdza w tym samym duchu wolności zbiorowe (wolność związkową, wolność zgromadzeń, wolność stowarzyszeń). Nieśmiertelne zasady stanowią niemal oficjalną doktrynę, którą rozpowszechnia edukacja publiczna” – stwierdził J. Rivero⁹.

Inny przedstawiciel współczesnej doktryny francuskiej Jean-Jacques Israël, uważa nawet, że III Republika była bezdyskusyjnie „republiką wolności”, gdyż mimo braku konstytucyjnych gwarancji została uchwalona cała seria wielkich ustaw republikańskich, które pozwoliły ostatecznie określić niektóre „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki” (*les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*), tzn. zasady, których nie może naruszać ustawodawca. W ten sposób uchwalono ustawy dotyczące wolności zgromadzeń (1881 r.), wolności prasy (1881 r.), wolności związkowej (1884 r.), wolności stowarzyszeń (1901 r.). Poszerzono też zakres praw i wolności proklamowanych w 1789 r. przez dodanie zasad do tej pory dość kontrowersyjnych¹⁰.

⁸ J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. 1: *Les droits de l'homme*, Paris 1984, s. 170.

⁹ *Ibidem*, s. 85.

¹⁰ J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, Paris 1998, s. 133.

Ustawowa regulacja praw i wolności jednostki mimo braku konstytucyjnych gwarancji dokonywała się w okresie III Republiki z reguły z powołaniem się na te prawa i wolności, które w sposób oczywisty jako prawa naturalne powinny być respektowane. Taki pogląd, który dominował w doktrynie łączył się z przekonaniem, że Deklaracja z 1789 r., chociaż formalnie nie potwierdzona przez ustawy konstytucyjne z 1785 roku ma walor normatywny i jest częścią obowiązującej konstytucji *sensu largo*, jak pisał Maurice Hauriou, a inny wybitny autorytet francuskiego ustrojoznawstwa Léon Duguit, stwierdzał nawet, że Deklaracja z 1789 r. ma charakter ponadkonstytucyjny, co jeszcze bardziej podkreślało, że ma ona charakter prawnonaturalny, oraz że główne zasady prawa natury określające podstawowe prawa i wolności jednostki mają charakter zwierzchni wobec prawa pozytywnego¹¹.

Pogląd przeciwny w doktrynie, a mianowicie, że Deklaracja z 1789 r. nie tylko nie ma mocy obowiązywania wyższej od ustawy, ale w ogóle nie ma wartości normatywnej na gruncie prawa pozytywnego III Republiki, zyskał na znaczeniu zwłaszcza dzięki poglądom Raymonda Carré de Malberga (podobnie Adhemar Esmein), ale nigdy nie stał się dominujący¹². Kwestia normatywności (lub jurydyczności) Deklaracji z 1789 r. sygnalizuje problem o wiele szerszy i o większym znaczeniu, a mianowicie – dyskutowanego wówczas porządku prawnego, a mówiąc inaczej, systemu źródeł prawa w okresie III Republiki. System polityczny, jaki wyłonił się w okresie obowiązywania ustaw konstytucyjnych z 1875 r. oparty był na dominacji parlamentu; suwerenność narodu została zastąpiona przez suwerenność parlamentu; reprezentanci narodu w nim zasiadający uosabiali, jak głosiła oficjalna doktryna, „wolę powszechną”, wolę narodu. Ustawa zaś była aktem prawnym podstawowym, który należało przestrzegać, gdyż była przejawem woli narodu. W okresie III Republiki ten model „państwa legalnego” został zakwestionowany przez doktrynę i ulegał erozji w praktyce społeczno-politycznej i w praktyce stosowania prawa.

Istotę tego procesu, który się dokonywał przedstawia Marie-Joëlle Redor, nazywając go procesem przechodzenia od państwa legalnego (*l'Etat legal*) do państwa prawnego (*l'Etat de droit*). Pisze ona, że „ustawa [...] nie jest już wystarczającą gwarancją dla reprezentantów prawa publicznego omawianej epoki. Podporządkować państwo prawu, to znaczy

¹¹ J. Robert, *Libertés publiques et droit de l'homme*, avec la collaboration de J. Duffar, Paris 1988, s. 85–87.

¹² R. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, t. 2, Paris 1922 [reprint 1962], s. 578–578.

narzucić go rządzącym, wszystkim rządzącym z ustawodawcą włącznie; poszanowanie normy, która jest wyższa od ustawy i która wydaje się bezdyskusyjna. Ustawa jest częścią tego prawa, które wiąże państwo prawne, zawiera w sobie «państwo legalne» lecz prawo takie podważa suwerenność ustawodawcy wynikającą z dominacji ustawy¹³. W tak kształtującym się państwie prawnym – pisze J.-M. Redor – ustawa nie jest już czymś najważniejszym, sztywnym i boskim. „Idea, że przepis emanuje bezpośrednio lub nie z woli powszechnej nie wystarcza oczywiście, aby stworzyć podstawy posłuszeństwa: ilość nie decyduje o prawie [...] wola powszechna musi również podporządkować się. W państwie prawnym należy uznać, że nie każda ustawa jest legitymowana, że są ustawy sprzeczne z prawem, a także w konsekwencji, że nielegalność może być legitymna. Inaczej mówiąc, prawo dominuje nad ustawą”. Idea prawa (idealnej ustawy) jest bowiem wyższa od konkretnej ustawy, jako aktu ustawodawcy. Państwo w świetle przedstawicieli omawianej doktryny jest związane prawem, to znaczy tym prawem, które rządzeni uważają za „słuszne” (według jednych autorów), za „dobro wspólne” lub „solidarność społeczną” (L. Duguit) według innych. W takich warunkach poszanowanie prawa jest warunkiem utrzymania siły państwa i utrzymania porządku. W takich też warunkach jest możliwe ograniczenie wolności publicznych i indywidualnych, a nawet ich pozbawienie.

W praktyce, z powodu braku efektywności samego prawa naturalnego, związanie państwa prawem polega na przestrzeganiu prawa pozytywnego, które respektuje prawo naturalne zrodzone w okresie Wielkiej Rewolucji. Prawo pozytywne jest więc prawem rzeczywistym, jeżeli jest zgodne z wartościami i prawami prawa naturalnego. Ustawa stanowi w tak ukształtowanym porządku prawnym tylko jeden z elementów. Winna się podporządkować nie tylko ustawom konstytucyjnym, ale także (wedle niektórych) Deklaracji praw, a w pewnych przypadkach także „prawu niepiśanemu”¹⁴.

Proponowany porządek prawny obejmuje zarówno prawo stanowione (pisane, jak: ustawy, rozporządzenia) i inne akty administracyjne, a nawet orzecznictwo, a także prawo niepisane. Obejmuje więc różne rodzaje źródeł prawa, o różnym pochodzeniu. Ale cechą zasadniczą tak rozumianego prawa w „państwie prawnym” jest to, że swą legitymację, wspólną dla wszystkich źródeł prawa, uzasadnia własną wartością. Pra-

¹³ M.-J. Redor, *De l'Etat legal à l'Etat de droit. L'Evolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1789–1914*, préface de J. Combacau, Paris–Marseille, s. 294.

¹⁴ *Ibidem*, s. 296–300.

wo jest autonomiczne i pierwotne wobec państwa, państwo winno być w swych działaniach związane prawem. Dotyczy to także ustawy, która w „państwie legalnym” uzasadnia swą legitymację pochodzeniem „zewnętrznym” i politycznym jako akt głosowania przez reprezentantów narodu, wyrażający w myśl obowiązującej ideologii, wolę powszechną. Nie ulega wątpliwości, że taki kształt państwa prawnego oparty o wspomniany porządek prawny, był atakiem na system ustrojowy III Republiki – apogeum państwa legalnego.

W tak zarysowanej koncepcji państwa prawnego państwo dedukuje swą legitymność z tego, że stosuje prawo. Porządek prawny kumuluje wszystkie różnorodne legitymności, „ale swoją wartość dedukuje z własnego istnienia; czerpie z siebie swoją własną moc, podczas gdy ustawa posiada swą wartość dzięki czynnikom zewnętrznym. System państwa legalnego opierał legitymność ustawy na swym pochodzeniu, na głosowaniu reprezentantów wybranych i uważanych za reprezentujących wolę powszechną [...] Wartość zasadnicza porządku wynika z wewnętrznej koherencji porządku prawnego, bardzo szybko upodobnionego do porządku logicznego: konstatacja sylogistyczna prawa dokonana przez sędziego może być dokonywana tylko w zgodzie z tym, że prawo jest traktowane jako porządek logiczny. Przy takich założeniach państwo jest koniecznie związane przez prawo bez uciekania się do jakiegokolwiek siły zewnętrznej, aby zagwarantować ten obowiązek [...]. Prawo cechuje się autonomią” – charakteryzuje koncepcję państwa prawnego kształtującą się w doktrynie francuskiej przełomu XIX i XX wieku J.-M. Redor¹⁵.

Główna idea takiej koncepcji jest zbieżna z dojrzałą niemiecką koncepcją *Rechtstaat* wyostrzoną w poglądach H. Kelsena, a mianowicie: autonomia prawa tworzącego hierarchiczny porządek prawny i wiążącego wszystkie organy państwowe. Ale samo prawo we francuskiej doktrynie państwa prawnego ma inny, bardziej zróżnicowany kształt; chodzi bowiem nie tylko o prawo stanowione. Inaczej również niż w doktrynie niemieckiej nie eliminuje się tutaj zasad prawa natury. Uznanie bowiem, że źródłem prawa stanowionego może być także prawo niepisane, prowadzi w gruncie rzeczy co najmniej do inspiracji prawnonaturalnych. Prowadzi również do szczególnego wzmocnienia pozycji sądów, które to prawo niepisane ustalają, aby je stosować.

4. Szczególną rolę odegrało tutaj orzecznictwo Rady Stanu (*Conseil d'Etat*), organu utworzonego w okresie rządów Napoleona Bonapartego

¹⁵ *Ibidem*, s. 302–304.

przez Konstytucję z 13 grudnia 1799 r., powołanego wówczas do przygotowania projektów ustaw i rozporządzeń administracji publicznej oraz będącego organem konsultacyjnym egzekutywy (art. 52). W wyniku ustawy uchwalonej 24 maja 1872 r. przyznającej Radzie Stanu kompetencje rozpatrywania skarg o nadużycia władzy przez władze administracyjne oraz uchylania aktów tych władz – stała się ona wkrótce, w konsekwencji przyjętego przez nią kierunku orzecznictwa (od wyroku w sprawie Cadot z 13 grudnia 1889 r.) organem niezależnym od władzy wykonawczej, dysponującym niezależną władzą jurysdykcyjną¹⁶.

Rada Stanu, przy okazji rozpatrywanych przez nią spraw, formułowała „powszechnie zasady prawa” (*les principes généraux du droit*), stosowane nawet w przypadku braku bezpośredniego tekstu prawnego. Zasady takie miały rangę ustawową. Choć w doktrynie francuskiej trwają spory co do charakteru normatywnego wspomnianych zasad, nie ulega wątpliwości, że generalnie Rada Stanu rozpoczęła w ten sposób, praktycznie od początku XX wieku działalność normotwórczą. Rada Stanu formułując „powszechnie zasady prawa” ustalała w ten sposób normy prawne, niepisane dotąd, będące źródłem prawa, inspirowana tekstami prawnymi, w szczególności Deklaracją z 1789 r., które takich norm nie zawierały¹⁷. Rada Stanu inspirowana była prawno-naturalnymi ideami i przepisami Deklaracji z 1789 r., chociaż nie przyznawała jej waloru tekstu prawa obowiązującego (tak, jak w poglądach R. Carré de Malberga i A. Esmeina). Wynikało to jasno z orzeczenia z 9 maja 1913 r. w sprawie Roubeau, w którym Rada Stanu odrzuciła jako podstawę prawną art. 6 Deklaracji z 1789 r. wskazywany przez skarżącego jako podstawa prawna skargi, ale zarazem stwierdziła, że zawarta w nim zasada wolności wobec prawa stanowi „powszechną zasadę prawa”¹⁸.

Wcześniej jeszcze, w orzeczeniu z 6 sierpnia 1909 r. w sprawie Winkell, Rada Stanu podkreśliła w uzasadnieniu, że strajk funkcjonariuszy publicznych stoi w sprzeczności z samym pojęciem służby publicznej i potrzebą jej ciągłości. Strajk został uznany za nielegalny, mimo braku odpowiedniego tekstu ustawowego, gdyż stoi w sprzeczności z zasadą służby publicznej, której celem jest zapewnienie ciągłości życia narodowego¹⁹. Jak widać, sformułowane powszechnie zasady prawa nie dotyczyły tylko bezpośredniej sfery praw i wolności jednostki. Po roku 1945 Rada Stanu ustalała coraz więcej omawianych zasad, mających

¹⁶ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris 2012, s. 206–207.

¹⁷ L. Favoreu (coordinateur), P. Gaïa, R. Ghevontian, L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris 1999, s. 204–205.

¹⁸ R. Letteron, *Libertés publiques*, Paris 2012, s. 20–21.

¹⁹ J.-J. Israël, *Droit des libertés fondamentales*, Paris 1998, s. 505.

charakter normatywny, cechujących się pewnym stopniem powszechności i abstrakcyjności. Duża część tych zasad koncentruje się wokół wolności, równości i bezpieczeństwa jednostki, inne dotyczą bardziej szczegółowych kwestii²⁰.

Doktryna państwa prawnego okresu III Republiki nie przewidywała kontroli konstytucyjności ustaw i innych aktów normatywnych. Wyzwolenie się z dominacji ustawy nie podważało jej kluczowej pozycji w porządku prawnym. Ochronę praw jednostki, która niewątpliwie pogłębiła się w tym okresie, zawdzięczano regulacji ustawowej, a wiele kwestii rozwiązywało sądownictwo administracyjne; później także sądownictwo powszechne. Ich orzecznictwo miało często charakter prawotwórczy, inspirowany Deklaracją praw z 1789 r., z której dedukowano co najmniej dyrektywy interpretacyjne. Autonomia porządku prawnego miała polegać na związaniu państwa prawem, przy czym prawem były nie tylko akty prawne formalnie stanowione; musiały one być zgodne z zasadami prawa, nie wyrażonymi bezpośrednio w tekstach ustaw, w których tkwią wartości podstawowe, jak idea sprawiedliwości czy dobro wspólne oraz wolności i prawa jednostki zawarte w Deklaracji z 1789 r. Sądownictwo, a zwłaszcza Rada Stanu, miało czuwać nad tym, aby orzekanie na gruncie ustaw było pełne (czasami uzupełnione przez sądy); wszystkie akty egzekutywy były kontrolowane przez Radę Stanu z punktu widzenia zgodności z ustawami, ale, jak widać, chodziło o zbadanie zgodności materialnej, systemowej, z uwzględnieniem „powszechnych zasad prawa”.

Jest to model państwa prawnego bliższy modelowi materialnemu w doktrynie niemieckiej (o którym wspomniano), ale też od niego istotnie się różniący z powodu istotnych wpływów prawa naturalnego oraz traktowania orzecznictwa sądowego jako źródła prawa.

5. Poglądy wspomnianego R. Carré de Malberga należą do nurtu mniejszościowego w doktrynie francuskiej. Są też bliskie nurtowi formalnemu państwa prawnego w doktrynie niemieckiej, a nawet koncepcji H. Kelsena. Konstruując porządek prawny oparty na aktach prawa stanowionego, koncentruje się on na szczególnej pozycji ustawy i dominującej pozycji ustawodawcy w okresie III Republiki. System polityczny III Republiki określa Carré de Malberg jako „państwo legalne”, w którym pozycja ustawy jest dominująca, nieograniczona materialnie. Ustawa wyznacza normy prawne administracji, która działa nie tylko w ramach prawa, ale na podstawie prawa ustawowego. Jest to konieczne także w „państwie

²⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Paris 2001, s. 96.

prawnym” (*l’Etat de droit*). Konstytucja francuska, podnosi Carré de Malberg wiąże administrację i „zapewnia obywatelom skuteczną ochronę w relacjach z władzą wykonawczą, nie wiąże jednak ustawodawcy, nie podporządkowuje go zasadzie poszanowania praw indywidualnych, co powinno go zobowiązywać w sposób bezwzględny. Aby nastąpiła realizacja państwa prawnego konieczne jest, by obywatele byli wyposażeni w oręż sprawiedliwości, który pozwoli im atakować akty państwowe, które naruszają ich prawa indywidualne. Otóż, według prawa francuskiego, taka możliwość istnieje, ale tylko wobec aktów administracyjnych i sądowych, które mogą być przedmiotem zaskarżenia z powodu naruszenia obowiązującego porządku prawnego. Nie ma natomiast możliwości zaskarżenia aktu ustawodawczego przez obywateli; konstytucja nie ustanowiła żadnej instytucji kompetentnej do oceny «ważności» takiego aktu” – sygnalizuje Carré de Malberg, podnosząc w gruncie rzeczy potrzebę wprowadzenia instytucji sądu konstytucyjnego²¹.

Jednakże instytucja ta została w pełni wprowadzona dopiero do Konstytucji z 4 października 1958 r. Konstytucja z 27 października 1946 r. wprowadziła specyficzną formę kontroli konstytucyjnej w postaci Komitetu Konstytucyjnego; dalece ograniczoną co do inicjatywy (wspólny wniosek prezydenta Republiki i premiera); nieposiadającą autonomii instytucjonalnej (w skład wchodził prezydent jako przewodniczący, premier i wybrani parlamentarzyści). Kognicja Komitetu Konstytucyjnego była również dalece ograniczona. Wydawał on mianowicie opinię, czy uchwalona ustawa (przed promulgacją) wymaga rewizji Konstytucji. Jeśli była zgodna z Konstytucją (w tym samym czasie Komitet zmierzał do uzgodnień między rządem i parlamentem) – mogła być opublikowana.

6. Konstytucja IV Republiki z 27 października 1946 roku poprzedzona była preambułą, w sposób zwięzły odnoszącą się do praw i wolności jednostki (poprzedni projekt z 19 kwietnia 1946 r. odrzucony w referendum zawierał obszerną Deklarację praw człowieka). Preambuła ta odegrała istotną rolę w zakresie pogłębienia ochrony wolności jednostki, nie tylko w okresie IV Republiki, ale jeszcze bardziej po wejściu w życie Konstytucji V Republiki z 4 października 1958 r. Preambuła Konstytucji IV Republiki wymienia jako „szczególnie konieczne w naszych czasach”, „zasady polityczne, ekonomiczne i społeczne”, prawa człowieka wychodzące poza Deklarację z 1789 r., między innymi: równe prawa kobiet, prawo do pracy, i „prawo do otrzymania zatrudnienia”, prawo do działalności związkowej i prawo do strajku (w granicach określonych przez

²¹ R. Carré de Malberg, *op. cit.*, s. 492–493.

ustawę), prawo do „ochrony zdrowia, bezpieczeństwa materialnego, odpoczynku i rozrywki”, prawo dzieci i dorosłych do edukacji, kształcenia zawodowego i kultury, przy czym edukacja publiczna jest bezpłatna i laicka na każdym jej stopniu; jest też obowiązkiem państwa.

Szczególne zainteresowanie ustrojowców wzbudził jednak ten fragment preambuły, który odnosił się do Deklaracji praw z 1789 r. oraz do „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki”. Stosowany fragment preambuły głosił bowiem, że naród francuski „potwierdza uroczyste prawa i wolności człowieka i obywatela uświęcone w Deklaracji praw z 1789 r. oraz fundamentalne zasady uznane przez ustawy Republiki”. Po raz pierwszy od dłuższego czasu Deklaracja z 1789 r. wymieniona jest w konstytucji, aczkolwiek w tekście preambuły. Sądy powszechne w okresie IV Republiki uznały walor jurydyczny preambuły, a w konsekwencji również walor normatywny Deklaracji²². Przyznawały jej jednak walor normatywny ustawowy, co oczywiste, gdyż nie mógł to być walor konstytucyjny.

Natomiast Rada Stanu najpierw kontynuowała stanowisko przyjęte w okresie III Republiki, zgodnie z którym nie przyznawano samej Deklaracji waloru normatywnego. Takie stanowisko Rada Stanu potwierdziła w opinii z 23 kwietnia 1947 r. stwierdzając, że przepisy preambuły mogą służyć tylko do interpretacji samego tekstu konstytucyjnego. Ale jej stanowisko zmieniło się w orzeczeniu z 7 lipca 1950 r. w sprawie Dehaene, dotyczącej strajku funkcjonariuszy służb publicznych. Rada Stanu uznała tutaj, że preambuła nie jest tekstem prawnym bezpośredniego zastosowania, ale jej przepisy mogą być traktowane jako „powszechne zasady prawa”, tzn. w konsekwencji mogą być stosowane, w hierarchii przepisów prawnych zajmują poziom ustaw zwykłych, ale ich interpretacja daje sędziemu więcej swobody. J. Robert zwraca uwagę, że orzeczenie w sprawie Dehaene zostało poprzedzone orzeczeniem w sprawie Lamotte z 17 lutego 1950 r. dotyczącym ustawy, która wykluczała zaskarżenie decyzji administracyjnych. W orzeczeniu tym Rada Stanu uznała, że możliwość zaskarżenia z powodu nadużycia władzy wynika z zasady legalizmu, dlatego ustawodawca nie mógł wykluczyć takiego środka prawnego. Charakterystyczne, że ze stanowiska powyższego wynika zwierzchność powyższej zasady nad tekstem przepisu ustawy. W praktyce orzeczniczej Deklaracja z 1789 r. traktowana była więc jako źródło prawa, chociaż jej przepisom prawnym nie nadawano charakteru konstytucyjnego ani ustawowego. Mają jednak, jak stwierdziła Rada Stanu, „pozytywną moc legalną”, ponieważ są wyrazem woli powszech-

²² J. Robert, *op. cit.*, s. 88.

nej i zawierają się w nich „podstawowe zasady” inspirujące działalność ustawodawczą oraz rządu i administracji, a sędzia jest zobowiązany do ich poszanowania.

W doktrynie nie było jednoznaczności co do normatywności preambuły Konstytucji z 1946 r. Zdaniem J. Roberta, Deklaracji należało przyznać w tym okresie generalnie walor normatywny, chociaż nie mogła być traktowana jako typowy tekst prawny i nie można było na niej opierać roszczeń jednostek²³. Ale np. Claude-Albert Colliard uważa, że preambuła nie miała wartości normatywnej, lecz walor moralny. Zdaniem zwolenników takiego podejścia, ograniczona kontrola konstytucyjna ustaw przewidziana w art. 92 Konstytucji z 1946 r. nie obejmowała kontroli zgodności ustaw z preambułą, a ponadto miała charakter dyrektyw (życzeń) skierowanych do przyszłego ustawodawcy²⁴.

Teoria powszechnych zasad prawa, będąca dziełem Rady Stanu, była dotknięta swoistą dwuznacznością – stwierdzają autorzy cytowanej tutaj wcześniej pracy. Z jednej strony – dowodzą – powszechne zasady prawa jako produkt konstrukcji orzeczniczej, to prawo niepisane, którego formalnym źródłem jest samo orzecznictwo, ale z drugiej żadna powszechna zasada prawa nie może być oderwana od tekstu pisanego, który ją inspirował. Powszechna zasada prawa jest źródłem prawa nie-pisanego, ale norma tej zasady nie może być oderwana od innej normy istniejącej wcześniej i będącej dla niej fundamentem. Tak było z większością powszechnych zasad ustalonych przez Radę Stanu, które zostały wyprowadzone z tekstów pisanych (Deklaracja 1789 r., preambuła z 1946 r.), np. zasada równości, zasada wolności, prawo własności²⁵.

7. Sytuacja zmieniła się po wejściu w życie Konstytucji z 4 października 1958 r. i w rezultacie orzecznictwa Rady Konstytucyjnej, organu w pełni autonomicznego w systemie władz sądu konstytucyjnego. Rada Konstytucyjna w swych orzeczeniach uznała preambułę Konstytucji z 1958 r., preambułę Konstytucji z 1946 r. oraz Deklarację praw z 1789 r. za część obowiązującej Konstytucji. Uznała, że powszechne zasady prawa, które wcześniej były oderwane od wspomnianych wyżej dokumentów, są obecnie, w przypadku większości z nich, zawarte bezpośrednio w tych

²³ *Ibidem*, s. 89–90 ; A. Jamróz, *O ochronie konstytucyjnej prawa do strajku we Francji*, [w:] *Z aktualnych zagadnień prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Księga Jubileuszowa Profesora Waleriana Sanetry*, Białystok 2013, s. 168.

²⁴ C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Paris 1989, s. 108. Podobnie w pracy zbiorowej (45 autorów) *Libertés et droits fondamentaux*, red. R. Cabrillac, Paris 2013, s. 22.

²⁵ L. Favoreu, *op. cit.*, s. 206.

dokumentach, posiadając ponadto walor (rangę) konstytucyjną. „Z tego powodu powołanie się na powszechne zasady prawa jako autonomiczną kategorię normatywną, stało się praktycznie mało użyteczne; wystarczy, aby sędzia zastosował formalnie źródła, którym Rada Konstytucyjna przyznała pozytywną moc normatywną, a mianowicie: w 1971 r. – preambule, a w 1973 r. Deklaracji”. Orzecznictwo Rady Stanu podąża obecnie tą drogą²⁶.

W ten sposób dawne powszechne zasady prawa, ustalone przez Radę Stanu, będące co najwyżej normami o randze ustawowej, stały się normami konstytucyjnymi. Te spośród dotychczasowych „powszechnych zasad prawa” ustalonych przez Radę Stanu, które nie uzyskały w powyższy sposób rangi konstytucyjnej (nie uległy konstytucjonalizacji), posiadają nadal w hierarchii źródeł prawa walor (rangę) ustawowy.

Preambuła Konstytucji z 4 października 1958 r. w związku sposób stanowi, że „naród francuski uroczyście ogłasza swoje przywiązanie do praw człowieka i zasad suwerenności narodowej, które zostały określone w Deklaracji z 1789 r., potwierdzone i uzupełnione przez preambułę Konstytucji z 1946 r.” Przypomnieć należy, że preambuła Konstytucji z 1946 r., do której odsyła Konstytucja z 1958 r. głosiła, że naród francuski uroczyście potwierdza prawa i wolności człowieka i obywatela, uświęcone przez Deklarację praw człowieka z 1789 r. oraz przez „fundamentalne zasady uznane przez ustawy Republiki”. Uznając pełną wartość normatywną obydwu preambuł, Rada Konstytucyjna uznała także pełną wartość normatywną Deklaracji z 1789 r. oraz fundamentalnych zasad uznanych przez ustawy Republiki (*les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*), gdyż naród francuski uroczyście ogłosił również swoje przywiązanie do praw i wolności mieszczących się w tej kategorii normatywnej (preambuła z 1946 r.).

W orzeczeniu z 16 lipca 1971 r. dotyczącym wolności stowarzyszeń Rada Konstytucyjna stwierdziła, że zasada wolności stowarzyszeń należy do „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki i uroczyście potwierdzonych przez preambułę Konstytucji” oraz, że zasada ta leży u podstaw przepisów powszechnych ustawy z 1 lipca 1901 r. dotyczącej umowy stowarzyszenia. W ten sposób Rada Konstytucyjna odwołała się do wzorców kontroli znajdujących się w preambule Konstytucji z 1946 r., która odsyła do „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki”. Orzeczenie z 16 lipca 1971 r. przyznało pozytywny walor konstytucyjny preambułom z 1946 r. i 1958 r., chociaż nie było w tej kwestii pierwsze (takim było orzeczenie z 19 czerwca 1970 r.).

²⁶ *Ibidem*, s. 206.

Omawiane orzeczenie przywołało, jako element konstytucji *sensu largo*, „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki”, tj. kategorię, do której nie odwoływano się w orzeczeniach od roku 1946. Rada Konstytucyjna w swych kolejnych orzeczeniach odwoływała się do wspomnianych „podstawowych zasad uznanych przez ustawy Republiki”, nadając im rangę konstytucyjną, między innymi: prawu obrony, wolności osobistej, wolności oświaty, niezależności sądownictwa administracyjnego, niezależności profesorów uniwersyteckich. Rada Stanu stosuje obecnie bezpośrednio podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki, ustalone przez Radę Konstytucyjną²⁷.

Precedensowe orzeczenie Rady Konstytucyjnej z 16 lipca 1971 r. uznając normatywność preambuł z 1946 r. i 1958 r., Deklaracji praw z 1789 r. oraz przyznając rangę konstytucyjną podstawowym zasadom uznanym przez ustawy Republiki, uznało zarazem, że obowiązującą konstytucję z 1958 r. na gruncie której orzeka Rada, tworzy nie tylko część strukturalna Konstytucji (Konstytucja *sensu stricto*), ale także obydwie preambuły (z 1946 r. i 1958 r.), Deklaracja praw z 1789 r. oraz „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki”. Wszystkie te kategorie stanowią segmenty „bloku konstytucyjnego”, wedle przyjętego w doktrynie określenia. W orzeczeniu z 10 lipca 1988 r. w sprawie ustawy amnestyjnej Rada Konstytucyjna zastrzegła, że wspomniane wyżej podstawowe zasady wynikają z ustaw republikańskich, które zostały uchwalone przed wejściem w życie preambuły Konstytucji z 1946 r.

8. Koncepcja państwa prawnego we Francji kształtowała się w sposób odrębny od głównego nurtu doktryny i praktyki niemieckiej, które podążały nurtem formalno-prawnym, wyrażonym w rozwiniętej postaci jako nurt pozytywizmu prawniczego. Na jego bazie ukształtowała się szkoła normatywizmu prawniczego, na czele z Kelsenem.

We Francji w okresie III Republiki, a więc w okresie, w którym obowiązywały ustrojowe ustawy konstytucyjne, doktryna państwa prawnego kształtowała się na bazie ścisłych związków z Deklaracją praw z 1789 r. i generalnie z ideami prawa natury. Ustawy konstytucyjne nie zawierały katalogu praw i wolności jednostki, ale w tym okresie zwiększyła się zdecydowanie ich ochrona ustawowa.

Uniezależniła się też w tym okresie od egzekutywy Rada Stanu, która w swoich orzeczeniach, także w sprawach praw jednostki, odwoływała się do pozaustawowych „powszechnych zasad prawa”. Cechą dok-

²⁷ L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris 2007, s. 237–252.

tryny państwa prawnego kształtującej się we Francji na przełomie XIX i XX wieku równolegle do powstających nowych instytucji stosowania prawa (sądownictwo Rady Stanu) było to, że, oprócz wspomnianych związków z prawem natury, źródłem prawa, oprócz aktów stanowionych, były też faktycznie niepisane zasady prawa w postaci wspomnianych „powszechnych zasad prawa” ustalonych przez Radę Stanu, oraz uwzględniane przez ustawodawcę „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki”. Obydwie kategorie zasad były źródłami prawa stanowionego, chociaż inspirowanego przede wszystkim Deklaracją praw z 1789 r.

Orzecznictwo Rady Konstytucyjnej wprowadzonej przez Konstytucję z 1958 r. nadało walor normatywny preambule Konstytucji z 1958 r., preambule Konstytucji z 1946 r. oraz Deklaracji praw z 1789 r., włączając je do „bloku konstytucyjnego”, konstytucji *sensu largo*, na gruncie której orzeka Rada Konstytucyjna. Do tak pojmowanej konstytucji włączone są w wyniku każdorazowego orzeczenia Rady Konstytucyjnej również „podstawowe zasady uznane przez ustawy Republiki”. W ten sposób zasady te oraz Deklaracja praw przestały być niepisaniem źródłem prawa; zostały włączone do prawa pozytywnego (do bloku konstytucyjnego). Jedynie „powszechnie zasady prawa” ustalone przez Radę Stanu pozostały źródłem prawa znajdującym się poza tekstami aktów prawnych.

Ale rola tej kategorii źródeł prawa zmniejsza się, gdyż Rada Konstytucyjna w swym orzecznictwie nadała rangę konstytucyjną wielu „powszechnym zasadom prawa”. W wyniku orzecznictwa Rady Konstytucyjnej nastąpiła pozytywizacja historycznych dokumentów (Deklaracja z 1789 r., preambuła z 1946 r.) i włączenie ich do konstytucji *sensu largo* (bloku konstytucyjnego), a wielu zasadom Rada Konstytucyjna nadała rangę konstytucyjną. Orzecznictwo Rady Konstytucyjnej wpłynęło na ewolucję się i autonomizację porządku prawnego. Orzecznictwo to stało się też źródłem praw i wolności jednostki, na gruncie Deklaracji z 1789 r. i preambuły z 1946 r., przy nader aktywistycznej linii orzeczniczej Rady, gdyż, jak wiadomo, Konstytucja z 1958 r. nie zawiera katalogu tych praw i wolności.

Nastąpiła również konstytucjonalizacja tych praw i wolności jednostki, które wcześniej miały rangę ustawową. Można więc powiedzieć, że orzecznictwo Rady Konstytucyjnej dokończyło proces kształtowania państwa prawnego we Francji.

JERZY MALEC

O RZĄDACH PRAWA W DAWNEJ POLSCE¹

Do końca istnienia monarchii stanowej ustroj państwa polskiego nie różnił się zasadniczo od form ustrojowych funkcjonujących w innych państwach europejskich. Sytuacja zaczęła się zmieniać w wyniku uzyskania przez szlachtę polską niezwykle szerokich przywilejów. Za kres monarchii stanowej w Polsce przyjmuje się rok 1454, kiedy stan szlachecki wywalczył sobie przodującą pozycję w państwie, pozbawiając króla sprawowania najwyższej władzy ustawodawczej, prawa nakładania podatków nadzwyczajnych czy zwoływania pospolitego ruszenia bez zgody szlacheckich sejmików ziemskich. W przeciwieństwie do większości krajów europejskich, w Polsce nie doszło zatem do wykształcenia się absolutyzmu, lecz narodziła się specyficzna forma ustrojowa – rzeczpospolita szlachecka.

Okres Rzeczypospolitej szlacheckiej, istniejący do upadku państwa w 1795 roku, cechowało przejęcie pełni władzy w ręce jednego stanu – szlachty, a zwłaszcza tej jego części, która określana jest mianem posesjonatów. Do początków XVII wieku dzierżyła ona władzę jako całość, później nastąpił zwrot w kierunku umocnienia się pozycji magnaterii kosztem pozostałych warstw stanu szlacheckiego. Dlatego przyjęło się stosować w odniesieniu do wczesnej formy Rzeczypospolitej miano

¹ Niniejszy tekst stanowi poszerzoną wersję artykułu *O rządach prawa w Rzeczypospolitej szlacheckiej uwag kilka*, opublikowanego w: *W pięćsetlecie konstytucji „Nihil novi”. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, red. A. Ajnenkiel, Warszawa 2006, s. 42–51.

demokracji szlacheckiej², a dla okresu późniejszego – rządów oligarchii magnackiej. Reformy państwa zapoczątkowane w 1764 roku, których apogeum przypadło na czasy Sejmu Czteroletniego i uchwalenie Konstytucji 3 maja, rozpoczynają ostatni etap tej formy ustrojowej, zwany okresem kształtowania się monarchii konstytucyjnej³.

Rzeczpospolita szlachecka charakteryzowała się oparciem wszelkich działań władzy publicznej na prawie stanowionym. Stanowi to cechę wyróżniającą to państwo od zdecydowanej większości państw europejskich epoki wczesnonowożytnej. Należy zatem prześledzić zasady funkcjonowania owej anomalii ustrojowej, funkcjonującej wśród systemów, w których jedynym źródłem prawa jawiła się wola absolutnego monarchy. W tym celu wypada scharakteryzować takie elementy ustroju Rzeczypospolitej, jak forma państwa, władza ustawodawcza, król i władza wykonawcza oraz sądownictwo.

1. Rzeczpospolita przyjęła w XVI wieku „republikańską” formę państwa – w ówczesnym rozumieniu, oznaczającym silny wpływ czynnika społecznego na rządy. Sama nazwa „rzeczpospolita” stanowiła zresztą dosłowne tłumaczenie łacińskiego *res publica*. Jednocześnie akcentowała charakter państwa jako wspólnoty jego obywateli. System ten cechowała postępująca słabość władzy monarszej. Stąd wytworzyło się przekonanie, że państwo polskie nie może być uznane za czystą monarchię, a raczej za formę mieszaną (*monarchia mixta*). Polegała ona na przyjęciu nomenklatury republikańskiej, przy jednoczesnym utrzymaniu instytucji monarchii. Po wprowadzeniu elekcyjności tronu monarcha ten był jednak wybierany przez ogół szlachty, podległy prawu, a nawet mógł być pozbawiony tronu przy pomocy prawa oporu. Prawo takie, słynny *articulus de non praestanda oboedientia*, zapisane zostało w uchwalonych w 1576 roku *Artykułach henrykowskich* i weszło do przysięgi koronacyjnej królów polskich⁴. W punkcie 21 zapisano: „A jeśli byśmy (czego Boże uchowaj) co przeciw prawom, wolnościom, artykułom, kondycjom wy-

² Trafność tej nazwy zakwestionował ostatnio W. Uruszczak podnosząc, że naród szlachecki miał co najwyżej możliwość współdziałania z monarchą i monarchią, nie będąc czynnikiem istotnie decydującym. Por. idem, *Swoistość systemów prawno-ustrojowych państw Europy Środkowowschodniej w XV–XVI wieku*, [w:] *Europa Środkowowschodnia od X do XVIII wieku – jedność czy różnorodność*, red. K. Baczkowski, J. Smołuca, Kraków 2005, s. 47–48.

³ Z. Kaczmarczyk, B. Leśnodorski, *Historia państwa i prawa Polski*, t. 2: *Od połowy XV wieku do r. 1795*, red. J. Bardach, Warszawa 1966, s. 31, 189, 474 i nast.

⁴ J. Malec, *Ustrój polityczny*, [w:] *Encyklopedia historyczna świata*, t. 5: *Historia nowożytna*, Kraków 2000, s. 125 i nast.

kroczyli albo czego nie dopełnili, tedy obywatele koronni obojga narodu od posłuszeństwa i wiary nam powinny wolne czyniemy i panowania⁵. Oznaczało to, że wszelkie naruszenia przez władzę uchwalonych wcześniej praw, przyznanych szlachcie przywilejów, artykułów henrykowskich czy *pactów conventów*, skutkowało zawiązaniem przeciwko panującemu konfederacji, która w takim przypadku przybierała formę rokoszu. Jak wiadomo, szlachta dwukrotnie z prawa tego skorzystała (rokosze Zebrzydowskiego oraz Lubomirskiego w XVII stuleciu).

Rzeczpospolita szlachecka od zawartej w 1569 roku unii lubelskiej była związkiem dwóch państw: Polski, czyli Korony oraz Wielkiego Księstwa Litewskiego, połączonych na zasadzie równości węzłem unii realnej, będącej swoistą formą konfederacji. W drugiej połowie XVIII wieku w charakterze związku polsko-litewskiego dokonała się pewna ewolucja. W wyniku tendencji centralizacyjnych oraz tworzenia nowych wspólnych instytucji, państwo polsko-litewskie, zwane Rzeczpospolitą Obojga Narodów, poczęło przeobrażać się w twór federacyjny – ze związku państw w państwo związkowe⁶. Unia lubelska zapoczątkowała współistnienie dwu narodów – a w zasadzie trzech: polskiego, litewskiego i ruskiego – przerwane dopiero po blisko dwustu pięćdziesięciu latach w wyniku rozbiorów Rzeczypospolitej.

Akt unii lubelskiej rozpoczynała deklaracja: „iż już Królestwo Polskie i Wielkie Księstwo Litewskie jest jedno nierozdzielne i nieróżne ciało, a także nieróżna ale jedna spolna Rzeczpospolita, która się ze dwu państw i narodów w jeden lud zniosła i spoiła”⁷.

Sformułowanie to mogłoby sugerować znacznie więcej, niż stanowił w rzeczywistości akt unii lubelskiej. Szczegółowe postanowienia gwarantowały bowiem wyraźnie odrębność prawnoustrojową Wielkiego Księstwa. W szczególności wynikało to z zapisu (pkt. 15): „iż przy tytule Wielkiego Księstwa Litewskiego, i dostojenstwach, i urzędziech wszystkich i zacności stanów [...] cale a nienaruszenie zostać ma, gdyż to zjednoczenia i społeczności tej roztargnienia i rozdziału nie czyni”⁸.

Trwałość unii miały zapewnić wspólny monarcha i wspólny sejm. Król wybrany na wspólnej elekcji stawał się zarazem wielkim księciem

⁵ *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa i prawa polskiego*, t. 1, cz. 1, wybór i oprac. J. Sawicki, Warszawa 1952, s. 155.

⁶ J. Malec, *Szkice z dziejów federalizmu i myśli federalistycznej w nowożytnej Europie*, Kraków 2003, wyd. drugie, s. 39 i nast.

⁷ *Akta unii Polski z Litwą, 1385–1791*, wyd. S. Kutrzeba, W. Semkowicz, Kraków 1932, s. 343; *Volumina Legum* [dalej VL], t. 2, Petersburg 1859, s. 89.

⁸ *Ibidem*, s. 91.

litewskim, „temu obojemu narodowi żeby już wiecznemi czasy jedna głowa, jeden pan i jeden król spólny rozkazował, który spólnemi głasy od Polaków i od Litwy obran, a miejsce obierania w Polsce, a potem na Krolestwo Polskie pomazan i koronowan w Krakowie będzie”⁹. Sejmy, odbywane w Warszawie, miały gromadzić przedstawicieli zarówno dygnitarzy, jak też posłów reprezentujących oba narody, zbierających się by „radzić o spólnych potrzebach”¹⁰. Ponadto akt lubelski wprowadzał jedność monety, różniącej się tylko stemplem oraz miejscem jej bicia. Zezwalał też na wzajemne nabywanie od siebie dóbr i swobodę przemieszczania się na obszarze Rzeczypospolitej.

Odrębność Wielkiego Księstwa przejawiała się w zachowaniu osobnych urzędów centralnych (choć identycznych, jak w Koronie), odrębnej administracji, wojska i skarbu litewskiego. Litwini zachowali także własne prawo sądowe, oparte na kodyfikacji, jaką stanowił uchwalony w 1566 r. II Statut litewski. Podkreślić wypada, że Korona – mimo podejmowanych kilkakrotnie prób – do rozbiorów nie zdołała skodyfikować systemu prawa ziemskiego, a sądy w Polsce stosowały pomocniczo prawo litewskie¹¹.

Gwarancję niezmienności traktatu lubelskiego zawierał ostatni jego punkt, stanowiący że: „wszystkie rzeczy tu postanowione i obwarowane ani przez JKMość, ani przez pany rady i inne wszystkie stany i posły ziemskie obojga narodów za spólnem zezwoleniem ani pojedynkiem, od której części i strony nie mają nigdy wiecznemi czasy być wzruszane i odmieniane, ale wieczne, całe i mocne zachowane być mają”¹².

W rzeczywistości wspólne ustawodawstwo sejmowe po roku 1569 upodabniało stopniowo ustrój Litwy i Korony, tworzących na zewnątrz jedną Rzeczpospolitą Obojga Narodów. Opierała się ona odtąd na zasadach ustrojowych stanowionych wyłącznie przez sejm walny, realizując tym samym zasadę rządów prawa.

⁹ *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa...*, s. 143.

¹⁰ „Sejmy i rady ten oboj narod ma zawždy mieć wspolne koronne pod krolem polskim, panem swym, i zasiadać tam panowie między pany osobami swemi, jako posłowie między posły i radzić o spólnych potrzebach tak na sejmie, jako i bez sejmu, w Polsce i w Litwie”. *Ibidem*, s. 144.

¹¹ J. Bardach, *O Rzeczpospolitą Obojga Narodów. Dzieje narodu i państwa polskiego*, Warszawa 1998, s. 19–26; idem, *Prawo litewskie w Koronie Królestwa Polskiego*, [w:] *Kultura Litwy i Polski w dziejach. Tożsamość i współistnienie*, red. J. Wyrozumski, Kraków 2000, s. 51–65.

¹² VL, t. 2, s. 92.

2. Najwyższym organem władzy w państwie był sejm, w którym monarcha był tylko jednym z trzech stanów sejmujących, obok senatu i izby poselskiej. Sejm walny ukształtował się w drugiej połowie XV wieku, rozszerzając swe kompetencje przez dwa następne stulecia. Od uchwalonej w 1505 roku konstytucji *Nihil novi*, zrównującej formalnie obie izby ustawodawcze w procesie legislacyjnym, umacniał pozycję średniej szlachty. Konstytucja owa potwierdzała monopol sejmu w zakresie władzy ustawodawczej głosząc, „iż odtąd na potomne czasy nic nowego stanowionym być nie ma przez nas i naszych następców bez wspólnego zezwolenia senatorów i posłów ziemskich, co by było z ujmą i ku ciężeniu Rzeczypospolitej oraz ze szkodą i krzywdą czyjąkolwiek tudzież zmierzano ku zmianie prawa ogólnego i wolności publicznej”¹³. Uważano, że za jego pośrednictwem szlachta realizuje swą suwerenną władzę w państwie. Stąd przejął on pełnię władzy ustawodawczej, uchwalanie podatków, zwoływanie pospolitego ruszenia i powoływanie wojska zaciężnego, prawo wypowiedzania wojny i kontrolę nad polityką zagraniczną. Do niego należało nadawanie szlachectwa (nobilacje oraz indygenaty dla szlachty cudzoziemskiej), a także stosowanie prawa łaski. Wszelka działalność organów władzy publicznej musiała być zgodna z prawem ustanowionym przez sejm.

Od czasu przyjęcia, jako fundamentalnych praw ustrojowych, *Artykułów henrykowskich*, monarcha zobowiązany był zwoływać sejm co dwa lata. W sytuacjach szczególnych przewidywano zwoływanie sejmów nadzwyczajnych, pomiędzy sesjami zwyczajnymi. Ściśle określony, krótki czas obrad (sześć tygodni, a sesje nadzwyczajne zaledwie dwa tygodnie) można było wydłużyć tylko za zgodą ogółu posłów. Porządek obrad kształtowany był w drodze praktyki i nigdy nie został wyczerpująco unormowany. Ustawy sejmu nosiły nazwę konstytucji i ogłaszane były w imieniu króla.

Do podjęcia uchwały sejmowej wymagana była jednomyślność wszystkich posłów, a także zgoda senatu oraz króla. Stało się to później jedną z głównych przyczyn kryzysu tej instytucji, a w rezultacie i całego państwa. Zaznaczyć trzeba, że w dobie demokracji szlacheckiej w praktyce często rezygnowano z tej zasady, przechodząc do porządku nad protestami oponentów. Przysługujące każdemu posłowi prawo sprzeciwu, osławione *liberum veto*, traktowane było początkowo jako środek zupełnie wyjątkowy, mający stanowić zabezpieczenie i gwarancję ochrony wolności szlacheckiej. Do połowy XVII wieku nie zdarzyło się, by jeden poseł doprowadził do zerwania obrad sejmu.

¹³ VL, t. 1, s. 137.

Na początku XVI wieku zwyciężył wśród szlachty pogląd o suwerenności prawa w państwie, któremu podporządkowany został także sam monarcha, zgodnie z zasadą, że: *in Polonia lex est rex*¹⁴. Konstytucja *Nihil novi* ograniczyła władzę królewską przekazując ustawodawstwo w ręce sejmu, w którym władca był jedynie jednym z trzech elementów procesu legislacyjnego. Pozostawiono mu najwyższą władzę administracyjną, ograniczoną jednak w praktyce głównie do obsady urzędów w państwie, formalnego zwierzchnictwa nad wojskiem oraz kierowania polityką zagraniczną w okresie między sejmami. Powodowało to ewoluowanie tej instytucji w kierunku zbliżonym do pozycji dożywotniego prezydenta „republik” szlacheckiej. W zestawieniu z modelem absolutystycznym, gdzie monarcha był prawem (*rex est lex*) i najwyższą władzą w państwie, w Polsce można było co najwyżej powtórzyć za Janem Zamoyskim, że *rex regnat et non gubernat*, przy czym owo panowanie ograniczono do minimum.

Instytucją mającą służyć królowi radą i sprawować kontrolę nad jego polityką, byli senatorowie rezydenci. Powoływano ich na sejmach zwyczajnych, w liczbie 16 na okres dwóch lat, przy czym u boku władcy stale przebywać miało czterech rezydentów. Ze swej działalności składali oni sprawozdania sejmowi. Wprowadzeni na mocy *Artykułów henrykowskich*, stanowili kolejny element ograniczający samodzielność monarchy¹⁵.

W strukturze urzędów centralnych i lokalnych nie zaszły od czasów monarchii stanowej większe zmiany. Nie uległ również rozbudowie zakres ich kompetencji. Nadal wszystkie one były obsadzone dożywotnio, bez przykładania szczególnej wagi do fachowości kandydatów. Całkowity brak nowoczesnych, zbiurokratyzowanych form administracji niezbyt chwalebnie wyróżniał Polskę od państw Europy Zachodniej.

¹⁴ W. Uruszczak, „*Sejm walny wszystkich państw naszych*”. *Konstytucja Nihil novi i sejm w Radomiu w 1505 roku*, Radom 2005, s. nlb. 5.

¹⁵ Gdyż to jest rzecz pewna i dostateczna, iż sama osoba królewska tak wielkich państw królestwa tego wszystkim sprawom zdołać nie może, za czym by w nierząd, w niebezpieczeństwo Korona przyjść mogła; przeto ustanawiamy i za wieczne prawo mieć chcemy, aby każdego sejm walnego naznaczeni i mianowani byli byli z rad koronnych osób 16 tak z Polski jaki i z Litwy i innych państw do Korony należących, z wiadomością wszech stanów, ku innym urzędnikom koronnym polskim i litewskim, którzy by u nas ustawicznie byli przestrzegając osoby dostojęstwa naszego i wolności pospolitej, bez której rady i widomości nic my i potomkowie nasi czynić nie mamy ani będziemy mogli w sprawach potocznych (nie wzruszając nic sejmowych); a ci panowie będą powinni przestrzegać, aby we wszystkich sprawach nic się nie działo przeciw powadze naszej i przeciw prawu pospolitemu, z czego będą potem powinni sprawę dawać na sejmie walnym blisko przyszłym”. *Wybór tekstów źródłowych z historii państwa...*, s. 153.

W terenie szlachta sprawowała rządy za pośrednictwem sejmików ziemskich. Te organy samorządu szlacheckiego, z uwagi na anachroniczną strukturę administracji lokalnej, zyskiwały stale na znaczeniu. Od połowy XVII wieku, w związku ze słabnącą pozycją sejmu i postępującą decentralizacją władzy wykonawczej, w nich począł się koncentrować główny zakres władzy państwowej. Doprowadziło to do wykształcenia się swoistej formy „rządów sejmikowych”¹⁶.

Do 1578 roku król był w Polsce najwyższym sędzią. W tym bowiem roku sejm obradujący w Warszawie powołał najwyższą instancję sądową pod nazwą Trybunału Głównego Koronnego (*Iudicium Ordinarium Generale Tribunalis Regni*)¹⁷, będącą sądem odwoławczym, sadzącym *causa omnes et singulas* od sądów ziemskich, grodzkich, podkomorskich. Trybunał osłabiał wprawdzie pozycję monarchy w strukturze wymiaru sprawiedliwości, był jednak zarazem wyrazem postępu w polskim sądownictwie, działając jako instytucja stała, zajmująca się tylko sądownictwem, oddzielona od administracji, działająca w oparciu o nowe zasady porządku prawnego¹⁸. Trybunał był jednocześnie pierwszym w Europie sądem całkowicie niezależnym od króla i sejmu. Co prawda do końca Rzeczypospolitej szlacheckiej istniała stanowa struktura sądownictwa, było to jednak sądownictwo oddzielone prawnie od pozostałych pionów władzy – ustawodawczej i wykonawczej, działające niemal wyłącznie w oparciu o prawo stanowione.

Można zatem stwierdzić, że w Polsce już z XVI stulecia doszło do praktycznego podziału władz według zasady, którą dwa wieki później sformułuje baron de Montesquieu, i która legła u podstaw ustrojów konstytucyjnych państwa burżuazyjnego.

W dobie oligarchii magnackiej sam model ustrojowy państwa nie uległ zmianie. Zmienił się natomiast, w związku z opanowaniem przez magnaterię struktur władzy, krąg osób decydujących o życiu politycznym kraju. Klęska rokoszan w 1607 roku stała się początkiem rządów magnaterii, która całkowicie przejęła ster władzy w drugiej połowie XVII wieku. Nastąpił wówczas dalszy upadek pozycji króla, a także – w wyniku kryzysu ekonomicznego po licznych wojnach tego stulecia – upadek

¹⁶ J. Malec, *Ustrój polityczny...*, s. 126 i nast.

¹⁷ VI, t. 2, s. 962–969. Zob. też: A. Lisiecki, *Trybunał Główny Koronny siedmią splendorów oświecony*, Kraków 1638; H. Rutkowski, *Trybunał Koronny w Piotrkowie*, [w:] *Dzieje Piotrkowa Trybunalskiego*, Łódź 1989; W. Zarzycki, *Trybunał Koronny dawnej Rzeczypospolitej*, Piotrków Trybunalski 1993.

¹⁸ W. Witkowski, *Trybunał Koronny w Lublinie – organizacja i funkcjonowanie*, [w:] *400-lecie utworzenia Trybunału Koronnego w Lublinie*, Lublin 1982, s. 59.

znaczenia politycznego średniej szlachty. Rozpowszechniła się w tym czasie doktryna głosząca apoteozę „złotej wolności” szlacheckiej, której podstawowe źrenice stanowić miały wolna elekcja i *liberum veto*. Zakładała ona też konieczność uzyskania równowagi *inter maiestatem et libertatem*, między królem, dążącym do wzmocnienia władzy kosztem szlachty, a wolnością szlachecką, prowadzącą ku anarchii. Instytucję strzegącą tej równowagi upatrywano w senacie, który coraz bardziej stawał się symbolem rządów oligarchicznych¹⁹. Nadużywanie *liberum veto* prowadziło do paraliżu obrad sejmu, a w konsekwencji i całego państwa.

3. Zasadniczą zmianę przyniosła druga połowa XVIII stulecia. W tym bowiem okresie jeszcze dobitniej daje się zauważyć podporządkowanie wszelkich działań państwa obowiązującemu prawu²⁰.

Momentem zwrotnym był sejm konwokacyjny 1764 roku, zwołany dla wyboru nowego władcy, na którym stronnictwo książąt Czartoryskich, zwane „Familią”, przeprowadziło szereg ważnych dla naprawy Rzeczypospolitej reform. I choć w dużej mierze były one połowiczne, rozpoczęły proces, którego punktem kulminacyjnym były uchwały Sejmu Czteroletniego – z Ustawą Rządową z 3 maja 1791 roku na czele.

Podjęta w 1764 roku reforma sejmu przyniosła ograniczenie zasady jednomyślności do najważniejszych spraw ustrojowych, spisanie regulaminu obrad oraz wzmocnienie pozycji marszałka izby poselskiej. Na sejmikach wprowadzono w wielu sprawach zasadę podejmowania uchwał większością głosów, ograniczono udział w nich szlachty gołoty, a także zniesiono zaprzysięganie instrukcji poselskich.

Dokonywać się zaczęła także zasadnicza przebudowa struktury aparatu administracyjnego państwa. Etap pierwszy, obejmujący lata 1764–1775, przyniósł powołanie do życia centralnych organów rządowych – opartych na zasadach kolegialności i resortowości – takich jak: komisje wielkie skarbu i wojska, Komisja Edukacji Narodowej czy – pierwszy w dziejach Rzeczypospolitej organ rządowy – Rada Nieustająca.

Składała się ona z pięciu departamentów, stanowiących odpowiednik resortów rządowych, to jest: Interesów Cudzoziemskich (sprawy zagraniczne), Policji, czyli Dobrego Porządku (sprawy wewnętrzne), Wojska, Sprawiedliwości i Skarbu. Do Rady należało kierownictwo i nadzór nad administracją w państwie, inicjatywa ustawodawcza, kontrola urzędni-

¹⁹ S. Grodziski, *Porównawcza historia ustrojów państwowych*, Kraków 1998, s. 152 i nast.

²⁰ J. Malec, *Studia z dziejów administracji nowożytnej*, Kraków 2003, s. 104 i nast.

ków centralnych, a od 1776 roku także interpretacja obowiązującego prawa. Członkowie Rady ponosili odpowiedzialność przed sądem sejmowym za przekroczenie swych uprawnień. Rada i jej departamenty miały obradować w sposób stały – dwa razy w tygodniu (choć w praktyce obradowały rzadziej). Od osób starających się o stanowisko konsyliarza wymagano odtąd także pewnej praktyki w administracji lub w służbie państwowej, co stwarzało podstawy prawne do formowania w Polsce zawodowej kadry urzędniczej. Poczęto też dbać o etykę urzędników, formułując postanowienia mające zapobiegać korupcji i łapówkarstwu. Równocześnie wprowadzono stałe pensje dla członków Rady Nieustającej w celu wyeliminowania nacisków na konsyliarzy ze strony koterii magnackich, czy obcych dworów, słusznie argumentując, że: „lepiej niech własna Ojczyzna płaci, bo gdyby był płacony od obcej, życzliwiej by tej sprzyjał, która płaci”.

Etap drugi, obejmujący reformy Sejmu Czteroletniego, dał Rzeczypospolitej nowoczesną konstytucję, dokonując pełniejszej reorganizacji aparatu władzy. Uchwalona 3 maja 1791 roku ustawa zasadnicza, realizując postulaty rzeczników reformy państwa, stworzyła nowoczesną strukturę władzy publicznej.

Oparta została na dwóch, wywodzących się z myśli politycznej doby oświecenia, fundamentalnych zasadach: zwierzchnictwa narodu i trójpodziału władz. Z ideą zwierzchnictwa narodu Jana Jakuba Rousseau korespondował zapis konstytucji, że „wszelka władza społeczności ludzkiej początek swój bierze z woli narodu”. Do monteskiuszowskiej zasady podziału władz nawiązywało stwierdzenie, że „trzy władze rząd narodu polskiego składać powinny, [...] to jest władza prawodawcza w stanach zgromadzonych, władza najwyższa wykonawcza w królu i straży i władza sądownicza w jurysdykcjach”.

Władza ustawodawcza należeć miała do dwuizbowego sejmu, w którym rola czynnika oligarchicznego – senatu – uległa ograniczeniu. Zniesiono ostatecznie *liberum veto*, jako „duchowi niniejszej konstytucji przeciwne, rząd obalające, społeczność niszczące”, tworząc jednocześnie instytucję sejmu „zawsze gotowego”, działającego przez cały okres dwuletniej kadencji, podczas której posłowie zachowywali swe mandaty i mogli być w każdej chwili wezwani na sesję nadzwyczajną. Wszystkie uchwały zapadały zwykłą lub kwalifikowaną większością głosów. Do izby poselskiej dopuszczono po raz pierwszy reprezentację mieszczaństwa, w liczbie 24 tzw. plenipotentów miast. Co 25 lat miał być zwoływany sejm konstytucyjny w celu dokonania rewizji ustawy zasadniczej. Uzasadniano to z jednej strony potrzebą zapobiegania „gwałtownym

i częstym odmianom konstytucji narodowej, z drugiej uznając potrzebę wydoskonalenia onej, po doświadczeniu jej skutków”.

Istotnej zmianie uległa pozycja monarchy, przede wszystkim przez wprowadzenie zasady dziedziczności tronu i zniesienie wolnej elekcji, jednego z głównych źródeł anarchii państwa. Króla postawiono wprawdzie na czele władzy wykonawczej, jednak z obowiązkiem kontrasygnowania wszystkich jego aktów publicznych przez odpowiednich ministrów, którzy ponosili z tego tytułu odpowiedzialność polityczną przed sejmem.

Wytworzona została wówczas w zasadzie hierarchiczna struktura władz wykonawczych z królem, Strażą Praw pełniącą funkcję rządu, komisjami rządowymi stanowiącymi centralne instytucje resortowe (wojska, skarbu, policji oraz edukacji) oraz komisjami porządkowymi, na których spoczywała realizacja funkcji zarządu lokalnego. Wszystkie te organy kolegialne zostały powołane na drodze ustawodawczej odpowiednimi konstytucjami sejmowymi. Działalność ich, jak i struktura określone zostały zatem w sposób wyraźny przepisami prawa. Funkcjonować mogły wyłącznie w ramach ustaw sejmowych oraz na ich podstawie.

Wyraźnie zostało to podkreślone w Konstytucji 3 maja. Sejmowi powierzała ona „władzę praw sobie stanowienia i moc baczności nad wszelką wykonawczą władzą”. Ta z kolei wyłącznie „do pilnowania praw i onych pełnienia ściśle jest obowiązana. Tam czynna z siebie będzie, gdzie prawa pozwalają, gdzie prawa potrzebują dozoru egzekucji, a nawet silnej pomocy”. Jednocześnie władza wykonawcza „nie będzie mogła praw stanowić ani tłumaczyć, podatków i poborów pod jakimkolwiek imieniem nakładać, długów publicznych zaciągać, rozkładu dochodów skarbowych przez sejm zrobionego odmieniać, wojny wydawać, pokoju ani traktatu i żadnego aktu dyplomatycznego *definitive* zawierać”²¹. Z działalności swej egzekutywa powinna się rozliczać przed sejmem, w szczególności poprzez składanie okresowych sprawozdań.

W konstytucji sejmowej poświęconej strukturze i funkcjonowaniu Straży Praw, a więc rządu, mówi się nadto, że sprzeczną z prawem byłaby każda decyzja, „przez którą władza wykonawcza przywłaszcza sobie moc stanowienia prawa lub onego tłumaczenia”, naruszająca konstytucję państwa, wolność osoby, słowa, druku czy prawo własności. Przeciwna prawu byłaby także decyzja ingerująca w wyroki sądów, czy wreszcie niezgodna z prawem o sejmach, sejmikach, komisjach rządowych,

²¹ VL, t. 9, Kraków 1889, s. 222.

wszelkich magistraturach i urzędach, „słowem, która narusza jakiekolwiek bądź prawo nie zniesione”²².

Wprowadzenie instytucji kontrasygnaty aktów królewskich, a w konsekwencji odmowa złożenia przez zasiadających w Straży ministrów podpisu pod aktem naruszającym prawo pod rygorem pociągnięcia do odpowiedzialności sądowej, prowadziło w rezultacie do związania prawem zarówno króla, jak i całego aparatu administracyjnego w państwie.

Przepisy stanowiące w Polsce stanisławowskiej jednoznacznie podkreślały podległość organów administracji prawu. Nie tylko bowiem aparat administracyjny miał wyraźnie zakreślony obszar działania, poza który nie mógł wykroczyć, lecz nadto obywatel, korzystając z przysługujących mu praw, mógł się domagać ich przestrzegania bądź realizacji od władzy administracyjnej. Wypada podkreślić także fakt stosunkowo ograniczonego zasięgu działania administracji w Polsce, między innymi z uwagi na liczne wyłączenia z zakresu jej kompetencji szeregu spraw (np. spraw podatkowych czy ingerencji w stosunki panujące w dobrach prywatnych). Pozwala to stwierdzić, że w Rzeczypospolitej zakres swobodnego działania administracji został ograniczony w sposób charakterystyczny dla etapu państwa prawnego, gdzie jest ona wyłącznie działalnością ściśle określoną przez ustawy, będącą ich wykonaniem i niewykazującą z tego punktu widzenia istotnej różnicy w stosunku do działalności organów sądowych.

Administracja polska w omawianym okresie, obok związania stanowionym prawem, podlegała także bieżącej kontroli ze strony organu ustawodawczego. Komisja Policji była zobowiązana na każdym sejmie zwyczajnym składać sprawozdania ze swych czynności oraz przedkładać rachunki z powierzonych jej pieczy funduszy. Każdy obywatel miał prawo przedkładać rozliczającej komisję deputacji sejmowej pisemne zażalenia na działalność zasiadających w komisji urzędników. Nie mogły one jednak dotyczyć czynności urzędowych komisji. Po sprawozdaniu deputacji sejm mógł udzielić komisji absolutorium lub nagany, skasować jej zarządzenia lub polecić pozwanie winnych przed sąd sejmowy. Podobnie uregulowany był stosunek do sejmu Komisji Wojskowej oraz Komisji Skarbu. Komisja Wojskowa odpowiadała przed sejmem w szczególności za użycie sił zbrojnych przeciwko sejmowi lub sejmikom, przeciw organom wykonawczym lub sądowym, jak również za uwięzienie obywatela osiadłego. Komisja Skarbu była zobowiązana do przedkładania sejmowi szczegółowych sprawozdań oraz tabel wszel-

²² *Ibidem*, s. 269.

kich przychodów i rozchodów skarbu, tabeli długów państwa, jak również bilansu handlowego. Związane to było z szeroką ingerencją sejmu w życie gospodarcze państwa.

Zakres czynności komisji został określony zarówno w sposób pozytywny, jak i negatywny. Przykładowo, Komisji Policji nie wolno było naruszać „przyrodzonych i zabezpieczonych ustawami Rzeczypospolitej praw wolności i własności osobistej obywateli i przechodniów”, rozciągać swej władzy poza miasta królewskie na miasta i wsie prywatne (w tym przypadku mogła służyć jedynie „radą i ostrzeżeniami”), zaciągać długów publicznych i nakładać podatków i opłat, stanowić praw oraz przejmować kompetencje innych władz. Pozytywny zakres czynności wyliczony został niezwykle szczegółowo, w sposób taksatywny, z pogrupowaniem kompetencji na sprawy „bezpieczeństwa i spokojności ogólnej całego kraju, bezpieczeństwa i spokojności szczególnej miast wolnych Rzeczypospolitej, wygody ogólnej całego kraju, wygody szczególnej miast” oraz na sprawy sądownicze²³.

W większości państw europejskich dopiero postulaty liberalizmu politycznego w XIX stuleciu przyniosły możliwość rozszerzenia kontroli rządu ze strony organu ustawodawczego w postaci odpowiedzialności konstytucyjnej i parlamentarnej ministrów. W Polsce natomiast Konstytucja 3 maja wyraźnie stanowiła w artykule VII: „W przypadku zaś gdyby większość dwóch trzecich części wotów sekretnych, obydwóch izb złączonych na sejmie, ministra bądź w Straży, bądź w urzędzie odmiany żądała; król natychmiast na jego miejsce innego nominować powinien. Chcąc, aby Straż praw narodowych obowiązana była, do ścisłej odpowiedzi narodowi, za wszelkie onych przestępstwa, stanowimy: iż gdy ministrowie będą oskarżeni przez deputacją, do egzaminowania ich czynności wyznaczoną o przestępstwo prawa, odpowiadać mają z osób i majątków swoich. W wszelkich takowych oskarżeniach stany zgromadzone prostą większością wotów izb złączonych odesłać obwinionych ministrów mają do sądów sejmowych po sprawiedliwe i wyrównujące przestępstwu ich ukaranie, lub przy dowiedzionej niewinności od sprawy i kary uwolnienie”²⁴.

Mamy tu zatem do czynienia zarówno z początkami odpowiedzialności politycznej, związanej z zasadą kontrasygnaty przez ministra określonych decyzji króla, jak i z wyraźną już całkiem odpowiedzialnością konstytucyjną, czyli prawną, przejawiającą się w możliwości pocią-

²³ B. Leśnodorski, *Dzieło Sejmu Czteroletniego (1788–1792). Studium historyczno-prawne*, Wrocław 1951, s. 325–328.

²⁴ VL, t. 9, s. 223–224.

gnięcia ministra przed sąd sejmowy za popełnienie określonego przestępstwa. Ta forma kontroli parlamentu nad rządem wystąpi w Europie kontynentalnej w zasadzie dopiero po Wiośnie Ludów (nieco wcześniej we Francji).

Nakreślony tu model ustrojowy nie przetrwał, niestety, długo. Jego ostateczny kres spowodowały wydarzenia mające miejsce po 1792 roku: konfederacja targowicka, sejm grodzieński i trzeci rozbiór Polski. Przyczyn upadku Rzeczypospolitej nie sposób jednak upatrywać wyłącznie w czynnikach zewnętrznych, czy w rozkładzie instytucji państwowych w epoce saskiej. Przyczyniła się do tego także niewytrzymująca konfrontacja ze scentralizowanymi monarchiami absolutnymi państw ościennych, próba budowania w Polsce państwa rządzącego się prawem.

**PAŃSTWO PRAWA
A INSTRUMENTY OCHRONY
PORZĄDKU PRAWNEGO**

WALDEMAR J. WOŁPIUK

KULTURA PRAWNA - WARTOŚCI JURYDYCZNE I SPOŁECZNE

1. Prawo, kultura i społeczeństwo to triada rzeczy i wyrażających je pojęć, które zostały stworzone przez ludzkość w procesie rozwoju cywilizacyjnego. Nie ma dowodów świadczących o tym, żeby którakolwiek z nich istniała naturalnie bez udziału społeczności ludzkich i bez dojrzałości tych społeczności do stanu determinującego ich stworzenie. Tak więc prawo, a wraz z nim będąca tak, jak ono, wytworem kultury ogólnej kultura prawna oraz społeczeństwo jako organizacja bytowania ludzkiego, zostały stworzone wówczas gdy ludzie osiągnęli odpowiedni poziom rozwoju cywilizacyjnego niezbędny do życia w systemie społeczeństwa zorganizowanego, nadto wtedy, gdy powstała potrzeba układania stosunków między ludźmi na podstawie norm kulturowych i prawnych.

Rzeczy, o których mówimy, nie mają charakteru *constans*. Po pierwsze dlatego, że zmieniały się i nadal zmieniają się w przebiegu dziejowym. Społeczeństwa współczesne nie mogą być porównywane ze społeczeństwami archaicznymi, zarówno ze względu na całkiem inną strukturę społeczną (zwłaszcza ze względu na eliminację niewolnictwa, wprowadzenie zasady równości człowieka i obywatela, a także ustanowienia ochrony wolności i praw jednostek oraz zbiorowości), sposób zorganizowania, jak i potrzeby w zakresie regulowania stosunków społecznych na podstawie prawa. Pomniki prawne trzech starożytnych despotii: egipskiej, mezopotamskiej i greckiej, nie były jednakowe w czasie ich powstawania, podlegały ewolucji w czasach antycznych, zakończyły

swoje istnienie gdy zmieniły się stosunki społeczne, których regulowaniu służyły¹. Będąc wytworem kultury antycznej i panujących wówczas stosunków społecznych, w zmienionych warunkach nie zachowały ciągłości w pierwotnej postaci. Mogły natomiast w pewnym stopniu służyć jako wzorzec do tworzenia prawa w warunkach społecznych starożytnego Rzymu i powstałej w nim kultury prawnej. Z kolei prawo rzymskie w schrystianizowanej formie i stało się podwaliną zarówno dla nauczania, jak i tworzenia oraz stosowania prawa w państwach europejskich².

Na przestrzeni dziejów ludzkich dokonały się także doniosłe zmiany w sferze kultury. Od czasu gdy Cyceron – opierając się na poglądach filozofów greckich – traktował kulturę jako uprawianie duszy³, stała się ona czynnikiem nie tylko dokonywania przez ludzi zmiany istniejącej rzeczywistości, lecz przede wszystkim siłą wszelkiego rozwoju, zarówno materialnego, jak i niematerialnego. Pod wpływem kultury, społeczeństwa zmieniły nie tylko życie na Ziemi, ale penetrują jej bliższe i dalsze otoczenie, aby wykorzystywać z pożytkiem dla ludzkości, istniejące w przestrzeni kosmicznej możliwości.

Pośród wielu idei świata antycznego i kultury śródziemnomorskiej na uwagę zasługuje urzeczywistniona praktycznie idea organizowania wspólnot ludzkich i stosunków międzyludzkich na podstawie prawa. Dla Europy i jej kręgu kulturowego (kultur kierujących się wzorcami wytworzonymi na gruncie filozofii greckiej, prawa rzymskiego i wiary judeochrześcijańskiej) stała się ona relewantną wartością społeczną, w rozwoju społeczeństw doprowadziła bowiem do stworzenia konstytucji (ustaw o zasadniczym znaczeniu dla egzystencji społeczeństw zorganizowanych we wspólnoty państwowe) i wykreowania klauzuli

¹ R. Tokarczyk: *Współczesne kultury prawne*, Warszawa 2012, s. 108.

² T. Giaro (za: B. Biondi, *Il diritto romano cristiano*, t. 1–3, Milano 1952–1954) zauważa, że dotychczas mylnie szukano wpływu prawa rzymskiego na prawo europejskie, zwłaszcza w prawie klasycznym okresu pryncypatu, mimo że systemem prawnym, który zasadniczo oddziałł na dalszą historię Europy było dopiero późne prawo rzymskie, stopniowo chrystianizowane – począwszy od cesarza Konstantyna Wielkiego, panującego w początku IV w. n.e. Por. T. Giaro, *Europejska geneza polskich wartości konstytucyjnych*, „Państwo Prawne” 2013, nr 3. Podobny pogląd wyraża R. Wojciechowski, twierdząc, że podstawą uniwersyteckich studiów prawa świeckiego od końca XI w. aż do końca XVIII w. było ustawodawstwo justyniańskie tworzone w VI stuleciu. R. Wojciechowski, *Źródła prawa rzymskiego jako przedmiot studiów uniwersyteckich w średniowieczu*, [w:] *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana dr A. Kramerowi*, red. F. Longchamps de Bérier, R. Sakowicz, M. Szpunar, Warszawa 2012, s. 234.

³ Cyceron, *Rozmowy tuskulańskie. O starości. O przyjaźni. O wróżbiarstwie*, Warszawa 2010, s. 69.

państwa prawnego, będącej fundamentem zarówno poszczególnych państw demokratycznych, jak i wartości, na których zbudowana jest Unia Europejska⁴.

Druga kwestia zasługująca na wyróżnienie – ze względu na dokonujące się zmiany – to wpływ interakcji między prawem, kulturą i społeczeństwem. Istniejące między nimi związki i wzajemne oddziaływanie powodują nieustające zmiany w charakterze i treści prawa, kultury i społeczeństwa. Prawo, które pierwotnie ograniczało się do norm zwyczajowych, współcześnie najczęściej ma postać norm ustanawianych przez upoważnione przez społeczeństwo podmioty i swoim zakresem obejmuje niemal wszelkie przejawy życia społecznego. Zauważa się m.in., że rozważanie „relacji prawa z kulturą czy też kultury z prawem, wskazuje jednoznacznie na wpływ prawa na kulturę i odwrotnie kultury na prawo”⁵. W systemach demokratycznych określone interakcje zachodzą też między społeczeństwem i stworzoną przez nie kulturą a prawem. Społeczeństwa dzisiejsze nie są, jak w dawnych formacjach ustrojowych, jedynie inercyjnym adresatem prawa, ale w systemach demokratycznych stają się aktywną stroną procesu prawotwórczego. Społeczeństwo – zwłaszcza społeczeństwo obywatelskie – jeżeli potrafi wymóc dla siebie niezbędne kompetencje konstytucyjne w tym zakresie i jest przygotowane do partycypacji w dziedzinie tworzenia prawa, to tym samym zapewnia sobie możliwość artykułowania wartości, które jego zdaniem powinny być wyrażone w postaci norm prawnych, oprócz tego ma szanse dysponowania prawem formułowania własnych potrzeb legislacyjnych. Ma też możliwość – przy pomocy mechanizmów demokratycznych – wpływania na treść stanowionego prawa i kontroli jego wykonywania. Patrząc retrospektywnie na sprawy, które tu określiliśmy jako istnienie interakcji między prawem, kulturą i społeczeństwem, należy odnotować fakt, że upodmiotowienie społeczeństwa w obecnej formie nie jest oparte na długoletnich doświadczeniach. Nie tylko ze względów ustrojowych, lecz także ze względu na różnice kulturowe i nieprzyjazne stosunki między państwami i ich społeczeństwami, a także ze względu na istniejące dawniej niedostatki w dziedzinie komunikacji społecznej i wymiany informacji. Staje się to widoczne,

⁴ Por. werset drugi i czwarty preambuły do Traktatu o Unii Europejskiej, a także jego art. 2, w którym postanowiono, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim”. Dz. Urz. UE 2010 C 83/1.

⁵ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 62.

zwłaszcza po skontrastowaniu z ułatwieniami wynikającymi z dostępem do współczesnych systemów informatycznych⁶.

Pewien wpływ na interakcję między prawem, kulturą i społeczeństwem mają czynniki tkwiące w edukacji społeczeństw, w stopniu rozwoju kulturalnego i w pozytywnej przebudowie mentalności jednych społeczeństw wobec innych społeczeństw i ich kultur. Przejawia się to m.in. w przenikaniu kultur i wzajemnym czerpaniu wartości tkwiących w obcych kulturach, tolerancji i ograniczaniu nieżyczliwych postaw wobec innych niż własne społeczeństw.

W rozważaniach o czynniku interakcji, nie można pominąć kwestii społecznej akceptacji dla zmian w dziedzinie kultury i prawa, zwłaszcza akceptacji obcych wpływów, recepcji obcych wzorów i doświadczeń. Wszelka akceptacja zmian, także zmian w dziedzinie kultury i prawa jest z reguły procesem długotrwałym, wymagającym zmian w poszczególnych społeczeństwach, promocji „otwarcia” na nowe wartości oraz zakorzenienia się postaw przyjaznych dla zmian w świadomości społecznej⁷. Dopiero wówczas adoptowane wzorce kulturowe i prawne mogą być stopniowo akceptowane, a implementowane normy (tak, jak ma to miejsce w systemie Unii Europejskiej) obowiązujące *de iure*, mogą stać się prawem obowiązującym *de facto*.

Wreszcie trzecie zagadnienie w sferze omawianych zmian odnosi się do rezultatów, jakie powoduje dynamizm przemian w sferze rozwoju

⁶ Jeśli przyjąć, że postulaty i oczekiwania na dobre prawo istniały w każdej formacji społecznej, to posłuch z nimi związany był w wysokim stopniu uzależniony od usytuowania podmiotów je formułujących w strukturze społecznej. Owe postulaty nie były dawniej znane powszechnie. Upodmiotowienie szerszych warstw społecznych w Europie rozpoczęło się dopiero w końcu XVIII w. i w różnym stopniu zakorzeniało się w poszczególnych częściach kontynentu. Dawniejsze społeczeństwa nie wymieniały na dzisiejszą skalę doświadczeń i informacji o tym, co społecznie dobre lub złe. Obca kultura i prawo były traktowane nieżyczliwie. Wrogość wobec obcej kultury i prawa nie była swoista tylko dla epoki antycznej, ale przetrwała do czasu współczesnego. (W.W. Tarn, G.T. Griffith, *Hellenistic Civilization*, London 1952, *passim*). Na osobną uwagę zasługuje kwestia narzucania we współczesnych warunkach swojej kultury przez silniej rozwinięte społeczeństwa, społeczeństwom słabiej rozwiniętym materialnie i kulturowo. Tego rodzaju postępowanie może wywoływać negatywne skutki w kulturze opartej na tradycyjnych wartościach i kształtowanej latami przez określone społeczeństwa. Zob.: J. Oniszczyk, *Kultura i wartości prawne*, „Zeszyty Naukowe WSZiP w Warszawie” (Prawo) 2006, nr 2, s. 9. Pozytywne skutki mogą natomiast wówczas, gdy przenikanie kultur przebiega w sposób naturalny i zapewnia swobodę, w zakresie absorpcji pewnych pożądaných wartości z jednej kultury do drugiej.

⁷ T. Giaro, *op. cit.*

prawa, kultury i społeczeństwa. Charakterystyczną cechą trzech ostatnich stuleci stały się zmiany w pozycji społeczeństw i jednostek, globalizacja stosunków między jednostkami, społeczeństwami i państwami. Pozytywne przekształcanie stosunku do człowieka i jego potrzeb. Pokojowe rozwiązywanie sporów między państwami, a tym samym pozytywne przemiany do spraw wojny i pokoju.

Chociaż proces upodmiotowienia społeczeństw i jednostek rozpoczął się w epoce oświecenia i nadal dokonuje się *in statu nascendi*, to wiek XX przyniósł przełomowe zmiany, m.in. w postaci: upowszechnienia praw człowieka w skali globalnej, szczególnie w wyniku ustanowienia w 1948 roku w systemie prawnym Organizacji Narodów Zjednoczonych uniwersalnego wzorca w postaci Deklaracji Praw Człowieka⁸ (której postanowieniom charakter prawnie wiążący nadały Pakty Praw Człowieka z roku 1966⁹), zniesienia systemu kolonialnego¹⁰, wprowadzenia systemu zapobiegania wojnom oraz stworzenia instrumentarium prawnego, umożliwiającego karanie ludobójstwa, zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości¹¹. Na osobną uwagę zasługuje fakt, że zmiany

⁸ Deklaracja Praw Człowieka przyjęta w formie rezolucji uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 10 grudnia 1948 r., określiła prawa jednostki w dziedzinie cywilnej, politycznej, gospodarczej, społecznej i kulturalnej, m.in. ustanawiając zasady w zakresie: wolności i bezpieczeństwa osobistego, prawa do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania, wolności słowa i stowarzyszania się.

⁹ Zob. m.in. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r., ratyfikowany przez Polskę 23 kwietnia 1977 r. (Dz.U. Nr 38, poz. 168).

¹⁰ Do procesu dekolonizacji w pewnym stopniu przyczyniła się ONZ; Karta NZ w rozdz. XI, zw. deklaracją w sprawie obszarów niesamodzielnych, ustaliła zasady, którymi powinny się kierować państwa zarządzające takimi obszarami oraz system powiernictwa, który przewidywał uzyskiwanie przez obszary powiernicze niepodległości; nakazem likwidacji wszelkich form kolonializmu była uchwalona w 1960 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym; w 1970 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ uznało prawo ludów kolonialnych do walki przeciw obcemu panowaniu, dalsze zaś utrzymywanie systemu kolonialnego za przestępstwo; w latach 80. i 90. proces dekolonizacji został praktycznie zakończony.

¹¹ Por. m.in.: R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington 1944; R. Bierzanek, *Wojna a prawo międzynarodowe*, Warszawa 1982. Niekiedy poddawana jest krytyce Organizacja Narodów Zjednoczonych, na której spoczywa ciężar odpowiedzialności za zapobieganie wojnom i utrzymanie pokoju. Przedmiotem krytyki bywa zwłaszcza powolność reakcji tej organizacji na zdarzenia groźne dla określonego rejonu, państwa lub ludności. Nie zawsze tego rodzaju wypowiedzi wynikają z przesłanek obiektywnych. Należy bowiem uwzględnić fakt,

w pozycji społeczeństw objęły nie tylko obszary rozwinięte gospodarczo i zaawansowane kulturowo, lecz także terytoria i państwa rozwijające się, należące dawniej do zacofanych ekonomicznie i kulturowo. W tego rodzaju państwach na skutek istnienia rozwoju społecznego stworzone zostały warunki do uczestnictwa w globalnej współpracy w ramach społeczności międzynarodowej oraz absorpcji światowego dorobku w dziedzinie kultury i prawa. Instrumenty prawa, kultura prawna i wynikające z niej wzorce, są w ostatnich dziesięcioleciach coraz szerzej upowszechniane w skali światowej. Dotyczy to także państw nie mających tradycji w zakresie posługiwania się tego rodzaju prawem, którego korzenie znajdują się w kulturze śródziemnomorskiej.

Europa po II wojnie światowej, a zwłaszcza po ustaniu stosunków „zimnowojennych” stała się kontynentem, na terenie którego w szczególności dużej skali i w sposób dynamiczny dokonują się zmiany społeczne, oraz zmiany w sferze kultury i prawa. W wydatny sposób przyczyniły się do tego procesy integracyjne dokonywane między państwami i społeczeństwami w ramach Unii Europejskiej i Rady Europy. Do katalogu rozległych osiągnięć europejskich należy przede wszystkim zaliczyć stworzenie regionalnego systemu (w ramach Rady Europy) ochrony praw człowieka – mającego postać Konwencji i Trybunału stojącego na straży wolności i praw¹². Oprócz tego do wybitnych rezultatów rozwoju społecznego Unii Europejskiej można zakwalifikować ustanowienie wspólnoty obywatelskiej, wyposażonej w wolności i prawa – chronione na podstawie Karty Praw Podstawowych¹³, uprawnionej ponadto do wyboru swoich przedstawicieli do Parlamentu Europejskiego i partycypacji wyborczej na szczeblu lokalnym w każdym państwie członkowskim Unii. Owa wspólnota wyposażona została też w doniosłą kompetencję w zakresie zbiorowego inspirowania działań prawodawczych instytucji Unii, które wyrażać mogą rozmaite potrzeby i interesy obywateli Unii¹⁴.

że ONZ dysponuje jedynie takimi kompetencjami prawnymi, jakie przyznała jej społeczność międzynarodowa, jako wyraz swojej woli. W szczególności nie można pominąć okoliczności, że w ramach posiadanych, skromnych kompetencji w zakresie utrzymania bezpieczeństwa, istnienie systemu i jego działanie przyczyniło się do zapobieżenia przez 68 lat konfliktowi zbrojnemu o skali większej niż lokalna i regionalna. Szerzej o praktycznej działalności ONZ na rzecz pokoju i bezpieczeństwa P. Grzebyk, *Ramy prawne użycia siły*, [w:] *Bezpieczeństwo międzynarodowe*, praca zbiorowa, Warszawa 2012, s. 131 i nast.

¹² Zob. art. 6 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2010 C 83/1).

¹³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹⁴ Zob. art. 10 i art. 11 Traktatu o Unii Europejskiej. W art. 10 ust. 2 postanowiono, że: „Obywatele są bezpośrednio reprezentowani na poziomie Unii w Parla-

Z punktu widzenia naszych rozważań na zaakcentowanie zasługuje również fakt, że Unia Europejska stanowi unikatowy związek państw i społeczeństw w którym stworzone zostały nowe zasady kultury prawnej w dziedzinie tworzenia i stosowania prawa, nazywanego niekiedy „unijnym”. Chodzi przede wszystkim o to, że zgodnie z zasadą przyznania¹⁵ ustaloną za zgodą państw członkowskich, Unia Europejska (i instytucje określone na podstawie norm traktatowych) dysponuje kompetencjami ustanawiania aktów prawa wewnątrznie obowiązującego w państwach Unii, a niektóre z nich mają moc bezpośrednio obowiązujących w porządku prawnym państw członkowskich.

Osobny nurt stanowi proces tzw. europeizacji różnych gałęzi prawa państw członkowskich. W ramach tego procesu w rozmaitych formach dokonuje się zbliżanie i ujednoczenie (lub podejmowane są próby ujednoczenia) regulacji prawnych¹⁶ i prowadzone są studia zmierzające do europeizacji dogmatycznych nauk prawnych¹⁷. Ów proces ma nie tylko doniosłe znaczenie utylitarne ułatwiające obrót prawny w jednoczącej się Europie, lecz także istotną wartość ze względu na wykorzystanie do-

mencie Europejskim”, a w ust. 3, że: „Każdy obywatel ma prawo uczestniczyć w życiu demokratycznym Unii. Decyzje są podejmowane w sposób jak najbardziej otwarty i zbliżony do obywatela”. Ponadto, w art. 10 ust. 4 stwierdza się, że: „Partie polityczne na poziomie europejskim przyczyniają się do [...] wyrażania woli obywateli Unii”. Z kolei w art. 11 ust. 1 postanowiono, że „Za pomocą odpowiednich środków instytucje umożliwiają obywatelom i stowarzyszeniom przedstawicielskim wypowiedanie się i publiczną wymianę poglądów we wszystkich dziedzinach działania Unii”, zaś w ust. 2 stwierdza się, że: instytucje Unii są zobowiązane do utrzymywania otwartego, przejrzystego i regularnego dialogu „ze stowarzyszeniami przedstawicielskimi i społeczeństwem obywatelskim”.

¹⁵ Por. art. 5 ust. 1 i 2 Traktatu o Unii Europejskiej.

¹⁶ W celu urzeczywistnienia wszystkich rodzajów polityki, przewidzianych w Traktacie o Unii Europejskiej i w Traktacie o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), porządek traktatowy przewiduje kompetencje instytucji Unii do ustanawiania aktów prawnych, umożliwiające ujednoczanie ustawodawstwa krajowych państw członkowskich, albo w wielu postanowieniach promuje zbliżanie ustawodawstwa i aktów wykonawczych. Na przykład współpraca wymiarów sprawiedliwości w sprawach karnych w Unii Europejskiej, na podstawie art. 82 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej opiera się na zasadzie wzajemnego uznawania wyroków i orzeczeń sądowych oraz obejmuje zbliżanie przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich. Zasady zbliżania ustawodawstwa określają też przepisy w innych dziedzinach. Na przykład w zakresie urzeczywistnienia wspólnych reguł w dziedzinie konkurencji i podatków, w art. 114–118 TFUE, przewidziane zostały zasady zbliżania ustawodawstwa.

¹⁷ Szerzej zob.: W.J. Wołpiuk, *Semantyczne, prawne i konstytucyjnoprawne aspekty pojęcia europeizacji* „Zeszyty Naukowe WSiP im. H. Chodkowskiej w Warszawie” 2008, nr 2 (29), s. 15–37.

świadczeń i dorobku prawnego wytworzonego w wielu kulturach prawnych społeczności europejskiej. Jednym z przejawów absorpcji tego rodzaju doświadczeń jest promowanie rozwiązań normatywnych zastępujących przepisy „twardego” prawa, które należą do tradycji prawa kontynentalnego (*civil law*), prawem „miękkim” (*soft law*). Oprócz tego w dziedzinie stosowania prawa, zwłaszcza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości ma miejsce zbliżanie praktyki orzeczniczej *common law* z systemem praktykowanym w ramach prawa kontynentalnego. Niektóre bowiem zasady podstawowe Unii Europejskiej (m.in. zasada odrębnego charakteru prawa wspólnotowego, zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego wobec prawa państw członkowskich¹⁸, zasada skutku bezpośredniego prawa wspólnotowego w porządkach prawnych państw członkowskich i zasada jednolitego stosowania prawa wspólnotowego), zostały wywiedzione przez Trybunał Sprawiedliwości na podstawie celów sformułowanych w treści traktatów, tworząc relewantne precedensy orzecznicze służące zapewnieniu poszanowania prawa unijnego i jego stosowania w obrocie prawnym Unii¹⁹.

Proces europeizacji prawa promowany przez Radę Europy ma inny charakter, ponieważ wynika z zadań tej organizacji, do której należy upowszechnianie wartości demokratycznych w drodze ustalania prawnych standardów działalności państw i społeczeństw europejskich, m.in. w zakresie ochrony praw człowieka, samorządności terytorialnej, dobrej administracji²⁰ i w wielu innych sprawach. O ile standardy demokratyczne są substratem kultury prawnej państw członkowskich Rady Europy i stanowią ich wspólny dorobek, o tyle sposób ich recepcji do porządków prawnych poszczególnych państw zdeterminowany jest przez istniejący w nich system prawny i tradycje prawotwórcze.

W konkluzji można stwierdzić, że połączenie wysiłku państw demokratycznych Europy, wspartych dorobkiem ich kultur prawnych dopro-

¹⁸ *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, wybór i red. W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumka. Warszawa 2001, s. 35 i 38–39.

¹⁹ *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej*, red. M.M. Kenig-Witkowska, Warszawa 2007, s. 209. O precedensowym charakterze orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pisze M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze „inter partes” i „erga omnes”*, [w:] *Precedens w polskim systemie prawa*, red. A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski, Warszawa 2010, s. 163 i nast.

²⁰ W.J. Wołpiuk, *Standardy Rady Europy w zakresie dobrej administracji i niektóre problemy ich wdrażania*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, red. J. Jaskiernia, Toruń 2010, s. 520–541.

wadziło do nowych zjawisk w zakresie powstania nowych form normatywnej regulacji bytu społeczeństw i do tworzenia zaczątku europejskiej kultury prawnej. Wprawdzie biorąc pod uwagę fakt, że nie wszystkie państwa europejskie biorą udział w procesie integracji europejskiej (lub że biorą w nim udział w rozmaity sposób) i tworzeniu podstaw wspólnej kultury europejskiej, to na skutek postępu w tym zakresie, można mówić, że europeizacja prawa, konstytuowanie nowych wartości wynikających zarówno z rodzącej się wspólnej kultury europejskiej, jak i kulturowania od dawna zakorzenionych zasad kultury, obejmuje coraz więcej społeczeństw i państw kontynentu²¹.

2. W dotychczasowej charakterystyce relacji między prawem, kulturą i społeczeństwem, przyjęliśmy, że kultura, a zwłaszcza jedna z jej odmian w postaci kultury prawnej, jest siłą sprawczą wpływu na prawo. Ponadto na odnotowanie zasługuje fakt, że kultura będąc z reguły nośnikiem pozytywnych wartości, może społeczeństwu zapewniać korzyści w postaci wpajania owych wartości do stosunków prawnych. Tego rodzaju spojrzenie na kulturę ma pewien związek z faktem, że od pewnego czasu w nauce utrwała się pogląd, że wiele zjawisk dawniej łączonych z cywilizacją, obecnie jest kojarzonych z kulturą. Wykształtowała się ponadto coraz większa skłonność nazywania kulturą i wiązania ze słowem kultura wielu zjawisk, instytucji (m.in. instytucji prawnych), stanu położenia jakiegoś przedmiotu, zachowań, sposobów działania²².

²¹ T. Giaro zauważa, że w miarę rozszerzania się Unii Europejskiej „zbliży się ona coraz bardziej do pojęcia Europy w sensie geograficznym i kulturowym, mimo że pojęcia te wciąż jeszcze pozostają odmienne.” T. Giaro, *op. cit.* W związku z powyższą uwagą na odnotowanie zasługuje fakt, że geograficzne ramy Europy ulegają rozszerzeniu, jeśli zważyć, iż niektóre państwa, nieuczestniczące w działalności Unii Europejskiej, biorą udział w pracach Rady Europy.

²² Według J. Oniszczyka, na wiele zagadnień dotyczących rozumienia i charakteru kultury wskazują nauki społeczne. Zauważa on, powołując się na opinię J.H. Turnera, że „teoria społeczna mgliście pojmuje istotę «kultury», wskutek czego cokolwiek – obiekty fizyczne, idee, światopogląd, stany subiektywne, zachowania, rytuały, myśli, emocje itd. – można rozważać jako «kulturowe»”. J. Oniszczyk, *Kultura i wartości państwa i prawa*, [w:] *Współczesne państwo w teorii i praktyce*, red. J. Oniszczyk, Warszawa 2011, s. 490 oraz cyt. tam praca: J.H. Turner, *Struktura teorii socjologicznej*, Warszawa 2004, s. 586. Przykładowo, w nauce organizacji i zarządzania kultura jest interpretowana (m.in. przez A.K. Koźmińskiego) jako najdoskonalszy regulator, gdyż ma zdolność do kształtowania parametrów postępowania uczestników organizacji. Dlatego kultura może tradycyjne środki zarządzania czy formalne procedury zarówno wzmacniać, jak i osłabiać czy zniekształcać. Biorąc pod uwagę fakt, że pewne procedury czy wskazania mogą

Na skutek tego wyrazem kultura zaczęto zastępować inne dawniej używane pojęcia albo zaczęto tworzyć nowe konstrukcje pojęciowe, w których słowo kultura pełni funkcję odmienną od tradycyjnej. Nie jest ono przede wszystkim – tak jak przedtem – opisem materialnego i duchowego dorobku ludzkości, ale słowem pomocniczym służącym do scharakteryzowania jakiegoś przedmiotu ze względu na jego jakość, właściwość albo szczególny przymiot. Zwykło się zatem mówić np. o opanowaniu jakiejś specjalności, umiejętności albo o wysokim poziomie czegoś jako o kulturze w określonym zakresie. Słowo kultura stało się niekiedy terminem pomocniczym, zastępującym inne wyrazy mogące charakteryzować rodzaj działania (zazwyczaj pozytywnego). Nie można w tym miejscu pominąć faktu, że wiele ocen określonych zjawisk powiązanych z kulturą ma podłoże subiektywne, na przykład wówczas gdy wynika z nastawienia emocjonalnego bądź przywiązania do wpojonych w pewien sposób przekonań. Kultura bywa zatem wartościowana (jako wyższa lub niższa, lepsza lub gorsza) i służy wartościowaniu pewnych rzeczy, zjawisk lub pojęć. Coś, co nie spełnia wysokich standardów, może być oceniane jako niewypełniające norm kulturowych. Wyraz kultura znalazł też zastosowanie w niepoliczalnych przypadkach do określania stanu różnego rodzaju zachowań i stosunków społecznych. W socjologii mówi się na przykład o istnieniu kultury zaufania traktowanej w stosunkach społecznych, jako normatywne reguły ufności i wiarygodności, egzekwowane przez sankcje społeczne²³.

Można niekiedy zaobserwować dużą swobodę, graniczącą z brakiem dyscypliny poznawczej, w zakresie posługiwania się wyrazem kultura dla określania wielu rzeczy i zjawisk, włączając w to prawo w ujęciu teoretycznym i dogmatycznym. Niewątpliwie język czyni coraz większe postępy i skutecznie wywiązuje się z zadania środka służącego do opisywania rzeczywistości²⁴ i innych funkcji poznawczych, ale stwarza też niebezpieczne sytuacje, zwłaszcza wtedy, gdy dokonywane jest bez-

być różnie rozumiane i wykonywane przez ludzi pochodzących z odmiennych kultur, stan mediacji międzykulturowej w dziedzinie zarządzania nazywany jest „kulturą organizacyjną”. A.K. Koźmiński, *Zarządzanie w warunkach niepewności. Podręcznik dla zaawansowanych*, Warszawa 2004, s. 181. W prawie międzynarodowym można odnotować fakt nazywania kulturowymi prawami zbiorowymi niemałej liczby praw ludzkich dość luźno powiązanych z kulturą. Sympozjum „The Impact of Collective Cultural Rights on General International Law –Relocating the Third-Generation Human Rights”, 24–25 czerwca 2013, Warszawa, Instytut Nauk Prawnych PAN.

²³ P. Sztompka, *Zaufanie. Fundament społeczeństwa*, Kraków 2007, s. 243 i 263.

²⁴ K.R. Popper, *Wiedza a zagadnienie ciała i umysłu*, Warszawa 1998, s. 138.

zasadne manipulowanie językiem, nieprzynoszące rezultatów w zdobywaniu wiedzy. Tego rodzaju niebezpieczeństwo istnieje m.in. w naukach społecznych odnotowujących deficyt odkryć naukowych. W nich bowiem może istnieć pokusa wprowadzania nowych pojęć w drodze manipulowania językiem, kreacji nowych pojęć, nieprzynoszących nowych treści, ale czyniących wrażenie nowości. Obowiązek falsyfikacji, obejmującego wszystkie nauki, wskazywałby – jak się zdaje – na potrzebę używania języka w granicach eliminujących szkodzącą poznaniu naukowemu dowolność.

Skoro stwierdzamy istnienie zagrożeń – wynikających z przejawów dowolności w zakresie posługiwania się wyrazem kultura do charakteryzowania jakiegoś przedmiotu, stanu niektórych zjawisk, zdarzeń itp., to w celu ustalenia racjonalnych granic jego użycia – w korelacji z pojęciem prawa – pożądane byłoby rozważenie treści, które są zawarte w wyrażeniu „kultura prawna”. Kierując się tym dążeniem, konieczne jest przede wszystkim odnotowanie braku istnienia jednej powszechnie uznawanej definicji tego wyrażenia i zauważenie istnienia różnie brzmiących objaśnień analizowanego terminu²⁵.

M. Borucka-Arctowa deklarując przywiązanie do normatywnej koncepcji kultury, określiła kulturę prawną „jako całość normatywnych wzorów zachowania i wartości związanych z tymi normami, społecznie zaakceptowanych, wyuczonych (czy też raczej przyjętych w drodze interakcji i wzajemnych kontaktów pomiędzy osobami i grupami osób), przekazywanych za pomocą symboli znaczeniowych bądź w obrębie jednego pokolenia (diachronicznie), bądź z pokolenia na pokolenie (synchronicznie), a więc gdy przekazywanie to ma cechy pewnej trwałości. W tak określonym pojęciu mieszczą się również wytwory działania, «pomniki prawa», a kryterium zaliczenia do kultury prawnej stanowi ich ścisły związek z normami prawnymi: są ich wyrazem i utrwaleniem”²⁶. W uzupełnieniu do treści powyższej definicji, jej autorka dodała, że „kultura to nie myślenie, mówienie, odczuwanie, wierzenia – to pewne normatywne wzory czynienia pewnych rzeczy w pewien sposób”²⁷.

Z kolei S. Wronkowska wyraziła pogląd, że wyrażenie „kultura prawna” odnosi się „do powszechnie podzielanego w danej społeczności, w szczególności we wspólnocie prawniczej, zbioru przekonań, jakie pra-

²⁵ Pesymistycznie o możliwości jednej definicji: K. Pałeczki, *O użyteczności pojęcia kultura prawna*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 2, s. 65.

²⁶ M. Borucka-Arctowa, *Kultura prawna na tle myśli filozoficznej i społecznej o kulturze*, „Studia Prawnicze” 2002, z. 1 (151), s. 14.

²⁷ *Ibidem*.

wo być powinno, jakim celem ma służyć [...] jak powinno być tworzone, interpretowane i stosowane”²⁸. Nawiązując do kwestii normatywnych wzorów, będącej składnikiem definicji M. Boruckiej-Arctowej, S. Wronkowska zauważyła, że ów zbiór przekonań nie służy jedynie do opisu zachowań, ale ma charakter normatywny, towarzyszące im bowiem usystematyzowane zasady i dyrektywy wyznaczają określone zachowania i wskazują, jak „osiągać cele prawa, a z jakich metod przy ich osiągnięciu zrezygnować”²⁹. W powyższych wypowiedziach daje się zauważyć wyraźna skłonność do traktowania funkcji kultury prawnej w sposób utylitarny, co wiąże się z pojmowaniem jej nie tylko jako substratu do debaty prawniczej, na podstawie której formułowane są wartości, zasady i dyrektywy kultury prawnej, ale jako wzorca dla praktyki prawniczej. S. Wronkowska w szczególności akcentuje fakt, że kultura prawna, będąc „swoistym środowiskiem prawa stanowionego” wyprzedza je, wskazując prawodawcy „cele prawa i akceptowalne środki ich realizacji”³⁰. Oprócz określania kierunku prawotwórstwa, kultura prawna posługując się rygorystycznymi kryteriami oceny stanowionych norm, ma zdolność pełnienia funkcji naprawczej, wobec „prawodawczych błędów” władzy prawodawczej. W ten sposób kultura prawna chroni fundamentalne wartości prawa, takie jak pewność, jawność, zaufanie w stosunkach między prawodawcą a adresatami stanowionych przez niego norm oraz zdolność prawa do kształtowania ładu społecznego³¹.

Według poglądów J. Oniszczyka, kultura prawna może być rozpatrywana w kontekście związku z kulturą polityczną. Twierdzi on, że w przypadku brania pod rozwagę „kultury prawnej określonego społeczeństwa najczęściej uważa się, że stanowi ona część jego kultury politycznej. Dlatego poziom kultury prawnej społeczeństwa wiąże się z odpowiednim poziomem jego kultury politycznej”³². Kierując się tą przesłanką J. Oniszczyk twierdzi, że „kultura prawna oznacza pewien

²⁸ S. Wronkowska, *O stanowieniu i ogłaszaniu prawa oraz o kulturze prawnej*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 4, s. 9.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, s. 15.

³¹ *Ibidem*.

³² J. Oniszczyk, *Kultura i wartości...*, s. 501. Cytowany autor zaznaczając, że kultura polityczna traktowana jest za fragment ogółu kultury, uważa, że w skład kultury politycznej społeczeństwa „wchodzą poglądy, idee, zasady, wartości, wzorce i normy postępowania ludzi oraz ich organizacji, które objaśniają pochodzenie władzy, prawa i miejsce człowieka w działalności organizacji państwowej. Poglądy te skierowane są na cele władzy państwowej, jej działalność i strukturę. Na kulturę polityczną składa się też wiedza o państwie i życiu politycznym”.

stan społeczeństwa złożony z takich elementów, jak: poglądy, idee prawne społeczeństwa, jakość treści i formy unormowań prawnych, sprawność realizacji norm prawnych, poziom wiedzy i informacji o prawie, zaufanie do prawa. Na rozwój kultury prawnej wpływ ma zatem rozwój prawa i form organizacyjnych realizacji prawa, a także pewne konwencjonalne zachowania w trakcie stosowania prawa czy sposób uzasadniania wyroków³³.

R. Tokarczyk wyraża pogląd, że dzięki wysokim walorom naukowym kultury prawnej (opisowym, ocennym i porządkującym) zasługuje ona na wyróżnienie „wśród innych form kultury normatywnej – religijnej, moralnej, politycznej”³⁴. Zdaniem R. Tokarczyka, rozróżnić trzeba „kulturę prawną w sensie szerszym od kultury prawnej w dwojakim sensie węższym”. Kultura prawna „w sensie szerszym obejmuje kulturę prawną w dwojakim sensie węższym jako: 1) stosunek wszystkich członków określonej grupy społecznej do prawa, 2) kulturę prawniczą jako stosunek do prawa tych, którzy je tworzą i stosują, głównie więc prawników. Odrębne traktowanie każdego z obu tych składników kultury prawnej w sensie szerszym wskazuje na kulturę prawną w sensie węższym”³⁵.

K. Pałeczki definiując kulturę jako ogół wzorów określających działania symboliczne (kultura to wszystko to, co wyznacza kształt specyficznie ludzkiego sposobu porozumiewania się) zaproponował, aby w „najbardziej ogólnym ujęciu nazwać kulturą prawną zespół społecznie dokonywanych działań symbolicznych, realizujących zawarte w prawie wzory działań symbolicznych”³⁶.

Zdaniem A. Gryniuk, kultura prawna stanowi jeden z przedmiotowo wydzielonych działów kultury, który można zaliczyć do kultury socjetalnej (społecznej). Ma zatem wszystkie cechy właściwe kulturze jako kategorii zjawisk „swoiście społecznych”. Odnosi się, tak jak kultura moralna, polityczna czy religijna, do stosunków społecznych, społecznych ról i interakcji³⁷.

Na podstawie treści cytowanych definicji trudno wyrobić sobie zdanie o tym, czym w sensie prawniczym jest wyrażenie „kultura prawna”. Rozważając możliwość, że „kultura prawna” może być m.in. uznawana

³³ *Ibidem*, s. 502.

³⁴ R. Tokarczyk, *op. cit.*, s. 64.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ K. Pałeczki, *op. cit.*, s. 70.

³⁷ A. Gryniuk, *Kultura prawna a świadomość prawna*, „Państwo i Prawo” 2002, z. 1, s. 15–16, 24 i nast.

za: instytucję prawną, formę postulatu albo zbiór postulatów w sprawie tworzenia, stosowania prawa i kontroli prawa, ideę prawniczą wyrażającą dążenie do zapewnienia społeczeństwu dobrego prawa, za rodzaj opisu wpływu kultury na jakość prawa, analizę prawa jako wytworu kultury określonego społeczeństwa (w jakichś warunkach i jakimś czasie³⁸), katalog wzorców i wartości w sprawie tworzenia i stosowania prawa, to biorąc pod uwagę zarówno wymienione, jak i inne prawdopodobieństwa, dostrzega się trudności w zakresie zdefiniowania istoty kultury prawnej. Jeśli bowiem uznalibyśmy – jak to robiliśmy dotychczas – kulturę prawną za rodzaj opisu wpływu kultury na prawo, to czyniąc ów opis nie byłibyśmy związani ścisłymi kryteriami. Zgoła inne warunki mogą wystąpić wówczas, gdybyśmy uznali kulturę prawną za dyrektywy tworzące katalog wzorców i wartości w sprawie tworzenia i stosowania prawa. Wiązało by się to przede wszystkim z ustaleniem, czy ów katalog ma mieć charakter uniwersalny, czy ma być dostosowany do warunków panujących pod rządami określonego systemu prawnego, w danym systemie społecznym oraz w jakim stopniu składniki owego katalogu byłyby skuteczne jako dyrektywy określające cele prawa oraz dyrektywy naprawcze w stosunku do błędów prawodawczych.

Powyższa uwaga nie wyczerpuje trudności w zdefiniowaniu istoty kultury prawnej. Inna jeszcze trudność może się bowiem pojawić, gdybyśmy poszukiwali wzorca służącego do oceny stanu urzeczywistniania kultury prawnej. W przypadku oceny jakiegoś zjawiska w sferze prawa, z reguły poszukiwany jest wzorzec określający np. nakazane lub zakazane zachowanie danego podmiotu w przewidzianej sytuacji. Istnienie tego rodzaju wzorców, np. konstytucyjnej zasady legalizmu, umożliwia ocenę czy organ władzy publicznej w określonej sytuacji należycie wykonywał powierzone mu obowiązki, przez to, że działał na podstawie i w granicach prawa. W zakresie kultury prawnej nie dysponujemy tego typu skatalogowanymi wzorcami. Normy prawne nie są bowiem tożsame z normami kulturowymi³⁹. Podobnie jak kultura prawna swoista dla

³⁸ O deskryptywnym traktowaniu kultury prawnej określonego kraju, kultury prawnej pewnej epoki oraz o kulturze prawnej mającej znaczenie ponadformalny (chodzi o doświadczenia prawników rzymskich, np. w dziedzinie prawa cywilnego), wspomina Z. Ziemiński, *Wartości konstytucyjne. Zarys problematyki*, Warszawa 1993, s. 55–56.

³⁹ B. Brożek, analizując jedną z teorii ewolucji kulturowej przedstawioną przez M. Tomasello (*Kulturowe źródła ludzkiego poznawania*, tłum. J. Rączaszek, Warszawa 2002) zauważa, że chociaż systemy normatywne człowieka, umysł ludzki i inne fenomeny rozwojowe mają podłoże biologiczne, to mają też charakter kulturowy bo wynikają z interakcji społecznych i są konieczne do komunikacji międzyludzkiej. Por. B. Brożek, *Normatywność prawa*, Warszawa 2012, s. 204.

danego państwa, nie jest tożsama z systemem prawnym w nim obowiązującym⁴⁰. Normy kulturowe budowane są zwłaszcza na paradygmacie moralności, rozsądku, zaufania, uczciwości i innych pożądanych zachowaniach w sferze stosunków społecznych – kojarzonych z dobrem i interesem publicznym. W kontekście powołanego przykładu jako normę kulturową i wzorzec moglibyśmy potraktować oczekiwanie, że organ władzy publicznej nie tylko będzie przestrzegał zasadę legalizmu (do czego jest zobowiązany normą konstytucyjną⁴¹), ale ponadto będzie działał rozsądnie, zgodnie z zaufaniem jakim obdarzyło go społeczeństwo oraz w sposób zapewniający urzeczywistnienie interesu publicznego i oczekiwań społecznych.

Jedną z rudymenarnych kwestii, sprawiających trudność zdefiniowania pojęcia „kultura prawna”, stanowi nieostrość znaczenie jego składników. Zarówno kultura, jak i prawo należą do pojęć, które są w nauce interpretowane w niejednoznaczny sposób⁴².

Inną z wielu kwestii, powstającą przy próbie określenia treści pojęcia „kultura prawna”, jest sprawa oddzielenia tych wszystkich przesłanek formalnych i aksjologicznych, które wynikają z obowiązujących nakazów i zakazów w zakresie stanowienia i stosowania prawa, od norm (wzorców) kulturowych mogących wpływać niezależnie od obowiązujących nakazów i zakazów na stanowienie i stosowanie prawa. Stoimy na stanowisku, że spośród rozmaitych koncepcji rozumienia pojęcia „kultura prawna”, na wyróżnienie zasługiwać może ujęcie aktywistyczne, pojmujące ten fenomen jako pewien swoisty rodzaj kultury, która ma związek z prawem za pośrednictwem norm (wzorców) kulturowych i oddziałuje nań, zarówno przez to, że wpływa zarówno na tworzenie, jak i na stosowanie prawa. Pojmowanie „kultury prawnej” jako norm (wzorców) kulturowych, sprawia, że jej przeznaczeniem nie jest moltiplikowanie tego, co już wynika z norm prawnych (formułujących nakazy i zakazy) i powinno być w pewien sposób egzekwowane (zgodnie z charakterem owych nakazów i zakazów), ale pełnienie przez nią funkcji autonomicznych i dodatkowych i przez to wpływania na prawo w inny sposób niż czynią to normy prawne. W tym sensie można traktować

⁴⁰ *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2007, s. 162.

⁴¹ Wynikającą z treści zasady sformułowanej w art. 7 Konstytucji RP z 1997 r., mówiącej, że „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”.

⁴² Pytanie o istotę prawa ponawia w swojej książce B. Brożek, *op. cit.*, s. 11 i nast. Z kolei S. Wronkowska, nie tylko zauważa, że określenie „kultura prawna” jest wysoce wieloznaczne, lecz także, że jest „zazwyczaj silnie zabarwione emocjonalnie”. S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 9.

„kulturę prawną” jako pewien dynamiczny zbiór norm kulturowych, których celem jest wpływanie na prawo. Sensowną kwestią byłoby rozstrzygnięcie stopnia autonomiczności norm kulturowych w stosunku do norm składających się na system prawny. Chodzi m.in. o to, w jakim stopniu w toku interakcji między kulturą a prawem, normy kulturowe zachowują swoją autonomiczność wobec norm prawnych⁴³. Powstawać może bowiem wątpliwość, czy wytworzone pod wpływem kultury prawnej normy składnikowe systemu prawa, na skutek alienacji od kultury prawnej tracą przymiot norm kulturowych i powinny być traktowane jako normy prawne, czy być może, powstaje sytuacja hybrydowa, nakazująca uznawać niektóre składniki systemu prawnego jako będące zarówno normami kulturowymi, jak i normami prawa.

Możliwe jest wymienienie znacznej liczby norm kulturowych, które będąc pewną ideą zostały przekształcone w postać normatywną. W zespole tego rodzaju idei, na szczególne docenienie zasługuje koncepcja państwa prawnego. Idea konstytuowania stosunków społecznych na podstawie prawa rodziła się od czasów antycznych, była podstawą praktyki prawniczej, a następnie została wyrażona wprost w niektórych konstytucjach⁴⁴. Normatywne znaczenie klauzuli państwa prawnego wynika tak samo z faktu, że jej urzeczywistnianie stanowi cenne dobro dla społeczeństwa, jak również z tego, że jej jądrem jest permanencja działania i rozwojowy charakter⁴⁵. O klauzuli państwa prawnego nie możemy powiedzieć, że w jakimś stadium stosunków społecznych została w pełni urzeczywistniona. Dzieje się tak, ponieważ w rozwoju tych stosunków pojawiają się nowe wyzwania. Gdy ich treścią są zmiany pozytywne, to oznaczają konieczność polepszenie prawnej sytuacji spo-

⁴³ Warto w tym miejscu przywołać pogląd S. Wronkowskiej, która analizując cechy kultury prawnej, stwierdziła, że nie można jej „utożsamiać z prawem” oraz że jest „autonomiczna wobec władzy prawodawczej i upomina się o autonomię prawa”. Zdaniem autorki, choć wiele wzorców kultury przyjęło postać aktów prawnych, to są też takie, które nie zostały w nich wyrażone „ale wspólnota prawnicza jednomyślnie uważa je za wiążące”. S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 14–15.

⁴⁴ Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 147–193; W.J. Wołpiuk, *U źródeł koncepcji demokratycznego państwa prawnego*, „Studia Prawnicze” 2004, nr 3 (161), s. 17–33.

⁴⁵ Por. *Rzeźbienie państwa prawa. 20 lat później. Rozmowa Ewy Łętowskiej z K. Sobczakiem*, Warszawa 2012; *Państwo prawa jeszcze w budowie. Andrzej Zoll w rozmowie z K. Sobczakiem*, Warszawa 2013; J. Kuciński, W.J. Wołpiuk, *Zasady ustroju politycznego państwa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Warszawa 2012, s. 207 i nast., 215, 221–222.

łeczeństwa w ramach państwa prawnego. Również kulturowy postulat niedyskryminacji przeszedł długą drogę. Będąc przez wieki normą kulturową elit społecznych, dla których był programem przeistoczenia go w normy prawne, stał się w większości państw (i tworców integracyjnych takich, jak Unia Europejska⁴⁶) relevantnym składnikiem systemu prawnego. Racjonalny wydaje się pogląd, że norma kulturowa promująca niedyskryminację nie straciła swojego bytu i przeznaczenia na skutek ustanowienia norm prawnych ustanawiających zasadę niedyskryminacji i zapewniających jej urzeczywistnienie. Pogląd ten wydaje się tym bardziej uzasadniony, że przejawy dyskryminacji mimo istnienia formalnej ochrony przed nią nie zostały całkowicie usunięte z życia społecznego oraz, że w życiu społeczeństw pojawiają się skomplikowane sytuacje związane z urzeczywistnianiem zakazu niedyskryminacji⁴⁷. Oprócz tego odnotowywane są nieznane poprzednio formy wykluczenia społecznego, które pod względem skutku społecznego zbliżone do objawów dyskryminacji.

Nie jest jednak naszym celem zarówno szczegółowe analizowanie przytoczonych przedtem przykładowych definicji, jak i podjęcie próby skonstruowania definicji w nowej postaci. Potraktujmy przeto przedstawione już problemy jako substrat do dalszych rozważań nad niektórymi wartościami wspólnymi dla kultury prawnej, prawa i społeczeństwa.

3. Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej nieznane jest pojęcie kultura prawna, ale we wstępie do niej umieszczona została wypowiedź, którą możemy traktować jako dyrektywę w sprawie sposobu urzeczywistniania celów społeczeństwa polskiego na podstawie ustawy zasadniczej. Postanowiono tam m.in., że ustanowiona Konstytucja RP ma źródło w kulturze zakorzenionej „w chrześcijańskim dziedzictwie Narodu i ogólnoludzkich wartościach”. Wspominając o tych wartościach, twórcy konstytucji kierowali się przesłanką dobra, które z nich wynika dla bytu społeczeństwa. Czterokrotnie we wstępie do Konstytucji RP wymienione zostały wartości oparte na paradygmacie dobra, by następnie w art. 1 tego aktu ustanowić klauzulę ustalającą, że Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. Bezspornie kategoria dobra wspólnego, jako wyraz fundamentalnych wartości organizacji ludzkiej, stanowić może przykład absorpcji do prawa norm kulturowych – zakorzenionych w filozofii antycznej, rozwijanych następnie w myśli

⁴⁶ Por. art. 18 i 19 TFUE.

⁴⁷ P. Borecki, *Status prawny osób bezwyznaniowych w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2007, z. 4, s. 25.

chrześcijańskiej⁴⁸ i we współczesnej nauce prawa konstytucyjnego⁴⁹. O ile dobro wspólne jako wartość konstytucyjna będąca pochodną norm kulturowych nie powinna budzić opozycji społecznych, gdyż ustanawia wspólnotowy model państwa, otwarty dla ogółu jednostek i obywateli⁵⁰, o tyle w takim samym stopniu nie można byłoby mówić o powszechnej akceptacji społecznej każdej wartości mającej, co prawda pochodzenie kulturowe, ale nie aprobowanej przez społeczeństwo.

Nie powinna budzić zastrzeżeń wypowiedź twierdząca, że kultura prawna urzeczywistniana w jakiejś formie promuje, tworzy i upowszechnia pewne – najczęściej dodatnie – wartości. Można też twierdzić, że do fenomenu można zaliczyć fakt, iż wartością jest zarówno istnienie kultury prawnej danego społeczeństwa, jak i prawa jako instrumentu regulowania stosunków społecznych. Tego rodzaju ujęcie sugerować jednak może istnienie pewnego stanu *in the book* a nie stanu *in the action*. Po to, aby kultura prawna i prawo służyły społeczeństwu, potrzebne jest wdrażanie ich w pewnej skutecznej formie. Chyba nie ma wątpliwości, że dla bytu społecznego wspólnoty państwowej istotne znaczenie ma nie tylko obecność kultury prawnej i prawa, ale pożytki ontyczne wynikające z urzeczywistniania norm kulturowych i norm prawnych, mających oparcie o wytworzone przez społeczeństwo i w pewien sposób akceptowane przez nie wartości.

Przyjęło się uważać, że w sensie społecznym wartościami jest to, co w mniemaniu jakiejś grupy społecznej jest cenione dodatnio lub ujemnie⁵¹. Społeczeństwo tworzy wartości przez to, że wyraża pewne dążenia przeistaczające się w jakiejś idee, poznaje myśli przewodnie wyznaczające cele oraz kierunki działania publicznego i formułuje o nich własne zdanie, uznaje je dla siebie za dobre lub złe z punktu widzenia określonego pożytku. Jedne wartości akceptuje i wspiera, inne zaś odrzuca. Zauważmy też, że społeczeństwo z perspektywy powstawania wartości występuje w podwójnej roli, zarówno w roli twórcy, jak i beneficjenta odnoszącego korzyści z ich istnienia.

Jeżeli posługujemy się pojęciem społeczeństwa, to czynimy to za pewnymi zastrzeżeniami. Należy do nich m.in. to, że nie pojmujemy

⁴⁸ M. Piechowiak, *Dobro wspólne jako fundament polskiego porządku konstytucyjnego*, Warszawa 2012.

⁴⁹ *Dobro wspólne. Problemy konstytucyjnoprawne i aksjologiczne*, red. W.J. Wołpiuk, Warszawa 2008.

⁵⁰ Wątpliwości w sprawie rozumienia dobra wspólnego i dobra ogółu wyrażał Z. Ziemiński, *op. cit.*, s. 27–29.

⁵¹ *Ibidem*, s. 15.

społeczeństwa jako wyidealizowanej, w pełni zorganizowanej, całkiem zespolonej z państwem zbiorowości, przyjmującej jednakowe opcje polityczno-ideowe i myślącej jednolicie. Przeciwnie, pojmujemy społeczeństwo jako zbiorowość pluralistyczną, mającą pod wieloma względami, zróżnicowane, i niekiedy przeciwstawne interesy, których źródłami jest nie tylko teraźniejszość, lecz także przeszłość i poglądy na przyszłość. Jedność moralno-polityczna społeczeństwa polskiego propagowana w latach 70. przez władze państwowe okazała się fikcją nie tylko dlatego, że była sprzeczna z rzeczywistością społeczną, lecz również dlatego, że nie istnieją – nawet w systemie autorytarnym – społeczeństwa całkowicie jednakowe, dążące do tych samych celów, wyznaczonych przez te same wartości. Uważamy w związku z tym, że termin społeczeństwo jest swoistą umownością słowną, która przedstawia opis niedookreślonej zbiorowości, o stosunkowo wysokim stopniu złożoności. Szczegółowe cechy społeczeństw mogą być ustalone dopiero w wyniku ich poznania. Mówiąc zatem o wartościach aprobowanych lub odrzucanych przez społeczeństwo, mamy na myśli tę część społeczeństwa, która posiadała zdolność przewagi w dyskursie publicznym, na skutek czego jej zdanie uznawane jest najczęściej za reprezentatywne dla całości. W społeczeństwach przywykłych do ustalania podstawowych wartości w ustawie zasadniczej, pojawia się możliwość wykreowania pewnych wartości nie tylko jako zespołu niewiążących dążeń, ale jako konstytucyjnych wypowiedzi normatywnych, przez co stają się one wzorcem dla systemu prawnego danego państwa i z tego tytułu powinny być przestrzegane⁵².

Należy zauważyć, że niektóre wartości występują nie tylko jako przejaw naturalnie i obiektywnie istniejących w społeczeństwie poglądów na doniosłe zjawiska życia zbiorowego, ale także jako wyraz doraźnych albo dalekosiężnych interesów politycznych, ideologicznych, ekonomicznych, moralnych, światopoglądowych i innych. Niekiedy siły polityczne sprawujące władzę, mogąc nie zadowalać się możliwością upowszechniania publicznego wartości będących źródłem ich partykularnych interesów. Uważając to za niewystarczające, usiłują narzucić je społeczeństwu w formie obowiązujących norm konstytucyjnych⁵³. Tego rodzaju postępowanie, jako będące w opozycji wobec części społeczeństwa, może powodować niebezpieczeństwo braku akceptacji konstytucji przez tę część społeczeństwa, która nie akceptuje niektórych wartości. To z kolei powoduje utrzymywanie się rozdźwięku między wartościami

⁵² *Ibidem*, s. 9.

⁵³ W.J. Wołpiuk, *Zasady oraz wartości a jakość konstytucji*, [w:] *Jakość prawa*, Warszawa 1994, s. 106–108.

mającymi moc prawną a poglądami społecznymi⁵⁴. Twierdzenie, że wartości są pochodnymi kultury danego społeczeństwa nie rozstrzyga więc w pełni kwestii zgodności – w pewien sposób ustanowionych wartości – uchodzących za swoiste dla danego społeczeństwa. Oprócz braku akceptacji dla pewnych wartości przez część społeczeństwa, istnieje może przejaw konfliktu między tradycyjnymi wzorcami (normami) kulturowymi, a wzorcami, które dotąd nie miały statusu wzorców kulturowych albo z pewnych względów moralnych lub światopoglądowych uchodziły za kontrwzorce. Jako przykład nowo rodzącego się wzorca może służyć postulat ochrony przed bólem, traktowany jako mający związek z godnością człowieka bo zbliżony do tortury obcej człowieczeństwu. Natomiast za przykład kontrwzorca, który zdobywa w niektórych społeczeństwach ocenę wzorca w zakresie kultury prawnej, może służyć postulat prawa do eutanazji, do której – zdaniem promujących ten postulat – może dochodzić w pewnych warunkach uznawanych za prawnie dopuszczalne ze względów medycznych oraz uzasadnione tym, że prawo do życia wynikające z doniosłych wartości humanitarnych nie oznacza obowiązku⁵⁵. Powyższe wypowiedzi mogą uzasadniać pogląd, że na skutek rozwoju stosunków społecznych i kultury prawnej, zwiększa się liczba wartości, bo oprócz dotąd istniejących, pojawiają się wartości nowe. Ulega także zmiana treści niektórych wartości. Prywatność człowieka jako wartość wyrosła z kultury, miała dotąd za zadanie promowanie ochrony jednostki przed wszechmocą państwa. We współczesnych warunkach, gdy źródłem zagrożenia dla prywatności człowieka są nie tylko bezprawne działania organów państwa, lecz także niepodlegające kontroli publicznej działania podmiotów prywatnych, gromadzących dane o kontaktach międzyludzkich, zwłaszcza w Internecie⁵⁶, istnieje potrzeba zrewidowania dotychczasowych poglądów na sposób urzeczywistniania ochrony prywatności. Zmienność sytuacji społecznej oraz związana z nią niestałość poglądów społecznych w sprawach ontycznych, mają wpływ zarówno na stan liczebny, jak i na charakter wartości wytwarzanych w sferze kultury prawnej. To z kolei może być uznane za

⁵⁴ Idem, *Inwentarium współtworzenia przez społeczeństwo Konstytucji RP z 1997 roku*, [w:] *Piętnaście lat Konstytucji RP z 1997 roku. Inspiracje, uregulowania, trwałość*, red. J. Kuciński, Warszawa 2012, s. 51–65.

⁵⁵ E. Gietka, *Eutanazja.info*, „Polityka” 2013, nr 40, s. 30.

⁵⁶ Z danych publicystycznych wynika, że w USA doszło do połączenia się dla wspólnego działania w celu inwigilacji użytkowników Internetu organów państwowych z firmami prywatnymi prowadzącymi usługi informatyczne, np. portalami społecznościowymi. P. Milewski, *Wujek Sam patrzy*, „Newsweek”, 17–23 czerwca 2013, s. 59–61.

jedną z przyczyn uniemożliwiających stworzenie uniwersalnego i stabilnego katalogu wartości kultury prawnej.

Jeżeli wcześniej wyraziliśmy pogląd, że kultura prawna stwarza autonomiczne i dodatkowe możliwości wpływania na prawo i urzeczywistniania owego wpływu w inny sposób niż czynią to normy prawne, to w przypadku wykorzystania wartości niesionych przez kulturę prawną, mogą powstawać pożądane przez społeczeństwo korzyści. Przede wszystkim zauważmy, że w systemie demokratycznym osobną wartość kultury prawnej stanowi możliwość wypowiedzi o społecznych potrzebach w zakresie stanowienia i wykonywania prawa, wyrażania opinii o planach państwa w zakresie stanowienia prawa i zmianach w prawie oraz wyrażania opinii o przymiotach i wadach obowiązującego prawa. Aktywność społeczna w tym zakresie, może w związku z tym wykraczać poza konwencjonalne ramy przewidziane w przepisach dla działalności prawotwórczej, sądowniczej, wykonawczej i kontrolnej organów państwa i kształtować się w drodze uzusu. Natomiast efektywność wykorzystania możliwości, których źródłem jest kultura prawna, zależy jednak od stanu rozwoju społeczeństwa obywatelskiego i sprawności jego działania.

W latach kryzysu, który w latach minionych przejawiał się m.in. brakiem zaufania społecznego do prawa, J. Stembrowicz zwracał uwagę na kulturę prawną jako mogącą być pomocnym remedium naprawy prawa⁵⁷. I słusznie, bo kultura prawna będąc w dyspozycji społeczeństwa, staje się cennym instrumentem projektowania dobrego prawa i usuwania złego prawa.

⁵⁷ J. Stembrowicz, *Prawo i kultura prawna*, [w:] *Wybrane problemy prawa konstytucyjnego*, Lublin 1985, s. 205.

TADEUSZ BIERNAT

POLE DYSKURSU LEGISLACYJNEGO
W DEMOKRATYCZNYM PAŃSTWIE PRAWA.
KILKA UWAG NA TEMAT STANDARDÓW
POPRAWNEJ LEGISLACJI

Ważnym elementem współczesnej idei demokratycznego państwa prawnego¹, jest demokratyczny charakter procesu stanowienia prawa, którego celem jest zapewnienie spójności całego systemu prawnego oraz zgodności z akceptowanymi zasadami. Z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego wynikają nie tylko wywodzone przez Trybunał Konstytucyjny zasady przyzwoitej legislacji, ale również warunki organizacji dyskursu, gwarantującego wszechstronną, mocno argumentowaną analizę przesłanek i uzasadniony kierunek interwencji prawnej. W tym opracowaniu podjęta zostanie próba charakterystyki etapu procesu prawotwórczego, który ma rozstrzygające znaczenie dla organizacji dyskursu. Uzupełnieniem tej charakterystyki jest zagadnienie standardów i procedur, odnoszonych do tak wyodrębnionego etapu tworzenia prawa. Ten kierunek rozważań i formułowane pytania mają dodatkowe uzasadnienie. W demokratycznym państwie prawa jest wyraźnie obserwowalny trend, aby możliwie szerokie spektrum działań władzy poddawać formalnie określonym procedurom, przede wszystkim regulacjom prawnym. Jest to niezbędny element umożliwiający kontrolę działań władczych. W związku z tym można postawić pytania dotyczące wypra-

¹ Na temat współczesnego rozumienia idei państwa prawnego zob. szerzej: Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 16 i nast.

cowanych standardów i poziomu regulacji prawnych odnoszących się do działań z zakresu procesu tworzenia prawa na jego najwcześniejszym etapie. Dwa pytania wydają się mieć kluczowe znaczenie. Pierwsze: czy z punktu widzenia efektywności i racjonalności procesu prawotwórczego obowiązujące standardy i regulacje są wystarczające? I drugie: w jakim kierunku powinny zmierzać nowe rozwiązania?

ETAP PRELEGISLACYJNY I JEGO CHARAKTERYSTYKA

Analizując proces prawotwórczy w Polsce oraz jego etapy, można wskazać na wyraźną linię demarkacyjną między działaniami podejmowanymi od momentu skorzystania z uprawnienia do inicjatywy ustawodawczej, a tym wszystkim, co poprzedza moment złożenia w Sejmie projektu ustawy. W literaturze spotyka się różne określeniami tak wydzielonych części procesu prawotwórczego. W dogmatyce prawa konstytucyjnego ta wstępna część procesu prawotwórczego jest wyraźnie oddzielana i traktowana w kategoriach inspiracji². Dwuczłonowy podział procesu prawotwórczego i wyróżnienie etapu legislacyjnego i prelegislacyjnego, chociaż uzasadniony na gruncie przepisów konstytucyjnych, jest bardzo ogólny i nie uwzględnia specyfiki działań, podejmowanych decyzji w pełnym wymiarze.

W opracowaniach z zakresu prawoznawstwa również oddziela się fazę prelegislacyjną od fazy legislacyjnej. Do pierwszej zalicza się te działania, które polegają na podejmowaniu decyzji politycznych stymulujących proces tworzenia prawa i działania prowadzące do opracowywania projektu aktu normatywnego. Do drugiej, działania ustanawiania aktu normatywnego. Propozycja bardziej rozbudowanego modelu jest tak przedstawiana: „W ujęciu modelowym proces tworzenia prawa może mieć strukturę trójczłonową, na którą składają się działania różnego typu. Człon pierwszy obejmowałby działania podejmowania decyzji politycznej, człon drugi – działania związane z opracowywaniem

² W kwestiach impulsu prawotwórczego zarysowane jest wyraźnie stanowisko, stwierdzające, że zgodnie z ustaloną od dawna praktyką i doktryną, inicjatywa ustawodawcza rozumiana jest jako „prawo przedkładania Sejmowi projektu ustawy z takim skutkiem prawnym, że organ ten obowiązany jest projekt rozpatrzyć w przewidzianej ku temu procedurze”. I dalej: „Nie jest więc inicjatywą ustawodawczą stosowanie różnych form inspirowania wydania ustawy, np. poprzez apele, skargi na ustawodawstwo, oddziaływania polityczne”. A. Szmyt, *Tryb uchwalania ustaw przez Sejm w świetle nowej konstytucji i regulaminu Sejmu*, „Raport”, nr 113, www.biurose.sejm.gov.pl/teksty/r-113.htm, s. 1.

projektu (projektów) aktu normatywnego, natomiast człon trzeci – procedurę legislacyjną, czyli działania ustanawiania i publikacji aktu. Ustalenia polityczno-prawne występują w pierwszym typie działań. Ich udział w pozostałych typach działań zależy od rodzaju systemu politycznego, w jakim dany proces legislacyjny ma miejsce i w konsekwencji – od rodzaju tego procesu³.

O tym, co poprzedza przygotowanie aktu normatywnego (najwcześniejsza część procesu prawotwórczego), na gruncie prawoznawstwa pisze się niewiele⁴. Chociaż na tym etapie podejmowane są niezmiernie ważne działania i decyzje, a zapadające rozstrzygnięcia mają fundamentalne znaczenie z punktu widzenia tworzenia prawa i jego treści, stosunkowo mniej rygorystycznie są traktowane kwestie proceduralne i respektowania przyjętych standardów. Temu zagadnieniu należy poświęcić więcej uwagi, z chwilą bowiem odejścia w ramach współczesnych systemów demokratycznych od czysto władczego modelu tworzenia prawa, problem budowania kierunkowych decyzji i rozstrzygnięć podejmowanych na tym etapie, nabiera większego znaczenia.

Kwestia wyróżnienia etapów tworzenia prawa może być analizowana szerzej, jeśli proces tworzenia prawa ujmuje się w kontekście decyzyjnym i organizacji dyskursu polityczno-prawnego. Proponowana rekonstrukcja oparta jest na dwóch przesłankach. Pierwsza dotyczy włączenia do procesu prawotwórczego takich działań i decyzji, które, przynajmniej potencjalnie, mogą stanowić o kształcie tworzonego prawa, wskazując uzasadnienia dla racjonalnie rozważanych alternatyw. Druga sprowadza się do waloryzacji wydzielonych etapów cyklu prawotwórczego⁵. Podstawą tego wydzielenia jest nie tylko aktywność uprawnionego podmiotu, potencjalna możliwość pojawienia się dodatkowych uczestników i podej-

³ A. Korybski, L. Leszczyński, A. Piątek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin 2003, s. 113.

⁴ W szerszym zakresie omawiane zagadnienie dotyczy źródeł prawa w znaczeniu materialnym. Na gruncie prawoznawstwa nie są to jednak zagadnienia szeroko omawiane. Przyjmuje się, że źródłami prawa w znaczeniu materialnym są obiektywne, realnie zachodzące procesy i zjawiska społeczne, polityczne i ekonomiczne. Motywy decyzyjne powinny odzwierciedlać ten stan, ale często jest on błędnie diagnozowany lub niedokładnie zbadany. Pomija się możliwą manipulację motywem, usprawiedliwiającą podejmowane decyzje polityczne.

⁵ Włączenie tych elementów powoduje, że dla odróżnienia używam określenia „cykl prawotwórczy”, zamiast proces legislacyjny. Sformalizowany i zinstytucjonalizowany (ustrojowo) proces legislacyjny, oparty na normach konstytucyjnych tak, jak jest on przedstawiany w literaturze przedmiotu, czyli od inicjatywy ustawodawczej do promulgacji uchwalonego i podpisanego aktu prawnego, jest „osnową” cyklu prawotwórczego.

mowanych działań, ale także możliwość identyfikacji cząstkowych decyzji i pełnej analizy ich treści. Takie podejście pozwala na wskazanie najwcześniejszych faz etapu prelegislacyjnego w następującej kolejności:

- a) identyfikacja konfliktu/problemu wymagającego rozwiązania,
- b) ustalenie, w formie artykulacji woli politycznej, celu podejmowanych działań wraz z niezbędnymi elementami strategii, wytyczającymi kierunek działania,
- c) ustalenie skali interwencji prawnej.

Ustalenie skali interwencji prawnej jest elementem łączącym z kolejnym segmentem etapu prelegislacyjnego, którym jest przygotowanie projektu aktu normatywnego w takiej postaci, w jakiej jest przedmiotem realizowania inicjatywy ustawodawczej.

Zaproponowany schemat interpretacji pozwala na przeanalizowanie dwóch kluczowych zagadnień z punktu widzenia tworzenia prawa. Umożliwia rekonstrukcję i przedstawienie ukierunkowanego działania politycznego w konkretnym obszarze, wskazania „wiodącej linii”. W konsekwencji pozwala to na skonfrontowanie w trakcie tworzenia prawa, każdej z decyzji prawotwórczych z tak wytyczonym kierunkiem. Pozwala również na kontrolę spójności cząstkowych decyzji, dokonywanych wyborów, stanowiących rodzaj łańcucha, gdzie każde z jego ogniw podlega odrębnemu uzasadnieniu. Umożliwia to zbadanie spójności dyskursu politycznego, ale również np. ekonomicznego z dyskursem prawnym i przekształcenie go w dyskurs legislacyjny.

Szersze określenie cyklu prawotwórczego znajduje uzasadnienie w treści przepisów. Dyrektywy sformułowane w § 1 ust. 1. załącznika do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”⁶ wskazują na to wyraźnie. Wspomniany przepis stanowi:

§ 1. 1. Podjęcie decyzji o przygotowaniu projektu ustawy poprzedza się:

- 1) wyznaczeniem i opisaniem stanu stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji organów władzy publicznej oraz wskazaniem pożądanych kierunków ich zmiany;
- 2) ustaleniem potencjalnych, prawnych i innych niż prawne, środków oddziaływania umożliwiających osiągnięcie zamierzonych celów;
- 3) określeniem przewidywanych skutków społecznych, gospodarczych, organizacyjnych, prawnych i finansowych każdego z rozważanych rozwiązań;

⁶ Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 98.

- 4) zasięgnięciem opinii podmiotów zainteresowanych rozstrzygnięciem sprawy;
- 5) dokonaniem wyboru sposobu interwencji organów władzy publicznej.

Identyfikacja problemu społecznego, politycznego lub ekonomicznego stanowi tylko wstęp do dalszych działań prawotwórczych. Główny problem procesu prawotwórczego sprowadza się do wskazania pożądanych kierunków zmiany, relewantnych wobec dokonanych ustaleń. Jest to również wskazanie i uzasadnienie alternatywnych możliwości działania i częściowych decyzji. Realizacja większości celów społecznych wymaga w jakimś zakresie ingerencji prawnej, ale różny jest charakter i waga regulowanych problemów. Z tego względu mamy do czynienia z występowaniem zróżnicowanej presji, przekształcanej przez system społeczny w zestaw impulsów stymulujących decyzje politycznego wyboru. Presji mającej swoje źródło w różnych segmentach systemu społeczno-politycznego i prawnego. Najważniejsze z nich to te, które są kwalifikowane jako „mocne roszczenia”, silnie wpływające na podejmowane decyzje.

Uwzględniając sformułowane wyżej uwagi przyjąć należy, że do grona zjawisk stanowiących przedmiot dyskursu legislacyjnego, poza charakterystyką problemu wymagającego interwencji organów władzy publicznej i wskazaniem kierunków zmiany, należą kwestie identyfikacji roszczeń, ich wagi i pozycji podmiotów artykułujących roszczenia. Zakładając racjonalność podmiotu decyzyjnego, działającego w warunkach wielostronnej presji przyjąć należy, że będzie on dążył do uzewnętrznienia maksymalnie szerokiego spektrum stanowisk i opinii, w celu poszerzenia pola informacji – przesłanek decyzji. Tym bardziej, że złożony i skomplikowany charakter relacji systemowych, o dużej dynamice społecznej, narzuca wysokie wymagania w zakresie identyfikacji problemu i opisanie stosunków społecznych w dziedzinie wymagającej interwencji organów władzy publicznej. Wskazane wyżej okoliczności decydują o wyznaczeniu pola i ram dyskursu polityczno-prawnego, a także jego organizacji w pierwszym etapie procesu prawotwórczego⁷.

⁷ Złożoność problematyki połączenia dyskursu politycznego i prawnego przez wyraźne określenie warunków jego prowadzenia, ukierunkowania, języka, znaczeń i możliwości kompromisu, tylko w części ujawniają omówione wyżej aspekty procesu tworzenia prawa. Całe spektrum można odnaleźć dokonując szczegółowych analiz w ramach *case study*. Takie rozważania, prowadzone nawet w ograniczonym wymiarze, ukazują wiele interesujących aspektów organizacji i koordynacji dyskursu. Analiza uzasadnień przygotowanych projektów ustaw wskazuje na wiele ciekawych kwestii, np. presja sprawiedliwości historycznej.

UPRAWNIENIA PODMIOTOWE

Jedną z ważniejszych kwestii związanych z charakterystyką etapu, do którego przypisuje się ważny zakres dyskursu legislacyjnego, jest ustalenie podmiotu i formy inicjowania procesu prawotwórczego. Często wskazuje się na pojawianie się na tym etapie impulsów prawotwórczych. „Impulsy do podjęcia prac legislacyjnych wychodzą na ogół od polityków, kierownictwa resortu, grup interesów, znacznie rzadziej od organizacji społecznych – napisała S. Wronkowska”⁸. Problem polega na przekształceniu takiego impulsu w decyzję i określenia rodzaju tej decyzji. Rozwijając tę myśl można powiedzieć, że problem polega również na weryfikacji tego, w jaki sposób dochodzi lub powinno dochodzić do wygenerowania tego impulsu, co powinno go poprzedzać.

Odtworzenie, opisanie tego procesu jest możliwe w drodze analizy działań podmiotów i sformalizowanych sposobów artykulacji decyzji prowadzących do inicjatywy ustawodawczej.

Badanie od strony formalnej inicjatyw ustawodawczych w okresie transformacji systemowej w Polsce wykazuje duże zróżnicowanie zaangażowania uprawnionych podmiotów. Widoczne są również znaczące zmiany.

W okresie intensywnych przemian ustrojowych występowało zjawisko znacznej przewagi inicjatyw poselskich nad innymi wnioskodawcami, podczas gdy w państwach o stabilnej strukturze rząd jest głównym inicjatorem zmian prawa. W I kadencji Sejmu (1991–1993), posłowie byli inicjatorami ponad 60% projektów, Rada Ministrów była inicjatorem prac ustawodawczych zaledwie w 26% przypadków⁹.

Szczegółowo analizowana sytuacja z okresu II kadencji Sejmu (1993–1997), zawierająca omówienie procesu legislacyjnego wskazuje, że wśród autorów 819 projektów ustaw (100%), które zostały wniesione do Sejmu do 20 czerwca 1997 r., zdecydowaną największą aktywnością wykazali się posłowie, którzy skorzystali z inicjatywy ustawodawczej 262 razy (45%). Trzeba podkreślić, że liczba ta nie obejmuje drugiej formy, poprzez którą zgodnie z regulaminem Sejmu realizuje się poselska inicjatywa ustawodawcza – projektów komisji sejmowych. Projekty wniesione przez komisje, w liczbie 69, stanowią 8% wszystkich

⁸ S. Wronkowska, *Tworzenie prawa w Polsce – ocena i proponowane kierunki zmian*, Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, „Przegląd Legislacyjny”, R. XIII, nr 1 (53), s. 13.

⁹ W. Odrowąż-Sypniewski, D. Chrzanowski, *Analiza projektów ustaw Sejmu I kadencji – stan na dzień 30 VI 1996*, „Raport BSE”, nr 100, s. 3.

wniesionych projektów. W rozpatrywanym okresie rząd wszczywał proces legislacyjny 344 razy (42%), prezydent – 27 razy (3%), natomiast Senat 20 razy (2%)¹⁰.

Taka tendencja utrzymywała się jeszcze w 1998 r. na początku kadencji III Sejmu (1997–2001). Projekty poselskie stanowiły 56% ogólnej liczby projektów, projekty komisji sejmowych, które faktycznie też są projektami poselskimi 4%, rządu 36% prezydenta i Senatu po 2%¹¹.

Jeśli porówna się to z późniejszymi okresami, widać wyraźnie odwracającą się tendencję. W pierwszym roku IV kadencji Sejmu (2001–2005), w okresie intensyfikacji działań legislacyjnych (przedstawiono 378 projektów ustaw), liczba inicjatyw rządowych to 67% z projektów wniesionych, a 25% to inicjatywy poselskie¹². Po dwóch latach IV kadencji sytuacja nie uległa zmianie, a przewaga inicjatyw rządowych była wyraźna¹³.

Charakterystyka zaangażowania uprawnionych podmiotów w inicjatywy legislacyjne wskazuje na spadek procentowego udziału projektów poselskich z 60% w I kadencji do 28% w IV kadencji i symetryczny wzrost projektów rządowych z 26% do 67%¹⁴.

Badania przeprowadzone aktualnie, nawiązujące do metodologicznych założeń badań wcześniejszych, obejmujące 1511 projektów ustaw, które w okresie od 15 listopada 2007 r. do 7 listopada 2011 r. były przedmiotem prac Sejmu, potwierdzają zachodzące zmiany¹⁵.

Jak piszą autorzy tego opracowania, „Spośród wszystkich podmiotów dysponujących prawem inicjatywy ustawodawczej, największą aktywnością wykazała się Rada Ministrów, która wniosła 674 projekty (45%). W rozpatrywanym okresie, posłowie skorzystali z inicjatywy ustawodawczej 493 razy (33%), przy czym liczba ta nie obejmuje drugiej

¹⁰ *Ibidem*, s. 6–7.

¹¹ D. Chrzanowski, P. Radziejewicz, W. Odrowąż-Sypniewski, *Analiza projektów ustaw Sejmu III kadencji – 20 października 1997 r., – 20 października 1999 r.*, „Raport BSE”, nr 169, s. 1.

¹² J. Lipski, *Analiza ilościowa projektów ustaw wniesionych do Sejmu IV kadencji w toku pierwszego roku jego działalności. Luty 2003*, „Raport BSE”, nr 210, s. 33.

¹³ J. Lipski, *Analiza ilościowa projektów ustaw wniesionych do Sejmu IV kadencji w toku pierwszych dwóch lat jego działalności*, „Raport” 2004, nr 221, s. 3.

¹⁴ Pełne dane i ich opracowanie tabelaryczne i graficzne, [w:] *Ustawy 2001–2005 Sejm IV Kadencji. Proces dostosowania prawa polskiego do prawa Unii Europejskiej*, praca zbiorowa, Prace Studialne, Biuro Studiów i Ekspertyz, Kancelaria Sejmu, s. 11.

¹⁵ O. Kazalska, J. Maśnicki, M. Żuralska, *Analiza działalności ustawodawczej Sejmu VI kadencji*, red. M. Żuralska, Warszawa 2012.

formy, poprzez którą zgodnie z Regulaminem Sejmu realizowana jest poselska inicjatywa ustawodawcza – projektów komisji sejmowych. Takich projektów było 183 i stanowiły one 12% wszystkich wniesionych projektów. Senat zainicjował proces legislacyjny 114 razy (7%), zaś prezydent 28 razy (2%). Jednocześnie do Sejmu wniesionych zostało 19 (1%) projektów będących realizacją obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej¹⁶. Autorzy podkreślają, że uzyskane dane potwierdzają utrzymywanie się, występującej od III kadencji Sejmu, liczebnej przewagi projektów Rady Ministrów. Zmiany w badanym okresie (z liczbą inicjatyw rządowych zrównała się bowiem łączna liczba projektów poselskich i komisyjnych), spowodowane były nie tyle spadkiem aktywności Rady Ministrów jako inicjatora postępowania legislacyjnego, ile szczególnie wysokim wzrostem aktywności komisji sejmowych. „Jak wynika z analizy, o tak wysokim wzroście aktywności komisji, przesądziła działalność Komisji Nadzwyczajnej «Przyjazne państwo» do spraw związanych z ograniczaniem biurokracji. Od momentu powołania, komisja ta skierowała do rozpatrzenia przez Sejm 126 projektów, co stanowi 69% wszystkich inicjatyw komisji sejmowych. Wyłączenie projektów komisji «Przyjazne państwo» z ogólnej liczby projektów komisyjnych, wskazuje na zaledwie jednoprotentowy wzrost udziału w ogólnej liczbie inicjatyw¹⁷».

Pytanie zasadnicze dotyczy tego, na jakiej podstawie można zbadać sposób ustalania celów legislacji i komponowania ich z konkretnym programem, strategią politycznego działania. To pytanie adresowane jest w stosunku do wszystkich podmiotów podejmujących inicjatywę ustawodawczą. Różny status podmiotów uprawnionych do inicjatywy ustawodawczej utrudnia charakterystykę procesu decyzyjnego z punktu widzenia organizacji i prowadzenia dyskursu polityczno-prawnego, mającego na celu prawidłowe zdiagnozowanie wybranego aspektu stosunków społecznych, uwzględnienie roszczeń, wskazanie wraz z uzasadnieniem, możliwych do realizacji celów i strategii działania oraz zakresu interwencji prawnej. Przyjmowane standardy nie tylko są różne dla poszczególnych podmiotów, ale także w różnym stopniu są realizowane.

Jeśli uważnie prześledzi się zachodzące zmiany, to daje się zauważyć, że głównym uczestnikiem gry procesu prawotwórczego w wymiarze przygotowywania ustaw jest władza wykonawcza, a występujące tendencje wskazują, że zdecydowana większość ustaw przyjmowanych przez parlament jest z przedłożenia rządowego. Jest to tendencja charakterystyczna dla systemów parlamentarnych i ma odniesienie nie tyl-

¹⁶ *Ibidem*, s. 12.

¹⁷ *Ibidem*, s. 14.

ko ilościowe, ale także jakościowe. „Niewątpliwie rząd (gabinet) jawi się jako najbardziej ważki uczestnik prawotwórczego procesu decyzyjnego. Jego działalność w tym zakresie obejmuje wszystkie stadia tego procesu, począwszy od planowania i projektowania ustawy, poprzez uchwalenie, aż po wykonywanie. Najczęściej na każdym z tych pól dominuje też nad drugim organem egzekutywy, zwłaszcza, gdy chodzi o kompetencje inicjatywne, które jednoznacznie implikowane są potrzebami związanymi z prowadzeniem polityki państwa, a to zasadniczo jest domeną rządu”¹⁸. Z tego względu, główne pytania stawiane w tym opracowaniu odnoszą się do organizacji procesu prawotwórczego realizowanego przez rząd.

POLE DISKURSU LEGISLACYJNEGO W PRACACH RZĄDU

W opracowaniach, w których analizuje się praktykę tworzenia prawa, jak np. Raporty Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, jest mowa o fazach prac legislacyjnych, a ta, która poprzedza fazę parlamentarną jest określana jako etap prac rządowych¹⁹. Takie określenie jest użyteczne z punktu widzenia przeprowadzanej analizy, ponieważ podkreśla fakt, że realne inicjowanie prac ustawodawczych i podejmowanie działań prowadzących do przygotowania aktu normatywnego oraz jego „pilotowanie” na następnym etapie, parlamentarnym, dokonuje się w ramach instytucji działających w sposób sformalizowany, zgodnie z ustalonymi prawnie procedurami. To oczywiście ułatwia wskazanie na wymiar formalny, określenie procedur decyzyjnych, decyzji podejmowanych w celu przygotowania projektu aktu normatywnego. Pamiętać jednak należy, że etap prac rządowych, obejmuje dwa, wyraźnie oddzielane procesy, wskazywane również w § 1 ust. 2. cytowanego wcześniej załącznika do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów²⁰.

¹⁸ S. Patyra, *Prawnopolityczne instrumenty oddziaływania rządu na proces ustawodawczy w systemie rządów parlamentarnych na przykładzie Wielkiej Brytanii i Francji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego. Kwartalnik” 2010, nr 2–3, s. 13.

¹⁹ S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 13.

²⁰ Przywołany przepis stanowi: „W przypadku podjęcia decyzji o przygotowaniu projektu ustawy, należy: 1) zapoznać się z dotychczasowym stanem prawnym, w tym z obowiązującymi ustawami, umowami międzynarodowymi, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana, prawodawstwem organizacji i organów międzynarodowych, których Rzeczpospolita Polska jest członkiem, oraz prawem Unii Europejskiej, obowiązującym w regulowanej dziedzinie; 2) ustalić skutki dotychczasowych uregulowań prawnych obowiązujących w danej dzie-

Mimo zazębiania się podejmowanych działań, rozbieżność prac rządowych na dwa etapy, które wyraźnie oddzielono tutaj w charakterystyce cyklu prawotwórczego, znajduje odzwierciedlenie w zakresie podejmowanych prac. Pierwszy koncentruje się na przygotowaniu założeń do projektowanej ustawy, drugi na opracowaniu projektu w wersji gotowej do złożenia do parlamentu.

Z ich charakterystyki, a także z przyjętych rozwiązań organizacyjnych (plan pracy rządu dotyczący projektów założeń do projektów ustaw), przyjmowanych w trybie ustalonym przez regulamin pracy Rady Ministrów wynika, że pole dyskursu polityczno-prawnego jest wyznaczone pierwszym etapem. Jego zakres, możliwy do odtworzenia na podstawie treści ust 3 § 9 wymienionego regulaminu wskazuje, że są to dyrektywy powtórzone z zasad techniki prawodawczej²¹.

W przypadku rządu kierunki legislacji wyznaczają programy polityczne. Mogą one być podstawą badania, przede wszystkim ze względu na ich prezentację w bardziej sformalizowanej postaci. Do nich można zaliczyć *exposé* premiera, dokumenty opracowane przez Radę Ministrów lub poszczególne ministerstwa. Istotnym, w omawianym zakresie, jest również fakt, że działania rządu są ujęte generalnie w ramy organizacyjne, określone proceduralnie w ramach kompetencyjnych uprawnień. Istnieje w związku z tym możliwość odtworzenia poszczególnych etapów decyzji, co jest praktycznie niemożliwe w wypadku analogicznych działań dotyczących inicjatyw poselskich.

dzinie; 3) określić cele, jakie zamierza się osiągnąć przez wydanie nowej ustawy; 4) ustalić alternatywne rozwiązania prawne, które mogą skutecznie służyć osiągnięciu założonych celów; 5) sformułować prognozy podstawowych i ubocznych skutków rozważanych alternatywnych rozwiązań prawnych, w tym ich wpływ na system prawa; 6) określić skutki finansowe poszczególnych alternatywnych rozwiązań prawnych oraz ustalić źródła ich pokrycia; 7) dokonać wyboru optymalnego w danych warunkach rozwiązania prawnego”.

²¹ Wystarczy przytoczyć fragment regulacji zawartej w § 9 ust. 3: „Organ wnioskujący, z zastrzeżeniem § 6 ust. 1a, opracowuje i uzgadnia z członkami Rady Ministrów oraz Szefem Kancelarii Prezesa Rady Ministrów projekt założeń projektu ustawy, obejmujący: 1) syntetyczne przedstawienie:

- a) aktualnego stanu stosunków społecznych w dziedzinie, której dotyczyć ma projektowana ustawa,
- b) aktualnego stanu prawnego w dziedzinie, której dotyczyć ma projektowana ustawa, w szczególności z uwzględnieniem obowiązujących ustaw, ratyfikowanych umów międzynarodowych i prawa Unii Europejskiej,
- c) potrzeby i celu uchwalenia projektowanej ustawy. Uchwała rady Ministrów z 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (M. P. Nr 13, poz. 221 z poz. zm.)”.

Przy opracowaniu raportu, Rada Legislacyjna przeprowadziła również badania na temat warunków, w jakich powstają w ministerstwach projekty ustaw, które są przedkładane przez ministrów Radzie Ministrów. Badania oparto na rozmowach-wywiadach z dyrektorami departamentów prawnych (prawno-legislacyjnych) wybranych ministerstw. W zakresie badania znalazły się zagadnienia, które dotyczyły omawianego wyżej zakresu decyzyjnego, między innymi: gdzie rodzą się pomysły przystąpienia do prac nad projektami ustaw, czy prowadzone są konsultacje (uzgodnienia) międzyparlamentarne w sprawie celowości i założeń projektowanej ustawy, kiedy i na jakim etapie dokonywana jest analiza oceny skutków realizacji²². Wyniki tych badań wskazują na zróżnicowanie działania w fazie przygotowawczej, gdy określane są założenia do projektu. Wynikają one z realizacji programu rządowego „np. w zakresie polityki zatrudnienia jest częścią Strategii Polityki Społecznej. Taki plan tworzony jest zawsze przy zmianie rządu i ma za zadanie realizować zapewnienia wyborcze partii formułujących rząd. Jest to nowa wizja regulacji prawnej stosunków zabezpieczenia społecznego i pracy”²³. W innym ministerstwie „znakomita większość inicjatyw dotyczących nowych projektów ustaw rodzi się w kierownictwie ministerstwa. Wynika to zarówno z inicjatyw własnych członków kierownictwa resortu, jak i z realizacji zadań rządowych”²⁴.

Obraz wynikający z tych badań, mimo że były one prowadzone w stosunkowo wąskim zakresie, wskazuje, iż poziom i zakres dyskursu polityczno-prawnego poprzedzającego przygotowanie aktu normatywnego jest słabym ogniwem w tworzeniu prawa. Potwierdza to również opinia zawarta w podsumowaniu, w której stwierdzono, że „tworzenie projektu aktu normatywnego, już na etapie jego założeń, powinno być poprzedzone szerokimi i gruntownymi konsultacjami społecznymi. Jakkolwiek wymóg taki w obecnych procedurach istnieje, to jednak jest on przestrzegany jedynie formalnie. Często procedurze konsultacji poddawany jest już gotowy projekt, a wyniki konsultacji nie są uwzględniane, jak również nie są nigdzie publikowane”²⁵.

²² P. Czchowski, S. Gebethner, M. Gersdorf, J. Wawrzyniak, *Organizacja i przebieg prac legislacyjnych w ministerstwach*, Raport Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, „Przegląd Legislacyjny” 2006, R. XIII, nr 1(53), s. 37.

²³ *Ibidem*, s. 38.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*, s. 45.

UZASADNIENIA DO USTAWY

Źródłem, na podstawie którego można odtwarzać podejmowane decyzje i próbować charakteryzować przebieg dyskursu polityczno-prawnego, są uzasadnienia do projektów ustaw. Uzasadnienia do projektów ustaw powinny dawać możliwość rekonstrukcji wszystkich kluczowych decyzji etapu prelegislacyjnego i przyjmowanych argumentów, rozstrzygających o ich treści. Wynika to z przyjętych rozwiązań proceduralnych.

Kwestia uzasadnień projektów aktów normatywnych jest rozwiązaniem typowym dla legislacji we współczesnych systemach demokratycznych²⁶. W rozdziale dotyczącym postępowania z projektami ustaw, w art. 34 ust 2 Regulaminu Sejmu, uregulowana jest kwestia uzasadnień, gdzie stwierdza się, że:

„2. Do projektu ustawy dołącza się uzasadnienie, które powinno:

1. wyjaśniać potrzebę i cel wydania ustawy,
2. przedstawiać rzeczywisty stan w dziedzinie, która ma być unormowana,

3. wykazywać różnicę pomiędzy dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym,

4. przedstawiać przewidywane skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne, [...]

3. Uzasadnienie powinno przedstawiać również wyniki przeprowadzonych konsultacji i dyskusji publicznych oraz informować o przedstawionych wariantach i opiniach, w szczególności jeżeli obowiązek zasięgnięcia takich opinii wynikał z przepisów ustawy. W wypadku komisyjnych i poselskich projektów ustaw, w stosunku do których nie przeprowadzono konsultacji, marszałek Sejmu przed skierowaniem do pierwszego czytania kieruje projekt do konsultacji w trybie i na zasadach określonych w odrębnych ustawach”.

Określone w ust. 2 pkt 1 i 2 oraz w ust. 3 wymienionego wyżej artykułu wymogi dotyczą tych kwestii, które w proponowanym schemacie cyklu prawotwórczego związane są z decyzjami I etapu. Uzasadnienie powinno zawierać odniesienie do przesłanek inicjujących proces legislacyjny przez wskazanie celu wydania ustawy i przedstawienie rzeczywi-

²⁶ Szerzej na temat uzasadnienia: E. Tkaczyk, *Pojęcie i rola „uzasadnienia projektu ustawy” w procesie legislacyjnym*, „Przegląd Legislacyjny” 2010, nr1 (71), s. 11 i nast. Kwestia uzasadnień jest uregulowana w Regulaminie Sejmu przyjętym w uchwale z 30 lipca 1992 r. Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej. Tekst jednolity w załączniku do obwieszczenia Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 29 maja 2002 r. M.P. z 2002 r. Nr 23 poz. 398.

stego stanu w dziedzinie, która ma być unormowana. Ten rzeczywisty stan, to okoliczności wykraczające poza występujące aktualnie regulacje prawne, których ocena jest przedmiotem kolejnej części uzasadnienia. Nie jest wypunktowane w konstrukcji uzasadnienia wyjaśnienie przyjmowanego wariantu realizacji celu. Można go jedynie oczekiwać na tle interpretacji pkt 3 ust. 2, ewentualnie ust. 3, ale tam dotyczy to propozycji przedstawianych w toku konsultacji. Podobnie nie ma wypunktowanego obowiązku krytycznego ustosunkowania się do przedstawionych w opiniach propozycji. Jak podkreśla się w literaturze, analiza uzasadnień wskazuje na brak rzetelnych badań, będących podstawą np. dokonywanej oceny skutków realizacji projektu²⁷.

W tej sytuacji, wartość uzasadnienia jako źródła, na podstawie którego można odtworzyć przebieg procesu decyzyjnego i treść dyskursu politycznego, usprawiedliwienia przyjmowanych opcji – konstytuujących elementów dyskursu prawnego, ostatecznie wyrażonego w projekcie ustawy jest ograniczona. Można badać formalną poprawność uzasadnienia. Takie badania są prowadzone systematycznie i wskazują, że w tym zakresie nie ma zasadniczych uchybień. Z takiej szczegółowej analizy dotyczącej uzasadnienia projektów ustaw w okresie II kadencji Sejmu (newralgicznej dla transformacji systemowej w Polsce) wynika, że wyjaśnienie potrzeby i celu wydania ustawy znajduje się w uzasadnieniu. W analizowanym okresie wnioskodawcy w zdecydowanej większości przypadków wywiązali się z tego obowiązku – na 816 projektów (100%) rozpatrywanych przez Sejm, 803 projekty (98%) zawierały uzasadnienie potrzeby i celu wydania ustawy. Jedynie 13 projektów (2%) w analizowanym okresie nie spełniało w tej części wymogów regulaminowych. W przypadku zdecydowanej większości projektów uzasadnienie zawierało przedstawienie rzeczywistego stanu w dziedzinie normowanej projektem. Sytuacja taka dotyczyła 711 (87%) spośród 816 projektów. Natomiast 105 projektów (13%) nie spełniało tych wymogów. Podobnie 699 (86%) projektów ustaw w uzasadnieniu wskazywało różnice między dotychczasowym, a projektowanym stanem prawnym, natomiast 117 projektów (14%) nie zawierało w treści uzasadnienia takiej analizy²⁸.

Pełna wartość uzasadnień projektów ustaw i ich strony merytorycznej jako elementu odzwierciedlającego kolejne decyzje podejmowane w toku procesu legislacyjnego, a także sposób argumentowania, jego zasadność, jest krytycznie oceniana. Głównym obszarem tej krytyki jest

²⁷ *Ustawy 2001–2005...*, s. 43.

²⁸ „Raport BSE”, nr 129, s. 57–58.

brak proceduralnego powiązania podejmowanych działań znajdujących odzwierciedlenie w uzasadnieniu, a w konsekwencji wpływie tego stanu na jakość tworzonego projektu ustawy i uchwalanego prawa²⁹.

WNIOSKI

Z analizy niektórych aspektów tworzenia prawa w Polsce, prowadzonej z perspektywy organizacji dyskursu polityczno-prawnego w demokratycznym państwie prawa wynika, że przyjęte rozwiązania formalne uwzględniają rangę i znaczenie problemu. Równocześnie obowiązujący model normatywny, a raczej zbiór dyrektyw celowościowych, nie gwarantuje prawidłowej organizacji dyskursu polityczno-prawnego i respektowania jego wyników w podejmowaniu decyzji prawotwórczych. Kierunek modyfikacji modelu i proponowanie konkretnych regulacji wymaga szerszych badań i pogłębionej dyskusji. Można jednak zgodnie z wymaganiami rzetelnej legislacji formułować postulaty, przede wszystkim w zakresie organizacji dyskursu politycznego.

Po pierwsze postulaty związane z uporządkowaniem pola i uczestników dyskursu polityczno-prawnego i ich skorelowania³⁰. Ta korelacja powinna być przeprowadzona przed przygotowaniem projektu ustawy, a nie na poziomie prac parlamentarnych. Jednym z aspektów problemu jest przekonanie, że projekt składany nie ma charakteru projektu ostatecznego, lecz może podlegać dowolnym zmianom. Jest to przekonanie zarówno wnoszących, jak i parlamentarzystów. W przeciwieństwie do typowych rozwiązań w parlamentarnym modelu tworzenia prawa, gdzie parlament projekt przyjmuje lub odrzuca³¹.

Po drugie postulaty dotyczące konkretyzacji zakresu i strategii działania rządu i planowanych w tym zakresie legislacji, wraz z wskazaniem alternatywnych możliwości działania. Realizacja tego postulatu jest możliwa w warunkach rzetelnego wykorzystania instytucji zielonych i białych ksiąg na wzór *Command Papers* w systemie tworzenia prawa

²⁹ R. Tymiński, *Informacje na temat podmiotów uprawnionych do opiniowania projektów ustaw w trybie art. 34 ust. 3 oraz skutków prawno-konstytucyjnych naruszenia przepisów art. 34 ust. 3 i art. 34 ust. 7 (stan na dzień 31. 08. 2005)*, [w:] *Ustawy 2001–2005...*, s. 175 i cytowana tam literatura.

³⁰ Konsekwencje braku takiego skorelowania są znaczące z punktu widzenia procesu legislacyjnego, bo w skrajnych przypadkach prowadzą do zmiany materii ustawowej i naruszenia procedur stanowienia prawa. *Ibidem*.

³¹ *Ustawy 2001–2005...*, s. 42–43.

w Wielkiej Brytanii, lub dokumentów konsultacyjnych w praktyce legislacyjnej Unii Europejskiej³².

Po trzecie postulaty związane z urealnieniem znaczenia konsultacji i opiniowania projektów ustaw, ze stworzeniem jednoznacznych standardów w tym zakresie. Wyeliminowanie sytuacji, gdy z jednej strony podkreśla się znaczenie konsultacji w tworzeniu prawa, a z drugiej strony brak takich standardów oznacza, że nawet w najważniejszych sprawach opinie wyrażone w konsultacji nie mają wpływu na legislację. Jak podkreślono w wyroku Trybunału Konstytucyjnego, „W demokratycznym państwie prawnym nie można jednak wiązać konsekwencji prawnych z wadami praktyki w dziedzinie konsultacji, jeżeli prawo nie tworzy jednoznacznego standardu wymagań, jakie mają być spełnione w tym zakresie. Trybunał podkreśla ważkość i aktualność swego dotychczasowego orzecznictwa, w którym uznał znaczenie braku konsultacji dla stwierdzenia wadliwości postępowania ustawodawczego, jeżeli konsultacje te były wymagane ustawą. Nie oznacza to oczywiście, że wyniki konsultacji są wiążące dla ustawodawcy. Nie może on jednak uchylić się od spełnienia swoich obowiązków związanych z tworzeniem prawa, jeśli owe obowiązki są przez przepisy prawa określone jako zespół obligatoryjnych wymagań”³³.

Zasadniczą zmianę może wprowadzić waloryzacja dyskursu w odniesieniu do wybranych obszarów legislacji. Problem, który z punktu widzenia tworzenia prawa jest istotny, sprowadza się do pytania, czy jest możliwe wskazanie sytuacji, w których podejmowanie decyzji w fazie przygotowania założeń do projektu ustawy może i powinno być poddane szczególnemu trybowi. Do jakiego obszaru i zakresu regulacji ustawowej mogą być odniesione? Czy wyznacza je waga problemów/konfliktów podlegających prawnej regulacji, czy obszar stosunków społecznych? Jeśli waga problemów, to jak ją zmierzyć? Czy waga i znaczenie przedmiotu regulacji idzie w parze z trudnością rozstrzygnięcia legislacyjnego? Inaczej mówiąc, chodzi o uzgodnienie sposobu identyfikacji przypadków *hard cases* zakresu legislacji³⁴, lub takich, którym or-

³² Z. Cieślak, M. Górka, *Zagadnienia prawa europejskiego*, „Zeszyty Prawnicze Biura Studiów i Ekspertyz Kancelarii Sejmu” 2005, nr 3 (7), s. 39.

³³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 lutego 2003 r w sprawie K 24/02 Dz.U. z 2003 r. Nr 98 poz. 334.

³⁴ Szerzej na temat tzw. *hard cases* legislacji zob. T. Biernat, „Trudne sprawy” w *procesie tworzenia prawa. Pole dyskursu legislacyjnego*, [w:] *W poszukiwaniu wspólnego dobra. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.

gan ustawodawczy (np. Senat) mógłby nadawać taki status. W takim wypadku projekty założeń projektów ustaw mogłyby być obligatoryjnie poddane szczegółowej analizie i dyskusji z wykorzystaniem istniejących form konsultacji, wysłuchania i opinii zainteresowanych podmiotów. Sejmowa komisja prac ustawodawczych, działająca w szczególnym trybie i w poszerzonym składzie, byłaby właściwym forum dla realizacji tego typu dyskursu, a wyniki ustaleń, ważnym wskazaniem dla dalszych działań legislacyjnych.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KONSTYTUCYJNA PREZYDENTA – PRZYPADEK ALBAŃSKI

Analiza problematyki odpowiedzialności konstytucyjnej republikańskiej głowy państwa pozwala dostrzec daleko idące zróżnicowanie w ramach ukształtowania tej instytucji w poszczególnych państwach. Pewne specyficzne, a warte popularyzacji, elementy przedmiotowej procedury wprowadziły przepisy funkcjonujące w Republice Albanii.

Artykuł 90 ust. 1 Konstytucji Republiki Albanii stwierdza: „Prezydent Republiki nie ponosi odpowiedzialności za akty podjęte w ramach sprawowania urzędu”¹. Jednakże ust. 2 tegoż artykułu doprecyzowuje, że „Prezydent Republiki może zostać odwołany z powodu poważnego naruszenia Konstytucji i popełnienia ciężkiego przestępstwa”. Ustrojodawca albański doprecyzował odpowiedzialność karną prezydenta za popełnienie przestępstwa, określając je jako „ciężkie”², uściślił również

¹ Ustawa Zgromadzenia Narodowego nr 8417 Konstytucja Albanii z 21 października 1998 r., zatwierdzona przez referendum z 22 listopada 1998 r., ogłoszona dekretem Prezydenta Republiki Albanii nr 2260 z 28 listopada 1998 r. (Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë [oficjalny publikator państwowy], nr 28 z 1998 r. Kushtetuta e Republikës së Shqipërisë miratuar me ligjin nr. 8417, datë 21.10.1998 të Kuvendit Popullor. Miratuar me referendum më 22.11.1998 Shpallur me dekretin nr. 2260, datë 28.11.1998 të Presidentit të Republikës (FZ RS Nr. 28, 1998), tekst dostępny na stronie: www.parlament.al/web/Kushtetuta_e_Republikes_se_Shqiperise_e_perditesuar_1150_1.php [15.10.2013]. *Konstytucja Albanii z 1998 roku*, tłum. D. Horodyska, E. Lloha, wstęp W. Milanowski, Warszawa 2001.

² K. Budziło, *Formy odpowiedzialności konstytucyjnej w Republice Albanii*, [w:] *Formy odpowiedzialności konstytucyjnej w państwach europejskich*, red. S. Grabowska, R. Grabowski, Toruń 2010, s. 39.

odpowiedzialność konstytucyjną – gdzie delikt konstytucyjny musi stanowić „poważne” naruszenie konstytucji. Tematem niniejszego artykułu jest odpowiedzialność prezydenta zawężona tylko do odpowiedzialności za delikt konstytucyjny, czyli do odpowiedzialności konstytucyjnej.

W wielu państwach europejskich, w tym także w Albanii³, realizacja odpowiedzialności konstytucyjnej należy do uprawnień sądów konstytucyjnych i jest historycznie wcześniejszym uprawnieniem niż sprawowanie przez nie kontroli konstytucyjności ustaw. Przekazanie tego uprawnienia sądowi konstytucyjnemu znajduje uzasadnienie w tym, że sąd ten – jako organ powołany do sądowej ochrony konstytucji – realizuje ją orzekając w sprawach związanych z kontrolą konstytucyjności prawa⁴. Zasadne jest więc włączenie uprawnień do orzekania o popełnieniu deliktu konstytucyjnego do zakresu uprawnień sądu konstytucyjnego. Wielu autorów, między innymi E. Zwierzchowski, M.A. Nudel, L. Garlicki, A.M. Ludwikowska, czy R. Marcic⁵, klasyfikując obszary działania sądu konstytucyjnego, wymieniało orzekanie o odpowiedzialności konstytucyjnej za naruszenie konstytucji lub ustaw jako jedną z jego kompetencji.

Problematykę związaną z postępowaniem w sprawie pociągnięcia prezydenta do odpowiedzialności za delikt konstytucyjny reguluje art. 90 konstytucji, a doprecyzowuje regulamin Zgromadzenia Republiki Albanii⁶. Postępowanie w sprawie pociągnięcia prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej przed Sądem Konstytucyjnym uregulowane zostało w ustawie o organizacji i funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego Republiki Albanii⁷.

³ *Ibidem*, s. 35–39.

⁴ M. Granat, *Zakres kompetencji sądów konstytucyjnych państw Europy Środkowej i Wschodniej w „innych sprawach”*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 4, s. 116–120.

⁵ E. Zwierzchowski, *Zakres działania europejskich trybunałów konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Silesiana” 1984, t. 9, s. 139; M.A. Nudel, *Konstytucyjny kontrol w kapitalistycznych gosudarstwach*, Moskwa 1968, s. 73–110; L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 165, 173; A.M. Ludwikowska, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej w okresie przekształceń demokratycznych*, Toruń 1997, s. 99–102; R. Marcic, *Verfassung Und Verfassungsgericht*, Wiedeń 1960, s. 90 i nast.

⁶ Uchwała nr 166 z 16 grudnia 2004 r. regulamin Zgromadzenia Republiki Albanii (FZRS nr 110 z 20 stycznia 2005 r.) – Rregullorja e Kuvendit të Republikës së Shqipërisë, miratuar me vendimin nr. 166, datë 16.12.2004 (FZRS Nr. 110, datë 20.01.2005), tekst dostępny na stronie: www.parlament.al/web/Rregullorja_e_Kuvendit_te_Republikes_se_Shqiperise_e_perditesuar_1154_1.php [15.10.2013].

⁷ Ustawa nr 8577 z 10 lutego 2000 r. o organizacji i funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego Republiki Albanii – LIGJ Nr. 8577, datë 10.2.2000 Për organizimin

Przepisy albańskie zawężyły zakres deliktu konstytucyjnego do poważnego naruszenia konstytucji. Nie definiują jednak, czym jest „poważne” naruszenie konstytucji⁸. Pozostawiły ocenę wagi deliktu konstytucyjnego sądownictwu konstytucyjnemu, które będzie musiało doprecyzować pojęcie „poważnego naruszenia konstytucji”⁹. Pozostawienie niedoprecyzowanego pojęcia „poważnego” naruszenia konstytucji pozostawia uprawnionym do tego podmiotom pewien „margines swobody”, dla określenia, czy dane działanie bądź zaniechanie wypełnia znamiona zamachu na konstytucję lub poważnego naruszenia konstytucji.

W prawie konstytucyjnym pojęcie „poważnego naruszenia konstytucji” nie powinno być utożsamiane z pojęciami występującymi na gruncie prawa karnego¹⁰. Definicje funkcjonujące na gruncie prawa karnego mogą jednak stanowić wskazówkę dla Sądu Konstytucyjnego w sprawie dotyczącej odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta¹¹.

Procedurę postawienia prezydenta w stan oskarżenia w związku z popełnieniem deliktu konstytucyjnego mogą wszcząć parlamentarzyści. Przepisy albańskie przyznały prawo złożenia wniosku grupie składającej

dhe funksionimin e gjykatës Kushtetuese Të Republikës Së Shqipërisë, tekst dostępny na stronie: www.gjk.gov.al [15.10.2013].

⁸ Dla przykładu, również włoskie przepisy regulujące postępowanie w sprawie odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta doprecyzowują pojęcie „poważnego” naruszenia konstytucji, a nawet „zamachu” na konstytucję. Pojęcie zamachu na konstytucję jest przez doktrynę włoską interpretowane jako umyślne (zawinione) podejmowanie działań w celu obalenia instytucji państwa, albo wyrządzenia szkód wolnościom publicznym. Zob. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1991, s. 552–553. Należy je zatem rozumieć jako działanie lub zaniechanie, mające na celu obalenie instytucji konstytucyjnych lub do dokonanie zmiany konstytucji, czy też zmiany formy rządu, przy użyciu środków zakazanych przez przepisy konstytucyjne Włoch. F. del Giudice, *La Costituzione Esplicata. La Carta fondamentale della Repubblica spiegata Articolo per Articolo*, Napoli 2009, s. 233. C. Fusaro uważa, że zamachem na konstytucję nie jest każde jej naruszenie, lecz tylko takie o negatywnych cechach, zmierzające do podważenia podstaw porządku konstytucyjnego. C. Fusaro, *Il presidente della Repubblica. Il tutore di cui non riusciamo a fare a meno*, Bologna 2003, s. 71.

⁹ Tak, jak to miało miejsce w przypadku pociągnięcia do odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta Litwy, gdzie Sąd Konstytucyjny Republiki Litwy, zanim wydał opinię, musiał określić czym i w jakim zakresie jest delikt konstytucyjny.

¹⁰ Ustawa z 27 stycznia 1995 r. nr 7895 Kodeks Karny Republiki Albanii – LIGJ Nr. 7895, datę 27.1.1995 Kodi Penal i Republikës së Shqipërisë.

¹¹ P. Chrzczonowicz, *Problem odpowiedzialności konstytucyjnej i karnej Prezydentów Rzeczypospolitej Polskiej i Republiki Włoskiej*, [w:] *Konstytucjonalizm włoski i polski w aktualnych fazach ich przemian. Materiały z sympozjum. Toruń, 2 czerwca 2005*, red. Z. Witkowski, Toruń 2005, s. 194–202.

się z minimum jednej czwartej ogólnej liczby deputowanych¹². Wniosek powinien zostać złożony na piśmie do przewodniczącego i zawierać uzasadnienie, ponadto naruszenie konstytucji musi być poważne¹³.

Albańskie przepisy regulujące postępowanie z wnioskiem o pociągnięcie prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej odbiegają nieznacznie od regulacji innych państw. Różnica polega na tym, że regulacje te przewidują udział w postępowaniu parlamentarnym w sprawie popełnienia przez prezydenta deliktu konstytucyjnego dwóch komisji parlamentarnych. Art. 112 regulaminu Zgromadzenia Republiki Albanii upoważnia przewodniczącego Zgromadzenia do przekazania wniosku wraz z dokumentacją Komisji Prawnej, Administracji i Praw Człowieka¹⁴. Komisja ta składa się z dwudziestu siedmiu członków i trzech zastępców członków. W terminie 15 dni komisja bada wniosek i przedstawia sprawozdanie. Zgromadzenie Republiki w terminie siedmiu dni przeprowadza na posiedzeniu plenarnym debatę w sprawie sprawozdania komisji. Jeżeli Zgromadzenie odrzuci w głosowaniu wniosek o pociągnięcie prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej oraz przedłożone sprawozdanie, postępowanie w tej sprawie zostaje zakończone. Jeżeli zaś przyjmie wniosek wraz ze sprawozdaniem Komisji Prawnej, Administracji i Praw Człowieka, w ciągu dwóch dni zostaje powołana komisja śledcza w tej sprawie. Komisja śledcza jest zobowiązana do przesłuchania prezydenta oraz wysłuchania jego stanowiska w sprawie stawianych we wniosku zarzutów. Po zakończeniu prac z wnioskiem w komisji śledczej, sprawozdanie z jej prac zostaje niezwłocznie przekazane do przewodniczącego Zgromadzenia Republiki, który wyznacza posiedzenie w terminie dwudziestu dni od dnia otrzymania sprawozdania komisji¹⁵.

W Albanii prezydent może otrzymać kopie wniosku oraz pozostałych dokumentów, w celu umożliwienia mu ustosunkowania się do stawianych zarzutów, ale musi złożyć wniosek o ich przekazanie¹⁶. Dostęp do dokumentów umożliwia prezydentowi udział w debacie i przedsta-

¹² Art. 90 ust. 2 Konstytucji Albanii. Zob. T. Jankowski, *System polityczny Albanii*, [w:] *Systemy polityczne państw Europy Środkowej i Wschodniej*, red. W. Sokół, M. Żmigrodzki, Lublin 2005, s. 95–96; J. Wojnicki, *System konstytucyjny Albanii*, Warszawa 2007, s. 42.

¹³ Art. 112 ust. 1 regulaminu Zgromadzenia Republiki Albanii.

¹⁴ Komisioni për Çështjet Ligjore, Administratën Publike dhe të Drejtat e Njeriut. Więcej informacji dostępnych jest na stronie: www.parlament.al/web/Komisioni_per_Ceshtjet_Ligjore_Administraten_Publike_dhe_te_Drejtat_e_Njeriut_10033_1.php [20.10.2013].

¹⁵ Art. 112 ust. 4 regulaminu Zgromadzenia Republiki Albanii.

¹⁶ Art. 112 ust. 3 regulaminu Zgromadzenia Republiki Albanii.

wienie swojego stanowiska w formie pisemnej lub ustnej. Nie jest jasne, czy w debacie może również uczestniczyć pełnomocnik prezydenta, np. adwokat.

Zgromadzenie Republiki Albanii decyduje o postawieniu prezydenta w stan oskarżenia większością dwóch trzecich głosów, w głosowaniu tajnym¹⁷. Uchwała jest przekazywana do Sądu Konstytucyjnego przez przewodniczącego Zgromadzenia w terminie pięciu dni od jej uchwalenia¹⁸. Do uchwały powinno zostać dołączone uzasadnienie zarzutów poważnego naruszenia konstytucji¹⁹. W sytuacji, gdy po podjęciu przez Zgromadzenie uchwały o postawieniu prezydenta w stan oskarżenia w związku z popełnieniem deliktu konstytucyjnego złoży on dymisję lub upłynie kadencja, postępowanie zostaje umorzone przez Sąd Konstytucyjny. Może ono zostać wznowione na wniosek prezydenta lub Zgromadzenia Republiki Albanii²⁰.

Trybunał Konstytucyjny Albanii składa się z dziewięciu członków, powoływanych na dziewięcioletnią kadencję przez prezydenta, za zgodą parlamentu. Sprawy związane z popełnieniem deliktu konstytucyjnego przez prezydenta Trybunał rozstrzyga na posiedzeniu plenarnym, w obecności nie mniej niż dwóch trzecich ogólnej liczby sędziów²¹.

Procedowanie w sprawie odpowiedzialności konstytucyjnej przez sąd konstytucyjny rozpoczyna się w momencie złożenia w sądzie aktu oskarżenia, uchwalonego przez parlament. Przed rozpoczęciem postępowania wstępnego przewodniczący Sądu Konstytucyjnego przesyła kopię aktu oskarżenia wraz z uzasadnieniem oraz dowodami do prezydenta, aby ten mógł ustosunkować się do zarzutów. Wstępnego badania wniosku dokonuje w Albanii trzyosobowy skład sędziowski. Gdy zostaną stwierdzone braki w dokumentach, wyznaczany jest termin ich uzupełnienia oraz wskazane zostają przyczyny zwrotu wniosku. Sędziowie badają wniosek pod względem formalnym, nie zaś merytorycznym. Jeśli wniosek został uznany za złożony przez osobę do tego nieuprawnioną, sędziowie podejmują uchwałę o nienadawaniu sprawie dalszego biegu. Jeśli wniosek spełnia wymogi, zostaje przekazany do dalszego postępowania²².

¹⁷ A. Żukowski, *Prawo wyborcze na urząd prezydenta w Albanii*, [w:] *Prawo wyborcze na urząd prezydenta w państwach europejskich*, red. S. Grabowska, R. Grabowski, Warszawa 2007, s. 209.

¹⁸ Art. 112 ust. 4 regulaminu Zgromadzenia Republiki Albanii.

¹⁹ Art. 61 ust. 2 ustawy o Sądzie Konstytucyjnym Albanii.

²⁰ Art. 65 ustawy o Sądzie Konstytucyjnym Albanii.

²¹ Art. 125 Konstytucji Albanii, art. 7, 32 ustawy o Sądzie Konstytucyjnym Albanii.

²² Art. 31 ustawa o organizacji i funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego Albanii.

Przewodniczący albańskiego Sądu Konstytucyjnego wyznacza termin rozprawy i podaje do wiadomości co najmniej dziesięć dni przed jej datą²³. Sąd przeprowadza postępowanie w sprawie odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta na posiedzeniu jawnym, w obecności nie mniej niż dwóch trzecich wszystkich sędziów. O terminie posiedzenia powiadamia się prezydenta oraz jego obrońcę, którzy mają prawo uczestniczenia w posiedzeniu. Przepisy nie wspominają natomiast o udziale przedstawiciela Zgromadzenia Republiki Albanii w posiedzeniu Sądu Konstytucyjnego. Niewłaściwe powiadomienie lub jego brak powoduje przesunięcie terminu posiedzenia. Jeśli pomimo prawidłowego powiadomienia, prezydent nie stawia się na posiedzeniu Sądu Konstytucyjnego, to postępowanie prowadzone jest bez jego udziału. W tym czasie prezydent może złożyć wyjaśnienia na piśmie. Sąd może wezwać na posiedzenie ekspertów lub świadków oraz zażądać przedstawienia dodatkowych dokumentów²⁴. Jeżeli strona dostarczy dodatkowe dowody, mogące wpłynąć na orzeczenie przed wydaniem wyroku, a po zamknięciu posiedzenia, Sąd Konstytucyjny może wznowić rozprawę²⁵. Sąd wydaje wyrok większością głosów, przy czym sędzia może zgłosić zdanie odrębne.

Analiza postępowania głównego przed sądem konstytucyjnym nasuwa kilka wniosków. Za zasadne należy uznać regulacje, które przewidują przeprowadzenie postępowania przygotowawczego, jak ma to miejsce w Albanii. Dzięki temu rozprawa główna może przebiec sprawnie, bez konieczności odraczania posiedzenia ze względu na braki formalne w akcie oskarżenia.

W Albanii²⁶, jeśli Sąd Konstytucyjny swoim wyrokiem stwierdzi zasadność zarzutów określonych w akcie oskarżenia, to *ex constitutione* prezydent zostaje złożony z urzędu. Oznacza to, że wyrok Sądu Konstytucyjnego zawiera tylko rozstrzygnięcie o winie lub niewinności. Wyrok nie służy wyznaczeniu kary, gdyż ta wynika z postanowień konstytucji.

Po złożeniu prezydenta z urzędu pełnię jego uprawnień przepisy powierzają przewodniczącemu Zgromadzenia Republiki²⁷ i przeprowadzane są wybory w ciągu dziesięciu dni od wydania wyroku Sądu Konstytucyjnego²⁸.

²³ Art. 38 ust. 2 ustawy o Sądzie Konstytucyjnym Albanii.

²⁴ Art. 32–43 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego Albanii.

²⁵ Art. 44 ustawy o organizacji i funkcjonowaniu Sądu Konstytucyjnego Albanii.

²⁶ Art. 90 ust. 3 Konstytucji Albanii.

²⁷ Art. 91 ust. 1 Konstytucji Albanii; J. Wojnicki, *Zgromadzenie. Parlament Albanii*, Warszawa 2005, s. 31.

²⁸ Art. 91 ust. 2 Konstytucji Albanii; A. Żukowski, *op. cit.*, s. 212.

Analiza postępowania w sprawie odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta prowadzi do wniosku, że jest ono zbieżne z regulacjami przyjętymi w innych państwach europejskich, które jako organ orzekający w tego typu sprawach obrały sąd konstytucyjny. Jedynym odstępstwem jest to, że w etapie parlamentarnym postępowania biorą udział dwie komisje (stała i śledcza). Tak więc postępowanie składa się z trzech etapów: parlamentarnego, sądowego oraz – po uzyskaniu wyroku skazującego – trzeciego, na który składa się wykonanie wyroku sądu konstytucyjnego i zarządzenie wyborów na urząd prezydenta.

Pierwszy etap postępowania to złożenie w parlamencie wniosku w sprawie pociągnięcia prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej, którego inicjatorami mogą być wyłącznie parlamentarzyści, a przewodniczący parlamentu bada wniosek pod względem formalnym, ale nie wszczyna postępowania. Następnie wniosek zostaje skierowany do komisji parlamentarnej, której zadanie polega na zbadaniu zasadności wniosku i sporządzeniu sprawozdania z prac oraz przedstawieniu go na posiedzeniu parlamentu i jeśli parlament to przegłosuje, wniosek wraz z pozostałymi dokumentami zostaje skierowany do komisji śledczej. Po zakończeniu prac komisji parlament zapoznaje się z wynikami tych prac i przyjęcie uchwały w sprawie pociągnięcia prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej. Jeżeli parlament uzna zasadność stawianych prezydentowi zarzutów, przed podjęciem uchwały odbywa się debata w sprawie. Po zakończeniu etapu parlamentarnego podjęciem uchwały w sprawie postawienia w stan oskarżenia prezydenta, dokumenty zostają przekazane do Sądu Konstytucyjnego i rozpoczyna się etap drugi.

Etap drugi rozpoczyna się w Sądzie Konstytucyjnym, gdzie zostaje przeprowadzone postępowanie wstępne, czyli badanie od strony formalnej wniosku parlamentu w sprawie popełnienia przez prezydenta deliktu konstytucyjnego, stanowiącego akt oskarżenia w sprawie. Następnie przeprowadzana jest rozprawa główna, podczas której Sąd Konstytucyjny rozpoznaje sprawę i wydaje wyrok.

Analiza uregulowań albańskich w kwestii odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta prowadzi do wniosku, że kompetencje komisji zależne są poniekąd od terminu, w którym komisja ma sporządzić sprawozdanie. Tak więc, gdy albańskie przepisy dają komisji na realizację tego zadania piętnaście dni, to jej uprawnienia ograniczają się do zapoznania się z zarzutami zawartymi we wniosku oraz zbadania ich zasadności na podstawie posiadanych dokumentów. Może również zwracać się o opinie do ekspertów, choć z uwagi na ograniczenia czasowe jest to znacznie utrudnione.

Wydaje się, że przedmiot odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta powinien zostać uściślony, a jego zakres doprecyzowany. Nie chodzi przy tym o umyślność, czy też nieumyślność działań prezydenta, bo o świadomość skutków działań prezydenta winni dbać jego kancelaria i doradcy. Doprecyzowanie zakresu odpowiedzialności powinno polegać na wyraźnym określeniu na gruncie prawa, które działania prezydenta naruszające konstytucję lub ustawę, podlegają odpowiedzialności konstytucyjnej. Do tej grupy powinny być zaliczane przede wszystkim działania lub zaniechania godzące w ustrój państwa i jego funkcjonowanie, które można określić jako poważne. Ponadto przepisy powinny określać, jak interpretować pojęcie „poważnego naruszenia”, aby uniknąć ewentualnych nieporozumień i sprzecznych interpretacji.

Przepisy konstytucyjne i ustawowe Albanii nie regulują sytuacji ponownego wystąpienia z wnioskiem o postawienie prezydenta w stan oskarżenia z tego samego powodu. Jeśli parlament nie poparł wniosku w tej sprawie, niedopuszczalne jest wskazywanie tego samego czynu jako podstawy kolejnego wniosku. Ponowne złożenie wniosku dotyczącego tych samych czynów jest natomiast zasadne po ujawnieniu nowych, istotnych dla sprawy dowodów i okoliczności.

Analiza postępowania głównego przed Sądem Konstytucyjnym prowadzi do wniosku, że za zasadne należy uznać regulacje przewidujące przeprowadzenie postępowania przygotowawczego. Dzięki temu rozprawa główna może przebiec sprawnie, bez konieczności odraczania posiedzenia ze względu na braki formalne w akcie oskarżenia.

Ograniczenie odpowiedzialności konstytucyjnej do osoby prezydenta, jak również powierzenie orzekania w tym zakresie Sądowi Konstytucyjnemu, jest rozwiązaniem spotykanym w wielu państwach europejskich²⁹. Posiadanie przez prezydenta stosunkowo niewielkich uprawnień ma swoje konsekwencje, również w odniesieniu do kwestii ponoszenia przez niego odpowiedzialności za delikt konstytucyjny. Dlatego też ustawodawca albański nie potraktował postępowania w sprawie popełnienia przez prezydenta deliktu konstytucyjnego w sposób szczególny. Wąska więc regulacja normatywna poświęcona tej instytucji w porządku prawnym ma swoje przełożenie na niewielkie zainteresowanie doktryny tą tematyką. Może to w przyszłości rodzić poważne trudności praktyczne, związane z egzekwowaniem odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta.

²⁹ A. Ludwikowska, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej*, Lublin 2002, s. 141; S. Grabowska, *Modele odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta we współczesnych państwach europejskich*, Toruń 2012, s. 405.

TOMASZ WIECIECH

KRYTYKA *JUDICIAL REVIEW* WE WSPÓŁCZESNEJ AMERYKAŃSKIEJ LITERATURZE PRAWNO-HISTORYCZNEJ

„Zasada, że sądy w sprawach stających przed nimi w związku z wykonywaniem przez nie zwykłej jurysdykcji mogą ogłaszać pozostałym gałęziom władzy co jest, a co nie jest prawem; że sądy mogą korygować działalność władzy ustawodawczej w tych przypadkach, w których jej wola zostanie przez nie uznana za sprzeczną z fundamentalnym spisaniem prawem, wszystko to stało się w tym kraju rzeczą tak dalece utrwaloną, że do niedawna, a być może nawet jeszcze obecnie, kwestionowanie tej władzy [sądów] lub powątpiewanie w jej prawomocność traktowane jest niemal jak świętokradztwo”¹. Tego rodzaju opinia została wygłoszona przez amerykańskiego konstytucjonalistę w 1913 roku, ale równie dobrze mogłaby zostać sformułowana w roku 2013. Byłaby ona obecnie nawet jeszcze bardziej adekwatna aniżeli przed stoma laty.

Trudno bowiem wyobrazić sobie współczesny ustrój Stanów Zjednoczonych bez instytucji sądowej kontroli konstytucyjności prawa (*judicial review*). O tym, że stała się ona oczywistym elementem amerykańskiego systemu rządów świadczyć może niezwykle wprost łatwość, z jaką wielu współczesnych badaczy przechodzi do porządku dziennego nad kontrolersjami towarzyszącymi jej ustanowieniu. Niezwykle rozpowszechniony jest więc pogląd głoszący, że sądowa kontrola konstytucyjności prawa wynika w sposób nieuchronny z logiki spisanej konstytucji i że w związku z tym bez względu na brak wyraźnego konstytucyjnego upo-

¹ B.F. Moore, *The Supreme Court and Unconstitutional Legislation*, New York 1913, s. 11.

ważnienia sądów do pełnienia tej funkcji, intencją twórców amerykańskiej konstytucji było złożenie jej w ręce judykatury, w szczególności zaś jej najwyższego organu w postaci federalnego Sądu Najwyższego. Stanowisko takie jest właściwie bezwarunkowo przyjmowane w krajowej literaturze przedmiotu, która bezkrytycznie podążą w tym wypadku za dominującym nurtem w piśmiennictwie amerykańskim².

Tymczasem prawo sędziów do odmowy stosowania ustaw ze względu na ich niezgodność z konstytucją, przez pierwszych kilkadziesiąt lat istnienia amerykańskiego państwa było poważnie kwestionowane. Akceptacja *judicial review* następowała stopniowo, niemniej w historii Stanów Zjednoczonych nigdy nie brakowało przeciwników tej instytucji. Krytyczne głosy pod jej adresem pojawiały się z największym natężeniem wówczas, kiedy Sąd Najwyższy wykazywał się szczególną aktywnością, zaś jego rozstrzygnięcia budziły wielkie kontrowersje i społeczne emocje.

Współczesną postać *judicial review* determinuje silniejsza niż nigdy pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego oraz duża aktywność sędziów w rozstrzyganiu problemów natury konstytucyjnej. Wykazują się oni bowiem obecnie pod tym względem większą asertywnością w stosunku do pozostałych władz aniżeli w przeszłości, zwłaszcza tej nieco bardziej odległej. Równocześnie są mniej skłonni akceptować ograniczenia władzy, jaka jest ich udziałem ze względu na wykonywanie przez nich funkcji kontroli konstytucyjności prawa. W dzisiejszych czasach trudno wyobrazić sobie otwarte kwestionowanie przez przedstawicieli innych, niesądowych organów władzy państwowej wiążącego charakteru rozstrzygnięć najwyższego organu federalnej judykatury, co miało miejsce jeszcze nawet w latach 50. i 60. ubiegłego wieku, kiedy to gubernatorzy niektórych południowych stanów podważali obowiązującą moc desegregacyjnych orzeczeń Sądu Najwyższego. W 1986 roku ówczesny federalny prokurator generalny Edwin Meese III ściągnął na siebie gromy tylko dlatego, że zasugerował, że Sąd Najwyższy nie może być jedynym interpretatorem konstytucji, zaś logikę orzeczenia w sprawie *Cooper v. Aaron* z 1958 roku³, w którym zadeklarowana została przez ów organ zasada supremacji władzy sądowniczej (*judicial supremacy*) w dziedzinie

² Zob. np.: A. Bryk, *The Origins of Constitutional Government. Higher Law and the Sources of Judicial Review*, Kraków 1999, s. 332–333; R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 266; P. Tuleja, *Stosowanie konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 21–23.

³ *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).

wykładni konstytucji, określił jako sprzeczną z konstytucją, podstawowymi zasadami demokratycznego ustroju oraz zasadą rządów prawa⁴.

Począwszy od początku lat 60. zasada supremacji sądownictwa zyskiwała coraz większą akceptację. Jako przełomowe dla jej ukształtowania wskazuje się głośne orzeczenie Sądu Najwyższego z 1954 roku w sprawie *Brown v. Board of Education*⁵, w którym stanowe ustawodawstwo pozwalające na stosowanie segregacji rasowej zostało uznane za niezgodne z konstytucją federalną. Stopniowo pierwotny opór przeciwko decyzjom najwyższego organu sądownictwa federalnego, któremu towarzyszyły groźby odmowy podporządkowywania się kontestowanym orzeczeniom, zastępowany był przez protesty. W sytuacji, w której elity polityczne generalnie zaakceptowały prawo sędziów do dokonywania wiążącej wykładni konstytucji spór zaczął ograniczać się wyłącznie do tego, w jaki sposób konstytucja powinna być interpretowana, a nie kto powinien to robić⁶.

Konkretne rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego nadal budzą oczywiście kontrowersje, niekiedy bardzo duże. Wystarczy przypomnieć emocje społeczne towarzyszące decyzji tego organu w sprawie *Bush v. Gore* z 2000 roku⁷, mającej istotne, jeśli nie decydujące znaczenie dla ostatecznego rezultatu wyborów prezydenckich. Emocje towarzyszą również niekiedy rozstrzygnięciom stanowych sądów najwyższych. Nadal jednak nie przekłada się to na zachwianie wiary przeważającej większości elit politycznych i środowisk prawniczych – a także, co wypada zaznaczyć, społeczeństwa – w wartość sądowej kontroli konstytucyjności prawa i konieczność podtrzymywania żywotności tej instytucji. Jej krytycy pozostają więc wciąż w mniejszości, choć przyznać trzeba, że jest to mniejszość widoczna, która nie daje o sobie zapominać.

Przedmiotem naszego zainteresowania będzie krytyka sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych formułowana we współczesnej amerykańskiej literaturze prawnohistorycznej, przy czym naszym zamierzeniem nie jest dokonanie jej wyczerpującej charakterystyki. Stawiamy sobie znacznie skromniejszy cel w postaci zaprezentowania najważniejszych prezentowanych w niej stanowisk. W każdym razie nie będą nas zajmować krytyczne głosy pod adresem

⁴ E. Meese III, *The Law of the Constitution*, „Tulane Law Review” 1986–1987, Vol. 61, s. 979–990.

⁵ *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954).

⁶ L.D. Kramer, *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, „California Law Review” 2012, Vol. 100, No. 3, s. 630–632.

⁷ *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

tej instytucji, padające w pracach z zakresu współczesnej teorii politycznej. Podnoszone w nich argumenty przeciwko prawu sędziów do orzekania o nieważności ustaw ze względu na ich niekonstytucyjność mają zasadniczo odmienny charakter od tych, które prezentowane są na łamach literatury prawnohistorycznej. Geneza *judicial review*, podobnie jak historyczna prawomocność tej instytucji, znajduje się poza obszarem zainteresowania krytycznych wobec niej teoretyków. Próbują oni bowiem podważać zasadność sądowej kontroli ustawodawstwa przekonując, że cele, którym w założeniu ma ona służyć, nie tylko mogą być osiągnięte równie dobrze w inny sposób, ale nawet że *judicial review* nie jest najwłaściwszym sposobem ich realizacji⁸.

Studia o charakterze prawnohistorycznym skupiają się na innym problemie. Ich autorzy zmierzają bowiem do podważenia prawomocności sądowej kontroli konstytucyjności prawa w jej obecnej postaci. Lektura relewantnych pozycji w literaturze przedmiotu wskazuje, że stawiają sobie oni najczęściej dwa cele. Z jednej strony usiłują wykazać, że u jej początków idea konstytucjonalizmu nie była wiązana z prawem sędziów do unieważniania ustaw ze względu na ich sprzeczność z konstytucją oraz do dokonywania jej autorytatywnej wykładni, w związku z czym nie można w uprawniony sposób twierdzić, że jest ono logiczną i nieuchronną konsekwencją obowiązywania spisanej konstytucji. Z drugiej strony, próbują dowodzić, że nieuprawnione jest wywodzenie go z historycznych precedensów sądowych, w szczególności zaś ze słynnego orzeczenia federalnego Sądu Najwyższego w sprawie *Marbury v. Madison* z 1803 roku.

Perspektywę oceny współczesnej postaci *judicial review* wyznacza niewątpliwie ogłoszona przez Sąd Najwyższy w 1958 roku zasada *judicial supremacy*. Mimo że formalnie została ona zadeklarowana stosunkowo niedawno, nie sposób nie dostrzec, iż jest ona nieuchronną konsekwencją uznania prawa sędziów do dokonywania oceny ustaw pod względem ich zgodności z konstytucją i odmowy ich stosowania w razie stwierdzenia ich niekonstytucyjności. Jeżeli bowiem jego uzasadnieniem ma być charakter konstytucji jako najwyższego obowiązującego prawa (*supreme law of the land*), to w naturalny sposób uprzywilejowuje ono sądową wykładnię ustawy zasadniczej wobec tej proponowanej przez jakikolwiek inny organ niesądowy. Trudno bowiem w takiej sytuacji kwestionować pierwszeństwo fachowej prawniczej wykładni – dokonywanej wszak

⁸ Podstawową pozycją w amerykańskiej literaturze, w którym podejmowany jest krytyczny namysł nad *judicial review* z takiej właśnie perspektywy, jest książka M. Tushneta, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999.

przez najlepiej wykwalifikowanych prawników zasiadających w Sądzie Najwyższym – przed interpretacją proponowaną przez ze swojej istoty polityczne, a więc „niefachowe” władze, jakimi są z tego punktu widzenia legislatura oraz egzekutywa. Niebagatelne znaczenie ma też fakt, że w procesie oceny konstytucyjności ustawodawstwa sądownictwo korzysta z przywileju wydania ostatecznego osądu. Sąd Najwyższy ma bowiem sposobność ustosunkowania się do tej kwestii jako ostatni w kolejności, zarówno po Kongresie, jak i po prezydencie. Co prawda odmowa zastosowania ustawy jako podstawy rozstrzygnięcia konkretnej sprawy zawisłej przed sądem nie oznacza formalnie jej uchylenia, niemniej orzeczenia Sądu Najwyższego w praktyce mają taki właśnie efekt. Zakwestionowana przezeń ustawa nie jest bowiem stosowana ani przez administrację, ani przez sądy niższych instancji. Supremacja sądownictwa jest więc bezpośrednim i na dłuższą metę niemożliwym do uniknięcia skutkiem dopuszczalności sądowej kontroli konstytucyjności prawa.

Podjęmowana wspólnie krytyczna refleksja nad tą instytucją stara się zatem wykraczać poza dyskusję wokół pożądanego modelu wykonywania funkcji kontroli konstytucyjności prawa przez sądy lub stosowania przez nie odpowiedniej teorii wykładni konstytucji. Przeciwnicy *judicial review* porzucają coraz częściej postulaty samoograniczania się sędziów (*judicial self – restraint*) dochodząc do trafnego skądinąd przekonania, że w ostatecznym rozrachunku wezwania do powściągliwości skazane są na porażkę w starciu z pokusą sędziowskiego aktywizmu (*judicial activism*). Wiara w samoograniczenie jakiegokolwiek instytucji dysponującej możliwością wpływania na rzeczywistość sprzeciwia się elementarnemu ludzkiemu doświadczeniu. Przekonanie, że sędziowie amerykańskiego Sądu Najwyższego byłiby skłonni dobrowolnie i trwale zrezygnować z ogromnej władzy, do jakiej uzyskują dostęp dzięki wykonywaniu funkcji *judicial review*, skazane jest grzechem nadmiernej naiwności. Tym bardziej, że raz uruchomiony, mechanizm sędziowskiego aktywizmu nie daje się łatwo zatrzymać. Jego wyhamowanie wymagałoby bowiem od sędziów podtrzymywania zastanej wykładni konstytucji niezależnie od ich własnych przekonań, czego rzecz jasna trudno od nich oczekiwać. W praktyce, jak trafnie zauważa Richard A. Posner, aktywizm staje się nieustanną odpowiedzią aktualnych sędziów na wcześniejszy – domniemany bądź rzeczywisty – aktywizm ich poprzedników⁹. Owszem, nadal zdarzają się wśród nich i tacy, którzy uważają,

⁹ R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self – Restraint*, „California Law Review” 2012, Vol. 100, No. 3, s. 547.

że ingerencja Sądu Najwyższego w działalność ustawodawczą Kongresu oraz legislatur stanowych jest zbyt daleko idąca. Należą oni jednak do wyjątków. W obecnym składzie najwyższego organu sądownictwa federalnego za nieaktywistycznie nastawionego sędziego można uznać jedynie Samuela Alito¹⁰.

Słusznie też zwraca się uwagę, że idea sędziowskiej powściągliwości ma zasadniczą słabość, która polega na tym, że nie podważa ona samego przekonania o właściwości sądów do dokonywania wiążącej wykładni konstytucji. Nie jest więc ona tym samym w stanie narzucić sądom trwałych ograniczeń w wykonywaniu tej funkcji. Ostatecznie bowiem, na co wskazuje przecież samo używane w tym kontekście określenie, stopień, w jakim sędziowie będą się ograniczać, zależy wyłącznie od nich samych¹¹. W warunkach panowania zasady supremacji władzy sądowniczej, na co zwraca uwagę Larry D. Kramer, sędziowska powściągliwość może być powodowana jedynie względami natury praktycznej. Jeżeli Sąd Najwyższy uważa, że jest konstytucyjnie upoważniony do ostatecznego i autorytatywnego interpretowania ustawy zasadniczej, to jedyną racją, dla której miałby on w tej dziedzinie czynić ustępstwa na rzecz pozostałych dwóch władz, jest wzgląd na ewentualną reakcję opinii publicznej na jego konkretne rozstrzygnięcia¹².

Sceptycznej oceny idei sędziowskiej powściągliwości z punktu widzenia krytycznego namysłu nad instytucją *judicial review* nie mogą w zasadniczy sposób zmienić przykłady powstrzymywania się sędziów przed nadmierną ingerencją w działalność pozostałych dwóch władz, w szczególności odstępowanie przez nich od rozstrzygania kwestii o charakterze politycznym. Słusznie bowiem wskazuje się, że pojęcie spraw politycznych (*political questions*), którym posługuje się niekiedy Sąd Najwyższy jako kryterium uzasadniającym odmowę podjęcia się

¹⁰ Biorąc pod uwagę gotowość sędziów Sądu Najwyższego do unieważniania ustaw federalnych W.M. Landes i L. Epstein ustalili, że spośród dwudziestu czterech sędziów mianowanych po 1952 r., zaledwie trzech (Charles E. Whittaker, w SN w latach 1957–1962; Byron R. White, w SN w latach 1962–1993 oraz Warren E. Burger, w SN w latach 1969–1986) można uznać za zwolenników zasady powściągliwości sędziowskiej, ponieważ opowiadali się oni za uznaniem niekonstytucyjności mniej niż 20% ustaw federalnych, w rozpatrywaniu których brali udział. W przypadku sędziego S. Alito odsetek ten jest większy, ale wciąż wynosi mniej niż 25%. W.M. Landes, L. Epstein, *Was There Ever Such Thing as Judicial Self – Restraint?*, „California Law Review” 2012, Vol. 100, No. 3, s. 570.

¹¹ M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996, s. 2–3.

¹² L.D. Kramer, *op. cit.*, s. 633.

przezeń rozstrzygnięcia pewnych kwestii ustrojowych, jest mało precyzyjne, a katalog spraw o charakterze politycznym ustalany jest przez samych sędziów, w związku z czym podlega modyfikacji. W ten sposób kwestie uznawane niegdyś za polityczne przestają nimi być wówczas kiedy sędziowie zmieniają zdanie co do ich charakteru. Bez wątplenia „jednym z najbardziej spektakularnych” przykładów tego rodzaju była zmiana stanowiska Sądu Najwyższego odnośnie do problematyki prawa wyborczego, w szczególności zaś formułowanej w nim zasady równości materialnej¹³.

Wśród autorów najpoważniejszych studiów podejmujących krytykę wobec *judicial review* z perspektywy prawno-historycznej wymienić należy z pewnością Roberta L. Clintona. Proponowana przez niego interpretacja słynnego orzeczenia federalnego Sądu Najwyższego z 1803 roku, uznawanego za przełomowe dla ukształtowania zasady sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych, znacząco odbiega od tej, jaka w amerykańskiej doktrynie prawa konstytucyjnego uzyskała status ujęcia kanonicznego. Chociaż w świetle obecnego stanu wiedzy nie może być żadnych wątpliwości co do tego, że jeszcze przed rokiem 1803 wypracowane zostało w Ameryce doktrynalne uzasadnienie prawa sędziów do unieważniania ustaw ze względu na ich sprzeczność z konstytucją, a problematyka ta była również przedmiotem rozważań samych sędziów przy okazji rozpatrywania przez nich sporów prawnych zarówno w sądach stanowych, jak i federalnych¹⁴, to jednak prawomocność *judicial review* opierana jest nadal przede wszystkim na słynnym rozstrzygnięciu w sprawie *Marbury v. Madison* i przedstawionym przy jej okazji *dictum* przewodniczącego Sądu Najwyższego Johna Marshalla. Ono właśnie stało się podstawą ogłoszenia przez SN zasady supremacji władzy sądowniczej w dziedzinie wykładni konstytucji.

Z tego powodu próba zakwestionowania prawomocności sądowej kontroli konstytucyjności prawa musi koncentrować się na podważeniu obowiązującej interpretacji tego orzeczenia. R.L. Clinton nie waha się nazwać ją „mitologiczną”, zaś opartą na niej koncepcję „funkcji władzy sądowniczej” określa mianem „ahistorycznej”. Jest on zdania, że „dowody pochodzące ze źródeł europejskich, angielskich i amerykańskich epoki kolonialnej, podobnie jak słowa [ojców] założycieli oraz debaty

¹³ I. Małajny, *Reguła „kwestii politycznych” w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*, red. R.M. Małajny, Katowice 2008, s. 208.

¹⁴ W.M. Treanor, *Judicial Review before “Marbury”*, „Stanford Law Review” 2005, Vol. 58, No. 2, s. 455–562.

nad ratyfikacją konstytucji” przemawiają na rzecz koncepcji *judicial review* zasadniczo odmiennej od obecnie obowiązującej. Miałyby ona polegać na tym, że „sądy federalne są upoważnione do nieodwołalnego unieważniania ustaw Kongresu i [aktów] prezydenta tylko wówczas, gdyby dopuszczenie do ich obowiązywania naruszało konstytucyjne ograniczenia [nałożone na] władzę sądowniczą”¹⁵.

W ujęciu proponowanym przez R.L. Clintona orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Marbury v. Madison* nie jest w żaden sposób przełomowe, z punktu widzenia wykonywania przez sądy funkcji kontroli konstytucyjności prawa nie ma charakteru precedensowego ze względu na wcześniejsze podobne rozstrzygnięcia sądów stanowych, zaś zaprezentowane przy jego okazji uzasadnienie prawa sędziów do odmowy stosowania aktów prawnych niezgodnych z konstytucją odzwierciedla po prostu powszechnie akceptowaną w osiemnasto- i dziewiętnastowiecznej Ameryce formułę wykonywania przez sędziów ich obowiązków w zakresie stosowania prawa i jego wykładni.

Zdaniem cytowanego badacza nawiązywało ono bowiem bezpośrednio do dziesiątej zasady wykładni ustaw opisanej przez Williama Blackstone’a. Przewidywała ona, że ustawy niemożliwe do wykonania (*impossible to be performed*) są pozbawione ważności. Jeżeli ich stosowanie miałyby powodować „absurdalne konsekwencje, w oczywisty sposób sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem”, wówczas są one nieważne w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne dla uniknięcia takich konsekwencji. W przypadku dostrzeżenia przez sędziego, że prawo uchwalone przez parlament ma taki właśnie charakter, kiedy, jak pisze W. Blackstone, „jakaś poboczna kwestia wynikająca z [jego] ogólnych sformułowań okazuje się nierozumna”, wówczas sędzia może stwierdzić, że tego rodzaju konsekwencje nie zostały przez parlament przewidziane, a następnie dokonać wykładni relewantnego aktu prawnego w taki sposób, aby móc pominąć przepisy niemożliwe do zastosowania¹⁶.

Według R.L. Clintona w warunkach obowiązywania spisanej konstytucji, ograniczającej władzę prawodawczą legislatury, opisana zasada wykładni ustaw wymagała od sądów dokonywania ich oceny z punktu widzenia konstytucyjnego upoważnienia legislatury do stanowienia prawa. Ponieważ jej władza prawodawcza wynikała z konstytucji, „ustawy w oczywisty sposób sprzecznej” z jej odpowiednimi postanowieniami „nie można było zastosować ze względu na to, że takie prawo

¹⁵ R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence 1989, s. ix–x.

¹⁶ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, ed. E. Christian, Book 1, London 1809 [1765], s. 90–91.

było zasadniczo wewnętrznie sprzeczne, kolidując z podstawą swego istnienia”. W tej perspektywie „sądownictwo konstytucyjne jest [...] po prostu szczególnym przypadkiem wykładni ustaw. Wynika z tego, że sądy nie posiadają żadnej uprawnionej władzy korygowania lub uchylania ustaw ze względów politycznych i że żaden z równorzędnych [im] organów prawodawczych nie jest zobowiązany zapobiegać stosowaniu praw unieważnionych przez sąd”. Przekonuje on dalej, że tylko takie ujęcie pozwala na prawidłowe odczytania zarówno postanowień art. III i art. VI konstytucji federalnej, jak i orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison* oraz pozostałych orzeczeń wydanych w okresie wczesnej republiki, „w których stanowe i federalne sądy dokonywały unieważnienia ustawodawstwa”¹⁷.

Szczegółowa analiza okoliczności tej sprawy, zapadłego w niej wyroku oraz jego uzasadnienia przedstawionego przez przewodniczącego Sądu Najwyższego dowodzić ma zdaniem R.L. Clinton tego, że nie doszło w niej do niczego innego, jak tylko do zastosowania przez sąd powszechnie akceptowanych zasad wykładni ustaw i rozumowania prawniczego. Sprzeczność pomiędzy art. 13 Ustawy o sądownictwie z 1789 roku (*Judiciary Act*) a art. III konstytucji była bowiem nieuchronną konsekwencją posłużenia się owymi zasadami przez sędziów w celu właściwego rozstrzygnięcia sporu prawnego. W takim ujęciu, wyraźnie odmiennym od dominującego w literaturze przedmiotu, stwierdzenie niekonstytucyjności przepisu ustawowego, na podstawie którego powód domagał się od sądu wydania nakazu zobowiązującego sekretarza stanu do wydania wstrzymanego przezeń aktu nominacji na stanowisko sędziowskie, nie było ze strony J. Marshalla wybiegiem mającym na celu uniknięcie bezpośredniej konfrontacji Sądu Najwyższego z egzekutywą, ale uprawnionym zastosowaniem dostępnych narzędzi pozwalających na właściwe stosowanie prawa¹⁸.

Gdy idzie o odmowę zastosowania ustawy ze względu na jej niekonstytucyjność, R.L. Clinton przekonuje, że J. Marshall nie dopuścił się nadużycia władzy sądowniczej ponieważ to właśnie uniknięcie konkluzji o niezgodności przepisu ustawy o sądownictwie z konstytucją wymagałoby odwołania się do twórczej wykładni przepisów ustawowych. Najważniejszym elementem jego wywodu jest jednak dekonstrukcja orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison* jako podstawy instytucji *judicial review*. R.L. Clinton twierdzi bowiem, że uważna lektura uzasadnienia decyzji przygotowanego przez przewodniczącego Sądu Najwyż-

¹⁷ R.L. Clinton, *op. cit.*, s. 2.

¹⁸ *Ibidem*, s. 100.

szego nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż nie może ono stanowić podstawy sądowej kontroli konstytucyjności prawa w jej obecnej postaci. Podkreśla on, że w żadnym jego fragmencie J. Marshall nie wskazuje Sądu Najwyższego jako jedynego organu uprawnionego do dokonywania wiążącej i ostatecznej wykładni konstytucji. Wręcz przeciwnie, władza, do której zgłasza on w jego imieniu pretensje, jest bardzo ograniczona. Obejmuje ona bowiem zaledwie możliwość „pomijania istniejących praw w decyzjach dotyczących konkretnych sporów [prawnych], pod warunkiem, że adresatem odpowiednich postanowień ustawowych i konstytucyjnych, tak jak [w przypadku] art. III [konstytucji federalnej] oraz Ustawy o sądownictwie jest sam sąd”. W żadnej innej sytuacji „sąd nie jest bowiem zmuszony wymogami logiki do dokonywania wyboru pomiędzy [dwoma rodzajami norm] w celu rozstrzygnięcia sprawy”. Odczytanie stanowiska J. Marshalla w taki sposób prowadzi do konkluzji, że słynne orzeczenie z 1803 roku nie może w ogóle stanowić podstawy dla ingerencji sądownictwa w działalność prawodawczą legislatury. Nie wynika z niego bowiem, że sąd jest „zobowiązany do pomijania przepisów ustawowych kolidujących z konstytucją, z wyjątkiem stosunkowo niewielkiej liczby przypadków, w których konstytucja zawiera normę skierowaną bezpośrednio do sądu”¹⁹.

Zauważmy, że proponowana tu interpretacja radykalnie ogranicza prawo sędziów do kwestionowania ustawodawstwa ze względu na jego niekonstytucyjność. Jest to dopuszczalne wyłącznie w odniesieniu do tych aktów prawnych, które odnoszą się do władzy sądowniczej, przy czym przepisy tego rodzaju ustaw mogą być konfrontowane wyłącznie z tymi postanowieniami konstytucji, które również dotyczą judykatury. Sądy nie mogą odmawiać zastosowania jakichkolwiek innych ustaw. Nie mogą też oczywiście dokonywać wiążącej wykładni konstytucji z wyjątkiem tych jej fragmentów, w których mowa jest o władzy sądowniczej. W rezultacie są one co do zasady zobowiązane do stosowania ustaw uchwalanych przez legislaturę bez względu na to, jak oceniają je pod względem zgodności z konstytucją. Jest tak dlatego, że sądy powołane są wyłącznie do rozstrzygnięcia sprzeczności pomiędzy przepisami, których są adresatami.

Matthew J. Franck omawiając poglądy R.L. Clintona zwraca uwagę na uwypuklenie przez niego istotnego rozróżnienia, jakiego miał dokonać J. Marshall uzasadniając orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison*. Polegało ono na zaznaczeniu wyraźnej dystynkcji pomiędzy samym faktem niekonstytucyjności ustawy a prawem do jej unieważnienia

¹⁹ *Ibidem*, s. 99.

przez sąd na tej podstawie. Podziela on pogląd R.L. Clintona, że z opinii przewodniczącego Sądu Najwyższego nie wynika, iż nawet oczywista niekonstytucyjność ustawy, która powinna przesądzać o jej nieważności, upoważnia sąd do odmowy jej zastosowania. „Zgodnie z zasadą departamentalnej samoobrony (*departmental self – defense*) wynikającej z zasady podziału władzy Kongres jest w równym stopniu uprawniony do ostatecznego słowa odnośnie do zakresu władzy wyłącznie ustawodawczej, jak Sąd [Najwyższy] odnośnie do zakresu władzy sądowniczej. Jeśliby Sąd [Najwyższy] ogłosił niekonstytucyjną ustawę nie w sprawie o „naturze sądowej” (*judiciary nature*) Kongres mógłby w uprawniony sposób zdecydować o [jej] dalszym stosowaniu”²⁰.

Uzupełniając argumentację R.L. Clintona, którą właściwie akceptuje w całej rozciągłości, M.J. Franck przekonuje, że analiza innych opinii J. Marshalla, w których odnosił się on do charakteru i zakresu władzy sędziów wskazuje, iż Sąd Najwyższy pod jego przewodnictwem bardzo ostrożnie podchodził do problemu uprawnionej władzy judykatywy warunkowanej wzajemnym powiązaniem pomiędzy postanowieniami art. III konstytucji a ustawodawstwem Kongresu. Jego zdaniem, „jedyną rzeczą, jaka wyróżnia [sprawę *Marbury v. Madison*] spośród pozostałych jest to, że tylko w tej sprawie powiązanie pomiędzy nimi spowodowało sprzeczność, którą Sąd [Najwyższy] był zmuszony rozstrzygnąć”²¹.

W innym kierunku aniżeli dwóch cytowanych autorów podążają rozważania Sylvii Snowiss, która na początku lat 90. ubiegłego wieku zaprezentowała nową, bardzo śmiałą interpretację genezy *judicial review* oraz historii rozwoju tej instytucji w pierwszych dekadach amerykańskiej państwowości. Odbiła się ona szerokim echem, a tezy przedstawione przez S. Snowiss były chętnie komentowane zarówno z przyjaznych, jak i krytycznych pozycji. Świadectwem siły ich oddziaływania może być konstatacja znanego historyka okresu rewolucyjnego Gordona S. Woda, który kilka lat po ukazaniu się książki amerykańskiej badaczki uznał ją za najlepsze studium traktujące o procesie kształtowania się sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych²².

Kreśląc historię rozwoju instytucji *judicial review* S. Snowiss przekonuje, że obejmowała ona trzy odrębne etapy, a ostatecznego kształtu, który stał się podstawą współczesnej formuły sądowej kontroli konsty-

²⁰ M.J. Franck, *op. cit.*, s. 67.

²¹ *Ibidem*, s. 79.

²² G.S. Wood, *Judicial Review in the Era of the Founding*, [w:] *Is the Supreme Court the Guardian of the Constitution?*, ed. R.A. Licht, Washington 1993, s. 188, przyp. 24.

tucyjności prawa, nabrała dopiero w ostatnim z nich. W takim ujęciu orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* nie ma przełomowego znaczenia o tyle, że jest zaledwie zwieńczeniem procesu budowania argumentacji mającej przemawiać na rzecz *judicial review*, rozpoczętego w połowie lat 80. XVIII wieku. W tym kontekście S. Snowiss wskazuje na publiczne wystąpienia: Jamesa Iredella z 1786 roku, Alexandra Hamiltona z 1788 roku oraz Jamesa Wilsona z lat 1790–1792²³. W tych trzech wypowiedziach dostrzec można już bowiem nowe w porównaniu do wcześniejszych prób uzasadnienie prawa sędziów do unieważniania ustaw ze względu na ich niezgodność z konstytucją. Jego podstawą jest traktowanie konstytucji jako przede wszystkim obowiązującego prawa (*law of the land*) a nie, jak miało to miejsce wcześniej, postrzeganie jej w kategoriach szczególnego rodzaju fundamentalnego prawa (*fundamental law*) jakościowo różnego od każdego innego. Zdaniem S. Snowiss pierwotnie możliwość odmowy stosowania przez sędziów prawa ze względu na jego niekonstytucyjność, wiązano z koniecznością przeciwstawiania się przez nich łamaniu fundamentalnego prawa, znajdującego wyraz w postaci spisanej konstytucji, nie traktowanej jednak jako szczególna kategoria zwykłego prawa (*ordinary law*), podlegającego normalnemu stosowaniu przez sądy i sądowej wykładni. Dlatego unieważnienie ustawy warunkowane było wyłącznie jej oczywistą niekonstytucyjnością.

Istotnie, przedstawione przez J. Marshalla uzasadnienie prawa sędziów do unieważniania ustaw ze względu na ich niekonstytucyjność nie zawierało właściwie żadnego argumentu, który nie został wysunięty już wcześniej. Niezależnie od tego S. Snowiss, w przeciwieństwie do R.L. Clintona, nie deprecjonuje jego znaczenia. Uważa ona jednak, że ważniejsza dla ukształtowania zasady sądowej kontroli konstytucyjności prawa była późniejsza działalność J. Marshalla jako przewodniczącego Sądu Najwyższego.

Formułuje ona bowiem tezę o radykalnej zmianie charakteru *judicial review*, jaka dokonana się w Ameryce w ciągu kilku dziesięcioleci na przełomie XVIII i XIX wieku. Jej zdaniem, początkowo upoważnienia sędziów do unieważniania ustaw ze względu na ich niekonstytucyjność nie wiązano z funkcją stosowania prawa właściwą dla sądów. Egzekwo-

²³ Zob.: *To the Public*, [w:] *The Papers of James Iredell*, ed. D. Kelly, L. Baradell, Office of Archive and History. North Carolina Department of Culture and Natural Resources, Raleigh 2003, s. 229; *Federalist no. 78*, [w:] *The Federalist Papers*, ed. C. Rossiter, New York 2003, s. 466; *Lectures on Law*, [w:] *Collected Works of James Wilson*, ed. K.L. Hall, M.D. Hall, Vol. 1, Indianapolis 2007, s. 742–743.

wanie konstytucji przez władzę sądowniczą uważano bowiem za „nadzwyczajny akt polityczny, sądowy substytut rewolucji”²⁴. Ochrona konstytucji nie wchodziła w zakres normalnych obowiązków sędziowskich. Decyzja o unieważnieniu ustawy ze względu na jej niekonstytucyjność miała zawsze charakter polityczny²⁵. Było tak dlatego, że, jak już wspomniano, konstytucji nie postrzegano jeszcze wówczas w kategoriach jurydycznych. Nie widziano w niej ustawy zasadniczej, różnej mocą prawną, ale pod każdym innym względem podobnej do innych aktów prawnych. Konstytucję uważano za „polityczny dokument, odmienny od zwykłego prawa”. Jej celem nie była bowiem regulacja zachowania jednostek, ale nałożenie ograniczeń na suwerenną władzę. Dlatego właśnie konstytucja, będąc fundamentalnym prawem nie była jednak równocześnie „częścią prawa podlegającego autorytatywnej sądowej wykładni i stosowaniu”²⁶. Skuteczna ochrona konstytucji nie mogła być zresztą zapewniona ani przez sądy, ani przez jakiegokolwiek inne organy władzy państwowej. Nie dostrzegano w ogóle potrzeby formułowania autorytatywnej, powszechnie wiążącej wykładni konstytucji. Kontrowersje związane z interpretacją jej postanowień traktowano jako zagadnienie o charakterze politycznym, a nie prawnym. Dlatego za rzecz oczywistą uważano, że powinny one być rozstrzygane metodami politycznymi a nie prawnymi²⁷.

Unieważnienie ustawy ze względu na jej niezgodność z konstytucją mogło zatem nastąpić tylko w szczególnych wypadkach. Jak już wspomniano, S. Snowiss nazywa decyzję sędziów o odmowie podporządkowania się niekonstytucyjnemu prawu „substytutem rewolucji”. Sformułowanie tego rodzaju jest jej zdaniem zasadne ponieważ w powszechnym przekonaniu sankcja konstytucji miała być radykalnie odmienna od tej, w jaką wyposażone było zwykłe prawo. Ze względu na to, że konstytucja była kreacją suwerennej władzy, uznawano za rzecz oczywistą, iż jej ostateczną sankcją jest wyrażana przez zbiorowego suwerena wola podtrzymywania ograniczeń nałożonych w niej na władzę polityczną. Jeśliby zaś władza ta dążyła do zrzucenia z siebie więzów konstytucyjnych, wówczas jedynym skutecznym sposobem ochrony konstytucji mogłoby być bezpośrednie działanie suwerennego ludu. W tej perspektywie podjęcie przez sędziego decyzji o unieważnieniu ustawy mogło

²⁴ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven–London 1990, s. 2.

²⁵ *Ibidem*, s. 37.

²⁶ *Ibidem*, s. 2.

²⁷ *Ibidem*, s. 6.

być uzasadnione wyłącznie oczywistym naruszeniem konstytucji przez legislaturę. Prawo unieważniania ustaw przez sędziów miało charakter nadzwyczajny i, co ważne, nie łączyło się z upoważnieniem do dokonywania wiążącej wykładni konstytucji. Sędziowie nie mogli bowiem narzucać własnej interpretacji konstytucji, ale jedynie skutecznie tę, jaka obowiązywała w zbiorowości. Ich rola nie polegała na ustalaniu znaczenia sformułowań zawartych w konstytucji. Funkcja *judicial review* miała służyć jedynie wyręczaniu suwerena w sytuacji, w której fakt naruszenia konstytucji nie budził żadnych wątpliwości, to znaczy wówczas, gdy sprzeczność pomiędzy prawem ustanowionym przez legislaturę a konstytucją nie była powodowana jedynie odpowiednią jej wykładnią. W tym właśnie sensie decyzja o unieważnieniu ustawy była „substytutem rewolucji”.

Zdaniem S. Snowiss, decydujące dla ostatecznego przekształcenia, jakiemu uległa tak rozumiana sądowa kontrola konstytucyjności prawa była zmiana sposobu postrzegania konstytucji. Działalność J. Marshalla jako przewodniczącego Sądu Najwyższego doprowadziła do jej jurydyzacji (*legalization*), zatarcia wyraźnej wcześniej granicy pomiędzy fundamentalnym a zwykłym prawem, i w rezultacie uczynienia z konstytucji ustawy zasadniczej, najwyższego spisane prawa (*supreme written law*). J. Marshall miał osiągnąć opisany efekt między innymi dzięki stosowaniu w procesie wykładni konstytucji zasad służących ustalaniu znaczenia przepisów ustawowych. W ten właśnie sposób dokonywał on jurydyzacji konstytucji, zacierając granicę pomiędzy konstytucją jako fundamentalnym prawem a zwykłym prawem stosowanym normalnie przez sądy. „Poddana procesowi sądowej egzekucji konstytucja utraciła swój charakter rewolucyjnej obrony wyraźnie sformułowanego fundamentalnego prawa i stała się stosowanym i interpretowanym przez sądy najwyższym spisanim prawem”²⁸. Transformacja konstytucji dokonana za sprawą działalności Sądu Najwyższego pod przewodnictwem J. Marshalla otwierała drogę do zasady supremacji sądownictwa.

Łatwo więc dostrzec, że proponowane tu spojrzenie na początki kształtowania się instytucji *judicial review* jest zasadniczo inne aniżeli przywoływanych wcześniej badaczy. W przeciwieństwie do nich S. Snowiss uważa, że rozumowanie J. Marshalla przedstawione w uzasadnieniu orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison* jest już charakterystyczne dla współczesnej postaci sądowej kontroli konstytucyjności prawa, zapowiadając w ten sposób radykalne przekształcenie tej instytucji w po-

²⁸ *Ibidem*, s. 4.

równaniu z jej pierwotną formą. Niemniej podkreśla ona równocześnie, że decydujące znaczenie dla owej transformacji miało dopiero właściwe odczytanie stanowiska J. Marshalla. Odpowiednia interpretacja orzeczenia z 1803 roku pojawiła się zaś nie wcześniej niż w ostatnich dekadach XIX wieku²⁹. Z tego punktu widzenia powoływanie sprawy *Marbury v. Madison* jako podstawy sądowej kontroli konstytucyjności prawa w jej obecnej postaci jest uzasadnione. Tyle tylko, że w świetle świadectw historycznych okazuje się, że równie uprawniona jest zupełnie odmienna formuła *judicial review*, w której pozycja władzy sądowiczej jest nieporównywalnie słabsza.

Do najważniejszych współczesnych krytyków *judicial review*, podważających historyczną legitymację tej instytucji należy Larry D. Kramer. Jego głośna książka pt. *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, opublikowana w 2004 roku, będąca krytycznym studium poświęconym historii sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych, pobudziła najbardziej chyba intensywną w ostatnich latach dyskusję nad genezą tej instytucji i w ogóle charakterem amerykańskiego konstytucjonalizmu w jego początkach.

Podobnie jak dla S. Snowisa, punktem wyjścia jest dla L.D. Kramera odrzucenie twierdzenia, że sądowa kontrola konstytucyjności prawa była nieuchronną konsekwencją pojawienia się w Ameryce spisanych konstytucji. Pomiędzy ideą konstytucjonalizmu a instytucją *judicial review* nie było, jego zdaniem, żadnego bezpośredniego związku. Jeszcze w latach 80. XVIII wieku instytucja sądowej kontroli konstytucyjności prawa nie stanowiła przedmiotu szczególnego zainteresowania. „Pogląd przyznający sądom rolę w gwarantowaniu konstytucji mógł być gdzieś w powietrzu, ale raczej nie spotykał się on z zainteresowaniem czy aprobatą opinii publicznej, nie można go też określić jako utrwalonego”. Zdaniem L.D. Kramera, dla polityków i liderów opinii publicznej *judicial review* było zrazu „albo czymś o czym nigdy nie słyszeli ani nie myśleli, albo najwyżej ledwie dostrzegalną w tle [debaty publicznej] wzmianką, która jeszcze nie przykuwała poważnie ich uwagi”³⁰.

Sytuacja ta uległa jednak z czasem zmianie. Wówczas kiedy Sąd Najwyższy po raz pierwszy odmówił zastosowania ustawy federalnej ze względu na jej niekonstytucyjność, jego postępowanie nie zostało przyjęte z powszechnym oburzeniem, podobnym do tego, jakie towarzyszyło pierwszym próbom wykonywania funkcji sądowej rewizji usta-

²⁹ *Ibidem*, s. 173.

³⁰ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford–New York 2004, s. 71–72.

wodawstwa przez sądy stanowe w latach 80. XVIII wieku³¹. Akceptacja dotyczyła jednak wyłącznie prawa sędziów do dokonywania oceny ustaw pod względem ich zgodności z konstytucją na równi z pozostałymi władzami. Nie było natomiast przyzwolenia na szczególne uprzywilejowanie władzy sądowniczej w tej dziedzinie. Idea *judicial supremacy* zakładająca jej monopol na dokonywanie wykładni konstytucji oraz autorytatywność sądowej oceny wraz z prawem jej narzucania legislatywie oraz egzekutywie, była nadal odrzucana.

Bardziej agresywna formuła *judicial review* pojawiła się w debacie publicznej w latach 90., zyskując liczne grono zwolenników w stronnictwie federalistów. Zdaniem L.D. Kramera, została ona jednak odrzucona w rezultacie wyraźnej porażki tego ugrupowania w wyborach 1800 roku, w rezultacie których zostało ono odsunięte od władzy. Na potwierdzenie tej tezy przywołuje on przebieg kongresowej debaty nad uchynieniem Ustawy o sądownictwie z 1801 roku, w trakcie której zagadnienie prawa sędziów do kontrolowania konstytucyjności ustaw było przedmiotem ożywionej dyskusji. Według niego debata toczona w Izbie Reprezentantów i Senacie dowodzi tego, że skrajne stanowiska – afirmujące ideę supremacji sądownictwa z jednej strony, a odrzucające *judicial review* w jakiegokolwiek postaci z drugiej strony – zajmowali odpowiednio należący już wówczas do mniejszości federaliści oraz pojedynczy tylko republikańscy kongresmeni i senatorowie. Większość demokratycznych republikanów miała natomiast aprobować formułę sądowej kontroli konstytucyjności prawa, która umożliwiała sędziom ocenianie ustaw pod względem ich zgodności z konstytucją, ale równocześnie nie pozwalała na narzucanie przez nich swojego stanowiska pozostałym władzom. Innymi słowy, akceptowali oni sądową kontrolę konstytucyjności prawa wyłącznie w ramach teorii departamentalnej, zgodnie z którą każda z władz miała prawo w wiążący sposób decydować o konstytucyjności ustaw dotyczących jej obszaru działania³².

L.D. Kramer sytuje słynne orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* właśnie w kontekście debaty nad *judicial review*, w toku której instytucja ta „została zaatakowana z zaciętością” nie spotykana od czasów uchwalenia konstytucji federalnej, a niektórzy republikanie odrzucali wręcz jej istnienie w jakiegokolwiek formie. Przekonuje on, że przewodniczący Sądu Najwyższego zdecydował się wykorzystać nadarżającą się okazję do tego, aby „odnotować” prawo sędziów do odmowy stosowania ustaw ze względu na ich niekonstytucyjność. Nie po to jednak, „by je

³¹ *Ibidem*, s. 93 i nast.

³² *Ibidem*, s. 128–144.

wykreować, jako że istniało ono już wcześniej, ale by odeprzeć rodzący się ruch zmierzający do jego podważenia”³³.

Aby osiągnąć zamierzony cel, J. Marshall nie mógł afirmować radykalnych poglądów, wedle których sędziowie byli uprawnieni do autorytatywnego określania znaczenie przepisów konstytucji, mimo iż sam je podzielał. Zdaniem L.D. Kramera, ze względu na dominujące podówczas nastroje rozmyślnie skonstruował on uzasadnienie orzeczenia w taki sposób, aby uniemożliwić odczytywanie go jako wsparcia dla zasady supremacji sądownictwa w dziedzinie wykładni konstytucji, niezależnie od tego, że sam był jej zwolennikiem. Dlatego właśnie precedensu z 1803 roku nie można powoływać jako podstawy współczesnej praktyki sądowej kontroli konstytucyjności prawa, wyrażającej ideę *judicial supremacy*. Według cytowanego badacza, uzasadnienie orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison* było „porzuceniem tej idei i wsparciem Jeffersonskiej teorii departamentalizmu”. W tej sytuacji nieuchronna jest konkluzja, że „współczesny Sąd Najwyższy nie mógłby być w większym błędzie przywołując [je] jako podstawę odrzucenia tej właśnie teorii”³⁴.

Interpretowanie słynnego orzeczenia federalnego Sądu Najwyższego jako wyrazu akceptacji dla teorii departamentalnej, wyznaczającej sądownictwu równorzędną z pozostałymi władzami rolę w procesie stosowania konstytucji, jest bardzo atrakcyjną propozycją z punktu widzenia współczesnej krytycznej refleksji nad instytucją sądownictwa konstytucyjnego w Stanach Zjednoczonych. Nie dziwi zatem, że jest ona chętnie przyjmowana³⁵.

Badania prawno-historyczne dotyczące genezy *judicial review*, podważające jej kanoniczną wersję powinny bez wątplenia zmuszać do ponownego przemyślenia utrwalonych poglądów na ten temat, bez względu na to, że dysponując tym samym w gruncie rzeczy materiałem źródłowym, poszczególni badacze dochodzą do całkiem odmiennych wniosków. Niezależnie od tego, poczynione przez nich ustalenia nie pozostawiają raczej żadnych wątpliwości co do tego, że „oficjalna” wersja historii sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych, wedle której instytucja ta została ustanowiona przez federalny Sąd Najwyższy w 1803 roku, jest co najmniej dalece uprosz-

³³ L.D. Kramer, *Understanding Marbury v. Madison*, „Proceedings of the American Philosophical Society” 2004, Vol. 148, No. 1, s. 24, 25.

³⁴ *Ibidem*, s. 25, 26.

³⁵ W.J. Watkins Jr., *Judicial Monarchs. Court Power and the Case for Restoring Popular Sovereignty in the United States*, Jefferson-London 2012, s. 117–118.

czona, by nie rzec wprost, że po prostu staje się ona niemożliwa do podtrzymywania.

Najważniejszym wnioskiem, jaki można wyciągnąć z lektury omawianych studiów jest to, że pozwalają one na skuteczne zakwestionowanie tezy o bezpośrednim i koniecznym związku pomiędzy ideą konstytucjonalizmu a kontrolą konstytucyjności prawa przez sądy i dokonywaniem przez nie autorytatywnej wykładni konstytucji. Wątki te obecne są szczególnie w pracach S. Snowiss i L.D. Kramera. Podważenie twierdzeń o oczywistości i nieuchronności *judicial review* w warunkach obowiązywania spisanej konstytucji znacząco ułatwia bowiem kwestionowanie legitymacji tej instytucji, nie tylko w wymiarze historycznym, ale również całkiem współcześnie.

PAWEŁ SARNECKI

RADA PRAWNICZA II RZECZYPOSPOLITEJ

Działająca obecnie Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów, powołana przez art. 14 ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów¹ (skonkretyzowana rozporządzeniem premiera z 23 grudnia 2010 r.²), ma swoją poprzedniczkę w postaci działającej od roku 1927 Rady Prawniczej, powołanej rozporządzeniem Prezydenta RP (z mocą ustawy) z 12 sierpnia 1926 r. o jej utworzeniu³ (powoływanego dalej jako „Rozporządzenie”). Na podstawie upoważnienia z art. 10 Rozporządzenia, 10 września tegoż roku, Rada Ministrów wydała rozporządzenie (wykonawcze) – Regulamin Rady Prawniczej⁴ (powoływane dalej jako „regulamin”). Jak wskazuje data powołanego Rozporządzenia, był to jeden z pierwszych tego rodzaju aktów, wydanych po objęciu tej nowej instytucji ustrojowej Polski (tj. rozporządzeń z mocą ustawy) ramami noweli konstytucyjnej z 2 sierpnia 1926 r. Ustawowe upoważnienie do jego wydania zawierała ustawa upoważniająca do wydawania takich rozporządzeń (wymagana przez art. 44 Konstytucji RP) z tego samego dnia⁵. Ustawa upoważniająca umożliwiała m.in. stanowienie przez Prezydenta RP rozporządzeń w zakresie „uporządkowania stanu praw-

¹ Dz.U. z 2003 r. Nr 24, poz. 199 ze zm.

² Dz.U. z 2011 r. Nr 6, poz. 21; ustawową podstawą funkcjonowania Rady jest art. 14 ustawy z 8 sierpnia 1996 r. o Radzie Ministrów.

³ Dz.U. Nr 83, poz. 466, zmiana: rozporządzenie z 23 marca 1927 r. (Dz.U. Nr 29, poz. 234).

⁴ Dz.U. Nr 94, poz. 553; zmiana: rozporządzenie z 23 marca 1927 r. (Dz.U. Nr 29, poz. 307).

⁵ Dz.U. Nr 78, poz. 443.

nego w Polsce”. Kwestia ta zasługuje, jak sądzę, na pewne podkreślenie. Można w tym bowiem odczytywać intencję nowych władz, które objęły ster państwa po zamachu majowym, troski o praworządne wykorzystanie wskazanej, nowej instytucji konstytucyjnej, nie wolnej przecież od kontrowersji i sporów doktrynalnych⁶. Albowiem wyraźnym celem powołanego organu, zgodnie z art. 7 Rozporządzenia, było „opiniowanie projektów pod względem ich zgodności z konstytucją oraz całokształtem obowiązującego ustawodawstwa, a także pod względem techniki ustawodawczej”. Na tego rodzaju oczekiwania związane z nową instytucją wskazywał ówczesny minister sprawiedliwości⁷. Zapewne też z tego właśnie powodu profesor UJK S. Starzyński umiejscowił Radę Prawniczą pośród „Rękojmi Konstytucyjnych”⁸, choć oczywiście daleko jej było do jakiegoś sądu konstytucyjnego. Być może szkoda że, korzystając z równoległe prowadzonych prac nad zmianą konstytucji marcowej, nie zakotwiczonego tego organu wśród instytucji konstytucyjnych, co ustabilizowałoby jego pozycję i mogło rzutować również na regulację w następnej konstytucji (a może również współcześnie?). Trudno natomiast powiedzieć, w jakim stopniu posunięcie to było odpowiedzią na formalne wnioski parlamentarne stronnictw opozycyjnych (prawicy), z okresu prac nad nowelą sierpniową, wzywające do powołania tego rodzaju organu, co sugeruje tenże autor. Niestety, same te dwa akty normatywne pozostawiały dużo do życzenia, jeśli idzie o spełnienie wymogów techniki ustawodawczej (zwłaszcza koherencji między nimi), stąd też ich rychłe zmiany, które jednak tylko częściowo poprawiły sytuację. Wracając zaś do analizy art. 7 Rozporządzenia warto zauważyć, że o ile zwrot o „zgodności projektów z konstytucją”, jako kryterium wyznaczającym charakter prac opiniodawczych Rady Prawniczej, posiada w miarę jednoznaczną treść, o tyle pewnych uwag wymaga zwrot o „zgodności z całokształtem obowiązującego ustawodawstwa”. Nie może on przecież oznaczać niedopuszczalności projektowania aktów niezgodnych z poszczególnymi, już obowiązującymi ustawami. Rada Prawnicza zajmowała się przecież w pierwszym rządzie projektami aktów o mocy ustawy – takimi więc, które *ex definitione* mogły być

⁶ Por. zwłaszcza: W. Komarnicki, *O zmianie Konstytucji polskiej*, Wilno 1927 oraz tegoż zbiór artykułów pod wspólnym tytułem *O praworządność i zdrowy ustrój państwowy*, Wilno 1928. Niestety, nie znajdziemy tam uwag o omawianym w niniejszym artykule organie.

⁷ W. Makowski, *O Radzie Prawniczej kilka uwag*, RPEiS 1927, nr 4.

⁸ S. Starzyński, *Współczesny ustrój prawno-polityczny Polski i innych państw słowiańskich*, Lwów 1928, s. 130–151 (szczególnie s. 148–149).

z ustawami niezgodne, gdy wprowadzały zmiany do obowiązującego ustawodawstwa. Zwrot ten należało zapewne rozumieć jako wymóg opiniowania projektów w aspekcie harmonijnego włączania nowych ustaw do porządku prawnego, przy zachowaniu jego spójności (także aksjologicznej) i integralności.

Idea powołania do życia organu o takim charakterze była zresztą od początku wysuwana w trakcie polskich prac konstytucyjnych, a luka w tym zakresie w obowiązującym ustawodawstwie była dostrzegana w trakcie prac ustawodawczych a nawet konstytucyjnych. Tym bardziej, że w postaci Rady Stanu Księstwa Warszawskiego i Królestwa Kongresowego posiadaliśmy w tym zakresie nawet własne tradycje konstytucyjne. Z okresu powstawania konstytucji marcowej odnotować można ideę powołania Rady Stanu w projekcie konstytucji tzw. Ankiety⁹, a także propozycję powołania Straży Praw, zawartą w projekcie Konstytucji Związku Ludowo-Narodowego¹⁰ (art. 64–65), jako ciała o pośrednim charakterze: między drugą izbą parlamentarną a ciałem badającym konstytucyjność ustaw przekazanych mu przez Sejm oraz ciałem badającym harmonijność nowej ustawy z dotychczasowym stanem ustawodawstwa. Konstytucja marcowa nie zawierała jednakże odniesienia się do sprawy jakości ustawodawstwa polskiego (trudno stwierdzić, na ile wpływ na to miało wcześniejsze powołanie – 3 czerwca 1919 r. – Komisji Kodyfikacyjnej), ale kwestia ta nie wypadła z zakresu zainteresowania doktryny. Z obroną idei stworzenia takiego organu wystąpił m.in. S. Estreicher w rozprawie *Udoskonalenie ustawodawstwa* w wydany w roku

⁹ Był to zespół, głównie reprezentantów nauki prawa, powołany przez premiera J.I. Paderewskiego 25 stycznia 1919 r. do opracowania projektu Konstytucji, które to zadanie wykonała już 12 marca tegoż roku. Art. 47 tego projektu przewidywał: „Dla opracowania względnie ocenienia projektów ustaw opracowanych przez Rząd, lub przekazanych przez jedną z Izb Sejmowych, utworzona będzie Rada Stanu. W skład jej wchodzić będą: prezes, wiceprezes i urzędujący radcowie stanu, a nadto członkowie powołani czasowo do prac nad poszczególnymi projektami. Osobna ustawa określi bliżej skład i tok czynności Rady Stanu”. Do projektu dołączono również „Objaśnienie”, które – odnośnie do art. 47 – podkreślało, że „wielkie i trudne zadanie ustawodawstwa [...] wymaga instytucji, któryby się temu zadaniu oddała zawodowo. Wprawdzie każde ministerstwo zajmie się opracowaniem projektu praw [...], ale wszystkie te rozbieżne nieraz usiłowania nie dadzą rękoma, że pomiędzy uchwalonemi ustawami panować będzie zgodność w treści i zgodność w poprawnej formie, którą ustawy nasze powinny się przecież odznaczać[...]. Będzie to organ tylko doradczy dla Rządu i dla Sejmu”. W.L. Jaworski, *Prawa państwa polskiego*, z. 2, Kraków 1919, s. 434 oraz 451.

¹⁰ Druk Sejmu Ustawodawczego nr 443 D, przedruk: W.L. Jaworski, *op. cit.*, s. 483–484.

1922 zbiorze *O naprawę Rzeczypospolitej*¹¹, zamieszczając w nim również autorskie założenia odpowiedniej ustawy (czysto opiniodawczy charakter Rady Stanu, obejmującej projekty tak rządowe, jak i parlamentarne, składającej się z dwu sekcji: działu prawa sądowego oraz działu prawa politycznego i administracyjnego). Autor dostrzega jednak, że nastąpiło pewne „wyręczenie” funkcji proponowanej Rady Stanu przez Komisję Kodyfikacyjną oraz przez Prokuratorię Generalną RP. Następnie w ramach „Ankiety konstytucyjnej”, zorganizowanej przez redakcję „Czasopisma Prawniczego i Ekonomicznego” w roku 1924, E. Starczewski wystąpił ze sformalizowanym projektem ustawy o Radzie Stanu, organu mającego zajmować się projektami ustaw i rozporządzeń, jak się wydaje wszystkimi (tj. autorstwa zarówno rządowego, jak i parlamentarnego), ale także wyposażonym we własne prawo występowania z projektami aktów normatywnych. Rada miałaby prawo opiniowania projektów w ciągu miesiąca, a pilnych w ciągu tygodnia, a co do własnych projektów – występować z inicjatywą wobec Sejmu lub rządu (w całości lub ministerstw). Za współczesnym wzorem francuskim (i wspomnianym polskim) Rada miała być również sądem administracyjnym, a także (tu już idea oryginalna) sądem kompetencyjnym¹². W myśl omawianego projektu, Rada Stanu byłaby więc nie tylko organem opiniującym, lecz również – choć zapewne nie równorzędnym z innymi – organem projektującym nowe akty normatywne, jak można przypuszczać powiązane jednak z jej główną funkcją, jaką była troska o legislacyjną poprawność prawotwórstwa.

Rozporządzenie Prezydenta RP o utworzeniu Rady Prawniczej (dalej RPr) z 12 sierpnia 1926 r. powoływało ministra sprawiedliwości do spełniania funkcji przewodniczącego („Prezesa”) tego organu, co przesądzało o jej włączeniu w struktury władzy rządowo-wykonawczej. Być może ideę stworzenia gremium opiniodawczego zarówno dla rządu, jak i parlamentu, proponowanej przez doktrynę, zamierzano zrealizować w późniejszym czasie. Zastępcą Prezesa RPr miał być wyznaczany przez niego wiceprezes. Dalszy skład RPr stanowili radcowie zwyczajni RPr (powoływania przez Prezydenta RP na wniosek Rady Ministrów), radcowie nadzwyczajni RPr (powoływani przez ministra sprawiedliwości w porozumieniu z ministrami resortowymi) oraz referenci Rady (wyznaczeni urzędnicy Ministerstwa Sprawiedliwości lub odpowiednich

¹¹ Kraków 1922.

¹² Przedruk projektu wraz z uzasadnieniem: W.L. Jaworski, *Ankieta o Konstytucji z 17 marca 1921*, Kraków 1924, s. 94 i nast.

ministerstw resortowych, względnie osoby powołane przez ministra sprawiedliwości).

W myśl Rozporządzenia (art. 8) oraz regulaminu (par. 1), RPr pracowała (uchwalała opinie) w komisjach, których regulamin powoływał siedem: 1) redakcyjną; 2) administracji ogólnej; 3) administracji gospodarczej; 4) administracji samorządowej; 5) prawa cywilnego; 6) prawa karnego; 7) prawa skarbowego. Ponadto dopuszczalne było powołanie komisji nadzwyczajnych „w miarę potrzeby, w zależności od przedmiotu obrad” (par. 1 regulaminu). Przedmiot obrad oznaczał tu zapewne kierowane do RPr projekty aktów. Z tego zestawu komisji wynika rzucające się w oczy położenie nacisku na prawo administracyjne, co potwierdza charakter RPr jako organu funkcjonującego w ramach administracji rządowej. Logicznie rzecz biorąc, komisja redakcyjna powołana była do nadawania opiniom ostatecznej, odpowiedniej formy. W myśl regulaminu komisje składały się z czterech radców zwyczajnych i jednego referenta, każda komisja posiadała swego przewodniczącego, wyznaczanego (spośród radców zwyczajnych) przez Prezesa RPr. Radcowie nadzwyczajni brali udział w posiedzeniach komisyjnych jedynie *ad hoc*, na zaproszenie Prezesa RPr. Skład liczbowy RPr wynosił więc ok. 45 osób. Regulamin przewidywał dla radców (obu kategorii) diety za udział w posiedzeniach oraz zwrot kosztów podróży; trudno powiedzieć, dlaczego rozwiązanie to zniknęło w ramach nowelizacji regulaminu. Początkowo, do nowelizacji regulaminu, w posiedzeniach komisji brać mógł udział, z głosem stanowczym, właściwy minister lub jego delegat. Nowelizacja regulaminu z 23 marca 1927 r. odebrała osobom tym „głos stanowczy”, zachowując naturalnie ich udział w posiedzeniach; nie byli wszelako, jak się wydaje, referentami projektu lecz mieli reprezentować stanowisko pierwotnego autora projektu (ministerstwa). Regulamin RPr wprowadzał również, jako szczególną formę działania Rady, jej „ogólne posiedzenia”, które nie było jednak podmiotem wyrażającym opinie o projektach, lecz czynnikiem zwoływanym „na zaproszenie” Prezesa RPr „w celu koordynacji prac poszczególnych komisji”, w składzie: radcowie zwyczajni oraz niektórzy, wyznaczeni przez Prezesa RPr referenci (par. 3 regulaminu). Nowelizacja regulaminu dodała tu szczególnie czynnik w postaci posiedzeń „przewodniczących komisji pod przewodnictwem Prezesa RPr i wyznaczonych przez niego referentów, w celu „rozważania spraw organizacyjnych i administracyjnych” oraz – co zasługuje na szczególne podkreślenie – „rozważania ogólnych zasad redagowania aktów ustawodawczych, tudzież systematyzacji i kodyfikacji ustawodawstwa”.

Chciano więc widzieć w Radzie nie tylko organ, włączający się w bieżące ustawodawstwo, lecz również organ bardziej ogólny, syntetyzujący problemy bieżącego ustawodawstwa i wypracowujący tu ogólne zasady. Regulamin (par. 8) podkreślał w tym względzie szczególną rolę Biura RPr, które winno „systematyzować projekty w związku z obowiązującym ustawodawstwem, a to w celu doprowadzenia do kodyfikacji poszczególnych działów ustawodawstwa”. Efektem działalności Rady stawać się więc miały kompleksowe regulacje poszczególnych sfer stosunków społecznych.

Rozporządzenie wyznaczało, jako podstawową funkcję nowego organu „udzielanie na żądanie Rządu opinii o projektach ustaw i rozporządzeń” (art. 1). Konkretyzował to zadanie art. 5, wymagający obligatoryjnego zasięgnięcia opinii RPr wobec wszelkich projektów ustaw oraz rozporządzeń z mocą ustawy Prezydenta RP, przed ich rozpatrzeniem przez Radę Ministrów. O opinie te zwracał się do RPr minister sprawiedliwości, który – jak z tego wynikało – otrzymywał owe projekty po opracowaniu ich przez merytoryczne resorty rządowe. Oprócz tego, na podstawie decyzji Rady Ministrów, należało dodatkowo zasięgać opinii RPr wobec projektów innych rozporządzeń (np. rozporządzeń wykonawczych rządu lub premiera). Również poszczególni ministrowie mogli zwracać się o taką opinię co do projektów własnych aktów; jak widzimy określenie „Rząd” z art. 1, Rozporządzenie rozumiało szeroko. Oczywiście rozwiązanie takie konsekwentnie podkreślało też przynależność RPr do władzy rządowo-wykonawczej, z możliwości wykorzystania tego organu pozbawione były bowiem obie izby parlamentarne: Sejm i Senat (ewentualnie ich komisje bądź sami parlamentarzyści) w sytuacjach zarówno realizowania własnej inicjatywy ustawodawczej, jak i formułowania poprawek do projektów ustaw oraz, po trzecie (może: zwłaszcza wówczas), gdy przychodziło Sejmowi podejmować uchwałę w sprawie zatwierdzenia rozporządzenia z mocą ustawy. Trudno powstrzymać się od uwagi, że możliwość sięgnięcia do opinii RPr mogłaby we wszystkich tych sytuacjach odgrywać nader pomocną rolę. Chciano jednak widocznie, możliwe że z uwagi na początki działania takiego organu, zachować konsekwentnie jego umiejscowienie w ramach władzy rządowej. *Mutatis mutandi* należałoby to (prawo zwracania się o opinie do RPr) odnieść również do sytuacji Prezydenta RP, gdy miał dokonać podpisania ustawy i nasuwały mu się wątpliwości legislacyjne (choć konstytucja marcową nie znała weta ustawodawczego, nawet po Noweli Sierpniowej). Natomiast przy wydawaniu rozporządzeń z mocą ustawy ich projekty były już opiniowane przez RPr, a więc żądanie ponownej opinii przez Sejm

(przy okazji ich zatwierdzania) byłoby wątpliwe. Rada Prawnicza nie posiadała także prawa występowania w jakiegokolwiek sytuacji z własną inicjatywą opiniowania; w świetle obowiązku zasięgnięcia jej opinii wobec wszystkich projektów aktów o mocy ustawy byłoby to bezprzedmiotowe, natomiast mogłoby odgrywać pewną rolę wobec projektów, opiniowanych przez RPr fakultatywnie, gdyby nikt uprawniony nie zwrócił się o zaopiniowanie. Tym bardziej jest zrozumiałe, że Rozporządzenie nie przyznało Radzie własnej inicjatywy prawodawczej.

Rozporządzenie i regulamin RPr przewidywały pierwotnie dwa tryby wypracowywania opinii: podstawowy i uproszczony (klasyfikacja i terminologia autora). Tryb uproszczony polegał na skierowaniu projektu przez Prezesa RPr (czyli ministra sprawiedliwości) do referenta właściwej komisji, co było równoznaczne z realizacją kompetencji Prezesa do dokonania „rozdzielenia projektów pomiędzy poszczególne komisje” (par. 4 regulaminu). Prezes RPr wyznaczał jednocześnie termin przedstawienia (sobie) przez referenta stanowiska odnośnie do projektu. Prezes RPr decydował, „jeżeli uzna projekt za niebudzący wątpliwości”, o „skierowaniu go stosownie do właściwości” (par. 5 regulaminu, tekst pierwotny). Należało to, jak się wydaje, rozumieć jako skierowanie na posiedzenie Rady Ministrów, jeśli stanowisko referenta było pozytywne. Na posiedzeniu rządu Prezes RPr (choć wówczas jako minister sprawiedliwości) miał przekazać to stanowisko jako „opinię Rady Prawniczej” (art. 8 Rozporządzenia). Wydaje się nie ulegać wątpliwości, choć analizowane przepisy nie wypowiedziały się w tej kwestii wprost, że opinia taka zawierać mogła nie tylko sumaryczną ocenę projektu, lecz również konkretne propozycje zmian, oczywiście w ramach zakreślonego dla RPr zakresu gestii, określonego w art. 7 (por. wyżej). Rozporządzenie dopuszczało jednak również przedstawienie „własnej opinii” przez ministra sprawiedliwości „jeżeli zachodzi różnica” między stanowiskiem referenta RPr a opinią ministra. Ten ostatni nie musiał więc oficjalnie firmować stanowiska Rady, mimo pełnienia funkcji jej Prezesa i nie musiał koniecznie dążyć do uzgodnienia obu stanowisk (referenta i swojego). Można to ocenić jako rozwiązanie, wpływające na pewną niezależność RPr. Natomiast jeśli opinia referenta była negatywna („budząca wątpliwości”) i jako taka zaakceptowana przez Prezesa RPr – „skierowanie projektu stosownie do właściwości”, mogło być rozumiane jako możliwość odesłania projektu pierwotnemu wnioskodawcy w celu dokonania zmian lub rezygnacji z projektu, bądź skierowania projektu do komisji Rady. Ta druga decyzja oznaczała zastosowanie trybu opiniowania, który powyżej określony został jako „podstawowy” (tak wydaje

się wynikać z analizy przepisów Rozporządzenia, por. zwił. art. 8 zd. 1). Pięcioosobowe komisje (dla ważności posiedzeń regulamin zadawała się obecnością trzech osób), podejmowały w tej sprawie decyzje większością głosów. Terminy posiedzeń wyznaczał Prezes RPr. Obrady rozpoczynały się od wystąpienia referenta, wszelako jego treść winna być wcześniej dostarczona członkom komisji. W wypadkach bardziej skomplikowanych projektów, składy komisji mogły być, w drodze zarządzeń Prezesa RPr powiększane, mogło dochodzić również do wspólnych obrad dwu lub więcej komisji. Regulamin regulował również zadania Biura RPr (par. 8): czuwanie nad terminowością oraz jakością dostarczanych (przez referentów) opinii, a następnie kierowanie ich „według właściwości”, czyli do Prezesa RPr lub prac komisyjnych.

Kluczowym dla niniejszej analizy był art. 5 (in fine) Rozporządzenia, w myśl którego „Opinia Rady Prawniczej nie jest dla Rady Ministrów wiążąca”. Harmonizowało z tym powoływane już wcześniej rozwiązanie, w myśl którego minister sprawiedliwości mógł przedstawiać rządowi różniące się od stanowiska RPr, własne opinie. Trudno oczywiście wyobrazić sobie inne rozwiązanie, konstruowane na poziomie ustawy: jakiegoś rodzaju związanie rządu przez RPr czy – z drugiej strony – możliwość uruchomienia przez wnioskodawcę projektu procedury swoistego odwoływania się od negatywnej opinii RPr. Wymagałaby to naturalnie regulacji konstytucyjnej. Byłoby również niezharmonizowane z określeniem „opinia” na oznaczenie efektu prac Rady. Co więcej jednak, Rozporządzenie nie wymagało również urzędowego publikowania opinii RPr tak aby opinia publiczna, ale również inne organy, mogły się z tym stanowiskiem zapoznać. Mogło zaś to posiadać nie tylko znaczenie przy pracach parlamentarnych, gdy dochodziło do uchwalania ustawy na podstawie zaopiniowanego projektu, lecz również w procesie późniejszego stosowania ustawy przez sądy lub zwłaszcza przez organy administracyjne. Ówczesne przepisy regulaminowe Sejmu i Senatu nie wymagały powiadamiania izb parlamentarnych o stanowisku RPr, o wymogu dostarczania parlamentarzystom opinii RPr. Oczywiście nie było jednak przeszkód w powoływaniu się przez rząd na te opinie w toku prac parlamentarnych.

Po kilku zaledwie miesiącach obowiązywania przepisów o Radzie Prawniczej (weszły w życie 1 września 1926 r.), oba wyżej analizowane akty uległy nowelizacji 23 marca 1927 r. (nowelizacje weszły w życie 1 kwietnia 1927 r.), o czym już wspomiano. Niewykluczone więc, że ich stosowanie w praktyce wywołało poważne trudności. Jak stwierdził Z. Cybichowski „Instytucja Rady Prawniczej wywołała liczne krytyki,

które wskazywały na wady jej ustroju, kompetencji, działalności¹³. Jednym z nurtów krytyki było narzekanie na niski poziom fachowy powołanych członków Rady tudzież, że „Rząd opinii RPr nie ogłasza, lecz może się nimi zasłaniać”. Jak podaje wspomniany autor, doszło nawet do skreślenia przez Sejm (poparty tu przez Senat) kredytów, projektowanych dla RPr w projekcie budżetu na rok 1927. W związku z tym można dodać, że nowelizacja Rozporządzenia wykreśliła również nałożony pierwotnie na ministra sprawiedliwości obowiązek „wyjednywania dla RPr niezbędnych dla niej kredytów”. Krytyka Z. Cybichowskiego była jednak dość ambiwalentna. Wprawdzie z jednej strony utrzymuje, że „Rada jest nie tyle zbyt cenna, lecz wręcz szkodliwa” (zapewne jako pewne alibi czy „zasłona dymna” dla prawotwórstwa rządowego), to jednak z drugiej przyznaje, „że dzięki pracy Rady niejedyn projekt stał się lepszy”.

Zasadnicze znaczenie w ramach nowelizacji z marca 1927 r. posiadało zniesienie obligatoryjności opiniowania projektów aktów normatywnych przez RPr. Nowe sformułowanie art. 5 Rozporządzenia wprowadzało, jako zasadę, że to od ministra przygotowującego pierwotny projekt aktu, zależeć ma przekazanie go RPr, jeśli uważa on za „potrzebne” zasięgnięcie takiej opinii. Stwarzało to oczywiście możliwość unikania kontroli przez RPr projektów z określonych względów niewygodnych dla ministra, który jednak decydował się na ich lansowanie. Jednym z argumentów na rzecz takiego rozwiązania był zapewne podnoszony argument przyspieszenia postępowania ustawodawczego, uniknięcia wciągania RPr. w opiniowanie projektów o niewielkim zakresie regulacji (np. drobnych nowelizacji) itd. W art. 5 w nowym brzmieniu wmontowane były jednak również pewne korektury co do wyłączności działania ministra: jeśli ten nie zwróciłby się do RPr o opinię, tego rodzaju wnioski skierować mógł Prezes Rady Ministrów, minister sprawiedliwości (ale dopiero w porozumieniu z premierem) oraz sama Rada Ministrów (zapewne wówczas, gdyby wątpliwości co do poprawności legislacyjnej projektu pojawiły się na jej posiedzeniu, w szczególności w wystąpieniach innych członków rządu). Nowe sformułowanie art. 5 powtarzało treść dotychczasowego art. 7 (który pozostał nietknięty) w kwestii aspektów dokonywania oceny projektów przez RPr, wskazując że minister (ewentualnie) zasięga jej opinii „co do zgodności projektu z Konstytucją lub z całokształtem obowiązującego ustawodawstwa i pod względem techniki prawodawczej”. W ten sposób w rozporzą-

¹³ Hasło: „Rada Prawnicza” w: *Encyklopedii podręcznej prawa publicznego* (wydawnictwo ciągłe, s. 814).

dzeniu Prezydenta znalazły się dwa przepisy, identycznie określające kierunek funkcji opiniodawczej RPr (art. 7 z tekstu pierwotnego i art. 5 w nowym brzmieniu).

Z. Cybichowski, na końcu przywołanego wyżej tekstu, podaje jednak że „wkrótce [tj. po nowelizacji przepisów – uwaga P.S.] RPr faktycznie przestała pracować”. Stosowne, analizowane tu przepisy nie zostały jednak uchylone. Trudno zająć w tej sprawie bardziej szczegółowe stanowisko bez pogłębionych badań archiwalnych. Niemożliwe bez tego jest również dokonanie syntetycznej oceny efektów jej prac. Szkoda zwłaszcza, że Rada nie doszła do opracowania „kwestii dotyczących ogólnych zasad redagowania aktów ustawodawczych, tudzież systematyzacji i kodyfikacji ustawodawstwa” (por. wyżej). Może przyczyną zamarcia prac Rady stały się kolejne wybory parlamentarne z 4 i 11 marca 1928 r. oraz 16 i 23 listopada 1930 r. (pociągające przecież za sobą zmiany w rządzie), może nałożyły się na to skutki kryzysu gospodarczego przełomu lat 20. i 30.

Miała jednak RPr trochę czasu i na to, aby – powtarzając – „niejeden projekt stał się lepszy”. Warto więc, jak sądzę, wydobyć na światło dzienne ten zapomniany dziś organ jako przejaw dostrzegania w polskim prawie (a nie tylko w doktrynie) wagi problemu jakości prawodawstwa i zdobywania na tym polu pewnych doświadczeń. Byłoby również rzeczą interesującą zbadanie, czy doświadczenia te były uwzględniane w momencie, gdy po II wojnie światowej powoływano Radę Legislacyjną.

MARCIN DĄBROWSKI

ZASADA PODLEGŁOŚCI SĘDZIÓW KONSTYTUCJI ORAZ USTAWOM A PROCESOWE INSTYTUCJE ZWIĄZANIA SĄDU CYWILNEGO ORZECZENIAMI INNYCH SĄDÓW

WPROWADZENIE

W polskim systemie prawa można odnaleźć ustawowe regulacje, które naruszają zasadę niezawisłości sędziów i ich podległości Konstytucji oraz ustawom. W szczególności tego typu przepisy występują w aktach normatywnych, które weszły w życie przed uchwaleniem obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej. Stanowią one pewien relikw zeszłej epoki i pozostałości po dawnym systemie. Kodeks postępowania cywilnego¹ (dalej: kpc) uchwalony został w roku 1964, czyli w okresie tzw. głębokiego komunizmu. Wówczas nie obowiązywała zasada trójpodziału władzy, a klauzula niezawisłości sędziów podlegała poważnym ograniczeniom i była całkowicie inaczej rozumiana². Stąd też niektóre ówczesne rozwiązania kodeksowe, które obowiązują do chwili obecnej (por. np. art. 11, 365), dotknięte są duchem tamtych czasów. Realizują one co prawda pewne, czasami nawet dosyć istotne funkcje procesowe, jednakże ich treść budzi poważne wątpliwości co do zgodności z podstawowymi, współczesnymi klauzulami ustrojowymi. Celem niniejszego opracowa-

¹ Ustawa z 17 listopada 1964 (Dz.U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).

² Szerzej: M. Jabłoński, *Uwagi na temat ewolucji gwarancji niezawisłości i niezależności sędziów i sądów powszechnych*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, red. J. Trzciniński, B. Banaszak, Wrocław 1997, s. 120.

nia jest skonfrontowanie zasad wynikających z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP z procesowymi (wynikającymi z kpc) instytucjami związania sądów cywilnych orzeczeniami innych organów władzy sędziowskiej.

Artykuł 178 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 roku stanowi, że sędziowie w sprawowaniu swojego urzędu są niezawisli i podlegają tylko konstytucji oraz ustawom. Dwie powyższe zasady wzajemnie się przenikają i uzupełniają. Istnienie niezależnej władzy sadowniczej i niezawisłe działających w jej ramach sędziów stanowi konieczny warunek funkcjonowania demokratycznego państwa prawa³. Ponadto niezawisłość sędziowska stanowi również immanentny element innych istotnych zasad ustrojowych porządku politycznego RP, tj. sprawiedliwości społecznej (art. 2)⁴, praworządności (art. 7), trójpodział władzy (art. 10)⁵, niezależności sądownictwa (art. 173), sądowego wymiaru sprawiedliwości (art. 175). Niezależne sądownictwo i niezawisli sędziowie umożliwiają pełną realizację prawa do sądu (art. 45), a co za tym idzie, stanowią ustrojową i proceduralną gwarancję poszanowania praw i wolności jednostki.

Konstytucja nie zawiera legalnej definicji terminu „niezawisłość sędziowska”, jest to tzw. pojęcie zastane⁶. Oznacza ono, że sędzia w spra-

³ G. Kuca, P. Mikuli, *Niezależna władza sędziowska. Rozważania wokół pozycji ustrojowej sądów i trybunałów w Polsce*, [w:] *Standardy konstytucyjne a problemy władzy sędziowskiej i samorządu terytorialnego*, red. O. Bogucki, J. Ciapała, P. Mijał, Szczecin 2008, s. 141. Por. również wyrok TK z 24 czerwca 1998, K 3/98.

⁴ Jednostki redakcyjne tekstu prawnego podawane w nawiasach, bez odwołania się do konkretnego aktu normatywnego, odnoszą się do Konstytucji RP z 1997 r.

⁵ W literaturze przedmiotu podkreśla się szczególne znaczenie zasad niezawisłości sędziów i niezależności sądów dla realizacji klauzuli równowagi i hamowania się władzy. Por.: S. Dąbrowski, *Gwarancje dopuszczalności ingerencji władzy wykonawczej i ustawodawczej we władzę sędziowską*, [w:] *Niezależność sądownictwa i zawodów prawniczych jako fundament państwa prawa. Wyzwania współczesności*, red. T. Wardyński, M. Niziołek, Warszawa 2009, s. 110 i nast.; *Konstytucyjny system organów państwowych*, red. E. Gdulewicz, Lublin 2009, s. 212; G. Kuca, P. Mikuli, *op. cit.*, s. 144; W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sędziowskiej*, [w:] *Konstytucja. Ustrój, system finansowy państwa*, Warszawa 1999, s. 152; R. Uitz, *Rozważania na temat podstaw niezawisłości sędziowskiej oraz dalsze uwagi o statusie Konstytucyjnym prokuratorów*, [w:] *Niezależność sądownictwa...*, s. 126; E.L. Wędrzychowska, M.P. Wędrzychowski, *Pojęcie „niezawisłość sędziowska” w polskim procesie karnym jako element zasady uczciwego procesu*, „*Studia Iuridica*” 1997, nr 33, s. 252 i nast.; orzeczenie TK z 9 listopada 1993 (K 11/93).

⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 313; J. Musioł, *Uwagi na marginesie dyskusji o niezawisłości sędziowskiej w państwie prawa*, „*Krajowa Rada Sądownictwa*” 2008, nr 1, s. 59.

wowaniu swojego urzędu podlega normom prawnym, własnemu, wewnętrznemu przekonaniu, doświadczeniu, wiedzy i sumieniu. Powinien on oprzeć swoje orzeczenie na zebranych i wszechstronnie ocenionym materiale dowodowym. Sędzia jest niezależny zarówno od stron postępowania, organów władzy, jak i innych podmiotów. Sędzia niezawisły jest samodzielny, obiektywny, bezstronny i niepodległy innym podmiotom i instytucjom. Ma on możliwość, a w zasadzie i obowiązek, samodzielnego dokonywania wykładni prawa, oceny faktów i dowodów⁷ oraz ich kwalifikacji prawnej. Ponadto niezawisłość sędziowska realizowana jest poprzez procesową zasadę s w o b o d n e j o c e n y d o w o d ó w⁸, co ma istotne znaczenie dla całości rozważań zawartych w niniejszym opracowaniu. Niezależność od organów władzy obejmuje zakaz wpływania, wywierania nacisku przez jakąkolwiek władzę czy organ na ostateczną treść rozstrzygnięcia sądu⁹. Atrybut niezawisłości ma ściśle personalny charakter i jest związany z osobą sędziego¹⁰. Nie jest on wyłącznie przywilejem, jest obowiązkiem sędziego i podstawową zasadą etyki¹¹. Niezawisłość stanowi nieodzowny warunek sprawiedliwości, bezstronności¹² i zabezpieczenie prawidłowego funkcjonowania władzy sądowniczej¹³. Wskazana powyżej bezstronność stanowi równocześnie pochodną i konieczny warunek niezawisłości¹⁴. Bardzo istotne znaczenie dla faktycznego obowiązywania zasady niezawisłości i jej praktycznej realizacji, mają jej konstytucyjne gwarancje. Stanowią one formalne i materialne zabezpieczenie samodzielnego i profesjonalnego wykonywania przez sędziów powierzonych im zadań.

Problematyka niezawisłości sędziowskiej znajduje również swoje uregulowania w wiążących Polskę umowach międzynarodowych, np.

⁷ B. Banaszak, *Niezawisłość sędziowska i niezależność sądów – gwarancje i zagrożenia*, [w:] *Konstytucyjny model władzy sądowniczej w Polsce – wybrane problemy*, red. M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2013, s. 38.

⁸ G. Kuca, P. Mikuli, *op. cit.*, s. 145; art. 233 kpc.

⁹ Wyrok TK z 24 listopada 1998 (K 3/98).

¹⁰ Orzeczenie TK z 14 kwietnia 1999 (K 8/99).

¹¹ Szerzej zob.: M. Smolak, *Niezależność sędziowska a wykładnia funkcjonalna*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, nr 4, s. 29.

¹² Orzeczenie TK z 9 listopada 1993 (K 14/93); wyrok TK z 24 czerwca 1998 (K 3/98).

¹³ A. Żurawik, *Ustrój sądownictwa w Polsce*, Warszawa 2013, s. 44.

¹⁴ Szerzej zob.: H. Izdebski, *Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2007, s. 195; *Konstytucyjny...*, s. 230; K. Piasecki, *op. cit.*, s. 48; E.L. Wędrychowska, M.P. Wędrychowski, *op. cit.*, s. 257; A. Żurawik, *op. cit.*, s. 49; orzeczenie TK z 9 listopada 1993 (K 11/93).

w art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 14 Międzynarodowego paktu praw politycznych i obywatelskich oraz w ustawodawstwie zwykłym¹⁵.

Niezawisłość sędziów powiązana jest z zasadą niezależności sądownictwa. W nauce prawa konstytucyjnego z reguły niezawisłość łączona jest ze statusem sędziów, natomiast niezależność traktowana jest jako element trójpodziału władzy. Zasadę niezawisłości należy wywodzić z art. 178, natomiast zasadę niezależności z art. 10 i art. 173 Konstytucji RP. Można również spotkać inne koncepcje wzajemnych relacji tych instytucji¹⁶, jednakże stanowią one raczej zasygnalizowanie alternatywnych koncepcji interpretacji omawianych przepisów ustawy zasadniczej, niż ugruntowane i przeważające nurty naukowe. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 14 kwietnia 1999 (K 8/99) wskazał, że zasady te są ze sobą ściśle związane i do pewnego stopnia nakładają się na siebie.

PODLEGANIE SĘDZIEGO KONSTYTUCJI I USTAWOM

Immanentnym elementem zasady niezawisłości jest podleganie sędziego Konstytucji RP i ustawom. Rozwiązanie to znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Przepis ten nawiązuje do zasady praworządności (art. 7) i do koncepcji pozytywizmu prawniczego. Wyznacza zarówno sferę swobody sędziego, jak i jej granice, po przekroczeniu, których działalność sędziego staje się nielegalna (pozbawiona podstaw prawnych). Związanie odnosi się do przepisów ustaw o charakterze materialnym, procesowym¹⁷ oraz ustrojowym, obejmuje ono ponadto, co nie wynika wprost z art. 178, ratyfikowane umowy międzynarodowe¹⁸. Sędziów nie wiążą natomiast przepisy aktów niższego rzędu, np. rozporządzeń i mogą oni swobodnie odmówić ich

¹⁵ Zob. np.: art. 66 ustawy z 21 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. nr 98, poz. 1070 ze zm.).

¹⁶ Sam ustrojodawca w powyższym przedmiocie nie jest konsekwentny, przykładowo w art. 45 Konstytucji RP jest mowa o prawie do niezależnego, bezstronnego i niezawisłego sądu. Podobnie rzecz się miała z art. 1 tzw. Małej Konstytucji z 1992 r., który wśród organów trójpodziału władzy umieszczał „niezawisłe sądy”. Szerzej na ten temat: B. Banaszak, *op. cit.*, s. 37; E.L. Wędrychowska, M.P. Wędrychowski, *op. cit.*, s. 250 i nast.

¹⁷ K. Piasecki, *Organizacja wymiaru sprawiedliwości w Polsce*, Warszawa 2005, s. 48.

¹⁸ Art. 7 w zw. z art. 10. Konstytucji RP.

zastosowania w przypadku kolizji z aktami wymienionymi w art. 178¹⁹. Związanie Konstytucją RP i ustawami ogranicza zasadę niezawisłości²⁰, albowiem swoboda orzecznicza, niezależność i autonomia sędziego jest reglamentowana przez przepisy prawa.

W art. 178 ustrojodawca posłużył się słowem „podlegać”. W językowym rozumieniu oznacza ono „znajdować się w zakresie czyjejś władzy, jakiegoś oddziaływania być zależnym od kogoś lub czegoś”. Oznacza to, że sędziowie związani przepisami konstytucji i ustaw są zobowiązani je stosować i nie mogą w zakresie swojego orzecznictwa naruszać ich postanowień. Wskazane akty normatywne w zasadniczej mierze powinny wyznaczać decyzję sądu²¹. Naruszenie konstytucji bądź ustawy prowadzi do wadliwości orzeczenia i stanowić może podstawę apelacyjną, odwoławczą, kasacyjną itp.

„Sędziowie «w sprawowaniu swojego urzędu» nie podlegają [...] podustawowym aktom prawotwórczym, a także normom meta prawnym, zawartym w aktach organizacji politycznych, zawodowych czy społecznych, a także związków wyznaniowych”²². Powyższe stwierdzenie stanowi pochodną zastosowania wniosku *a contrario* do art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. W konsekwencji naruszenie innego niż konstytucja bądź ustawa aktu prawnego nie musi skutkować wadliwością rozstrzygnięcia.

Artykuł 178 ust. 1 Konstytucji RP budzi pewne wątpliwości interpretacyjne, które trudno jest rozstrzygnąć tylko poprzez dowołanie się do językowych metod wykładni tekstu prawnego. O ile z tego przepisu wynika jasno, jakim aktom sędziowie podlegają, o tyle dyskusyjne jest, jakimi aktami prawnymi sędziowie nie są związani. Zagadnienie to przekłada się na kolejne pytanie, czy na poziomie ustawy możliwe jest ustanowienie regulacji prawnych, które wprowadzałyby podległość (związanie) sędziego w stosunku do innych aktów niż Konstytucja RP i ustawy, np. wiązałyby sędziego treścią orzeczeń wydanych przez inne sądy lub przez organy administracji publicznej. Analiza powyższego problemu prowadzi do konstatacji, że art. 178 ust. 1 ustawy zasadniczej może być interpretowany na dwa różne sposoby, które prowadzą

¹⁹ *Konstytucyjny...*, s. 231.

²⁰ Za: K. Piasecki, *op. cit.*, s. 45.

²¹ P. Tuleja wskazuje, że pojęcie „związanie sędziego prawem” jest bardzo wieloznaczne i trudne do precyzyjnego zdefiniowania. P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Kraków 2003, s. 282 i nast.

²² D. Dudek, *op. cit.*, s. 238; W. Sokolewicz, *op. cit.*, s. 175.

do odmiennych wniosków. W konsekwencji art. 178 ust. 1 może być postrzegany w dwóch perspektywach (ujęciach): normatywnym (wąskim) i konwencjonalnym (szerokim)²³.

Ujęcie normatywne (wąskie) rozumienia art. 178 ust. 1 oparte jest na zastosowaniu wnioskowania *a contrario* w stosunku Konstytucji RP i ustaw jako aktów normatywnych, tj. aktów tworzenia prawa (źródła prawa). W treści art. 178 ust. 1 wymieniono dwa akty normatywne, co może sugerować, że przepis ten odnosi się tylko i wyłącznie do źródeł prawa i nie dotyczy innych czynności konwencjonalnych, tj. aktów stosowania prawa i czynności prawnych. W ujęciu normatywnym sędziowie związani są treścią Konstytucji RP i ustaw i nie podlegają pozostałym źródłom prawa zarówno powszechnie, jak i wewnątrznie obowiązującego. Równocześnie kwestia związania sędziów aktami prawnymi niebędącymi źródłami prawa, tj. orzeczenia sądowe i administracyjne, nie jest objęta treścią art. 178 ust. 1. W związku z powyższym w aspekcie normatywnym rozumienia pojęcia podległości dopuszczalne byłoby na poziomie ustaw tworzenie aktów prawnych niebędących źródłami prawa, w szczególności aktów stosowania prawa, których treści podlegaliby sędziowie.

Aspekt konwencjonalny (szeroki) rozumienia art. 178 ust. 1 oparty jest na zastosowaniu wnioskowania *a contrario* w stosunku Konstytucji RP i ustaw postrzeganych jako akty prawne (czynności konwencjonalne). Do czynności konwencjonalnych, obok aktów normatywnych, zalicza się czynności prawne i akty stosowania prawa²⁴. W tym ujęciu „podległość konstytucji i ustawom” skutkuje tym, że sędziowie nie są związani wszystkimi pozostałymi aktami prawnymi (czynnościami konwencjonalnymi). W konsekwencji sędziowie nie podlegają podstawowym źródłom prawa (np. rozporządzenia), aktom stosowania prawa (wyroki i decyzje) i czynnościom prawnym. W ujęciu konwencjonalnym rozumienia art. 178 ust. 2 Konstytucji RP niedopuszczalne jest wprowadzenie ustawowego związania sędziów aktami prawnymi innymi niż konstytucja bądź ustawy. Innymi słowy, ustawodawca nie ma prawa wprowadzenia do porządku prawnego regulacji na podstawie, których sędziowie związani byłiby treścią aktów stosowania prawa, w szczegól-

²³ Powyższa dystynkcja wynika z faktu, że Konstytucja i ustawy są zarówno aktami normatywnymi (tj. zawierają abstrakcyjne i generalne normy prawne), jak również aktami prawnymi, tj. należą do zbioru faktów prawnych (czynności konwencjonalnych) wraz z czynnościami prawnymi oraz aktami stosowania prawa.

²⁴ Szerzej zob.: P. Winczorek, T. Stawecki, *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa 1999, s. 145 i nast.

ności orzeczeń innych sądów, albowiem godziłoby to w zasady niezawisłości i podlegania sędziów tylko Konstytucji RP i ustawom.

Racjo legis art. 178 ust. 1 i zasady niezawisłości sędziów przemawia za przyjęciem drugiego rozwiązania (podległości Konstytucji RP i ustawom ujęciu konsensualnym/szerokim). Niezawisłość uniezależnia sędziego od zewnętrznych oddziaływań i wpływów oraz uwalnia go spod wszelkiego rodzaju podległości. Wprowadzenie innych niż Konstytucja RP i ustawy źródeł związania sędziego wyklucza możliwość implementacji atrybutu niezawisłości do praktyki orzeczniczej sądów i jego ochronę. Sędzia powinien być niezależny również od pozostałych organów władzy sądowniczej i innych sędziów²⁵. W dyrektywalnym ujęciu tej reguły żaden zwierzchnik, inny sędzia, prezes nie mogą nakazać, a nawet zalecać sędziemu rozstrzygnięcia sprawy w określonym kierunku, dokonania określonej oceny dowodów i faktów oraz ich kwalifikacji prawnej. Reguła ta w pełnym zakresie rozciąga się na sędziów i sądy wyższej instancji. Odmiennie rozwiązanie w znacznym stopniu ograniczałby samodzielność sędziów. Zastosowanie szerokiego rozumienia „podległości konstytucji i ustawom” prowadzi do wniosku, że sędziowie co do zasady nie powinni być związani orzeczeniami wydanymi przez inne sądy. Ewentualne wyjątki od tej reguły muszą znajdować swoją podstawę w przepisach ustawy zasadniczej.

Przyjęcie wąskiego (normatywnego) rozumienia pojęcia podległości umożliwi natomiast wprowadzenie regulacji, które skutkowałyby związaniem sędziów orzeczeniami wydanymi przez inne sądy. Istotnie ograniczałby to zasadę niezawisłości. Mogłoby to prowadzić do naruszenia w szczególności zasady trójpodziału władzy (np. w przypadku związania sądów decyzjami administracyjnymi) oraz zasad równoważenia i wzajemnego hamowania się władz. Ostatecznie w znacznym zakresie ograniczyłoby to autonomię i samodzielność sędziów.

PROCESOWE INSTYTUCJE ZWIĄZANIA SĄDU CYWILNEGO ORZECZENIAMI INNYCH SĄDÓW

W kodeksie postępowania cywilnego znajduje się kilka instytucji procesowych, z których wynika, że sędzia (ewentualnie skład orzekający) związany jest treścią orzeczeń (wyroków) wydanych przez inne sądy. Do powyższych rozwiązań zaliczam w szczególności regulacje kpc, na podstawie których sądy cywilne związane są:

²⁵ Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo do sądu w świetle Konstytucji RP*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12; J. Musioł, *op. cit.*, s. 58.

- 1) ustaleniami wydanego w procesie karnym prawomocnego wyroku skazującego co do faktu popełnienia przestępstwa – art. 11,
- 2) prawomocnym orzeczeniem innego sądu cywilnego – art. 365 § 1,
- 3) oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażonymi w uzasadnieniu wyroku sądu drugiej instancji przy ponownym rozpoznaniu sprawy – art. 386 § 6,
- 4) uchwałą SN wydaną w danej sprawie rozstrzygającą zagadnienie prawne przedstawione przez sąd apelacyjny – art. 390 § 2,
- 5) uchwałą SN wydaną powiększonym składnie w danej sprawie rozstrzygającą zagadnienie prawne przedstawione przez ten Sąd – art. 398¹⁷,
- 6) wykładnią prawa dokonaną w danej sprawie przez SN – art. 398²⁰.

Wskazane instytucje procesowe budzą wątpliwości pod względem ich zgodności z przepisami ustawy zasadniczej w szczególności z wynikającymi z art. 187 ust. 1 zasadami niezawisłości i podlegania sędziemu konstytucji i ustawom.

ad 1) Artykuł 11 kpc

Artykuł 11 zd. 1 kpc stanowi, że ustalenia wydanego w postępowaniu karnym prawomocnego wyroku skazującego co do popełnienia przestępstwa wiążą sąd w postępowaniu cywilnym. Przepis ten uprzywilejowuje powoda, który poniósł szkodę wyrządzoną przez prawomocnie skazanego sprawcę przestępstwa. Skazujący wyrok karny ma charakter wiążący i prejudycjalny²⁶ w stosunku do orzeczenia sądu cywilnego i odnosi się do postępowania procesowego, nieprocesowego, zabezpieczającego i egzekucyjnego. Zasada ta ma szczególnie doniosłe znaczenie w stosunku do sprawcy przestępstwa – pozwanego, który w postępowaniu cywilnym nie może podważać ustaleń wyroku karnego. Wszelkie wnioski dowodowe w powyższej materii są niedopuszczalne.

Wiążący charakter wyroku karnego odnosi się przede wszystkim do jego sentencji²⁷. Sąd cywilny związany jest w szczególności następującymi okolicznościami ustalonymi przez sąd karny: faktem popełnienia przestępstwa, sprawcą czynu, jego winy²⁸, miejscem i czasem popełnie-

²⁶ T. Ereciński, *Komentarz do art. 11 kpc*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. T. Ereciński, Warszawa 2012, s. 159; I. Gromska-Szuster, *Komentarz do art. 11 kpc*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2011, s. 77.

²⁷ Wyrok SN z 18 lipca 1972, I PR 343/71.

²⁸ Np. prawomocne skazanie za przestępstwo umyślne wyłącza możliwość uznania przez sąd cywilny, że sprawca działał nieumyślnie (uchwała SN z 20 stycznia 1984, III CZP 71/83).

nia przestępstwa, w niektórych wypadkach nawet wysokością szkody²⁹, uznaniem, że sprawca działał w ramach obrony koniecznej lub że przekroczył jej granice oraz innymi okolicznościami lub faktami składającymi się na znamiona czynu zabronionego. Artykuł 11 kpc wyłącza możliwość stosowania przez sąd cywilny art. 233 § 1 kpc (zasady swobodnej oceny dowodów i ich wiarygodności) oraz ogranicza zasadę bezpośredniości dowodów (art. 235 kpc). Sąd dokonuje jedynie subsumcji pod odpowiedni przepis materialnego prawa cywilnego ustaleń dokonanych przez sąd karny. W konsekwencji włączana jest możliwość obrony pozwanego zmierzająca do dokonania odmiennych ustaleń niż uczynił to sąd karny³⁰. Sąd cywilny pozbawiony jest w tym zakresie możliwości dokonywania ocen stanu faktycznego, które różniłyby się od ocen i ustaleń uczynionych przez sąd karny³¹. Niektórzy autorzy idą nawet dalej wskazując, że sąd cywilny nie ma nawet prawa do ponownego ustalenia tych samych okoliczności, co do których zachodzi związek³². Naruszenie przez sąd cywilny art. 11 kpc i pominięcie w treści wyroku karnego stanowi podstawę apelacyjną oraz podstawę wznowienia postępowania (art. 403 § 2 kpc).

Celem art. 11 kpc jest dążenie do wyłączenia rozbieżności pomiędzy orzeczeniami karnymi i cywilnymi³³, tj. wyłączenie sytuacji, w której w obrocie prawnym funkcjonowałyby dwa sprzeczne ze sobą wyroki sądu karnego i cywilnego. Ponadto istotą tego przepisu jest uniknięcie konieczności prowadzenia postępowania dowodowego w dwóch odrębnych procedurach w celu ustalenia tych samych faktów. W konsekwencji art. 11 kpc realizuje zasady pewności i stabilności prawa i obrotu prawnego, szybkości postępowania cywilnego. Urzeczywistnia on również zasadę zaufania do państwa i jego instytucji.

Niewątpliwie realizacja celów art. 11 kpc ma doniosłe znaczenie procesowe. Jednakże przepis ten w swojej istocie narusza zasadę niezawisłości. Stosownie do treści art. 178 ust. 1 Konstytucji sędziowie podlegają Konstytucji RP i ustawom. Artykuł 11 kodeksu dodatkowo wiąże ich skazującym wyrokiem karnym i wyłącza ich swobodę i niezależność³⁴ w zakresie stwierdzenia w szczególności faktu popełnienia

²⁹ J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego tekst, orzecznictwo, piśmiennictwo*, Warszawa 1998, s. 69, 71; orzeczenie SN z 2 grudnia 1964, II PR 191/62.

³⁰ I. Gromska-Szuster, *op. cit.*, s. 78.

³¹ Orzeczenie SN z 16 grudnia 1961, 2 CR 1229/60.

³² K. Piasecki, *Komentarz do art. 11 kpc*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz do art. 1-366*, t. 1, red. K. Piasecki, Warszawa 2010, s. 135.

³³ T. Ereciński, *op. cit.*, s. 169.

³⁴ K. Piasecki, [w:] *Komentarz do art. 11 kpc*, s. 79.

czynu zabronionego, osoby sprawny i jego winy. Sędziowie nie mają prawa przeprowadzać na powyższe okoliczności dowodów i czynić je przedmiotem swoich ustaleń. Rozwiązanie to stanowi istotny wyjątek od cywilno-procesowych zasad bezpośredniości dowodów (art. 235 kpc) i ich swobodnej oceny (art. 233 § 1 kpc), które są bardzo ważnymi elementami zasady niezawisłości sędziów. Wyłączenie ich stosowania skutkuje naruszeniem istoty art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Sędzia traci swoją samodzielność i jego aktywność sprowadzona zostaje do obowiązku akceptacji ustaleń sądu karnego. Artykuł 11 kpc ogranicza również prawo do sądu (art. 45 Konstytucji RP)³⁵, albowiem pozwany będący równocześnie skazanym za przestępstwo w toczącym się postępowaniu cywilnym nie ma możliwości podważenia okoliczności ustalonych w prawomocnym wyroku karnym³⁶.

ad 2) Artykuł 365 § 1 kpc

W art. 365 § 1 kpc została zawarta kolejna instytucja procesowego, która skutkuje związaniem sądu cywilnego rozstrzygnięciami innych sądów, w tym przypadku cywilnych. Przepis ten stanowi w szczególności, że prawomocne orzeczenie wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy. W doktrynie określa się tę instytucję jako prawomocność formalną³⁷. Moc wiążąca rozstrzygnięcia odnosi się tylko do jego sentencji, nie dotyczy uzasadnienia³⁸ i przysługuje ona tylko prawomocnym orzeczeniom sądów cywilnych wydanym w postępowaniu procesowym i nieprocesowym³⁹, obejmuje ona rozstrzygnięcia merytoryczne i formalne. Moc wiążąca nie przysługuje natomiast poglądom prawnym wyrażonym w uzasadnieniu, motywom oraz ustaleniom faktycznym. Przedmiotem art. 365 k.p.c. jest bowiem ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie jego przesłanki. Istota tej regulacji sprowadza się do tego, że skutkiem mocy wiążącej prawomocnego wyroku jest przesądzenie we wcześniejszym rozstrzygnięciu kwestii prejudycjalnej, któ-

³⁵ Z podobnych przyczyn włoski sąd konstytucyjny uchylił analogiczny do art. 11 kpc przepis obowiązujący we Włoszech (szerzej zob.: K. Piasecki, *Komentarz...*, s. 131 i cyt. tam. lit.).

³⁶ Przykładowo, pozwany nie może on podnieść zarzutu pozbawienia go prawa do obrony w procesie karnym (orzeczenie SN z 23 kwietnia 1968 II PR 399/67).

³⁷ A. Jakubecki, *Komentarz do art. 356 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. H. Dolecki, Warszawa 2011, s. 1143 i cyt. tam. lit.

³⁸ Wyrok SN z 8 czerwca 2005 (V CK 702/4).

³⁹ M. Manowska, *Komentarz do art. 365 k.p.c.*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, red. M. Manowska, Warszawa 2011, s. 641.

ra w późniejszych postępowaniach nie może być już w ogóle badana⁴⁰. W konsekwencji powstaje ograniczenie w zakresie dowodzenia faktów objętych prejudycjalnym orzeczeniem. Innymi słowy art. 365 § 1 kpc zawiera zakaz ponownego prowadzenia sporu co do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę rozstrzygnięcia zakończonego sporu sądowego. Ponadto związanie oznacza również obowiązek respektowania zawartej w orzeczeniu skonkretyzowanej i indywidualnej normy postępowania⁴¹. Pod pojęciem innych sądów użytym w omawianym przepisie należy rozumieć sądy powszechne rozpoznające sprawy cywilne, sądy administracyjne oraz Sąd Najwyższy⁴². Przepis art. 365 nie obejmuje sądów karnych (§ 2).

Ratio legis umieszczenia powyższego przepisu w kodeksie jest zbliżone do 11 kpc. Celem omawianej regulacji jest zapewnienie spójności pomiędzy orzeczeniami sądów cywilnych, uniknięcie powtarzania tych samych czynności procesowych, zmierzających do ustalenia tych samych faktów, zapewnienie jednolitości orzecznictwa (tj. wyłączenie sytuacji, w której w obrocie prawnym obowiązywałyby dwa sprzeczne wyroki dotyczące tego samego stanu faktycznego), realizacja zasad szybkości postępowania (sąd nie musi ponownie badać i ustalać zagadnień już prawomocnie ustalonych) oraz zasady zaufania do państwa i jego organów. Ponadto treść tego przepisu ma szczególnie doniosłe znaczenie w tzw. sprawach pilotażowych, w których powód w pierwszym postępowaniu dochodzi tylko niewielkiej części roszczenia w celu sprawdzenia zasadności całego żądania.

Przepis art. 365 § 1 rodzi analogiczne wątpliwości co art. 11 kpc. Narusza on zasadę niezawisłości oraz związania sędziów konstytucją i ustawami. Sędzia orzekający w danej sprawie nie może przeprowadzić postępowania dowodowego i przede wszystkim dokonać odmiennych ustaleń faktycznych i ocen faktów niż miało to miejsce w prejudykacyjnym orzeczeniu innego sadu cywilnego. W powyższym zakresie autonomia sędziego jest wyłączona, nie może on samodzielnie i swobodnie decydować o czynnościach dowodowych (art. 235 kpc) i dokonać swobodnej oceny dowodów (art. 233 § 1 kpc). Sędzia nie może również dokonać samodzielnej kwalifikacji prawnej faktów objętych wyrokiem prejudykacyjnym (subsumcja) i ma obowiązek oprzeć się na wcześniejszym wyroku i jego ustaleniach w powyższej materii. Artykuł 365 § 1 kpc, wbrew postanowieniom wynikającym z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP,

⁴⁰ Wyrok SN z 12 lipca 2002 (V CKN 1110/00).

⁴¹ M. Manowska, *op. cit.*, s. 641.

⁴² Wyrok SN z 20 sierpnia 2001 (I PKN 585/00).

związuje sędziego treścią wyroku wydanego przez inny sąd cywilny. Ostatecznie omawiany przepis kodeksu narusza art. 45 Konstytucji RP i wynikające z niego uprawnienie strony postępowania do obrony swoich praw przed niezawisłym sądem. Art. 365 § 1 kpc wyłącza możliwość wnioskowania przez stronę dowodów na okoliczności sprzeczne z ustaleniami wiążącego wyroku prejudykacyjnego. Takie wnioski w świetle tego przepisu są niedopuszczalne i podlegają oddaleniu.

ad 3) Artykuł 386 § 6 kpc

Artykuł 386 kpc dotyczy wyroków wydawanych przez sądy odwoławcze. Umożliwia on im m.in. uchylenie wyroków wydanych w I instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w przypadku gdy sąd I instancji nie orzekł o istocie sprawy lub nie przeprowadził postępowania dowodowego w całości. Stosownie do treści art. 386 § 6 kpc zd. 1 ocena prawna i wskazania co do dalszego postępowania wyrażone w uzasadnieniu wyroku sądu II instancji wiążą zarówno sąd, któremu sprawa została przekazana, jak i sąd II instancji, przy ponownym rozpoznaniu sprawy. Przepis ten stanowi odpowiednik dawnego art. 389 kpc. Podsumowując, omawiana regulacja określa zakres związania sądu I i ewentualnie II instancji w razie przekazania sprawy do ponownego rozpoznania. Ocena prawa i wskazania nie wiążą natomiast SN⁴³.

Ocena prawna obejmuje przepisy prawa materialnego i procesowego i oznacza wyjaśnienie przez sąd II instancji istotnej treści tych regulacji i sposobu ich wykładni⁴⁴. Sąd odwoławczy może również wskazać, że w wyroku I instancji posłużono się niewłaściwymi przepisami prawa. Sąd, któremu przekazano sprawę, jest związany tymi wskazaniem, wykładnią dokonaną przez sąd odwoławczy i nie może samodzielnie dokonać wyboru innych regulacji oraz odmiennie zinterpretować przepisów wskazanych przez sąd II instancji. Wskazania co do dalszego postępowania dotyczą sposobu usunięcia stwierdzonych uchybień oraz zakresu, w jakim może być wykorzystany materiał i czynności procesowe z poprzedniego postępowania. Sąd II instancji może również nakazać uzupełnienie postępowania dowodowego i ustalenie określonych faktów, które mają lub mogą mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia istoty sprawy oraz zobowiązać sąd I instancji do przeprowadzenia dodatkowych dowodów. Powyższe wskazania mają ukierunkować postępowanie przed sądem I instancji, jednakże nie niweczą zasady, że sędziowie orzekają na

⁴³ Wyrok SN z 6 kwietnia 1998 (I CKN 595/97).

⁴⁴ *Komentarz do art. 386 kpc*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, red. T. Ereciński, Warszawa 2007, s. 152.

podstawie własnego przekonania, opartego na swobodnej ocenie dowodów⁴⁵. Naruszenie przez sąd I bądź II instancji, wytycznych i ocen prawnych sądu odwoławczego stanowi apelacyjną i kasacyjną przesłankę.

W świetle art. 386 § 6 kpc sąd I instancji może częściowo zostać pozbawiony możliwości dokonania wyboru, które fakty mają istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a które nie. Równocześnie uprawniony jest do swobodnej oceny całości zebranego materiału dowodowego i dokonania subsumcji. Sędzia ponadto związany jest oceną prawną dokonaną przez sąd odwoławczy (wykładnią). Interpretacja prawa jest immanentnym elementem procesu jego stosowania. Sąd, będący związany treścią ustawy, samodzielnie dekoduje jej treść. Artykuł 386 § 6 ogranicza autonomię sędziego w zakresie interpretacji przepisów prawnych i doboru materiału dowodowego. Podsumowując, art. 386 § 6 kpc wiązuje sędziego dodatkowym aktem prawnym, jakim jest wyrok sądu II instancji przekazujący sprawę do ponownego rozpoznania. W konsekwencji należy uznać, że w powyższym zakresie ogranicza on niezawisłość sędziowską.

W przeciwieństwie do art. 11 i art. 365 kpc – art. 386 nie jest reliktem minionej epoki, został on wprowadzony do kodeksu ustawą z 1 marca 1996 roku⁴⁶. Przepis ten nie narusza postanowień ustawy zasadniczej mimo, że ogranicza on swobodę sędziów w zakresie orzekania. Niezawisłość nie ma bowiem absolutnego charakteru i podlega reglamentacji wynikającej choćby z podległości sędziów konstytucji i ustawom⁴⁷. Z innych przepisów ustawy zasadniczej również mogą wnikać ograniczenia niezawisłości sędziowskiej. Zgodnie z treścią art. 176 ust. 1 Konstytucji RP, postępowanie sądowe jest co najmniej dwuinstancyjne. Podobną normę, tyle że sformułowaną jako prawo podmiotowe zawiera art. 78 Konstytucji RP. Dwuinstancyjność postępowania sądowego implikuje prawo sądów II instancji do korygowania orzeczeń i działań sądów niższego stopnia. W przeciwnym wypadku zasada dwuinstancyjności byłaby bezprzedmiotowa. Wynikające z art. 386 § 6 kpc wiązanie sądu oceną prawną i wskazaniem co do dalszego postępowania wyrażone

⁴⁵ *Komentarz do art. 386 kpc*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, red. H. Dolecki, T. Wiśniewski, Warszawa 2013, s. 125; wyrok SN z 13 marca 1975 (III CRN466/74).

⁴⁶ Dz.U. z 1996 r. Nr 43, poz. 189.

⁴⁷ S. Dąbrowski, *Niezawisłość sędziów – gwarancje i ustrojowe zagrożenia*, referat wygłoszony na konferencji naukowej „Niezależność sądów i niezawisłość sędziów gwarancją praworządności i praw człowieka”, Warszawa, 21 lutego 2012, www.krs.pl/admin/files/201250.pdf [dostęp 30.09.2013].

w wyroku sądu II instancji stanowią jeden z przejawów korygowania działań i orzeczeń sądów I instancji i są przejawem realizacji art. 78 i 176 ust. 1 Konstytucji RP. Podsumowując, ograniczenia niezawisłości wynikające z treści art. 386 § 6 kpc mają swoją legitymację we wskazanych przepisach ustawy zasadniczej, które równocześnie ograniczają bezwzględny charakter niezawisłości. Dopuszczalne jest bowiem ograniczenie niezawisłości sędziowskiej wynikające z orzeczeń sądów wyższej instancji wydanych w ramach kontroli instancyjnej⁴⁸.

ad 4–6) Artykuły 390 § 2, 398¹⁷, 398²⁰ kpc

Z art. 390 § 2 i art. 398¹⁷ kpc wynika zawiązanie sądów apelacyjnych i Sądu Najwyższego rozstrzygającą zagadnienie prawne uchwałą SN wydaną dla potrzeb danej sprawy. Istotą powyższych regulacji jest uprawnienie sądu apelacyjnego lub SN do skierowania pytania prawnego do SN (ewentualnie rozszerzonego składu SN). Powyższe instytucje mają w szczególności zapobiegać ujemnym skutkom ograniczenia dopuszczalności zaskarżania niektórych rodzajów orzeczeń sądów drugiej instancji w drodze skargi kasacyjnej. Ich celem jest zapewnienie prawidłowej wykładni, jednolitego stosowania prawa i ujednoczenie orzecznictwa SN oraz sądów niższej instancji.

Artykuł 398²⁰ dotyczy postępowań kasacyjnych toczących się przed SN, których skutkiem jest uchylenie orzeczenia sądu niższej instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Przepis ten stanowi, że sąd który ponownie rozstrzyga istotę sporu, związany jest wykładnią prawa dokonaną w tej sprawie przez Sąd Najwyższy. Dotyczy on wszystkich sądów niższej instancji i SN jeżeli dana sprawa trafi do niego ponownie w ramach kolejnej skargi kasacyjnej. Wiążący charakter ma tylko interpretacja przepisów dokonana przez SN, nie mają jej inne zalecenia, np. wskazówki co do dalszego postępowania. Naruszenie art. 398²⁰ przez sąd rozpoznający sprawę stanowi podstawę kasacyjną przewidzianą w art. 398⁹ § 1 pkt 2⁴⁹.

Celem wyżej przedstawionych regulacji procesowych jest zapewnienie prawidłowego rozstrzygnięcia sądowego. Służą one urzeczywistnieniu zawartego w art. 45 Konstytucji prawa do sądu i przede wszystkim ujednoczeniu orzecznictwa organów władzy sądowniczej⁵⁰. Przepisy te

⁴⁸ S. Dąbrowski, *Niezawisłość...*, s. 1; *Konstytucyjny...*, s. 231; G. Kuca, P. Mikuli, *op. cit.*, s. 145.

⁴⁹ *Uwaga nr 4 do art. 398²⁰*, [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 2, red. T. Ereciński, s. 264.

⁵⁰ T. Ereciński, J. Godowski, T. Iwulski, *Komentarz do ustawy o ustroju sądów powszechnych i ustawy o KRS*, Warszawa 2002, s. 39.

realizują zasadę jednolitości orzeczeń, szybkości postępowania i pewności prawa. Ich istotą jest związanie sądów orzeczeniami SN wydanymi w danej sprawie dotyczącymi bądź rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego, bądź ustalenia przez SN wiążącego sposobu dokonania wykładni prawa. Przepisy te reglamentują autonomię sędziów przede wszystkim w zakresie interpretacji prawa. Skutkuje to ograniczeniem niezawisłości, albowiem immanentnym elementem procesu stasowania prawa, obok ustalenia stanu faktycznego, subsumcji jest wybór i wykładnia przepisów prawa. Rola sędziów zostaje w tym przypadku zredukowana do obowiązku przyjęcia treści przepisów prawa ustalonych przez SN. Nie mogą oni w pełni samodzielnie i niezależnie realizować swoich funkcji orzeczniczych. Ponadto z art. 390, art. 398¹⁷ i 398²⁰ kpc wynika, że sędziowie podlegają nie tylko konstytucji i ustawom (art. 178 Konstytucji RP) ale również w konkretnych sprawach i uchwałom SN rozstrzygającym zagadnienia prawne i ustalającym wykładnię.

Regulacje zawarte w art. 390 § 2, 398¹⁷, 398²⁰ kpc, mimo że oddziałują na niezawisłość i związują sędziów uchwałami SN, nie naruszają przepisów ustawy zasadniczej. Jak wskazano wyżej, niezawisłość sędziowska nie ma charakteru absolutnego i może podlegać ograniczeniom, które znajdują podstawy w Konstytucji RP. W tym przypadku taką podstawę stanowi art. 183 ust. 1 ustawy zasadniczej, z którego wynika, że Sąd Najwyższy sprawuje nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych w zakresie orzekania. Nadzór obejmuje prawo kontroli oraz korygowania działalności orzeczniczej sądów. „[S]rodki nadzoru judykacyjnego muszą pozwalać SN na ingerowanie w sposób i treść rozstrzygania w danych sprawach sądowych. W tym sensie art. 183 ust. 1 stanowi wyjątek od ogólnej zasady, że sędzia podlega tylko Konstytucji i ustawom”⁵¹. Wskazane przepisy kpc są właśnie przykładami środków nadzoru nad działalnością sądów i znajdują one bezpośrednie oparcie w treści art. 183 ustawy zasadniczej. Reasumując, nie ma przeszkód, by do porządku prawnego wprowadzić tego typu instytucje prawne.

PODSUMOWANIE

W ujęciu normatywnym (wąskim) rozumienia art. 178 ust. 1 Konstytucji RP w ogóle nie dochodzi do kolizji przedstawionych przepisów kpc z zasadami niezawisłości i podlegania sędziów konstytucji i ustawom. Koncepcja ta zakłada bowiem, że związanie wynikające z treści art. 178

⁵¹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 183, [w:] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 5.

ustawy zasadniczej odnosi się tylko do aktów normatywnych i nie odnosi się do innych czynności konwencjonalnych, tj. akty stosowania prawa. W konsekwencji dopuszczalne byłoby wprowadzenie ustawowych regulacji, z których wynikałoby związanie sądów orzeczeniami innych organów władzy sądowniczej. Wyżej wskazano, iż koncepcja normatywna interpretacji art. 178 ust. 1 nie odpowiada założeniom demokratycznego państwa prawa i trójpodziału władzy i nie należy jej stosować. W tym przypadku powinno się dać pierwszeństwo koncepcji konsensualnego (szerokiego) rozumienia art. 178 ust. 1 Konstytucji RP. Wynika z niej, że sędziowie podlegają konstytucji i ustawom i równocześnie nie podlegają wszystkim pozostałym aktom prawnym (konwencjonalnym), do których należy zaliczyć podustawowe źródła prawa, akty stanowienia prawa i czynności prawne. Związanie sędziów innymi aktami niż konstytucja i ustawy stanowi ograniczenie zasady niezawisłości sędziowskiej i musi posiadać swoje uzasadnienie i podstawy w przepisach ustawy zasadniczej.

Kodeks postępowania cywilnego zawiera szereg regulacji, których skutkiem jest związanie sędziów orzeczeniami różnego rodzaju sądów. Należy stwierdzić, że wszystkie one w pewnym zakresie ograniczają zasadę niezawisłości i pozostają w opozycji do treści klauzuli podlegania sędziów konstytucji i ustawom. Postanowienia wynikające z art. 11 i art. 365 § 1 kpc są relikami dawnego porządku prawnego i ustrojowego i obecnie nie posiadają swojego zakotwiczenia w przepisach ustawy zasadniczej. Obowiązują one w praktycznie niezmienionej formie od roku 1964, tj. od uchwalenia i wejścia w życie kpc. W mojej ocenie, wynikające z tych przepisów rozwiązania procesowe są niezgodnie z zasadami wynikającymi z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP.

Równocześnie art. 386 § 6, art. 390 § 2, art. 398¹⁷ i 398²⁰ kpc posiadają swoje konstytucyjne zakotwiczenie wynikające z szczególności w art. 78, art. 176 ust. 1 i art. 183 ust. 1. Nadto wszystkie powyższe przepisy kodeksu zostały ustanowione po wejściu w życie obecnie obowiązującej ustawy zasadniczej z wyjątkiem art. 386, który z niewielkimi zmianami obowiązuje od roku 1996. Może to świadczyć, że ustawodawca wprowadzając nowe rozwiązania procesowe uwzględnił współczesne, demokratyczne wymagania dotyczące niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Konstytucyjne zamocowanie tych regulacji przesądza o ich zgodności z ogólnymi zasadami ustrojowymi mimo faktu, że w pewnym zakresie ograniczają one zasadę niezawisłości i wprowadzają obok konstytucji i ustaw dodatkowe akty prawne, którym podlegają sędziowie.

**PARLAMENTARYZM
JAKO ZASADA USTROJU
W PAŃSTWIE DEMOKRATYCZNYM**

MAREK BANKOWICZ

PARLAMENTY W SYSTEMACH KONSTYTUCYJNYCH WYBRANYCH PAŃSTW EUROPY ŚRODKOWEJ

Parlamenty, jako organy przedstawicielskie pochodzące z bezpośrednich i powszechnych wyborów, dysponują silną legitymizacją demokratyczną i są instytucjami, poprzez które uzewnętrznia się i materializuje kluczowa dla porządku demokratycznego zasada suwerenności narodu. Podkreślanie znaczenia parlamentu jako centralnego ośrodka porządku demokratycznego, co znajduje wyraz w stosownych regulacjach konstytucyjnych, jest charakterystyczne dla państw Europy Środkowej, które uzyskały sposobność budowania systemów demokratycznych po załamaniu się panujących u nich przez lata dyktatur komunistycznych¹.

BULGARIA

Konstytucję Republiki Bułgarii przyjęto 12 lipca 1991 roku. Była to pierwsza nowa, w pełni demokratyczna, konstytucja wśród byłych państw komunistycznych Europy Środkowej². Konstytucja ta stanowi, że „Bułgaria jest republiką o parlamentarnym systemie władzy” (art. 1 ust. 1). Władza państwowa rozdzielona jest – co *explicite* stwierdza

¹ Niniejszy tekst stanowi swoistego rodzaju selektywne studium przypadków – autor nie uwzględnił Polski z jednej strony, a państw poradzieckich z drugiej.

² Zwracają na to uwagę G. Koksanowicz, *Republika Bułgarii*, [w:] *Ustroje państw współczesnych 2*, red. E. Gdulewicz, Lublin 2002, s. 39 oraz B. Szmulik, M. Żmigrodzki, *System polityczny Bułgarii*, [w:] *Systemy polityczne państw Europy Środkowej i Wschodniej*, red. W. Sokół, M. Żmigrodzki, Lublin 2005, s. 167.

art. 8 – pomiędzy organy ustawodawcze, wykonawcze i sędownicze. Tak zdecydowane uwypuklenie zasady trójpodziału władzy jest wielce wymowne. Chodzi tu o zerwanie z obowiązującą w okresie komunizmu formułą jednolitości władzy. Zdaniem niektórych badaczy, należy tu też upatrywać nawiązania do amerykańskiej zasady hamulców i równowagi. Świadczyć o tym ma zakaz łączenia mandatu parlamentarnego z zasiadaniem w rządzie, brak inicjatywy ustawodawczej głowy państwa, prawo weta prezydenta wobec ustaw oraz istnienie urzędu wiceprezydenta³.

Jednoizbowy parlament bułgarski – Zgromadzenie Narodowe (składa się z 240 deputowanych), pochodzi z wyborów powszechnych i ma 4-letnią kadencję. Czynne prawo wyborcze mają obywatele, którzy ukończyli 18 lat, bierne – 21 lat. Do parlamentu nie może kandydować obywatel bułgarski mający równocześnie obywatelstwo innego państwa. Prawo do zgłaszania kandydatów mają zarejestrowane partie polityczne, organizacje i ruchy. Niezależna lista musi być poparta podpisami, w zależności od wielkości okręgu – od 1200 do 2000 wyborców. Posłów wybiera się w 31 wielomandatowych okręgach wyborczych, obowiązuje próg 4% w skali całego kraju. Do głównych zadań Zgromadzenia Narodowego należy ustawodawstwo oraz sprawowanie kontroli parlamentarnej, tj. głównie kontroli politycznej nad rządem (art. 62). Ważną funkcją parlamentu jest również ratyfikowanie zawartych przez rząd umów międzynarodowych. Poza tym Zgromadzenie Narodowe m.in. uchwała budżet państwa, ustanawia podatki, ogłasza wybory prezydenckie, pociąga prezydenta do odpowiedzialności konstytucyjnej, rozpisuje referendum, tworzy, znosi i przekształca ministerstwa (na wniosek premiera), wybiera i dymisjonuje prezesa Bułgarskiego Banku Narodowego, a także wyraża zgodę na użycie bułgarskich sił zbrojnych poza granicami kraju (art. 84). Inicjatywa ustawodawcza przysługuje deputowanym i rządowi. Ustawa wchodzi w życie po jej podpisaniu przez prezydenta. Głowie państwa przysługuje prawo weta, które może zostać przełamane w parlamencie absolutną większością głosów. Jeśli chodzi o kontrolę polityczną nad rządem, to najbardziej brzemienne w skutki jej przejawem jest możliwość uchwalenia przez Zgromadzenie Narodowe wotum nieufności wobec Rady Ministrów. Z wnioskiem w tej sprawie może wystąpić co najmniej jedna piąta członków parlamentu, a do jego uchwalenia potrzebna jest absolutna większość całego Zgromadzenia Narodowego (przynajmniej 121 głosów). Przyjęcie przez parlament wniosku o wotum nieufności prowadzi do dymisji rządu, w przy-

³ J. Karp, M. Grzybowski, *System konstytucyjny Bułgarii*, Warszawa 2002, s. 20.

padku zaś jego odrzucenia konstytucja zabrania wystąpienia z podobną inicjatywą przed upływem sześciu miesięcy (art. 89).

Na czele parlamentu stoi przewodniczący Zgromadzenia Narodowego. Przewodniczy on posiedzeniom, dba o przestrzeganie regulaminu, reprezentuje izbę oraz organizuje międzynarodowe kontakty parlamentu.

Podtrzymując – nawiasem mówiąc bardzo interesującą – bułgarską tradycję ustrojową, konstytucja z 1991 roku przewidziała zwoływane dla rozstrzygnięcia fundamentalnych dla państwa spraw Wielkie Zgromadzenie Narodowe, liczące 400 deputowanych. Jest ono zwoływane na wniosek parlamentu, uchwalony kwalifikowaną większością dwóch trzecich ogólnej liczby posłów. Termin wyborów zarządza parlament. Czynne i bierne prawo wyborcze przysługuje obywatelom, którzy ukończyli 18 lat. Wielkie Zgromadzenie Narodowe uchwała nową konstytucję, dokonuje zmian przepisów obowiązującej konstytucji oraz zatwierdza zmiany granic państwowych i ratyfikuje umowy międzynarodowe dotyczące tej sprawy (art. 158). Uchwały Wielkiego Zgromadzenia Narodowego zapadają większością dwóch trzecich głosów (art. 161).

CZECHY

Czeska konstytucja, uchwalona 16 grudnia 1992 roku, mocno stoi na gruncie zasad klasycznego systemu parlamentarno-gabinetowego, choć pewnego rodzaju zakłócenie wywołuje tu dokonana w 2012 roku nowelizacja – wprowadzająca wyłanianie prezydenta w głosowaniu powszechnym⁴. Wynosi parlament do rangi pierwszoplanowego organu władzy. Głównym jego zadaniem – aczkolwiek nie jedynym – jest sprawowanie władzy ustawodawczej. Parlament jest też źródłem pozostałych instytucji władzy, tj. prezydenta i rządu, wyłania bowiem głowę państwa, zaś rząd kontroluje politycznie. Czeski parlament jest dwuizbowy i składa się z Izby Poselskiej oraz Senatu. Wybór dwuizbowości jest rozstrzygnięciem arbitralnym, ponieważ nie został on w konstytucji uzasadniony względami natury terytorialnej czy z zakresu reprezentacji politycznej⁵. Zastosowana w Czechach dwuizbowość stanowi przykład

⁴ M. Bankowicz, *Prezydentury*, Kraków 2013, s. 135–136; M. Kubát, *Jak wybierać prezydenta Czech? Dyskusja o bezpośrednich wyborach prezydenckich w Czechach i jej wyniki*, „Arkana” 2013, nr 110, s. 83–100.

⁵ K. Klíma, *Constitutional Law of the Czech Republic*, Plzeň 2008, s. 295–296. Bardzo dokładnie drogę dochodzenia do decyzji o uruchomieniu w Czechach Senatu nakreśla J. Kysela w pracy *Dvoukomorové systémy. Teorie, historie a srovnání dvoukomorových parlamentů*, Praha 2004, s. 425–431.

bikameralizmu niesymetrycznego, ponieważ Senat jest znacznie słabszy kompetencyjnie od Izby Poselskiej. „Zasada bikameralizmu – dowodzi Jan Wintr – może więc być rozumiana w Republice Czeskiej jako jeden z hamulców w systemie podziału władz, hamulec wewnątrz władzy ustawodawczej”⁶. Zadaniem Senatu jest powściągnięcie Izby Poselskiej, a nawet blokowanie jej wtedy, gdy popełnia błędy lub podejmuje pochopne rozstrzygnięcia.

Izba Poselska skupia 200 posłów, wybieranych na 4-letnią kadencję. W Senacie zasiada 81 senatorów, na 6-letnią kadencję, z tym, że co dwa lata wybiera się jedną trzecią senatorów. Czynne prawo wyborcze przysługuje obywatelom, którzy ukończyli 18 lat, bierne w odniesieniu do Izby Poselskiej wynosi 21 lat, a Senatowi – 40 lat. Prawo zgłaszania kandydatów w wyborach do Izby Poselskiej mają zarejestrowane partie polityczne lub ich koalicje o ile posiadają co najmniej 10 tys. członków. W przypadku braku wymaganej liczby członków petycja o dopuszczenie do wyborów winna być podpisana przez taką liczbę wyborców, która zastępuje brakujących członków. Listy kandydatów rejestruje się na szczeblu okręgów wyborczych po uiszczeniu w każdym z nich kaucji – rozumianej jako finansowe zabezpieczenie kosztów kampanii wyborczej – w wysokości 15 tys. koron, która nie podlega zwrotowi, chyba że ugrupowanie nie rejestruje własnej listy wyborczej⁷. W ramach listy wyborca może wskazać dwóch preferowanych przez siebie kandydatów⁸. W podziale mandatów uczestniczą listy, które przekroczyły odpowiednie progi wyborcze: pojedyncze partie obowiązują próg 5%, dwupartyjne koalicje – 10%, trójpartyjne koalicje – 15%, a czteropartyjne bądź większe – 20%⁹. Gdyby jednak centralna komisja wyborcza ustaliła, że powyższych warunków nie spełniły przynajmniej dwie koalicje

⁶ J. Wintr, *Principy českého ústavního práva (s dodatkem principů práva evropského a mezinárodního)*, Praha 2006, s. 67.

⁷ W latach 1993–2000 obowiązywała wysoka kaucja wyborcza, wynosząca 200 tys. koron w każdym z okręgów wyborczych, która przepadała, jeśli partia nie uzyskała co najmniej 5% głosów w skali całego państwa. Ustawa przyjęta w 2000 r. zmniejszyła kaucję do 40 tys. koron w każdym z okręgów, a próg uprawniający do jej odzyskania został ustalony na poziomie 3%. Ustawę tę Sąd Konstytucyjny uznał w 2001 r. za częściowo niekonstytucyjną, kwestionując m.in. wysokość kaucji.

⁸ Do 2000 r. liczba głosów preferencyjnych przysługujących wyborcom w stosunku do kandydatów z listy była wyższa i wynosiła 4.

⁹ Przed nowelizacją ordynacji wyborczej w 2002 r. progi były niższe: dla partii politycznej – 5%, dla koalicji złożonej z dwóch partii – 7%, dla koalicji złożonej z trzech partii – 9% i dla koalicji złożonej z więcej niż trzech partii – 11%.

lub jedna koalicja i jedna partia bądź też dwie partie, wtedy obniża próg do 4% dla pojedynczych partii, 6% dla dwuczłonowych koalicji, 8% dla trójczłonowych koalicji i 10% dla koalicji czteroczłonowych i większych. W sytuacji, gdy w dalszym ciągu partie i koalicje nie są w stanie sprostać tym wymogom, progi obniża się jeszcze o 1%. Podział mandatów dokonywany jest w jednym obliczeniu (*skrutinium*) przeprowadzanym w okręgach wyborczych z wykorzystaniem metody d'Hondta¹⁰.

Wybory do Senatu są większościowe. Kandydatów na senatorów mogą zgłaszać zarejestrowane partie polityczne lub ich koalicje. Niezależny kandydat musi uzyskać poparcie co najmniej 1000 wyborców zamieszkałych w danym okręgu. Kandydaci wpłacają kaucję w wysokości 20 tys. koron. Kaucja ta następnie jest zwracana tym kandydatom, którzy dostali przynajmniej 6% głosów. W pierwszej turze głosowania do zdobycia mandatu senatorskiego trzeba uzyskać ponad połowę ważnie oddanych głosów. Przy braku rozstrzygnięcia przeprowadza się drugą turę z udziałem dwóch najsilniejszych kandydatów, a mandat przypadnie temu z nich, na którego oddano więcej głosów¹¹.

Konstytucja zrywa z dotychczasową czechosłowacką tradycją, która zakładała sesyjny tryb pracy parlamentu. Parlament Republiki Czeskiej pracuje w trybie ciągłym, aczkolwiek jego posiedzenia wciąż określane są mianem „sesji”. Tego rodzaju sesja trwa jednak od początku do końca kadencji. Konstytucja stanowi mianowicie: „Sesje każdej z izb toczą się na zasadzie permanencji” (art. 34 ust. 1). Słusznie więc zauważył K. Skotnicki, że stosowana w tym przypadku terminologia może prowadzić do fałszywych wniosków¹². Sesje czeskiego parlamentu nie mają nic wspólnego z tradycyjnie rozumianymi sesjami. Wypełniają bowiem

¹⁰ Do 2000 r. obowiązywał system dwóch obliczeń (skrutiniów), pierwsze z nich miało miejsce na szczelbu okręgów wyborczych, zaś podstawą do drugiego obliczenia były tzw. głosy niewykorzystane (resztkowe), tj. takie, które nie wystarczyły do zapewnienia mandatu. Obowiązywała też inna metoda wyborcza, a mianowicie Hagenbacha-Bischoffa. Przeprowadzona zmiana sprzyjała większym ugrupowaniom. Na ten temat zob.: L. Mrklas, *Česká republika, [w:] Politické a ústavní systémy zemí Středovýchodní Evropy*, red. M. Kubát, Praha 2004, s. 107.

¹¹ Wnikliwą analizę zasad czeskiego systemu wyborczego do parlamentu zawierają opracowania: *Volební systémy*, red. R. Chytilék, J. Šedo, Brno 2004, s. 198–207; J. Šedo, *Volební systémy postkomunistických zemí*, Brno 2007, s. 34–35; R. Chytilék, J. Šedo, T. Lebeda, D. Čaloud, *Volební systémy*, Praha 2009, s. 292–314, a w literaturze polskiej: W. Sokół, *Geneza i ewolucja systemów wyborczych w państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Lublin 2007, s. 393–394.

¹² K. Skotnicki, *Republika Czeska, [w:] W. Brodziński, D. Górecki, K. Skotnicki, T. Szymczak, Wzajemne stosunki między władzą ustawodawczą a wykonawczą (Białoruś, Czechy, Litwa, Rumunia, Słowacja, Węgry)*, Łódź 1996, s. 47.

całą kadencję izb, a zatem trwają stale. W przypadku Izby Poselskiej tak pojmowane sesje zwołuje prezydent po wyborach, co ma uczynić w taki sposób, aby izba rozpoczęła pracę najpóźniej w 30. dniu po jej wyłonieniu. Gdyby zaś prezydent tego nie zrobił, Izba Poselska sama zbiera się 30. dnia licząc od dnia elekcji. Permanentna sesja wygasa z chwilą zakończenia kadencji Izby Poselskiej lub w przypadku wcześniejszego jej rozwiązania przez głowę państwa, co może nastąpić w czterech ściśle określonych sytuacjach – po pierwsze, gdy Izba Poselska nie udzieliła wotum zaufania nowo powołanemu rządowi, którego premier został mianowany przez prezydenta na wniosek przewodniczącego Izby Poselskiej; po drugie – jeśli Izba Poselska w ciągu trzech miesięcy nie ustosunkowała się do rządowego projektu ustawy, z którego rozpatrzeniem rząd wiązał kwestię wotum zaufania; po trzecie – gdy sesja Izby Poselskiej została przez nią przerwana na czas dłuższy niż dopuszczalne 120 dni w roku oraz po czwarte – jeżeli izba Poselska w okresie dłuższym niż trzy miesiące nie była zdolna do podejmowania uchwał, chociaż jej sesja nie została przerwana lub też została przerwana i następnie izbę ponownie zwołano na posiedzenie (art. 35 ust. 1). Jeśli idzie o Senat, to prezydent zwołał tylko raz jeden sesję Senatu, a mianowicie tego wybranego po raz pierwszy, ponieważ jest to izba nierozwiązywalna. Izby obradują oddzielnie. Konstytucja przewiduje jednak możliwość zwołania wspólnych posiedzeń, o czym decyduje przewodniczący Izby Poselskiej. Ustawa zasadnicza ze swej strony zmusza do odbycia wspólnych posiedzeń izb wyłącznie w dwóch sytuacjach: dla dokonania wyboru prezydenta oraz dla przyjęcia od niego ślubowania. Podczas obrad połączonych izb obowiązuje regulamin Izby Poselskiej.

Kworum niezbędne dla prawomocności uchwał jest ustalone na poziomie jednej trzeciej członków izb. Natomiast obrady izb prowadzi się bez względu na liczbę obecnych posłów i senatorów. Dla podjęcia uchwały izby wymagana jest zgoda bezwzględnej większości obecnych posłów lub senatorów. Jednakże od tej generalnej zasady konstytucja czyni wyłomy w sprawach uznanych za szczególnie ważne, kiedy to formułuje podwyższone wymogi. I tak, dla podjęcia uchwały o wprowadzeniu stanu wojennego i dla podjęcia uchwały o zgodzie na pobyt obcych wojsk na terytorium Republiki Czeskiej wymagana jest zgoda bezwzględnej większości wszystkich posłów i wszystkich senatorów. Dla uchwalenia ustawy konstytucyjnej i dla zatwierdzenia umowy międzynarodowej o prawach i podstawowych wolnościach człowieka wymagana jest z kolei zgoda trzech piątych wszystkich posłów i trzech piątych obecnych senatorów (art. 39).

Izba Poselska i Senat wybierają swoich przewodniczących i wiceprzewodniczących. Osoby te reprezentują parlament na zewnątrz oraz czuwają nad prawidłowym przebiegiem posiedzeń. W trakcie posiedzeń dokonują miarodajnej wykładni zasad proceduralnych. Zobowiązani są do bezstronnego wykonywania swych zadań. Warto odnotować, że ani konstytucja, ani regulamin parlamentarny nie posługują się w odniesieniu do przewodniczących i wiceprzewodniczących izb mianem „prezydium”. Trudno to uznać za dzieło przypadku czy też przeoczenie. Prawdopodobnie wyeliminowanie prezydiów było motywowane chęcią uwolnienia się od czechosłowackiej tradycji – dającej się odczuć ze szczególną siłą w okresie komunistycznym – w której prezydium izby (bądź prezydium izb) zawsze dysponowało mocnymi uprawnieniami i często nazbyt dominowało nad całym parlamentem.

Parlament w Republice Czeskiej z formalnego punktu widzenia jest jedynym organem uprawnionym do stanowienia i zmiany ustaw. Spełnia więc na zasadach wyłączności funkcję organu władzy ustawodawczej. „W Republice Czeskiej – głosi art. 15 ust. 1 konstytucji – władza ustawodawcza należy do Parlamentu”. K. Klíma określa parlament mianem „autora norm”¹³. Mieści się w tym również ustrojodawstwo, ponieważ tylko parlament jest autorem norm konstytucyjnych, a zatem decyduje o ustroju państwa i władny jest dokonywać zmian i uzupełnień w tekście konstytucji.

Proces ustawodawczy jest złożony i projekt przejść musi przez kilka stadiów zanim stanie się ustawą. „Ustawodawcze uprawnienia – jak zauważają Z. Jičinsky i J. Škaloud – mają obie izby, ale ich rola jest tu nieporównywalna”¹⁴. Uwidacznia się bowiem w tej materii niewątpliwy prymat Izby Poselskiej. Konstytucja stanowi, że projekt ustawy wnosi się tylko i wyłącznie do Izby Poselskiej (art. 41 ust. 1). Projekt może wnieść poseł, grupa posłów, Senat, rząd oraz organ przedstawicielski jednostki samorządu terytorialnego wyższego szczebla, tj. ziemi lub województwa. Nie ma w tym gronie prezydenta republiki, choć trzeba skądinąd przyznać, że niewyposażenie głowy państwa w inicjatywę ustawodawczą jest na gruncie systemu parlamentarnego zjawiskiem normalnym i nie zaskakuje. Nie przyznano też inicjatywy ustawodawczej komitetom i komisjom Izby Poselskiej, aczkolwiek mogą one skutecznie wystąpić z projektem ustawy działając jako grupa posłów. Za

¹³ K. Klíma, *Faits historiques en relation avec la naissance de la République tchèque*, Prague 1994, s. 19.

¹⁴ Z. Jičinsky, J. Škaloud, *Transformace politického systému k demokracii*, [w:] V. Šafaříková a kol., *Transformace české společnosti 1989–1995*, Brno 1996, s. 79.

nader interesujące rozwiązanie należy bez wątpienia uznać przyznanie inicjatywy ustawodawczej jednostkom samorządu terytorialnego. Wyłączne prawo inicjatywy ustawodawczej w zakresie ustawy budżetowej i ustawy w sprawie zamknięcia rachunków państwowych posiada rząd. W czeskiej literaturze konstytucjonalistycznej występuje pogląd, że jest to konsekwencja odpowiedzialności rządu za stan spraw państwa, a rządowi byłoby trudno kierować państwem w oparciu o regulacje finansowe zainicjowane poza nim¹⁵. Ustawy te rozpatruje i uchwała tylko Izba Poselska, są one zatem wyłączone spod kompetencji Senatu. Ze szczególną mocą należy podkreślić to, że rząd – zgodnie z postanowieniem art. 44 konstytucji – ma prawo ustosunkować się do wszystkich zgłoszonych projektów ustaw. Jeśli rząd nie przedstawi własnego stanowiska w ciągu 30 dni od doręczenia mu projektu, przyjmuje się, że wyraził zgodę. Oczywiście negatywna ocena projektu przez rząd nie hamuje procesu ustawodawczego. Nadto rząd ma prawo żądać, aby Izba Poselska zakończyła rozpatrywanie rządowego projektu ustawy w ciągu trzech miesięcy od jego przedłożenia, o ile rząd zwiąże z nim wniosek o udzielenie mu wotum zaufania. Projekt ustawy uchwalony przez Izbę Poselską przekazuje się bez zbędnej zwłoki Senatowi. Senat w ciągu 30 dni winien rozpatrzyć projekt ustawy i zająć wobec niego stanowisko. Senat podejmuje uchwałę o przyjęciu lub odrzuceniu projektu ustawy albo zwraca go Izbie Poselskiej z propozycjami zmian bądź też oświadcza, że nie będzie się projektem zajmował. Jeśli Senat nie wypowie się w ciągu 30 dni lub oświadczy, że nie zajmie się projektem, oznacza to przyjęcie projektu przez tę izbę (art. 46). W przypadku zaś, gdy Senat odrzuci projekt ustawy, Izba Poselska poddaje go pod ponowne głosowanie. Projekt ustawy zostaje przyjęty, gdy opowie się za nim większość wszystkich posłów. Jeśli zaś Senat zwróci Izbie Poselskiej projekt ustawy z propozycjami zmian, Izba Poselska głosuje ten projekt w brzmieniu uchwalonym przez Senat. Na podstawie uchwały Izby Poselskiej projekt zostaje przyjęty. Gdyby jednak Izba Poselska nie uchwaliła projektu ustawy w brzmieniu senackim, głosuje ponownie nad projektem w brzmieniu wyjściowym, tj. takim, w jakim został on przekazany do Senatu. Projekt ustawy zostaje przyjęty, jeśli Izba Poselska uchwali go większością głosów wszystkich posłów. Dodać przy tym trzeba, że w toku rozpatrywania w Izbie Poselskiej odrzuconego lub zwróconego przez Senat projektu ustawy zgłaszanie poprawek jest niedopuszczalne (art. 47). Widać więc, że w procesie ustawodawczym Izba Poselska posiada przewagę nad Senatem. Przewaga ta objawia się tym, że *primo*

¹⁵ V. Pavliček, J. Hřebejk, *Ústava a ústavní řád České republiky*, Praha 1994, s. 117.

projekty ustaw wnoszone są wyłącznie do Izby Poselskiej, *secundo* tylko Izba Poselska uchwała ustawy budżetowe i ustawy związane z zamknięciem rachunków państwowych oraz *tertio* Izba Poselska jest w stanie uchwalić wbrew Senatowi projekt ustawy w swoim brzmieniu, o ile nie jest to ustawa konstytucyjna, umowa międzynarodowa, ordynacja wyborcza, ustawa o zasadach obradowania i wzajemnych kontaktach obu izb, ustawa o stosunkach zewnętrznych izb oraz ustawa o regulaminie obrad Senatu, dla których to uchwalenia niezbędne jest ich przyjęcie zarówno przez Izbę Poselską, jak i Senat. Ustawę przyjętą przez parlament przewodniczący Izby Poselskiej przedkłada prezydentowi republiki. Głowa państwa ma prawo zwrócić z uzasadnieniem ustawę, z wyjątkiem ustawy konstytucyjnej, którą jest zobowiązana podpisać od razu, w ciągu 15 dni od dnia jej otrzymania. Nad zwróconą przez prezydenta ustawą ponownie głosuje tylko Izba Poselska. Zgłaszanie poprawek w takiej sytuacji jest niedopuszczalne. Jeśli Izba Poselska ponownie uchwali zwróconą ustawę większością głosów wszystkich posłów, ustawa podlega ogłoszeniu. W przeciwnym wypadku przyjmuje się, że ustawa nie została uchwalona (art. 50).

Gdy mowa o sprawach legislacyjnych, należy jeszcze wspomnieć o nadzwyczajnych uprawnieniach Senatu w sytuacji rozwiązania Izby Poselskiej. Senatowi przysługuje prawo uchwalania postanowień ustawowych¹⁶ w sprawach niecierpiących zwłoki, a wymagających unormowania ustawowego. Rozwiązanie to ma na celu zapewnić państwu w momencie kryzysowym mechanizm gwarantujący ciągłość ustawodawstwa. Senat nie może jednak w drodze postanowień ustawowych normować spraw konstytucji (tj. uchylać ustaw konstytucyjnych), budżetu państwa, zamknięcia rachunków państwowych, ordynacji wyborczej oraz umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka i podstawowych wolności. Trzeba zaznaczyć, że inicjowanie postanowień ustawowych nie należy do samego Senatu, lecz jest to wyłączna kompetencja rządu. Tylko bowiem rząd ma prawo zgłaszania w Senacie tego

¹⁶ Konstytucja Republiki Czeskiej (art. 33) zawiera takie właśnie określenie – *zakonné opatření*. Posługiwanie się w tym kontekście polskim tłumaczeniem „dekrety z mocą ustawy” [w pewnym okresie również stosowane przez autora: zob. M. Bankowicz, *Systemy władzy państwowej Czechosłowacji i Czech. Studium instytucjonalno-polityczne*, Kraków 1998, s. 161–163] nie wydaje się fortunne. Dekret jest bowiem aktem prawnym władzy wykonawczej, a Senat stanowi przecież część władzy ustawodawczej. Twórcy czeskiej konstytucji świadomie nie posłużyli się nazwą „dekret” (słowo to w języku czeskim ma identyczną pisownię, jak w języku polskim), lecz wybrali specyficzne określenie, które dobrze oddaje ustawowy, choć zarazem zastępczy, charakter aktu normatywnego Senatu.

rodzaju projektów. Uchwalone przez Senat postanowienia ustawowe podpisuje przewodniczący Senatu, prezydent republiki i premier. Postanowienia ustawowe muszą zostać zatwierdzone przez Izbę Poselską na jej pierwszym posiedzeniu, w przeciwnym przypadku tracą dalszą moc prawną (art. 33).

W świetle postanowień konstytucji funkcja kontroli nad rządem w Republice Czeskiej jest realizowana wyłącznie przez Izbę Poselską. Kontrola ta przybiera rozmaite formy, a sprawować ją może Izba Poselska *in pleno*, poszczególne jej organy lub też pojedynczy posłowie. Odpowiedzialność polityczna rządu przed Izbą Poselską uwidacznia się już bardzo wyraźnie w chwili jego powstawania. Nowo ukonstytuowany gabinet jest zobowiązany w ciągu 30 dni po mianowaniu przez prezydenta wystąpić przed Izbą Poselską i przedstawić wniosek o udzielenie mu wotum zaufania. Najostrzejszym instrumentem kontroli politycznej zastosowanym wobec funkcjonującego rządu jest postawienie w Izbie Poselskiej wniosku o wotum nieufności. Wniosek taki musi być zgłoszony na piśmie przez co najmniej 50 posłów. Do jego uchwalenia potrzebna jest zgoda bezwzględnej większości wszystkich posłów (art. 72). Warunki formułowane przez konstytucję w zakresie wotum nieufności należy uznać za niełatwe do spełnienia. Ma to być bowiem z założenia środek ostateczny, a nie narzędzie utrudniające rządowi pracę i pozbawiające go możliwości stabilnego działania. Dodać należy, że wotum nieufności może być kierowane tylko do całego gabinetu. Nie ma możliwości odwoływania w tym trybie poszczególnych ministrów. Wyrazem sprawowania przez Izbę Poselską funkcji kontrolnych wobec rządu jest ponadto prawo żądania obecności członków gabinetu na jej posiedzeniach w celu złożenia wyjaśnień. To samo odnosi się do posiedzeń komitetów, komisji i komisji śledczych, gdzie jednak członka rządu może zastąpić wiceminister lub inny członek rządu, jeśli nie jest wyraźnie wymagane wstawiennictwo osobiste. Każdy poseł ma też prawo zgłaszania interpelacji do rządu albo jego członków w sprawach należących do ich kompetencji.

Parlament czeski w stosunkowo niewielkim stopniu spełnia funkcję kreacyjną, która polega na wyłanianiu innych organów władzy państwowej. Jedynym organem politycznym powoływanym na mocy decyzji parlamentu jest prezydent będący głową państwa. W pewnym sensie parlament także kreuje oblicze polityczne rządu i jego skład personalny, ponieważ warunkiem funkcjonowania rządu jest zaufanie większości Izby Poselskiej. Poza tym zgoda parlamentu jest wymagana przy obsadzie kilku ważnych stanowisk i funkcji. I tak: członków Sądu Konstytu-

tucyjnego powołuje prezydent za zgodą Senatu, prezesa i wiceprezesa Najwyższego Urzędu Kontroli mianuje prezydent, ale tym razem na wniosek Izby Poselskiej, zaś szefa służb specjalnych (Służba Bezpieczeństwa i Informacji – BIS) wyznacza rząd w porozumieniu z parlamentem.

RUMUNIA

Uchwalona 21 listopada 1991 roku i następnie przyjęta w referendum konstytucja Rumunii – w porównaniu z innymi opisywanymi tu państwami – nieco bardziej powściągliwie, by tak to ująć, wyraża się o parlamencie, nie eksponując specjalnie jego pozycji. Stanowi to wyraz niewątpliwego inspirowania się jej twórców mającą wyraźne znamiona antyparlamentarne konstytucją V Republiki Francuskiej z 1958 roku¹⁷. W ślad za tym wzorem w Rumunii ustanowiono system półprezydencki.

Dwuzbiowy parlament rumuński o kadencji 4-letniej, składający się z Izby Deputowanych (346 osób) i Senatu (143 osoby), jest najwyższym organem przedstawicielskim ludu rumuńskiego i jedyną władzą ustawodawczą kraju (art. 58 ust. 1). Obie izby pochodzą z wyborów powszechnych i – co jest nader nietypowym rozwiązaniem – mają identyczne kompetencje. Występuje tu zatem bikameralizm symetryczny, ale Mirosław Granat jeszcze celnie nazwał ten model konstrukcji parlamentu „dwuzbiowością egalitarną”¹⁸. Chodzi o to, aby w obrębie parlamentu występowały wewnętrzne mechanizmy hamowania i powstrzymywania się izb. Rozstrzygnięcia parlamentarne mają być nie tylko gruntownie przemyślane, lecz również zaaprobowane przez izbę, która nie wystąpiła z daną inicjatywą. Skądinąd jednak rozwiązanie to może skutkować przeciąganiem się w czasie procedur parlamentarnych, a nawet doprowadzić do wzajemnego blokowania skonfliktowanych izb.

W wyborach do Izby Deputowanych (czynne prawo wyborcze 18 lat, bierne – 23) prawo zgłaszania kandydatów przysługuje legalnie działającym partiom politycznym oraz grupie 251 wyborców. Występują 42 wielomandatowe okręgi wyborcze, w których wyłania się co najmniej czterech deputowanych (norma przedstawicielska to jeden deputowany

¹⁷ P. Rosùlek, *Rumunsko*, [w:] *Politické...*, s. 301; P. Rosùlek, *Rumunsko: hybridní poloprezidencialismus*, [w:] L. Cabada a kol., *Nové demokracie střední a východní Evropy*, Praha 2008, s. 203.

¹⁸ M. Granat, *Senat w Konstytucji Rumunii*, [w:] *Senat w Rumunii i Republice Czeskiej*, Warszawa 1994, s. 3.

na 70 tys. obywateli). Rozdział mandatów dokonuje się w oparciu o dwustopniowy system proporcjonalny: w okręgach mandaty są obsadzone według ilorazu wyborczego, zaś dystrybucja reszty mandatów przebiega na podstawie głosów niewykorzystanych na szczeblu ogólnokrajowym. W ten sposób wybiera się 327 posłów. Prawo do posiadania 19 posłów przysługuje mniejszościom narodowym, miejsca te są dystrybuowane pomiędzy reprezentantów mniejszości, którzy w swych okręgach dostali najwięcej głosów (warunkiem minimalnym jest uzyskanie co najmniej 5% głosów w okręgu).

Wybory do Senatu (prawa wyborcze – 18 i 35 lat) przebiegają w podobnym trybie jak wybory do niższej izby parlamentu. Zasady zgłaszania kandydatów są identyczne. Kraj dzielony jest również na 42 okręgi wielomandatowe. W każdym okręgu wyłania się przynajmniej dwóch senatorów, przy normie przedstawicielskiej – jeden senator na 160 tys. obywateli. System wyborczy jest taki sam, jak w przypadku Izby Deputowanych, nie gwarantuje się tu jednak reprezentacji mniejszości narodowych. Warunkiem udziału w podziale mandatów zarówno w Izbie Deputowanych, jak i w Senacie jest osiągnięcie w wyborach progu wynoszącego co najmniej 5% głosów¹⁹. W podziale mandatów uczestniczą listy, które w skali kraju uzyskały co najmniej 5% głosów. Koalicje wyborcze obowiązują podwyższony próg – do 5% dodaje się po jednym procencie dla każdego z jej uczestników, ale w żadnym przypadku próg dla koalicji nie może być większy niż 10%.

Każda izba wybiera swoje prezydium²⁰. Składa się ono z przewodniczącego izby (wybieranego na całą kadencję) i pozostałych członków, w tym wiceprzewodniczących izby, sekretarzy i kwestorów (wybieranych na początku każdej sesji); liczebność prezydium każdorazowo samodzielnie ustala izba, biorąc pod uwagę kryteria polityczne, a przede wszystkim liczbę klubów parlamentarnych i ich siłę w izbie. Prezydium odpowiada za organizację prac parlamentarnych, określa terminy otwarcia i zamknięcia sesji zwyczajnej, posiada inicjatywę dotyczącą zwołania sesji nadzwyczajnej, przygotowuje projekt porządku dziennego posiedzenia, pilnuje terminowości prac izby oraz przyjmuje projekty ustaw i sprawozdania komisji parlamentarnych. Mocną pozycję posiada przewodniczący izby. Nie tylko zwołuje on posiedzenia plenarne i im przewodniczy, kieruje pracami prezydium i jest reprezentantem izby w kontaktach zewnętrznych, ale może występować do Trybunału Kon-

¹⁹ Do 2000 r. obowiązywał próg 3%.

²⁰ Konstytucja rumuńska w oryginale posługuje się terminem „stałe biuro” (*birou permanent*).

stytucyjnego z wnioskiem o ustalenie zgodności ustawy z konstytucją przed jej promulgacją przez głowę państwa, stwierdzenie zgodności z konstytucją traktatu lub innej umowy międzynarodowej, stwierdzenie zgodności z konstytucją regulaminu izby oraz rozstrzygnięcie sporów kompetencyjnych między organami władzy publicznej²¹.

Izba Deputowanych i Senat obradują na posiedzeniach oddzielnych i wspólnych. Wspólne posiedzenia zwoływane są dla następujących spraw: przyjęcia orędzia prezydenta, zatwierdzenia budżetu państwa, ogłoszenia powszechnej lub częściowej mobilizacji, ogłoszenia stanu wojny, zawieszenia lub zakończenia działań wojennych, rozpatrzenia sprawozdań Najwyższej Rady Obrony Kraju i Izby Obrachunkowej oraz mianowania, na wniosek prezydenta, dyrektora Rumuńskiej Służby Informacyjnej i przeprowadzenia kontroli działalności tej służby (art. 62).

Izby powołują komisje stałe, a w razie potrzeby komisje nadzwyczajne i komisje śledcze. Istnieje możliwość powołania komisji wspólnych obu izb.

Rola parlamentu sprowadza się do wykonywania trzech najistotniejszych funkcji: ustawodawczej, kontrolnej i kreacyjnej. Izba Deputowanych i Senat uchwalają trzy rodzaje ustaw – konstytucyjne, organiczne (na wzór francuski; regulują m.in. system wyborczy, problematykę partii politycznych, referendum, organizację rządu i Najwyższej Rady Obrony Kraju, stany nadzwyczajne, status urzędników, administrację lokalną, podział terytorialny, samorząd lokalny) i zwykłe. Inicjatywa ustawodawcza przysługuje rządowi, deputowanym, senatorom i co najmniej 100 tys. obywateli uprawnionych do głosowania²². Przedmiotem obywatelskiej inicjatywy ustawodawczej nie mogą być sprawy fiskalne, sprawy o charakterze międzynarodowym, amnestia i ułaskawienie. Ustawy konstytucyjne wymagają większości co najmniej dwóch trzecich głosów ogólnej liczby członków w każdej z izb. W przypadku braku uchwalenia ustawy konstytucyjnej przy spełnieniu powyższego warunku oraz fiasku procedury mediacyjnej, ustawa może być uchwalona na wspólnym posiedzeniu obu izb większością co najmniej trzech czwartych ogólnej liczby deputowanych i senatorów. Ustawy organiczne i uchwały w sprawie regulaminów izb przyjmowane są głosami większości ogólnej liczby członków w każdej izbie, natomiast ustawy zwykłe uchwalane są większością głosów obecnych na posiedzeniu członków izby. Specjalistycznym organem doradczym parlamentu w sprawach ustawodawczych jest

²¹ W. Brodziński, *System konstytucyjny Rumunii*, Warszawa 2006, s. 29–30.

²² Przed nowelizacją konstytucji z 2003 r. liczba obywateli mogących wnieść inicjatywę ustawodawczą była większa i wynosiła 250 tys.

Rada Legislacyjna, w szczególności opiniuje ona projekty aktów normatywnych, co daje sposobność wyeliminowania ewentualnych wad czy niedostatków na samym początku procedury legislacyjnej. Rząd za całą swoją działalność ponosi odpowiedzialność polityczną tylko przed parlamentem. Na wspólnym posiedzeniu izby mogą uchwalić wotum nieufności wobec rządu. Wniosek o wotum nieufności musi być wniesiony przez co najmniej jedną czwartą ogólnej liczby deputowanych i senatorów. Premier zobowiązany jest przedstawiać izbom sprawozdania z prac gabinetu oraz oświadczenia dotyczące realizowanej polityki państwa. Każda izba może żądać obecności członków rządu na posiedzeniu plenarnym. Funkcja kreacyjna parlamentu polega na powoływaniu przez każdą z izb trzech sędziów Trybunału Konstytucyjnego, powoływaniu członków Izby Obrachunkowej, rzecznika praw obywatelskich²³ (powołuje go wyłącznie Senat) i dyrektorów służb informacyjnych państwa.

SŁOWACJA

Władzę ustawodawczą w Słowacji, zgodnie z konstytucją uchwaloną 1 września 1992 roku, sprawuje jednoizbowy parlament – Rada Narodowa Republiki Słowackiej, wybierany na okres 4 lat. Czynne prawo wyborcze mają obywatele, którzy ukończyli 18 lat, kandydować można z chwilą ukończenia 21 lat. W parlamencie zasiada 150 posłów. Każda partia polityczna chcąc uczestniczyć w wyborach musi mieć przynajmniej 10 tys. członków. Wybory przebiegają w jednym 150-mandatowym okręgu wyborczym obejmującym cały kraj²⁴. Każdy z wyborców głosuje na listę partii, którą popiera. Wobec pojedynczych partii obowiązuje próg 5%, w przypadku koalicji dwóch lub trzech partii próg wynosi 7%, zaś koalicje skupiające cztery lub więcej partii obowiązuje próg 10%²⁵.

²³ W oryginalnym brzmieniu konstytucji występuje określenie „advokat ludu” (*avocatul poporului*).

²⁴ Rozwiązanie to obowiązuje od 1998 r., wcześniej kraj był podzielony na cztery okręgi wyborcze.

²⁵ Takie, jak obecnie progi stosowane były w wyborach w 1992 i 1994 r. Podczas wyborów w 1998 r. wobec pojedynczych partii obowiązywał próg 5%, w przypadku koalicji składających się z dwóch lub trzech członków 7%, zaś koalicje grupujące czterech lub więcej uczestników obowiązywał próg 10%. W marcu 1999 r. Sąd Konstytucyjny uznał progi zastosowane w 1998 r. za niekonstytucyjne, w konsekwencji tego orzeczenia parlament przywrócił dawne progi. Na temat szczegółów słowackiego systemu wyborczego zob.: W. Sokół, R. Serej, *System polityczny Słowacji*, [w:] *Systemy polityczne...*, s. 479–485; W. Sokół, *Geneza i ewolucja...*, s. 399–403.

Rozdział mandatów przebiega w następujący sposób: najpierw liczbę ważnie oddanych głosów w skali kraju dzieli się przez 151, co daje wartość określaną jako „iloraz wyborczy republiki”, potem liczbę głosów oddanych na poszczególne listy dzieli się przez ów iloraz, a wynik oznacza liczbę mandatów w parlamencie²⁶.

Rada Narodowa obraduje stale. Pierwsze posiedzenie zwołuje prezydent w ciągu 30 dni od ogłoszenia wyników wyborów, a jeżeli tego nie zrobi, parlament zbiera się trzydziestego dnia po ogłoszeniu wyników. Następne posiedzenia Rady Narodowej zwołuje jej przewodniczący. Musi on zwołać w terminie siedmiu dni posiedzenie izby na żądanie co najmniej jednej piątej posłów. Rada Narodowa uchwałą może zawiesić swoją sesję, ale czas zawieszenia sesji nie może przekraczać czterech miesięcy w roku. Co ważne, w okresie zawieszenia sesji działają przewodniczący, wiceprzewodniczący i komisje parlamentu (art. 82). Parlament podejmuje uchwały, gdy jest obecna ponad połowa jego członków. Dla ważności uchwały potrzebna jest zgoda ponad połowy obecnych posłów. W przypadku umowy międzynarodowej dotyczącej przystąpienia do organizacji wzajemnego zbiorowego bezpieczeństwa bądź umowy międzynarodowej o prawach człowieka i podstawowych wolnościach, zobowiązaniach politycznych, wojskowych czy gospodarczych lub członkostwa Słowacji w organizacjach międzynarodowych, a także dla uchwalenia ustawy zwróconej przez prezydenta, potrzebna jest zgoda ponad połowy wszystkich posłów. Z kolei dla uchwalenia konstytucji, zmiany konstytucji, uchwalenia ustawy konstytucyjnej, przyjęcia uchwały o głosowaniu ludowym w sprawie odwołania prezydenta, do złożenia oskarżenia prezydenta oraz do wypowiedzenia wojny, potrzebna jest zgoda trzech piątych posłów (art. 84).

Według art. 72 konstytucji, „Rada Narodowa jest wyłącznym ustrojodawczym i ustawodawczym organem Republiki Słowackiej”. Uchwała konstytucję, ustawy konstytucyjne i ustawy, budżet państwowy, a także kontroluje ich wykonanie. Projekty ustaw mogą zgłaszać komisje parlamentarne, posłowie i rząd. Wybiera i odwołuje prezydenta Republiki Słowackiej. Wybiera sędziów, przewodniczącego i wiceprzewodniczącego Sądu Najwyższego oraz przewodniczącego i wiceprzewodniczącego Najwyższego Urzędu Kontroli. Parlament sprawuje kontrolę polityczną nad rządem, rozpatruje deklarację programową rządu, tworzy ustawą ministerstwa i inne organy administracji państwowej oraz może żądać obecności na jego posiedzeniu członka rządu lub kierownika innego

²⁶ L. Lupták, *Slovensko: postkomunismus a národné mýty*, [w:] L. Cabada a kol., *op. cit.*, s. 55–56.

urzędu administracji państwowej. Rozpatruje podstawowe problemy polityki wewnętrznej, międzynarodowej, gospodarczej, socjalnej i innej. Decyduje o wniosku w sprawie ogłoszenia referendum. Poza tym uchwała wypowiedzenie wojny i wyraża zgodę na wysłanie sił zbrojnych poza terytorium państwa (art. 86).

WĘGRY

Ustrój polityczny Republiki Węgierskiej, normowany przez postanowienia konstytucji z 18 kwietnia 2011 roku, odwołuje się do mechanizmów demokracji parlamentarno-gabinetowej. Zgodnie z konstytucją, najwyższym organem władzy państwowej i przedstawicielstwa ludu jest jednoizbowe Zgromadzenie Krajowe (§ 19 ust. 1). Zasiada w nim 386 deputowanych wybieranych na 4-letnią kadencję (czynne i bierne prawo wyborcze nabywa się z chwilą skończenia 18 lat). Zgromadzenie Krajowe urzeczywistnia suwerenność narodu, jest gwarantem konstytucyjnego ustroju społecznego, uchwała konstytucję i ustawy, ustala plan społeczno-gospodarczy państwa, zatwierdza budżet państwa oraz określa organizację, kierunki i warunki rządzenia, decydując zarazem o programie rządu. Ponadto parlament zawiera umowy międzynarodowe szczególnie ważne z punktu widzenia stosunków Węgier z zagranicą, decyduje w sprawie ogłoszenia stanu wojny i zawarcia pokoju, decyduje o użyciu sił zbrojnych poza granicami lub wewnątrz państwa, w wypadku stanu wojny lub bezpośredniej groźby zbrojnej agresji ze strony obcego mocarstwa ogłasza stan wyjątkowy i powołuje Radę Obrony, a w wypadku akcji zbrojnych zmierzających do obalenia ustroju konstytucyjnego lub do zagarnięcia władzy, jak również w wypadku poważnych aktów przemocy dokonywanych w skali masowej oraz w wypadku klęski żywiołowej lub katastrofy – ogłasza stan krytyczny. W ramach wykonywania funkcji kreacyjnej Zgromadzenie Krajowe wybiera prezydenta republiki, premiera, członków Trybunału Konstytucyjnego, parlamentarnych rzeczników praw obywatelskich oraz praw mniejszości narodowych i etnicznych, prezesa i wiceprezesów Państwowej Izby Obrachunkowej, prezesa Sądu Najwyższego oraz prokuratora generalnego.

Inicjatywa ustawodawcza przysługuje prezydentowi, rządowi, wszystkim komisjom Zgromadzenia Krajowego oraz każdemu deputowanemu. Ustawa uchwalona przez parlament przesyłana jest prezydentowi. Prezydent ogłasza ustawę w ciągu 15 dni od jej doręczenia, zaś w przypadkach pilnych – na wniosek przewodniczącego parlamentu – w ciągu 5 dni. Jeśli głowa państwa nie zgadza się z ustawą lub któ-

ryms z jej postanowień, wówczas może ustawę wraz ze swymi uwagami zwrócić Zgromadzeniu Krajowemu w celu ponownego rozpatrzenia. Po powtórny przyjęciu ustawy przez parlament prezydent zobowiązany jest ogłosić ją w ciągu 5 dni. Prezydent może też przesłać ustawę do zapiniowania Trybunałowi Konstytucyjnemu. W przypadku stwierdzenia przez Trybunał Konstytucyjny sprzeczności ustawy z konstytucją, prezydent zwraca ustawę Zgromadzeniu Krajowemu, w przeciwnym razie podpisuje i ogłasza ustawę w ciągu pięciu dni.

Zgromadzenie Krajowe odbywa w roku dwie sesje zwyczajne: pierwszą – od 1 lutego do 15 czerwca oraz drugą – od 1 września do 15 grudnia. W trybie nadzwyczajnym parlament może być zwołany na sesję lub posiedzenie na pisemny wniosek prezydenta, rządu lub jednej piątej deputowanych. Wniosek taki musi zawierać powód zwołania oraz proponowany termin i porządek dzienny. Prezydent – jeden raz podczas danej sesji – może odroczyć posiedzenie parlamentu najdłużej o 30 dni. Zgromadzenie Krajowe wybiera z grona swych członków przewodniczącego, wiceprzewodniczących i sekretarzy. Parlament powołuje komisje stałe, może również wyłonić komisję do zbadania każdej sprawy. Uchwały parlamentu zapadają większością głosów przy obecności więcej niż połowy obecnych deputowanych. Do zmiany konstytucji wymagana jest liczba głosów dwóch trzecich deputowanych do parlamentu.

Procedura wyborcza do Zgromadzenia Krajowego do niedawna była dość skomplikowana, ponieważ rozdział mandatów przebiegał na trzech poziomach – w jednomandatowych okręgach, w wielomandatowych okręgach oraz z list ogólnokrajowych²⁷. W okręgach jednomandatowych wybierano 176 posłów. Do zgłoszenia kandydata potrzebne było poparcie ze strony przynajmniej 750 wyborców. W pierwszej turze mandat zapewniało zdobycie bezwzględnej większości głosów. Gdy żaden z kandydatów nie uzyskał takiej większości albo gdy w głosowaniu uczestniczyła mniej niż połowa wyborców, dochodziło do drugiej tury. W sytuacji, gdy w pierwszej turze nikt nie zdobył większości bezwzględnej, w drugiej turze brali udział kandydaci, którzy uzyskali co najmniej 15% głosów. Jeżeli tylko jeden lub dwóch kandydatów spełniło ten warunek, do drugiej tury dopuszczano się trzech kandydatów z największą liczbą głosów. Jeśli natomiast powodem drugiej tury była niedostateczna frekwencja w pierwszej turze, to w ponownym głosowaniu

²⁷ Na złożoność i skomplikowany charakter węgierskiego systemu wyborczego do parlamentu zgodnie zwracali uwagę badacze systemów politycznych Europy Środkowej. Zob. np. M. Kubát, *Postkomunismus a demokracie. Politika ve středovýchodní Evropě*, Praha 2003, s. 69 i W. Sokół, *Geneza i ewolucja...*, s. 463–466.

mogli uczestniczyć wszyscy kandydaci. W drugiej turze obowiązywała większość względna, ale dla ważności głosowania wymagana była frekwencja co najmniej 25% uprawnionych wyborców. W 20 okręgach wielomandatowych wyłaniano 152 posłów. Listy kandydatów mogły zgłaszać partie, które zarejestrowały swoich kandydatów w przynajmniej jednej czwartej jednomandatowych okręgów wyborczych. W podziale mandatów w okręgach wielomandatowych uczestniczyły partie, które otrzymały przynajmniej 5% głosów²⁸. Wybory w okręgach wielomandatowych były ważne, o ile głosy w nich oddało co najmniej 50% uprawnionych wyborców. Pozostałych 58 posłów wybierało się z list ogólnokrajowych, które miały prawo zgłosić partie, uczestniczące w wyborach w przynajmniej siedmiu okręgach wielomandatowych. Dystrybucja mandatów z list ogólnokrajowych była przeprowadzana na podstawie głosów niewykorzystanych (reszt) w okręgach wielomandatowych. Dodajmy jeszcze, że każdy wyborca węgierski dysponował dwoma głosami – jeden oddawał na kandydata w jednomandatowym okręgu, zaś drugi – na listę kandydatów w okręgu wielomandatowym.

Reforma prawa wyborczego do węgierskiego parlamentu miała miejsce w 2011 roku. Zredukowano liczbę członków izby do 199 posłów. 93 miejsca parlamentarne obsadza się z list krajowych wystawianych przez partie i komitety wyborcze. W tej puli obowiązuje pięcioprocentowy próg wyborczy. Pozostałe mandaty, w liczbie 106, obsadza się w okręgach jednomandatowych. Pierwsze wybory parlamentarne w oparciu o nowe zasady odbyły się w 2014 roku.

²⁸ Do 1994 roku obowiązywał niższy 4-procentowy próg wyborczy.

WITOLD BRODZIŃSKI

KSZTAŁTOWANIE NOWEGO ŁADU PAŃSTWOWEGO
NA WĘGRZECH
- REWOLUCJA NARODOWO-KONSERWATYWNA?
(UWAGI KRYTYCZNE)

Wybory parlamentarne na Węgrzech wiosną 2010 r. wygrały dwie partie prawicowe – Węgierska Partia Obywatelska (Fidesz-MPP) oraz Chrześcijańsko-Demokratyczna Partia Ludowa (KDNP). W jednoizbowym, liczącym 386 deputowanych Zgromadzeniu Krajowym, uzyskały one tzw. większość konstytucyjną (263 mandaty). Była to dotkliwa porażka rządzących nieprzerwanie od 2002 r. partii lewicowo-centrowych (socjalistów i liberałów). Wieczorem 25 kwietnia 2010 r. już po ogłoszeniu wstępnych wyników wyborów parlamentarnych przywódca Węgierskiej Partii Obywatelskiej V. Orban oświadczył, że Węgrzy odrzucili ukształtowany po 1989 r. system polityczno-gospodarczy i postanowili zbudować nowy ład państwowy. W kilka miesięcy później, jesienią 2010 r. podjęto prace nad przygotowaniem nowej konstytucji. Obowiązująca (od października 1989 r.) Ustawa XXXI (wielokrotnie nowelizowana) była bowiem z formalno-proceduralnego punktu widzenia jedynie nowelizacją komunistycznej konstytucji z 18 sierpnia 1949 r.¹ Nie można jednak zgodzić się z opinią, że po 18 października 1989 r. obowiązywała

¹ O prawnokonstytucyjnych aspektach przemian ustrojowych na Węgrzech w okresie od października 1989 do maja 1990 r., zob.: A. Korosenyi, *Government and Politics in Hungary*, Budapest–New York 1999, s. 145 i nast.; P. Sula, *System partyjny Republiki Węgierskiej*, Wrocław 2005, s. 62 i nast.

na Węgrzech „stara, komunistyczna ustawa zasadnicza, która była zlepkiem rozmaitych przeróbek”².

Rząd V. Orbana rozpoczął przebudowę ustroju politycznego Węgier niemal nazajutrz po wyborach parlamentarnych. Kilkakrotnie nowelizowano tekst Ustawy XXXI ograniczając stopniowo, ale i skutecznie kognicję Trybunału Konstytucyjnego w przedmiocie badania konstytucyjności budżetu państwa oraz przepisów ustaw podatkowych³. Premier wypowiedział swoistą „zimną wojnę” ówczesnemu prezesowi Węgierskiego Banku Narodowego podając w wątpliwość zagwarantowaną przepisami Ustawy XXXI niezależność banku centralnego od parlamentu oraz rządu. Niejednokrotnie dezawuowano treść, a nawet celowość decyzji podejmowanych przez Radę Budżetową (powołaną w 2008 r.). W grudniu 2010 r. znowelizowano ustawę określającą zasady funkcjonowania mediów. Powołana do życia (na dziesięcioletnią kadencję) pięcioosobowa Rada ds. Mediów miała prawo nakładania dotkliwych kar finansowych na wydawców publikujących „niewyważone politycznie” opinie, także prawo pozbawiania koncesji np. stacji radiowych. Trybunał Konstytucyjny stwierdził w grudniu 2012 r. niekonstytucyjność niektórych przepisów ustawy „medialnej” i parlament dokonał jej nowelizacji⁴. Inicjowane przez rząd V. Orbana kolejne nowelizacje Ustawy

² I. Janke, *Napastnik. Opowieść o Viktorze Orbanie*, Warszawa 2012, s. 235. Zdaniem H. Donath „Ustawa XXXI z 1989 r. o zmianie Konstytucji, jakkolwiek formalnie stanowi jedynie zmianę dotychczas obowiązującej ustawy XX z 1949 r. z późniejszymi zmianami, *de facto* wprowadza konstytucję nową”, zob.: *Konstytucja Republiki Węgierskiej*, tłum. i wstęp H. Donath, Warszawa 1992, s. 12 i nast. Gdyby potraktować poważnie opinię I. Jankego o obowiązywaniu od października 1989 r. „starej, komunistycznej ustawy zasadniczej, będącej zlepkiem rozmaitych przeróbek”, to należy pamiętać, że krytykowana przezeń Ustawa XXXI zapoczątkowała jesienią 1989 r. demokratyczną transformację ustrojową na Węgrzech pozytywnie ocenianą przez wielu konstytucjonalistów. Zob.: S. Rose-Ackerman, *From Elections to Democracy. Building Accountable Government in Hungary and Poland*, Cambridge–New York–Melbourne–Madrid–Cape Town–Singapore–Sao Paulo 2005, s. 14–241.

³ Jesienią 2010 r. Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z konstytucją (Ustawą XXXI) uznał ustawę, której postanowienia nakładały, zresztą z mocą wsteczną, 98-procentowy dodatkowy podatek od najwyższych odpraw w sferze budżetowej. Parlament najpierw znowelizował konstytucję radykalnie ograniczając kompetencje Trybunału Konstytucyjnego w zakresie budżetu i podatków. Następnie Zgromadzenie Krajowe przyjęło, zakwestionowaną wcześniej przez Trybunał ustawę, w niezmienionej postaci.

⁴ Zob. wyrok TK z 19 grudnia 2011 r. (nr 1746/B/2010). Wniosek do TK został złożony w trybie tzw. *actio popularis*. Spośród piętnastu członków TK dwóch sę-

XXXI (w 2010 r. uchwalono dziewięć nowelizacji) wskazywały, że prawicowa większość parlamentarna chce maksymalnie osłabić przyjęte przez Ustawę XXXI mechanizmy wzajemnego równoważenia i hamowania się naczelnych organów państwowych.

Uchwalona w pierwszą rocznicę „rewolucji nad urnami” Ustawa Zasadnicza Węgier (podpisana przez prezydenta 25 kwietnia 2011) weszła w życie 1 stycznia 2012 r. Na dwa dni przed końcem 2011 r. Zgromadzenie Krajowe w wykonaniu art. 3 przepisów końcowych Ustawy Zasadniczej uchwaliło ustawę konstytucyjną zawierającą postanowienia przejściowe do nowej konstytucji. Z formalno-prawnego punktu widzenia postanowienia przejściowe składają się z dwóch osobnych części. Pierwsza „O przejściu od dyktatury komunistycznej do demokracji” jest ideologicznym manifestem rządzących od wiosny 2010 r. partii politycznych. Natomiast licząca dwadzieścia siedem artykułów, część druga ustala mechanizmy wejścia w życie niektórych postanowień Ustawy Zasadniczej. Analiza przepisów tej części postanowień przejściowych prowadzi do wniosku, że ukształtowany na Węgrzech w latach 1989–2010 system rządów należy do historii. Spośród szesnastu uchwalonych po 25 kwietnia 2011 r. nowelizacji konstytucji, fundamentalne znaczenie posiada czwarta nowelizacja (11 marca 2013 r.) znacząco osłabiająca pozycję ustrojową Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał nie może w zasadzie orzekać w sprawach konstytucyjności przepisów prawa⁵. Przez ponad dwadzieścia lat transformacji ustrojowej Trybunał

dziów (B. Pokol i I. Balsai) zgłosiło tzw. zdanie odrębne. Wnikliwą analizę wyroku opracowała K. Kelemen, zob.: www.diritticomparati.it/2012/01/hungary-the-constitutional-court-annulled-some-provisions-of-the-media-laws, s. 1–4.

⁵ Rząd V. Orbana uznał, że pozbawienie Trybunału Konstytucyjnego prawa orzekania o zgodności ustaw z przepisami Ustawy Zasadniczej pozwoli obejść decyzje Trybunału, kwestionujące m.in. postanowienia ustawy, które przepisy nakazują absolwentom państwowych uczelni odpracowanie na Węgrzech nauki przez okres dwukrotnie dłuższy niż trwały studia. W lipcu 2013 r. Parlament Europejski wydał rezolucję wzywającą władze Węgier do przestrzegania reguł demokracji oraz usunięcia niektórych nowelizacji do Ustawy Zasadniczej z 2011 r. Marginalizacja Trybunału Konstytucyjnego w istocie ogranicza skutecznie jakkolwiek realny wpływ opozycji politycznej na sprawy państwa. Na Węgrzech (od kwietnia 2010 r.) rządząca koalicja, przede wszystkim jednak Fidesz, przejmują aparat państwowy kosztem wszystkich innych partii i wszelkiej zorganizowanej opozycji politycznej. W tym miejscu można przytoczyć powszechnie znaną opinię H. Arendt, że „żaden konstytucyjny ustrój nie jest możliwy bez gwarancji dla praw opozycji”. H. Arendt, *Odpowiedzialność i władza sądzienia*, red. i wprowadzenie J. Kohn, Warszawa [b.d.w.], s. 65.

Konstytucyjny był nieodłącznym, w pełni uprawomocnionym i niezbędny elementem systemu demokracji parlamentarnej na Węgrzech⁶.

Ustawę Zasadniczą z 2011 r. można traktować jako konstytucyjno-prawną proklamację rewolucji społeczno-politycznej, radykalny zwrot w procesie transformacji demokratycznej na Węgrzech. W preambule do konstytucji odnotowano, że przywrócenie państwowej suwerenności Węgier nastąpiło 2 maja 1990 r., czyli z chwilą ukonstytuowania się pierwszego, wyłonionego w wolnych i demokratycznych wyborach, przedstawicielstwa narodu. Niemniej trwały fundament pod „bezpieczne funkcjonowanie ładu konstytucyjnego” stworzyła dopiero Ustawa Zasadnicza z 2011 r., czyli pierwsza przyjęta „zgodnie z wymogami państwa prawa” konstytucja Węgier. Ustawodawca oczywiście musiał potwierdzić formalno-prawną kontynuację państwowości węgierskiej. Wejście w życie bowiem konstytucji z 2011 r. w niczym „nie narusza prawomocności aktów normatywnych ustanowionych przed jej wejściem w życie, wprowadzonych wówczas instytucji prawa publicznego normujących funkcjonowanie organizacji i innych aktów kierownictwa państwowego, decyzji, a także zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego” (art. 5 postanowień przejściowych z 30 grudnia 2011 r.). Refleksje o rewolucji ustrojowej na Węgrzech skłaniać muszą skłaniać do stawiania pytań o istotę zmian o kierunku podstawowych zmian społeczno-politycznych. Uprawomocnione są także pytania o współzależności między nową regulacją konstytucyjną a polityką zagraniczną Węgier, czy to w najbliższej czy w dalszej przyszłości. Chodzi przede wszystkim o perspektywy wzajemnych stosunków między Węgrami a tymi państwami ościennymi, w których zamieszkuje mniejszość węgierska⁷. Są to jednak kwestie, które

⁶ Współcześnie sądy konstytucyjne traktowane są jako bardzo istotny element tzw. kontrdemokracji. Jest to koncepcja rozwinięta przez francuskiego historyka i teoretyka demokracji P. Rosanvallon. Zdaniem W. Gromskiego, „koncepcja ta opiera się na konkluzji, że chociaż społeczne zaufanie uznawane jest zwykle za fundament demokracji [...] to jednak jego przeciwieństwo, czyli społeczna nieufność jest równie istotnym i konstruktywnym elementem demokratycznego procesu”. W. Gromski, *Legitymizacja sądów konstytucyjnych wobec władzy ustawodawczej*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 4. Interesująco o problematyce tzw. kontrdemokracji pisze A. Sulikowski w rozdziale *Inżynierowie konstytucyjni* (s. 129–144), zob.: A. Sulikowski, *Konstytucjonalizm a nowoczesność. Dyskurs konstytucyjny wobec tryumfu i kryzysu moderny*, Wrocław 2012.

⁷ W listopadzie 2013 r. minister spraw zagranicznych Węgier J. Martonyi (co odnotowały wszystkie najważniejsze agencje prasowe) wystosował do władz Rumunii publiczny apel o rozpatrzenie możliwości ustanowienia autonomii dla tzw. Szeklerów zamieszkujących głównie południowo-wschodni i środkowy

mogłyby być przedmiotem odrębnych, raczej interdyscyplinarnych, opracowań.

Ze względu na skromną objętość opracowania zasygnalizowane zostaną jedynie trzy istotne i zarazem dość charakterystyczne, elementy nowego ładu państwowego na Węgrzech. Po pierwsze, obowiązująca konstytucja podkreśla wyjątkowe znaczenie tradycji historycznych (narodowych) dla kształtowania się nowego ładu społeczno-politycznego i „odrodzenia” się narodu węgierskiego. Dlatego m.in. przywrócono tradycyjną, utrwaloną w historycznej świadomości obywateli, nazwę państwa, a zarazem „wytyczono” początek nowej epoki w ponad tysiącletniej historii państwa. Po drugie, co najmniej podano w wątpliwość jeden z istotnych paradygmatów współczesnej ekonomii, że rynek, jako mechanizm alokacji dóbr, powinien zachować autonomię wobec polityki. Po niemal dwóch latach obowiązywania konstytucji z 2011 r. znamienne staje się integrystyczne podejście władz publicznych do spraw gospodarczych. Prawdopodobnie twórcy konstytucji przyjęli typowe dla ruchów nacjonalistycznych założenie, że skoro naród „nie panuje” nad produkcją ani wymianą w sferze gospodarki, to stał się poniekąd całością niekompletną i dlatego niekorzystny dla narodu stan rzeczy należy zmieniać⁸. Po trzecie, przyjmując formalnie zasadę podziału władzy ustawodawca konstytucyjny wprowadził system rządów, w którym dominującą pozycję ma premier. Niezbędne w systemie parlamentarnym mechanizmy wzajemnego równoważenia się i wzajemnego hamowania się przez organy władzy publicznej zostały ograniczone bądź wyeliminowane.

Siedmiogród. Jest to grupa ludności węgierskiej, licząca około 500 tys., posługująca się dialektem języka węgierskiego. Ich etnogeneza nie została dotychczas wyjaśniona. Wiadomo, że do XIX w. Szeklerzy tworzyli pokrewną, ale odrębną od Węgrów, grupę z własną reprezentacją w siedmiogrodzkim sejmie. Pozostaje jedynie uwierzyć, że kilkanaście lat wstecz J. Martonyi, który wyrażał wiarę, że „XXI wiek daje szansę na nadejście lepszych czasów dla Węgiei, dla narodu węgierskiego”, nie miał na myśli jakichkolwiek działań politycznych, których skutkiem mogłoby być napięcie między państwem węgierskim a państwami ościennymi, w których istnieje węgierska mniejszość. J. Martonyi, *Wartości a polityka zagraniczna*, [w:] *Janusowe oblicze transformacji na Węgrzech 1990–1998*, red. M. Schmidt, L.G. Toth, Budapest–Warszawa 2001, s. 207.

⁸ O ukształtowaniu się na Węgrzech po 1989 r. struktury gospodarczej opartej na dominacji kapitału prywatnego, zob.: B. Diczhazi, *Przekształcenia własnościowe na Węgrzech*, [w:] *Janusowe oblicze transformacji...*, s. 74–104.

PRYMAT WARTOŚCI NARODOWYCH

Założenia budowy nowego ładu państwowego oraz odrodzenia tradycyjnych wartości (rodzina, naród, praca) zapisano w narodowym wyznaniu wiary oraz w dwóch kolejnych częściach konstytucji – „fundamenty” (I) oraz „wolność i odpowiedzialność” (II). Dla zrozumienia filozofii zmian ustrojowych pierwszorzędne znaczenie posiada narodowe wyznanie wiary (niezwykle obszerny wstęp do konstytucji). Ustawodawca odwołuje się w nim często do uświęconych tradycją atrybutów dziedzictwa narodowego Węgier. Istotne wydaje się stwierdzenie, że interpretacja przepisów konstytucji powinna uwzględniać ich cele, określone m.in. w preambule⁹. Postanowienia narodowego wyznania wiary nabrały wyjątkowego znaczenia ustrojowego z dniem uchwalenia w grudniu 2011 r. przez parlament postanowień przejściowych do konstytucji; chodzi zwłaszcza o ich pierwszą część, zatytułowaną „o przejściu od dyktatury komunistycznej do demokracji”.

Konstytucja rozpoczyna się od uroczystej inwokacji „Boże błogosław Węgrów”, której słowa podkreślają jednoznacznie chrześcijańskie korzenie węgierskiej państwowości. Twórcy konstytucji podkreślają dumę Węgrów wynikającą z faktu, że król Stefan I Święty, uczynił ich państwo częścią chrześcijańskiej Europy.

Narodowe wyznanie wiary zawiera wiele odniesień do „dumy narodowej”, „dziedzictwa duchowego” czy „jedności duchowej narodu”. Mocno podkreślono „nieodpartą potrzebę duchowej i intelektualnej odnowy” narodu węgierskiego. W badaniach procesów społecznych zwraca się uwagę na fakt, że tożsamość polityczna opiera się przede wszystkim „na idei” narodu jako nieodróżnianej większości, skupionej wokół państwa narodowego¹⁰. Nowa konstytucja Węgier przyjmuje populistyczną ideę narodu jako podstawę tożsamości politycznej współczesnych Węgrów. Idea państwa narodowego, mocno uwypuklona w narodowym wyznaniu wiary, jest poniekąd przeciwstawieniem się idei państwa ponadnarodowego, które zdaniem wielu węgierskich polityków prawniczych byłoby zakwestionowaniem idei wspólnoty narodowej. Nie można wykluczyć, że odwoływanie się przez poszcze-

⁹ W pierwszej części konstytucji „fundamenty” przeczytać można, że przepisy Ustawy Zasadniczej „należy interpretować zgodnie z ich celami, określonymi w narodowym wyznaniu wiary zawartym w Ustawie Zasadniczej oraz zdobyczami naszej historycznej konstytucji” (art. R ust. 3).

¹⁰ G. Delanty, *Odkrywanie Europy. Idea, tożsamość, rzeczywistość*, Warszawa–Kraków 1999, s. 201.

gólnych Węgrów do jakiegokolwiek innej poza narodową tożsamości, np. europejskiej, czyli przysłowiowe bycie „Europejczykiem” (ponadnarodowy uniwersalizm), zdaniem rządzącej na Węgrzech większości parlamentarnej mogłoby zostać potraktowane jako brak poczucia tożsamości narodowej¹¹. W narodowym wyznaniu wiary naród węgierski zobowiązał się do strzeżenia m.in. „unikatowego języka węgierskiego”, a zarazem do ochrony i zachowania duchowej jedności narodu, jedności, która w wichrach minionego stulecia rozerwana została na części. Kiedy spotyka się takie sformułowania, nie sposób uwolnić się od refleksji bardziej ogólnej natury, że pobrzmiewają tutaj nieodległe echa, specyficznego środkowo- i wschodnioeuropejskiego zjawiska, nazywanego nacjonalizmem językowym¹². Dodać należy za I. Bibo, że historycznie rzecz traktując, dominacja nacjonalizmu językowego oznaczała, że „w Europie Środkowej i Wschodniej granice między narodami stały się płynne”¹³. Kiedy dzisiaj słyszy się wypowiedzi niektórych węgierskich polityków prawicowych, można się zastanowić, czy stwierdzenia I. Bibo odnoszą się wyłącznie do zamkniętej historycznej przeszłości? W narodowym wyznaniu wiary przyjęto, że utrata państwowej suwerenności Węgier miała miejsce 19 marca 1944 r. i następnie przez kilkadziesiąt lat (aż do 2 maja 1990 r.) naród pozbawiony był suwerennego państwa. Skoro przed 19 marca 1944 r. Węgry były państwem suwerennym, to dlaczego ustawodawca nawet jednym zdaniem nie odnosi się do okresu (niemal 25 lat) autorytarnych rządów M. Hortha? Skoro w narodowym wyznaniu wiary wspomina się o nieludzkich zbrodniach popełnionych w latach 1944–1990 przeciwko narodowi węgierskiemu, to dlaczego towarzyszy temu jednocześnie milczenie w sprawie choćby zbrodni popełnianych pod sztandarem Królestwa Węgier na terenach b. Królestwa Jugosławii w latach 1942–1943? Czy wyznanie historycznej prawdy bez jakichkolwiek zakłamań nie ma żadnego politycznego czy moralnego znaczenia? Jak pogodzić milczenie ustawodawcy z twierdzeniem o chrześcijańskich korzeniach narodu węgierskiego lub ze słowami uroczystej inwokacji „Boże, błogosław Węgrów”?

¹¹ O implikacjach „europejskiego myślenia” w byłej komunistycznej Europie trafnie pisze T. Judt. Jego zdaniem „europejskość” może być przez intelektualistów i polityków o nastawieniu nacjonalistycznym łatwo zrównana ze zdyskredytowanym uniwersalizmem poprzedniego ustroju (komunizmu). T. Judt, *Wielkie złudzenie. Esej o Europie*, Poznań 2012, s. 83 i nast.

¹² Zob. opis tego zjawiska przez I. Bibo w eseju *Nędza małych państw wschodnioeuropejskich*, I. Bibo, *Eseje polityczne*, tłum., oprac. i wstęp J. Snopek, Kraków 2012, s. 35.

¹³ *Ibidem*.

Z narodowego wyznania wiary wynika, że wybory parlamentarne 2 maja 1990 r. były początkiem „nowej demokracji i nowego ładu konstytucyjnego”. Jednak w postanowieniach przejściowych do konstytucji ustawodawca ocenia przemiany ustrojowe dokonane po 2 maja 1990 r. bardziej krytycznie. Po owej dacie nie uchwalono przepisów konstytucyjnych, które zrywałyby ciągłość prawną z ustawodawstwem uchwalonym przed pierwszymi wolnymi wyborami parlamentarnymi. Po 2 maja 1990 r. miało miejsce „zaniechanie ustawodawcze”; co jest dość interesujące, ponieważ w latach 1998–2002 szefem rządu węgierskiego był obecny premier. Po przywróceniu suwerenności państwowej nie pociągnięto do odpowiedzialności nie tylko prawnej, ale także moralnej przywódców dyktatury komunistycznej. Nie dokonano jednoznacznego rozgraniczenia demokracji i dyktatury, słuszności i niesłuszności, dobra i zła. Wypada się tylko zgodzić ze stwierdzeniem, że brak jasnego rozgraniczenia nie pozwalał stworzyć „trwałego fundamentu pod bezpieczne funkcjonowanie ładu konstytucyjnego. Uchwalenie Ustawy Zasadniczej Węgier z 2011 r. zdaniem jej twórców zakończyło definitywnie okres kilkudziesięcioletniego *vacum* konstytucyjnego i pozwala kontynuować, zapoczątkowaną „rewolucja nad urnami” budowę państwa demokratycznego. W narodowym wyznaniu wiary przyjęto założenie, że bez odnowy sumienia, ducha, a przede wszystkim moralności nie dojdzie do ukształtowania świadomego własnej tożsamości narodowej obywatela. Wszelkie porządki we współczesnym, nowoczesnym państwie: polityczny, prawny, społeczny i gospodarczy są jednością, która to jedność powinna zostać oparta na określonym systemie wartości. Konstytucja współczesnych Węgier jest nie tylko podstawą porządku prawnego, ale zarazem fundamentem historycznego przymierza „pomiędzy Węgrami z przeszłości, terażniejszości i przyszłymi”.

Zasygnalizowano tutaj zaledwie kilka wątków narodowego wyznania wiary. Jednocześnie nie odniesiono się do innych, pozostałych sformułowań. Jednak bardzo wybiórcza nawet analiza narodowego wyznania wiary dowodzi, że w jego tekście znajdujemy niemal kompletny opis, ma się rozumieć o znacznym stopniu ogólności, modelu nowego ładu politycznego na Węgrzech. Po ponad dwudziestoletnim demokratycznym intermezzo jest raczej bezdyskusyjne twierdzenie, że Węgry dłużej nie będą demokracją w stylu zachodnim¹⁴.

¹⁴ O konsekwencjach konstytucyjnej rewolucji z 2011 r. bardzo krytycznie pisze P. Lendvai w ostatnim rozdziale (*Orban uber alles – Hungary at a dead end*, s. 207–232) monografii: *Hungary. Between democracy and Authoritarianism*, trans. K. Chester, London 2012.

PAŃSTWOWY „INTEGRYZM” W SFERZE GOSPODARKI

Nowa konstytucja poświęca wiele miejsca zagadnieniom gospodarczym oraz finansowym. Zgodnie z postanowieniami części konstytucji zatytułowanej „Fundamenty”, Węgry powinny realizować zasady zrównoważonej, transparentnej i stabilnej gospodarki oraz polityki budżetowej (art. N ust.1). Majątek narodowy stanowi własność państwa i samorządów terytorialnych; zaś zarządzanie majątkiem oraz jego ochrona powinny służyć m.in. interesowi publicznemu, zachowaniu zasobów naturalnych, a także uwzględnieniu potrzeb przyszłych pokoleń (art. 38 ust.1). W narodowym wyznaniu wiary wyrażona jest zasada roztropnego korzystania z zasobów naturalnych oraz materialnych w celach ochrony warunków życia przyszłych pokoleń. Władze publiczne powinny dysponować skutecznymi instrumentami prawnymi ochrony własności państwowej. Ustawy organiczne mają określić warunki, na jakich państwo węgierskie będzie mogło przeprowadzić renacjonalizację poszczególnych firm czy nawet całych sektorów o szczególnym znaczeniu dla gospodarki narodowej. Ustawodawca węgierski nie odrzuca jednoznacznie modelu gospodarki rynkowej; zarazem jednak przyjmuje, że władze publiczne powinny aktywniej współuczestniczyć w kształtowaniu pożądanego i społecznie akceptowanego modelu gospodarki na Węgrzech¹⁵. Brak jednak w konstytucji jasnej i klarownej wizji, jak państwo narodowe w epoce tzw. globalizacji procesów wytwarzania i wymiany dóbr, mogłoby realizować skuteczną „egzekutywę” w procesach ekonomicznych.

MODYFIKACJA SYSTEMU PARLAMENTARNO-GABINETOWEGO

Najbardziej obszerna część nowej konstytucji Węgier, zatytułowana „Państwo”, określa zasady funkcjonowania władz publicznych państwa. Zachowano parlamentarno-gabinetowy system rządów, jednak wzajemne relacje między konstytucyjnymi organami państwa zostały znacząco zmodyfikowane. Wprowadzono przede wszystkim ustrojowe rozwiązania, które powinny zabezpieczyć polityczne interesy obecnej większości parlamentarnej w przyszłości. Czyli w sytuacji, gdyby obecnie rządząca większość znalazła się w opozycji, mając na uwadze zmiany w systemie

¹⁵ Zdaniem T. Judta, demokracje powinny unikać wszelkich form interwencji, które zaburzają apolityczne mechanizmy gospodarki rynkowej. T. Judt, T. Snyder, *Rozważania o wieku XX*, tłum. P. Marczewski, Poznań 2013, s. 375.

wyborów do Zgromadzenia Krajowego (Ustawa CCIII z 2011 r.), jest to perspektywa mało prawdopodobna.

Wszystkie najważniejsze kwestie ustrojowe regulowane są przez uchwalane większością dwóch trzecich deputowanych (ustalaną albo od ich ustawowej liczby, albo od liczby obecnych na posiedzeniu parlamentu) ustawy organiczne. To rozwiązanie spełnia dwa zadania – z jednej strony raczej utrwała widoczny w postanowieniach nowej konstytucji regres procedur demokratycznych, a z drugiej, ponieważ kwalifikowana większość może być w przyszłości trudna do osiągnięcia, to rozwiązanie utrwała rozwiązania przyjmowane obecnie przez obecną ekipę polityczną, która dysponuje tzw. większością konstytucyjną.

Na nowo zdefiniowany został podział uprawnień wewnątrz dualistycznej egzekutywy, co powinno skutecznie wyeliminować występujące wcześniej, zwłaszcza w latach 90. napięcia kompetencyjne między prezydentem republiki a szefem rządu (premierem). W konstytucji z 2011 r. rząd jest „głównym organem władzy wykonawczej”, zaś premier określa „główne kierunki polityki państwa. Dominującą pozycję w parlamentarno-gabinetowym systemie rządów ma premier. Przemawiają za tym zarówno domniemanie kompetencji na rzecz rządu (art. 15 ust. 1), prawna możliwość wydawania przez rząd rozporządzeń o samoistnym charakterze (art. 15 ust. 3), jak i rozległe uprawnienia rządu w okresie obowiązywania szczególnych reżimów prawnych (art. 48–54). Znaczące osłabienie, choć właściwiej byłoby mówić o marginalizacji Trybunału Konstytucyjnego oraz prezesa banku centralnego, pozwalają na posługiwaniem się terminem „konstytucyjnej dyktatury premiera”, co może oznaczać swoistą „prezydencjalizację” ustroju politycznego współczesnych Węgier¹⁶.

Zamiast podsumowania powyższych, bardzo skromnie zakreślonych rozważań, można zacytować bardzo pouczającą opinię Francisa Fukuyamy: „Wiele osób mówi o rządach prawa tak, jakby poddawały się kwalifikacji binarnej: albo są, albo ich nie ma. W istocie na prawo składa się działalność o specyficzności mieszczącej się od średniej do niskiej i wysokiej częstotliwości transakcji. Zaprowadzenie rządów prawa obejmuje szeroki zakres czynności: począwszy od samych ustaw, przez powoływanie sądów, adwokatury i sędziów, po mechanizmy egzekwowania

¹⁶ Zjawisko znaczącego wzmocnienia pozycji ustrojowej szefa rządu na Węgrzech, jeszcze pod rządami Ustawy XXXI (w znacznej mierze w drodze praktyki politycznej) niektórzy konstytucjonaliści węgierscy sygnalizowali kilka lat wcześniej. J. Sari, *A Kormany*, [w:] *Alkotmánytan I*, red. K. Istvan, Budapest 2005, s. 359 i nast.

przestrzegania prawa w całym kraju. Wdrożenie takiego systemu jest jednym z najbardziej skomplikowanych zadań administracyjnych, jakie stają przed budowniczymi państwa”¹⁷.

¹⁷ F. Fukuyama, *Budowanie państwa. Władza i ład międzynarodowy*, tłum. J. Serwański, Poznań 2005, s. 76.

JACEK ZALEŚNY

PRZESŁUCHANIA PARLAMENTARNE JAKO FORMA KONTROLI DUMY PAŃSTWOWEJ NAD RZĄDEM FEDERACJI ROSYJSKIEJ

WPROWADZENIE

Efektywność działalności kontrolnej parlamentu zależy od form i procedur wykorzystywanych w celu realizacji funkcji kontrolnej. Każda forma, traktowana jako część składowa systemu kontroli parlamentarnej, dysponuje własnymi cechami, dla niej charakterystycznymi. Posiada strukturę kompatybilną ze strukturą kontroli parlamentarnej, swój podmiot i obiekt, które są częścią podmiotów i obiektów kontroli parlamentarnej, oraz ten sam przedmiot kontroli, co kontrola parlamentarna jako taka¹.

Na gruncie rosyjskim – podobnie jak w innych państwach współczesnych – kontrola parlamentarna jest sprawowana w różnych formach i procedurach². Jedną z nich jest prawo Dumy Państwowej do przeprowadzania przesłuchań parlamentarnych. Są one samodzielną, wyodrębnioną instytucją prawa parlamentarnego, z różnorodnością elementów, związków i zależności, w jakich znajdują zastosowanie.

¹ A.I. Kozłow, *Institut parłamentskogo kontrolia w Rossijskoj Fiedieracyi i gosudarstwach Cienralnoj i Wostocznoj Jewropy: sravnitelno-prawowoje issliedowanije*, Moskwa 2011, s. 91.

² Zob. J.A. Biessolicyna, *Parłamentskij kontrol kak faktor diemokratizacyi rossijskogo obščiestwa*, Moskwa 2006, s. 66; J.M. Jakimowa, *Prawowoje riegulirowanije instituta parłamentskich rassliedowanij w Rossijskoj Fiedieracyi*, Irkuck 2010, s. 19 i nast.

Przesłuchania parlamentarne mają umocowanie bezpośrednio w przepisach Konstytucji z 1993 r. Zgodnie z art. 101 ust. 3 Konstytucji, Duma Państwowa (obok Rady Federacji) przeprowadza w sprawach należących do jej zakresu działania przesłuchania parlamentarne³.

KLASYFIKACJA PRZESŁUCHAŃ PARLAMENTARNYCH

Przesłuchania parlamentarne są zjawiskami wieloaspektowymi. Można je klasyfikować na różnej podstawie – z zastosowaniem różnych kryteriów. Można je różnicować z punktu widzenia zagadnień podnoszonych na przesłuchaniach. Zakres analizowanych problematyk jest determinowany granicami kompetencji Dumy Państwowej. Ze względu na ogólnopaństwowy charakter izby pierwszej Zgromadzenia Federalnego i tożsamość pionowego podziału władzy, obejmuje sobą kwestie mające znaczenie dla całego państwa.

W zależności od przeznaczenia informacji, ustalonej w ramach przesłuchania, wydziela się dwie postaci przesłuchań parlamentarnych. Pierwsza obejmuje przesłuchania parlamentarne, które są wyrazem zwrotnych związków Dumy Państwowej i obywateli i służą uspołecznieniu procesu ustawodawczego – ucieraniu w nim potrzeb różnych grup społecznych. W danym rozumieniu przesłuchania parlamentarne są prowadzone w ramach przedstawicielskiej i prawotwórczej funkcji parlamentu i są wykorzystywane jako środek pozyskiwania informacji przez deputowanych do Dumy Państwowej, niezbędnych dla wypracowania decyzji racjonalnej, w najpełniejszy sposób realizującej dobro wspólne. Drugie oblicze przesłuchań parlamentarnych, kluczowe w przedkładanej analizie, jest formą kontroli parlamentarnej nad rządem i jest wykorzystywane w ramach funkcji kontrolnej organu przedstawicielskiego. Przesłuchania parlamentarne służą wówczas dwóm, różnym celom: generalnemu celowi przesłuchań parlamentarnych w postaci pozyskania informacji i celowi realizacji kontroli organu przedstawicielskiego nad wykonywaniem ustaw i innych aktów normatywnych przez organy federalnej egzekutywy⁴.

Stosując kryterium jawności przesłuchań parlamentarnych wydziela się dwie postaci przesłuchań: jawne i niejawne. Co do istoty przebieg

³ W pracy pomija się motyw przeprowadzania przesłuchań parlamentarnych przez Radę Federacji oraz przesłuchań parlamentarnych realizowanych wspólnie przez obie izby Zgromadzenia Federalnego.

⁴ M.G. Nikitienko, *Dieputatskije (parlamentskije) słuszanija w Rossijskoj Fiedieracyi*, Chabarowsk 2006, s. 11.

przesłuchań jest jawny. Mają do nich dostęp obywatele bezpośrednio (np. przez sporządzanie stenogramów i protokołów z posiedzeń i ich upublicznianie), jak również pośrednio – przez środki masowego przekazu, które mogą być obecne w trakcie ich przeprowadzania. W wyjątkowych sytuacjach można przeprowadzać przesłuchania parlamentarne z wyłączeniem jawności. W ramach niejawnych przesłuchań analizie poddaje się zagadnienia dotyczące tajemnicy państwowej i innych, prawnie chronionych tajemnic.

CEL PRZESŁUCHAŃ PARLAMENTARNYCH

Przesłuchania parlamentarne są formą omawiania zagadnień, które na podstawie przepisów Konstytucji należą do gestii Dumy Państwowej. Chociaż w zakresie władania Dumy Państwowej znajdują się zagadnienia o znaczeniu ogólnopaństwowym, to w ramach przesłuchań omawia się jedynie te kwestie, które są ważne społecznie, w tym – wywołują społecznie artykułowane wątpliwości, jak również sprawy nietuzinkowe na tle zagadnień rozpatrywanych w parlamencie.

Każdorazowo przeprowadzenie przesłuchań parlamentarnych wymaga określenia jego celu. Ich główny cel wynika z samej istoty instytucji przesłuchań parlamentarnych. Zawiera się w wyrażeniu wiedzy i opinii uczestników przesłuchania na daną okoliczność, będącą tematem parlamentarnego przesłuchania i sformułowania na tej podstawie konkluzji na temat oceny zaistniałych zdarzeń i uczestniczących w nich osób. Oprócz tego, celami przesłuchań parlamentarnych są: ocena sposobu wykonywania przez organy federalnej egzekutywy ustawy lub programu federalnego; parlamentarna ocena stanu kwestii wynoszonej na przesłuchanie; wypracowanie wspólnego stanowiska uczestników przesłuchania na dany temat; aktywizacja działalności organów władzy wykonawczej w zakresie zagadnień będących przedmiotem przesłuchania; analiza projektów ustaw; wypracowanie rekomendacji w zakresie przedmiotu przesłuchania⁵.

W drodze przesłuchania parlamentarnego istnieje możliwość sprawdzenia, na ile efektywnie funkcjonują poszczególne rozwiązania prawne, na ile odpowiadają społeczno-ekonomicznym warunkom państwa. W ten sposób dochodzi do urealnienia funkcji ustawodawczej Dumy Państwowej jako funkcji dla niej podstawowej, uzależniającej sposób wykonywania przez izbę pierwszą Zgromadzenia Federalnego funkcji

⁵ *Ibidem*, s. 41.

kontrolnej. Innymi słowy, aby zapewnić stosowanie przepisów ustaw zgodne z założeniami przyjętymi przez deputowanych, Duma Państwowa przeprowadza przesłuchania parlamentarne. Ich celem jest skontrolowanie sposobu wykonywania przez organy władzy państwowej poszczególnych ustaw.

Przesłuchania parlamentarne widzieć należy nie tylko w kontekście realizowania przez Dumę Państwową funkcji kontroli nad rządem, ale również przez pryzmat funkcji ustawodawczej parlamentu. Dla tego, aby ustawodawstwo było efektywne, realizowało postawione przed nim cele, w prawidłowy sposób regulowało zagadnienia istotne dla obywateli, powinno zostać poprzedzone całościową oceną skutków regulacji. Ustawodawca powinien posiadać maksymalnie pełną wiedzę o regulowanych stosunkach prawnych. W ramach realizacji funkcji ustawodawczej Dumy Państwowej przesłuchania parlamentarne prowadzi się w celu ustalenia stanu faktycznego w zakresie regulowanej materii, sposobu i rezultatów jej uformowania. Z tego też powodu istotnie różnią się one nie tylko omawianą problematyką, tak jak różna jest treść ustaw uchwalanych przez Dumę Państwową, ale także znaczeniem dla procesu ustawodawczego.

Wyodrębnia się trzy postaci przesłuchań parlamentarnych, realizowanych na potrzeby wykonywania funkcji prawotwórczej izby Zgromadzenia Federalnego. Po pierwsze, istotna grupa przesłuchań parlamentarnych to te przesłuchania, których sprawozdanie zawiera rekomendacje o konieczności przyjęcia nowych bądź zmianie obowiązujących aktów normatywnych. Po drugie, w ramach realizacji funkcji ustawodawczej Dumy Państwowej przeprowadza się przesłuchania parlamentarne poświęcone analizie koncepcji projektów najważniejszych aktów normatywnych. Po trzecie, w celu realizacji funkcji ustawodawczej parlamentu, przesłuchania parlamentarne są realizowane także już w ramach postępowania ustawodawczego, w celu rozwiązania istotnego dylematu prawotwórczego⁶.

Szczególnie ważne z punktu widzenia urzeczywistnienia funkcji ustawodawczej Dumy Państwowej, będącej z kolei następstwem przedstawicielskiego charakteru parlamentu, jest przeprowadzanie przesłuchań parlamentarnych nad rządowymi projektami ustaw, z reguły powstającymi w zaciśnięciu ministerialnych gabinetów, bez wysłuchiwanie na ich temat opinii dużych grup społecznych. Wobec tego typu projektów ustaw przesłuchania parlamentarne wnoszą do konkretnego postępowania ustawodawczego opinie artykułowane przez duże grupy spo-

⁶ *Ibidem*, s. 49–45.

łeczne, stwarzają instytucjonalną płaszczyznę ustosunkowania się do nich. Nie budzi też wątpliwości fakt, że wykorzystywanie przesłuchań parlamentarnych, jako narzędzia używanego na potrzeby postępowania ustawodawczego, służy prezentacji różnorodnych aspektów przygotowywanego aktu normatywnego, a przez to udoskonaleniu samego projektu ustawy. Pozwala bardziej precyzyjnie określić koncepcję projektu ustawy, w pełniejszym zakresie zsynchronizować, uwzględnić różnorodne potrzeby dużych grup społecznych, które we wcześniejszych stadiach trybu ustawodawczego nie miały możliwości wyartykułowania swoich racji.

PODMIOTY PRZESŁUCHAŃ PARLAMENTARNYCH

Podmiotami przesłuchań są Duma Państwowa jako organ władzy przedstawicielskiej, jej komitety i komisje (tak stałe, jak i tymczasowe) oraz deputowani do Dumy Państwowej. Organizatorami przesłuchań parlamentarnych są komitety i komisje Dumy Państwowej. One przygotowują je i przeprowadzają. Przy tym, niezależnie od tego, kto przeprowadził konkretne przesłuchanie parlamentarne (komitet czy komisja, pojedynczo bądź wspólnie z innym komitetem lub inną komisją), zawsze jest to przesłuchanie realizowane w imieniu Dumy Państwowej i na jej rzecz. To izba pierwsza Zgromadzenia Federalnego, a nie jej organy wewnętrzne, jakimi są komitety i komisje, podejmuje decyzję co do rezultatów przesłuchania i podjęcia na jego kanwie dalszych czynności.

Reglamentując problematykę przesłuchań parlamentarnych prawodawca rosyjski odróżnia podmioty przesłuchań parlamentarnych od ich uczestników. W odróżnieniu od podmiotów przesłuchań, uczestnicy nie biorą udziału w głosowaniach i w konsekwencji nie podejmują jakichkolwiek decyzji dotyczących przebiegu procedury przesłuchania czy też dotyczących jego ustaleń. Prawem głosowania dysponują wyłącznie deputowani do Dumy Państwowej jako podmioty przesłuchań parlamentarnych. Zadaniem uczestników przesłuchań jest przedstawienie swojej wiedzy i opinii na temat przesłuchania. W ten sposób formułują określone podejście do zagadnienia składającego się na przedmiot przesłuchania. Na podstawie składanych przez nich wyjaśnień deputowani do Dumy Państwowej wypracowują sprawozdanie kończące przesłuchanie parlamentarne.

Istotną cechą znamionującą status prawnoustrojowy uczestników przesłuchań jest ich prawna nieodpowiedzialność przed Dumą Państwową. Nie są prawnie zobowiązani do stawienia przed komitetami

(komisjami) Dumy Państwowej i składania całościowych, zgodnych ze stanem faktycznym, wyjaśnień na okoliczność badanych kwestii. Oznacza to, że zakres i treść wyjaśnień formułowanych przez uczestników przesłuchań w znacznej mierze zależy od nich samych, woli współpracy z komitetami (komisjami) Dumy Państwowej. Niskie formalnoprawne oprzyrządowanie przesłuchań parlamentarnych sprawia, że funkcjonariusze publiczni mogą ignorować wezwania do udziału w przesłuchaniach, a z kolei komitety (komisje) nie mają środków wpływania na zmianę ich zachowań.

PRZEDMIOT PRZESŁUCHAŃ PARLAMENTARNYCH

Przesłuchaniom parlamentarnym są poddawane zagadnienia odnoszące się do kompetencji Dumy Państwowej jako organu przedstawicielskiego i ustawodawczego. Charakteryzują je dwie cechy: po pierwsze, odgrywają znaczenie ogólnospołeczne, a po drugie – mają problematyczny charakter. Dlatego też dla optymalnego rozwiązania tego typu zagadnienia korzysta się z analizowanej formy kontroli parlamentarnej. Daje ona Dumie Państwowej możliwość przesłuchania na interesującą ją okoliczność różnego rodzaju osób dysponujących szczególną wiedzą lub opiniami na dany temat⁷.

Przedmiot przesłuchań parlamentarnych jest tożsamy z ich tematyką, która podlega określeniu w nazwie danego przesłuchania. Przedmiotem przesłuchania może być materialnie dowolne zagadnienie leżące w gestii kompetencji izby pierwszej Zgromadzenia Federalnego. Z tego też powodu mówić można o wielości zagadnień, co do których Duma Państwowa jest władna przeprowadzić śledztwo parlamentarne. W szczególności, nie da się sporządzić ich enumeratywnego wyliczenia. Prawnie określona jest problematyka poddawana pod przesłuchania. Mieści się ona w ramach funkcji parlamentu, tak konstytucyjnie nazwanych, jak przedstawicielska i ustawodawcza, jak również konstytucyjnie nienazwanych – jak funkcja kontrolna. Są nimi: projekty ustaw, wymagające publicznego omówienia; umowy międzynarodowe przedstawione do ratyfikowania; projekt budżetu federalnego i sprawozdanie z jego wykonania; sposób wykonania ustaw przez organy władzy wykonawczej, jak również inne ważniejsze zagadnienia wewnętrznej i zagranicznej polityki Rosji, wymagające pogłębionej analizy. Odnoszą się one do różnych, nie tylko kontrolnej, funkcji parlamentu, a przy tym tak funkcji prawnych (ustawodawcza, kontrolna), jak i pozaprawnych

⁷ *Ibidem*, s. 66.

(przedstawicielskiej). W ramach realizacji funkcji ustawodawczej przesłuchania parlamentarne umożliwiają np. przeprowadzenie publicznej analizy projektu ustawy; funkcji kontrolnej – sprawdzenie działalności federalnych organów władzy wykonawczej w określonym zakresie stosunków państwowych; funkcji przedstawicielskiej – wysłuchanie opinii uczestników przesłuchania na ważne tematy polityki wewnętrznej i zagranicznej.

Praktyka przesłuchań parlamentarnych eksponuje ich ustawodawcze, a nie kontrolne ostrze. Zasadniczo przesłuchania prowadzi się w ramach realizacji funkcji ustawodawczej Dumy Państwowej, w celu wyjaśnienia stanu faktycznego i prawnego w danym zakresie stosunków społecznych i zaprezentowania opinii na ten temat dużych grup społecznych. Poprzez przesłuchania wypracowuje się optymalną, w tym – powszechnie aprobowaną – decyzję ustawodawczą.

W ramach przesłuchań parlamentarnych poświęconych problematyce ustawodawczej, istotna jej część zawiera rekomendacje kierowane nie tylko do rządu, ale także do samej Dumy Państwowej. Dotyczą one konieczności podjęcia nowych bądź zmiany obowiązujących ustaw federalnych, co wymaga zaangażowania tak rządu (przede wszystkim na etapie planowania i przygotowania projektu regulacji prawnej), jak i Dumy Państwowej (przede wszystkim w stadium uchwalania projektu ustawy federalnej wniesionego do parlamentu przez Rząd)⁸. Najczęściej kończą się wezwaniem rządu do wniesienia do Dumy Państwowej określonego projektu ustawy.

Postacią przesłuchań parlamentarnych o nachyleniu prawotwórczym są przesłuchania przeprowadzane w trakcie przygotowywania koncepcji konkretnego projektu ustawy i mające na celu jego wieloaspektową analizę. Od niej oddzielamy przesłuchania prowadzone w ramach postępowania ustawodawczego, w różnych jego stadiach, przy tym najczęściej po pierwszym czytaniu projektu ustawy. Celem ich realizacji jest nadanie projektowi ustawy optymalnego brzmienia w sytuacji, gdy już wiadomo, że wolą Dumy Państwowej jest uchwalenie analizowanej regulacji prawnej. Odpowiednio do przebiegu przesłuchań i przedstawionych w ich trakcie problemów, dochodzi do sformułowania rekomendacji. Podnosi się w nich niedostatki omówionych projektów ustaw i propozycje nadania projektowi ustawy brzmienia możliwego do akceptacji parlamentu.

W praktyce, obok przesłuchań odnoszących się do problematyki prawotwórczej i realizowanej pod kątem doskonalenia jakości konkretnych

⁸ *Ibidem*, s. 115.

regulacji ustawowych, przeprowadza się przesłuchania parlamentarne zorientowane na urzeczywistnianie funkcji przedstawicielskiej Zgromadzenia Federalnego. Duma Państwowa poddaje publicznie przeprowadzanej refleksji określone, kluczowe zagadnienia polityki państwa. Czyni to z udziałem przedstawicieli materialnie właściwych organów władzy państwowej, reprezentantów zainteresowanych środowisk, ekspertów, także – choć w ograniczonym zakresie – organizacji społecznych. Przesłuchania parlamentarne, traktowane jako metoda urzeczywistniania funkcji przedstawicielskiej parlamentu, dają deputowanym możliwość zapoznania się z szerokim spektrum informacji i opinii na analizowane tematy, nim dojdzie do podjęcia prawnej regulacji określonej problematyki. W rezultacie decyzje ustawodawcze podjęte po przeprowadzeniu przesłuchań parlamentarnych powinny być bardziej wyważone, uwzględniać możliwości, potrzeby i oczekiwania ich adresatów. Praktyka parlamentarna modyfikuje powyższe założenie. Materiały licznych przesłuchań parlamentarnych, prowadzonych przez komitety Dumy Państwowej, świadczą o tym, że pomimo ważności analizowanej w ich ramach problematyki, znaczna część tematów przesłuchań parlamentarnych ma specjalistyczny charakter i mogłaby być przedmiotem analizy w ramach narad, konferencji czy „okrągłych stołów”⁹.

Stosując kryterium analizowanych zagadnień, wyodrębnia się przesłuchania parlamentarne prowadzone w celu kontroli działalności federalnych organów władzy wykonawczej. W porównaniu z przesłuchaniami ukierunkowanymi na podwyższenie jakości stanowionego prawa i służącymi wypracowaniu powszechnie aprobowanej polityki państwa, Duma Państwowa rzadziej po nie sięga. Korzysta z nich przede wszystkim w celu ustalenia i wyjaśnienia zachowań organów egzekutywy z obszaru sfery budżetowej, polityki zagranicznej, wdrażania i realizacji obowiązujących ustaw.

PROCEDURA PRZEPROWADZANIA PRZESŁUCHANIA

Cechą tożsamościową przesłuchań parlamentarnych jest ich planowy charakter. Ujęte są one w ustalany przez Dumę Państwową roczny plan przesłuchań parlamentarnych. Ma on charakter ramowy i może ulec modyfikacji adekwatnie do krystalizujących się potrzeb izby parlamentarnej, zmieniających się uwarunkowań polityki państwa. Mimo jedynie orientacyjnego charakteru, plan realizacji przesłuchań pozwa-

⁹ *Ibidem*, s. 120.

la zarządzać nimi strategicznie i przez to uczynić z przesłuchań parlamentarnych efektywne narzędzie kontroli parlamentarnej, umożliwiające diagnozowanie i ocenianie najważniejszych obszarów rządowej aktywności i konfrontowanie ich z parlamentarnymi wyobrażeniami o naturze pożądanego układu stosunków społecznych. Z kolei na płaszczyźnie operacyjnej znaczenia planowania, poprzez planowanie określa się tematykę przesłuchania, termin i miejsce jego przeprowadzenia, komitety i komisje odpowiedzialne za przeprowadzenie przesłuchania, co umożliwi sprawne wykorzystanie analizowanego środka kontroli parlamentarnej, wkomponowanie go w rzeczywiste potrzeby Dumy Państwowej.

Przesłuchania parlamentarne, podobnie jak każda inna forma działalności parlamentu, są realizowane w ramach prawnie określonej procedury parlamentarnej. Jest ona złożona z następujących po sobie i ściśle powiązanych stadiów postępowania. Mają one zastosowanie w każdym przesłuchaniu i pozwalają uzyskać maksymalną efektywność przedsięwziętych czynności. Składają się na nie: inicjowanie przesłuchania parlamentarnego, organizacja przesłuchania parlamentarnego (przygotowanie niezbędnej dokumentacji dotyczącej przesłuchania parlamentarnego i przygotowanie przesłuchania parlamentarnego), przeprowadzenie przesłuchania parlamentarnego, przygotowanie analizy zawierającej wnioski i rekomendacje wynikające z przesłuchania parlamentarnego, podjęcie przez Dumę Państwową uchwały dotyczącej wniosków i rekomendacji wynikających z przesłuchania parlamentarnego.

Pierwszym sformalizowanym stadium przesłuchania parlamentarnego jest jego inicjowanie. Inicjatorami postępowania mogą być wyłącznie podmioty przesłuchania. Takiej kompetencji są natomiast pozbawieni uczestnicy przesłuchania parlamentarnego. Przesłuchania parlamentarne są prowadzone przez Dumę Państwową z inicjatywy Rady Dumy Państwowej, komitetów i komisji Dumy Państwowej, frakcji parlamentarnych. W praktyce parlamentarnej dominują przesłuchania przeprowadzone na wniosek komitetów Dumy Państwowej. Rządziej występują o nie komisje Dumy Państwowej, a jedynie uzupełniająco są one wszczynane na wniosek deputowanych.

Drugim stadium procedury przesłuchań jest ich organizacja w Dumie Państwowej. Organizacja przesłuchań zajmuje ważne miejsce w zapewnianiu efektywności ich przeprowadzenia. Polega na uporządkowaniu i logicznym powiązaniu wszystkich elementów składających się na realizację przesłuchań parlamentarnych, przez co stwarza formalnoprawne gwarancje prawidłowego przebiegu przesłuchań i w rezultacie

ustalenie w nich istoty badanych zagadnienia. Właściwa organizacja przesłuchań parlamentarnych pomaga stworzyć warunki niezbędne dla zapewnienia wysokiej jakości decyzji podejmowanych w trakcie ich przeprowadzania¹⁰.

Zagadnienie przeprowadzenia przesłuchań parlamentarnych jest przedstawiane do rozpatrzenia na posiedzeniu Rady Dumy Państwowej, która ustala daty przesłuchań parlamentarnych. Przesłuchania parlamentarne odbywają się w Moskwie w siedzibie Dumy Państwowej lub w siedzibie innych federalnych organach władzy państwowej w porozumieniu z nimi.

Organizację i prowadzenie przesłuchań parlamentarnych Rada Dumy Państwowej powierza właściwemu komitetowi, komisji oraz odpowiednim służbom aparatu Dumy Państwowej. Prawodawca dopuszcza, aby komitety i komisje Dumy Państwowej wspólnie organizowały przesłuchania parlamentarne. W praktyce ma miejsce zarówno przeprowadzanie przesłuchań przez pojedyncze komitety, jak też przez kilka komitetów bądź komisji.

Komitety i komisje Dumy Państwowej istotną uwagę przywiązują do metodyki zorganizowania i przeprowadzania przesłuchań. Taktyczny sposób osiągnięcia celu przesłuchania, dopasowują do konkretnie określonego celu, który chcą osiągnąć w danym postępowaniu. W tym celu wykorzystują różnorakie środki działania, których zastosowana w danym przesłuchaniu kombinacja sprawia, że przesłuchania parlamentarne są elastyczną i efektywną, a przez to i atrakcyjną formą parlamentarnej działalności. Metody i środki wykorzystywane w ramach organizowania przesłuchań parlamentarnych są zróżnicowane. Do metod przesłuchań można odnieść wykorzystywanie dokumentów, wysłuchiwanie wyjaśnień funkcjonariuszy publicznych i innych obywateli, przeprowadzanie ekspertyzy czy zapoznawanie się ze stanem faktycznym sprawy na miejscu zdarzenia. Na dobór konkretnych metod i środków osiągnięcia celów przesłuchań parlamentarnych wpływają różne okoliczności, z których kluczową jest istota sprawy wynoszonej na przesłuchanie parlamentarne. Efektywność zastosowanych metod i środków przesłuchania jest tym wyższa, im bardziej z ich pomocą udaje się osiągnąć zakładane i pożądane rezultaty przesłuchania parlamentarnego.

Trzecim stadium przesłuchania parlamentarnego jest jego przeprowadzenie. Co do zasady przesłuchania parlamentarne są przeprowadzane w sposób jawny. Mogą być na nich obecni przedstawiciele środ-

¹⁰ *Ibidem*, s. 82.

ków masowego przekazu, organizacji pozarządowych, przedstawiciele społeczeństwa. Rada Dumy Państwowej, na wniosek komitetu, komisji Dumy Państwowej, organizujących przesłuchanie parlamentarne, kompetentna jest podjąć decyzję o przeprowadzeniu zamkniętego przesłuchania. Wówczas jest ono przeprowadzane na zasadach ogólnych, określonych przepisami regulaminu Dumy Państwowej. Tak w otwartych, jak i zamkniętych przesłuchaniach parlamentarnych mogą brać udział: prezydent, pełnomocny przedstawiciel prezydenta w Dumie Państwowej, przewodniczący Rady Federacji, członkowie Rady Federacji, przewodniczący rządu, członkowie rządu, pełnomocni przedstawiciele rządu w Dumie Państwowej, sędziowie Sądu Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Naczelnego Sądu Arbitrażowego, przewodniczący Izby Obrachunkowej, jego zastępcy i audytorzy Izby Obrachunkowej, pełnomocnik ds. praw człowieka, Prokurator Generalny, przewodniczący Centralnej Komisji Wyborczej.

Prowadzącym przesłuchania parlamentarne jest przewodniczący Dumy Państwowej, jego zastępca albo z ich polecenia – taka też jest praktyka – przewodniczący lub zastępca przewodniczącego odpowiedniego komitetu, komisji Dumy Państwowej. Terminy i porządek prowadzenia przesłuchań parlamentarnych podlegają wpływowi centralnego zarządzania. Są ustalane przez radę Dumy Państwowej na wniosek komitetu, komisji Dumy Państwowej na podstawie charakteru omawianych zagadnień. Natomiast czas trwania przesłuchania jest uzależniony od faktu omówienia zagadnienia, ze względu na które doszło do przeprowadzenia przesłuchania parlamentarnego. Niedozwolone jest prowadzenie przesłuchań w czasie posiedzenia Dumy Państwowej, chyba że Duma Państwowa postanowi inaczej. Natomiast bezwzględny zakaz prowadzenia przesłuchań obowiązuje w okresie między sesjami Dumy Państwowej i w okresie pracy deputowanych z wyborcami.

Przesłuchania parlamentarne zaczynają się od krótkiego słowa wprowadzającego przewodniczącego przesłuchania. Informuje on o meritum omawianego zagadnienia, jego znaczeniu, trybie prowadzenia posiedzenia, zaproszonych osobach. Następnie głos zabiera reprezentant komitetu, komisji Dumy Państwowej, który w ciągu 20 minut prezentuje analizowane zagadnienie. Po nim występują inni deputowani i zaproszeni goście. Zaproszeni goście mogą zabierać głos w przesłuchaniach tylko za zgodą przewodniczącego przesłuchania. Po wystąpieniach osób zaproszonych mają miejsce pytania deputowanych i innych osób uczestniczących w posiedzeniu i odpowiedzi na nie. Pytania można stawiać ustnie lub pisemnie. Zaproszone na posiedzenie osoby mają prawo nie

odpowiadać na pytania deputowanych, jeżeli dotyczą one wiadomości składających się na informacje niejawne.

EFEKT PRZESŁUCHANIA

Każde przesłuchanie parlamentarne, choć nie jest to prawnie wymagane, powinno zostać zakończone podjęciem dokumentu końcowego na temat omawianych zagadnień. Efektem przeprowadzenia postępowania powinno być podjęcie sprawozdania zawierającego rekomendację co do zachowania w przyszłości. W niej zawarta jest faktyczna istota wykonywanych czynności. Mają one prowadzić do korekty zachowań uznanych za niepożądane, nieoptymalne bądź z innych powodów wywołujące zastrzeżenia deputowanych, służyć wypracowaniu decyzji aprobowanych przez przedstawicieli suwerena. Sprawozdanie jest uchwalane większością głosów deputowanych biorących udział w przesłuchaniu.

Ze względu na swój charakter prawny, formułowana na koniec przesłuchania parlamentarnego rekomendacja nie ma mocy prawnie wiążącej. W szczególności nie stwarza po stronie rządu jakiegokolwiek obowiązku prawnego określonego zachowania się. Nie oznacza to, że rekomendacja nie ma żadnego znaczenia dla kształtowania zachowań odnotowanych w niej podmiotów. Na jej podstawie Duma Państwowa podejmuje uchwałę dotyczącą wyników przesłuchania parlamentarnego. Jako akt prawny podjęty przez Dumę Państwową podlega ona wykonaniu przez te organy, do których zachowania się odnosi¹¹.

Duma Państwowa nie jest związana treścią sprawozdania wieńczącego komitetowe (komisyjne) stadium przesłuchania parlamentarnego i zawartą w nim rekomendacją. Nie musi go w całości przyjąć bądź odrzucić. Kompetentna jest poddać go zmianom.

Konsekwencją aprobaty sprawozdania końcowego z przesłuchania przez Dumę Państwową jest parlamentarna kontrola wykonania zawartych w nim rekomendacji przez te organy i funkcjonariuszy publicznych, do których były one skierowane.

Kończąc analizę problematyki przesłuchań parlamentarnych trzeba stwierdzić, że na płaszczyźnie formalnoprawnej są one uznawane za najbardziej znaczącą formę kontroli parlamentarnej¹². Dzieje się tak ze względu na ich integralny charakter. Mogą być wykorzystywane w procesie realizacji każdej z funkcji parlamentu: ustawodawczej, kreacyjnej,

¹¹ J.A. Biessolicyna, *op. cit.*, s. 96.

¹² *Ibidem*, s. 86.

budżetowo-finansowej itd. W praktyce ustrojowej znaczenie przesłuchań może osłabiać ich rekomendacyjny a nie rozstrzygający wynik. Brakuje prawnie przewidzianego mechanizmu aplikowania podjętych ustaleń, co generuje ryzyko, że mogą one nie znaleźć przełożenia na zachowania podmiotów, których dotyczą. Defekty przesłuchań objawiają się także przez to, że w praktyce rzadko dokumenty końcowe przesłuchań parlamentarnych są zatwierdzane przez Dumę Państwową i odpowiednio, kontrolowanie wykonywania zawartych w nich rekomendacji staje się zadaniem nie Dumy Państwowej, ale tego komitetu (komisji), który je sformułował. Osłabia to znaczenie podjętych ustaleń i ich zdolność moderowania zachowań podmiotów objętych rekomendacjami. Znacznie częściej po przeprowadzeniu przesłuchań parlamentarnych Duma Państwowa podejmuje nie decyzje o całościowej akceptacji wyników przesłuchań, ale uchwały częściowe, w sprawie zwrócenia się do określonych organów władzy publicznej lub funkcjonariuszy publicznych. Dominująca metoda działania organu przedstawicielskiego determinuje niską realizację rekomendacji sformułowanych w ramach przesłuchań, pomimo wysokiego znaczenia problemów, których analizie są poświęcone¹³.

Zarazem trzeba dodać, że rekomendacja, chociaż nie jest prawnie wiążąca dla podmiotów, do których działalności się odnosi, powinna zostać wykorzystana w procesie decyzyjnym. Jej pominięcie, zbagatelizowanie przez rząd, może stać się motywem podjęcia przez Dumę Państwową kolejnych środków kontrolnych, jak również wywołać kwestię odpowiedzialności politycznej rządu nierealizującego woli izby pierwszej Zgromadzenia Federalnego.

Poprzez przesłuchania parlamentarne Duma Państwowa nie tylko kontroluje sposób działania rządu w obszarach najważniejszych dla państwa. Czyniąc to w sposób publiczny, realizuje funkcję perswazyjną parlamentu. Zmusza gabinet do wyjawienia motywów swego działania, podjętych czynności, efektu ich przeprowadzenia. Sprawa sposobu, skuteczności działania federalnej egzekutywy w określonych sprawach przestaje być kwestią ocenianą w trójkącie prezydent – rząd – Duma Państwowa, a staje się zagadnieniem publicznie obserwowanym i ocenianym. W ten sposób przesłuchania parlamentarne, traktowane jako środek kontroli parlamentarnej nad działalnością rządu, umożliwiają narodowi rosyjskiemu sprawowanie społecznej kontroli nad aktywnością rządu.

¹³ M.G. Nikitienko, *op. cit.*, s. 113–114.

ZWIĄZKI NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI Z PARLAMENTEM (W ŚWIETLE USTAWY O NIK Z 23 GRUDNIA 1994 R.)

I. Najwyższa Izba Kontroli jest samodzielnym organem państwa, określonym w art. 202 ust. 1 konstytucji jako „naczelnym organem kontroli państwowej”¹. Ustrojodawca umieścił przepisy dotyczące NIK w osobnym rozdziale IX, zatytułowanym: „Organy kontroli państwowej i ochrony prawa”. Takie usytuowanie NIK skłania doktrynę prawa konstytucyjnego do uznania, że „Najwyższa Izba Kontroli jest odrębnym organem konstytucyjnym «zawieszonym» pomiędzy Sejmem a rządem, i powołanym do kontroli zarówno Rady Ministrów i ministrów, jak i poszczególnych jednostek organizacyjnych składających się na system administracji rządowej, a nawet pozostających poza tym systemem”². NIK należy zatem do tych konstytucyjnych organów, które nie mieszczą się w klasycznym trójpodziale władzy.

Relacje między tymi organami określono wyraźnie w art. 202 ust. 2 konstytucji i art. 13. ustawy o NIK³ w ten sposób, że będąc naczelnym organem kontroli państwowej Najwyższa Izba Kontroli podlega Sejmowi. W doktrynie przyjmuje się, że podległość ta rozumiana jest jako więź ustrojowoprawna, w której podmioty organizacyjnie nadrzędne mogą ingerować w przedmiotowo i konstytucyjnie określonym za-

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 325; zob. też P. Sarnecki, *Relacje Najwyższej Izby Kontroli z polskim parlamentem*, „Kontrola Państwowa” 2014, numer jubileuszowy, s. 89 i n.

³ Ustawa z 23 grudnia 1994 r., Dz.U. z 2012 r. Nr 206, poz. 82 ze zm., tekst jednolity.

kresie, w działania podmiotów podporządkowanych w każdej ich fazie i w zakresie, za pomocą dowolnie dobranych dla danej sytuacji środków. Z formuły NIK jako naczelnego organu kontroli można zdaniem wyprowadzić następujące wnioski dotyczące Izby:

- 1) pozostaje ona samodzielnym pionem organów państwowych,
- 2) funkcjonuje w oparciu o katalog określonych reguł współdziałania z innymi organami legislatywy, egzekutywy, judykatywy, chociaż wiodący zakres uprawnień, wiąże się z działalnością Sejmu,
- 3) zadania NIK pozostają w bezpośrednim związku z kontrolnymi uprawnieniami izby niższej⁴.

Tak więc specyfika pozycji ustrojowej NIK polega na ustaleniu jej podległości Sejmowi, przy jednoczesnym zagwarantowaniu jej niezależności od pozostałych organów państwa. Podległość ta nie ma charakteru organizacyjnego ani hierarchicznego⁵. Wyraża się w trzech płaszczyznach. Są to: płaszczyzna personalna, statutowo-organizacyjna i kontrolna.

Zasadę konstytucyjnej podległości NIK wobec Sejmu wypełniają szczegółowe postanowienia konstytucji. Zgodnie z art. 204 konstytucji „1. Najwyższa Izba Kontroli przedkłada Sejmowi: a) analizę wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej, b) opinię w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów, c) informacje o wynikach kontroli, wnioski i wystąpienia określone w ustawie. 2. Najwyższa Izba Kontroli przedstawia Sejmowi coroczne sprawozdanie ze swojej działalności”. Jako ilustrację zasady podległości NIK Sejmowi można nadto wymienić postanowienie art. 205 konstytucji (prezes NIK jest powoływany przez Sejm), art. 206 (prezes NIK nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności), art. 226 (Sejm rozpatruje sprawozdanie Rady Ministrów z wykonania ustawy budżetowej i po zapoznaniu się z opinią NIK podejmuje uchwałę o udzieleniu lub odmowie udzielenia absolutorium), a także odpowiednie postanowienia ustawy o NIK, np. art. 7 i art. 13 (prezes NIK kieruje Najwyższą Izbą Kontroli i odpowiada przed Sejmem za jej działalność).

Treść zasady podległości NIK Sejmowi realizuje się nie tylko przez określone kompetencje Sejmu wobec NIK, lecz także przez określone kompetencje organów Sejmu wobec NIK, pod warunkiem jednak w tym

⁴ A. Sylwestrzak, *Najwyższa Izba Kontroli. Studium prawnoustrojowe*, Warszawa 2006, s. 17. Zob. także: W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 202*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku. Komentarz*, t. 3, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 2–8.

⁵ A. Biłgorajski, *Organy kontroli państwowej*, [w:] *Polskie prawo konstytucyjne na tle porównawczym*, red. R.M. Małajny, Warszawa 2013, s. 660.

drugim przypadku, że zachowana zostanie zasada, iż organ wewnętrzny nie może podejmować działań władczych wobec NIK. Jako przykład można tu przytoczyć art. 7 ust. 1 pkt. 3 ustawy o NIK, mówiący o zlecaniu NIK kontroli przez organy Sejmu. W każdym razie opisana podległość nie może dawać podstawy do naruszenia istoty samodzielności NIK.

Z przytoczonych wyżej przepisów konstytucyjnych wynika, że stosunek podległości występuje przede wszystkim między NIK a Sejmem i demonstruje się najpełniej w jego funkcji kontrolnej. Istota funkcji kontrolnej Sejmu polega na tym, że występuje on w całym swym politycznym zróżnicowaniu wobec innych organów, zwłaszcza Rady Ministrów. W wymiarze ustrojowym oznacza to, że NIK wypełnia swe zadania kontrolne na rzecz i pod nadzorem Sejmu.

Nieuzasadnione byłoby wyłączenie spod tego nadzoru jej statutu, tj. aktu określającego strukturę organizacyjną NIK, rodzaje departamentów, ich podział i zakres właściwości terytorialnej.

Temu założeniu odpowiada treść art. 207 konstytucji, zgodnie z którym organizację oraz tryb działania NIK określa ustawa. Ustawodawca powinien więc uregulować aktem o charakterze powszechnie obowiązującym wszystkie te kwestie organizacyjne, które mogłyby mieć znaczenie dla sytuacji prawnej podmiotów zewnętrznych w stosunku do NIK. Takie upoważnienie konstytucyjne nie wyłącza możliwości uregulowania aktem ustawodawczym także kwestii techniczno-organizacyjnych o charakterze wewnętrznym, co już znalazło zastosowanie w okresie międzywojennym. Przyjęte na tle ustawy o NIK rozwiązanie podziału materii pomiędzy ustawę a statut wydaje się rozstrzygnięciem pragmatycznym, zachowującym właściwe proporcje pomiędzy dość sztywną regulacją ustawową, a raczej luźną (lecz mieszczącą się w granicach upoważnienia ustawowego) regulacją statutową. Zastosowane rozwiązanie mieści się, jak powiedziano wyżej, w koncepcji art. 207 konstytucji, jednak pod warunkiem, że statut spełnia w pełni materialne wymogi aktu o charakterze wewnętrznym, o którym mowa w art. 93 konstytucji⁶.

Działalnością Najwyższej Izby Kontroli kieruje prezes NIK⁷. Jest on powoływany na to stanowisko na wniosek marszałka Sejmu lub grupy 35 posłów przez Sejm bezwzględną większością głosów (art. 14). Zgodę na taką nominację musi wyrazić w formie uchwały Senat. Organ ten ma jeden miesiąc od chwili otrzymania uchwały Sejmu na podjęcie stosownej decyzji, brak wypowiedzi w tym okresie traktuje się jako zgodę

⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1 grudnia 1998 r., K. 21/98, OTK 1998, nr 7, poz. 116.

⁷ Status prezesa NIK uregulowany jest przez art. 13 do 20 ustawy o NIK.

na przedstawioną kandydaturę. Natomiast podjęcie przez Senat decyzji negatywnej w stosunku do osoby kandydata na stanowisko prezesa NIK powoduje konieczność przedstawienia przez Sejm innej kandydatury. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że Senat nie posiada możliwości wpływania na dobór kandydata na ten urząd, może jedynie wyrazić zgodę lub nie zaakceptować propozycji Sejmu. Nowo mianowany prezes NIK przed przystąpieniem do wykonywania obowiązków składa przed Sejmem przysięgę. Stanowi ona potwierdzenie woli podjęcia się wykonywania związanych z urzędem obowiązków oraz określa chwilę, od której rozpoczyna się bieg jego 6-letniej kadencji⁸. Kadencja prezesa kończy się w dniu objęcia stanowiska przez następcę.

Taka kadencja sprzyja niezależności NIK i uniezależnieniu od aktualnego układu sił politycznych w parlamencie, a tym samym stanowi gwarancję bezstronnego wykonywania zadań przez ten organ. Konstytucja i ustawa o NIK silnie akcentują niezależność prezesa. Nie ponosi on także odpowiedzialności parlamentarnej, tylko konstytucyjną za naruszenie Konstytucji RP lub ustawy w związku z zajmowanym stanowiskiem lub w zakresie swojego urzędowania (art. 198 ust. 1 Konstytucji RP).

Ustawa o NIK z 1994 r. równocześnie zapewniła niemożność skrócenia kadencji prezesa z przyczyn uznaniowych. Ta sama osoba może być prezesem Najwyższej Izby Kontroli nie dłużej niż przez dwie kolejne kadencje. Kadencja prezesa Najwyższej Izby Kontroli wygasa w razie jego śmierci, orzeczenia przez Trybunał Stanu utraty zajmowanego stanowiska lub odwołania.

Sejm odwołuje prezesa Najwyższej Izby Kontroli, jeżeli:

- 1) zrzekł się stanowiska,
- 2) uzna, że stał się trwale niezdolny do pełnienia obowiązków na skutek choroby,
- 3) został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa,
- 4) złożył niezgodne z prawdą oświadczenie lustracyjne, stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu,
- 5) Trybunał Stanu orzekł w stosunku do niego zakaz zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwowych.

Należy jednak zastrzec, że prezes NIK nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności bez uprzedniej zgo-

⁸ M. Niezgódka-Medkova, [w:] *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, red. E. Jarzęcka-Siwik, T. Liszcz, M. Niezgódka-Medkova, W. Robaczyński, Warszawa 2000, s. 54–56.

dy Sejmu⁹. O jego zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Na prezesa NIK nałożony został obowiązek uczestniczenia w posiedzeniach Sejmu, osobiście lub w razie niemożności uczestniczenia – poprzez upoważnionych zastępców. Oznacza to, że w posiedzeniach Sejmu w przypadku nieobecności prezesa NIK muszą brać udział delegowani przez niego wiceprezesi. Prezes NIK ma prawo zabierać głos na posiedzeniu w każdej sprawie, poza kolejnością mówców, ilekroć tego zażąda¹⁰. Stała obecność najwyższego przedstawiciela naczelnego organu kontroli państwowej w czasie obrad przyczynia się do realizacji podstawowego zadania NIK – informowania Sejmu o stanie państwa oraz finansów publicznych i umożliwia mu szybkie wykorzystywanie takich wiadomości.

Przedstawiciele NIK biorą natomiast udział w posiedzeniach komisji parlamentarnych. Przedstawiają oni na żądanie komisji wyjaśnienia w sprawach kontroli przeprowadzanych przez Izbę, ponadto mogą zgłaszać uwagi do materiałów przedkładanych przez rząd lub inne osoby uczestniczące w takich posiedzeniach.

Marszałek Sejmu na wniosek prezesa NIK powołuje i odwołuje 3 wiceprezesów NIK – dotychczas było ich od dwóch do czterech. Marszałek Sejmu powołuje ich po zasięgnięciu opinii właściwej komisji sejmowej (art. 21 ust. 1). Znowelizowana w 2010 r. ustawa o NIK dodaje, że ze stanowiskiem prezesa NIK, wiceprezesa oraz dyrektora generalnego Najwyższej Izby Kontroli nie można łączyć również mandatu posła do Parlamentu Europejskiego lub radnego (dotychczas tylko mandatu posła i senatora – art. 21 ust. 5). Wprowadza się również obowiązek zasięgnięcia opinii właściwej komisji sejmowej przez marszałka Sejmu przy powoływaniu członków Kolegium NIK (art. 22 ust. 2) (dotychczas tylko – na wniosek prezesa Najwyższej Izby Kontroli). W skład Kolegium, w miejsce doradców prezesa, powoływani będą radcy prezesa. (art. 22 ust. 2 pkt. 2). Natomiast dyrektor generalny NIK powoływany i odwoływany jest ze stanowiska przez prezesa NIK, za zgodą marszałka Sejmu. Wprowadzając takie rozwiązanie, zapewniono prezesowi NIK wpływ na dobór osób, które wspomagają go w kierowaniu Izbą, jednocześnie realizując zasadę podległości NIK Sejmowi.

Marszałek Sejmu, na wniosek prezesa NIK powołuje 14 członków Kolegium Najwyższej Izby Kontroli. Odwołanie członka Kolegium NIK

⁹ Immunitet wiceprezesów NIK, dyrektora generalnego NIK oraz pracowników nadzorujących i przeprowadzających postępowanie kontrolne ograniczony jest do czynności służbowych.

¹⁰ M. Niezgódka-Medkova, *op. cit.*, s. 60.

następuje w tym samym trybie, muszą jednak być spełnione określone w ustawie warunki; członek zrzekł się funkcji, przestał zajmować stanowisko dyrektora jednostki organizacyjnej NIK, nie uczestniczył w pracach Kolegium NIK przez okres przekraczający jeden rok, lub też został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa z winy umyślnej (art. 22 ust. 6).

Marszałek Sejmu kształtuje także, w drodze aktów wykonawczych – zarządzeń – status pracowników Izby. Wydanie tych aktów następuje na wniosek prezesa NIK.

II. Relacja pomiędzy NIK a Sejmem dotycząca płaszczyzny statutowo-organizacyjnej jest zbliżona do relacji pomiędzy tymi organami w sprawach personalnych. Marszałek Sejmu, na wniosek prezesa NIK, określa w drodze zarządzenia w statucie organizację wewnętrzną NIK (art. 25 ust. 2 i 3). Marszałek Sejmu może upoważnić w statucie prezesa NIK do określenia, w drodze zarządzenia, szczegółowej organizacji wewnętrznej jednostek organizacyjnych Izby oraz ich właściwości, a także do wprowadzania zmian w tym zakresie. Zadanie marszałka Sejmu sprowadza się do akceptacji przedłożonego statutu lub jego odrzucenia¹¹. W świetle przedstawionych rozwiązań personalnych i organizacyjnych rysuje się konkluzja, że podległość NIK Sejmowi w tym zakresie ma ograniczony charakter. Działania organu Sejmu muszą być bowiem poprzedzone inicjatywą prezesa NIK, a w przypadku statutu także Kolegium NIK.

Trybunał Konstytucyjny w swoim wyroku¹² stwierdził, że statut jest w istocie aktem NIK, nadawanym przez marszałka Sejmu na wniosek prezesa NIK. Jest to akt o charakterze wewnętrznym, regulującym wewnętrzną materię NIK, w granicach określonych ustawą o NIK i niekształtującym sytuacji prawnej innych podmiotów oraz ich kompetencji. Treść art. 25 ust. 2 w brzmieniu ustalonym kwestionowanym art. 1 pkt. 8 lit. a ustawy nowelizującej (statut określa organizację wewnętrzną NIK, w tym siedziby delegatur i zakres ich właściwości terytorialnej) wyraźnie nawiązuje do ustępu 1 tego przepisu, który stanowi, że jednostkami organizacyjnymi Najwyższej Izby Kontroli są departamenty i delegatury i biura. Zatem sama ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli określa strukturę organizacyjną tego organu państwowego. Jak już wyżej powiedziano, tylko względy pragmatyczne zadecydowały przeciwko ustawowej petryfikacji szczegółowych regulacji zagadnień określonych

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 1 grudnia 1998 r., K. 21/98, OTK 1998, nr 7, poz. 116.

¹² *Ibidem*.

w art. 25 ust. 2 i przesunięciu tych kwestii do regulacji statutowej. Nie bez znaczenia jest też fakt, że projekt statutu NIK zatwierdza Kolegium Najwyższej Izby Kontroli (art. 23 ust. 1 pkt 4 ustawy o NIK), co w połączeniu z konstytucyjną normą stanowiącą, że Najwyższa Izba Kontroli działa na zasadach kolegalności (art. 202 ust. 3 konstytucji), czyni statut NIK w istocie aktem Najwyższej Izby Kontroli.

Nadając statut Najwyższej Izbie Kontroli, marszałek Sejmu działa jedynie w granicach przyznanego mu przez Sejm upoważnienia ustawowego, to jest przedłożony projekt statutu akceptuje, nadając mu prawną formułę, bądź odrzuca projekt statutu, jeżeli jest on sprzeczny z prawem lub wykracza poza granice upoważnienia ustawowego określonego w art. 25 ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli¹³.

III. Sejm sprawuje kontrolę wykonania budżetu Najwyższej Izby Kontroli (art. 26 ust. 3). Najwyższa Izba Kontroli podejmuje kontrole na zlecenie Sejmu lub jego organów, na wniosek Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Prezesa Rady Ministrów oraz z własnej inicjatywy. Swoje zadania wykonuje na podstawie rocznego planu pracy, który przedkłada Sejmowi; może też przeprowadzać kontrole doraźne.

Art. 7 ustawy o NIK¹⁴ wskazuje że, Najwyższa Izba Kontroli przedkłada Sejmowi:

- 1) analizę wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej,
- 2) opinię w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów,
- 3) informacje o wynikach kontroli zleconych przez Sejm lub jego organy,
- 4) informacje o wynikach kontroli przeprowadzonych na wniosek Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Prezesa Rady Ministrów oraz innych ważniejszych kontroli,
- 5) wnioski w sprawie rozpatrzenia przez Sejm określonych problemów związanych z działalnością organów wykonujących zadania publiczne,
- 6) wystąpienia zawierające wynikające z kontroli zarzuty, dotyczące działalności osób wchodzących w skład Rady Ministrów, kierujących urzędami centralnymi, prezesa Narodowego Banku Polskiego i osób kierujących instytucjami, o których mowa w art. 4 ust. 1,
- 7) analizę wykorzystania wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Ustawa z 22 stycznia 2010 r. o zmianie ustawy o NIK, Dz.U. z 2010 r. Nr 227, poz. 1482, ze zm.

Najwyższa Izba Kontroli przedstawia Sejmowi coroczne sprawozdanie ze swojej działalności. Tryb wykonywania przez Najwyższą Izbę Kontroli obowiązków wobec Sejmu i jego organów określa regulamin Sejmu.

Sposób, w jaki Sejm przeprowadza kontrolę wykonania budżetu NIK, pozostawiono jego uznaniu. Wśród zadań Komisji ds. Kontroli Państwowej znajduje się opiniowanie sprawozdania z wykonania budżetu Najwyższej Izby Kontroli, które jest częścią sprawozdania z rocznej działalności Izby, rozpatrywanego przez prezydium Sejmu, a następnie będącego przedmiotem obrad na posiedzeniu Sejmu.

Tryb wykonywania przez Najwyższą Izbę Kontroli obowiązków wobec Sejmu i jego organów unormowany jest w Regulaminie Sejmu¹⁵. Taka forma tej regulacji zapewnia elastyczne dostosowanie materii do zmian zachodzących w organizacji Sejmu, bez potrzeby uruchamiania złożonej procedury legislacyjnej, która jest niezbędna w razie nowelizacji ustawy¹⁶. Tak więc Regulamin Sejmu określa zarówno sposób rozpatrywania przedkładanych przez NIK Sejmowi dokumentów, jak i formy uczestnictwa przedstawicieli NIK w pracach Sejmu.

Dokumenty takie jak; analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej, informacje o wynikach kontroli zleconych przez Sejm i jego organy oraz Prezydenta RP i Prezesa Rady Ministrów, wnioski, wystąpienia i sprawozdania z działalności są przedstawiane przez prezesa NIK prezydium Sejmu. Rozpatrzenie części z nich (wniosków oraz sprawozdań) należy do właściwości prezydium, z tym że wcześniej są one opiniowane przez Komisję ds. Kontroli Państwowej¹⁷. Nadanie dalszego biegu wnioskowi zależy od decyzji prezydium Sejmu, natomiast sprawozdanie z działalności NIK jest obligatoryjnie przedmiotem obrad na posiedzeniu Sejmu. Materiały zawierające wyniki kontroli (analiza wykonania budżetu oraz informacje o wynikach przeprowadzonych kontroli) są kierowane przez marszałka Sejmu do właściwych komisji sejmowych w celu ich rozpatrzenia lub zaopiniowania¹⁸. W szczególnym trybie, zapewniającym wiodącą rolę Komisji Finansów Publicznych, analizowane są dokumenty dotyczące budżetu państwa, stanowiąc te dokumenty następnie przedmiot obrad Sejmu.

¹⁵ Uchwała Sejmu z 30 lipca 1992 r., Regulamin Sejmu RP, M.P. z 1998 r. Nr 44, poz. 618 ze zm.

¹⁶ Zgodnie z art. 112 Konstytucji z 1997 r. sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec Sejmu określa regulamin uchwalony przez tę izbę parlamentu.

¹⁷ W podobnym trybie rozpatrywane są również okresowe plany pracy NIK.

¹⁸ Obligatoryjnie te materiały otrzymuje Komisja ds. Kontroli Państwowej.

Zasadą w działalności NIK jest realizacja własnych inicjatyw w zakresie przeprowadzanych kontroli, przede wszystkim w ramach działalności planowej¹⁹. Plan pracy Izby uchwalany jest corocznie przez Kolegium NIK, również zmiana tegoż planu wymaga podjęcia przez Kolegium NIK stosownej uchwały. Uchwalony plan pracy NIK przedkłada Sejmowi. Jest on tam opiniowany przez Komisję ds. Kontroli Państwowej²⁰, a następnie rozpatrywany jest przez prezydium Sejmu. Sejm uzyskuje tą drogą wiedzę o zamierzonych kierunkach aktywności NIK, może także uzupełniać te zamierzenia przez swoje zlecenia. Ustawa nie przewiduje innej możliwości zmiany planu pracy Izby przez Sejm, jak tylko jego ewentualne uzupełnienie dodatkowymi, wiążącymi NIK zleceniami tematów kontroli. Brak ustawowej możliwości nakazania NIK rezygnacji z zaplanowanych przez nią kontroli jest wyrazem jej niezależności funkcjonalnej, również od Sejmu, któremu podlega. Izba nie ma także obowiązku prezentowania Sejmowi projektu swego planu i uzgadniania z nim kierunków planowanej działalności. NIK informuje Sejm o wykonanych na podstawie planów pracy zadaniach, ma także obowiązek podejmować doraźne kontrole na zlecenie Sejmu lub jego organów; marszałka Sejmu, prezydium Sejmu oraz komisji sejmowych. Nie mogą natomiast kierować zleceń do przeprowadzenia kontroli, które byłyby obligatoryjne dla NIK, organy i jednostki Sejmu nieupoważnione do tego w regulaminie Sejmu. Tak więc powzięcie kontroli na wniosek np.; Konwentu Seniorów, klubu czy koła poselskiego, jak i z inicjatywy poszczególnych posłów, pozostawione jest uznaniu NIK, podjętą zaś kontrolę traktuje się jako kontrolę przeprowadzoną z własnej inicjatywy Izby. Wyposażenie Sejmu i wymienionych w jego regulaminie organów w prawo wpływania na kierunki działalności NIK przez zlecenie mu kontroli jest odzwierciedleniem konstytucyjnej i ustawowej zasady podległości naczelnego organu kontroli Sejmowi.

Następnym, niewątpliwie istotnym zagadnieniem jest realizacja podstawowego zadania NIK, jakim jest dostarczanie Sejmowi uogólnionych informacji o wynikach kontroli (art. 7 ustawy). Informacje te zawierają bowiem, w bardzo szerokim znaczeniu, charakterystykę funkcjonowania organów państwa, a przez to obraz państwa jako całości. Znowelizowaną ustawą z 22 stycznia 2010 r. zmienia się dotychczasową regulację w zakresie udostępniania informacji o wynikach kontroli. Można je będzie udostępnić również przed przekazaniem Sejmowi. Zobowiązuje

¹⁹ M. Niezgódka-Medkova, *op. cit.*, s. 37–39.

²⁰ Głównym zadaniem tejże komisji jest rozpatrywanie i opiniowanie dokumentów związanych z działalnością NIK, a także sporządzanie okresowych ocen działalności Izby.

się prezesa NIK do podawania do wiadomości publicznej (z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej) również wystąpień pokontrolnych oraz dokumentów przedkładanych Sejmowi, Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej, Prezesowi Rady Ministrów, wojewodom oraz jednostkom samorządu terytorialnego (art. 10).

Najistotniejszym dokumentem, sporządzanym corocznie przez NIK, jest analiza wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej. Analiza ta, w części dotyczącej wykonania budżetu państwa wraz z uchwaloną przez Kolegium NIK opinią Izby w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów, stanowi – obok sprawozdania rządu z wykonania ustawy budżetowej, przedkładanego Sejmowi wraz z informacją o stanie zadłużenia państwa – podstawę do dokonania parlamentarnej kontroli działalności władzy wykonawczej w sferze finansów publicznych. Sejm wyraża swe stanowisko w tej kwestii, podejmując uchwałę o udzieleniu lub odmowie udzielenia Radzie Ministrów absolutorium, po wysłuchaniu opinii NIK, zaprezentowanej przez prezesa NIK na posiedzeniu parlamentarnym. Druga część tej analizy, poświęcona wykonaniu założeń polityki pieniężnej, ustalanych corocznie przez Radę Polityki Pieniężnej, dostarcza Sejmowi dodatkowych informacji o stanie finansów państwa i funkcjonowaniu systemu bankowego.

Jak podkreśliłam wcześniej przedstawianie Sejmowi informacji o wynikach kontroli zleconych przez Sejm i jego organy oraz wykonanych z własnej inicjatywy należy do bieżących zadań Najwyższej Izby Kontroli²¹. Ponad 150 informacji z kontroli NIK przedkłada każdego roku Sejmowi²², wypełniając w ten sposób swoją misję dostarczania parlamentowi wiedzy o stanie państwa, w tym o finansach publicznych. Prezes NIK na posiedzeniach plenarnych Sejmu prezentuje najważniejsze dokumenty związane z działalnością Izby jak również stanowisko w istotnych sprawach mających związek z kontrolami przeprowadzonymi przez Izbę. Przedstawiciele NIK biorą także udział w posiedzeniach komisji i podkomisji sejmowych.

Tego rodzaju opracowania stanowią bowiem dla Sejmu zasadnicze źródło wiedzy o zagadnieniach badanych przez NIK. Informacje te sporządza się na podstawie dokumentów zamykających każde postępowanie kontrolne, a więc protokołów kontroli i wystąpień pokontrolnych. Zawarty jest w nich syntetyczny obraz działalności kontrolowanych podmiotów oraz jej ocena, dokonana zgodnie z jednolitymi kryteriami

²¹ Odnosi się to również do kontroli przeprowadzanych na wniosek Prezydenta RP lub Prezesa Rady Ministrów.

²² Informacja ze strony NIK, www.nik.giv.pl [07.11.2013].

kontrolnymi. Dzięki temu Sejm w ciągu roku otrzymuje ponad sto problemowych informacji uzyskanych przez Izbę w wyniku przeprowadzenia kilku tysięcy postępowań kontrolnych²³.

Wprowadza się nowe uprawnienie dla prezesa NIK, który będzie mógł wystąpić do marszałka Sejmu o skierowanie do Prezesa Rady Ministrów wniosku o zajęcie stanowiska wobec wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa. Jednocześnie zobowiązuje się Prezesa Rady Ministrów do przedstawienia marszałkowi stanowiska w terminie 60 dni od dnia otrzymania wniosku. W przypadku uznania w tym stanowisku potrzeby zmian w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, określa się termin podjęcia prac legislacyjnych w zakresie tych zmian oraz organ odpowiedzialny za opracowanie projektu odpowiednich przepisów (art. 11a).

Istnieje także się możliwość przeprowadzania kontroli wspólnie z naczelnymi organami kontroli Wspólnot Europejskich oraz naczelnymi organami kontroli innych państw (art. 12a).

Sejm ma również prawo żądania niezwłocznego przekazania informacji o wynikach przeprowadzonej kontroli, bezpośrednio po jej sporządzeniu, z pominięciem zagwarantowanej prawem procedury uzupełnienia jej stanowiskiem kontrolowanego organu.

Dodatkowymi instrumentami przekazywania Sejmowi wiadomości uzyskanych przez Izbę w toku kontroli są wnioski i wystąpienia (art. 7 ust. 1 pkt. 5 i 6). Stanowią one szczególnego rodzaju sygnalizację, uruchamianą w drodze uchwały przez Kolegium NIK, w sprawach zasadniczej wagi. Wnioski i wystąpienia kierowane są przez NIK do Sejmu niezależnie od przekazywania innych dokumentów, tj. analiz, opinii, informacji i sprawozdań. Zarówno wnioski, jak i wystąpienia wybiegają poza rutynowy sposób informowania Sejmu o działalności organów wykonujących zadania publiczne. Powinny być więc stosowane w sytuacjach nadzwyczajnych, szczególnie wówczas, gdy w wyniku kontroli stwierdza się istotne zagrożenia dla funkcjonowania państwa.

We wnioskach wskazuje się na potrzebę rozpatrzenia przez Sejm określonych problemów związanych z działalnością organów wykonujących funkcje publiczne. W ustawie nie sprecyzowano sytuacji, w których tego rodzaju wnioski mogą być formułowane, pozostawiając ocenę zasadności Kolegium NIK. Ze względu na tryb formułowania wniosków, odmienny od procedur przygotowywania informacji o wynikach kontroli, należy założyć, że mają one służyć do zwracania Sejmowi uwagi na istotne zagrożenia dla prawidłowego funkcjonowania państwa.

²³ M. Niezgódka-Medkova, *op. cit.*, s. 42.

Wystąpienia zawierają wynikające z kontroli zarzuty, które dotyczą działalności najwyższych funkcjonariuszy państwowych. Osoby, których mogą dotyczyć takie wystąpienia to członkowie Rady Ministrów, osoby kierujące urzędami centralnymi, prezes Narodowego Banku Polskiego, a także inne osoby kierujące instytucjami, w których NIK kontroluje wykonanie budżetu oraz gospodarkę finansową i majątkową²⁴. Wystąpienia, podobnie jak wnioski, kierowane są do Sejmu w formie uchwały Kolegium NIK. Należy tu dodać, że kierowane są niezależnie od zarzutów, jakie w informacjach o wynikach kontroli formułowane są pod adresem pracowników jednostek kontrolowanych. Wystąpienie jest sporządzane, gdy Izba stwierdzi, że kontrolowany funkcjonariusz dopuścił się rażących zaniedbań lub nagannej bezczynności. Z uwagi na to, że zakres podmiotowy wystąpień obejmuje również osoby objęte odpowiedzialnością konstytucyjną, dokument ten zawiera materiał, którego analiza może stanowić podstawę do uruchomienia przez Sejm adekwatnych do treści wystąpienia procedur.

Na Najwyższą Izbę Kontroli nałożony został obowiązek corocznego przedstawiania Sejmowi sprawozdania ze swej działalności (art. 7 ust. 1 pkt. 7). Jest to następny przejaw podległości NIK temu organowi. Otrzymywanie takich sprawozdań, rozpatrywanych przez prezydium Sejmu, a następnie będących przedmiotem obrad na posiedzeniu Sejmu, umożliwia tej izbie parlamentu m.in. przeprowadzenie kontroli wykonania budżetu przez NIK. Może być również wykorzystane do dokonywania okresowych ocen działalności Izby przez Komisję ds. Kontroli Państwowej. Komisja ta, oprócz wymienionego sprawozdania, przeprowadza analizę całości dokumentów przekazanych przez NIK Sejmowi a wnioski przekazuje marszałkowi Sejmu. W sprawozdaniu ponadto, niezależnie od problematyki wewnętrznej dotyczącej funkcjonowania NIK, prezentowane są w sposób syntetyczny wyniki najistotniejszych kontroli. Sprawozdanie jest dokumentem zatwierdzanym przez Kolegium NIK. Roczne sprawozdanie z działalności NIK przygotowywane jest na podstawie wyników pracy wszystkich jednostek organizacyjnych Izby. W dokumencie najwięcej miejsca poświęca się działalności kontrolnej. Trzon sprawozdania zajmuje analiza stanu państwa stworzona na

²⁴ Te instytucje to: Kancelaria Prezydenta RP, Kancelaria Sejmu, Kancelaria Senatu, Trybunał Konstytucyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Krajowa Rada Sądownictwa, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz Państwowa Inspekcja Pracy.

podstawie ustaleń kontroli NIK. Publikowane są też ważniejsze efekty kontroli – zarówno te finansowe, legislacyjne, jak i naprawcze, wynikające z realizacji wniosków pokontrolnych przez jednostki kontrolowane. Odrębne podrozdziały poświęcone są planowi pracy i jego realizacji, współpracy z Sejmem RP, upublicznianiu informacji o działalności NIK oraz załatwianiu skarg i wniosków itd.

NIK stale współpracuje z Komisją ds. Kontroli Państwowej. Do zakresu jej kompetencji należy m.in. opiniowanie planu pracy NIK, rocznego sprawozdania, projektu statutu, budżetu oraz sprawozdania z jego wykonania. Komisja dokonuje okresowych ocen działalności Izby, w tym analizuje przedłożone informacje o wynikach kontroli oraz stan realizacji wystąpień pokontrolnych. NIK przedstawia Komisji również szczegółowe opracowania tematyczne, dotyczące m.in. działalności międzynarodowej, współpracy NIK z innymi organami kontroli w Polsce oraz analizę skarg i wniosków wpływających do Izby.

Warto zauważyć, że ani Konstytucja, ani ustawa o NIK nie wskazują na relacje między NIK a Senatem. Praktycznie te same materiały co otrzymuje od Izby Sejm, otrzymuje też Senat. Prezes NIK zapraszany jest również na posiedzenia Senatu i jego komisji.

IV. Podsumowując współpracę NIK z Sejmem, należy podkreślić widoczne pozytywne aspekty i doświadczenia tej współpracy. W 2012 r. NIK wysłała do Sejmu prawie 200 informacji o wynikach kontroli planowanych i doraźnych, w tym niemal 100 informacji o kontroli wykonania budżetu²⁵. Wyniki większości z nich były prezentowane i omawiane podczas posiedzeń komisji sejmowych. Przedstawiciele NIK uczestniczyli łącznie w 553 posiedzeniach komisji i zabierali głos na 87 posiedzeniach²⁶. Przedstawiciele NIK uczestniczyli w 2012 r. w 10 posiedzeniach Komisji Kontroli Państwowej²⁷.

Tak więc współpraca NIK z Sejmem odbywa się poprzez wystąpienia prezesa NIK podczas posiedzeń plenarnych Sejmu, prezentowanie wyników kontroli podczas posiedzeń komisji sejmowych, kontakty z Komisją Kontroli Państwowej czy zlecenie kontroli przez Sejm. Zaś przedstawienie Sejmowi corocznego sprawozdania ze swej działalności (konstytucja nie określa jego charakteru, treści ani formy), przyczynia się do rzetelniejszej pracy Izby, mimo że z oceną tego sprawozdania nie wiążą się żadne skutki prawne. Sprawozdanie może jednak stać się dla

²⁵ Sprawozdanie z działalności NIK w 2012 r., www.nik.gov.pl, s. 146.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*, s. 148.

Sejmu stymulatorem dla podjęcia działań z zakresu tworzenia prawa czy wykonywania przez Sejm funkcji kontrolnej.

Uważam, że niezależność Najwyższej Izby Kontroli byłaby bardziej autentyczna, nie pozorowana a tym samym jej działalność bardziej skuteczna wówczas, kiedy jej prezes nie prowadziłby działalności politycznej przed jego powołaniem na to stanowisko i nie miałby bezpośredniego związku z partią rządzącą. Chodzi przecież o to aby osoba kierująca NIK nie prowadziła działań publicznych mogących podważyć zaufanie do jej bezstronności. Ponieważ jednak jest to prawie niemożliwe prezes powinien zachować własną niezależność, obiektywizm i dystans wobec rządu, a posłów skłonić do wdrażania zaleceń Izby.

Okazuje się, że czwarta władza kontrolna zamieszczona w rozdz. IX Konstytucji (poza podziałem monteskiuszowskim), dowodzi jedynie pogłębienia procesów kontroli władz i ich współdziałania. Dobrze się stało, że kontrola została wyodrębniona, że względu na specyfikę swoich zadań, tworząc osobną władzę konstruowaną w określonych relacjach z pozostałymi²⁸. Wykorzystanie przedstawionych przez nią ocen i wniosków zależy przecież od innych organów.

²⁸ A. Sylwestrzak, *Władza trzecia „neutralna” w państwie prawnym*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Trzcickiemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Warszawa 2012, s. 484.

JACEK MAZUR

WSPÓŁPRACA NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI Z SEJMEM

TEZY

Zasada podziału i równowagi władz RP jest dopełniona przez wymóg ich współdziałania. Najwyższa Izba Kontroli realizuje obowiązki wobec Sejmu, ale równoległe ma miejsce współpraca Izby z Sejmem, zwłaszcza w obszarze inicjowania kontroli i rozpatrywania ich wyników. Wspomaga to funkcję kontrolną, a czasem także funkcję ustawodawczą Sejmu.

ZARYS PROBLEMU

Na tle przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku oraz ustawy z 1994 roku¹ relacja między Najwyższą Izbą Kontroli a Sejmem bywa zwykle charakteryzowana jako „podległość”² bądź „uzależnie-

¹ Ustawa z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz.U. z 2012 r. poz. 82 z późn. zm.

² Oto kilka z wielu przykładów: „Zawarte w ustawie obowiązki podkreślają podległość Sejmowi, który głównie za pośrednictwem Najwyższej Izby Kontroli realizuje swoją funkcję kontrolną” (*Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, Lublin 1997, s. 430); „NIK podlega Sejmowi” (A. Sylwestrzak, *Najwyższa Izba Kontroli*, Warszawa 1997, s. 359); „statuuje się zasadę podległości Najwyższej Izby Kontroli Sejmowi” (*Prawo konstytucyjne*, red. M. Grzybowski, Białystok 2009, s. 362); „Specyfika pozycji ustrojowej Najwyższej Izby Kontroli polega,

nie”³ Izby wobec Sejmu. W odniesieniu do okresów wcześniejszych – głównie dotyczących lat 1957–1976 i 1980–1992 – formułowano ponadto tezę o „współpracy Najwyższej Izby Kontroli z Sejmem”⁴, lecz chodziło o czasy, gdy do podstawowych reguł ustroju należała zasada jednolitości władzy państwowej. Powstaje pytanie, czy w ramach Konstytucji, która ustanawia zasadę podziału władz, nadal można mówić o współpracy Najwyższej Izby Kontroli z Sejmem.

Bez wątpienia Najwyższa Izba Kontroli jest organem podległym Sejmowi, wynika to bowiem jednoznacznie z tekstu art. 202 ust. 2 Konstytucji RP: „Najwyższa Izba Kontroli podlega Sejmowi”. Jest to przecież tylko część konstytucyjnej charakterystyki Izby: ust. 1 tego samego przepisu proklamuje, że „Najwyższa Izba Kontroli jest naczelnym organem kontroli państwowej”. Ów „naczelny” charakter wyraża się w kilku aspektach. Po pierwsze, Izba rozstrzyga samodzielnie i ostatecznie (niekiedy po wewnętrznym postępowaniu odwoławczym), bez możliwości uchylenia czy zmiany jej rozstrzygnięcia przez inny organ, nawet przez Sejm, któremu NIK podlega⁵. Po drugie, kontrole NIK mają służyć właściwemu funkcjonowaniu całego systemu organów państwa, a nie tylko podmiotu kontrolowanego czy też jednego bądź kilku organów państwa.

Wynikające z kontroli ustalenia o charakterze problemowym, ujęte w formie zbiorczych sprawozdań (w art. 64 ustawy o NIK nazwanych „informacjami o wynikach kontroli”) są przekazywane Sejmowi i innym

z jednej strony, na oddzieleniu Izby od struktur rządowych, czy mówiąc szerzej, struktur władzy wykonawczej, a z drugiej strony, na podległości Sejmowi” (L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 335); „Konstytucja utrwaliła pozycję NIK jako naczelnego organu kontroli państwowej podlegającego jedynie Sejmowi” (B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1002).

³ „Te i inne jeszcze określone prawem uzależnienia NIK od Sejmu pozwalają na uznanie istnienia ograniczonego zwierzchnictwa Sejmu wobec NIK”. J. Kuciński, *Ustrój konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2013, s. 208–209.

⁴ L. Krasnopolski, *Z doświadczeń współpracy NIK z organami Sejmu*, „Kontrola Państwowa” 1959, nr 1; T. Dmoch, *Współpraca NIK z Sejmem*, „Kontrola Państwowa” 1965, nr 3; L. Krasnopolski, *Formy i metody współpracy NIK z Sejmem i jego organami*, „Kontrola Państwowa” 1967, nr 6; T. Dmoch, *Współdziałanie NIK z organami Sejmu*, „Kontrola Państwowa” 1973, nr 1; L. Garlicki, H. Walkus-Gierałt, S. Zawadzki, *Współpraca Najwyższej Izby Kontroli z komisjami sejmowymi*, „Studia Iuridica” 1976, t. 4; *Polskie prawo konstytucyjne*, red. W. Skrzydło, *op. cit.*, s. 425; A. Sylwestrzak, *op. cit.*, s. 184–190 i 240–250.

⁵ W. Sokolewicz, *Komentarz do art. 202*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 5.

organom, odpowiednio do ich zakresu działania; są one też dostępne opinii publicznej, a nieraz szeroko popularyzowane. To, że Izba ma działać na rzecz całego systemu organów państwa, wynika też z innych przepisów ustawy o NIK, przykładowo – art. 6 przyznaje niektórym organom wpływ na wybór podmiotów i dziedzin kontroli NIK (Sejm i jego organy mogą zlecać kontrole, zaś Prezydent RP i Prezes Rady Ministrów – wnioskować o ich przeprowadzenie), zaś art. 63 zobowiązuje NIK do składania wniosków o ukaranie w razie ujawnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych oraz powiadamiania organów powołanych do ścigania przestępstw lub wykroczeń w razie uzasadnionego podejrzenia ich popełnienia⁶.

Zgodnie z art. 10 Konstytucji RP, „ustrój Rzeczypospolitej Polskiej opiera się na podziale i równowadze władzy ustawodawczej, władzy wykonawczej i władzy sądowniczej”. Przepis ten, wzorowany na klasycznej teorii trójpodziału władz, nie obejmuje wielu konstytucyjnych organów państwa, w tym Najwyższej Izby Kontroli – a zatem stosuje się do nich tylko pośrednio. Do relacji Izby z Sejmem (i pozostałymi organami) wprost odnosi się natomiast inna zasada ustrojowa, wyrażona we wstępie do Konstytucji RP: nakaz „współdziałania władz”, którego celem jest dobro Rzeczypospolitej oraz zapewnienie sprawności i rzetelności działania instytucji publicznych⁷. Wymóg współdziałania dopełnia koncepcję podziału i równowagi władz⁸.

Główne obszary, w których ma miejsce współpraca Najwyższej Izby Kontroli z Sejmem, to inicjowanie kontroli oraz rozpatrywanie ich wyników. Ponieważ w obu sferach występują zarazem (określone

⁶ Dalsze argumenty dotyczące „naczelnego” charakteru Najwyższej Izby Kontroli zob.: J. Mazur, *Nowa ustawa o Najwyższej Izbie Kontroli*, „Państwo i Prawo” 1995, nr 8, s. 5–6; M. Niezgodka-Medková, [w:] *Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2000, s. 16–17; P. Sarnecki, *Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji*, „Kontrola Państwowa” 2002, nr specjalny 2, s. 43–44; W. Sokolewicz, *op. cit.*, s. 2–6; W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 270; J. Kuciński, *op. cit.*, s. 208.

⁷ L. Garlicki, *Komentarz do Wstępu*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 15; Z. Witkowski, *Dyrektywa „współdziałania władz” jako element organizujący życie wspólnoty państwowej w świetle Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] *Instytucje prawa konstytucyjnego w dobie integracji europejskiej*, red. J. Wawrzyniak, M. Laskowska, Warszawa 2009, s. 144; W. Brzozowski, *Współdziałanie władz publicznych*, „Państwo i Prawo” 2010, nr 2.

⁸ M. Stębelski, *Kontrola sejmowa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2012, s. 140.

w konstytucji i ustawie o NIK) obowiązki Izby wobec Sejmu, powstaje pytanie, jak odróżnić działanie Najwyższej Izby Kontroli, które stanowi wypełnienie prawnego obowiązku – od współpracy? Pojęcie „współpracy” nie jest prawnie ustalone, zwykle definiuje się je jako „pracę wykonywaną wspólnie z kimś, z innymi; wspólną pracę, działalność prowadzoną wspólnie”⁹, albo „skoordynowane wykonywanie zadań częściowych przewidzianych podziałem pracy”¹⁰. Można na tym tle sformułować dwie uwagi. Po pierwsze, działając w formach niewładczych, organy państwa mogą robić więcej niż prawnie się od nich wymaga, pod warunkiem funkcjonowania w granicach prawa (art. 7 Konstytucji). Po drugie, spełnianie obowiązku może być na różnym poziomie czy w różnym zakresie: lepsze lub gorsze, bardziej czynne lub bardziej bierne. Prawdopodobnie intuicyjnie można wyczuć, że od pewnego poziomu współdziałanie między organami państwa zaczyna być czymś więcej niż wykonywaniem prawnie ustalonych zadań: staje się współpracą¹¹. W niniejszym artykule przedstawiam przykłady współpracy Najwyższej Izby Kontroli z Sejmem, czasem – dla porównania – na tle zbliżonych obowiązków Izby wobec Sejmu¹². Nie są natomiast przedmiotem rozważań kontakty wynikające z podległości Izby Sejmowi, takie jak np. powoływanie prezesa NIK, wiceprezesów NIK i członków Kolegium NIK,

⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, t. 3, red. M. Szymczak, Warszawa 1981, s. 768. Termin „współpraca” ma podobne znaczenie, co „współdziałanie” („pracowanie wspólnie z kimś, pomaganie komuś w jakiejś działalności”, *ibidem*), ale wydaje się, że „współpraca” to więcej niż „współdziałanie”, bo zakłada ona wspólność celów i zadań, co nie musi mieć miejsca – lub występuje w mniejszym stopniu – w wypadku współdziałania (zob. też przyp. 10).

¹⁰ T. Pszczołowski, *Mała encyklopedia prakseologii i teorii organizacji*, Wrocław 1978, s. 273; autor ten definiuje współdziałanie jako „działanie wielopodmiotowe, którego uczestnicy wzajemnie sobie pomagają”.

¹¹ Ogólne założenia dotyczące zasad i sposobu współdziałania władz publicznych sformułował Trybunał Konstytucyjny przy okazji orzeczenia rozstrzygającego spór kompetencyjny w sprawie określenia centralnego konstytucyjnego organu państwa, który uprawniony jest do reprezentowania Rzeczypospolitej Polskiej w posiedzeniach Rady Europejskiej (postanowienie z 20 maja 2009 r., Kpt 2/08, OTK nr 5A/2009, poz. 78, s. 788–790), wskazując na obowiązki związane z procesem komunikowania się (powinność informowania, powinność zapoznania się z ustaleniami) oraz lojalnością wobec partnera (powinność przestrzegania dokonanych uzgodnień). Trybunał zwrócił też uwagę na czynniki psychologiczne, takie jak otwartość na współpracę, gotowość do współdziałania i rzetelnych uzgodnień (W. Brzozowski, *op. cit.*, s. 14).

¹² Artykuł dotyczy relacji NIK z Sejmem. Kwestia działań NIK, które wspomagałyby funkcję ustawodawczą Senatu, wymaga odrębnego rozważenia.

rozpatrywanie corocznego sprawozdania z działalności NIK, nadawanie statutu NIK, zlecenie audytu zewnętrznego NIK i inne¹³.

INTENSYWNOŚĆ UDZIAŁU PRZEDSTAWICIELI NIK W PRACACH SEJMU

To, co jest, moim zdaniem, szczególnie charakterystyczne dla kontaktów między NIK a Sejmem, to duża częstotliwość tych kontaktów – znacznie większa niż w innych krajach.

Zgodnie z art. 171 ust. 2 Regulaminu Sejmu¹⁴, prezes NIK powinien uczestniczyć we wszystkich posiedzeniach Sejmu, a w razie niemożności wzięcia udziału, może delegować zastępcę¹⁵. Jest to ważne uprawnienie, korzystne dla umacniania relacji NIK z Sejmem. Na mocy art. 186 ust. 2 Regulaminu Sejmu, marszałek Sejmu udziela głosu prezesowi NIK poza kolejnością mówców zapisanych do głosu, ilekroć tego zażąda. W innych krajach szef organu kontroli zwykle bywa zapraszany jedynie na te punkty posiedzenia parlamentu, które bezpośrednio wiążą się z działalnością organu kontroli (np. ocena wykonania budżetu państwa).

Przepisy Konstytucji RP, które określają, jakie dokumenty Izba jest obowiązana przedkładać Sejmowi, pozwalają uznać, że corocznie prezes NIK powinien wystąpić w Sejmie co najmniej dwukrotnie, przedstawiając analizę wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej wraz z opinią w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów oraz sprawozdanie z działalności NIK (art. 204 Konstytucji RP). W rzeczywistości prezes NIK (lub wiceprezesi) prezentują także inne tematy: na tle wyników kontroli ustosunkowują się do projektów ustaw i uchwał lub informacji rządu, inicjują dyskusje o charakterze problemowym, prezentują ustalenia wybranych kontroli, odpowiadają na pytania posłów. Przykładowo, w latach 2001–2013 prezes i wiceprezesi NIK wystąpili na posiedzeniach plenarnych Sejmu jako referenci lub uczestnicy dyskusji w 56 punktach porządku dziennego: 13 razy w sprawie wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej, 13 razy przedstawiając

¹³ Zob. wykaz sytuacji, w których wyraża się podległość NIK wobec Sejmu: E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2011, s. 20.

¹⁴ Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, M.P. z 2012 r., poz. 32 z późn. zm.

¹⁵ W ostatnich latach było około 60–80 dni posiedzeń rocznie (w 2010 r. – 69, w 2011 r. – 65, w 2012 r. – 75). W praktyce w posiedzeniach Sejmu uczestniczą na zmianę prezes i wiceprezesi NIK.

sprawozdanie z działalności NIK oraz 30 razy w innych sprawach (czasem, zwłaszcza gdy odpowiadali na pytania – dwu- lub trzykrotnie w ramach danego punktu obrad).

Tabela 1. Niektóre tematy wystąpień prezesa/wiceprezesa NIK na posiedzeniach plenarnych Sejmu w latach 2001–2013 (poza rozpatrywaniem analizy wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej wraz z opinią w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów oraz sprawozdań z działalności NIK)

DATA	MÓWCA	TEMAT WYSTĄPIENIA
10 stycznia 2001 r.	wiceprezes Jacek Uczkiewicz	Stan i przyszłość PKP oraz polskiego kolejnictwa
17 stycznia 2001 r.	wiceprezes Jacek Uczkiewicz	Wdrażanie znowelizowanej ustawy Karta nauczyciela i rozporządzenia ministra edukacji narodowej w sprawie wysokości minimalnych stawek wynagrodzenia zasadniczego nauczycieli
18 stycznia 2001 r.	prezes Janusz Wojciechowski	Projekt uchwały Sejmu w sprawie nierównoprawnego traktowania nadawców radiowych przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji w związku z realizacją koncesji radiowych
15 marca 2001 r.	wiceprezes Zbigniew Wesołowski	Projekt ustawy o zmianie ustawy o systemie oświaty i innych ustaw
30 marca 2001 r.	wiceprezes Jacek Uczkiewicz	Skutki obowiązywania ustaw reformujących administrację publiczną. Ocena nowego zasadniczego podziału terytorialnego państwa
22 maja 2001 r.	prezes Janusz Wojciechowski	Projekt ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli
18 grudnia 2001 r.	prezes Mirosław Sekuła	Projekt ustawy o zmianie ustawy o organizacji i trybie pracy Rady Ministrów i innych ustaw
28 lipca 2003 r.	prezes Mirosław Sekuła	Wystąpienie poza porządkiem dziennym w sprawie potrzeby systemowych rozwiązań zapobiegających korupcji
26 sierpnia 2003 r.	wiceprezes Zbigniew Wesołowski	Projekt ustawy o finansach publicznych
3 października 2003 r.	prezes Mirosław Sekuła	Informacja prezesa NIK w sprawie poważnych utrudnień, na jakie napotyka NIK w wykonywaniu funkcji kontrolnych

30 października 2003 r.	wiceprezes Zbigniew Wesołowski	Przygotowanie polskich służb weterynaryjnych oraz zakładów przetwórstwa mięsnego, rybnego i mleczarskiego do wymogów UE
30 stycznia 2004 r.	wiceprezes Krzysztof Szwedowski	Informacja Prezesa Rady Ministrów w sprawie przyczyn odwołania ministra skarbu państwa Piotra Czyżewskiego oraz w sprawie przygotowania i planów prywatyzacji grupy G-8
2 lipca 2004 r.	wiceprezes Zbigniew Wesołowski	Projekt ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym
28 lipca 2004 r.	wiceprezes Piotr Kow- nacki	Projekt ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych
17 lutego 2005 r.	prezes Mirosław Sekuła	Proces konsolidacji przemysłu naftowego w Polsce
17 lutego 2005 r.	prezes Mirosław Sekuła	Renegocjacja traktatu gazowego z Rosją w oparciu o raport NIK
26 stycznia 2006 r.	prezes Mirosław Sekuła	Stan lądowej infrastruktury transportu
16 marca 2007 r.	wiceprezes Jacek Je- zierski	Informacja rządu w sprawie wyników kontroli NIK dotycząca prywatyzacji w latach 2000–2005 Polskich Hut Stali SA
9 września 2009 r.	prezes Ja- cek Jezier- ski	Projekt ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli
24 września 2009 r.	prezes Ja- cek Jezier- ski	Projekt ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli
21 stycznia 2010 r.	wiceprezes Stanisław Jarosz	Projekt ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli

Źródło: www.sejm.pl.

Przejawem współpracy NIK z Sejmem jest inicjowanie dyskusji o charakterze problemowym: na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 5 ustawy o NIK, Najwyższa Izba Kontroli może zwrócić się o rozpatrzenie przez Sejm „określonych problemów związanych z działalnością organów wykonujących zadania publiczne”. Zgodnie z art. 126 ust. 1 pkt 3 i ust. 2 Regulaminu Sejmu, wnioski Izby podlega rozpatrzeniu przez Prezydium

Sejmu, które – po zasięgnięciu opinii Komisji ds. Kontroli Państwowej – decyduje o nadaniu mu dalszego biegu. Przykładem wykorzystania tej możliwości była dyskusja na posiedzeniu Sejmu 26 stycznia 2006 r. nad wynikami kontroli NIK dotyczących funkcjonowania transportu lądowego, stanu infrastruktury oraz działalności organów odpowiedzialnych za określenie strategii państwa w tym sektorze gospodarki¹⁶. Referat prezesa NIK M. Sekuły stanowił podsumowanie wyników kontroli zawartych w 45 informacjach o wynikach kontroli dotyczących różnych aspektów funkcjonowania transportu lądowego, przekazanych Sejmowi w latach 1990–2004¹⁷. W dyskusji, jaka nastąpiła po referacie, koreferacie ministra transportu i budownictwa oraz wystąpieniu przewodniczącego sejmowej Komisji Infrastruktury, która przedłożyła projekt uchwały Sejmu – głos zabrało 87 posłów, niektórzy kilkakrotnie. Następnie Sejm przyjął uchwałę w sprawie funkcjonowania transportu lądowego w Polsce¹⁸.

Bardzo szeroki jest udział przedstawicieli NIK w posiedzeniach komisji sejmowych. Najwyższa Izba Kontroli jest powiadamiana o wszystkich posiedzeniach komisji (art. 152 ust. 5 Regulaminu Sejmu), z reguły też o posiedzeniach podkomisji. Zwyczajowo uczestnictwo przedstawiciela NIK uznaje się za obowiązkowe, jeśli tematyka posiedzenia wiąże się z działalnością NIK; w odniesieniu do pozostałych posiedzeń, poświęconych innej problematyce, zawiadomienie ma raczej charakter zaproszenia (w praktyce przedstawiciele NIK uczestniczą w około 40–50% wszystkich posiedzeń komisji – zob. tabela 2).

W innych krajach udział przedstawicieli najwyższych organów kontroli w posiedzeniach komisji parlamentarnych jest znacznie rzadszy (w 2012 r.: w Austrii – 9, w Czechach – poniżej 30, w Finlandii – 50, we Francji – około 30, w Portugalii – 6, w Słowacji – 3, w Słowenii – 19, na Węgrzech – 136, w Wielkiej Brytanii – 58¹⁹).

¹⁶ *Sprawozdanie stenograficzne z 9. posiedzenia Sejmu w dniu 26 stycznia 2006 r.*, pkt 23; Informacja w sprawie stanu lądowej infrastruktury transportu, pkt 24; Pierwsze czytanie komisyjnego projektu uchwały Sejmu w sprawie funkcjonowania transportu lądowego w Polsce, s. 276–335 i 373–375.

¹⁷ Uzyskanie zgody prezydium Sejmu na rozpatrzenie tego tematu na posiedzeniu plenarnym Sejmu stanowiło długi proces: pierwszy wniosek o rozpatrzenie problemów związanych z rozwojem transportu został złożony przez prezesa NIK J. Wojciechowskiego w 1999 r., łącznie z uchwałą Kolegium NIK w tej sprawie. Identyczny wniosek Kolegium NIK został przedłożony marszałkowi Sejmu w 2002 r., a następnie ponowiony kilkakrotnie (*Sprawozdanie...*, s. 276).

¹⁸ *Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 24 lutego 2006 r. w sprawie funkcjonowania transportu lądowego w Polsce*, M.P. Nr 15, poz. 193.

¹⁹ Informacje otrzymane z najwyższych organów kontroli tych państw.

Tabela 2. Udział przedstawicieli NIK w posiedzeniach komisji sejmowych w latach 2011–2012

ROK	OGÓLNA LICZBA POSIEDZEŃ KOMISJI	LICZBA POSIEDZEŃ Z UDZIAŁEM NIK
2011	1412	648
2012	1433	589

Źródło: www.sejm.pl; materiały NIK.

NIK bierze udział w pracach zasadniczo wszystkich komisji sejmowych, zarówno stałych, jak i nadzwyczajnych, z wyjątkiem komisji, które zajmują się wewnętrznymi sprawami Sejmu: Komisji Etyki Poselskiej oraz Regulaminowej i Spraw Poselskich (choć reprezentanci NIK uczestniczą w posiedzeniach służących rozpatrzeniu projektu lub sprawozdania z wykonania budżetu państwa) oraz Komisji Odpowiedzialności Konstytucyjnej. Warto podkreślić, że NIK bierze udział zarówno w posiedzeniach poświęconych kontroli administracji publicznej, jak i rozpatrywaniu projektów ustaw czy aktów prawa UE. Szczególnie bliskie kontakty NIK utrzymuje z utworzoną w 1998 r. Komisją ds. Kontroli Państwowej, do której „należą sprawy działalności Najwyższej Izby Kontroli”²⁰.

Ranga przedstawicieli NIK, którzy uczestniczą w posiedzeniach komisji, zależy od charakteru sprawy. Prezes NIK (wyjątkowo zastępowany przez wiceprezesa) uczestniczy w posiedzeniach Komisji ds. Kontroli Państwowej, które dotyczą NIK lub ogólnych zagadnień systemu kontroli w państwie, a także w posiedzeniach innych komisji, na których rozpatrywane są sprawy szczególnie istotne dla NIK, np. budżet NIK. W niektórych posiedzeniach biorą udział wiceprezesi NIK i dyrektorzy departamentów (orientacyjnie 30–40 razy w roku), w pozostałych uczestniczą wicedyrektorzy departamentów lub inni pracownicy nadzorujący czy koordynujący kontrole.

²⁰ Załącznik do Regulaminu Sejmu RP „Przedmiotowy zakres działania komisji sejmowych”. Zob. też: B. Naleziński, *Komisja do spraw Kontroli Państwowej w III kadencji Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 1; S. Worach, *Rola i znaczenie sejmowej Komisji do Spraw Kontroli Państwowej*, „Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica”, 2009, nr 70; opinie B. Szepietowskiej, W. Odrowąża-Sypniewskiego, R. Piotrowskiego, P. Radziejwicz, M. Stębelkiego i P. Winczorka, [w:] *Regulamin Sejmu w opiniach Biura Analiz Sejmowych*, t. 2, wybór i oprac. W. Odrowąż-Sypniewski, Warszawa 2010, s. 4–41 i 556–575. Wątpliwości dotyczące wąskiego zakresu Komisji ds. Kontroli Państwowej przedstawił H. Pajdała, *System komisji sejmowych. Uwagi „de lege ferenda”*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 3, s. 41.

Zgodnie z art. 153 ust. 3 Regulaminu Sejmu, przedstawiciel NIK, który uczestniczy w posiedzeniu komisji, może zgłaszać uwagi do sprawozdań i informacji przedkładanych przez przedstawicieli rządu bądź inne osoby uczestniczące w posiedzeniu, zaś na żądanie komisji – udziela wyjaśnień w sprawach kontroli przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli. Przedstawiciele NIK aktywnie wykorzystują te możliwości.

ZLECENIA I SUGESTIE PRZEPROWADZENIA KONTROLI NIK

Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o NIK, Sejm lub jego organy mogą zlecić Najwyższej Izbie Kontroli podjęcie kontroli²¹. Zlecenia Sejmu są bardzo rzadkie:

Tabela 3. Zlecenia kontroli NIK przez Sejm w latach 1994–2013

DATA	TEMAT KONTROLI
13 września 1996 r.	Ustalenie osób odpowiedzialnych za doprowadzenie do upadłości Stoczni Gdańskiej SA oraz zbadanie prawidłowości wykonywania przez ministra przekształceń własnościowych nadzoru współwłaścicielskiego nad Stocznia Gdańską SA ²²
15 grudnia 1999 r.	Działalność Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji oraz innych odpowiednich organów w zakresie realizacji koncesji dla Radia Maryja ²³
27 maja 2004 r.	Działalność Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w zakresie prowadzonych w latach 2001–2003 postępowań koncesyjnych w sprawach rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych ²⁴

²¹ Ustawa o NIK nie reguluje sposobu formułowania zlecenia. W odniesieniu do zleceń komisji sejmowych, art. 162a ust. 1 Regulaminu Sejmu stanowi, że „Wniosek komisji o przeprowadzenie kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli powinien zawierać cel i zakres zlecanej kontroli oraz wskazywać podmiot podlegający kontroli”. Zob. szczegółowy komentarz do art. 6 ust. 1 ustawy o NIK, [w:] E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *op. cit.*, s. 49–50.

²² *Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 września 1996 r. w sprawie upadłości Stoczni Gdańskiej*, M.P. nr 57, poz. 519.

²³ *Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 15 grudnia 1999 r. w sprawie zlecenia Najwyższej Izbie Kontroli przeprowadzenia kontroli działalności Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji oraz innych odpowiednich organów w zakresie realizacji koncesji dla Radia Maryja*, niepubl., tekst na: www.orka.sejm.gov.pl/proc3.nsf/uchwaly-1439_u.htm.

²⁴ *Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 27 maja 2004 r. w sprawie zlecenia Najwyższej Izbie Kontroli przeprowadzenia kontroli działalności Krajowej Rady Ra-*

Częściej występują zlecenia ze strony komisji sejmowych.

Tabela 4. Zlecenia kontroli NIK przez komisje sejmowe w latach 2010–2012 (przekazane przez marszałka Sejmu)

DATA	ORGAN ZLECAJĄCY	TEMAT KONTROLI
5 sierpnia 2010 r.	Komisja Rolnictwa i Rozwoju Wsi	Działalność Morskiego Instytutu Rybackiego w latach 2007–2010 w zakresie realizacji zadań ustawowych i programów rządowych oraz przestrzegania prawa Unii Europejskiej
20 października 2010 r.	Komisja Rolnictwa i Rozwoju Wsi	Sprawowanie nadzoru przez inspekcje państwowe nad funkcjonowaniem ferm zwierząt futerkowych w województwie wielkopolskim
19 stycznia 2011 r.	Komisja do Spraw Kontroli Państwowej	Wsparcie finansowe i rzeczowe dla podmiotów gospodarczych z obszarów objętych powodzią w 2010 r.
26 maja 2011 r.	Komisja Skarbu Państwa	Proces negocjacji i podpisania umowy gazowej w 2006 r. z dostawcami rosyjskimi; konsekwencje finansowe podpisania aneksu nr 26 do kontraktu jamalskiego i kontraktu z RosUkrEnergo we wrześniu 2006 r.; proces przygotowań do budowy terminalu LNG w Świnoujściu w 2007 r.
11 kwietnia 2012 r.	Komisja Rolnictwa i Rozwoju Wsi	Realizacja przez Agencję Rynku Rolnego programu wypłat rekompensat dla producentów warzyw, którzy ponieśli straty w 2011 r. z powodu pojawienia się bakterii E-coli
26 września 2012 r.	Komisja Infrastruktury	Wykonywanie nadzoru i kontroli przez Urząd Lotnictwa Cywilnego w zakresie przyznawania koncesji i sprawowania kontroli nad spółkami OLT Express sp. z o.o. oraz OLT Express Poland i OLT Express Regional

Źródło: sprawozdania z działalności NIK w 2010, 2011 i 2012 r.

W praktyce większe znaczenie ma zgłaszanie przez komisje sejmowe i poszczególnych posłów sugestii podjęcia przez NIK określonych kontroli. Wiosną każdego roku prezes NIK informuje marszałka Sejmu (a także Prezydenta RP, marszałka Senatu, Prezesa Rady Ministrów i Rzecznika Praw Obywatelskich) o podjęciu prac nad przygotowaniem planu pracy NIK na kolejny rok, zwracając się o przekazanie ewentual-

diofonii i Telewizji w zakresie dotyczącym prowadzonych w latach 2001–2003 postępowań koncesyjnych w sprawach rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, M.P. Nr 24, poz. 411.

nych sugestii co do spraw i problemów, które mogą być przedmiotem kontroli. Większość komisji sejmowych proponuje po kilka tematów. Komisja ds. Kontroli Państwowej rozpatruje zgłoszenia oraz opracowuje zbiorczy wykaz tematów wraz z opinią, które z nich rekomenduje²⁵. Sugestie poparte przez Komisję marszałek Sejmu przekazuje Najwyższej Izbie Kontroli, która rozpatruje je przy opracowywaniu projektu planu pracy na rok następny. W odróżnieniu od zleceń komisji sejmowych, sugestie te nie mają charakteru wiążącego, jednak większość zostaje uwzględniona czy to przez zaplanowanie odrębnej kontroli, czy też przez włączenie do zakresu innej projektowanej kontroli.

Tabela 5. Sugestie tematów kontroli NIK sformułowane przez komisje sejmowe (przekazane przez marszałka Sejmu)

ROK	SUGESTIE SFORMUŁOWANE PRZEZ KOMISJE SEJMOWE	SUGESTIE UWZGLĘDNIONE W PLANIE PRACY NIK NA ROK NASTĘPNY
2010	29	26
2011	20	11
2012	24	19
2013	27	21

Źródło: ww.sejm.pl; materiały NIK.

Oto przykłady kilku – spośród wielu – sugestii zgłoszonych przez komisje sejmowe w poprzednich latach (w zakresie kontroli wykorzystania środków UE w Polsce), które stanowiły inspirację dla tematów kontroli NIK:

²⁵ Przykładowo, dyskusja nad propozycjami tematów kontroli zgłoszonymi przez komisje sejmowe do planu pracy NIK na rok 2014 miała miejsce na posiedzeniu Komisji ds. Kontroli Państwowej 11 lipca 2013 r. (zob. zapis przebiegu posiedzenia na stronie www.sejm.pl). Nie uzyskały poparcia Komisji tematy, które niedawno były przedmiotem kontroli NIK, bądź też gdzie były wątpliwości natury prawnej (np. orzecznictwo i nadzór sądowy nad wypełnianiem obowiązków przez kuratorów bądź opiekunów osób ubezwłasnowolnionych pozostają poza zakresem kontroli NIK, wobec czego nie można zrealizować propozycji zbadania funkcjonowania instytucji ubezwłasnowolnienia w kontekście Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, inny przykład – nie jest pewne, czy środki finansowe pochodzące z 1 proc. podatku dochodowego od osób fizycznych, które zostały przekazane przez urząd skarbowy podmiotowi o statusie organizacji pożytku publicznego, zachowują charakter środków publicznych), albo też cel sugerowanej kontroli – ocena celowości działań – nie może zostać zrealizowany, bo dane przedsiębiorstwo podlega kontroli NIK tylko z punktu widzenia legalności i gospodarności.

- stan przygotowania administracji publicznej do polskiej prezydencji w Unii Europejskiej w 2011 r.;
- wydatkowanie przez Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej środków na projekty unijne w latach 2007–2009;
- funkcjonowanie kontroli ruchu osobowego na lądowych przejściach granicznych po przystąpieniu Polski do układu z Schengen;
- efekty realizacji projektów edukacyjnych w ramach Sektorowego Programu Operacyjnego Rozwoju Zasobów Ludzkich;
- stan realizacji inwestycji w obszarze Środowisko, finansowanych z Funduszu Spójności.

Posłowie często zwracają się do NIK o udzielenie informacji w sprawach, które podejmują w wykonaniu obowiązków poselskich²⁶, w praktyce w większości takich sytuacji udzielenie odpowiedzi wymaga najpierw przeprowadzenia kontroli. Ponieważ przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego określają krótki termin na rozpatrzenie spraw wnoszonych przez posłów²⁷, są one traktowane priorytetowo, a sugestie przeprowadzenia kontroli są w miarę możliwości uwzględniane.

Tabela 6. Sugestie tematów kontroli NIK przekazane przez posłów

ROK	SUGESTIE POSŁÓW	UWZGLĘDNIONE SUGESTIE POSŁÓW
2010	59	39
2011	92	65
2012	132	81

Źródło: sprawozdania z działalności NIK w 2011 i 2012 r.

²⁶ „Poseł lub senator ma prawo podjąć – w wykonywaniu swoich obowiązków poselskich lub senatorskich – interwencję w organie administracji rządowej i samorządu terytorialnego, zakładzie lub przedsiębiorstwie państwowym oraz organizacji społecznej, a także w jednostkach gospodarki niepaństwowej dla załatwienia sprawy, którą wnosi we własnym imieniu albo w imieniu wyborcy lub wyborców, jak również zaznajamiać się z tokiem jej rozpatrywania” (art. 20 ust. 1 ustawy z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora, Dz.U. z 2003 r. Nr 221, poz. 2199).

²⁷ Posłowie na Sejm, senatorowie i radni, którzy wnieśli skargę we własnym imieniu albo przekazali do załatwienia skargę innej osoby, powinni być zawiadomieni o sposobie załatwienia skargi, a gdy jej załatwienie wymaga zebrania dowodów, informacji lub wyjaśnień – także o stanie rozpatrzenia skargi, najpóźniej w terminie czternastu dni od dnia jej wniesienia albo przekazania (art. 237 § 2 kpa, Dz.U. z 2013 r., poz. 267).

ROZPATRYWANIE PRZEZ KOMISJE SEJMOWE INFORMACJI O WYNIKACH KONTROLI NIK

Co roku Izba przeprowadza blisko trzy tysiące kontroli jednostkowych²⁸. Większość z nich (około 80%) ma miejsce w ramach badania szerszych tematów i w sposób skoordynowany, gdzie punktem wyjścia jest opracowanie wspólnego programu kontroli, na podstawie którego prowadzone są następnie kontrole dotyczące danego tematu. Liczba podmiotów badanych w ramach kontroli skoordynowanej zależy m.in. od celu i dziedziny kontroli – może ich być kilka, a czasem kilkadziesiąt (wyjątkowo – kilkaset). Wyniki kontroli jednostkowych są podstawą do opracowywania „informacji o wynikach kontroli”, które są przedkładane Sejmowi, Prezydentowi RP i Prezesowi Rady Ministrów (art. 64 ustawy o NIK). Dokumenty te mają charakter zbiorczy i syntetyczny, tak aby przedstawić w sposób zagregowany, problemowy ustalenia kontroli i wnioski w odniesieniu istotnych zagadnień danego obszaru administracji czy gospodarki.

Rozpatrywanie przez Sejm informacji o wynikach kontroli zwiększa ich oddziaływanie na organy administracji publicznej i inne jednostki podlegające kontroli. W 2011 r. NIK przedłożył Sejmowi 202 informacje o wynikach kontroli (w tym 95 dotyczących wykonania budżetu państwa w roku poprzednim), zaś w 2012 r. – 185 informacji (w tym 90 dotyczących wykonania budżetu państwa). Dokumenty te są przekazywane marszałkowi Sejmu, a ponadto – w odpowiedniej liczbie kopii – bezpośrednio właściwym komisjom sejmowym: Komisji ds. Kontroli Państwowej oraz komisjom problemowym (resortowym), których obszar działania odpowiada przedmiotowi kontroli.

Dalszy tok postępowania zależy od uznania komisji. Informacja o wynikach kontroli NIK może być przedmiotem posiedzenia jednej komisji lub wspólnego posiedzenia kilku komisji. W praktyce informacje NIK częściej są rozpatrywane przez komisje problemowo właściwe niż przez Komisję ds. Kontroli Państwowej, czasem mają miejsce wspólne posiedzenia Komisji ds. Kontroli Państwowej i komisji problemowo właściwej, zdarza się też, że ten sam dokument zostaje rozpatrzony na odrębnych posiedzeniach różnych komisji. Regulamin Sejmu, podobnie jak regulaminy wielu parlamentów, nie zawiera oddzielnych reguł określających tryb rozpatrywania wyników kontroli NIK, stosuje się tu

²⁸ Kontrola jednostkowa to kontrola prowadzona w jednym podmiocie, np. w organie państwa.

zatem ogólne przepisy dotyczące pracy komisji²⁹. Z Regulaminu Sejmu wynika wiele możliwości, które są wykorzystywane w różnym stopniu³⁰. W szczególności, komisja sejmowa może:

- przyjąć do wiadomości, w drodze uchwały, przedłożoną jej informację bądź stanowisko (art. 158);
- uchwalić dezyderat (art. 159) lub opinię (art. 160);
- uchwalić projekt uchwały, rezolucji, apelu, oświadczenia lub deklaracji Sejmu (art. 158);
- przeprowadzić kontrolę w sprawach związanych z wprowadzaniem w życie i wykonywaniem ustaw i uchwał Sejmu oraz przedstawić wyniki kontroli w sprawozdaniu, które może być przedmiotem obrad Sejmu (art. 161 i 162).

Najbardziej typową formą ustosunkowania się komisji do informacji NIK jest przyjęcie jej do wiadomości. Bardzo rzadko następuje to w drodze uchwały – zwykle wynika z podsumowania dyskusji przez przewodniczącego obrad. Ponadto w związku z informacją o wynikach kontroli, komisja może przyjąć dezyderat zawierający postulaty komisji, adresowany do Rady Ministrów, poszczególnych jej członków lub niektórych innych organów państwa, ewentualnie opinię przedstawiającą stanowisko komisji w danej sprawie³¹. Natomiast komisja nie może „przyjąć” lub „odrzuć” informacji o wynikach kontroli³² Ewentualna krytyczna

²⁹ Odmienne jest tryb rozpatrywania przedkładanej corocznie przez NIK „Analityki wykonania budżetu państwa”: marszałek Sejmu kieruje poszczególne części tego dokumentu do komisji rozpatrujących odpowiednie części sprawozdania rządu z wykonania budżetu państwa; następnie komisje te przekazują swoje stanowiska Komisji Finansów Publicznych, która uchwała (po rozpatrzeniu stanowisk innych komisji) oraz przedstawia na posiedzeniu Sejmu swoje sprawozdanie w sprawie przyjęcia lub odrzucenia sprawozdania rządu i w przedmiocie absolutorium. Zob. J. Juchniewicz, *Absolutorium jako realizacja funkcji kontrolnej Sejmu*, Olsztyn 2010.

³⁰ Funkcjonowanie komisji sejmowych zostało szczegółowo przedstawione w piśmiennictwie, zob. m.in. M. Zubik, *Organizacja wewnętrzna Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003; H. Pajdała, *Komisje sejmowe. Status i funkcjonowanie*, Warszawa 2003; M. Kruk, *Funkcja kontrolna Sejmu RP*, Warszawa 2008; M. Stębelki, *op. cit.*; *Regulamin Sejmu w opiniach Biura Analiz Sejmowych*, t. 1–2, wybór i oprac. W. Odrowąż-Sypniewski, Warszawa 2010.

³¹ Na temat dawnej praktyki zob. L. Garlicki, H. Walkus-Gierałt, S. Zawadzki, *op. cit.*

³² *Opinia nr 15 Komisji do Spraw Kontroli Państwowej uchwalona na posiedzeniu w dniu 28 lipca 2004 r. dla marszałka Sejmu RP w sprawie stanowiska Najwyższej Izby Kontroli dotyczącego trybu postępowania w komisjach sejmowych z informacjami o wynikach kontroli*; P. Radziejewicz, *Procedury rozpatrywania przez komisję*

ocena dokumentu NIK (co zdarza się bardzo rzadko) nie wywołuje skutków prawnych³³.

W praktyce ukształtował się następujący tryb wykorzystania informacji o wynikach kontroli NIK przez komisje sejmowe:

- wszystkie informacje o wynikach kontroli wykonania budżetu państwa stanowią materiał pomocniczy dla wypracowania stanowiska komisji w sprawie oceny wykonania budżetu państwa przez ministra (kierownika innego organu) odpowiedzialnego za daną część budżetu (informacja NIK jest zwykle podstawą stanowiska komisji, które następnie jest prezentowane przez posła-sprawozdawcę);
- około jedna trzecia-połowa pozostałych informacji o wynikach kontroli (kontrole poszczególnych zagadnień administracji czy gospodarki) zostaje rozpatrzona jako odrębny punkt posiedzenia komisji. Niektóre komisje sejmowe rozpatrują prawie wszystkie otrzymane informacje NIK, inne czynią to rzadko. Na przykład w roku 2011 komisje rozpatrzyły ogółem 31 informacji o wynikach kontroli NIK, zaś w 2012 – 35.

Oto przykłady dezyderatów przyjętych przez komisje na podstawie wyników kontroli NIK:

Tabela 7. Dezyderaty przyjęte przez komisje sejmowe w 2012 r. na podstawie wyników kontroli NIK

KOMISJA (KOMISJE) SEJMOWE	ADRESAT DEZYDERATU	TREŚĆ DEZYDERATU
Komisja Edukacji, Nauki i Młodzieży oraz Komisja Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej	Prezes Rady Ministrów	Lepsze wykorzystania środków publicznych na pomoc materialną dla uczniów
Komisja Kultury Fizycznej, Sportu i Turystyki	Prezes Rady Ministrów	Zapobieganie nadwadze i otyłości wśród dzieci i młodzieży
Komisja Infrastruktury oraz Komisja Samorządu Terytorialnego i Polityki Rolnej	minister właściwy ds. budownictwa	Opracowanie rządowego programu pomocy dla gmin w rozwiązywaniu problemów związanych z degradacją stanu zasobu komunalnego

sejmovą informacji Najwyższej Izby Kontroli o wynikach kontroli, [w:] Regulamin Sejmu..., t. 2, s. 40–41.

³³ E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *op. cit.*, s. 56.

Komisja ds. Kontroli Państwowej	Minister Gospodarki i Minister Środowiska	Zmiana przepisów dotyczących zasad tworzenia i gromadzenia środków funduszu likwidacji zakładu górniczego
Komisja ds. Kontroli Państwowej	Prezes Rady Ministrów	Racjonalne gospodarowanie nieruchomościami Skarbu Państwa
Komisja ds. Kontroli Państwowej	Minister Rolnictwa i Rozwoju Wsi	Zapewnienie przejrzystości rozliczeń w zasadach dzierżawy nieruchomości Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa
Komisja ds. Kontroli Państwowej	Prezes Rady Ministrów	Objęcie szczególnym nadzorem analiz efektywności wsparcia przez państwo podmiotów działających w specjalnych strefach ekonomicznych
Komisja ds. Kontroli Państwowej	ministrowie: administracji i cyfryzacji, finansów oraz transportu, budownictwa i gospodarki morskiej	Skuteczne stosowanie środków egzekucyjnych przez powiatowych inspektorów nadzoru budowlanego

Źródło: sprawozdanie z działalności NIK w 2012 r.

PRZEKAZYWANIE PRZEZ NIK WNIOSKÓW *DE LEGE FERENDA*

Ocena działalności jednostek kontrolowanych może stanowić podstawę do formułowania uwag o stanie obowiązującego prawa i ewentualnie potrzebie wprowadzenia w nim zmian. Najwyższa Izba Kontroli stara się aktywnie oddziaływać na organy państwa biorące udział w tworzeniu prawa – zwłaszcza Sejm, Senat³⁴, Radę Ministrów i poszczególnych ministrów – przez wskazywanie luk w prawie, zwracanie uwagi na niewydanie na czas aktów wykonawczych, czy też celowość zmiany obowiązującego prawa. NIK nie może wystąpić z projektem ustawy, może

³⁴ Na zorganizowanej przez Senat 15 października 2013 r. konferencji poświęconej pozycji i roli tej instytucji, prezes NIK K. Kwiatkowski zwrócił się do Senatu, aby ten ze szczególną uwagą traktował wnioski *de lege ferenda* wynikające z kontroli NIK. Senat, wykorzystując prawo inicjatywy ustawodawczej, mógłby wziąć na siebie zadanie realizowania tych wniosków (www.senat.gov.pl/aktualnosci/art,5849,konferencja-kierunki-zmian-pozycji-ustrojowej-i-funkcji-senatu-rp.html).

jednak formułować wnioski *de lege ferenda* w przedkładanych Sejmowi informacjach o wynikach kontroli, a także w odrębnej „analizie wykorzystania wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa”, o której mowa w art. 7 ust. 1 pkt 6a ustawy o NIK. Przykładowo, w 2012 r. w treści 24 informacji o wynikach kontroli NIK zamieszczono 65 wniosków *de lege ferenda*: w 50 wnioskach zawarto postulaty dotyczące nowelizacji przepisów rangi ustawowej, zaś w 11 postulowano zmiany w przepisach rozporządzeń. Cztery wnioski Izby dotyczyły wydania brakujących rozporządzeń, m.in. do ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych (w sprawie warunków technicznych dla torów do awaryjnego odstawiania uszkodzonych wagonów kolejowych przewożących towary niebezpieczne) czy do ustawy Prawo budowlane (w sprawie warunków technicznych użytkowania strzelnic). Dodatkowo pełen wykaz wniosków zostaje zamieszczony w corocznym sprawozdaniu z działalności NIK³⁵.

W praktyce tylko część wniosków NIK zostaje zrealizowana, albo też zostaje zrealizowana po wielu latach od ich zgłoszenia. Aby zwiększyć ich skuteczność, w 2010 r. dodano do ustawy o NIK art. 11a, który upoważnia prezesa NIK do wystąpienia do marszałka Sejmu o skierowanie do Prezesa Rady Ministrów wniosku o zajęcie stanowiska wobec wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa. Stanowisko to Prezes Rady Ministrów powinien przedłożyć marszałkowi Sejmu – wraz z uzasadnieniem – w terminie 60 dni od dnia otrzymania wniosku. Jak stąd wynika, Prezes Rady Ministrów nie ma obowiązku realizacji wniosku NIK, powinien jednak poinformować o zajęтым stanowisku. Jeżeli premier uzna zasadność wniosku, powinien określić termin podjęcia prac legislacyjnych i organ za nie odpowiedzialny. Jeżeli natomiast stanowisko premiera byłoby negatywne, powinien on wyjaśnić przyczyny odmowy³⁶. Tworzy to dość skomplikowaną procedurę, wyraźnie podkreśla jednak aprobatę ustawodawcy dla praktyki zgłaszania przez NIK wniosków *de lege ferenda*³⁷.

³⁵ *Sprawozdanie z działalności Najwyższej Izby Kontroli w 2012 roku*, Warszawa 2013, rozdz. 3, pkt 2.1 Wykorzystanie wniosków *de lege ferenda* (s. 124–125); Materiały analityczne do sprawozdania. Wykaz wniosków *de lege ferenda* Najwyższej Izby Kontroli przedstawionych w informacjach o wynikach kontroli w 2012 r. (s. 452–468).

³⁶ E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka, *op. cit.*, s. 67–68.

³⁷ 9 lipca 2012 r. prezes NIK J. Jezierski wystąpił do marszałek Sejmu E. Kopacz o skierowanie do Prezesa Rady Ministrów wniosku o zajęcie stanowiska w sprawie propozycji zmian w ustawie z 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze, jakie wynikały z kontroli tworzenia funduszy likwidacji kopalń i zakładów górniczych

PODSUMOWANIE

Zgodnie z Konstytucją RP i ustawą o NIK, Najwyższa Izba Kontroli realizuje obowiązki wobec Sejmu. Równolegle ma miejsce proces współpracy Izby z Sejmem. Na podstawie obserwacji praktyki kontaktów NIK z Sejmem można wskazać następujące tego przykłady:

- prezes NIK i wiceprezesi NIK aktywnie uczestniczą w posiedzeniach Sejmu: zabierają głos w dyskusji, prezentują ustalenia wybranych kontroli, odpowiadają na pytania posłów;
- NIK inicjuje dyskusje plenarne Sejmu o charakterze problemowym;
- przedstawiciele NIK w niezwykle szerokim zakresie biorą udział w posiedzeniach komisji sejmowych, zaś posłowie traktują ich jako ekspertów w ocenie informacji przedstawianych przez organy administracji bądź inne osoby uczestniczące w posiedzeniu;
- NIK zachęca komisje sejmowe do przekazywania sugestii co do spraw i problemów, które mogą być przedmiotem przyszłych kontroli oraz bierze je pod uwagę przy opracowywaniu planu kontroli na rok następny;
- NIK priorytetowo traktuje – i w miarę możliwości uwzględnia – sugestie posłów o przeprowadzenie kontroli umożliwiających uzyskanie informacji niezbędnych do załatwienia spraw w ramach ich obowiązków poselskich;
- NIK przedkłada Sejmowi wiele informacji o wynikach kontroli, które dotyczą istotnych zagadnień funkcjonowania państwa. Sejm może je wykorzystać w ramach realizacji swojej funkcji kontrolnej, a czasem również ustawodawczej;
- NIK przedstawia Sejmowi wnioski *de lege ferenda*, jakie wynikają z przeprowadzonych kontroli;
- przedstawiciele NIK uczestniczą w rozpatrywaniu projektów ustaw i aktów UE przez komisje i podkomisje sejmowe, niekiedy też na posiedzeniach Sejmu.

ANDRZEJ SZMYT

W SPRAWIE UCHWAŁ WYDAWANYCH NA PODSTAWIE ZASAD ETYKI POSELSKIEJ

4 kwietnia 2013 r. Komisja Etyki Poselskiej podjęła uchwałę nr 22/VII, w której uznała, że poseł Krystyna Pawłowicz naruszyła art. 6 (zasada dbałości o dobre imię Sejmu) uchwały Sejmu RP z 17 lipca 1998 r. Zasady etyki poselskiej¹ i na podstawie art. 147 ust. 1 Regulaminu Sejmu RP², postanowiła w drodze uchwały udzielić jej nagany.

Zgodnie z przedmiotowym zakresem działania komisji sejmowych, stanowiącym załącznik do Regulaminu Sejmu, do zakresu działania Komisji Etyki Poselskiej należy m.in. „rozpatrywanie spraw posłów, którzy zachowują się w sposób nieodpowiadający godności posła” (pkt 5), a zgodnie z art. 145 Regulaminu Sejmu w tychże właśnie sprawach Komisja wydaje „rozstrzygnięcia” na podstawie Zasad Etyki Poselskiej. Przywołany przez Komisję art. 147 ust. 1 Regulaminu Sejmu przewiduje, że Komisja, po rozpatrzeniu sprawy i stwierdzeniu naruszenia przez posła Zasad Etyki Poselskiej, może w drodze „uchwały”: 1) zwrócić posłowi uwagę, 2) udzielić posłowi upomnienia, 3) udzielić posłowi – jak w omawianym przypadku – nagany. Przepis regulaminowy nie mówi tu o „karach”, ale w potocznym rozumieniu tak jest to pojmowane.

Zgodnie z art. 145 ust. 4 Regulaminu Sejmu, Komisja Etyki Poselskiej rozpatruje sprawy, które należą do jej właściwości, z własnej inicjatywy, przy czym – zgodnie z art. 3 ust. 1 Regulaminu Komisji Ety-

¹ M.P. Nr 24, poz. 338.

² Uchwała Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z 30 lipca 1992 r. Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (tekst jedn. M.P. z 2009 r. Nr 5, poz. 47, z późn. zm.).

ki Poselskiej³ – „Komisja bierze pod uwagę wnioski zgłaszane przez inne organy Sejmu, posłów, a także przez inne podmioty”. W omawianym postępowaniu Komisja rozpatrzyła – na posiedzeniu 20 marca i 4 kwietnia 2013 r. – „wnioski”: 1) Klubu Poselskiego Ruch Palikota z 29 stycznia 2013 r., 2) Fundacji na Rzecz Osób Transpłciowych TransFuzja z 28 stycznia 2013 r., 3) Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania z 6 lutego 2013 r., 4) Zastępcy Rzecznika Praw Obywatelskich z 21 lutego 2013 r., 5) Kampanii Przeciw Homofobii z 25 lutego 2013 r. – „w sprawie cytowanych w tych wnioskach wypowiedzi poseł Krystyna Pawłowicz z 25 stycznia 2013 r. w studiu programu «Tak jest» w stacji TVN24, w Klubie Gazety Polskiej w Mińsku Mazowieckim we wrześniu 2012 r. oraz 4 stycznia 2013 r. podczas 32. posiedzenia Sejmu”.

W myśl art. 146 Regulaminu, Sejmu Komisja może wezwać posła do wyjaśnienia wątpliwości powstałych w toku postępowania, zaś zgodnie z art. 4 swego regulaminu Komisja zawiadamia posła o terminie i miejscu posiedzenia, na którym będą rozpatrywane zarzuty dotyczące zachowania się w sposób nieodpowiadający godności posła (ust. 1). Poseł, którego dotyczą zarzuty, ma prawo przedstawić Komisji wyjaśnienia w formie pisemnej lub ustnie na posiedzeniu.

Jak wynika z uzasadnienia wskazanej uchwały Komisji z 4 kwietnia 2013 r. (Nr 22/VII) oraz zapisu przebiegu posiedzenia Komisji 4 kwietnia 2013 r.⁴, poseł Krystyna Pawłowicz przekazała Komisji pisemne stanowisko z 18 marca 2013 r.⁵, w którym zawarła oświadczenie, że oponuje przeciwko rozpatrywaniu przez Komisję przedstawionych zarzutów. Zgodnym zdaniem członków Komisji, poseł Krystyna Pawłowicz w swym piśmie zawarła pod adresem Komisji szereg dalece niestosownych uwag, co zrodziło opinię Komisji, iż dalsza polemika w rozpatrywanej sprawie nie przysłuży się ocenie przestrzegania Zasad Etyki Poselskiej.

Mówiąc innymi słowy, poseł Krystyna Pawłowicz abstrahowała od faktu, że zgodnie z art. 143 Regulaminu Sejmu w skład Komisji Etyki Poselskiej wchodzi posłowie reprezentujący wszystkie kluby poselskie – po jednym członku z każdego klubu – jako osoby o nieposzlakowanej opinii i wysokim autorytecie moralnym, których kandydatury zostały zweryfikowane w systemie zastrzeżeń i następnie wybrane przez Sejm

³ Uchwała Komisji Etyki Poselskiej z 23 kwietnia 2009 r. (publ. na sejmowej stronie internetowej: www.sejm.gov.pl).

⁴ Zob. www.sejm.gov.pl.

⁵ Załącznik nr 3 do protokołu z posiedzenia Komisji Etyki Poselskiej 20 marca 2013 r.

do Komisji w głosowaniu łącznym, a funkcję przewodniczącego i jego zastępcy pełnią w Komisji członkowie kolejno, po 6 miesięcy. Wydaje się, że trudno o forum lepiej gwarantujące należyłą realizację celów działania Komisji.

Z uzasadnienia uchwały nr 22/VII z 4 kwietnia 2013 r. wynika, że Komisja odnotowała, że do marszałka Sejmu kierowane były zbiorowe wystąpienia z głosami poparcia dla poseł Krystyny Pawłowicz i protestami przeciwko rozpatrywaniu wniesionych wniosków, jak też że Komisja podkreśla, iż nie odmawia posłowi prawa do wyrażania własnych poglądów i wyznawania własnych wartości. Z tegoż uzasadnienia wynika opinia Komisji, że poseł – niezależnie od własnych poglądów – powinien unikać zachowań, które mogą godzić w dobre imię Sejmu i naruszać godność osób, do których się one odnoszą. Jak Komisja stwierdziła, krytyczny stosunek posła do pewnych zjawisk lub sytuacji nie może jednak usprawiedliwiać treści i formy wypowiedzi, które w odbiorze społecznym postrzegane są jako nieprawdziwe, jawnie obraźliwe, uwłaczające, godzące w czyjeś dobre imię, przekraczające granice wolności słowa. Komisja Etyki Poselskiej w omawianej sprawie uznała za naganne wypowiedzi poseł odnoszące się do innej poseł zasiadającej w Wysokiej Izbie; jak dalej stwierdzono w uzasadnieniu, uchwała Komisji Etyki Poselskiej jest także wyrazem dezaprobaty dla stylu i formy wypowiedzi poseł, które mijają się z oczekiwaniami opinii publicznej co do standardów życia publicznego.

Jak wynika z art. 147 Regulaminu Sejmu, po rozpatrzeniu sprawy i stwierdzeniu naruszenia przez posła Zasad Etyki Poselskiej, Komisja swą uchwałą podejmuje bezwzględną większość głosów w obecności co najmniej połowy jej członków (ust. 3), dalej zaś (ust. 4), że od podjętej tak uchwały służą posłowi środki przewidziane w art. 132 ust. 2 Regulaminu Sejmu, przy czym wniesienie przez posła odwołania wstrzymuje podanie treści uchwały do wiadomości publicznej. Przywołany zaś w odesłaniu przepis art. 132 ust. 2 stanowi, że odwołanie od uchwały Komisji składa się za pośrednictwem przewodniczącego Komisji, który przedstawia je Prezydium Sejmu, dołączając materiały z posiedzenia (posiedzeń) Komisji w tej sprawie; Prezydium Sejmu może ponadto zasięgnąć opinii klubu albo koła, którego poseł jest członkiem. Przepis art. 132 ust. 2 Regulaminu Sejmu reguluje sprawy raczej o techniczno-formalnym charakterze, ale wydaje się, że nie ma przeszkód, by przez analogię stosować do uchwały Komisji Etyki Poselskiej także przepis art. 22 ust. 3 Regulaminu Sejmu, wyraźnie stanowiący, iż Prezydium Sejmu może, w drodze uchwały: 1) uchylić uchwałę Komi-

sji, 2) utrzymać uchwałę Komisji w mocy⁶. W każdym jednak razie, na gruncie art. 147 ust. 4 (w zw. z art. 132 ust. 2) Regulaminu Sejmu jest wystarczająco jednoznaczne, że Prezydium Sejmu pełni rolę instancji odwoławczej od uchwały Komisji Etyki Poselskiej. Przywołane przepisy stanowią przy tym przykład realizacji ogólnych przepisów Regulaminu Sejmu (art. 12), gdzie m.in. stwierdza się (pkt 7), że Prezydium Sejmu także podejmuje inne czynności wynikające z Regulaminu Sejmu.

Poseł Krystyna Pawłowicz, pismem z 30 kwietnia 2013 r.⁷, odwołała się do Prezydium Sejmu, wnosząc o uchylenie Uchwały nr 22/VII Komisji Etyki Poselskiej z 4 kwietnia 2013 r., ewentualnie o stwierdzenie, że uchwała ta jest nieważna, ponieważ – jej zdaniem – nie została podjęta przez Komisję bezwzględną większością głosów.

26 czerwca 2013 r. Prezydium Sejmu – po rozpatrzeniu odwołania poseł Krystyny Pawłowicz – podjęło Uchwałę nr 16, utrzymującą w mocy uchwałę Komisji Etyki Poselskiej z 4 kwietnia 2013 r. W syntezy uzasadnieniu swej uchwały Prezydium Sejmu wskazało posiedzenia, na których, rozpatrując odwołanie poseł, przeprowadziło w tej sprawie dyskusję (21 maja oraz 11, 18 i 26 czerwca 2013 r.), skonkludowało stanowisko Komisji Etyki Poselskiej w omawianej sprawie i odnotowało stwierdzenie poseł w sprawie nieważności uchwały Komisji. Odnotowało także stwierdzenie poseł, że przedmiotem jej ukarania nie były zarzuty przedstawione we wnioskach podmiotów, które były powodem wszczęcia postępowania, lecz pismo z 18 marca 2013 r., które poseł skierowała do Komisji Etyki Poselskiej w swojej obronie. Wreszcie też odnotowane zostało wyrażone przekonanie poseł, że kara nagany nałożona na nią została nie z powodu wypowiedzi konkretnych słów, lecz za sam fakt wypowiedzania się na określone tematy, tak bowiem poseł oceniła fakt braku w uzasadnieniu uchwały Komisji skonkretyzowanego wskazania, za jakie wypowiedzi została ukarana. Kończy uzasadnienie uchwały Prezydium Sejmu stwierdzenie, że przy 1 głosie sprzeciwu (wicemarszałka Sejmu M. Kuchcińskiego) i przy 5 głosach za, Prezydium Sejmu odrzuciło argumentację przedstawioną w odwołaniu przez poseł Krystynę Pawłowicz i podjęło decyzję o utrzymaniu w mocy przedmiotowej uchwały Komisji.

Nie było zadaniem eksperta dokonywanie ocen zasadności opinii wyrażonych w sprawie, dotyczących zachowania poseł w kategoriach godności posła – jako odpowiadającego lub nieodpowiadającego tej

⁶ Tak też M. Zubik, *Organizacja wewnętrzna Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 241.

⁷ Sygn. EPS – 0211-22/13 w aktach sprawy w Komisji Etyki Poselskiej.

godności. Wymagał natomiast uwag problem prawnej ważności (lub nieważności) uchwały Komisji z 4 kwietnia 2013 r. oraz problem postawiony przez posel Krystynę Pawłowicz po podjęciu uchwały przez Prezydium Sejmu, czy od uchwały Prezydium Sejmu, utrzymującej w mocy uchwałę Komisji Etyki Poselskiej, przysługuje posłowi skarga do sądu administracyjnego lub skarga konstytucyjna⁸.

W przedmiocie zarzutu nieważności uchwały Komisji z 4 kwietnia 2013 r. stanowisko posel Krystyny Pawłowicz bazuje na „wyłączeniu się z głosowania” jednego z członków Komisji, co – jej zdaniem – skutkowało brakiem większości bezwzględnej przy podejmowaniu uchwały. Fakty odzwierciedla tu niekwestionowany, pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Etyki Poselskiej z 4 kwietnia 2013 r. w punkcie 2. posiedzenia, dotyczącym omawianej sprawy. Przypomnieć tylko można na wstępie cytowany już art. 147 ust. 3 Regulaminu Sejmu, zgodnie z którym swą uchwałę Komisja podejmuje „bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy jej członków”.

Ustalenia co do faktów są następujące: 1) Komisja liczy 5 członków, 2) w posiedzeniu brało udział 4 członków Komisji (1 nieobecny), 3) w głosowaniu wzięło udział 3 posłów (za uchwałą – 2 głosy, przeciw uchwale – 0 głosów, wstrzymujących się – 1 głos), 4) w głosowaniu świadomie nie wzięła udziału jedna posłanka, mimo obecności na posiedzeniu w trakcie głosowania, 5) przy pięcioosobowym składzie Komisji kworum stanowią 3 osoby. Nie ulega wątpliwości, że wobec udziału 4 posłów w posiedzeniu regulaminowy wymóg kworum został spełniony.

Zdaniem posel Krystyny Pawłowicz, wobec obecności na posiedzeniu 4 osób, większość bezwzględna musiałaby wynosić 3 głosy, „wyłączenie się od głosowania” (niewzięcie udziału w głosowaniu) bowiem jednej osoby „nie ma prawnego znaczenia”. Przewodnicząca Komisji, ogłaszając wyniki głosowania, stwierdziła natomiast że wniosek o ukaranie posel uzyskał wymaganą większość, biorąc – jak widać – pod uwagę nie liczbę posłów obecnych na posiedzeniu, ale liczbę oddanych głosów, tj. z uwzględnieniem faktu, że – zgodnie z wcześniejszą zapowiedzią – jeden z posłów nie wzięł udziału w głosowaniu. Utrzymanie w mocy uchwały Komisji przez Prezydium Sejmu świadczy, że Prezydium Sejmu podzieliło zdanie przewodniczącej Komisji Etyki Poselskiej w tej materii, nie przyjmując interpretacji prezentowanej przez posel Krystynę Pawłowicz. Stanowisko Komisji oraz Prezydium Sejmu w tej materii nie budzi zastrzeżeń.

⁸ Tak w zleceniu 1933/13 z 22 lipca 2013 r. dotyczącym sporządzenia opinii przez Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu RP.

Zjawisko niewzięcia udziału w głosowaniu przez posła obecnego na posiedzeniu nie jest jednak nowe w praktyce sejmowej, ale – niestety – wciąż tolerowane, wbrew przepisom konstytucyjnym, ustawowym i regulaminowym. Konstytucja RP z 1997 r.⁹, poprzez określenie koncepcji mandatu przedstawicielskiego, zadań (kompetencji) Sejmu oraz podstawowych zrębów proceduralnych funkcjonowania Izby (w tym kworum i wymogu określonej większości głosów), wyraża założenie „aktywnej” postawy posła. Bierne zachowanie się posła podczas aktu głosowania pozostaje w sprzeczności z tym konstytucyjnie zakodowanym założeniem. Konstytucyjne założenie „obowiązku aktywności” poselskiej winno stanowić wytyczną interpretacyjną dla ewentualnych sytuacji niejasnych¹⁰.

Również ustawa z 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora¹¹ ma tu znaczenie, skoro w jej art. 3 *explicite* stwierdza się, że podstawowym prawem i obowiązkiem posła jest czynne uczestnictwo w pracach Sejmu i jego organów, a dalsze rozwinięcie normatywne przynosi art. 13 ustawy w stwierdzeniu, że posła obowiązuje obecność oraz czynny udział w posiedzeniach Sejmu i jego organów. Regulując sprawę usprawiedliwiania nieobecności, przepisy (ustawowe i regulaminowe) poniekąd przyjmują do wiadomości realia praktyki, ale i wtedy należy podkreślić, że przepisy te nie zakładają (nie regulują) biernego zachowania podczas obecności na posiedzeniu. Dwukrotne odniesienie się przez ustawę do obowiązku „aktywności” posła (art. 3 – czynne uczestnictwo w pracach, art. 13 – obowiązek obecności i czynnego udziału w posiedzeniach) nie pozostawia wątpliwości co do treści obowiązku ciążącego na posle w momencie głosowania; bierne zachowanie stanowi niedopełnienie obowiązku i jest naruszeniem ustawy.

Również Regulamin Sejmu w art. 7 stwierdza, że posła obowiązuje obecność i czynny udział w posiedzeniach Sejmu oraz jego organów (ust. 1), przy czym do podstawowych obowiązków posła zalicza się wprost m.in. udział w głosowaniach podczas posiedzeń Sejmu i w komisjach sejmowych (ust. 4 pkt 1). Regulamin nie przewiduje sytuacji, w której poseł obecny na posiedzeniu uchyla się od aktu głosowania. Wprawdzie w art. 7 ust. 8 Regulamin podaje, jakie przyczyny uważa się za uspra-

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483, z późn. zm.).

¹⁰ Szerzej zob.: A. Szmyt, *Elementy praktyki sejmowej pod rządami Konstytucji RP (1997–2007)*, Gdańsk 2008, s. 89–90.

¹¹ Ustawa z 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 221, poz. 2199, z późn. zm.).

wiedliwiające niemożność wzięcia przez posła udziału w posiedzeniu bądź w głosowaniu, jednak sformułowanie to uznać należy jedynie za niezręczność redakcyjną w odniesieniu do niemożności wzięcia udziału w głosowaniu, skoro sens podanych regulaminowo przyczyn (pkt. 1–4) sprowadza się do nieobecności posła na posiedzeniu w trakcie aktu głosowania. Trudno jako takie w odniesieniu do bierności w trakcie głosowania także przyjąć „inne ważne, niemożliwe do przewidzenia lub nieuchronne przeszkody”, wymienione (pkt 5) w katalogu przyczyn usprawiedliwiających posła.

Uchylenie się od aktu głosowania, mimo obecności na posiedzeniu, jest w praktyce sejmowej raczej wyjątkiem od reguły, że obecni posłowie biorą udział także w głosowaniu. Prowadzi to w potocznym rozumieniu – jak w przypadku poseł Krystyny Pawłowicz – do „zablokowania” pojęć „obecności” i „oddania głosu”. Precyzyjne rozumienie, a także uwzględnienie zaistniałych czasem realiów, nakazuje jednak kwestie te wyraźnie oddzielić. Przypomnijmy, że pojęcie kworum jest skrótem łacińskiej formuły *quorum praesentia sufficit* („których obecność wystarcza”). Wymóg ten odnosi się do sytuacji, by decyzja zapadała w obecności określonej liczby członków organu. Utożsamianie tej liczby z liczbą oddanych głosów jest uproszczeniem, prowadzącym tylko do niepotrzebnych nieporozumień. Wymóg określonej większości głosów, potrzebnej prawnie do podjęcia decyzji, jest tylko funkcjonalnie związany z wymogiem kworum, ale jest odeń odrębny prawnie. Nie można też – wbrew faktom – przyjmować, że do liczby „oddanych” głosów (za, przeciw, wstrzymujących się) należy „doliczać” głosy faktycznie nieoddane, należące do posłów tylko obecnych na posiedzeniu. W szczególności należy też co do istoty problemu zauważyć, że niedopełnienie obowiązku wzięcia udziału w głosowaniu przy obecności na posiedzeniu nie może być postrzegane w kategoriach dopuszczalnych zwyczajów parlamentarnych. Nie mogą bowiem być przedmiotem swobodnej praktyki zachowania poselskie jasno wyznaczone (uregulowane) w obowiązujących przepisach¹². Naganna jest także bezkarność takich zachowań. Jest to jednak kwestia prawnie odrębna od zagadnienia ważności uchwał zapadłych w głosowaniach przy spełnionym warunku kworum i odpowiedniej większości głosów ważnie oddanych.

Osobnych uwag wymaga też problem dopuszczalnych środków prawnych od uchwały Prezydium Sejmu, zapadłej w sprawie i utrzymującej w mocy uchwałę Komisji Etyki Poselskiej. Jak wspominaliśmy, Regulamin Sejmu *explicite* odsyła w art. 147 do art. 132 ust. 2 w przedmiocie

¹² A. Szmyt, *Elementy praktyki...*, s. 92.

odwołania posła od uchwały Komisji do Prezydium Sejmu, które występuje tu w roli drugiej instancji. Żaden inny przepis rozdziału 13 Regulaminu Sejmu („Komisja Etyki Poselskiej”) nie traktuje o kwestiach odwoławczych, zaś art. 148 tegoż Regulaminu pozwala jedynie na odpowiednie stosowanie innych przepisów regulaminowych do Komisji Etyki Poselskiej, z uwzględnieniem zmian wynikających z samego rozdziału 13. Przywołany już wcześniej przepis art. 22 ust. 3 Regulaminu – przez analogię – dotyczy roli Prezydium Sejmu jako organu odwoławczego (w tym przepisie – w odniesieniu do uchwał Komisji Regulaminowej i Spraw Poselskich, dotyczących posłów w sprawach niewykonywania obowiązków poselskich) i także nie zawiera jakiegokolwiek trybu ewentualnych odwołań od uchwał Prezydium Sejmu występującego w roli organu drugiej instancji we wskazanych materiałach.

Wyraźny przepis regulaminowy (art. 21 ust. 2) przewiduje odwołanie od uchwały Prezydium Sejmu do Sejmu w sprawach naruszenia lub niedopełnienia obowiązków wskazanych w ustawie o wykonywaniu mandatu posła i senatora, ale dzieje się to w sytuacji, gdy Prezydium Sejmu (nie Komisja) jest organem pierwszej instancji.

Jako przykład innego rodzaju konstrukcji prawnej można wskazać art. 23 ust. 2 i art. 25 ust. 3 Regulaminu Sejmu, gdzie – w ściśle określonych sprawach – posłowi od uchwały Prezydium Sejmu przysługuje „wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezydium Sejmu”. Jest to rodzaj *lex specialis*, a przepisy te, jako ustanawiające wyjątkowy tryb, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Nawet jednak i w tych sytuacjach ponowna uchwała Prezydium Sejmu zamyka postępowanie odwoławcze. Nie ma też, co należy podkreślić, generalnego przepisu regulaminowego, pozwalającego w każdej (jakiegokolwiek) sprawie odwoływać się od uchwały Prezydium Sejmu do Izby *in pleno*. Sam Sejm nie ma też prawa dyskrejonalnie odchodzić od przewidzianych regulaminowo rozwiązań proceduralnych. Zgodnie z konstytucyjną regułą, organ władzy publicznej działa na podstawie i w granicach prawa (art. 7).

Posel Krystyna Pawłowicz wniosła o odpowiedź na pytanie, czy od uchwały Prezydium Sejmu, utrzymującej w mocy uchwałę Komisji Etyki Poselskiej, przysługuje posłowi skarga konstytucyjna. Wyraźną odpowiedź daje tu art. 79 ust. 1 Konstytucji RP, który stanowi, że każdy obywatel, którego konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją „ustawy lub innego aktu normatywnego”, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji. Polski model skargi konstytu-

cyjnej ma tzw. wąski zakres służący jedynie zaskarżaniu normy prawnej, stanowiącej podstawę rozstrzygnięcia o prawach skarżącego¹³. Nie pozwala on na zaskarżanie w tym trybie samego orzeczenia organu, który rozstrzygał w sprawie. Uchwała Prezydium Sejmu, utrzymująca w mocy uchwałę Komisji, nie jest – mimo swej nazwy – aktem normatywnym, lecz konkretno-indywidualnym aktem stosowania prawa; skarga konstytucyjna od takiej uchwały nie przysługuje. Trybunał Konstytucyjny jest sądem nad prawem, a nie nad jego stosowaniem i nie może pełnić roli swoistej „superinstancji” odwoławczej.

Poseł Krystyna Pawłowicz wnosi także o odpowiedź na pytanie, czy od omawianej uchwały Prezydium Sejmu przysługuje posłowi skarga do sądu administracyjnego. Także i na to pytanie odpowiedź musi być negatywna. Zgodnie z art. 184 Konstytucji RP, Naczelny Sąd Administracyjny oraz inne sądy administracyjne sprawują, w zakresie określonym w ustawie, kontrolę działalności administracji publicznej (zd. 1). Przepis ogólny art. 1 ustawy z 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych¹⁴, konkretyzuje konstytucyjną formułę stwierdzeniem, że „sądy administracyjne sprawują wymiar sprawiedliwości przez kontrolę działalności administracji publicznej [...] pod względem zgodności z prawem”. Zgodnie zaś z art. 3 ustawy z 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi¹⁵, „kontrola działalności administracji publicznej przez sądy administracyjne obejmuje orzekanie w sprawach skarg na decyzje administracyjne, wskazane ustawowo rodzaje postanowień w określonych postępowaniach (administracyjne, egzekucyjne, zabezpieczające), inne akty lub czynności z zakresu administracji publicznej [...], a także w sprawach, w których przepisy ustaw szczególnych przewidują sądową kontrolę”. W omawianej sprawie nie mamy do czynienia z działaniami administracji publicznej ani z podmiotowego punktu widzenia (systemu organów), ani z przedmiotowego punktu widzenia (zakresu realizowanych spraw i funkcji). Brak więc przesłanek dla właściwości sądu administracyjnego.

Jak wynika z przytaczanego już art. 145 Regulaminu Sejmu, rozstrzygnięcia Komisji Etyki Poselskiej na podstawie Zasad Etyki Poselskiej wydawane są w sprawach posłów, którzy zachowują się w sposób

¹³ Zob. przykładowo, wśród licznej literatury przedmiotu: W. Kraluk, *Skarga konstytucyjna*, [w:] *Leksykon prawa konstytucyjnego. 100 podstawowych pojęć*, red. A. Szmyt, Warszawa 2010, s. 544.

¹⁴ Ustawa z 25 lipca 2002 r. Prawo o ustroju sądów administracyjnych (Dz.U. Nr 153, poz. 1269, z późn. zm.).

¹⁵ Ustawa z 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. Nr 153, poz. 1270, z późn. zm.).

nieodpowiadający godności posła (ust. 1). Zachowania takie w literaturze przedmiotu określane są jako jeden z rodzajów tzw. deliktów parlamentarnych, gdzie odpowiedzialność realizowana jest – w szerokim rozumieniu – przed izbą parlamentu, w ramach odpowiedzialności regulaminowej członków izby¹⁶. Regulamin Sejmu odsyła do Zasad Etyki Poselskiej, zaś w art. 8 tychże Zasad stwierdza się *explicite*, że poseł za ich naruszenie „ponosi odpowiedzialność określoną przepisami Regulaminu Sejmu”. Problem zamyka się w ramach zasady autonomii sejmowej.

Doktryna jest zgodna, że etyczne wartościowanie zachowania posła nie odrywa się od stosunku przedstawicielstwa, a koncentruje się na tym, jak wykonuje obowiązki mandatariusza, aby odpowiadały one pewnemu wzorcowi etycznemu. Istotne jest tu przedmiotowe rozumienie zachowania jako odpowiadającego „godności” posła (zachowania związane z pełnieniem szaczonej roli społecznej przedstawiciela suwerena), nie zaś rozumienie godności w sposób podmiotowy, oznaczający wtedy posiadanie przez posła swoistych atrybutów, odmiennych od godności innych ludzi¹⁷. W najkonkretniejszym, wąskim ujęciu odpowiedzialność za zachowanie nieodpowiadające godności posła, wynikająca z Regulaminu Sejmu, jest w istocie odpowiedzialnością za naruszenie szczególnych norm postępowania, skierowanych do posłów i odnoszących się do sposobu sprawowania przez nich mandatu przedstawicielskiego. W ramach ponoszonej odpowiedzialności regulaminowej (art. 145 ust. 1) za zachowania nieodpowiadające godności posła, decyzja podjęta przez Prezydium Sejmu na podstawie art. 147 ust. 4 w zw. z art. 132 ust. 2 Regulaminu Sejmu jest ostateczna¹⁸.

¹⁶ K. Grajewski, *Odpowiedzialność posłów i senatorów na tle zasady mandatu wolnego*, Warszawa 2009, s. 282; Z. Czeszejko-Sochacki, *Prawo parlamentarne w Polsce*, Warszawa 1997, s. 114.

¹⁷ B. Szepietowska, *Opinia w sprawie interpretacji zwrotu „zachowanie nie odpowiadające godności posła”*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 2, s. 104–105.

¹⁸ K. Grajewski, *op. cit.*, s. 297 i 300–302.

KRZYSZTOF W. BARAN

OCHRONA STOSUNKU PRACY POSŁÓW I SENATORÓW W SYSTEMIE USTAWODAWSTWA POLSKIEGO

Status prawny posłów i senatorów Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie ochrony stosunku pracy jest w systemie polskiego ustawodawstwa zdyferencjalizowany. Zróżnicowanie to wprowadza art. 31 ustawy o obowiązkach i prawach posłów i senatorów¹. Podstawowym kryterium dyferencyjnym w nim ustanowionym, jest udzielenie posłowi lub senatorowi urlopu bezpłatnego przez zatrudniającego go pracodawcę na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy. Osoba, która skorzystała z tego uprawnienia, podlega mechanizmom ochrony przewidzianym w art. 31 ustawy z 1996 r. Regulacja² ta ma charakter szczególny. Nie oznacza to jednak, że poseł lub senator, który nie korzysta z urlopu bezpłatnego pozostaje bez ochrony prawnej. Dotyczą go bowiem wszelkie normy prawa pracy przewidujące ochronę trwałości stosunku pracy – *lege non distinguente* – zarówno te o charakterze powszechnym, jak i szczególnym. Jeśli chodzi o tę pierwszą kategorię, to do posłów oraz senatorów nieurlopowanych mają zastosowanie zarówno mechanizmy konsultacyjne (np. art. 38, 52 § 3 k.p.), jak i ogólne (np. art. 45 k.p.). W drugim przypadku ochrona trwałości stosunku pracy dotyczy wszelkich aspektów, statusu pracowniczego posła i senatora, począwszy od osobistego (np. art. 39, 177 k.p.) skończywszy na funkcjonalnym (np. art. 32 ustawy o związkach zawodowych, art. 17 ustawy o informowaniu pracowników i prowadzeniu z nimi konsultacji).

¹ Tekst jedn.: Dz.U. z 2011 r. Nr 7, poz. 29, zwana dalej ustawą.

² K. Grajewski, *Szczególne uprawnienia posłów i senatorów*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1, s. 27 i nast.

W tym kontekście uprawniona jawi się teza o dualizmie ochrony prawnej trwałości stosunku pracy posłów i senatorów. Faktorem delimitacyjnym jest korzystanie przez nich z urlopu bezpłatnego na podstawie art. 29 ust. 1 ustawy o wykonywaniu mandatu posła i senatora³. Poniższe opracowanie zostało poświęcone tej właśnie problematyce. W wymiarze podmiotowym dyrektywa ochronna z art. 31 ust. 2 ustawy o sprawowaniu mandatu posła i senatora, odnosi się tylko do osób zatrudnionych w ramach stosunku pracy. Generuje to pytanie o podstawę zatrudnienia, a w szczególności kwestię dla kreującego ten stosunek. Ów przepis nie różnicuje umownych i pozaumownych podstaw zatrudnienia urlopowanych posłów i senatorów. *De lege lata* uprawnioną wydaje więc się konstatacja, że odnosi się on do obu kategorii. Jedynym wyjątkiem jest zatrudnienie na podstawie wyboru⁴, które art. 31 ust. 2 ustawy *expressis verbis* wyłącza z zakresu ochrony trwałości stosunku pracy.

Analizując aspekt podmiotowy art. 31 ust. 2 ustawy warto podkreślić, że ma on w oparciu o argument *lege non distinguente* zastosowanie zarówno do umów o pracę na czas nieokreślony, jak i umów terminowych. Na tym tle powstaje problem, czy przepis ten ma zastosowanie do posłów i senatorów będących pracownikami tymczasowymi. Ze swej strony reprezentuję pogląd, że jest *de lege lata* stosowany także do tej kategorii zatrudnionych, jeżeli spełnione są inne ustawowe przesłanki. Tego rodzaju opcja interpretacyjna ma swe uzasadnienie w postanowieniach art. 5 ustawy z 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych, który to przepis odsyła do przepisów prawa pracy, a nie tylko kodeksu pracy.

Istotnym praktycznie zagadnieniem jest pytanie, czy art. 31 ust. 2 ustawy ma zastosowanie do posłów i senatorów zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy. Mam tu na myśli zwłaszcza zatrudnienie cywilnoprawne⁵ (np. umowa zlecenia, kontrakt menedżerski) oraz za-

³ Wyrok SN z 14 lutego 2002 r., V CKN 748/00 LEX 55140.

⁴ H. Szewczyk, *Wybór jako podstawa prawna nawiązania stosunku pracy w samorządzie terytorialnym*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 7–8 s. 43 i nast.; A. Giedrewicz-Niewińska, *Wybór jako podstawa nawiązania stosunku pracy z pracownikami samorządowymi*, Warszawa 2008.

⁵ J. Stelina, [w:] *Zarys systemu prawa pracy. Część ogólna prawa pracy*, t. 1, red. K.W. Baran, Warszawa 2010 s. 88–89; A. Kijowski, *Zakres swobody pracodawcy w korzystaniu z zatrudnienia cywilnoprawnego*, [w:] *Prawo pracy a wyzwania XXI wieku. Księga jubileuszowa Profesora Tadeusza Zielińskiego*, Warszawa 2002, s. 217 i nast.

trudnienie o charakterze administracyjnoprawnym⁶ (np. funkcjonariusze służb militaryzowanych lub paramilitarnych). Na tak sformułowane pytanie, w moim przekonaniu, należy udzielić przeczącej odpowiedzi. Art. 31 ust. 2 ustawy nie odnosi się bowiem do tego rodzaju podstaw zatrudnienia, ma on wyłącznie za przedmiot stosunek pracy. Tego rodzaju opcja interpretacyjna ma uzasadnienie w argumencie *exceptiones non sunt excendendae*, gdyż przepis ten jako norma szczególna nie może być rozszerzająco interpretowany, na sytuacje wprost w nim nieprzewidziane. Zatem posłowie świadczący pracę w ramach umów cywilnoprawnych oraz stosunków służbowych o charakterze administracyjnym, nie podlegają szczególnej ochronie.

W świetle postanowień art. 31 ust. 2 ustawy nie jest jasne, czy przepis ten ma zastosowanie, jeżeli poseł lub senator jest zatrudniony u kilku pracodawców. Użyto w nim bowiem pojęcie stosunku pracy w liczbie pojedynczej. Ze swej strony reprezentuję jednak wbrew wykładni tekstualnej pogląd, że przewidziany w nim mechanizm ochronny ma zastosowanie nie tylko do pierwszego pracowniczego zatrudnienia, ale również następnych, pod warunkiem, że poseł lub senator korzysta z urlopu bezpłatnego u każdego z zatrudniających go pracodawców. Za tego rodzaju wykładnią przemawiają względy celowości, wsparte regułą *minus dixit quam voluit*.

W sferze przedmiotowej na gruncie art. 31 ust. 2 ustawy gwarancje trwałości stosunku pracy odnoszą się do rozwiązania oraz zmiany warunków pracy lub płacy. Rozważania w tej materii rozpocznę od pojęcia rozwiązania stosunku pracy. Omawiana ustawa nie definiuje o który rodzaj rozwiązania stosunku pracy chodzi. Zatem w oparciu o argument *lege non distinguente* wnioskuję, że dotyczy ta dyrektywa zarówno wypowiedzenia⁷, jak i rozwiązania stosunku pracy bez wypowiedzenia⁸. Przy czym ma ona za przedmiot zarówno rozwiązanie umów o pracę, jak i pozaumownych stosunków pracy⁹, z wyjątkiem wyboru.

Analizując mechanizmy gwarancyjne z art. 31 ust. 2 ustawy konstatuję, że odnoszą się one w równej mierze do umów o pracę na czas nie-

⁶ T. Kuczyński, [w:] T. Kuczyński, E. Mazurczak-Jasińska, J. Stelina, *System prawa administracyjnego. Stosunek służbowy*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2011, s. 14 i nast.; J. Stelina, [w:] *Zarys systemu prawa pracy. Część ogólna prawa pracy...*, s. 90–93.

⁷ Z. Góral, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz*, red. K. W. Baran, Warszawa 2012 s. 318 i nast.

⁸ A. Sobczyk, *Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia*, Gdańsk 2010.

⁹ T. Liszcz, *Pozaukładowe stosunki pracy*, [w:] *Prawo pracy RP w obliczu przemian*, red. M. Matej-Tyrowicz, T. Zieliński, Warszawa 2006, s. 221 i nast.

określony, jak i umów terminowych¹⁰. W przypadku rozwiązania umowy o pracę bez wypowiedzenia, przepis ten ma natomiast zastosowanie w obu przewidzianych w kodeksie pracy sytuacjach, tj. do art. 52¹¹, ale również art. 53¹². Art. 31 ust. 2 ustawy statuuje również ochronę przed zmianą warunków pracy lub płacy. *De lege lata* jest niewątpliwe, że dotyczy on wypowiedzenia zmieniającego w trybie art. 42 § 1–3 KP¹³. Wątpliwości natomiast generuje problem jego stosowania do czasowego powierzenia innej pracy w ramach art. 42 § 4 KP. Kierując się dyrektywą *exceptiones non sunt excendendae* wyrażam przekonanie, że w tym zakresie omawiany przepis nie ma zastosowania. Może on natomiast być stosowany w razie zaistnienia innych niekorzystnych przekształceń treści stosunku pracy inicjowanych przez pracodawcę.

Wylczenie z art. 31 ust. 2 ustawy ma charakter enumeratywny, zatem nie rozciąga się na sytuacje bezpośrednio w przepisie nieprzewidziane. Oznacza to, że ochrona nie odnosi się do posłów i senatorów, z którymi stosunek pracy wygasa¹⁴, zarówno na mocy norm kodeksowych, jak i pozakodeksowych¹⁵. Wyjątek w tej materii w stosunku do nauczycieli i nauczycieli akademickich statuuje art. 31 ust. 3 ustawy. Również w sytuacji zawarcia porozumienia o rozwiązaniu stosunku pracy¹⁶ w trybie art. 30 § 1 pkt 1 k.p., mechanizmy ochronne przewidziane w ustawie nie mają w stosunku do posłów i senatorów zastosowania.

Ustanowiony w art. 31 ust. 2 ustawy mechanizm ochrony trwałości stosunku pracy ma charakter zrelatywizowany, w tym sensie, że funkcjonuje on tylko wówczas, gdy Prezydium Sejmu lub Senatu nie wyrazi

¹⁰ B. Wagner, *Terminowe umowy o pracę*, Warszawa 1980.

¹¹ Zob. np.: F. Małyśz, *Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1998, nr 1, s. 25 i nast.; A. Kosut, *Rozwiązanie umowy o pracę bez wypowiedzenia z winy pracownika w aktualnym orzecznictwie SN*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1999, nr 4, s. 35 i nast.

¹² M. T. Romer, *Niezwłoczne rozwiązanie umowy o pracę bez winy pracownika*, „Prawo Pracy” 1998, nr 3, s. 9 i nast.; M. Podgórska, *Rozwiązanie umowy o pracę w trakcie choroby*, „Służba Pracownicza” 2010, nr 1, s. 7 i nast.

¹³ Zob. np.: Z. Góral, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz...*, s. 298 i nast.

¹⁴ K.W. Baran, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz...*, s. 427–428.

¹⁵ W tym kontekście za trafny należy uznać wyrok SN z 4 marca 2004 r., I PK 418/03, w którym przyjęto, że stosunek pracy dyrektora przedsiębiorstwa wygasa z dniem wykreślenia przedsiębiorstwa (art. 19 ust. 3 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej), również w razie korzystania przez dyrektora z urlopu bezpłatnego udzielonego w związku z wykonywaniem mandatu posła.

¹⁶ M. Lewandowicz-Machnikowska, *Rozwiązanie umowy o pracę za porozumieniem stron*, „Monitor Prawa Pracy” 2008, nr 7, s. 360.

zgody na rozwiązanie bądź przekształcenie stosunku pracy posła lub senatora. Ustawa nie precyzuje trybu jej pozyskania. Możliwa jest zatem interpretacja, wedle której pracodawca może zwrócić się o nią w każdej formie. Jednakże względy celowości przemawiają za jej formalizacją. W oparciu o zasady *a completudine* oraz *a cohaerentia*, uzasadnione wydaje się analogiczne zastosowanie mechanizmów przewidzianych w art. 38 § 1¹⁷ i 52 § 3 KP. Za tego rodzaju wykładnią przemawia nie tylko argumentacja *a simili*, ale również *ab exemplo*. Oznacza to w praktyce konieczność podania we wniosku przez pracodawcę przyczyn uzasadniających rozwiązanie stosunku pracy posła lub senatora. Umożliwia to Prezydium Sejmu lub Senatu ocenę jego zasadności.

Art. 31 ust. 2 nie określa terminu, w jakim stanowisko Prezydium Sejmu bądź Senatu powinno zostać wyrażone. Nie wydaje się możliwe w tym przypadku zastosowanie *a simili* nader krótkich terminów z kodeksu pracy. W tej sytuacji należy zastosować dyrektywę racjonalności, co oznacza, że Prezydium Sejmu bądź Senatu powinno wypowiedzieć się w normalnym toku pracy parlamentarnej. Możliwe są w tej materii trzy rozstrzygnięcia, a to:

- odmowa wydania zgody,
- wyrażenie zgody,
- niezajęcie stanowiska.

Negatywna decyzja w sprawie zgody jest dla pracodawcy wiążąca, zatem nie może on zgodnie z prawem jednostronnie ani rozwiązać, ani zmienić stosunku pracy z posłem lub senatorem. Odnosi się to również do sytuacji, gdy pracodawca wypowiedział umowę o pracę, a w okresie wypowiedzenia pracownik został wybrany do parlamentu i złożył wniosek o urlop bezpłatny.

Zgoda Prezydium Sejmu lub Senatu powinna mieć charakter uprzedni i tym samym musi zostać wyrażona przed złożeniem przez pracodawcę oświadczenia woli. Nie można też przyjąć, że została ona wyrażona w sposób milczący, jeżeli Prezydium nie zajęło stanowiska w kwestii pracodawcy.

Art. 31 ust. 2 ustawy określa także temporalne granice gwarancji trwałości stosunku pracy. Literalna wykładnia tego przepisu *explicite*

¹⁷ K. Rączka, *Współdziałanie pracodawcy ze związkami zawodowymi w indywidualnych sprawach pracowniczych po nowelizacji Kodeksu Pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1996, nr 8–9, s. 35; Z. Góral, [w:] *Kodeks pracy. Komentarz...*, s. 273 i nast.; D. Dorre-Nowak, [w:] K. Antonów, K.W. Baran, B.M. Cwiertniak, D. Dorre-Nowak, K. Walczak, *Prawo pracy i ubezpieczeń społecznych*, red. K.W. Baran, Warszawa 2013, s. 192 i nast.

wiąże okres ochrony ze sprawowaniem przez pracownika mandatu posła lub senatora. Trwa on też dwa lata po wygaśnięciu mandatu. Pierwszym zagadnieniem wymagającym analizy jest kwestia określenia daty, w której okres ochronny się rozpoczyna. Następuje to z chwilą udzielenia przez pracodawcę urlopu bezpłatnego po złożeniu przez posła lub senatora ślubowania. Istotne znaczenie ma tutaj nie samo złożenie wniosku przez pracownika piastującego mandat parlamentarny, ale oświadczenie woli pracodawcy o udzieleniu urlopu. Przepisy wprowadzające nie precyzują terminu, w którym powinno to nastąpić, zatem należy przyjąć, że powinno ono zostać złożone niezwłocznie.

W kontekście tekstualnego brzmienia art. 31 ust. 2 ustawy wątpliwości generuje kwestia, czy norma ta ma zastosowanie w czasie sprawowania mandatu, czy też dopiero po jego wygaśnięciu. Literalnie można bowiem odczytać, że przewidziana tym przepisem ochrona dotyczy tylko dwuletniego okresu następującego po wygaśnięciu mandatu, gdyż w czasie urlopu bezpłatnego do posłów i senatorów ma zastosowanie dyrektywa z art. 41 k.p. Analizując zagadnienie należy jednak wziąć pod uwagę, że przepis ten w sferze przedmiotowej dotyczy tylko wypowiedzenia. Zatem jego stosowanie w czasie trwania urlopu bezpłatnego w celu piastowania mandatu poselskiego lub senatorskiego skutkowałoby dualizmem, co tworzyłoby odmienne zasady ochrony w przypadku rozwiązania umowy o pracę z wypowiedzeniem i bez wypowiedzenia. W moim przekonaniu, tego rodzaju dyferencjacja nie ma *de lege lata* racji bytu, ze względu na nieaprobowane społecznie konsekwencje. Ewentualną kolizję należy rozstrzygnąć w oparciu o dyrektywę *lex specialis*. Przyjąć więc należy, że art. 31 ust. 2 ustawy jako norma szczególna deroguje ogólnokodeksowe mechanizmy ochronne, w tym także art. 41 k.p. Proponowana tutaj wykładnia ma też swoje uzasadnienie w argumentacji *a completudine*. Warto bowiem zwrócić uwagę, że art. 31 ust. 2 ustawy w sferze podmiotowej posługuje się pojęciem posła i senatora, a nie byłego posła i senatora. Za przyjęciem opcji interpretacyjnej, zgodnie z którą przepis ten obowiązuje również w czasie trwania mandatu przemawia także dyrektywa *a fortiori*, skoro bowiem ochrona trwałości stosunku pracy obowiązuje po zakończeniu sprawowania mandatu, to tym bardziej obowiązuje w czasie jego trwania¹⁸.

Art. 31 ust. 2 ustawy statuuje ograniczenie temporalne ochrony maksymalnie do dwóch lat po wygaśnięciu mandatu. W tym miejscu warto podkreślić, że nie należy go utożsamiać z kadencją parlamentu.

¹⁸ Podobnie: A. Dubowik, *Szczególna ochrona przed wypowiedzeniem stosunku pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 1997, nr 3, s. 24 i nast.

Wygaśnięcie mandatu poselskiego bądź senatorskiego ma bowiem charakter indywidualny. Zatem dla każdego byłego posła i senatora liczy się go osobno, z uwzględnieniem konkretnej daty, kiedy to nastąpiło.

Mechanizmy gwarancyjne w zakresie stabilizacji zatrudnienia posłów i senatorów statuuje również art. 31 ust. 1 ustawy. Przepis ten stanowi, że pracodawca, u którego poseł lub senator otrzymał urlop bezpłatny, jest zobowiązany zatrudnić go po zakończeniu urlopu bezpłatnego lub w razie jego gotowości do pracy – po wygaśnięciu mandatu, na tym samym stanowisku lub równorzędnym pod względem płacowym stanowisku pracy, z wynagrodzeniem, jakie otrzymywałby poseł lub senator, gdyby nie skorzystał z urlopu bezpłatnego.

Przyjęte w art. 31 ust. 1 regulacje mają charakter restytucyjny, w tym sensie, że przywracają posłowi lub senatorowi pełnozakresowy status pracowniczy. W szczególności pracodawca jest zobowiązany zatrudnić go na tym samym lub równorzędnym płacowo stanowisku. Ze względu na alternatywę przyjętą w tym przepisie, nie musi być to ta sama praca, ale jedynie taka sama płaca. Poseł zatem nie może domagać dopuszczenia do pracy na tym samym stanowisku, jakie zajmował przed urlopem bezpłatnym. Dla realizacji postanowień art. 31 ust. 1 ustawy wystarczy zapewnienie pracy na stanowisku równorzędnym pod względem płacowym. Zatem nie jest sprzeczne z tym przepisem powierzenie byłemu posłowi lub senatorowi pracy na stanowisku, którego wcześniej nie zajmował. Konieczne jest jednak, żeby otrzymywane przezeń wynagrodzenie odpowiadało poziomom, jakby nie korzystał z urlopu bezpłatnego. Oznacza to obowiązek uwzględnienia przez pracodawcę wszelkich czynników, zarówno ustawowych, układowych, jak i regulaminowych, które rzutowały na wysokość wynagrodzenia w czasie piastowania mandatu poselskiego bądź senatorskiego.

Analizując status pracowniczy posła i senatora godzi się podkreślić, że do tej kategorii osób nie stosuje się mechanizmów ochronnych przewidzianych w art. 10 ust. 1–4 ustawy o szczególnych zasadach rozwiązywania stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników. *Expressis verbis* tego rodzaju wyłączenie statuuje ust. 5 tej normy. Oznacza to w praktyce, że w przypadku zwolnień indywidualnych, z przyczyn niedotyczących pracownika, status tej grupy osób reguluje art. 31 ust. 2 ustawy – jako norma szczególna.

Rozważając problematykę ochrony statusu pracowniczego posła i senatora korzystającego z urlopu bezpłatnego dla sprawowania mandatu parlamentarnego należy podkreślić, że w wymiarze proceduralnym mają tu zastosowanie reguły ogólne. Stosuje się więc w tej materii zarówno

przepisy kodeksu pracy (art. 242 k.p. i n.), jak i kodeksu postępowania cywilnego (art. 459 i n.).

Reasumując wywody na temat ochrony stosunku pracy osób piastujących mandaty parlamentarne konstatuję, iż jest ona *de lege lata* wystarczająca. Jej zakres przedmiotowy odnosi się nie tylko do mechanizmów trwałości stosunku pracy, ale również aspektów funkcjonalno-finansowych. Wątpliwości nasuwa jedynie temporalny wymiar ochrony. Ustanowienie dwuletniego okresu gwarancji stabilizacji zatrudnienia po wygaśnięciu mandatu wydaje się zbyt długi, zwłaszcza, że inne tego rodzaju okresy w stosunkach pracy są znacząco krótsze. Względy aksjologiczne przemawiają więc za jego ograniczeniem.

MARIA KRUK

O SPOSOBIE POWOŁYWANIA SĘDZIÓW TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Obecnie trwająca procedura zmiany ustawy o Trybunale Konstytucyjnym sprzyja refleksjom o ustroju i organizacji tego sądu, a więc także o sposobie powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego¹. Problem ten, jakkolwiek z reguły nie traktowany jako najistotniejszy, jednak podnoszony w literaturze przedmiotu, a w ostatnich latach także bardzo mocno wybrzmiały w dyskusji publicznej i w środowisku prawniczym, stanowi jeden z ważniejszych punktów nowo proponowanej regulacji. Z góry należy zastrzec, że co do istoty sprawy, projekt ustawy pozostawia koncepcję powoływania sędziów TK niezmienioną, nie było bowiem uprzedniej próby nowelizacji konstytucji. Decyzja budowania nowej ustawy na dotychczasowym tekście przepisów Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku jest wyrazem pewnej, już niemal obsesyjnej obawy, że wszelkie próby w tym zakresie albo otworzą puszkę Pandory i spowodują lawinę innych propozycji, albo skazane są na niepowodzenie². Tymczasem w większości opinii przygotowanych przez ekspertów

¹ Projekt ustawy został wniesiony z inicjatywy Prezydenta RP, druk nr 1590, 10 lipca 2013.

² Pomijając zmianę art. 55, która wynikała z orzeczenia TK, bez kłopotu jednak przeprowadzono, przez niektórych uznawaną za marginalną i niepotrzebną, a na pewno niezręczną językowo, zmianę w art. 99 (dodany ust. 3), co nie wywołało rewolucji w pozostałym tekście ustawy zasadniczej. Prawdą natomiast jest, że wielka liczba zgłaszanych projektów zmiany konstytucji (fragmentarycznie lub nawet całościowo) nie doczekała albo uchwalenia, albo nawet wdrożenia postępowania. Natomiast przekonanie, że trudny tryb procedury zmiany konstytucji

powołanych przez Sejm (Biuro Analiz Sejmowych), pojawia się konstatacja, że zmiana konstytucji byłaby niezbędna dla wprowadzenia dalej idących korekt w organizacji i funkcjonowaniu Trybunału Konstytucyjnego³. Tym bardziej w zakresie sposobu powoływania sędziów TK.

Wobec braku takich zmian (a nawet ich propozycji) zachowana więc zostanie zasada wyboru sędziów TK przez Sejm, tak jak stanowi to Konstytucja RP z 1997 roku. Ale jak dobrze wiadomo, sama ta koncepcja została ugruntowana w Konstytucji PRL i trwa niezmiennie od roku 1982, czyli od czasu konstytucyjnego ustanowienia instytucji Trybunału, czego ani ustawodawstwo konstytucyjne okresu transformacji, ani zwłaszcza nowa Konstytucja RP nie zmieniły. Mogło to być zrozumiałe w latach 1989–1997, gdy – pominiemy dlaczego – nie dokonywano żadnych zasadniczych zmian w koncepcji Trybunału Konstytucyjnego, a to, co się zmieniało, nie było wynikiem bezpośrednich zmian konstytucyjnych, lecz innych okoliczności (wprowadzenie zasady państwa prawnego rzutującej na wzorce konstytucyjne pozostające w dyspozycji TK, wstępna kontrola konstytucyjności ustaw przed ich podpisaniem, wymuszająca ostateczność orzeczeń dotyczących ustaw niekonstytucyjnych, wprowadzenie do systemu źródeł prawa umów międzynarodowych, dodanie kompetencji dotyczących ustalania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw czy orzekania o konstytucyjności partii politycznych, zmiana w roku 1990 rotacji przysięgi itd.), o tyle już mniej zrozumiała była niechęć do zmiany tej zasady w czasie uchwalania nowej Konstytucji RP.

Wybór członków Trybunału Konstytucyjnego (jak brzmiało ich oryginalne określenie w Konstytucji PRL) przez Sejm był jednym z elementów całej koncepcji stosunku Trybunału do Sejmu i Sejmu do Trybunału, w doktrynie i w warunkach politycznych PRL. Nie trzeba dziś specjalnie przypominać, że jedną z oficjalnych, bo doktrynalnych przeszkód utworzenia sądownictwa konstytucyjnego w tamtym systemie ustrojowym i to w zasadzie nie tylko PRL, ale i pozostałych państwach realnego socjalizmu⁴, była sprzeczność między pozycją Sejmu, jako najwyższego organu zwierzchniej władzy o charakterze przedstawicielskim,

tucji i brak jednomyślności w parlamencie mogą skazać próby w tym zakresie na niepowodzenie, wydaje się uzasadnione.

³ Zob. opinie na: orka.sejm.gov.pl (do druku sejmowego nr 1590).

⁴ Wyjątek stanowiły tylko Jugosławia, w której utworzono sądy konstytucyjne zarówno na szczeblu federalnym, jak i republikańskim, oraz w szczególności sposób Czechosłowacja, w której w 1968 r. w czasie Praskiej Wiosny uchwalono ustawę o Sądzie Konstytucyjnym. Nigdy jednak nie weszła ona w życie.

a kompetencją sądu konstytucyjnego, uprawnionego do kontroli konstytucyjności ustaw będących podstawowym „produktem” tego organu i wyrazem jego szczególnej roli ustrojowej. Czyli mówiąc inaczej – była to kontrola zwierzchniego i przedstawicielskiego organu jednolitej władzy państwowej nie przez suwerena, lecz przez inny – profesjonalny i niezawisły – organ sądowy lub parasądowy⁵. Ta teoretyczna sprzeczność kamuflowała polityczne obawy o uprawnienia owego kontrolera, który musiałby być właśnie profesjonalny z jednej strony, a niezawisły – z drugiej. I gdy pomyśleć, że w tych warunkach sąd konstytucyjny, złożony z wysoko kwalifikowanych, niezawisłych prawników, orzekałby na przykład o zgodności ustawy o cenzurze z konstytucyjną zasadą wolności słowa i druku, to trzeba przyznać, że władza polityczna miała powody do niepokoju⁶. Kiedy więc ostatecznie zapadła decyzja o wprowadzeniu do Konstytucji PRL Trybunału Konstytucyjnego, jak wiadomo, przy okazji powołania Trybunału Stanu, który był władzy potrzebny, trzeba było ukształtować taką koncepcję Trybunału, która byłaby najmniej „szkodliwa”. To znaczy, z jednej strony – najbardziej niwelująca ową doktrynalną nieprzystawalność sądu konstytucyjnego do pozycji Sejmu, a z drugiej, co w praktyce ważniejsze – poddająca Trybunał kontroli politycznej.

W tej sytuacji, po pierwsze – nie miał to być sąd *sensu stricto*. Polska tradycja zręcznie podsunęła tu „trybunał”, paralelnie do tworzonego właśnie Trybunału Stanu, którego korzenie, w charakterze organu egzekwującego odpowiedzialność konstytucyjną, sięgają konstytucji marcowej. Regulacja konstytucyjna z 1982 roku umieściła oba trybunały w rozdziale 4, dotychczas przeznaczonym dla NIK (później „dorzucono” tu jeszcze RPO)⁷, oddzielając je w systematyce konstytucji od sądow-

⁵ Pomijam wczesne przekonania o immanentnie wpisanej w ustrój demokracji ludowej zgodności prawa z konstytucją i szkodliwości burżuazyjnej koncepcji sądownictwa konstytucyjnego.

⁶ Trzeba jednak pamiętać, że w okresie międzywojennym (i wcześniej) państwa europejskie były w większości powściągliwe w tworzeniu sądów konstytucyjnych; nieliczne wyjątki (Austria do 1933 r., Czechosłowacja 1921–1938 z przerwami, czy bardzo krótko Hiszpania 1931–1933) nie zmieniają tego stanu rzeczy. Także w Polsce tocząca się debata i przygotowywane projekty ustaw nie przełamały jednak owej niechęci. Zob. m.in.: A. Gwiżdż, *O Trybunale Konstytucyjnym w Drugiej Rzeczypospolitej*, [w:] *Konstytucja i gwarancję jej przestrzegania. Księga Pamiątkowa prof. Janiny Zakrzewskiej*, red. J. Trzeciński, A. Jankiewicz, Warszawa 1996, s. 69.

⁷ W tytule rozdziału nie charakteryzowano, ani nie klasyfikowano tych organów, a jedynie wymieniano je z nazwy własnej, niemniej w systematyce konstytucji rozdział ten wyprzedzał naczelne organy administracji państwowej (regulowane

nictwa (którego regulacja, zresztą wraz z prokuraturą, znalazła miejsce w rozdziale 7: Sąd i Prokuratura). Konsekwencją takiej klasyfikacji były orzeczenia nie wyroki, członkowie TK powoływani w trybie politycznym, nie sędziowie, wreszcie prawo Trybunału do orzekania z własnej inicjatywy, nie zaś wyłącznie na podstawie i w granicach wniosku itp. zabiegi legislacyjne (w tym także czasowe ograniczenie kognicji). Ponieważ jednak w większości państw praktykujących wyodrębnioną kontrolę zgodności prawa z konstytucją, określano ją jako „sądownictwo konstytucyjne”, zatem organy te najczęściej też nazywane są sądami konstytucyjnymi, polska interpretacja doktrynalna w zasadzie podobnie traktowała Trybunał Konstytucyjny⁸.

Dalsze ograniczenie – najbardziej znane i krytykowane – to nieostateczność orzeczeń o niekonstytucyjności ustaw. Konstytucja *expressis verbis* postanawiała, że orzeczenia te podlegają rozpatrzeniu przez Sejm, zarazem wyraźnie nadając moc wiążącą orzeczeniom o niezgodności innych aktów normatywnych z Konstytucją lub ustawami. Ustawa o Trybunale Konstytucyjnym z 1985 roku wprowadziła zasadę, że Sejm miał prawo oddalić te orzeczenia większością dwóch trzecich głosów (była to wprawdzie większość wymagana przy zmianie konstytucji⁹, ale nie tak trudna do osiągnięcia w ówczesnych warunkach ustrojowych¹⁰). Wzmacniało to pozycję Sejmu wobec Trybunału w sposób trudny do

dalej, w rozdz. 5), tak więc w strukturze ustawy zasadniczej „korespondował” z Sejmem.

⁸ L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987. Autor określając ogólnie zjawisko hierarchicznej kontroli prawa przez wyspecjalizowane organy jako „sądownictwo”, jednak dość konsekwentnie nazywa te „sądy” trybunałami. Nie wydaje mi się jednak trafna, przyjęta w polskim piśmiennictwie praktyka nazywania wszystkich sądów konstytucyjnych trybunałami, nawet wbrew ich nazwom oficjalnym, zawierającym *par excellence* określenie „sąd”, i to nawet w odniesieniu do sądów konstytucyjnych w tych krajach (jak np. we Włoszech), gdzie istnieje niezależnie pojęcie trybunału na oznaczenie organów innej rangi i funkcji.

⁹ Wymóg większości dwóch trzecich przy kworum co najmniej połowy ogólnej liczby posłów dla zmiany konstytucji (zarówno przy uchwalaniu ustawy o zmianie konstytucji, jak i ustawy konstytucyjnej) był jedyną odrębnością procedury ustawodawczej (ustawy zwykle: zwykła większość, kworum: jedna trzecia).

¹⁰ To dopiero po przełomie 1989 r. narastały kłopoty: z jednej strony nie tak łatwo było o jednomyślność, z drugiej Sejm nie tak chętnie godził się na dezawuowanie swego zdania, a w efekcie decyzje nie były podejmowane przez długie miesiące, co doprowadziło do znanej uchwały TK z 20 października 1993 r. stanowiącej wykładnię art. 7 ustawy o TK, wprowadzającej obowiązek rozpatrzenia orzeczenia przez Sejm w ciągu 6 miesięcy pod rygorem wejścia orzeczenia w życie i utraty przez ustawę mocy obowiązującej.

pogodzenia z pozycją organu sądowego, bo jednak wyroków sądowych Sejm nie mógł uchylać czy oddalać¹¹.

I choć postanowienie o nieostateczności orzeczeń o niekonstytucyjności ustaw było, zwłaszcza w okresie transformacji, krytykowane – nie było chyba tak bardzo w Sejmie niechciane, skoro nie tylko nie dokonał zmiany przez następne lata, ale co więcej, przedłużył jego działanie jeszcze przez dwa lata po wejściu w życie Konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku, już deklarującej zasadę ostateczności i powszechnego obowiązywania orzeczeń TK¹².

I wreszcie – powoływanie składu Trybunału Konstytucyjnego przez Sejm. Prawdą jest, że w 1982 roku wielkiego wyboru nie było. Nie było Senatu (drugiej izby), nie było Prezydenta RP (powoływanie przez Radę Państwa byłoby jeszcze „gorsze”, zważywszy na jej charakter, bo wprawdzie wykonywała funkcje głowy państwa, nawet powołując i odwołując sędziów, ale była organem podległym Sejmowi, wykonującym niektóre kompetencje izby w pewnym sensie subsydiarnie), nie istniały organy typu rady sądownictwa, powoływanie przez rząd nie wchodziło w grę, choćby ze względu na paralelność Trybunału Konstytucyjnego z Trybunałem Stanu. Tak „prestizowy” organ, jak TK, przy wielu ograniczeniach musiał być jednak jakoś dowartościowany, więc Konstytucja PRL wprowadzała zasadę, że członków Trybunału Konstytucyjnego, podobnie jak Trybunału Stanu, wybiera Sejm. W ten sposób, z jednej strony wybór przez Sejm był wyrazem swoistego szacunku wobec organu tak powoływanego, nadania mu szczególnej rangi, bo Sejm był zawsze w polskiej tradycji konstytucyjnej organem wyróżnianym, z drugiej strony, patrząc bardziej realistycznie – pozwalał izbie (tym samym decydentowi politycznemu) czuwać nad personalnym wyznaczaniem składu Trybunału, który orzekał o zgodności prawa, zwłaszcza ustaw, z konstytucją, nawet jeśli w tym ostatnim przypadku nieostatecznie. Tym bardziej, że w ówczesnych warunkach Sejm był dość jednomyślny i nie groziło zgłaszanie kandydatów frakcyjnych, ani obawa o „nieprawomyślny wybór”. Zakładano bowiem, że kandydaci będą zgłaszani i powoływani zgodnie z przemyślanym układem politycznym, jeśli nie po prostu z zaleceniami partyjnymi. Ponadto taka procedura wyboru, w której zarówno wysuwanie kandydatów¹³, jak i podejmowanie ostatecznej decyzji, należało

¹¹ Ustawowa amnestia oraz zastosowanie prawa łaski (wówczas Rada Państwa, obecnie Prezydent RP) to jednak zupełnie inne instytucje.

¹² Pomija się tu inne okoliczności umniejszające znaczenie Trybunału, ponieważ niniejszy artykuł nie jest w istocie poświęcony ich analizie.

¹³ Ustawa o TK nie precyzowała przez jakie podmioty, nie wprowadzała tu też żadnych odrębnych przepisów Regulamin Sejmu.

do izby, była gwarancją „trzymania ręki na pulsie” przez kierowniczą instancję polityczną i decyzji personalnej nieuzależnionej nawet od wstępnej desygnacji czy oceny kandydatów przez jakiegokolwiek inne grono: organ lub organizację, a nawet media. Całe to rozumowanie nie odnosi się do faktycznej strony zagadnienia, czyli do rzeczywistego profilu i kwalifikacji członków Trybunału, którzy generalnie reprezentowali wysoki poziom profesjonalny (w większości pracownicy naukowi wysokiej rangi lub doświadczeni prawnicy) i niekwestionowane standardy niezależności orzekania. Co zresztą przysporzyło Trybunałowi szacunku w opinii publicznej i ukształtowało już na samym początku¹⁴ jego autorytet, mimo tych niesprzyjających warunków.

Ale to bardziej zasługa środowiska, niż koncepcji prawnej. Jak bowiem wynika z informacji źródłowych, kierownicza siła polityczna nie rezygnowała z decyzyjnego wpływu na obsadę Trybunału w przypadku wyboru jego pierwszego składu. Opisuje tę sytuację Zdzisław Czeszejko-Sochacki, jeden z ekspertów i współtwórców ustawy o Trybunale Konstytucyjnym¹⁵. Wstępem do tej relacji jest przedstawienie atmosfery niechęci, jaka w niektórych kręgach towarzyszyła powstaniu Trybunału, nie tylko w Polsce, ale także w krajach ościennych, jak np. w Akademii Nauk NRD¹⁶, przejawiająca się także w długotrwałości prac nad ustawą o TK, a właściwie prac przygotowawczych, przed formalnym wniesieniem projektu ustawy do Sejmu, które to prace były – zdaniem autora – celowo przeciągane. Ale ostatecznie, po wniesieniu projektu z inicjatywy poselskiej, sam proces uchwalenia był już szybki. I jak

¹⁴ We wspomnieniach J. Zakrzewskiej i K. Działochy opublikowanych w 1990 r. w „Rzeczpospolitej” zachowało się oczekiwanie na pierwsze orzeczenie w taki sposób: „Pamiętamy napięcie, jakie towarzyszyło pierwszemu orzeczeniu. Był to moment chyba decydujący dla całej późniejszej praktyki. Poprzeczka została wówczas postawiona tak wysoko, że wyznaczyła całą dalszą działalność”. W innym miejscu J. Zakrzewska napisała: „Trybunał był na pewno «dzieckiem niechcianym» poprzedniej władzy [...] Trzeba jednak powiedzieć, że Trybunał sprawił władzy niezbyt miłą niespodziankę, stając się od pierwszego orzeczenia organem absolutnie niezawisłym i broniącym praw obywateli... to zasługa sędziów orzekających w pierwszym jego składzie”. *Prawa człowieka w orzecznictwie sądów konstytucyjnych. Polsko-holenderskie kolokwium*, Warszawa 1991, s. 14. Cyt. za: L. Garlicki, *Początki działalności Trybunału Konstytucyjnego – rok 1986*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia*, red. F. Rymarz, A. Jankiewicz, Warszawa 2001, s. 37, gdzie także przytacza autor szereg innych wypowiedzi, w tym też bardzo krytycznych przedstawicieli kręgów władzy.

¹⁵ Z. Czeszejko-Sochacki, *W oczekiwaniu na pierwszy skład Trybunału Konstytucyjnego – 1985 rok (wspomnienia)*, [w:] *Księga XV-lecia...*, s. 27 i nast.

¹⁶ Szerzej przypomina to autor w publikacji: *Przebieg prac nad utworzeniem polskiego Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” 1994, nr 3.

pisze autor: „[w]szystko to prowadziło do wniosku, że nic już nie stoi na przeszkodzie w wyborze pierwszego składu TK [...]. A jednak...”. To „jednak” wiązało się właśnie z owym wyborem, a właściwie swoistym „prawyborem”. Komitet Centralny PZPR podjął bowiem w pierwszym rządzie zasadnicze decyzje, między innymi: o strukturze partyjnej składu trybunału (PZPR – 6, ZSL – 2, SD – 1–2, bezpartyjni 2–3 członków); o obsadzie stanowiska prezesa – członek PZPR, a jeśli bezpartyjny, to wiceprezes z PZPR; o politycznej kontroli KC PZPR nad przygotowaniami do powołania i rozpoczęcia działań...¹⁷ W późniejszym czasie powstawały (w Biurze Politycznym KC PZPR) wariantowe imienne składy kandydatów wraz z zastrzeżeniem, że „wysokie usytuowanie Trybunału” wymaga, aby lista kandydatów podlegała rekomendacji BP KC PZPR¹⁸. Jak przypomina cytowany autor, w zaproponowanym ostatecznie składzie nie było ani jednego konstytucjonalisty, co oburzyło posła Witolda Zakrzewskiego, znanego profesora prawa konstytucyjnego, i w efekcie spowodowało wybór prof. Kazimierza Działochy¹⁹, który szybko pokazał orzecznicy lwi pazur w pierwszym orzeczeniu Trybunału. Przewodniczącym Trybunału został prof. Alfons Klafkowski, bezpartyjny, rekomendowany przez PAX. Ostatecznie w znakomitej większości do tego składu wchodziłi znani i poważani profesorowie prawa. Jak pisze Z. Czeszejko-Sochacki: „Zaznajamiając się z nazwiskami wybranych sędziów, przecierałem oczy ze zdumienia. Jak to się stało, że udało się wyzbyć wcześniejszych, w części nawet prowokacyjnych propozycji, że decydenci (czyli wówczas Biuro Polityczne KC PZPR) doszli do tak rzeczowych wniosków”²⁰. No cóż, konstytucja wymagała wyboru „osób wyróżniających się wiedzą prawniczą” i trudno to było całkowicie zignorować.

Jeżeli jednak – mimo to – uznać skoncentrowanie w Sejmie decyzji personalnych w sprawie obsady Trybunału Konstytucyjnego za sprzyjające niedemokratycznym praktykom w tym sensie, że pozwalające centrum politycznemu wpływać na personalia i – w jego mniemaniu – trzymać ten skład pod kontrolą²¹, paradoksalnie sposób ten, choć w innym wymiarze, okazał się kłopotliwy, gdy kierownicza siła polityczna ustąpi-

¹⁷ *Ibidem*, s. 29, przyp. 12.

¹⁸ *Ibidem*, s. 30.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*, s. 31.

²¹ Taka konstatacja nie jest łatwa ani bezdyskusyjna, ponieważ niezależnie od negatywnych intencji, jakie tej koncepcji towarzyszyły, trudno pominąć inny aspekt, a mianowicie ten, że to najwyższy organ przedstawicielski dokonywał wyboru.

ła pola politycznemu pluralizmowi. Wówczas bowiem pojawiła się konkurencja polityczna i wysuwanie kandydatów przez partie polityczne, co sprzyjało potencjalnemu naznaczaniu kandydatów etykietkami politycznymi. Symbolicznym zwiastunem mógł być już dziennikarski tytuł *Nasi w Trybunale*, którym opatrzone relację z wyboru sędziów w 1989 roku²², kiedy po raz pierwszy powołano także sędziów rekomendowanych przez opozycję solidarnościową. Sam ten fakt miał oczywiście znaczenie pozytywne, zwłaszcza, że chodziło o świetne kandydatury, jednak owo dziennikarskie ujęcie – wyrażające zrozumiałą spontaniczną radość na fali wydarzeń 1989 roku – mogło zapowiadać dzielenie kandydatów według opcji politycznej.

Uzewnętrznianie się różnic partyjnych w składzie Sejmu odbiło się także na procedurach wyłaniania kandydatów na sędziów Trybunału Konstytucyjnego. W miarę pojawiających się takich praktyk, które ukształtowały pewien zwyczaj, media podjęły też analizowanie kwalifikacji zawodowych i moralnych kandydatów już zgłoszonych, a jeśli w jakimś przypadku napiętnowały celnie²³, problem takiego wyboru stawał się ogólniejszy, bo wszystkie kandydatury zgłaszali posłowie jakiejś partii (klubu, czasem wspólnie²⁴; zdarzały się nieliczne przypadki odmowy propozycjom kandydowania z rekomendacji określonej partii właśnie ze względu na niechęć do owego etykietowania²⁵). Kłopotliwość tej sytuacji pogłębiał fakt, że zwyciężali kandydaci większości, z reguły partyjnie identyfikowanej. Przykładem wyraźnego formułowania ocen o owej partyjnej etykiecie są m.in. wypowiedzi „przeigranych”, SLD i PiS, po wyborze sędziów TK w 2010 roku. Według przedstawiciela SLD: „klub PO, nie popierając kandydata Sojuszu do Trybunału Konstytucyjnego, prowadzi do upartyjnięcia TK”. Inny z przedstawicieli dodał, że: „[i]deal sięgnął bruku [a] to, co było piękną deklaracją, zamieniło się w puste słowa”. Jeszcze ostrzej ocenił taki wybór (w wyniku głosowania wybrano dwóch kandydatów PO, jednego PSL, czyli kandydatów

²² (E.M.), *Nasi w Trybunale*, „Gazeta Wyborcza”, 20 listopada 1989, s. 2.

²³ Tak w przypadku kandydatki, która w efekcie zrzekła się stanowiska sędziego wkrótce po złożeniu ślubowania.

²⁴ Ale zdarzało się też, że klub nieposiadający wymaganych 50 posłów do zgłoszenia kandydatury, mimo jej obiektywnych kwalifikacji, nie mógł znaleźć poparcia w innych klubach, bo ich członków wiązała dyscyplina. Zob.: E. Siedlecka, *Trybunał Konstytucyjny – Jest nowy sędzia. I stare problemy*, „Gazeta Wyborcza”, 14 lipca 2012.

²⁵ Ale nie jest to informacja udokumentowana formalnie.

koalicji rządzącej²⁶) prezes PiS, stwierdzając wprost, że Trybunał Konstytucyjny: „to czysto partyjna instytucja”²⁷. Ale negatywne opinie o tym sposobie wyboru pochodziły nie tylko od przegranych partii. Także bowiem przedstawiciel Fundacji Helsińskiej wyraził pogląd: „to źle, że PO nie potrafiła się wznieść ponad partyjne podziały i poprzeć kandydata SLD, w sytuacji, gdy trudno sobie wyobrazić kogoś o lepszych kwalifikacjach...” (chodziło właśnie o obsadzenie owego czwartego wakat²⁸). Oczywiście, gdy większość sejmowa jest inna – wyniki głosowania, a tym samym wyboru, też są (były, byłyby) inne²⁹. Natomiast całej izbie zabrakło refleksji o konieczności poszukania metody wysuwania kandydatów mniej partyjnie ich identyfikującej.

Co więcej, jak się wydaje – to partyjne „naznaczenie” najsilniej działa właśnie w procesie nominacji (zgłaszania kandydatów i wyboru) sędziów Trybunału. Trudniej byłoby bowiem wskazać w ich późniejszej praktyce sędziowskiej jakieś wyraźne partyjne umocowanie czy działanie na rzecz promującej kandydata partii. Oczywiście, indywidualne poglądy w jakiejś sprawie zawsze mogą być przez obserwatorów komentowane jako przejaw określonej opcji politycznej, jednak generalnie nie potwierdziło to w sposób ewidentny czarnej, choćby wyżej przytoczonej, opinii o TK, jako „czysto partyjnej instytucji”. Liczne głosy odrębne, zgłaszane przez sędziów w toku orzekania, traktowane są jako wyrażające inny pogląd prawny i z reguły w doktrynie zaliczane do jej konstruktywnych elementów. Zresztą podobnie trudno było stwierdzić to jednoznacznie w pierwszym okresie funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego w PRL, kiedy w orzecznictwie nie odnotowano wyraźnej „fałszywej lojalności” wobec Sejmu (partii), jako „mocodawcy” orzekających, nawet przeciwnie – to właśnie wtedy Trybunał zarobił na swój wysoki autorytet w oczach opinii publicznej i specjalistów.

Chyba więc nie stało się dobrze, że ukształtowany został w Sejmie ów zwyczaj zgłaszania kandydatów przez grupy posłów, powodujący wyraźne kojarzenie kandydatów z barwami partyjnymi, bez próby ze strony izby, zwłaszcza jej organów, takich jak Prezydium Sejmu czy

²⁶ Czwarte miejsce pozostało chwilowo nieobsadzone, ponieważ pozostali kandydaci nie uzyskali odpowiedniej liczby głosów i właśnie o to do PO skierowana była cytowana wyżej pretensja SLD oraz przedstawiciela FH.

²⁷ www.salon24.pl/news/75079,pis-i-sid-po-prowadzi-do-upartyjnienia-tk [26.11.2010].

²⁸ E. Siedlecka, www.wyborcza.pl/1,76842,872347,Partie_nad_Trybunalem.html#ixzz2lviYvbAl.

²⁹ W wyborach 2010 r. ostatecznie wybrany też został czwarty sędzia TK, wysuwany przez SLD.

Konwent Seniorów, aby wprowadzić procedury choćby trochę osłabiające to partyjne etykietowanie kandydatów. Podobnie – mimo przesłuchań kandydatów przez komisję sejmową, traktowanych w sprawozdaniu łącznie – stosunkowo niewielki wysiłek wkłada izba w ocenę ich kwalifikacji. Co więcej, nawet mimo przyjętego w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym³⁰ oraz w Regulaminie Sejmu uprawnienia, z prawa zgłaszania kandydatów nie korzystało Prezydium Sejmu. Można by znaleźć uzasadnienie dla tej wstrzemięźliwości, gdyby się konsekwentnie uznało, że wybór sędziów TK to „sprawa partyjna” i Prezydium się do tego nie miesza. Ale chociaż takiego przekonania zapewne nie ma, w opinii publicznej tak jest to odbierane. Dowodem – szereg prasowych wypowiedzi. Tylko przykładowo: „Ugrupowania polityczne nie chcą jednak tracić wpływu na skład Trybunału Konstytucyjnego, wciąż więc to wyłącznie one mają uprawnienie do zgłaszania kandydatów na stanowiska sędziów. Wydaje się, że z uwagi na brak woli politycznej, jakakolwiek zmiana sposobu wyłaniania sędziów Trybunału Konstytucyjnego nie jest w najbliższym czasie możliwa”³¹.

Tymczasem łatwo można wyobrazić sobie wprowadzenie procedur, które pozwoliłyby na negocjowanie, tonowanie, uzgadnianie itp. w łonie Prezydium Sejmu, względnie wraz z Konwentem Seniorów, albo nawet odpowiedniej komisji (angażowanej, jak komisja sprawiedliwości i praw człowieka do przesłuchania już zgłoszonych kandydatów, albo nawet doraźnie powoływanej do ich desygnowania) czy międzypartyjnego lub według innego kryterium powołanego zespołu, jak na przykład węgierskiej międzypartyjnej komisji nominacyjnej³², tak aby w konsekwencji możliwe było prezentowanie wspólnego stanowiska, zacierającego te partyjne interesy, choćby nie miało to być stanowisko jedyne (z dopuszczalnością swoistego *desiderium separatum*). Nie było też prawnych przeszkód, aby wprowadzić szersze, zwłaszcza środowiskowe, niewiążące konsultacje kandydatów. Nie mówiąc już o tym, że pod rządami nowej konstytucji nie było żadnych przeszkód, aby ustawa

³⁰ Ustawa z 1 sierpnia 1997 r. o Trybunale Konstytucyjnym z późn. zm., Dz.U. z 2005 r. Nr 169, poz. 1417.

³¹ www.iustitia.pl/imdex.php/informacje/549-wysluchanie-publiczne-kandydata-na-sedziego-tk. Cytowany fragment dotyczył relacji z debaty publicznej w Fundacji Helsińskiej z udziałem jednego z kandydatów na sędziego TK w 2012 r. O podobnych debatach – dalej.

³² Tak np. w poprzedniej konstytucji węgierskiej, obowiązującej do 2011 r. przewidywano tzw. komisję nominacyjną, w skład której wchodziło po 1 przedstawicieli każdej frakcji parlamentarnej (sędziów SK powoływało Zgromadzenie większością dwóch trzecich głosów i tak samo jest obecnie).

powierzała zgłaszanie kandydatów innym podmiotom, niż tylko sejmowe³³ (ale o tym jeszcze dalej).

Skoro więc tak się nie stało, sprawę w swoje ręce wzięła opinia publiczna, a zwłaszcza środowisko prawnicze. Już w 2005 roku pierwsze rozmowy o utworzeniu koalicji organizacji pozarządowych w celu monitorowania wyborów na stanowiska sędziowskie w Polsce zainicjowała Polska Sekcja Międzynarodowej Komisji Prawników. W roku 2006 trzy instytucje: Fundacja im. Stefana Batorego, Helsińska Fundacja Praw Człowieka i wspomniana wyżej Polska Sekcja MKP zawiązały koalicję w sprawie utworzenia Obywatelskiego Monitoringu Kandydatów na Sędziów (w skrócie OMKS). W informacji o tym projekcie³⁴ napisano m.in.: „Zamierzamy włączyć społeczeństwo obywatelskie w proces wyboru sędziów³⁵. Chcemy to osiągnąć poprzez wypracowanie rozwiązań modelowych, które pozwolą przedstawicielom społeczeństwa wziąć udział w publicznej debacie o kandydatach. Taka debata powinna się odbywać na podstawie ogólnie dostępnych informacji i w oparciu o obiektywne kryteria oceny”. Na spotkanie 13 listopada 2006 roku zostało zaproszonych 41 instytucji, w tym m.in.: TK, SN, NSA, RPO, odpowiednie komisje sejmowe i senackie, stowarzyszenia prawnicze i samorządowe zawodów prawniczych, KNP PAN, Komisja Prawnicza PAU, Amnesty International, Instytut Spraw Publicznych, Fundacja „Ius et Lex”, Polskie Towarzystwo Prawa Konstytucyjnego oraz 17 Rad Wydziałów Prawa i Administracji polskich uczelni³⁶.

³³ Art. 191 ust. 1 Konstytucji RP z 1997 r. mówi, że TK składa się z 15 sędziów, wybieranych indywidualnie przez Sejm, nie przesądzając sposobu zgłaszania kandydatów. Tak samo zresztą tylko aktu wyboru przez Sejm wymagała Konstytucja z 1952 r.

³⁴ www.monitoringsedziow.org.pl, zob. także : *Obywatelski monitoring kandydatów na sędziów. Raport z projektu monitoringu wyborów do Trybunału Konstytucyjnego w 2006 r.*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2007, s. 11. Opis tworzenia i rozwoju inicjatywy monitoringu zob.: Ł. Bojarski, *Obywatelski monitoring wyborów sędziów TK – nowa inicjatywa organizacji społecznych*, [w:] *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, Warszawa 2010, s. 175 a także cyt. tam literatura i źródła internetowe.

³⁵ Chodziło o wszelkich sędziów. W ramach niniejszych uwag nie podejmuje się problematyki powoływania sędziów sądów powszechnych, a zwłaszcza zagadnienia społecznego konsultowania ich kandydatów czy – jak w niektórych systemach konstytucyjnych – ich powszechnego wybierania, ponieważ wymaga to szerszej dyskusji.

³⁶ *Ibidem*.

Jednak monitoring wyboru sędziów Trybunału z 2006 roku nie przyniósł OMKS pełnej satysfakcji. Podsumowując go, 5 kwietnia 2007 roku stwierdzono: „wybory te odbyły się w sposób niewystarczająco przejrzysty, w pośpiechu oraz bez dostatecznej weryfikacji kwalifikacji kandydatów. Procedury wyborcze oraz przyjęta praktyka nie pozwoliły na przeprowadzenie rzeczywistej debaty publicznej [...] Nie sprzyja to budowaniu autorytetu państwa i Trybunału Konstytucyjnego”. Można dodać, że także część kandydatów wydawała się nie rozumieć sensu owej obywatelskiej i środowiskowej kontroli i nie przejawiała chęci udzielania stronie społecznej informacji na swój temat (na pięciu, uczynił to w pierwszej turze tylko jeden³⁷). Przytoczonej wyżej opinii OMKS towarzyszył apel, wzywający Prezydium Sejmu i kluby parlamentarne do zgłaszania kandydatów z wyprzedzeniem, wnioskodawców o podanie odpowiednich informacji o stawianych sędziom wymaganiach (wiedza prawnicza i nieskazitelný charakter), wnioskodawców i organy Sejmu o włączenie środowisk prawniczych w proces wyboru i oceny kandydatów, a wreszcie owe środowiska do aktywnego udziału w debacie³⁸.

Od tego czasu monitoring włączał się we wszystkie procedury wyborcze sędziów Trybunału Konstytucyjnego, z różnym skutkiem. I zależało to też od liczby wybieranych w danym momencie sędziów (jak wiadomo, w myśl Konstytucji z 1997 roku sędziowie TK wybierani są na indywidualne kadencje, zatem zaczynają się one i kończą w różnym czasie). OMKS wprowadził także praktykę opracowywania i upubliczniania tzw. profili kandydatów, prezentujących ich doświadczenie zawodowe, w tym dorobek naukowy i informujące o zaangażowaniu we współpracę ze stroną społeczną (informacja przekazana przez kandydata o swoim doświadczeniu i dorobku, odpowiedzi na pytania, deklaracja udziału w publicznej debacie), uznając, że przybliży to kandydatów opinii publicznej.

Szczególnie aktywny okazał się monitoring w 2010 roku, kiedy do składu Trybunału Konstytucyjnego powoływano czterech sędziów. Zaczęto od zwrócenia uwagi marszałka Sejmu na zbliżający się brzegowy termin zgłaszania kandydatów na owe cztery zwalniane miejsca sędziowskie. Monitorowanie zaczęło się więc od monitowania. W oświadczeniu z 4 października 2010 roku, koalicja OMKS w odpowiedzi na zadeklarowaną przez marszałka Sejmu gotowość do odbycia konsultacji ze środowiskami prawniczymi, wyrażała nadzieję, że tym razem Pre-

³⁷ *Raport...*, s. 23–29.

³⁸ APEL 05.04.2007. Wybór miał dotyczyć opróżnionego wskutek rezygnacji stanowiska sędziego TK.

zydium Sejmu skorzysta z prawa zgłaszania kandydatów wyłonionych przez te środowiska (m.in. szereg rad wydziałów prawa podjęło stosowne uchwały). Jak jednak wiadomo, nic takiego nie miało miejsca, za to mocno wybrzmiała cytowana wyżej opinia o „upartyjnieniu”.

Natomiast 16 listopada 2010 roku odbyła się, nie pierwsza, ale obszerna, debata zorganizowana przez OMKS i prowadzona przez znaną, zasłużoną sędzię SN, a więc pozbawioną smaku partyjności, braku profesjonalizmu czy stronniczości. W debacie wzięli udział czterej spośród sześciu zgłoszonych kandydatów, wyłonionych przez posłów (dwoje odmówiło udziału w debacie). Kandydatom postawiono kilka pytań związanych z zakresem kompetencji Trybunału Konstytucyjnego, koncepcją skargi konstytucyjnej i praktyką wobec niej TK oraz z kwestią podporządkowania prawa krajowego prawu UE. W dyskusji kandydatom zadawano pytania bardziej szczegółowe, ale w zasadzie wciąż związane z pracą Trybunału lub orzecznictwem (jak np. o ewentualny konflikt prawa polskiego z orzecznictwem ETPCz), jednak także o to, dlaczego wśród kandydatów nie ma kobiet?³⁹ Odpowiedzi, jakich udzielili kandydaci na sędziów, w większości profesorowie akademicki, miały charakter wypowiedzi typowych dla debaty naukowej i można by je uznać za swoisty wkład w kształtowanie doktryny konstytucyjnej⁴⁰.

Kiedy jednak w innej debacie, w 2012 roku kandydat zapytany o pogląd na prawną dopuszczalność związków partnerskich, odmówił odpowiedzi, wywołało to problem, czy sędziowie mają mieć poglądy czy mają być „nijacy”, czy ich poglądy mają być upubliczniane, czy to może skutkować koniecznością późniejszego wyłączenia się od orzekania itp.⁴¹, na co zresztą odezwał się b. prezes TK, Jerzy Stępień, z apelem „nie naciskajmy na sędziów, by ujawniali swoje poglądy”⁴². Taka dyskusja toczyła się także już wcześniej na tle wypowiedzi na ten temat sejmowej komisji sprawiedliwości⁴³. Nie rozwijając tego zagadnienia w niniejszym tekście, bo nie jest on poświęcony tej kwestii, można jedynie zauważyć, że łącze-

³⁹ W rzeczywistości wśród kandydatów była kobieta, nie wzięła jednak udziału w debacie.

⁴⁰ Kandydaci do Trybunału w Fundacji Helsińskiej PAP z 16 listopada 2010 r.; E. Siedlecka, *Kandydaci do Trybunału obywatelsko wysłuchani*, „Gazeta Wyborcza”, 17 listopada 2010.

⁴¹ *Ibidem*, przyp. 21.

⁴² www.forsal.pl/artykuly/636229,stepien_nie_naciskajmy_na_sedziow_trybunalu_konstytucyjnego_by_ujawniali_swoje_poglady.html.

⁴³ E. Siedlecka, *O co nie wolno zapytać przyszłego sędziego*, www.wyborcza.pl/1,768428904192,O_co_nie_wolno_zapytac_przyszlego_sedziego.html#ixzz2lvhbvlhi.

nie nazwiska sędziego z określoną, wysuwającą jego kandydaturę partią polityczną, jest nawet czymś więcej, niż ujawnianiem jego poglądów, jest przypisywaniem mu poglądów, których zresztą często nie ma.

Opinie, niekiedy dość ostre, prezentowane zwłaszcza w ostatnich latach w mediach, odnoszące się nie tylko do sposobu wyboru sędziów TK, ale i do kwalifikacji kandydatów oraz społeczny monitoring procedury wyborczej, były zapewne m.in. przyczyną podjęcia zmiany tej sytuacji w projekcie nowej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Ale jak wspomniano wyżej – w ramach obowiązującej Konstytucji.

Gdyby polski ustawodawca konstytucyjny z 1997 roku choć częściowo wzorował się na konstytucjach innych państw europejskich, zapewne również choć częściowo zdywersyfikowałby sposób powoływania sędziów TK. Tam bowiem występują różne warianty powoływania, z reguły jednak procedura nie jest zmonopolizowana w ręku jednej izby parlamentu, a jeśli nawet tak – to wnioski zgłasza odrębny podmiot lub podmioty, a w najrzadszych przypadkach tym podmiotem jest specjalna komisja parlamentarna i wówczas konstytucja wymaga dodatkowo dla wyboru kwalifikowanej większości głosów⁴⁴. Jeśli parlament jest dwuizbowy – na ogół obie izby uczestniczą w określony sposób w tej procedurze, często też z udziałem innego podmiotu. Najczęściej funkcja wyboru sędziów sądu konstytucyjnego „dzielona” jest między parlament (obie izby), głowę państwa i sąd najwyższy, oczywiście w różnych konfiguracjach.

Tak np. we Włoszech po jednej trzeciej powołuje ich prezydent Republiki, parlament (obie izby łącznie) oraz wyższe sądownictwo powszechne i administracyjne. W Austrii prezydent federalny mianuje połowę z 12 sędziów i 6 zastępców oraz prezesa i wiceprezesa na wniosek rządu, zaś drugą część na propozycje po połowie Rady Narodowej i Rady Federalnej. We Francji Rada Konstytucyjna wybierana jest po jednej trzeciej przez każdą z izb i przez Sąd Najwyższy (wchodzi w jej skład ponadto z urzędu byli prezydenci)⁴⁵. W Portugalii 10 sędziów wybiera Zgromadzenie Narodowe, w tym 6 spośród już funkcjonujących sędziów innych sądów, zaś trzech dokooptowuje sam Sąd Konstytucyjny.

⁴⁴ Ale nawet to jest w literaturze krytykowane, jako nieprowadzące do uniknięcia upartyjnienia kandydatów, bowiem partie wzajemnie świadczą sobie przysługę. D. Rousseau, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie*, tłum. M. Granat, Warszawa 1999, s. 40.

⁴⁵ Autor cytowany powyżej uważa, że to także nie chroni przed wyborem jednej opcji politycznej, co się zdarzało w różnych okresach. Ale trzeba pamiętać, że Rada Konstytucyjna nie jest formalnie sądem i ma uprawnienie tylko w zakresie kontroli prewencyjnej.

Także w przypadku sądów konstytucyjnych w „nowych” państwach demokratycznych Europy Środkowej i Wschodniej, które to sądy najczęściej tworzone były dopiero w wyniku transformacji, powoływanie sędziów odbywa się w procedurach uwzględniających udział różnych podmiotów. Tak więc w Republice Czeskiej 15 sędziów mianuje prezydent za zgodą Senatu. W Republice Słowackiej na wniosek jednoizbowej Rady Narodowej 13 sędziów powołuje prezydent spośród podwójnej liczby kandydatów, w Albanii na 9 sędziów, 5 powołuje Zgromadzenie Ludowe, 4 – prezydent, podobnie w Armenii. Jeśli wybór należy tylko do parlamentu – to zdywersyfikowane są wnioski personalne. I tak w Republice Litewskiej Sejm powołuje po 3 sędziów na wniosek Prezydenta, Przewodniczącego Sejmu i przewodniczącego Sądu Najwyższego, w Rosji Rada Federacji, czyli izba reprezentująca podmioty federacji, na wniosek prezydenta, w Estonii Sąd Państwowy, posiadający kompetencje w sprawach kontroli konstytucyjności, powoływany jest przez parlament na wniosek przewodniczącego tego Sądu, w Chorwacji – sędziów konstytucyjnych wybiera parlament na wniosek komisji do spraw konstytucji, podobnie – jak we wspomnianym wyżej przypadku – na Węgrzech, na wniosek komisji nominacyjnej.

Zainteresowani konsultacjami społecznymi i środowiskowymi przedstawiciele organizacji prawniczych tworzących OMKS sięgnęli także do doświadczeń amerykańskich, konsultując rozwiniętą procedurę oceny kandydatów na sędziów federalnych. W Stanach Zjednoczonych dokonuje tego stała komisja ABA, czyli stowarzyszenia adwokatów (American Bar Association), jako *Judicial Evaluation Committee* i określając kryteria tej kontroli⁴⁶.

To tylko kilka przykładów, bez zamiaru prezentowania jakichś pełnych danych. Co więcej – nie ma wcale gwarancji, że te metody zapewniają zarówno najwyższy poziom profesjonalny, jak i brak wpływu partyjnego na skład sądu, jednak wszędzie widać pewne staranie, aby dać szansę wyborowi apolitycznemu lub co najmniej zróżnicowanemu, a co istotniejsze nawet – stworzyć procedurę, w której nie oddaje się całego postępowania w ręce tylko jednej izby parlamentarnej i to tej, która ma decydujący wpływ na stanowienie ustawy.

⁴⁶ The ABA standing committee on federal Judiciary. What It Is and How it Works, 2005. Strona komisji: www.abanet.org/scfedjud. Przykładowo w 2002 r. Komisja ewaluacyjna ogłosiła następujące kryteria: „integrity, legal knowledge, legal ability, judicial temperament, diligence, punctuality, health, age, professional experience” [„a także inne cechy charakteru i zdolności (*ability*), które Komisja będzie definiować z zastrzeżeniem akceptacji ciała powołującego Komisję”], www.chicagobar.org/public/attorney/judicial/guidelines.asp [10.04.2006].

Powoływanie członków Trybunału Konstytucyjnego przez Sejm, które na gruncie Konstytucji PRL miało zapewnić posiadanie nad nimi władzy politycznej, teoretycznie naganne, choć wytłumaczalne, nie przyniosło w praktyce – jak to widać było na przykładzie pierwszej obsady – tylu wątpliwości, co zachowanie tego stanu rzeczy w systemie demokratycznym, gdy stało się swoistym instrumentem upartyjnienia tej procedury, swego rodzaju partyjnego przeciągania swoich kandydatów, a choćby tylko publicznych propagandowych enuncjacji ze strony tych partii, które przegrały. Także od strony teoretycznej pozostawienie całości obsady stanowisk sędziowskich Trybunału w jednej izbie nie było trafne. Po pierwsze choćby dlatego, że orzeczenia stały się ostateczne. Nikt nie podejrzewa, aby Sejm jako całość, dysponując prawem powołania sędziego mógł kalkulować, która kandydatura może być dla losu ustaw łagodniejsza, choć taka interpretacja tego faktu pozostaje uprawniona, ale już bardziej wiarygodne jest podejrzenie, że poszczególne partie polityczne liczą „na względy” wysuniętych przez siebie kandydatów, a zwłaszcza na promowanie lub kwestionowanie przez nich przepisów popieranych lub niechcianych przez daną opcję. A w każdym razie nie chcą, aby w Trybunale znalazła się tylko jedna opcja, zwłaszcza konkurencyjna. Po drugie – od dawna parlament polski jest dwuizbowy, a druga izba też uczestniczy w uchwalaniu ustaw i w parlamentach dwuizbowych często włącza się ją do procedury powoływania sędziów konstytucyjnych. Po trzecie wreszcie – podział władzy także zobowiązuje, tym bardziej, że Trybunał Konstytucyjny jest włączony do władzy sądowniczej, a nie jak poprzednio, sąsiadując z NIK – był podobnie organem z domniemanym powiązaniem z Sejmem. Prezydent, jako organ powołany do czuwania nad przestrzeganiem konstytucji i w sensie prawnym apartyjny, jest kwalifikowany do udziału w kształtowaniu składu TK, a nawet powinien dbać o gwarancje niezawisłości sędziów konstytucyjnych. W efekcie żadna z tych możliwości nie jest idealna, ale ta przyjęta przez Konstytucję RP i aktualną ustawę o TK – najmniej⁴⁷. Dlatego, skoro nie zakłada się zmiany konstytucji, postanowiono szukać procedur subsydiarnych.

I te subsydiarne procedury zostały z jednej strony zaproponowane przez organizacje pozarządowe skupione w OMKS⁴⁸, z drugiej zaś

⁴⁷ W literaturze konstytucyjnoprawnej pogląd o konieczności zmiany konstytucji w tym zakresie jest często spotykany, zob. m.in. szereg wypowiedzi zaprezentowanych w tej kwestii w *Ankiecie konstytucyjnej*, red. B. Banaszak, J. Zbieranek, Warszawa 2011.

⁴⁸ Szereg przywoływanych w niniejszym tekście informacji o działalności OMKS pochodzi z uprzejmie udostępnionych autorce zbiorów dokumentacji prof. Z. Lasocika oraz dokumentacji Biura TK.

w swoisty sposób realizowanie funkcji kontroli społecznej przejęły media. To obu tym podmiotom zawdzięcza zapewne projekt nowej ustawy dostrzeżenie problemu⁴⁹. Toteż w zgłoszonym w 2013 roku projekcie ustawy o TK znalazły się propozycje w tym zakresie. W odniesieniu do kwestii, o których mowa, projekt szeroko włącza różne instytucje do procesu wskazywania kandydatów. W uzasadnieniu projektu czytamy: „Proponowana procedura desygnowania *kręgu kandydatur* na stanowisko sędziego Trybunału wychodzi naprzeciw postulatowi uspołecznienia procesu doboru osób istotnie wyróżniających się wiedzą prawniczą oraz zapewnienia posłom i Sejmowi odpowiedniej wiedzy o dorobku i walorach osobowych kandydatów na ten, jeden z najważniejszych we współczesnym państwie demokratycznym, urząd publiczny”. Do *kręgu podmiotów* upoważnionych ustawowo do desygnowania *kręgu kandydatów na kandydatów*, projekt ustawy zalicza: Zgromadzenia Ogólne SN i NSA, KRS, KRP, odpowiednie organy samorządów zawodów prawniczych, akademickie rady wydziałów prawa uprawnione do nadawania stopnia doktora habilitowanego, radę naukową INP PAN, KNP PAN i Komisję Prawniczą PAU oraz grupę co najmniej 15 posłów (ten podmiot wymieniony jest jako pierwszy)⁵⁰.

Można dyskutować nad doborem tego grona podmiotów, ale przede wszystkim widać, że nie ma tu Senatu ani senatorów, co wskazuje na zachowanie monopolizacji tej procedury – zgłaszania prekandydatów – tylko w Sejmie. Oznacza to zakonserwowanie uprawnienia tylko tej izby, nabytego w 1982 roku (wtedy drugiej nie było) i petryfikowanego

⁴⁹ Znamienny może być fakt, że społeczne wątpliwości, co do trybu wyboru sędziów, podzielił sam TK, który był „roboczym” konsultantem wnioskodawcy (Prezydenta RP), a konkretnie autorem projektu. Ten fakt wywołał zresztą dość gwałtowny protest poseł K. Pawłowicz, ogłoszony w prasie i zaprezentowany w pracach sejmowych (*Sędziowie we własnej sprawie*, „Rzeczpospolita”, 19 lutego 2014, s. A11, także: rp.pl/opinie), uznającej, że w ten sposób TK stał się sądem we własnej sprawie. Także w jednej z opinii wspomnianych na wstępie dostrzega się pewną niezręczność tej okoliczności. Trzeba pamiętać, że nie po raz pierwszy TK uczestniczył autorsko w pracach nad ustawą o TK. Przemawiają za tym dwie okoliczności: po pierwsze jego najlepsza znajomość „materii” i doświadczenie „od wewnątrz”, po drugie – brak wymagań sformalizowanej procedury przygotowania projektu przez wnioskodawcę, którym jest Prezydent (podobnie jak przez grupę posłów) w sytuacji, gdy Prezydent RP, jako czuwający nad przestrzeganiem konstytucji, jest właściwym wnioskodawcą (cyt. autorka twierdzi, że projekt powinien być w całości i wyłącznie przygotowany w Sejmie). Ale można było zapewne przygotować projekt Prezydenta RP w sposób nieco mniej identyfikujący „przedmiot z podmiotem” regulacji. Nie uszczupla to jednak kompetencji ustawodawczych parlamentu.

⁵⁰ Art. 20 projektu, druk nr 1590.

w 1997 także poprzez konsekwentne utrzymywanie podmiotów uprawnionych do ostatecznego zgłoszenia kandydatów na sędziów TK, czyli grupy co najmniej 50 posłów i Prezydium Sejmu. Zresztą jest to wyrażenie w uzasadnieniu podkreślone słowami „tak jak dotychczas”.

Ale tu pojawia się bardziej teoretyczny problem, a mianowicie, czy zgodne z konstytucyjnym wymogiem wyboru sędziów przez Sejm jest wskazanie też innych, pozasejmowych podmiotów (zwłaszcza społecznych) uprawnionych do wysuwania kandydatów na kandydatów. Przy czym trzeba dodać, że kandydaci ci wprawdzie stanowią grono, spośród którego ostatecznie grupy posłów i Prezydium Sejmu (i jedynie one) mogą czerpać kandydatów „finalnych”, ale nie wyczerpują możliwości, bowiem tych prekandydatów zgłaszać też mogą swobodnie 15-osobowe grupy posłów. Uzasadnienie projektu wskazuje, że jest to „uprawnienie konsekwentnie łączące się z późniejszą realizacją poselskiego prawa do zgłaszania kandydatów na stanowisko sędziego Trybunału”. I rzeczywiście. W ten sposób kluby zgłoszą – jak teraz – swoich kandydatów w „prawyborach”, a potem będą ich konsekwentnie zgłaszać i promować w wyborach właściwych. Partie większościowe będą miały większą szansę skutecznego wyboru „swoich”, niż inne partie sejmowe. Nie zmieni to więc szczególnie sytuacji. Chyba, że w ślad za zmianami ustawowymi, albo i bez nich, także Regulamin Sejmu podejmie wysiłek zniwelowania atmosfery partyjnego wyboru bezpartyjnych sędziów.

Nie wyjaśnia to nadal wątpliwości konstytucyjnych, choć wskazuje, że dopuszczenie środowisk społecznych i profesjonalnych do procedury wyboru sędziów ani nie musi być groźne dla uprawnień poselskich, ani nie musi przynieść spodziewanych rezultatów opinii publicznej. Jeśli przyjrzeć się powoływaniu innych organów państwa, których wyboru dokonuje Sejm (np. RPO, prezes NIK, TS), to pomijając, że niekiedy włączony jest inny podmiot (Senat), ustawy konkretyzują to przez wskazanie, grupa ilu posłów względnie jaki organ sejmowy (Marszałek) mogą zgłaszać kandydatów. Czyli podobnie jak w przypadku obecnej regulacji ustawy o TK. Nie ma przykładów ustawowego poszerzania tej listy. Ale Konstytucja RP podsuwa tu także inny przykład. Art. 125 stanowi, że referendum ogólnokrajowe ma prawo zarządzić Sejm. I tylko tyle w kwestii zarządzenia referendum przez Sejm⁵¹. Gdyby zastosować rozumowanie analogiczne, powinno się dojść do wniosku, że skoro Konstytucja uznaje prawo Sejmu do zarządzenia referendum, to tylko podmioty sejmowe powinny być uprawnione do wnioskowania o jego

⁵¹ Abstrahuje się tu od faktu, że prawo to ma także Prezydent RP (za zgodą Senatu), bo dla rozumowania nie ma to znaczenia.

przeprowadzenie. Tymczasem ustawa o referendum ogólnokrajowym w art. 61 przewiduje możliwość wniosku Senatu, Rady Ministrów i obywateli. Tyle, że ani obsada tamtych urzędów, ani zgłaszane przez obywateli wnioski o przeprowadzenie referendum, nie wywoływały takiej burzy publicznej i politycznej, jak niektóre wybory sędziów TK. Skoro zatem problem objawił się jako społeczny – poszukiwanie rozwiązania wydaje się racjonalne i być może należałoby ustalić, jakie minimum proceduralne nie narusza prawa Sejmu do wyboru sędziów, biorąc pod uwagę *ratio* tej decyzji, rodowód tej procedury z 1952 roku (prawda, że potwierdzonej w roku 1997), warunki państwa prawnego i aspiracje społeczeństwa obywatelskiego. Można też uznać, że wysuwanie kandydatów przez różne podmioty profesjonalno-środowiskowe jest swoistą formą potwierdzenia ich wyróżniającej wiedzy prawniczej. Chociaż zamiast wysuwania kandydatów można byłoby wprowadzić konsultowanie kandydatur wysuniętych przez podmioty sejmowe. To zapewne nie mogłoby wywoływać pretensji o niekonstytucyjność, ale może także niechętnie byłoby przyjęte, skoro już dziś niektórzy kandydaci odmawiają poddania się takiej procedurze. Prawdą jest, że musiałaby ona być starannie uregulowana.

Tak więc nowe propozycje w zakresie wyboru sędziów TK próbują otwierać tę procedurę na społeczne konsultacje i udział różnych podmiotów środowiska prawniczego w desygnowaniu kandydatów na kandydatów. Trudno nie uznać, że jest to postępek w poszerzaniu społecznego udziału w powoływaniu sędziów, tyle tylko, że postulat wywołuje zastrzeżenia konstytucyjne⁵². Natomiast przyjęcie postanowień projektu ustawy w istotny sposób może wpłynąć na czasowy aspekt procedury. W myśl projektu wyznaczone zostaną ramy czasowe poszczególnych czynności, w tym zwłaszcza ich wszczęcie na 6 miesięcy przed upływem kadencji poszczególnych sędziów czy sędziego⁵³, pozostawiający wspomnianym podmiotom 2 miesiące na wyłanianie kandydatów, a potem, kiedy już alfabetyczna lista jest podana do publicznej wiadomości, przeznaczenie 3 miesięcy na konsultacje, przesłuchania i społeczny moni-

⁵² Część cytowanych opinii nie dostrzega tu niezgodności z konstytucją. Natomiast bardzo ostro sformułowała ten zarzut K. Pawłowicz (*op. cit.*), wskazując nie tylko na naruszenie Konstytucji RP przez włączenie pozasejmowych podmiotów do procedury desygnowania prekandydatów, ale także przez ograniczenie biernego prawa wyborczego prawników nieznajdujących się „w orbicie działania” uprawnionych do tego instytucji oraz posłów i senatorów przed upływem odpowiedniej karencji.

⁵³ Art. 19 projektu. Terminy te ze zrozumiałych względów będą skrócone w przypadku nagłego wakatu (art. 25).

toring, którego domagają się organizacje pozarządowe. Kontrastuje to znacząco z dotychczasową praktyką⁵⁴. Trudno tylko dopatrzeć się przepisu o obowiązku poddania się kandydatów – może zwłaszcza tych „sejmowych”, mających największe szanse wyboru – owym przesłuchaniom społecznym. Być może przepisy te mogłyby znaleźć się w Regulaminie Sejmu, w zakresie, w jakim nie dotyczą praw i obowiązków, nie objętych art. 112 Konstytucji RP. Także i w tym przypadku może pojawić się bowiem pytanie, czy ustawa, która powinna regulować organizację i tryb postępowania TK, powinna wkraczać w kwestie procedury wyborczej. Taki pogląd (nie tylko w stosunku do tego przypadku) wychodzi moim zdaniem z błędnego założenia, że odesłanie określonej regulacji do ustawy nie pozwala na ustawową regulację innych zagadnień. Ustawa jest aktem rozwijającym i precyzującym konstytucję zgodnie ze swobodą ustawodawcy i należy to do konsekwencji wyższej mocy prawnej konstytucji jako ustawy zasadniczej⁵⁵. Może ona zatem uregulować także inne kwestie, niż tylko wyznaczone w konkretnym upoważnieniu, a w konkretnym przypadku wskazuje na to tytuł ustawy „o Trybunale Konstytucyjnym”. Może natomiast powstać kwestia wyboru materii w kontekście art. 112. Tam, gdzie sprawa wyraźnie i wyłącznie dotyczy materii regulaminowej – powinna ustąpić pola Regulaminowi Sejmu. Ale jeśli dotyczy praw i obowiązków innych podmiotów – już nie.

Nowy i ważny jest też przepis o czteroletniej karencji między kandydowaniem na stanowisko sędziego TK a pełnieniem mandatu posła lub senatora. Obecne przesiadanie się z ław parlamentarnych wprost na fotel w Trybunale Konstytucyjnym skutkowało nie tylko koniecznością wyłączenia się z orzekania w przypadku niektórych ustaw, ale mogło budzić nieufność co do rzetelnego traktowania apolityczności stanowiska sędziego przez osobę, która na jego rzecz dopiero co zamieniła *par excellence* polityczną funkcję parlamentarzysty.

Tych kilka refleksji dotyczących sposobu powoływania w Polsce sędziów Trybunału Konstytucyjnego nie wyczerpuje zagadnienia. Propo-

⁵⁴ Krytykowany krótki czas między ogłoszeniem kandydatury a głosowaniem w procedurze wyboru wynosił w różnych przypadkach od 27 do 6 dni. Zob. Ł. Bojarski, *op. cit.*, s. 178.

⁵⁵ Nie zakwestionowano dotychczas w sposób przekonujący tej zasady, wyrażonej m.in. przez S. Rozmaryna: „Nie ograniczamy obowiązku pozytywnego działania ustawodawcy dla realizacji norm konstytucyjnych jedynie do tych postanowień konstytucji, w których wyraźnie przewidziane jest wydanie określonych ustaw «wykonawczych» [...] Dotyczy to każdej normy konstytucyjnej bez względu na to, czy ustawa zasadnicza [...] «odsyla» do ustaw zwykłych czy nie”, *Konstytucja jako ustawa zasadnicza PRL*, Warszawa 1967, s. 163.

nowane zmiany ustawy o TK, w zakresie o którym mowa, odpowiadają kierunkowi postulatów organizacji pozarządowych, reprezentujących opinię publiczną. I choć będą mieć zapewne społeczne poparcie, zostaną także rozpatrzone z punktu widzenia zgodności z Konstytucją RP – która, w odniesieniu zwłaszcza do tych spraw, powinna być jednak zmieniona.

**PAŃSTWO PRAWA
W UNII EUROPEJSKIEJ
I W SYSTEMIE PRAWNYM RADY EUROPY**

KLAUS STERN*

DIE BINDUNGSWIRKUNG UND DER ANWENDUNGSBEREICH DER GRUNDRECHTE DER GRUNDRECHTE-CHARTA DER EUROPÄISCHEN UNION

Auch wenn die EU-Grundrechte-Charta für Polen und Großbritannien unter späterem Anschluss seitens der Tschechischen Republik gemäß Art. 1 und 2 „Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich“ vom 13. Dezember 2007 (ABl. 2008, Nr. C 115) in ihrer Anwendung gewisse, noch wenig geklärte Einschränkungen erfährt, so steht ihre grundsätzliche Geltung auch für Polen nicht in Zweifel¹. Deshalb ist es berechtigt, angesichts der vielen offenen Fragen zu Anwendungsbereich und Bindungswirkung der Charta-Grundrechte auch in einer Festschrift für einen hochverdienten polnischen Kollegen einige vertiefende Ausführungen zu machen.

* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus K. Stern, Universität zu Köln. Assessor *Andreas Hamacher* danke ich für engagierte Unterstützung bei der Erarbeitung dieses Beitrags.

¹ Vgl. ferner die Erklärungen Nr. 60 und 61 Polens dazu, ABl. 2007, Nr. C 306/270); s. auch A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 20 f.; J. Schwarze, ebda. Einf. Rn. 30; R. Streinz, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, Rn. 758; ders. W. Michl, in: R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV-Kommentar*, 2. Aufl. 2012, Art. 51 GR-Charta Rn. 16.

DIE BINDUNGSWIRKUNG DER ORGANE UND STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION

Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union entfaltet ihre Bindungswirkung nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh zunächst in Bezug auf die Europäische Union als solche, was angesichts ihres Primärrechtsscharakters selbstverständlich ist, und ferner auch hinsichtlich der Mitgliedstaaten, soweit sie mit „der Durchführung des Rechts der Union“ befasst sind. Im Rahmen der Arbeit des Grundrechtekonvents zeigte sich frühzeitig, dass es zahlreichen Vertretern in erster Linie darauf ankam, die Union und erst nachrangig die Mitgliedstaaten an die Bestimmungen der Charta zu binden.² Die Grundrechtsbindung der Europäischen Union erfährt dabei durch Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh eine feingliedrigere institutionelle Ausdifferenzierung dergestalt, dass die Charta „für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ und zwar „unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips“ gilt. Vor diesem Hintergrund bedarf es einer genaueren Betrachtung, welche europäischen Einrichtungen und Institutionen von diesem „Adressaten-Dreiklang“ erfasst werden.

Mit dem Begriff der „Organe“ dürften die Europäischen Institutionen gemeint sein, die durch die Verträge mit besonderer Hoheitsgewalt ausgestattet worden und in funktioneller Hinsicht am ehesten mit den obersten Staatsorganen der Mitgliedstaaten zu vergleichen sind, wobei sich der Aufgabenzuschnitt bei grundsätzlicher Vergleichbarkeit teilweise jedoch erheblich von demjenigen staatlicher Organe unterscheiden kann. In Gestalt einer spiegelstrichartigen Auflistung finden die „Organe der Union“ in Artikel 13 EUV ihre primärrechtliche Verankerung: „– das Europäische Parlament, – der Europäische Rat, – der Rat, – die Europäische Kommission [...], – der Gerichtshof der Europäischen Union, – die Europäische Zentralbank, – der Rechnungshof“. Zusätzlich kennt Art. 13 Abs. 4 EUV noch den „Wirtschafts- und Sozialausschuss“ sowie den „Ausschuss der Regionen“, die in zutreffender Kategorisierung als „Nebenorgane“³ bezeichnet werden. Unabhängig von der Frage, ob

² Vgl. hierzu und zur Genese der Norm die Ausführungen von M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 2 ff. (auch Rn. 16 m. weit. Nachw.).

³ Vgl. etwa A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 13 EUV Rn. 23. Später ordnet A. Hatje, diese Nebenorgane systematisch nicht den „Organen“, sondern den „Einrichtungen und sonstigen Stellen“ zu, ebda., Art. 51 GRC Rn. 11. Der Beitrag von R. Streinz, *Die verschiedenen unionalen Grundrechtsquellen in ihrem Zusammenspiel*, ZöR 68 (213), konnte nicht mehr

diese Nebenorgane auch im Rechtssinne zu den Organen des Art. 13 EUV zählen oder ob sie vielmehr „Einrichtungen oder sonstige Stellen“ der EU darstellen, sind außerhalb der in Art. 13 EUV genannten keine weiteren „Organe“ der Europäischen Union existent. Nähere Vorschriften zu den Organen der Europäischen Union finden sich in Art. 223 ff. AEUV, ohne dass dadurch der Kreis der Organe erweitert wird.

Ungewiss dürfte derzeit sein, ob eine genaue begriffliche Differenzierung zwischen „Einrichtungen“ und „sonstigen Stellen“ der Union gelingen kann oder ob es sich mit *A. Hatje* um eine einheitliche „Aufgangskategorie“ handelt, unter die „alle Stellen der Union“ zu fassen sind, „die ohne Organ zu sein, die Grundrechte des Einzelnen beeinträchtigen können“⁴. Wo die genaue Trennlinie zwischen „Einrichtungen“ und „sonstigen Stellen der Union“ verläuft, dürfte sich als rechtliches „non liquet“ erweisen. So verwundert es daher kaum, dass in der Literatur teilweise auf eine vertiefende Erörterung der Begriffsdifferenzierung verzichtet und vielmehr ein einheitlicher Oberbegriff, mit dem die drei benannten Arten europäischer Institutionen zusammengefasst werden, gebildet wird.

M. Borowsky ist in seiner Analyse zu folgen, dass mit der Bezeichnung „Stelle“ ein „etwas blasser Oberbegriff für die Grundrechtsverpflichteten“ gefunden worden ist, da er insbesondere hinsichtlich seiner Abgrenzung zum Begriff der „Einrichtungen“ jegliche Trennschärfe vermissen lässt. Will man unter den Begriff der „Einrichtungen“ „alle weiteren Stellen“ fassen, „die durch die Gründungsverträge oder durch sekundäre Rechtsakte geschaffen worden sind“⁵, muss neben der zu beklagenden Blässe des Begriffs auch sein eigenständiger Bedeutung Gehalt ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Eines wird jedenfalls deutlich: Sobald die Europäische Union in hoheitlicher Weise aktiv wird, soll eine Bindung an die Verpflichtungen aus der Charta bestehen, so dass insofern von einer weiten Auslegung der gewählten Begriffe auszugehen ist. Es soll auf diese Weise nicht zuletzt verhindert werden, dass sich die Union ihrer Grundrechtsbindung durch die Wahl ihrer Handlungsform und ihrer Vorgehensweise in institutioneller Hinsicht entziehen kann.

Konsequent ist es vor diesem Hintergrund, dass auch juristische Personen des Privatrechts, hinsichtlich derer der Europäischen Union

berücksichtigt werden. In ihrer Grundtendenz stimmen beide Untersuchungen überein.

⁴ So *A. Hatje*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 11.

⁵ So *M. Borowsky*, in: *J. Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 18 f.

eine beherrschende Stellung zukommt, ebenfalls von der grundrechtlichen Bindungswirkung der Charta erfasst sind.⁶

DIE BINDUNGSWIRKUNG DER MITGLIEDSTAATEN DER UNION

Die Bindungswirkung der Charta in Bezug auf die Mitgliedstaaten der Union beschränkt sich auf die Fälle, in denen die Mitgliedstaaten in besonderer Weise mit der Wahrnehmung unionsrechtlicher Belange befasst sind. Dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh gemäß soll die mitgliedstaatliche Bindungswirkung nur „bei der Durchführung des Rechts der Union“ anzunehmen sein; diese Bindungswirkung ist exklusiv. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur umfassenden Bindungswirkung, die für die Mitgliedstaaten von den europäischen Grundfreiheiten nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften im Rahmen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ausgeht. Ähnliches gilt im Hinblick auf die Bindungsreichweite des Diskriminierungsverbotes „aus Gründen der Staatsangehörigkeit“ im Sinne des Art. 18 AEUV.

Ein wortlautgetreues Bindungsverständnis der Mitgliedstaaten nach Maßgabe des Art. 51 EU-GRCh stößt im wissenschaftlichen Schrifttum auf beachtliche Kritik, wobei insbesondere die Indisponibilität der Regelung als solche sowohl in Gestalt angenommener Erweiterungen⁷ als auch im Hinblick auf stärkere Begrenzungen des Anwendungsbereichs⁸ in Frage gestellt wird. Insofern komme manchen Regelungen im Rahmen bestimmter Charta-Gewährleistungen im Einzelfall ein spezialge-

⁶ Vgl. H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 3 m. weit. Nachw.; hierbei handelt es sich um die konsequente Weiterentwicklung des Gedankens, dass sich ein Grundrechtsverpflichteter durch die Verlagerung seiner Tätigkeit in Formen des Privatrechts nicht seiner Grundrechtsbindung entledigen darf, vgl. hierzu M. Borowsky, in: J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 16.

⁷ So ist H.D. Jarass der Auffassung, dass nach Maßgabe der spezifischen Grundrechtsregelungen eine Bindungswirkung bezüglich der Mitgliedstaaten eintreten könne, die über die Maßgabe des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh hinausreicht, vgl. H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 11, wobei er diesbezüglich ausdrücklich Art. 21 Abs. 2 sowie Art. 45 der Grundrechte-Charta in Bezug nimmt.

⁸ Vgl. M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 20; ferner auch mit einem Verweis auf die Art. 42 – 44 EU-GRCh, H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 11.

setzlicher Charakter zu,⁹ der bewirken kann, dass die betreffende speziellere Regelung die Vorgaben aus Art. 51 EU-GRCh als *lex generalis* zu verdrängen imstande sein soll. Soweit die Mitgliedstaaten durch entsprechende spezialgesetzliche Gewährleistungen von der Bindungswirkung im Einzelfall exkludiert sind, verbleibt dennoch gewissermaßen ein „Bindungsrest“, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, etwaige Inanspruchnahmen von Rechten nach Maßgabe der Charta nicht durch eigene Maßnahmen oder sonstige Handlungsweisen zu behindern.

Zur genauen Ermittlung der Reichweite der auf die Charta der Grundrechte bezogenen Bindung der EU-Mitgliedstaaten bedarf es zunächst einer Klärung, unter welchen Voraussetzungen überhaupt davon ausgegangen werden kann, dass in der konkreten Situation eine „Durchführung des Rechts der Union“ durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union vorliegt.

Das „Recht der Union“ schließt alle europäischen Rechtsakte primär- und sekundärrechtlicher Art ein, wobei auch besondere Handlungsformen, die der Union im Einzelfall zur Verfügung stehen, von diesem Begriff umfasst werden.¹⁰ In Bezug auf die grundrechtliche Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten wird nicht nach den verschiedenen Stufen des Unionsrechts differenziert. Auch wenn der Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh *prima facie* in eine andere Richtung zu deuten scheint, gilt die Grundrechtsbindung freilich nicht nur für die Mitgliedstaaten als solche, sondern auch für alle staatlichen Institutionen und sonstigen Stellen, die *eo ipso* hoheitliche Befugnisse ausüben oder vom Staat mit der Wahrnehmung seiner Befugnisse und Interessen beauftragt sind. Insofern ist es angebracht, den für die Union normierten Dreiklang „Organe, Einrichtungen und sonstige Stellen“ auch auf die Mitgliedstaaten zu übertragen.¹¹

Ein Mitgliedstaat der Europäischen Union ist aber immer dann nicht mit der Durchführung des EU-Rechts befasst, wenn er solche Maßnah-

⁹ Als „*leges speciales*“ bezeichnet A. Hatje, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 8 insbesondere diejenigen Gewährleistungen, die „ausdrücklich nur die Union“ als Grundrechtsadressaten nennen.

¹⁰ Vgl. insoweit A. Hatje, in: J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 14; einschränkend bzgl. des primären Unionsrechts mit dem Zusatz „soweit es die Mitgliedstaaten bindet“, H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 15.

¹¹ So etwa H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 12 unter Bezugnahme auf H.-W. Rengeling, P. Szczekalla, *Grundrechte in der Europäischen Union*, 2004, Rn. 330 m. weit. Nachw. S. auch EuGH, NJW 2013, S. 1415 Rn. 19 ff.

men ausführt oder vornimmt, die allein auf innerstaatlichen Rechtsnormen des handelnden Staates gründen. „Beruht“ die Maßnahme des Mitgliedstaates im konkreten Einzelfall hingegen auf unionalem Recht oder wird seine Handlung in sonstiger Weise durch das Recht der Europäischen Union zumindest partiell „determiniert“¹², so ist grundsätzlich von einer mitgliedstaatlichen Durchführung von Unionsrecht auszugehen.

Im Kern werden damit zwei Situationen erfasst: zum einen die mitgliedstaatliche Umsetzung, zum zweiten die vom Mitgliedstaat verantwortete Vollziehung unionalen Rechts. Mit *H. D. Jarass* und *S. Beljin* kann insofern eine Kategorisierung der genannten mitgliedstaatlichen Maßnahmen in eine „normative“ und eine „administrative Durchführung“ vorgenommen werden, die im Bereich der mitgliedstaatlichen Justiz und der Rechtsanwendung durch Aspekte der „judikativen Durchführung“ unionalen Rechts abgerundet werden.¹³

Soweit eine Richtlinie der Europäischen Union durch einen mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsakt umgesetzt wird, kann eine Überprüfung der Grundrechtskonformität, die zunächst die Richtlinie und sodann den nationalen Umsetzungsakt in den Blick nimmt, dazu führen, dass letzten Endes eine doppelte Auslegung zum Zwecke der Herbeiführung von Charta- und allgemeiner europäischer Grundrechtskonformität notwendig wird.¹⁴

Die mitgliedstaatliche Grundrechtsbindung erstreckt sich jedoch nicht auf weitergehende Maßnahmen, die auf Seiten der Mitgliedstaa-

¹² So ebenfalls H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 16 m. weit. Nachw.

¹³ Vgl. zu den zitierten Begrifflichkeiten die Ausführungen bei H.D. Jarass, S. Beljin, *Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, NVwZ 2004, S. 1 ff. (S. 6 ff.); H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 16 ff.; siehe zur Bindungswirkung im Rahmen richterlicher Tätigkeit auf Ebene der Mitgliedstaaten auch J.M. Hoffmann, V. Rudolphi, *Die Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten – Art. 51 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 Grundrechtecharta im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, DÖV 2012, S. 597 ff. (S. 598); M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 26, der bezüglich der Vollziehung des Unionsrechts auf den englischen Begriff der sogenannten „agency situation“ verweist.

¹⁴ Vgl. die insoweit zutreffende Feststellung von H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 16 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 20. Mai 2003, verbundene Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Slg. 2003, S. I-5014 ff. (S. I-5042 Rn. 68, I-5045 Rn. 80), Rechnungshof, Österreichischer Rundfunk u.a.

ten über das zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben erforderliche Maß hinausreichen; sie findet an der Schnittstelle der Umsetzungsgebotenheit ihre Grenzen.¹⁵ Zweifel können jedoch in Bezug auf solche Maßnahmen bestehen, die zwar durch unionsrechtliche Vorgaben objektiv nicht mehr geboten sind, die ein Mitgliedstaat jedoch in bewusster oder auch unbewusster „Übererfüllung“¹⁶ seiner europarechtlich determinierten Pflichten trifft, um etwa besonders mustergültige Regelungen in seinem nationalen Recht zu etablieren. An dieser Stelle scheint das genaue Ausmaß der mitgliedstaatlichen Grundrechtsbindung noch unklar, jedenfalls aber noch nicht durch die europäische (Grundrechts-)Rechtsprechung abschließend geklärt zu sein.¹⁷

Hinsichtlich der mitgliedstaatlichen Bindung an die Europäischen Grundrechte auf der Ebene von Exekutive und Judikative kommt es entscheidend darauf an, ob der zugrunde liegende Sachverhalt in concreto ganz oder für eine partielle Grundrechtsbindung jedenfalls teilweise der rechtlichen Sphäre der Europäischen Union entstammt, ob also spezifisches EU-Recht vollzogen oder durch das erkennende Gericht angewandt wird. Insofern kommt es darauf an, ob die Union von einer entsprechenden Regelungskompetenz bezüglich der rechtlichen Gestaltung eines bestimmten Sachverhalts Gebrauch gemacht hat.¹⁸ Eine hypothetische Kompetenzausübung im Rahmen einer grundsätzlich bestehenden Regelungsbefugnis zugunsten der Europäischen Union kann ohne eine entsprechende Wahrnehmung dieser Kompetenzen die Anwendbarkeit europäischer Grundrechte jedenfalls nicht begründen.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen dabei über die Frage, ob die Europäischen Grundrechte auch dann gegenüber den Mitgliedstaaten ihre Bindungswirkung entfalten, wenn diese sich durch entsprechende Maßnahmen innerhalb von europarechtlich gewährten Freiräumen bewegen, wenn die Mitgliedstaaten also beispielsweise

¹⁵ Vgl. C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 35; H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 16.

¹⁶ So erkennt etwa K.-E. Hain im *Kontext beihilferechtlicher Vorgaben der EU „Übererfüllungen“ durch die Bundesrepublik Deutschland*, vgl. K.-E. Hain, *Die zeitlichen und inhaltlichen Einschränkungen der Telemedienangebote von ARD, ZDF und Deutschlandradio nach dem 12. RÄndStV*, 2009, S. 18.

¹⁷ Siehe hierzu auch die Grenzziehungen von C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 35.

¹⁸ Vgl. H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 22.

Regelungen schaffen, deren Existenz und deren späterer Vollzug mit einer berechtigten Einschränkung europäischer Grundfreiheiten nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union einhergehen. Teile der Literatur wännen die Mitgliedstaaten immer dann, wenn sie Einschränkungsspielräume nutzen und damit europäische Grundfreiheiten in berechtigter Weise einschränken, nicht mehr in der Situation, mit der „Durchführung des Rechts der Union“ nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh befasst zu sein.¹⁹ Manche Autoren²⁰ sehen dies entschieden anders und wissen in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs²¹ auf Ihrer Seite. Zu bedenken ist, dass die Mitgliedstaaten durch ihre Sonderregelungen ja gerade Einschränkungsspielräume ausnutzen, die ihnen erst durch ein entsprechendes Anerkenntnis eines Rechtfertigungsgrundes im Rahmen der unionsrechtlichen Vorgaben eingeräumt werden. Ein gerechtfertigter Eingriff hat daher nicht zur Folge, dass der grundsätzliche Anwendungsbereich der europäischen Grundfreiheiten aufgehoben und damit zugleich der Bereich der Unionsrechtsdurchführung verlassen würde.

Für ein weites Verständnis des Durchführungsbegriffs streitet neben der vorgenannten Feststellung der Umstand, dass es nicht einzu-sehen ist, weshalb Mitgliedstaaten, die – aus gerechtfertigten Gründen – bestimmte Grundfreiheiten der EU durch nationale Regelungen wirksam einschränken können, in den zusätzlichen Genuss eines Rabattes im Hinblick auf die Bindung an die europäischen Grundrechte kommen sollten. Nur eine Einbeziehung entsprechender Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die als gerechtfertigt im Sinne der europarechtlichen Dogmatik zu den europäischen Grundfreiheiten angesehen werden können, kann eine homogene Grundrechtsauslegung effektiv befördern,²² die

¹⁹ Vgl. etwa M. Borowsky, in J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 29; mit einer Zuordnung des derzeitigen Streitstands Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh Rn. 13 ff. (Rn. 16 f.).

²⁰ Vgl. etwa H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 19; J.M. Hoffmann, V. Rudolphi, DÖV 2012, S. 597 ff. (S. 599); generell für ein weites Verständnis des „Durchführungsbegriffs“ wirbt A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 18 f.

²¹ J.M. Hoffmann, V. Rudolphi, ebda., S. 597 ff. (S. 598 mit Fn. 15) unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 18. Juni 1991, Rs. C-260/89 Slg. 1991, S. I-2925 (S. I-2964 Rn. 42 ff.), *Elliniki Radiophonia Tileorassi AE./Dimotiki Etairia Pliroforisis und Sotirios Kouvelas* (kurz: „ERT“).

²² Den Grund für eine weite Fassung der Grundrechtsbindung in der „einheitlichen Geltung und Auslegung des Unionsrechts“ annehmend C. Grewe, *Beitritt*

angesichts der Bedeutung der EU-Grundrechte als Bestandteil des europäischen Primärrechts zwingend geboten erscheint. In dogmatisch-funktionaler Analyse wirken nach zutreffender Feststellung von J. M. Hoffmann und V. Rudolphi die europäischen Grundrechte in diesem Fall in der Tat als „Schranken-Schranken für die Rechtfertigung einer Beschränkung der Grundfreiheiten“²³.

Von der Konstellation, dass ein Mitgliedstaat in gerechtfertigter Weise durch sein nationales Recht eine europäische Grundfreiheit einschränkt, ist die Situation zu unterscheiden, dass den Mitgliedstaaten a priori ein Ermessensspielraum zugestanden wird. Für den Fall der Ermessensausübung soll auch nach jüngster Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs davon auszugehen sein, dass diese Ermessensausübung gerade in Durchführung des Unionsrechts erfolge.²⁴

Lediglich für solche Sachverhalte und Regelungsgegenstände, die einer alleinigen Kompetenz der Mitgliedstaaten entstammen und die in concreto gerade nicht der Ausfüllung europarechtlicher Rahmenbedingungen dienen, dürfte eine Bindung der mitgliedstaatlichen Hoheitsträger an EU-Grundrechte zu verneinen sein. Soweit jedoch mitgliedstaatliche Regelungen der Erfüllung oder – je nach Gestaltungsspielraum – der Ausgestaltung europarechtlicher Rahmenbedingungen dienen und daher europäisches Unionsrecht auf Seiten der Mitgliedstaaten durchgeführt wird, sind die Mitgliedstaaten sowohl an die Grundrechte der Europäischen Union als auch an eigene Grundrechtsbestimmungen gebunden.²⁵ In diesem Lichte einer grundrechtlichen Doppelbindung²⁶

der EU zur EMRK und ZP 14: Wirksame Durchsetzung einer gesamteuropäischen Grundrechteverfassung?, EuR 2012, S. 285 ff. (S. 299).

²³ So J.M. Hoffmann, V. Rudolphi, DÖV 2012, S. 597 ff. (S. 598) mit dem Hinweis darauf, dass zu der Frage der Grundrechtsbindung von Mitgliedstaaten im Falle eines gerechtfertigten Eingriffs in die europäischen Grundfreiheiten nach Etablierung der Charta im europäischen Primärrecht bislang eine (eindeutige) Rechtsprechung seitens des EuGH noch fehle.

²⁴ Vgl. hierzu J.M. Hoffmann, V. Rudolphi, ebda. unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 21. Dezember 2011, Rs.C-411/10, – N. S. als Leitsatz unter Nr. 210 abgedruckt, in: DÖV 2012, S. 241.

²⁵ Vgl. hierzu H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 21 sowie Art. 53 Rn. 10–13.

²⁶ Vgl. insoweit auch M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 53 Rn. 22; siehe in diesem Zusammenhang in Bezug auf eine kompetenzielle Überschneidung der Rechtsprechungszuständigkeiten von Europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht für den Fall, dass der nationale und der europäische Rechtsakt „textidentisch“ sind“, die Darlegungen bei P. Kirchhof, NJW 2013, S. 1 ff. (S. 5).

ist ein besonders intensiver Grundrechtsschutz zugunsten der Grundrechtsberechtigten erreicht. Soweit europäische und mitgliedstaatliche Grundrechte dieselbe Reichweite haben, ist jedenfalls bei der Ausfüllung mitgliedstaatlicher Ausgestaltungsspielräume von einer kumulativen Geltung²⁷ reichweitengleicher und reichweitenverschiedener Grundrechte auszugehen; im letztgenannten Fall kommt den weitergehenden Einzelverbürgungen komplementärer Schutzcharakter zu. Diese komplementäre Anwendung trägt insbesondere dem Prinzip der Meistbegünstigung²⁸ Rechnung. Die europäische und mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit wacht zunächst über die Einhaltung der jeweils eigenen Grundrechtsregime, wobei insbesondere mitgliedstaatliche Gerichte in immer stärkerem Maße auch die Einhaltung europäischer Grundrechte überprüfen.

Dafür, dass die reduzierte Grundrechtsbindung in Bezug auf die Mitgliedstaaten der Europäischen Union vermutlich eher ein zeitlich begrenztes Phänomen bleiben wird, gibt es schon nach derzeitigem Erkenntnisstand beachtliche Anzeichen. So weist C. Grewe zu Recht darauf hin, dass bereits heute ca. „60–70% der jährlichen nationalen Normenproduktion“ durch die Europäische Union „verursacht“ werden.²⁹ Aufgrund der fortschreitenden europäischen Integration ist hier für die Zukunft eher von einer Zunahme der Relevanz europarechtlicher Vorschriften als von einer Abnahme ihrer Bedeutung für die mitgliedstaatliche Gesetzgebung auszugehen. Das mit der reduzierten Bindungsintensität der Mitgliedstaaten ursprünglich intendierte Regel-Ausnahme-Verhältnis dürfte bereits heute in sein Gegenteil verkehrt worden sein.³⁰

²⁷ Ebenfalls eine kumulative Geltung in diesen Fallgestaltungen annehmend C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 30; H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 53 Rn. 11; siehe ebenso bereits Th. Schmitz, *Die EU-Grundrechtecharta aus grundrechtsdogmatischer und grundrechtstheoretischer Sicht*, JZ 2001, S. 833 ff. (S. 836), der insoweit die Wirkung der Grundrechte bildhaft als „übereinander gespannte Netze“ beschreibt.

²⁸ Vgl. hierzu H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 53 Rn. 11; vom „Grundsatz der Meistbegünstigung“ spricht M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 53 Rn. 22.

²⁹ So C. Grewe, *Beitritt der EU zur EMRK und ZP 14: Wirksame Durchsetzung einer gesamteuropäischen Grundrechteverfassung?*, EuR 2012, S. 285 ff. (S. 299).

³⁰ Von einer (inzwischen) wohl eher regelmäßigen grundrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten geht damit zu Recht C. Grewe aus (ebda.).

Dass mit der zu Primärrecht erhobenen Kodifizierung des Anwendungsbereichs der Grundrechte-Charta in Art. 51 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh eine grundlegende Veränderung der bisherigen Rechtsprechungspraxis des EuGH zur Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte verbunden sein könnte, darf mangels eines hinreichenden Anhaltspunktes für eine solche Entwicklung hingegen bezweifelt werden.

Inwiefern die Charta-Grundrechte mittelbare oder sogar unmittelbare Bindungswirkungen gegenüber Privatpersonen entfalten (können), scheint bislang noch weitgehend ungeklärt zu sein.³¹ Eine unmittelbare Bindungswirkung dürfte jedenfalls dann in Betracht kommen, wenn Privatpersonen als Beliehene mit der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben betraut sind und damit zumindest funktional ihre Privatpersoneneigenschaft im Rahmen der Ausübung der ihnen übertragenen Tätigkeit in den Hintergrund tritt. Im Übrigen dürfte die aus der nationalen Verfassungsrechtsdogmatik bekannte Lehre der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten nach Maßgabe der die hoheitlichen Gewalten bindenden grundrechtlichen Schutzfunktion auch hinsichtlich der europäischen Grundrechtsgewährleistungen Platz greifen.³² Art. 51 EU-GRCh, der den Anwendungsbereich der Charta regelt, enthält sich einer Antwort zur Frage der Grundrechtsdrittwirkung und trifft diesbezüglich keine Vorgaben, wobei dieser Befund die Entwicklung entsprechender gerichtlicher Konzeptionen jedoch nicht a priori ausschließt.³³

³¹ Insbesondere ist bislang keine eindeutige Linie in der Rechtsprechung des EuGH zu erkennen, vgl. insoweit auch die Ausführungen von H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 24; siehe einige Verweise auf diese Fragen betreffende Judikate des EuGH bei M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 31 mit Fn. 177 und 178; siehe allgemein zum Streitstand über die Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung der Charta-Grundrechte A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 22.

³² Vgl. hierzu die Ausführungen bei H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 25; A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 22.

³³ Vgl. die Ausführungen von M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 31; dies gilt auch für die Entwicklung einer unmittelbaren Grundrechtsdrittwirkung, vgl. A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 22, der darauf hinweist, dass auch dann, wenn nicht von einer unmittelbaren Drittwirkung auszugehen sei, eine „wirkliche Schutzlücke“ hierdurch nicht entstehe.

DER FUNKTIONALE ANWENDUNGSBEREICH DER EU-GRUNDRECHTE

Im Rahmen der klassischen Grundrechtsdogmatik sind verschiedene Funktionen grundrechtlicher Verbürgungen („Grundrechtsfunktionen“) anerkannt. In ihren Grundzügen unterscheiden sich die dogmatischen Funktionsbereiche des europäischen Grundrechtsschutzes dabei nicht oder jedenfalls nur unwesentlich von denjenigen, die für die Grundrechte des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland entwickelt worden sind und sich in der Grundrechtspraxis bewährt haben.³⁴ Einige Besonderheiten sind dabei freilich der europaspezifischen Ausgestaltung des Grundrechtskataloges geschuldet. Unterschiedliche Gewichtungen innerhalb der einzelnen Grundrechtsfunktionen im Vergleich zu anderen maßgeblichen Grundrechtskatalogen auf nationaler und internationaler Ebene liegen nicht zuletzt im Errichtungszeitpunkt des jeweiligen Grundrechtskataloges begründet.

Neben freiheitsgewährenden Grundrechten, die insbesondere durch ihren klassischen abwehrrechtlichen Charakter geprägt werden, enthält die EU-Grundrechtecharta auch Grundrechtsgewährleistungen, die den Grundrechtsverpflichteten positive Schutzpflichten zugunsten der einzelnen Grundrechtsträger auferlegen.³⁵ Das grundrechtliche Gewährleistungstableau wird abgerundet durch verschiedene Grundrechtspositionen, die gegenüber den Grundrechtsträgern Gleichheit und Gleichbehandlung durch die verpflichteten Stellen auf europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene im Anwendungsbereich der Charta gebieten.³⁶ Die einzelnen Gleichheitsrechte sind dabei im Rahmen der Charta unter „Titel III. Gleichheit“ zusammengefasst. Sie weisen untereinander jedoch keine einheitliche Grundrechtsstruktur auf.

Dieser mit dem Begriff „Gleichheit“ überschriebene Titel der Charta weist Gleichheitsrechte unterschiedlicher Qualität auf. Mit den Art. 20, 21 und 23 EU-GRCh verfügt die Charta über Gleichheitsgewährlei-

³⁴ Zu ihnen ausführlich K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 77 III.

³⁵ Vgl. hierzu H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 49 ff.; M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 22; Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh Rn. 23 ff.

³⁶ Siehe zu den Grundrechten mit „Gleichbehandlungsfunktion“ H.D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2010, Art. 51 Rn. 56; einen systematischen Überblick zu den Gleichheitsrechten in der Charta gewährt S. Hölscheidt, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Vor Titel III Rn. 16 ff.

stungen, die klassischen Gleichheitsrechten entsprechen. Namentlich sind dies die „Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 20)“, die „Nichtdiskriminierung (Art. 21)“ sowie schließlich die „Gleichheit von Frauen und Männern (Art. 23)“. Die Erstnennung von Frauen dürfte in diesem Zusammenhang nicht nur reinen Höflichkeitsformen entsprechen, sondern vielmehr zum Ausdruck bringen, dass gerade Frauen gegenüber Männern in den in der Vorschrift näher bezeichneten Bereichen im Anwendungsbereich der Charta keine Benachteiligung mehr erfahren sollen. Daneben enthält Titel III. der Charta jedoch auch atypische Gleichheitsgewährleistungen, die zwar vom Leitgedanken umfassender Gleichheit getragen sind, im Kern jedoch Freiheits- oder Teilhaberechte für besondere Personengruppen artikulieren. Diese Gewährleistungen betreffen die „Rechte des Kindes (Art. 24)“, die „Rechte älterer Menschen (Art. 25)“ und schließlich die „Integration von Menschen mit Behinderung (Art. 26)“. Darüber hinaus verpflichtet Art. 22 EU-GRCh die Europäische Union zur Achtung der „Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“.

Auch im Rahmen des strukturellen Aufbaus der Charta-Grundrechte ergeben sich dabei keine wesentlichen Unterschiede zum dogmatischen Aufbau der Grundrechtsprüfung im Rahmen des deutschen Rechts. So kann die Definition des grundrechtlichen Schutzbereichs der jeweiligen Grundrechtsgewährleistung zunächst aus dem konkreten Normtext der Einzelverbürgungen gewonnen werden. Dabei wird im Rahmen der Schutzbereichsbestimmung der jeweiligen Gewährleistung ebenso wie in der grundgesetzlichen Dogmatik nach der personellen und der sachlich-materiellen Definition und Reichweite differenziert.³⁷

Unklar scheint bislang zu sein, inwieweit der Schutzbereich, ohne etwa bestehende Grundrechtsschranken als Einschränkungsmöglichkeit in Ansatz zu bringen, a priori bereits Eingrenzungen erfahren kann.³⁸ Ein interessanter Ansatz einer entsprechenden Schutzbereichseingrenzung wurzelt in der von *W. Frenz* vorgetragenen und sogleich wieder verworfenen Idee, die vom EuGH mit Bezug auf die europäischen

³⁷ Vgl. auch *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 460.

³⁸ Siehe zu diesem Problemkreis der „immanenten Reduktion“ die Darlegungen bei *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 466 ff.; in Bezug auf die Wirkungsweise „der Menschenwürde“ im Rahmen der in Art. 13 verorteten Kunst- und Wissenschaftsfreiheit *N. Bernsdorff*, [in:] *J. Meyer* (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 13 Rn. 13.

Grundfreiheiten entwickelte „Keck-Rechtsprechung“³⁹ auch auf die europäische Grundrechtsdogmatik zu übertragen und damit bestimmte Verhaltensweisen von Beginn an dem grundrechtlichen Schutzbereich der Charta zu entziehen.⁴⁰

Für eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung des EuGH für den Bereich der Europäischen Grundfreiheiten und der Europäischen Grundrechte streitet der Gedanke, dass einheitliche Rechtsprechungsmaßstäbe sicherlich die Kohärenz zwischen beiden Rechtsinstituten nachhaltig befördern könnten. Dagegen spricht jedoch die trotz bestehender Verbindungslinien sehr unterschiedliche Konzeption von EU-Grundrechten und europäischen Grundfreiheiten, wobei es sich bei letzteren gerade um in besonderer Weise wirtschaftspolitisch determinierte Diskriminierungsverbote handelt. Während die Europäischen Grundfreiheiten in ihrer Reichweite aufgrund der nach wie vor bestehenden Autonomie der Mitgliedstaaten der Union auf der Grundlage berechtigter Interessenwahrnehmungen eher einer Limitierung bedürfen, streben die europäischen Grundrechte in einem wesentlich stärkeren Maße nach möglichst umfassender Gewährleistung und Realisierung in ihrem Anwendungsbereich,⁴¹ auch wenn einige Mitgliedstaaten diesen Unterschied durch Ausnahmeregelungen – womöglich in Verkennung der Wesensverschiedenheit der europäischen Grundrechte gegenüber den konzeptionellen Vorgaben für die europäischen Grundfreiheiten – zu neutralisieren versuchen.

Da die Europäische Grundrechte-Charta im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz nicht über ein gesondertes Grundrecht verfügt, das für den Einzelnen eine Gewährleistung allgemeiner Handlungsfreiheit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG normiert und folglich aufgrund seines

³⁹ EuGH, Urt. v. 24. November 1993, Rs. 267/91 und 268/91, Slg. 1993, I-6097, Strafverfahren gegen B. Keck, D. Mithouard; siehe zu diesem Urteil stellvertretend für viele die Ausführungen bei Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 34–36 AEUV Rn. 49 ff.; siehe zur Rechtsprechungsentwicklung nach dem „Keck“-Urteil des EuGH und zu der heutigen Gültigkeit der damals entwickelten Formel die Ausführungen bei A. Brigola, *Die Metamorphose der Keck-Formel in der Rechtsprechung des EuGH. Ein Eckpfeiler im System des freien Warenverkehrs in neuem Körper*, EuZW 2012, S. 248 ff.

⁴⁰ W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 472 ff.

⁴¹ Vgl. die zutreffende Analyse von W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 473, der insoweit auch den unterschiedlichen Entwicklungsstand von europäischen „Grundfreiheiten“ und den Grundrechten der Union herausstellt.

weit reichenden Gewährleistungsgehalts gewissermaßen als „Auffanggrundrecht“ fungieren könnte, ist der Schutz des Grundrechtsträgers auf die Reichweite des Schutzbereiches des konkret in Ansatz gebrachten europäischen Grundrechts beschränkt, sofern er sich nicht im konkreten Einzelfall auf ein anderes Spezialgrundrecht berufen kann.⁴² Besonderheiten ergeben sich insofern lediglich dann, wenn Verhaltensweisen zwar vom Schutzbereich eines speziellen Grundrechts nicht mehr erfasst sind, dieses Grundrecht jedoch einem allgemeiner gehaltenen „Muttergrundrecht“ entstammt und der konkrete Lebenssachverhalt vom grundrechtlichen Schutzbereich des letztgenannten noch umschlossen werden kann.⁴³

Die Europäische Grundrechte-Charta kennt mit Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh eine allgemeine, für (fast) alle Chartagrundrechte geltende Schrankenregelung, die nur in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 EU-GRCh sowie im Rahmen des Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EU-GRCh um besondere „Spezialschranken“ für die dort verorteten Grundrechte ergänzt wird.

Gemäß Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh muss bei einer „Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten“ insbesondere der Gesetzesvorbehalt und der „Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten“ geachtet werden.

Hinsichtlich des Gesetzesvorbehalts besteht insofern eine Besonderheit, da er abhängig vom Grundrechtsverpflichteten teilweise durch eine europäische Norm und teilweise, wenn ein einzelner Mitgliedstaat die europäischen Grundrechte zu beachten hat, auch durch ein mitgliedstaatliches Gesetz erfüllt werden kann.⁴⁴

Hinsichtlich des in Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh enthaltenen Wesensgehaltsachtungsgebots bleibt zunächst offen, welche Bedeutung diesem Gebot in rechtlicher Hinsicht beizumessen ist. Um zu klären, welcher „Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten“ im konkreten Einzelfall zu achten ist, bedarf es der genauen Analyse und Konkretisierung anhand

⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 476, der zu Recht darauf hinweist, dass in Ermangelung eines allgemeinen Auffanggrundrechts von der Europäischen Grundrechte-Charta „nicht alle Verhaltensweisen erfasst“ werden.

⁴³ Vgl. hierzu W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 4 Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 489, der ein solches Eingreifen jedenfalls dann annimmt, wenn ansonsten „nicht gewollte Schutzdefizite auftreten“. Ebda. findet sich auch der Begriff „Muttergrundrecht“.

⁴⁴ Vgl. U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 4.

der jeweils betroffenen Grundrechtsverbürgung der Charta. Fraglich erscheint, ob das Wesensgehaltsachtungsgebot weniger strenge Anforderungen an den Einschränkenden stellt als die in Art. 19 Abs. 2 GG formulierte Wesensgehaltsgarantie für die Grundrechtspositionen des Grundgesetzes.⁴⁵

Der Wortlaut der betroffenen Normen streitet für eine solche Annahme, da ein Achtungsgebot eine mildere Anordnung darstellt, als sie in dem in Art. 19 Abs. 2 GG verorteten absoluten Verbot, namentlich ein Grundrecht in „keinem Falle“ „in seinem Wesensgehalt“ anzutasten, gesehen werden muss. Inwieweit das Wesensgehaltsachtungsgebot in seiner praktischen Anwendung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁴⁶ zu einer echten Wesensgehaltsgarantie im Sinne der entsprechenden grundgesetzlichen Maßgabe nach Art. 19 Abs. 2 GG weiterentwickelt werden wird, bleibt noch abzuwarten. Jedenfalls scheint das Wesensgehaltsachtungsgebot des Art. 52 Abs. 1 Satz 1 EU-GRCh geeignet zu sein, einen konkreten Eingriff zu verbieten, „wenn grundlegende Bestandteile eines Rechts völlig missachtet werden“.⁴⁷

Art 52 Abs. 1 Satz 2 EU-GRCh benennt darüber hinaus in zwei Alternativen bestimmte Zwecke, die mit den das betreffende Grundrecht einschränkenden Maßnahmen nicht nur tatsächlich verfolgt werden müssen, sondern denen diese Maßnahmen dem Wortlaut gemäß

⁴⁵ Eine nur „relative Grenze“ sieht etwa U. Becker in diesem Gebot des Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh und geht damit von gegenüber der grundgesetzlichen Wesensgehaltsgarantie geringeren Anforderungen an den Einschränkenden aus, vgl. U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 7; siehe allgemein zur Wesensgehaltsgarantie des Grundgesetzes stellvertretend für viele die Ausführungen bei Ch. Brüning, [in:] K. Stern, U. Becker, *Grundrechte-Kommentar*, 2010, Art. 19 Rn. 10 f.; zur Genese des Wesensgehaltsschutzes K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III/2, 1994, § 85 I; für einen ausführlichen Überblick über die Rezeption der „Wesensgehaltsgarantie in Rechtsprechung und Schrifttum“ M. Nierhaus, [in:] W. Kahl, Ch. Waldhoff, R. Dolzer, K. Graßhof (Hrsg.), *BK GG*, Stand 158. Aktualisierung 2012 (132. Aktualisierung 2008), Art. 19 Abs. 2 Rn. 11 ff.

⁴⁶ Siehe zur Entwicklung der den Wesensgehalt bestimmter Rechte betreffenden Rechtsprechung durch den Europäischen Gerichtshof die Ausführungen bei U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 7 m. detaillierten Nachweisen.

⁴⁷ So U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 7 und ähnlich R. Streinz, W. Michl, [in:] R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 52 GR-Charta Rn. 26; jeweils unter Bezugnahme auf EuGH Urt. v. 23. März 2006, Rs. C-408/03, Slg. 2006, S: I-2647 (S. I-2686 Rn. 68), Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Königreich Belgien.

„tatsächlich entsprechen“ müssen. In einem „Entsprechen“ dürfte ein „Mehr“ gegenüber einem bloßen „Verfolgen“ liegen.⁴⁸ Es handelt sich bei den nach der Norm benannten Zielsetzungen zunächst um die „von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“; weiterhin werden auch die Erfordernisse „des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer“ als belastbare Zielsetzungen akzeptiert. In der ersten Variante der Zielsetzungen, die im Rahmen von Einschränkungsmaßnahmen verfolgt werden dürfen, werden die engen Verbindungslinien zur Dogmatik im Rahmen der europäischen Grundfreiheiten besonders deutlich, wobei die zu Rechtfertigungszwecken akzeptierten „dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen“ größtenteils miteinander übereinstimmen dürften, da insoweit ja gerade eine Anerkennung seitens der Europäischen Union vorausgesetzt wird.⁴⁹

Art. 52 Abs. 1 Satz 2 EU-GRCh ordnet schließlich an, dass Einschränkungen generell nur bei gleichzeitiger „Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“ – ein seit langem vom EuGH in seiner Rechtsprechung anerkanntes Prinzip⁵⁰ – vorgenommen werden dürfen. Durch diese Maßgabe wird im Grunde eine Selbstverständlichkeit normiert. Sie ist indessen erforderlich, um als „zentrale Rechtsfigur zur Bewältigung des Rechtsgüterausgleichs“ zu dienen.⁵¹

⁴⁸ Th. von Danwitz sieht in der Formulierung „tatsächlich entsprechen“ ein Postulat, das „eine vollinhaltliche Nachprüfung der Geeignetheit“ verlange und damit in erster Linie Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung betreffe, vgl. insoweit Th. von Danwitz, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 52 Rn. 40.

⁴⁹ Vgl. U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 5 m. weit. Nachw.

⁵⁰ Stellvertretend EuGH, Urt. v. 18. September 1986, Rs. 116/82, Slg. 1986, 2519 (2543 f. Rn. 19 ff.), Kommission der Europäischen Union, Bundesrepublik Deutschland; Urt. v. 13. November 1990, Rs. C-331/88, Slg. 1990, S. I-4023 (S. I-4063 Rn. 13), The Queen, The Minister of Agriculture, Fisheries and Food und The Secretary of State for Health, ex parte Fedesa u. a.; siehe hierzu R. Streinz, W. Michl, [in:] R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 52 GR-Charta Rn. 27 ff.; siehe zu einer jüngeren Entscheidung des EuGH, in der der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine wesentliche Rolle spielt, auch A.-H. Bischke, M. Boger, *EuGH entscheidet zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Rahmen von Art. 9 VO 1/2003*, NZG 2010, 900 – zitiert nach beck-online.

⁵¹ So U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 6; ähnlich auch M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 22b.

Mag auch die Prüfungsintensität bezüglich der Verhältnismäßigkeit auf den verschiedenen Rechtsebenen variieren, so entsprechen doch die einzelnen herangezogenen Prüfungskriterien, also diejenigen der Eignetheit, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne,⁵² weitgehend einander. Dieser vertraute Prüfungsdreiklang wird auch vom Europäischen Gerichtshof im Rahmen seiner Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme herangezogen, wobei er in der konkreten Formulierung besondere Akzente bei den beiden letztgenannten Kriterien setzt.⁵³

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung dürfte dem letzten Prüfungsschritt, also der Überprüfung der Angemessenheit der konkreten Maßnahme, entscheidende Bedeutung zukommen, da an dieser Stellung eine umfassende Abwägung und normative Gewichtung der widerstrebenden Interessen erfolgt, mithin also entschieden wird, ob „die angeordnete Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht“⁵⁴. An dieser Stelle verbirgt sich daher auch im Rahmen der Einschränkbarkeitskontrolle in Bezug auf das jeweils betroffene Charta-Grundrecht der materielle Kern der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Die Etablierung des Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh, nach dessen Maßgabe im Chartatext unter anderem festgehalten wird, dass die Grundrechte-Charta „den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus“ ausdehnt, darf als Reaktion⁵⁵ auf bereits

⁵² Das letztgenannte Kriterium wird auch als „Angemessenheit“ bezeichnet; vgl. auch M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 22b; ausführlich zu diesen Anforderungen Th. von Danwitz, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 52 Rn. 40 ff.; U. Becker, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 52 GRC Rn. 6.

⁵³ EuGH, Urt. v. 10. März 2005, Verbundene Rs. C-96/03 und C-97/03, Slg. 2005, S. I-1895 (S. I-1914 Rn. 47), Tempelmann und Eheleute T.H.J.M. van Schaijk, Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees; vgl. hierzu M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 52 Rn. 22b; als beinahe schon klassisch erweist sich der Prüfmaßstab des Gerichtshofs in einer bereits älteren Entscheidung aus dem Jahre 1989, vgl. insoweit EuGH, Urt. v. 11. Juli 1989, Rs. 265/87, Slg. 1989, S. 2237 (S. 2269 Rn. 21), Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG, Hauptzollamt Gronau.

⁵⁴ So Th. von Danwitz, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 52 Rn. 42.

⁵⁵ Als Grundlage für die Aufnahme dieser Bestimmung in den Normtext der Grundrechte-Charta diente ein Urteil des EuGH in der Rechtssache Grant, vgl. EuGH, Urt. v. 17. Februar 1998, Rs. C-249/96, Slg. 1998, S. I-621 (S. I-650 f.

bei Errichtung der Grundrechte-Charta aufkeimende Bedenken einiger Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinsichtlich etwa für möglich gehaltener, auf der Charta beruhender Kompetenzerweiterungen zugunsten der Union angesehen werden.⁵⁶ Diese Sorge gipfelte in der Annahme, dass den Verbürgungen der Charta eine gewissermaßen „kompetenzansaugende Wirkung“⁵⁷ zukommen könnte. Der kompetenzielle Zuschnitt bzw. „die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten“⁵⁸ soll insofern keine Änderung erfahren, was durch den Wortlaut des Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh manifestiert wird.⁵⁹

Soweit bei einzelnen Grundrechtspositionen der abwehrrechtliche Charakter der Norm im Vordergrund steht, scheinen Bedenken hinsichtlich einer befürchteten Kompetenzerweiterung geradezu ein Paradoxon zu bilden, da durch die Beachtung grundrechtlicher Positionen hoheitliche Macht grundsätzlich eher eingedämmt als ausgeweitet wird. In Bezug auf die Begründung grundrechtlich determinierter positiver Schutz- und Leistungspflichten können die geäußerten Bedenken hingegen schon eher nachvollzogen werden.⁶⁰ Gleichwohl kommt dieser

Rn. 45); vgl. hierzu die Erläuterungen des Präsidiums des Konvents zu Art. 51, abgedruckt etwa bei R. Geiger, D.E. Khan, M. Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Anh. 1 GR-Charta Art. 51 Erläuterung (S. 1017); die entscheidende Passage des Urteils wird auch von M. Borowsky in Bezug genommen und zitiert, vgl. M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 45 mit dortiger Fn. 222.

⁵⁶ Vgl. hierzu etwa M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 14, 37, der die geäußerten „Befürchtungen“ als „wohl auch nicht ganz unberechtigt“ erachtet; vgl. ferner auch A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 28.

⁵⁷ So M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 14, 37.

⁵⁸ So A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 28.

⁵⁹ Vgl. A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 28 f., der zudem zu Recht betont, dass diese Norm nicht zuletzt dem „Schutz des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung“ diene (ebda., Rn. 29).

⁶⁰ Siehe hierzu auch die Analyse hinsichtlich der materiellen Substantiierung der geäußerten, die Existenz des Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh begründenden Befürchtungen bei M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 37; zutreffend geht Th. Kingreen jedoch von einem Leerlauf der Leistungsrechte aus, „wenn sie an Stellen adressiert sind, denen die Zuständigkeit fehlt“, so Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 GRCh Rn. 22.

in Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh verorteten sog. „Kompetenzschutzklausel“⁶¹ keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung zu.⁶² Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh dürfte dabei einer Anwendbarkeit der „Kompetenzergänzungsklausel“ des Art. 352 AEUV in grundrechtlichem Kontext sehr enge Grenzen setzen oder sie sogar vollständig ausschließen, sofern jedenfalls nicht auf sonstige, von den Normierungen der Grundrechte-Charta unabhängige „Ziele der Verträge“ zurückgegriffen werden kann.⁶³

Die teilweise geäußerte Kritik am fehlenden Gleichklang einiger in der Charta verbürgten Grundrechtspositionen mit den der Europäischen Union de lege lata zustehenden Kompetenztiteln⁶⁴ vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen; denn es dürfte wohl kaum möglich sein, in verlässlicher Weise vorab darüber zu befinden, welche grundrechtlichen Positionen aufgrund vorhandener Kompetenzen der Union relevant werden können bzw. welche a priori ausscheiden.⁶⁵ Gerade vor

⁶¹ Dieser Begriff findet Verwendung etwa bei M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 37; R. Streinz, Ch. Ohler, Ch. Herrmann, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse*, 3. Aufl. 2010, § 14 V. 3.; dabei entspreche nach Th. Kingreen Halbsatz 2 dieser Klausel der „allgemeinen Kompetenzschutzklausel“ des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, vgl. Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 6 Rn. 13.

⁶² Vgl. auch M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 37 unter Bezugnahme auf die „Erläuterungen“ zu dieser Norm.; siehe auch H.-P. Folz, [in:] Ch. Vedder, W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. EUV/AEUV/Grundrechte-Charta. Handkommentar*, 2012, Art. 51 GR-Charta Rn. 8.

⁶³ Dieser restriktiveren Variante neigen wohl auch A. Hatje und M. Borowsky zu, vgl. A. Hatje, [in:] J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 51 GRC Rn. 29; M. Borowsky nennt unter Anschluss an die Position Hatjes einige Beispiele für „charta-externe“ Anknüpfungspunkte für eine Anwendbarkeit des Art. 352 AEUV, vgl. M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 39.

⁶⁴ Vgl. hierzu die grundlegenden Ausführungen bei M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 40 ff.; die Irrelevanz dieses fehlenden Gleichklangs für die „begrenzten Unionszuständigkeiten“ stellt zu Recht auch C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettlinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 52 heraus; siehe in diesem Zusammenhang auch die weiteren Ausführungen ebda., Rn. 54 ff.

⁶⁵ Vgl. auch die Ausführungen bei M. Borowsky, [in:] J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 41; C. Ladenburger weist darüber hinaus zu Recht darauf hin, dass auch auf der Grundlage

diesem Hintergrund handelt es sich um eine kluge und weitsichtige Entscheidung des Konvents, die Charta als umfassenden Grundrechtskatalog ausgestaltet zu haben,⁶⁶ der die Politiken der Union und die Ausübung ihrer hoheitlichen Gewalt in ein modernes grundrechtliches „Gewand“ kleidet. Soweit Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh davon spricht, dass durch die Charta keine neuen „Aufgaben“ „begründet“ oder geändert werden sollen, wird diese Begriffswahl von C. Ladenburger zu Recht als „etwas unglücklich“ kritisiert.⁶⁷ Nach zutreffender Auffassung muss dem Begriff der „Aufgaben“ ein normatives Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden, wobei klargestellt werden muss, dass mit dieser Formulierung im Kern zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Charta keine neuen, über die Verträge im Übrigen hinausgehenden „Unionsziele“ begründen soll.

In diesem Zusammenhang besteht eine enge Verbindung des Normtextes in Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh zu Art. 6 EUV. So formuliert Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV in Bezug auf die Gewährleistungen aus der Grundrechte-Charta, dass „durch die Bestimmungen der Charta [...] die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert“ werden.⁶⁸ Ferner formuliert Art. 6 Abs. 2 Satz 2 EUV in Gestalt einer „Kompetenzwahrungsklausel“⁶⁹ im Anschluss an die EMRK-Beitrittsklausel des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 EUV: „Dieser Beitritt ändert nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union.“

der unionsvertraglichen Regelungen (damals noch unter Bezugnahme auf die Vorgängernormen und den geplanten Verfassungsvertrag) „bedeutende Einzelzuständigkeiten zur Ausgestaltung verschiedener Grundrechte“ bestünden, obgleich es an einer „allgemeinen Zuständigkeit“ freilich fehle, vgl. C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 56; vgl. im weiteren Verlauf seiner Ausführungen den Hinweis von C. Ladenburger, ebda. Rn. 64, dass die Union aufgrund ihrer heute breit gefächerten Zuständigkeiten „praktisch in alle Grundrechte eingreifen kann“ m. weit. Nachw. a.a.O.

⁶⁶ Als „richtig“ befindet C. Ladenburger die Aufnahme „eines thematisch vollständigen Grundrechtskataloges“ in die EU-Charta, so C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 64 m. zahlreichen weit. Nachw.

⁶⁷ So C. Ladenburger, [in:] P.J. Tettinger, K. Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschafts-Kommentar. Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art. 51 Rn. 60.

⁶⁸ Diese Klausel bezeichnet Th. Kingreen – wie bereits erwähnt – als „allgemeine Kompetenzschutzklausel“, vgl. Th. Kingreen, [in:] C. Calliess, M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 6 EUV Rn. 13.

⁶⁹ So W. Obwexer, *Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen*, EuR 2012, S. 115 ff. (S. 118).

W. Obwexer interpretiert diese Vorschriften dahingehend, dass auf diese Weise „eine eigene Grundrechtskompetenz der Union ausgeschlossen werden“ solle.⁷⁰ Soweit seine Ausführungen so zu verstehen sind, dass der Europäischen Union keine auf die grundrechtlichen Verbürgungen gestützte Kompetenz in einem Bereich zukommen soll, der ansonsten nicht zu den vertraglich verankerten Zuständigkeiten zählt, ist seinen Ausführungen zuzustimmen. Eine „Grundrechtswahrungskompetenz“ und auch eine Kompetenz zur Anpassung, Aktualisierung und begrenzten Fortentwicklung der grundrechtlichen Gewährleistungen wird der Europäischen Union jedoch im Rahmen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs jedenfalls auf der Grundlage der in Art. 6 EUV genannten Quellen europäischen Grundrechtsschutzes zuerkannt werden müssen.⁷¹ Ansonsten liefen die europäischen Grundrechte Gefahr, ihre Wirkkraft einzubüßen und damit ihrem Anspruch, Grundlage für einen effektiven Grundrechtsschutz für die Menschen, die im Gebiet der Europäischen Union leben, auch unter dem Eindruck des starken Wandels gesellschaftlicher Rahmenbedingungen und der fortschreitenden Entwicklung neuer Technologien mit ihren ganz eigenen grundrechtlich relevanten Problemstellungen zu sein, nicht mehr gerecht werden zu können.

Kritisch wird etwa von H.-P. Folz angemerkt, dass es zum jetzigen Zeitpunkt „jedoch ungewiss“ erscheine⁷², ob sich der Europäische Gerichtshof durch die Maßgabe des Art. 51 Abs. 2 EU-GRCh (im Zusammenspiel mit den Vorgaben aus Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV) gehindert fühlen werde, eine solche auf Konformität mit den grundrechtlichen Verbürgungen der Grundrechte-Charta bedachte Rechtsprechung zu verfolgen, die ihrerseits die engen Vorgaben für eine Nichtausdehnung und Nicht-Änderung bestehender Zuständigkeiten sowie das Gebot,

⁷⁰ So W. Obwexer, ebda.

⁷¹ Die Rechtsprechungszuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs hat sich in jüngerer Vergangenheit zumindest in grundrechtlicher Hinsicht kontinuierlich ausgeweitet. Wenn L. Scheeck feststellt, dass der EuGH kein Menschenrechtsgerichtshof sei („The ECJ is not an human rights court, [...]“), so kann diese Aussage vielleicht heute dahingehend modifiziert werden, dass der EuGH kein „reiner Menschenrechtsgerichtshof“ ist, sondern ein Gerichtshof mit umfassenden Zuständigkeiten für die Wahrung des Rechts der Europäischen Union, für das der Schutz europäischer Grund- und Menschenrechte inzwischen jedoch prägend geworden ist.

⁷² So H.-P. Folz, [in:] Ch. Vedder, W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. EUV/AEUV/Grundrechte-Charta. Handkommentar*, 2012, Art. 51 GR-Charta Rn. 9.

sich einer Begründung neuer oder einer Änderung bestehender Aufgaben zu enthalten, überschreiten könnte. Die tatsächliche Rechtsprechungs-entwicklung wird hierzu im Laufe der Zeit Aufschluss geben. Als sicher kann indes bereits heute festgestellt werden, dass der Europäische Gerichtshof eine Gratwanderung zu meistern hat, wenn er im Rahmen seiner Rechtsprechung den Verbürgungen der Grundrechte-Charta und möglichen weiteren Grundrechten, die sich aus den übrigen unionalen Grundrechtsquellen ergeben können, einerseits zu bestmöglicher Geltung verhelfen möchte, andererseits jedoch darum bemüht ist, durch seine Judikate die vertraglichen Vorgaben zum Anwendungsbereich der Charta nicht zu überschreiten. Mit Spannung darf daher erwartet werden, ob und auf welche Weise der Gerichtshof dieser judikativen Herausforderung gerecht werden kann.

BOGUSŁAW BANASZAK

KONTROWERSJE WOKÓŁ ZGODNEGO Z KONSTYTUCJĄ RP TRYBU RATYFIKACJI TZW. PAKTU FISKALNEGO¹

UWAGI WPROWADZAJĄCE

Uchwalenie przez Sejm 20 lutego 2013 r. ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej, zwanego w skrócie Paktem fiskalnym, jej przyjęcie Senat, a następnie dokonanie aktu ratyfikacji przez Prezydenta RP, powinno zakończyć dyskusję nad właściwym trybem ratyfikacji paktu. Tak jednak się nie stało i trwa ona nadal². Już zresztą w trakcie prac legislacyjnych w Sejmie pojawiły się zarówno wśród parlamentarzystów, jak i w nauce prawa, kontrowersje na temat zgodnego z Konstytucją RP trybu ratyfikacji Paktu fiskalnego. Niniejsze opracowanie jest głosem w trwającej debacie. Rozważania koncentrują się na meritum sprawy i nie będą dotyczyły ani zagadnienia zgodności paktu z prawem unijnym, ani zgodności poszczególnych jego unormowań z Konstytucją RP. Kwestie te, budzące wątpliwości w literaturze prawniczej i publicystyce,

¹ Profesor Zbigniew Maciąg w swojej działalności badawczej i dydaktycznej żywo interesuje się relacjami polskiego prawa konstytucyjnego z prawem unijnym. Mam nadzieję, że dedykowane opracowanie spotka się z Jego życzliwym zainteresowaniem – B.B.

² M. Dobrowolski, *W sprawie trybu ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską traktatu fiskalnego*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 41–57.

poruszane były zresztą wyczerpująco w debacie towarzyszącej samemu procesowi ratyfikacji.

CHARAKTER PAKTU FISKALNEGO

Pakt fiskalny to umowa międzynarodowa zawarta pomiędzy 25 państwami UE. Jego cele określa art. 1 ust. 1: „Na mocy niniejszego Traktatu umawiające się strony, będące państwami członkowskimi Unii Europejskiej, zgadzają się wzmocnić filar gospodarczy unii gospodarczej i walutowej poprzez przyjęcie szeregu reguł mających na celu wzmocnienie dyscypliny budżetowej poprzez pakt budżetowy, wzmocnienie koordynacji ich polityk gospodarczych oraz poprawę zarządzania strefą euro, wspierając tym samym osiągnięcie celów Unii Europejskiej w zakresie trwałego wzrostu, zatrudnienia, konkurencyjności i spójności społecznej”.

W literaturze z zakresu zarówno prawa europejskiego, jak i konstytucyjnego podkreśla się, że Pakt fiskalny jest aktem tymczasowym, nie zmienia prawa UE i „nie jest elementem powszechnego *aquis de l'Union*”³. W tym kontekście istotny jest art. 16 paktu, stanowiący „Przed upływem pięciu lat od wejścia w życie niniejszego traktatu, na podstawie oceny doświadczeń z jego wdrażania, podjęte zostaną niezbędne kroki, zgodnie z postanowieniami Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, mające na celu włączenie treści postanowień niniejszego traktatu do ram prawnych Unii Europejskiej”. Należy tu dodać, że art. 2 ust. 2 paktu wyraźnie stanowi: „Niniejszy traktat ma zastosowanie w zakresie, w jakim jest zgodny z traktatami stanowiącymi podstawę Unii Europejskiej oraz z prawem Unii Europejskiej. Nie narusza on kompetencji Unii do podejmowania działań w ramach unii gospodarczej”.

Ze względu z jednej strony na powiązanie Paktu fiskalnego z dotychczasowym prawem UE, a z drugiej strony na zawarte w nim innowacje należy przyznać rację tym, którzy uważają, że nie jest on „traktatem reformującym w rozumieniu art. 48 TUE, ale nie może też być traktowany jako zwykła, odrębna i samodzielna umowa międzynarodowa”⁴.

³ A. Nowak-Far, *Opinia na temat Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej, w tym jego relacji z innymi dokumentami poświęconymi zarządzaniu gospodarczemu w Unii Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 1, s. 118.

⁴ M. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 41.

KONSTYTUCYJNIE PRZEWIDZIANE TRYBY RATYFIKACJI UMÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Konstytucja przewiduje trzy tryby ratyfikacji umów międzynarodowych:

1) ratyfikacja uproszczona (zwana niekiedy małą)

W wypadku umów nią objętych (art. 89 ust. 2) Prezes Rady Ministrów zawiadamia Sejm o samym zamiarze przedłożenia ich Prezydentowi RP do ratyfikacji. Ich ratyfikacja zależy od dyskrecjonalnego uznania Prezydenta RP. Nie inaczej jest z umowami, na których ratyfikację potrzebna jest zgoda wyrażona w ustawie.

Na marginesie należy tu dodać, że w myśl art. 15 ust. 4 ustawy z 14 kwietnia 2000 r., o umowach międzynarodowych Sejm może wyrazić negatywną opinię co do zasadności wyboru trybu ratyfikacji na podstawie art. 89 ust. 2 i Rada Ministrów powinna wówczas ponownie zająć stanowisko w tej sprawie. Jest ono dla Sejmu i dla Prezydenta RP prawnie wiążące. Konstytucja nie określa przesłanek dotyczących przedmiotu umów objętych tym trybem.

2) ratyfikacja zwykła (zwana dużą)

Dla ratyfikacji lub wypowiedzenia przez Prezydenta RP umów określonych w art. 89 ust. 1 Konstytucji RP, wymagana jest uprzednia zgoda parlamentu wyrażona w ustawie. O zastosowaniu jednego z tych trybów decyduje przedmiot, treść umowy międzynarodowej. Konstytucja w art. 89 ust. 1 wskazała, kiedy ratyfikacja i wypowiedzenie umowy międzynarodowej wymaga zgody wyrażonej w ustawie. Jest tak, gdy umowa dotyczy:

- 1) pokoju, sojuszy, układów politycznych lub wojskowych,
- 2) wolności, praw lub obowiązków obywatelskich określonych w Konstytucji RP,
- 3) członkostwa RP w organizacji międzynarodowej,
- 4) znacznego obciążenia państwa pod względem finansowym,
- 5) spraw uregulowanych w ustawie lub w których Konstytucja RP wymaga ustawy.

Kryteria określające w art. 89 ust. 1 Konstytucji RP przedmiot umowy podlegającej ratyfikacji za uprzednią zgodą parlamentu wyrażoną w ustawie nie są jednoznaczne i pozostawiają parlamentowi duży zakres swobody w decydowaniu o tym, czy umowa międzynarodowa wymaga takiej zgody. Wszelkie podejmowane w nauce prawa próby wypracowania wskazówek ułatwiających ich zrozumienie nie są przeko-

nujące⁵. Oceniając tę regulację, K. Wójtowicz napisał: „Nie są to kryteria zbyt precyzyjne i w praktyce występują problemy z ich stosowaniem, zwłaszcza jeżeli chodzi o posługiwanie się kryterium «spraw uregulowanych w ustawie». [...] Okazuje się, że trudno we współcześnie zawieranych umowach międzynarodowych znaleźć takie, jakie w ten czy inny sposób nie dotykałyby «spraw uregulowanych w ustawie». [...] Zarówno ratyfikacja, jak i zawieranie umów międzynarodowych mieszczą się w kompetencjach władzy wykonawczej [...]. Wyrażanie przez parlament zgody na ratyfikację jest [...] ingerencją władzy ustawodawczej w funkcjonowanie władzy wykonawczej. [...] Gdyby nieprecyzyjny w swej treści przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 miał służyć faktycznemu przejściu przez parlament kontroli nad większością umów podlegających ratyfikacji, doprowadziłoby to do naruszenia zasady podziału i równowagi władz. Z powyższych względów, za regułę w procedurze ratyfikacyjnej powinno się uważać ratyfikację bez zgody wyrażonej w ustawie, a treść przepisu art. 89 ust. 1 powinna podlegać interpretacji ścieśniającej”⁶.

3) ratyfikacja kwalifikowana

W przypadku umów określonych w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP, dla ich ratyfikacji lub wypowiedzenia przez Prezydenta RP wymagana jest zgoda wyrażona w referendum ogólnokrajowym lub ustawie przyjętej przez parlament w szczególnym trybie. O trybie wyrażenia zgody na ratyfikację decyduje Sejm bezwzględną większością głosów, w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów. Gdy zgody ma udzielić parlament, art. 90 ust. 2 Konstytucji RP wprowadza kwalifikowaną procedurę uchwalania ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej, o której mowa w art. 90 ust. 1. Procedura ta odnosi się do większości wymaganej dla uchwalenia ustawy o wyrażeniu zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej i kworum. Dla uchwalenia jej w obu izbach wymagane jest osiągnięcie wysokiej większości kwalifikowanej 2/3 głosów. Ustawa zostanie uchwalona, gdy za jej przyjęciem głosowała ustalona ułamkowo część ogólnej liczby posłów biorących udział w głosowaniu, którzy oddali głosy ważne. Przyjęcie tak określonej przez ustrojodawcę większości wskazuje na jego dążenie do tego, aby ustawa wyrażająca zgodę na ratyfikację umowy międzynarodowej była wyrazem konsensusu i sprzyja ochronie praw mniejszości. W przy-

⁵ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego*, Warszawa 2001, s. 122–123.

⁶ K. Wójtowicz, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa w RP*, Nałęczów 2000, s. 5–6.

padku Sejmu większość ta jest taka sama, jak wymagana dla zmiany Konstytucji RP, a w przypadku Senatu nawet ją przewyższa, co wskazuje na szczególną rolę tego typu ustaw dla systemu prawnego.

Zdaniem TK te dwa szczególne elementy trybu ustawodawczego przewidziane w art. 90 ust. 2 Konstytucji RP, decydują nie o wprowadzeniu jakiegoś nowego trybu, a tylko o jego odrębności w niewielkim zakresie – „nie mają w takim przypadku zastosowania przepisy art. 121 Konstytucji RP określające kompetencje Senatu w procesie uchwalania ustaw i trybu rozpatrywania przez Sejm uchwał Senatu dotyczących ustaw uchwalonych przez Sejm”⁷. TK nie uznał więc odrębności trybu ustawodawczego przewidzianego w art. 90 ust. 2 Konstytucji RP w odniesieniu do pozostałych stadiów procesu legislacyjnego. Ponadto TK stwierdził, że „dopuszczalna jest interpretacja art. 90 przyjmująca, że w przypadku nie uchwalenia ustawy upoważniającej Prezydenta RP do ratyfikacji umowy określonej w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP z powodu nieuzyskania kwalifikowanej większości głosów, możliwe jest podjęcie przez Sejm kolejnej uchwały o wyborze trybu referendalnego i przekazanie rozstrzygnięcia («zgody») zagadnienia upoważnienia do ratyfikacji suwerenowi działającemu bezpośrednio”⁸. Przewiduje to art. 90 ust. 3 Konstytucji RP.

W art. 90 Konstytucja RP wskazuje, że ratyfikacja umowy międzynarodowej dokonywana jest w trybie nim przewidzianym, gdy przedmiotem umowy jest przekazanie organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach. Konstytucja nie precyzuje jednak, jak należy rozumieć tak określony przedmiot umowy. „Artykuł 90 nie wprowadza żadnych rozróżnień kompetencji organów władzy państwowej. Brzmienie analizowanego przepisu może prowadzić *prima facie* do wniosku, że przekazanie na podstawie art. 90 może co do zasady obejmować wszelkie kompetencje władcze, zarówno prawodawcze, jak i wykonawcze oraz sędownicze, a także kompetencje władcze, których nie można zaliczyć do żadnej z trzech władz”⁹.

Rozumienie samego terminu przekazania kompetencji nie zostało również precyzyjnie określone w Konstytucji RP. Kwestią ustalenia jego znaczenia znajdzie się w dalszej części niniejszego opracowania.

⁷ Wyrok z 27 maja 2003 r., K 11/03, OTK-A 2003, nr 5, poz. 43.

⁸ *Ibidem*.

⁹ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Kraków 2007, s. 122.

PRZESŁANKI WYBORU TRYBU RATYFIKACJI PAKTU FISKALNEGO

Z dokonanej powyżej krótkiej charakterystyki konstytucyjnie dopuszczalnych trybów ratyfikacji umowy międzynarodowej wynika, że o ich wyborze decyduje przedmiot regulacji objętej tą umową. Cytowany na wstępie art. 1 ust. 1 Paktu fiskalnego w sposób ogólny określając jego cele, wskazuje, że dotyczy on zagadnień budżetowych państw sygnatariuszy. Uchwalanie budżetu na mocy art. 219 ust. 1 Konstytucji RP odbywa się w formie ustawy. Jak zauważył Trybunał Konstytucyjny, „zwrócić należy uwagę na specyfikę takiej ustawy. Jest ona traktowana jako ustawa formalna i szczegółna. Wyraża się to w odrębności jej niektórych cech w stosunku do innych ustaw. Treść materialną tego aktu tworzą z reguły normy planowe, skonkretyzowane czasowo i kwotowo, nie zaś normy prawne o charakterze generalnym i abstrakcyjnym”¹⁰.

Z powyższego wynika, że w Pakcie fiskalnym ma się do czynienia bez wątpienia ze sprawami uregulowanymi w ustawie lub w których Konstytucja RP wymaga ustawy, a więc odpada tzw. ratyfikacja uproszczona (art. 89 ust. 2 Konstytucji RP) i wymagana jest tzw. ratyfikacja zwykła przewidziana w art. 89 ust. 1 Konstytucji RP. Rozumowanie to wzmacnia pogląd, że Pakt fiskalny nie zmienia prawa UE i nie jest jego elementem.

Na marginesie warto przypomnieć, że w niektórych z państw sygnatariuszy paktu zakwestionowano ten sposób myślenia i do kontroli procesu ratyfikacji włączono organy kontroli konstytucyjności prawa, dostrzegając w postanowieniach paktu naruszenie konstytucji tych państw, a więc daleko posunięte wyjście poza dotychczasowe prawo UE zgodne z nimi. Francuska Rada Konstytucyjna badając tę sprawę dostrzegła konieczność nie tyle zmiany konstytucji, ile uchwalenia ustawy o szczególnej mocy – ustawy organicznej i orzekła, że musi zostać w niej zapisana zasada, iż roczny deficyt strukturalny nie może przekroczyć 0,5% PKB we Francji¹¹. Niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że analiza wniosków o zbadanie konstytucyjności ustaw wyrażających zgodę na ratyfikację Europejskiego Mechanizmu Stabilizacyjnego i Paktu fiskalnego wykazała, że jest wysoce prawdopodobne, iż zaskarżone ustawy nie naruszają konstytucji i odrzucił wnioski o wstrzymanie procesu ratyfikacji obu aktów do czasu merytorycznego rozpatrzenia skarg konstytucyjnych, co mogłoby potrwać wiele miesięcy. Równocześnie zgłosił pewne zastrzeżenia do Europejskiego

¹⁰ Postanowienie z 20 czerwca 2001 r., K 35/00, OTK 2001, nr 6, poz. 167.

¹¹ Decyzja nr 2012-653 DC, 9 sierpnia 2012 r.

Mechanizmu Stabilizacyjnego i zaznaczył, że jego orzeczenie ma charakter wstępny¹².

Powstaje w tym miejscu pytanie, czy istniały w chwili uchwalania Paktu fiskalnego przesłanki do odrzucenia ratyfikacji zwykłej i przyjęcia przewidzianej w art. 90 Konstytucji RP procedury ratyfikacji kwalifikowanej? Zbadać więc należy, czy na mocy Paktu fiskalnego Rzeczpospolita Polska przekazuje organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów państwowych w niektórych sprawach.

Szereg postanowień Paktu jest tak sformułowanych, że nie dają podstaw do przyjęcia, iż sygnatariusze przekazują jakiegokolwiek kompetencje, ale jedynie przyjmują na siebie określone zobowiązania i to z reguły nie nowe, ale stanowiące konkretyzację lub uzupełnienie zobowiązań już istniejących. Tytułem przykładu można wskazać na art. 3 ust. 1 Paktu: „Umawiające się strony stosują zasady zawarte w niniejszym ustępie w uzupełnieniu zobowiązań wynikających z prawa Unii Europejskiej i bez uszczerbku dla tych zobowiązań”. Z kolei art. 5 ust. 1 paktu przewiduje, że przekazywanie przez stronę objętą procedurą nadmiernego deficytu, programów partnerstwa budżetowego i gospodarczego zawierających szczegółowy opis reform strukturalnych, które muszą zostać przyjęte i wdrożone w celu zapewnienia skutecznej i trwałej korekty nadmiernego deficytu, Radzie Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej do zatwierdzenia oraz ich monitorowanie „będzie się odbywać zgodnie z obowiązującymi procedurami nadzoru w ramach paktu stabilności i wzrostu”. W tej sytuacji wydaje się, że Pakt fiskalny nie dokonuje przekazania żadnych kompetencji. Rozumowanie takie wzmacnia to, że nie tworzy on żadnych organów, którym państwa sygnatariusze powierzałyby przestrzeganie realizacji jego postanowień. Na pierwszy rzut oka „nie można wyodrębnić podmiotu, któremu zostałyby przekazane kompetencje, zgodnie z brzmieniem art. 90 Konstytucji”¹³.

Problem jednak w tym, że Pakt fiskalny zawiera postanowienia nieistniejące (dotychczas) w prawie UE. Należą do nich m.in.:

- 1) art. 3 ust. 1 pkt a, b i d – określający wysokość dolnego pułapu deficytu strukturalnego (w art. 3 ust. 1 pkt d podniesienie tego pułapu z 0,5% do 1% PKB – oznacza to wprowadzenie mocniejszego rygoru

¹² Orzeczenie z 12 września 2012 r., 2 BvR 1390/12.

¹³ M. Jabłoński, *Opinia na temat zgodności postanowień Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej z prawem Unii Europejskiej oraz trybu jego ratyfikacji na podstawie Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 1, s. 139.

- w zakresie ustalania maksymalnego pułapu deficytu strukturalnego) i ustanawiający zadania dla Komisji Europejskiej oraz dla państw sygnatariuszy, które „są oceniane zgodnie ze zmienionym paktem stabilności i wzrostu na podstawie oceny ogólnej, w której punktem odniesienia jest saldo strukturalne, w tym analizy wydatków po skorygowaniu o dyskrecjonalne działania po stronie dochodowej”;
- 2) art. 3 ust. 1 pkt e przewiduje zastosowanie automatyzmu w uruchomieniu mechanizmu korygującego nadmierne deficyty, co ustanawia inne standardy postępowania w wypadku wystąpienia nadmiernego deficytu, niż występujące dotychczas w prawie UE (działania jednostronne państwa mają być podjęte bez oczekiwania na przewidziane w rozporządzeniu 1175/2011 zalecenia Rady);
 - 3) art. 5 przewiduje program partnerstwa budżetowego – instytucja niewystępująca dotychczas w prawie UE;
 - 4) art. 6 w przypadku planów w zakresie krajowych emisji długu wprowadza obowiązek informowania państw stron paktu, a także Rady Europejskiej Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej, o planach emisji długu publicznego. Obowiązek ten nie występował dotychczas w prawie UE;
 - 5) art. 8 wprowadza kompetencję Trybunału Sprawiedliwości UE do weryfikowania wykonania obowiązków wynikających z art. 3 ust. 2 paktu i do nakładania na państwo – stronę, niewywiązującą się z tych obowiązków, ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej.

Należy w związku z powołanymi wyżej przepisami paktu bliżej przeanalizować konstytucyjne pojęcie „przekazania kompetencji”. Budzi ono kontrowersje w nauce prawa, nie tylko w Polsce. Upowszechnił się jednak pogląd, że „termin «przekazanie kompetencji» nie oznacza tożsamości kompetencji organów państwowych oraz kompetencji podmiotu, na rzecz którego nastąpiło przekazanie. Pojęcie przekazania zakłada jednak zachowanie podobieństwa podstawowych elementów tych kompetencji: 1) przedmiotu, 2) kręgu podmiotów podległych kompetencji oraz 3) najważniejszych skutków prawnych wydawanych aktów”¹⁴. Korresponduje z tym następująca konstatacja: „Przekazywanie kompetencji jest z reguły tylko jednym z wielu instrumentów prawnych służących realizacji określonych celów w ramach danej organizacji międzynarodowej lub danego organu międzynarodowego. Wykonanie kompetencji przekazanych przez państwa wpisuje się wówczas w szerszy kontekst rozmaitych form współpracy międzynarodowej, przewidzianych w umowie konstytuującej daną organizację międzynarodową lub dany

¹⁴ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 191.

organ międzynarodowy i nie może być rozpatrywane w oderwaniu od tego kontekstu”¹⁵.

Patrząc przez pryzmat zacytowanych wyżej uwag można stwierdzić, że nałożenie w Pakcie fiskalnym wykraczających poza prawo UE obowiązków, oznacza ograniczenie dla autonomii budżetowej parlamentu i wykonawczych kompetencji rządu oraz stanowi niewątpliwie formę przekazania kompetencji. Jak zauważa K. Działocha, nie zawsze „przekazanie” implikuje transfer określonych kompetencji i może oznaczać „tylko przedmiotowe ograniczenie wykonywania tych kompetencji. Zakres ograniczeń określają traktaty”¹⁶.

Warto tu dodać, że chodzi nie tylko o kompetencje prawodawcze i wykonawcze, ale również kontrolne. Art. 95 Konstytucji przewiduje powierzenie Sejmowi kontroli nad Radą Ministrów, łączącą się z zasadą podziału władz (art. 10 ust. 1). Działania wykonywane w ramach tej funkcji są w przeważającej opinii przedstawicieli nauki prawa konstytucyjnego zgodne z zadaniami parlamentu jako organu przedstawicielskiego i umożliwiają mu odgrywanie w praktyce demokratycznej przeciwwagi władzy wykonawczej. Ponadto stanowią one konsekwencję i uzupełnienie funkcji ustawodawczej (np. konsekwencją tego, że parlament uchwała budżet państwa jest możliwość kontroli jego wykonania przez rząd i udzielanie mu absolutorium). Należy podkreślić, że RM kierując wykonaniem budżetu państwa – tzn. realizacją ustawy budżetowej – prowadzi gospodarkę finansową państwa opartą na jednym budżecie (ustawie budżetowej). Rada Ministrów odpowiada za wykonanie budżetu przed Sejmem, który udziela jej absolutorium.

Ograniczeniem kompetencji organów państwowych w sprawach budżetowych jest uruchomiany na mocy art. 3 ust. 2 paktu automatycznie mechanizm korygujący w przypadku stwierdzenia znacznych odchyłeń od celu średniookresowego lub ścieżki dostosowawczej prowadzącej do tego celu. W tym przypadku swoistym zaklinalniem rzeczywistości jest stwierdzenie, że przepis ten „nie może naruszać uprawnień parlamentów narodowych”. Brak jest w pakcie jakichkolwiek rozwiązań temu zapobiegających.

Ograniczenia kompetencji budżetowych organów RP dokonane w Pakcie fiskalnym ustalane są poza ramami prawa UE właśnie na podstawie tego paktu. Został on zresztą po to zawarty, aby je wprowadzić. Realizowane w ten sposób mają być jego cele.

¹⁵ *Ibidem*, s. 203–204.

¹⁶ K. Działocha, *Omówienie art. 90*, s. 3, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, [wyd. ciągłe].

Nie jest zgodne z prawdą twierdzenie, jakoby na mocy Paktu fiskalnego nie wyposażano żadnych organów międzynarodowych w nowe kompetencje. Są to organy UE, a nie organy stworzone przez państwa strony paktu, ale fakt ten nie zmienia istoty problemu.

W tym kontekście należy wskazać na upoważnienie Trybunału Sprawiedliwości UE do weryfikowania wykonania obowiązków wynikających z art. 3 ust. 2 paktu i do nakładania na Polskę w przypadku niewywiązywania się z tych obowiązków ryczałtu lub okresowej kary pieniężnej. Jak słusznie zauważył M. Jabłoński, „W praktyce oznaczałoby to na przykład, że ewentualna zmiana Konstytucji RP, zmierzająca do osłabienia dyscypliny budżetowej czy długu publicznego bądź regulacji ustawowej w zakresie tzw. mechanizmu korygującego, narażałaby Polskę na sankcje za złamanie przyjętych zobowiązań prawnomiędzynarodowych. W myśl tego przepisu bowiem sprawę do Trybunału Sprawiedliwości UE może wnieść Komisja Europejska, a także inne państwo członkowskie. Co więcej, w razie gdy inne państwo (na podstawie własnej oceny lub oceny Komisji Europejskiej) uzna, że strona nie wykonała wyroku, może wystąpić do Trybunału Sprawiedliwości o nałożenie kar finansowych na podstawie art. 260 TFUE (kary zasilają Europejski Mechanizm Stabilizacji)”¹⁷.

Należy w tym miejscu przypomnieć art. 5 ust. 1 paktu wyposażający Radę Unii Europejskiej i Komisję Europejską do zatwierdzenia oraz monitorowania programów partnerstwa budżetowego i gospodarczego, zawierających szczegółowy opis reform strukturalnych, które muszą zostać przyjęte i wdrożone w celu zapewnienia skutecznej i trwałej korekty nadmiernego deficytu. Dotychczas w ramach tych elementów planistycznych, parlament uchwalając budżet, miał duży zakres swobody. TK mając na względzie specyfikę ustawy budżetowej, zachowywał daleko posuniętą powściągliwość w jej badaniu i stwierdził, że ustawa ta jest „aktem polityki finansowej państwa na dany rok. Stąd też treści planistyczne ustawy budżetowej mogą podlegać badaniu Trybunału Konstytucyjnego w bardzo ograniczonym zakresie [...]. Analizując problem wydatków [...] nie można abstrahować od tego, że zawsze szczegółowe postanowienia ustawy budżetowej stanowią fragmenty wyważonej i zbilansowanej koncepcji ogólnej. Patrząc z tego punktu widzenia pamiętać należy, że w tym kontekście istotne jest też zachowanie równowagi budżetowej, stanowiącej odrębną wartość konstytucyjną wymagającą ochrony. Nakazuje to traktowanie budżetu jako

¹⁷ M. Jabłoński *op. cit.*, s. 144.

pewnej całości i dyktuje powściągliwość w dokonywaniu kontroli jego poszczególnych postanowień¹⁸.

Jak słusznie zauważa C. Mik, przyjęcie w Pakcie fiskalnym przez RP na siebie zobowiązań niewynikających z prawa UE, wykracza „poza te, na które wyraziła zgodę, ratyfikując traktat akcesyjny i, ostatnio, traktat z Lizbony [...] Zobowiązania te krępowałyby dodatkowo i znacząco kluczową dla funkcjonowania państwa sferę, jaką jest polityka budżetowa państwa. [...] W ten sposób powstaje poważne ryzyko, że Polska przekaze kolejne zakresy kompetencji w sferze budżetowej pod kontrolę instytucji Unii Europejskiej i, co konstytucyjnie niedopuszczalne, umawiających się stron traktatu działających kolektywnie (Konstytucja nie pozwala przekazywać kompetencji organów państwowych innym państwom)”¹⁹.

W tym kontekście warto też przytoczyć następujący pogląd M. Dobrowolskiego: „Wydawać się może [...], iż traktat fiskalny zawiera wystarczające gwarancje dla niepowiększenia kompetencji organów UE określonych w TUE i TFUE przez nieuprawniona wykładnie traktatu fiskalnego [...]. Jednak pamiętać należy, że ewentualne stwierdzenie naruszenia traktatów założycielskich przez zastosowanie rozszerzającej wykładni postanowień traktatu fiskalnego (prowadzącej do poszerzenia kompetencji organów UE) będzie dokonywane przez TS UE – i co oczywiste – bez związku z przepisami polskiej Konstytucji”²⁰.

Podsumowując tę część rozważań należy stwierdzić, że przyjęcie przez RP w Pakcie fiskalnym zobowiązań niewynikających z prawa UE ograniczających kompetencji budżetowych organów RP, uznać należy za formę przekazania tych kompetencji, a więc za spełnienie przesłanki wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej w trybie art. 90 Konstytucji RP.

Za tym trybem ratyfikacji przemawiał również ścisły związek kompetencji budżetowych z zasadą suwerenności, podkreślany zarówno w nauce prawa, jak i w orzecznictwie TK. W uzasadnieniu jednego z orzeczeń Trybunał stwierdził: „z punktu widzenia współczesnej polskiej doktryny prawa międzynarodowego suwerenność jest nieodłączną cechą państwa, która pozwala odróżnić je od innych podmiotów prawa międzynarodowego. Do atrybutów suwerenności należy: wyłączna kompetencja jurysdykcyjna odnośnie do własnego terytorium i obywa-

¹⁸ Postanowienie z 20 czerwca 2001 r., K 35/00, OTK 2001, nr 6, poz. 167.

¹⁹ C. Mik, *Opinia w sprawie zgodności tzw. traktatu fiskalnego z prawem Unii Europejskiej oraz trybu jego ratyfikacji*, „Zeszyty Prawnicze” 2012, nr 1, s. 100.

²⁰ M. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 46.

teli, wykonywanie kompetencji w zakresie polityki zagranicznej, decydowanie o wojnie i pokoju, swoboda co do uznania państw i rządów, nawiązywanie stosunków dyplomatycznych, decydowanie o sojuszach wojskowych oraz o członkostwie w międzynarodowych organizacjach politycznych, prowadzenie samodzielnej polityki finansowej, budżetowej i fiskalnej²¹. Jak słusznie zauważył TK: „dobrem szczególnie chronionym jest nie tylko równowaga finansów publicznych, lecz i suwerenność polityczna władzy ustawodawczej oraz odpowiednio rządu w określaniu wydatków budżetowych. Możliwość podejmowania decyzji politycznych, co do hierarchii i wysokości tych wydatków jest niezbywalnym atrybutem tych władz²²”.

W kontekście tych wypowiedzi TK ważnym elementem art. 90 Konstytucji, nie wysłowionym wprost z jego treści, są wymogi, jakim powinien odpowiadać podmiot, na rzecz którego nastąpiło przekazanie kompetencji. Powinny one zostać sprawdzone na przebiegającym w parlamencie etapie procesu wyrażania zgody na ratyfikację. K. Wojtyczek, nawiązując do tego stwierdził: „zasada suwerenności jest rozumiana współcześnie w prawie międzynarodowym jako zasada równiejsuwerenności [...]. Suwerenność państwa nie wyklucza ustanowienia ograniczeń dotyczących wykonywania przez państwo swoich kompetencji, ani nawet powierzenia takich kompetencji organizjom międzynarodowym, ale pod warunkiem poszanowania równości państw. [...] konstytucyjny wymóg ochrony niepodległości i suwerenności państwa zakłada, że warunkiem udziału RP w organizacjach międzynarodowych jest poszanowanie zasady równości państw członkowskich. Analogicznie w przypadku organów międzynarodowych niezbędne jest zachowanie równości państw w relacjach z tym organem. [...] Zasada równości musi być rozumiana podobnie jak w polskim prawie wewnętrznym, a więc jako wymóg podobnego traktowania podmiotów posiadających wspólną cechę istotną. [...] RP może przekazać na podstawie art. 90 Konstytucji kompetencje organowi lub organizacji międzynarodowej, jeżeli umowa o przekazaniu kompetencji oparta jest na zasadzie równości państw i na zasadzie wzajemności²³”.

²¹ Wyrok z 24 listopada 2010 r., K 32/09, OTK-A 2010, nr 9, poz. 108.

²² Wyrok z 26 listopada 2001 r., K 2/00, OTK 2001, nr 8, poz. 254.

²³ K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 169–171.

PODSUMOWANIE

Z dotychczasowych rozważań wynika jednoznacznie, że zgodnym z Konstytucją RP trybem wyrażenia zgody na ratyfikację Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej (tzw. Paktu fiskalnego), byłby tryb przewidziany w art. 90 Konstytucji RP – tzn. zgoda powinna zostać wyrażona w referendum ogólnokrajowym lub ustawie przyjętej przez parlament w szczególnym trybie (dla jej uchwalenia w obu izbach wymagane jest osiągnięcie wysokiej większości kwalifikowanej 2/3 głosów).

ALLAN F. TATHAM*

NATIONAL IDENTITY AND EEA LAW: THE NEXT CONSTITUTIONAL STEP FOR THE EFTA COURT?

INTRODUCTION

The aim of this article is to consider one discrete issue related to the possible migration of constitutional ideas between the EU and the EFTA-EEA states (comprising Iceland, Liechtenstein and Norway). That is the putative reception – mediated by the EFTA Court – into the EEA legal order of the principle of the respect of national identity, most recently articulated in treaty form in Art 4(2) TEU. It will be argued that such principle – although currently indeterminate in scope – is likely to come to play a greater role in the Internal Market and the CJEU's own decision-making and will thus impact, in due course, on the EEA legal order.

NATIONAL IDENTITY AND THE EUROPEAN UNION

The recognition of national identity was originally introduced by the Maastricht Treaty and provided under then Art F(1) TEU: “The Union shall respect the national identities of the Member States, whose systems of government are founded on the principles of democracy.” The Amsterdam Treaty revised the numbering, Art 6(3) TEU, and removed the dependent clause.

* *Profesor* in EU Law, Universidad CEU San Pablo, Madrid, Spain. The author hereby gratefully acknowledges the assistance and advice given in preparing this paper by Prof. Dr. Peter-Christian Müller-Graf, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. The usual disclaimer applies.

Further development was proposed through Art I-5 of the draft Constitutional Treaty, the progenitor of Art 4(2) TEU, quoted below. The relevant Working Group in the Convention noted¹ that its discussions, when dealing with the wording of this provision, had centred on two core areas of national responsibilities, viz.: (1) fundamental structures and essential functions of a Member State which were included in Art I-5 CT (and later retained in Art 4(2) TEU); and (2) basic public policy choices and social values of a Member State including tax policies; social welfare benefits system; educational system; public health care system; and cultural preservation and development. Interestingly, choice of languages was considered as part of the first group, not the second. Nevertheless, as a result of its deliberations, the Working Group members generally agreed that the revised clause would not require any specific mentioning of the latter basic policy choices of the Member States.

The Lisbon Treaty largely kept the wording of Art I-5 CT (adding the point on equality) and now provides in Art 4(2) TEU:

The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State.

Van der Schyff has argued² that Union respect for national identities is to be understood as meaning exclusively the protection of the individual constitutional identity of the Member States. Nevertheless, the Working Group's approach to basic policy choices as part of national identity contextualises the wording of Art I-5 CT/Art 4(2) TEU, so that a narrow, "constitutional" interpretation of national identities does not represent the intention of the drafters of that provision. In fact, "national identity" must be seen as a much broader concept within the context of the Union.³

¹ G. Amato, J. Ziller, *The European Constitution: Cases and Materials in EU and Member States' Law*, 2007, p. 157–158.

² G. van der Schyff, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4(2) TEU*, 2012, 37 EL Rev, p. 563.

³ Support for this contention may be found through examining the clause's history: B. Guastaferrro, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Function of the Identity Clause*, 2012, 31 YBEL, p. 263.

PROTECTION OF NATIONAL IDENTITY IN THE INTERNAL MARKET

(a) An inherent, broad and inclusive notion of national identity
Treaty-based protection of national identity may be seen to have a progeny dating back to the very beginnings of European integration. The views of Poiares Maduro AG in *Michaniki*, where he elaborated on the notion of Member State identity, are worthwhile considering in detail as they form the framework for the ensuing discussion:⁴

It is true that the European Union is obliged to respect the constitutional identity of the Member States. That obligation has existed from the outset. It indeed forms part of the very essence of the European project initiated at the beginning of the 1950s, which consists of following the path of integration whilst maintaining the political existence of the States. That is shown by the fact that the obligation was explicitly stated for the first time upon a revision of the treaties, a reminder of the obligation being regarded as necessary by the Member States in view of the further integration provided for. Thus, Article F(1) of the Maastricht Treaty, now Article 6(3) of the Treaty on European Union, provides that “the Union shall respect the national identities of its Member States”. The national identity concerned clearly includes the constitutional identity of the Member State. That is confirmed, if such was necessary, by the explanation of the aspects of national identity put forward in Article I-5 of the Treaty establishing a Constitution for Europe and Article 4(2) of the Treaty on European Union as amended by the Treaty of Lisbon. It appears, indeed, from the identical wording of those two instruments that the Union respects the “national identities [of Member States], inherent in their fundamental structures, political and constitutional”.

The case-law has already drawn certain conclusions from that obligation imposed on the European Union by the founding instruments to respect the national identity of the Member States, including at the level of their constitutions. It is apparent from a close reading of that case-law that a Member State may, in certain cases and subject, evidently, to review by the Court, assert the protection of its national identity in order to justify a derogation from the application of the fundamental freedoms of movement. It may, first of all, explicitly rely on it as a legitimate and independent ground of derogation. [Emphasis supplied.]

Poiares Maduro's contentions may be restated as follows: (i) the obligation to respect the constitutional identity of Member States existed from the outset of the European project and is therefore inherent in the Treaties; (ii) since the Lisbon Treaty amendments entered into force, it is now a separate ground for justifying derogation from the freedoms of

⁴ Opinion of Poiares Maduro AG in Case C-213/07 *Michaniki* [2008] ECR I-9999, paras 31–32.

the Internal Market; and (iii) national identity “includes” constitutional identity. These three points are all vital components of the arguments in this study to which further reference will be made later. Echoing the words of Poiares Maduro, Besselink’s views are also interesting when he considers “national identity” in a broader manner, comprising multiple identities and encapsulating cultural identities as well.⁵ It might therefore be considered that the notion of “national identity” is one which the CJEU may imbue with further content through its case-law or that it acts as an umbrella under which a variety of issues might coalesce together.

(b) Free movement and Member States’ margin of appreciation

The protection of national identity in a broad sense has therefore existed from the outset of integration within the context of the Internal Market⁶ and was intended to be retained under the Constitutional Treaty and subsequent Lisbon Treaty.

Understood in this way, “national identity” has been protected under a series of Treaty exceptions allowing Member States a degree of discretion to keep in place national rules that, while forming a barrier to the exercise of the free movement rights, may nevertheless be justified on the basis of those exceptions. Sweeney⁷ has analysed this “margin of appreciation” through the CJEU’s case-law on the four freedoms, demonstrating that the doctrine plays a role across the different categories of restriction. In balancing European (ostensibly economic but increasingly socio-political) aims against more local values, the CJEU has inevitably been drawn into a discussion about the suitability, necessity and proportionality of the national measures in question.

On the one hand, for example, Art 36 TFEU permits national measures that infringe the right to free movement of goods where they can be justified, *inter alia*, on grounds of public morality, public policy or public health. Free movement of persons and the freedoms of establishment and to provide (and receive) services are subject to limitations justified on the grounds of public policy, public security or public health;⁸ moreover, none of these rights can be applied to employment in the

⁵ L. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, 2010, 6 Utrecht L Rev, p. 36.

⁶ J. Hojnik, *The EU Internal Market and National Tradition and Culture: Any Room for Market Decentralisation?*, 2012, 8 CYELS, p. 117.

⁷ J.A. Sweeney, *A ‘Margin of Appreciation’ in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights*, 2007, 27 LIEI, p. 27.

⁸ Workers, Art 45(3) TFEU; establishment, Art 52 TFEU; services, Art 62 TFEU.

public service or to activities which in the relevant Member State are connected with the exercise of official authority.⁹ However, these exceptions must not – in effect – amount to disguised restrictions on these free movement rights and the CJEU remains vigilant to the claims of Member States in these situations and polices the limits to these exceptions.¹⁰ Thus, while the Treaties and CJEU case-law allow the Member States a margin of appreciation in protecting their national identity, the exercise and extent of the applicability of such exceptions are kept firmly within the competence of the CJEU: such approach is mirrored in the CJEU case-law under Art 4(2) TEU which will be considered later.¹¹

The general requirement on EU Member States, to ensure no national impediments exist to the exercise of the free movement rights, can be tempered with the need to protect the State's identity. In *Schmidberger*,¹² the Austrian authorities' failure to ban a demonstration (thereby causing a 30-hour closure of a major motorway) was capable of restricting intra-Union trade in goods under Arts 34 and 35 TFEU but could be objectively justified on the grounds of the fundamental rights to freedom of expression and assembly. Since both the Union and its Member States were required to respect fundamental rights, their protection was a legitimate interest which justified the restriction of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty, such as the free movement of goods.

Protection of national identity possesses a certain progeny in CJEU case-law: in *Groener*,¹³ the relevant Irish law provided that teachers in vocational schools in Ireland were required to be proficient in the Irish language. The CJEU ultimately ruled the language proficiency requirements permissible – in view of a clear policy of national law to maintain and promote the use of the language as a means of expressing national identity and culture – provided they were not disproportionate to their objectives.

On the other hand, the *Cassis de Dijon* case¹⁴ has also allowed the CJEU to elaborate further on the field of discretion left to Member States in their ability to create or maintain in place non-discriminatory

⁹ Workers, Art 45(4) TFEU; establishment, Art 51 TFEU; services, Art 62 TFEU.

¹⁰ Case 13/68 *Salgoil* [1968] ECR, p. 453.

¹¹ L. Besselink, *op. cit.*, p. 44–45, who emphasises the need for dialogue between the national courts and CJEU in calibrating the balance between EU freedoms and national identity.

¹² Case C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659.

¹³ Case 379/87 *Groener* [1989] ECR 3967.

¹⁴ Case 120/78 "*Cassis de Dijon*" [1979] ECR 649.

measures.¹⁵ These measures, having equivalent effect to quantitative restrictions, which are indistinctly applicable and infringe the free movement of goods under Art 34 TFEU might be found to be lawful under EU law if they are both objectively justified and proportionate.

The CJEU consequently regarded as objective justifications the legitimate interests of social and economic policy¹⁶ as well as cultural interests.¹⁷ National rules on shop opening hours were also covered,¹⁸ provided their purpose was to ensure that working and non-working hours were so arranged as to accord with “national or regional socio-cultural characteristics” which phrase was subsequently held to include laws for the protection of workers.¹⁹

Consequently, despite the presumption in favour of free trade in the Internal Market, the Treaties and CJEU case-law already allowed the Member States to retain a strictly-defined competence lawfully to limit free trade, in order to protect certain important domestic interests related to national identity *before* the EEA Agreement was signed.

(c) Protection of national identity since Maastricht

As mentioned above, the express mention of the Union’s respect for national identity dates from the Maastricht Treaty and has been developed in ensuing amendments. In *Commission v. Luxembourg*,²⁰ a pre-Lisbon case, the CJEU considered that the protection of national identities of Member States was a legitimate objective that the EU legal order had to respect.²¹ In other cases, e.g., *UTECA*,²² respect for national identity encompassed other values protected by the Treaty such as cultural and linguistic diversity.

Guastafarro considers²³ that Art 4(2) TEU (and its predecessors) has been used by the CJEU in two ways: first, as an autonomous Internal

¹⁵ Case 55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165.

¹⁶ Case 155/80 *Oebel* [1981] ECR 1993.

¹⁷ Cases 60 and 61/84 *Cinéthèque* [1985] ECR 2605.

¹⁸ Case 145/88 *Torfaen BC v. B & Q PLC* [1989] ECR 3851.

¹⁹ Case C-312/89 *UCGT* [1991] ECR I-997; and Case C-332/89 *Marchandise* [1991] ECR I-1027.

²⁰ Case C-473/93 *Commission v. Luxembourg* [1996] ECR I-3207, para 35.

²¹ Subsequently affirmed in Case C-51/08 *Commission v. Luxembourg* [2011] ECR I-4231, para 124: protection of the Luxemburgish language, however, could be achieved in a more proportionate way than by generally excluding nationals of other Member States from performing activities as notaries.

²² Case C-222/07 *UTECA* [2009] ECR I-1407.

²³ B. Guastafarro, *op. cit.*, p. 290–299.

Market ground of derogation, i.e., as a justification for a national measure that had been found to be inconsistent with a fundamental freedom under the Treaty; and secondly and more importantly for the present argument, the identity clause has been employed as a rule of interpretation of existing Internal Market grounds for derogation.

The CJEU has evolved its case-law on the identity clause;²⁴ in the *Omega* case, it balanced the right to human dignity (under German Constitution Art 1) with the freedom to provide services holding that:²⁵ “Since both the Community and its Member States are required to respect fundamental rights, the protection of those rights is a legitimate interest which, in principle, justifies a restriction of the obligations imposed by Community law, even under a fundamental freedom guaranteed by the Treaty such as the freedom to provide services.”

Further in *Laval*, the CJEU made an express reference to the importance of the right to collective action enshrined in Art 17 of the Swedish Constitution and pointed out²⁶ that exercising the right to take collective action “for the protection of the workers of the host State against possible social dumping may constitute an overriding reason of public interest within the meaning of the case-law of the Court which, in principle, justifies a restriction of one of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty.”

The CJEU returned to the issue of national identity in *Sayn-Wittgenstein*, in which the complainant had argued that an Austrian constitutional rule prohibiting use of noble titles infringed her free movement rights. In considering the issue, the CJEU stated:²⁷ “[I]n accordance with Article 4(2) TEU, the European Union is to respect the national identities of its Member States, which include the status of the State as a Republic.” It further noted:²⁸ “[A]ny restriction on the rights of free movement which would result for Austrian citizens from the application of the provisions at issue in the main proceedings are therefore justified in the light of the history and fundamental values of the Republic of Austria.” The CJEU in *Sayn-Wittgenstein* appears impliedly to have used Art 4(2) TEU to support the justification of the restriction

²⁴ For an extensive and detailed analysis of CJEU case-law related to this subject, see T. Konstadinides, *Constitutional Identity as a Shield and as a Sword: The European Legal Order within the Framework of National Constitutional Settlement*, 2010–2011, 13 CYELS, p. 195–218.

²⁵ Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609, para 35.

²⁶ Case C-341/05 *Laval* [2007] ECR I-11767, para 103.

²⁷ Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* [2010] ECR I-13693, para 96.

²⁸ *Ibid*, para 75.

on EU rights caused by the Austrian constitutional prohibition on noble titles.²⁹ Through *Runevič-Vardya*, the CJEU extended the concept of national identity under Art 4(2) TEU to cover protection of the official language of a Member State³⁰ being a legitimate aim capable of justifying restrictions on EU free movement rights.³¹

The concept of protection of national identity received support from the CJEU – echoing its earlier ruling in *Omega*³² – when it stated in *Sayn-Wittgenstein* that:³³ “[T]he specific circumstances which may justify recourse to the concept of public policy may vary from one Member State to another and from one era to another. The competent national authorities must therefore be allowed a margin of discretion within the limits imposed by the Treaty.” In *Gambelli*, the CJEU had previously said:³⁴ “[M]oral, religious and cultural factors ... could serve to justify the existence on the part of the national authority of a margin of appreciation sufficient to enable them to require what consumer protection and the preservation of public order require.” Although this would appear to mean that national identity as a ground for justification might be invoked with respect to specific national interests, this does not imply a blanket acceptance of all national rules (when claimed by Member States) as furnishing the appropriate basis for justifiable restrictions on (the exercise of) EU law rights.³⁵

NATIONAL IDENTITY AND THE EFTA COURT

(a) Guaranteeing homogeneity between the Union and the EFTA-EEA
In view of the international law nature of the EEA Agreement and the need to avoid divergences between the decision-making of the CJEU

²⁹ A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, 2011, 48 CML Rev, p. 1417.

³⁰ Case C-391/09 *Runevič-Vardyn* [2011] ECR I-3787, para 86.

³¹ See more recently, Case C-393/10 *O'Brien* [2012] ECR I-0000, nyr, para 49, regarding the Latvian Government's objection to EU law on part-time work and pay being applied to judges as amounting to an infringement of national identity.

³² Case C-36/02 *Omega*, *supra* n 25, para 31.

³³ Case C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, *supra* n 27, para 87.

³⁴ Case C-243/01 *Gambelli* [2003] ECR I-1577, para 63.

³⁵ On the balancing between EU law and the common constitutional traditions of the Member States, and between EU law and specific national constitutional provisions, G. Martinico, O. Pollicino, *The Interaction between Europe's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Law*, 2012, p. 228–238.

and the EFTA Court, the drafters of the Agreement created special homogeneity rules. According to the Agreement,³⁶ the EFTA Court is supposed: (a) to interpret provisions of that Agreement that are identical in substance to corresponding rules in the TFEU in conformity with the relevant rulings of the CJEU rendered before the Agreement was signed on 2 May 1992; and (b) to pay due account to relevant CJEU rulings after that date.

However, the EFTA Court recognised³⁷ that the establishment of a dynamic and homogeneous market was inherent in the general objective of the EEA Agreement and, in turn, took the view that EEA law might be dynamically interpreted if this were necessary in order to achieve judicial homogeneity.³⁸ In practice, the EFTA Court does not distinguish between pre- and post-May 1992 CJEU case-law, thereby respecting it in its entirety³⁹ and applying it directly without temporal discrimination in cases before it.

In addition, the principle of homogeneity has led to “a presumption that provisions framed identically in the EEA Agreement and the EC Treaty are to be construed in the same way”⁴⁰ while also acknowledging that there were “certain differences in the scope and purpose of the EEA Agreement as compared to the EC Treaty which may under specific circumstances lead to a different interpretation.”⁴¹ Nevertheless, in *L’Oréal*, the EFTA Court concluded that only “compelling reasons”⁴² could justify divergent interpretations of the same rule under EU and EEA law: in so doing it also raised the threshold for allowing differences in purpose and context to justify derogation from the homogeneity principle.⁴³

The EFTA Court in its case-law has therefore overcome the apparent temporal limitations imposed by the EEA Agreement on its acceptance and use of CJEU case-law and, through the “compelling reasons” test of

³⁶ Article 6 EEA and Art 3(2) of the EFTA Surveillance and Court Agreement.

³⁷ Case E-4/01 *Karlsson* [2002] EFTA Ct Rep 240.

³⁸ Case E-4/04 *Pedical* [2005] EFTA Ct Rep 1.

³⁹ V. Skouris, *The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions*, [in:] C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Örlygsson (eds.), *The EFTA Court: Ten Years On*, 2005, p. 123, 124–125.

⁴⁰ Case E-2/06 *EFTA Surveillance Authority v. Norway* [2007] EFTA Ct Rep 163, para 59. Emphasis supplied.

⁴¹ Case E-3/98 *Rainford-Towning* [1998] EFTA Ct Rep 205, para 21.

⁴² Joined Cases E-9/07 and E-10/07 *L’Oréal* [2008] EFTA Ct Rep 258, para 37.

⁴³ H.H. Fredriksen, *The EFTA Court 15 Years On*, 2010, 59 ICLQ, p. 731.

L'Oréal, has set an even higher threshold for divergent interpretations of the same or similarly-worded legal rules in the EU and EEA legal orders. As Fredriksen has contended:⁴⁴ “Thus, we can safely assume that it will be very difficult for the EFTA States to advance differences in context and purpose between EEA law and EU law in order to secure greater political leeway than the ECJ allows the EU Member States.”

(b) Creation of the EEA legal order by the EFTA Court

Having asserted in *Sveinbjörnsdóttir*⁴⁵ that the EEA Agreement was an international treaty *sui generis* which contained a distinct legal order of its own, in words reminiscent of the CJEU in *Van Gend en Loos*,⁴⁶ the EFTA Court subsequently recognised⁴⁷ that this distinct legal order was characterised by the creation of an internal market, the protection of the rights of individuals and economic operators and an institutional framework providing for effective surveillance and judicial review.

In fleshing out this economic constitutional order of the EEA – much in the same way the CJEU attempted to do with the EU legal order from the 1960s onwards⁴⁸ – the EFTA Court has been inspired by the CJEU-created fundamentals of the Union legal order. However the EFTA Court evidently works in a different policy universe and has to maintain the axiomatic dichotomy of membership of the Internal Market (and thus the core of the European project) with the respect for (Nordic) notions of sovereignty vis-à-vis the inherent supranationalism of the EU institutional system.⁴⁹

While the EFTA Court has rejected the direct “importation” of the principles of primacy and direct effect⁵⁰ from the EU system since the necessary supranational element is absent from the EEA system, it has nevertheless introduced EEA-equivalent concepts⁵¹ of “quasi-direct

⁴⁴ *Ibid*, p. 743.

⁴⁵ Case E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir* [1998] EFTA Ct Rep 95, para 59.

⁴⁶ Case 26/62 *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1, 12.

⁴⁷ Case E-2/03 *Ásgeirsson* [2003] EFTA Ct Rep 185, para 28.

⁴⁸ K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, 2001.

⁴⁹ H.P. Graver, *Mission Impossible: Supranationality and National Legal Autonomy in the EEA Agreement*, 2002, 7 EFA Rev, p. 73, 74–76.

⁵⁰ W. van Gerven, *The Genesis of EEA Law and the Principles of Primacy and Direct Effect*, 1992–1993, 16 Fordham Intl LJ, p. 955; L. Sevón, M. Johansson, *The protection of the rights of individuals under the EEA Agreement*, 1999, 24 EL Rev, p. 373.

⁵¹ C. Baudenbacher, *The EFTA Court Ten Years On*, [in:] C. Baudenbacher, P. Tresselt, T. Örlygsson (eds.), *op. cit.*, p. 13.

effect,”⁵² “quasi-supremacy,”⁵³ full state liability,⁵⁴ indirect effect or consistent interpretation,⁵⁵ effectiveness of remedies protecting infringement of rights under EEA law,⁵⁶ general principles of law⁵⁷ (including fundamental rights⁵⁸) and even the emergence of an EEA citizenship in line with the parallel EU citizenship.⁵⁹ Such activism has allowed the EFTA Court to emulate some of the main constitutional bases of the Union legal order set out in CJEU rulings,⁶⁰ albeit in a circumscribed manner and based on the fact that, whilst the depth of integration under the EEA Agreement is less far-reaching than under the TEU and TFEU, the scope and objective of the EEA nevertheless go beyond what is usual for an agreement under public international law.⁶¹

(c) Protection of national identity in the EEA

It will be recalled from Póiares Maduro’s earlier proposition that national identity protection has been inherent in the Union Treaties from the very beginning. If that is the case, then respect for such identity was transferred from the Union to the EEA system through the same or similarly-worded provisions, at least to the extent where that is guaranteed under the Internal Market.

The EEA Agreement for its part replicates the free movement provisions of the Internal Market and the Treaty exceptions to them:⁶² thus, following the earlier scheme, Art 13 EEA permits national measures that infringe the right to free movement of goods where they can be justified, *inter alia*, on grounds of public morality, public policy or public

⁵² Case E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Ct Rep 15.

⁵³ Case E-1/01 *Einarsson* [2002] EFTA Ct Rep 1.

⁵⁴ Case E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, *supra* n 45.

⁵⁵ Case E-4/01 *Karlsson*, *supra* n 37.

⁵⁶ Case E-2/03 *Ásgeirsson*, *supra* n 47, para 28.

⁵⁷ Case E-3/11 *Sigmarsson* [2011] EFTA Ct Rep 430.

⁵⁸ Case E-8/97 *TV 1000* [1998] EFTA Ct Rep 68; Case E-2/02 *Bellona* [2003] EFTA Ct Rep 52; and Case E-2/03 *Ásgeirsson*, *supra* n 47.

⁵⁹ Case E-4/11 *Clauder* [2011] EFTA Ct Rep 218, para 49.

⁶⁰ The arguments on the possible parallel constitutionalisation of the EEA legal order are set out in T. Burri, B. Pirker, *Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area*, 2013, 32 YBEL 1, p. 7–22. The authors ultimately consider the EEA to fall short of a true constitutional regime, at this time.

⁶¹ Case E-9/97 *Sveinbjörnsdóttir*, *supra* n 45.

⁶² P.-C. Müller-Graff, *The Impact of Climate, Geography and Other Non-Legal Factors on EC Law and EEA Law*, [in:] C. Baudenbacher, P. Tresselt & T. Örlygsson (eds.), *op. cit.*, p. 55, 65–66.

health.⁶³ Free movement of persons and the freedoms of establishment and services are subject to limitations justified on the grounds of public policy, public security or public health;⁶⁴ and the public service exception is also maintained in respect of the same freedoms.⁶⁵ Moreover, the EFTA Court has also seen fit to approve the *Cassis de Dijon* jurisprudence in its own decision-making.⁶⁶

Within the framework of the EEA Agreement and the relevant CJEU case-law, then, the EFTA Court has already deal extensively with the economic freedoms and their permissible limitations;⁶⁷ on a number of occasions, it has been faced with claims that such freedoms should not apply because of an objectively justifiable reason related to national identity. In fact, it has been argued that the lack of supranationality of the EEA Agreement might allow for some further leeway in the conduct of EFTA-EEA states with a dualistic approach to international law⁶⁸ in respect of national identity than would be available to EU Member States. Commentators have variously grouped these mandatory requirements together in terms of features related to geography, population and culture.⁶⁹

Thus the deep-rooted Nordic public health policies regarding alcohol consumption were considered in the context of national alcohol monopolies;⁷⁰ public health also came into play on food labelling and food additives.⁷¹ Similarly, the strong Nordic tradition of workers' protection⁷² as well as ensuring gender equality⁷³ have been argued as jus-

⁶³ Following the similarly-worded Art 36 TFEU, the EFTA Court has ensured that such exceptions to free movement of goods are construed restrictively: Case E-1/94 *Restamark*, *supra* n 52.

⁶⁴ Workers, Art 28(3) EEA; establishment, Art 33 EEA; services, Art 39 EEA.

⁶⁵ Workers, Art 28 (4) EEA; establishment, Art 32 EEA; services, Art 39 EEA.

⁶⁶ Case E-1/94 *Restamark*, *supra* n 52.

⁶⁷ Case E-3/00 *EFTA Surveillance Authority v. Norway* ("Kellogg's") [2000–2001] EFTA Ct Rep 73 and Case E-10/04 *Piazza*, 2005, EFTA Ct Rep 76.

⁶⁸ P.-Ch. Müller-Graf, *op. cit.*, p. 62, 64.

⁶⁹ C. Baudenbacher, *op. cit.*, p. 16–20; P.-Ch. Müller-Graf, *op. cit.*, p. 67–68.

⁷⁰ Case E-1/94 *Restamark*, *supra* n 52 (Finnish import monopoly contrary to free movement of goods) and Case E-6/96 *Wilhelmsen* [1997] EFTA Ct Rep 53 (Norwegian retail monopoly upheld subject to conditions).

⁷¹ Case E-6/01 *CIBA* [2002] EFTA Ct Rep 281; Case E-2/00 *Allied Colloids* [2000–2001] EFTA Ct Rep 35; and Case E-3/00 *EFTA Surveillance Authority v. Norway*, *supra* n 67.

⁷² Case E-1/95 *Samuelsson* [1994–1995] EFTA Ct Rep 145; *Sveinbjörnsdóttir*, No. 45; and Case E-8/00 *LO* [2002] EFTA Ct Rep 114.

⁷³ Case E-1/02 *EFTA Surveillance Authority v. Norway* [2003] EFTA Ct Rep 1.

tifying national restrictions on the exercise of EEA rights. Even intellectual property rights in the context of free trade and the protection of consumer interests may be proffered as examples of national identity.⁷⁴

Lastly, the geographical situation in all three EFTA-EEA states has been called into play, in reality as examples of national identity justifying domestic measures that otherwise impinge upon the economic freedoms under the EEA Agreement: Norwegian state aid policy used in trying to improve working conditions in under-populated and remote regions,⁷⁵ Icelandic tax differences on internal and external flights,⁷⁶ and the scarcity of (building) land in Liechtenstein⁷⁷ are all features that have been argued before the EFTA Court as objectively justifying national restrictions on free movement rights.

Taking these examples and the earlier arguments on the broad concept of “national identity,” inherent in the Treaties and encompassing the “constitutional identity” of Member States, it is conceivable that this concept is already part of the EFTA-EEA legal order.

(d) Limiting national identity protection in the EEA

Nevertheless, despite its predisposition towards reception of EU principles enunciated by the CJEU, the EFTA Court has been very wary of attempts to extend the range of legitimate considerations that can be used to justify restrictions on the four freedoms⁷⁸ and has thus effectively circumscribed national identity protection more acutely than may be found in CJEU case-law. The EFTA Court’s approach thus appears to be designed to limit EFTA-EEA States’ political latitude on policy grounds:⁷⁹ having inserted a certain “safety margin” into its interpretation of EEA law and interpreted any respect for or protection of national identity in a stricter way – within the area of free movement rights – than allowed by the CJEU under EU law (cf *Groener* with *Ein-arsson* in the next paragraph), the EFTA Court has consciously avoided

⁷⁴ Case E-2/97 *Maglite* [1997] EFTA Ct Rep 127; Case E-1/98 *Astra Norge* [1998] EFTA Ct Rep 140; Case E-3/02 *Merck v. Paranova* [2003] EFTA Ct Rep 101; and Case E-8/97 *TV 1000*, *supra* n 58.

⁷⁵ Case E-6/98 *Norway v. EFTA Surveillance Authority* [1999] EFTA Ct Rep 74.

⁷⁶ Case E-1/03 *EFTA Surveillance Authority v. Iceland* [2003] EFTA Ct Rep 143.

⁷⁷ Case E-3/98 *Rainford-Towning*, *supra* n 41; Case E-4/00 *Brändle* [2000–2001] EFTA Ct Rep 123; and Case E-2/01 *Pucher* [2002] EFTA Ct Rep 44.

⁷⁸ C. Baudenbacher, *Zur Auslegung des EWR-Rechts durch den EFTA-Gerichtshof*, [in:] G. Müller et al (eds.), *Festschrift für Günter Hirsch*, 2008, p. 27, 49.

⁷⁹ H.H. Fredriksen, *op. cit.*, p. 757–758.

provoking possible CJEU reactions to imbalances between the Contracting Parties' obligations.⁸⁰

In fact, the EFTA Court has so far ignored use of a broad or innovative concept of "respect for national identities" in its decision-making.⁸¹ In *Einarsson*,⁸² the Icelandic and Norwegian governments argued unsuccessfully that the preservation of the Icelandic language as a central component of that state's cultural heritage and national identity should be allowed to justify derogation from the prohibition against discriminatory taxation in Art 14 EEA. The EFTA Court was unable to use cultural policy by analogous application to Art 151(4) EC (now Art 167(4) TFEU)⁸³ as there was no parallel provision in the EEA Agreement. Moreover when referring to the predecessor of Art 4(2) TEU (Art 6(3) TEU, pre-Lisbon), the EFTA Court further stuck to the limitations imposed by the wording of the relevant treaties.⁸⁴

It has further been suggested that Article 6(3) TEU might offer a basis for derogation, since language is central to the maintenance of the national identity of a State. The Court notes that the EEA Agreement contains no corresponding provision. Since the Treaty on European Union was negotiated before the conclusion of the EEA Agreement, it must be assumed that this discrepancy is intentional. The Court cannot base its reasoning on the analogous application of Article 6(3) TEU in the instant case.

This seems to draw a line under any efforts to change the EEA legal system so as to be able to adapt to the new environment, post Lisbon.

CONCLUSION

Absent a revision to the EEA Agreement,⁸⁵ the EFTA Court apparently refuses to consider any CJEU development of the content of "nation-

⁸⁰ Problems concerning the direct effect of provisions of the EEC-Portugal Free Trade Agreement are relevant here: Case 270/80 *Polydor* [1982] ECR 329; and Case 104/81 *Kupferberg* [1982] ECR 3641.

⁸¹ The limits to transfers in general are discussed by the Court in Case E-4/01 *Karlsson*, *supra* n 37, paras 28–30; and Joined Cases E-9/07 and E-10/07 *L'Oréal*, *supra* n 42, para 28.

⁸² Case E-1/01 *Einarsson*, *supra* n 53.

⁸³ "The Union shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of the Treaties, in particular in order to respect and to promote the diversity of its cultures."

⁸⁴ Case E-1/01 *Einarsson*, *supra* n 53, para 43.

⁸⁵ H.P. Graver, *op. cit.*, p. 86.

al identity” following on from Art 4(2) TEU. But such position would clearly run counter to the EFTA Court’s avowed assertion of the dynamic and homogeneous nature of the EEA.

This position presupposes that Art. 4(2) TEU has the same effect as former Art. 6(3)/F(1) TEU: but while the CJEU in *Commission v. Luxembourg*⁸⁶ noted that the preservation of national identity in the latter Article a legitimate aim respected by the Community legal order, it seems to imply that it was not justiciable on its own.

The Lisbon Treaty has altered the context of the identity clause⁸⁷ and has determined a possible change in usage by the CJEU so that, while sometimes used on its own as a justification for a national restriction on a free movement right, Art 4(2) TEU usually operates as a way of imbuing content into free movement exceptions contained in the TFEU or perhaps through precedent CJEU case-law (e.g., *Cassis de Dijon*). In such way, the CJEU interpretation of the justifiable domestic restrictions on free movement is evolving beyond a clause determining constitutional competence (“constitutional identity”) into a more nuanced clause deployed in the “ordinary” course of Internal Market litigation to add a further dimension to national limitations or even to provide a broader conceptual framework encompassing both the constitutional and ordinary aspects.

Such evolution has repercussions for the EEA and the EFTA Court. Under Recital 15 of the Preamble to the EEA Agreement, it states:

[I]n full deference to the independence of the courts, the objective of the Contracting Parties is to arrive at, and maintain, a uniform interpretation and application of this Agreement and those provisions of Community legislation which are substantially reproduced in this Agreement and to arrive at an equal treatment of individuals and economic operators as regards the four freedoms and the conditions of competition.

In order to maintain the homogeneity, the EFTA Court may be called on again to revise its approach and interpret EEA law to conform to the new CJEU mandatory requirements founded on respect of national identity. Granted that the identity clause was not in the original EEA Agreement but neither were other (constitutional) principles: EFTA Court interpretative dexterity in *Sveinbjörnsdóttir* is enough authority to show what can be achieved where the need to maintain homogeneity and protect economic operators is concerned. Moreover, its abil-

⁸⁶ Case C-473/93 *Commission v. Luxembourg*, *supra* n 20, para 35.

⁸⁷ B. Guastaferrero, *op. cit.*, p. 287–289.

ity to go further in certain areas, in what has been termed “creative homogeneity,”⁸⁸ indicates a general preparedness on the part of the EFTA Court to consider such a possibility. Any alternative, thereby allowing a divergence in interpretation between EU and EEA law to emerge of the permissible national restrictions on free movement – through use or ignorance of preserving national identity – would lead to differences in the Internal Market which may be difficult to bridge.⁸⁹

In order to preserve the overall coherence in the Internal Market, then, the EFTA Court could overcome its reticence to recognise a broad or general principle of respect for national identity in the EFTA-EEA system, much in the same way the CJEU is progressing in the Union. Thus national identity – although contested at the penumbrae – would remain at its core an essentially-agreed concept⁹⁰ covering a plethora of constitutional, political and socio-economic aspects derived, *inter alia*, from public policy preferences in the Internal Market and evolved by dialogue between the CJEU, EFTA Court and the national courts of the 31 EEA states. Clearly the EFTA Court needs to play a continuing and active role in that dialogue.⁹¹

Nevertheless, limitations remain as to how far the EFTA Court may progress this inter-judicial discourse: thus, given the difference in objectives between the two systems, it is conceivable that (at most) the EFTA Court would be able – in the words of Baudenbacher’s previous formulae – to recognise the existence of a “quasi-national identity” in the EEA legal order.

⁸⁸ C. Timmermans, *Creative Homogeneity*, [in:] M. Johansson, N. Wahl, U. Bernitz (eds.), *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg: A European for all seasons*, 2006, p. 471–484.

⁸⁹ H.H. Fredriksen, *Bridging the Widening Gap between the EU Treaties and the Agreement on the European Economic Area*, 2012, 18 ELJ, p. 868.

⁹⁰ A.F. Tatham, *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership: The Influence of the German Model of Integration in Hungary and Poland*, 2013, p. 19–30.

⁹¹ C. Baudenbacher, *The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue*, 2005, 28 Fordham Intl LJ, p. 353. On judicial dialogue within the EU, see A. Tatham, *op. cit.*, p. 30–39.

LESZEK GARLICKI

REFORMA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA – STAN AKTUALNY I PERSPEKTYWY

1. Kwestie rządów prawa i ich wdrożenia w praktyce funkcjonowania poszczególnych państw były zawsze bliskie Jubilatowi, by wspomnieć tylko jego pionierską monografię o historycznym rozwoju koncepcji Rechtsstaat w Niemczech. Nie ulega wątpliwości, że czasy współczesne, mimo wszelkich zawirowań i trudności, przyniosły nie tylko ogromny rozwój tych idei, ale także daleko posuniętą ich uniwersalizację, zwłaszcza w skali europejskiej. Rola obu ponadnarodowych sądów europejskich – Trybunału Sprawiedliwości UE i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – jest w tym procesie niezwykle poważna, co zresztą odpowiada współczesnej tendencji do globalizacji instytucji i procedur sądowych.

Nie ma tu potrzeby przedstawiania dorobku orzeczniczego Trybunału strasburskiego i jego roli w umacnianiu rządów prawa, zarówno w „starych”, jak i w „nowych” demokracjach kontynentu. Należy jednak przypomnieć, że Trybunał stale konfrontuje się z różnego rodzaju problemami i trudnościami. Z jednej strony wiążą się one z ogromnym napływem skarg indywidualnych – nadal ponad 100 tys. spraw oczekuje w Strasburgu na rozpatrzenie i jest oczywiste, że tylko najważniejsze z nich zakończą się wyrokiem merytorycznym. Z drugiej strony aktywność orzecznicza Trybunału nie tylko nie budzi w niektórych państwach entuzjazmu, ale też zachęca je do podejmowania kroków o charakterze dysfunkcyjnym.

Powyższe problemy, a zwłaszcza konieczność podniesienia efektywności rozpoznawania skarg, od dawna znajdują wyraz w rozmaitych przedsięwzięciach reformatorskich. Państwa członkowskie modyfikują więc prawne ramy funkcjonowania Trybunału, a sam Trybunał dokonuje różnego rodzaju przekształceń swej procedury i metod działania. Kulminacją tych działań było w 2010 r. wejście w życie Protokołu nr 14 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który pomyślany był przede wszystkim jako instrument poprawy funkcjonowania systemu strasburskiego.

2. Wspomniany protokół został dość sprawnie wprowadzony w życie, już jednak w momencie uchwalenia było oczywiste, że nie rozwiąże wszystkich trudności, z którymi boryka się Trybunał strasburski. Trudność podstawowa wynika z ogromnego zróżnicowania faktycznego stopnia przestrzegania praw człowieka w poszczególnych państwach członkowskich, a zwłaszcza w tych czterech czy pięciu (Polski nie ma już wśród nich), z których napływa ponad 60% ogólnej liczby skarg. Jest oczywiste, że dopóki państwa te nie uporządkują swojej sytuacji wewnętrznej, nie da się w sposób skuteczny odciążyć systemu strasburskiego. Zarazem jednak w ostatnich latach wyraźniej zaczęły się zaznaczać działania państw, które – z różnych względów niezadowolone z orzecznictwa ETPCz – dążą do ograniczenia zakresu i skuteczności kompetencji Trybunału. Stworzyło to nowy kontekst dyskusji o reformie Trybunału, bo koncentrować się ona musi nie tylko na poprawie skuteczności orzeczniczej, ale także na obronie podstaw właściwego funkcjonowania ponadnarodowej kontroli przestrzegania praw człowieka.

W wymiarze politycznym dyskusje te toczyły się na trzech specjalnie zorganizowanych konferencjach międzyrządowych: w Interlaken (2010), Izmirze (2011) i Brighton (2012). Jednak tylko pierwsza z nich była wyraźnie zorientowana na rzetelną reformę Trybunału, dwie kolejne przyniosły też wyraźne akcenty „antytrybunalskie”. Zwłaszcza konferencja w Brighton została zorganizowana z myślą o politycznym zdyscyplinowaniu Trybunału, a co więcej – planowano tam zaproponowanie odpowiednich modyfikacji tekstu Konwencji. Zamierzenia te, które niestety firmowała m.in. tak „stara” demokracja, jak Wielka Brytania, napotkały jednak opór nie tylko Trybunału, ale także wielu państw członkowskich (w tym i Polski). Konferencja w Brighton okazała się fiaskiem, przyjęta na niej deklaracja polityczna¹ ograniczyła się do

¹ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton, April 2012, tekst na stronie internetowej ETPCz: www.echr.coe.int.

mocno rozmytych ogólników, a – trochę dla ratowania twarzy – zaproponowano przyjęcie kilku poprawek do Konwencji.

Dalsze działania prowadzone były w ramach politycznych organów Rady Europy i państwom członkowskim przedstawiono do ratyfikacji Protokół nr 15 (24 czerwca 2013) i Protokół nr 16 (2 października 2013). Pierwszy z nich wymaga ratyfikacji przez wszystkie państwa członkowskie, zaś dla wejścia w życie drugiego, wystarczające będzie uzyskanie 10 ratyfikacji. Równolegle toczą się przygotowania do zmiany znacznie poważniejszej, jaką będzie przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Pociągnie to za sobą dalsze zmiany w obowiązującym prawie.

3. Zasadnicza treść zmian proponowanych w Protokole nr 15 sprowadza się do zamieszczenia w tekście Konwencji dwóch konceptów od dawna uformowanych w orzecznictwie ETPCz: marginesu oceny (*margin of appreciation*) oraz subsydiarności². Jak wiadomo³, koncepty te wzajemnie się uzupełniają i dają wyraz zasadzie, że państwom członkowskim przypada pierwotna i podstawowa rola w procesie implementacji postanowień Konwencji, że państwa te zachowują pewien margines swobody w ustalaniu najwłaściwszego (najlepiej korespondującego z warunkami lokalnymi) sposobu tej implementacji, że rola Trybunału strasburskiego koncentruje się na następczej ocenie, czy konkretne akty i decyzje władz krajowych mieszczą się w owym marginesie.

Przyjęta ostatecznie regulacja jest efektem kompromisu wypracowanego na konferencji w Brighton (pkt 12b, 15a, 15c, 25d i 25f Deklaracji), zarazem jednak różni się zasadniczo od propozycji pierwotnych. Ich twórcy wyobrażali sobie, że w artykułowanym tekście Konwencji pojawi się odniesienie do „marginesu oceny”, ujęte jako gwarancja pozostawienia go państwom członkowskim, więc też jako zakaz ograniczania czy przekreślania tego marginesu przez Trybunał. Ostatecznie przyjęta formuła nie daje podstaw do takiej interpretacji.

Po pierwsze, pomieszczono ją – jako ostatni akapit – we wstępie do Konwencji. Ma to znaczenie m.in. dlatego, że w orzecznictwie ETPCz

² „Potwierdzając, że Wysokim Umawiającym się Stronom przypada, zgodnie z zasadą subsydiarności, podstawowa odpowiedzialność za zapewnienie praw i wolności określonych w tej Konwencji i w Protokołach do niej, że w tych działaniach korzystają one z marginesu oceny, poddanego nadzorczej właściwości Europejskiego Trybunału Praw Człowieka”.

³ Zob. np. A. Wiśniewski, *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie ETPCz*, Gdańsk 2008.

wstęp jest traktowany jako wskazanie podstawowych wartości organizujących system strasburski, ale nie przypisuje się mu samoistnego znaczenia normatywnego. Postanowienia wstępu nie stanowią odrębnych wzorców kontrolnych, nie jest możliwe orzeczenie naruszenia Konwencji przez państwo tylko w odniesieniu do postanowienia zawartego we wstępie, nie może więc też on wiązać Trybunału w sposób bezpośredni⁴.

Po drugie, choć można uważać, że zaproponowana formuła ma zbyt zwięzłe ujęcie i „może stwarzać wątpliwości do zamierzonego znaczenia”⁵, to ma ona charakter wyważony o tyle, że wskazanie marginesu oceny, który zawsze musi przysługiwać państwu jest uzupełnione przypomnieniem, że sposób wykorzystywania tego marginesu jest poddany „nadzorczej właściwości” Trybunału. Można to więc traktować jako normatywne (aksjologiczne) wyrażenie zasad już ukształtowanych w orzecznictwie Trybunału. Nie budzi natomiast wątpliwości przypomnienie pierwotnej odpowiedzialności państw za implementację praw i wolności gwarantowanych w Konwencji, bo zasada subsydiarności zawsze była tak rozumiana w orzecznictwie Trybunału.

Po trzecie, niejasności te zostały w znacznym stopniu usunięte w „raporcie wyjaśniającym”, który został przyjęty wraz z tekstem Protokołu 15. Wskazano w nim w szczególności, że „intencją [proponowanej zmiany] jest rozszerzenie przejrzystości i dostępności tych cech Konwencji [tzn. subsydiarności i marginesu oceny] oraz zachowanie spójności z doktryną marginesu oceny, która rozwinęła się w orzecznictwie Trybunału”⁶. Przypomniano też, że „autorytatywna interpretacji Konwencji należy do kompetencji Trybunału”, a zakres marginesu oceny zależy od „okoliczności konkretnej sprawy oraz wchodzących w grę praw i wolności”. „Rolą Trybunału jest ocenianie, przy należnym uwzględnieniu marginesu oceny przysługującego władzom krajowym, czy decyzje podjęte przez te władze pozostają w zgodzie z Konwencją”⁷. Ponieważ „raporty wyjaśniające” traktowane są jako autorytatywna wykładnia znaczenia postanowień umowy międzynarodowej, można zasadnie twierdzić, że intencją stron jest zachowanie takiego rozumienia doktryny margine-

⁴ L. Garlicki, *Wstęp*, nota 2, [w:] *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 1, Warszawa 2011.

⁵ Tak ETPCz, krytycznie oceniając proponowany tekst (Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights, 06.02.2013, pkt 4, tekst dostępny na stronie internetowej Trybunału).

⁶ Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report, pkt 7 (Council of Europe Treaty Series, No. 213).

⁷ *Ibidem*, pkt 8 i 9.

su oceny, jaka rozwinęła się w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału. Ostatecznie więc doszło raczej do potwierdzenia (normatywnej konsekracji) uformowanego już kształtu tej doktryny, niż – na co, być może liczyli niektórzy animatorzy konferencji w Brighton – do jej rewizji i ograniczenia roli Trybunału.

Trzeba zresztą przypomnieć, że poziom ogólnikowości tych sformułowań pozostaje nadal tak wysoki, że wydobywanie z nich rzeczywistych treści możliwe jest tylko w drodze interpretacji. W tym zaś zakresie Konwencja jest wyraźna: w myśl art. 32 „Trybunał jest właściwy do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji [...], które zostaną mu przedłożone”. Gdyby więc pojawił się spór o to, czy Trybunał należycie respektuje nowe postanowienie wstępu, to – w płaszczyźnie prawnej – rozstrzygnięty mógłby zostać tylko przez sam Trybunał. Można np. wyobrazić sobie, że w orzeczeniu podjętym na poziomie izby nie zapewniono należytego marginesu oceny władzom państwa pozwanego. Państwo to mogłoby wówczas wnosić o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Wielką Izbę, powołując się na nowe postanowienie wstępu. Ostateczne(i) wiążące wszystkich uczestników systemu strasburskiego) rozstrzygnięcie należałoby jednak zawsze do Wielkiej Izby.

4. Pozostałe zmiany wprowadzone przez Protokół nr 15 nie mają przełomowego znaczenia, wydają się też raczej pozytywne.

Po pierwsze, dokonano zmiany art. 21 i 23 Konwencji znosząc sztywną zasadę, że mandat sędziego ETPCz wygasa po ukończeniu 70. roku życia. Miało to sens na tle dawniejszych rozwiązań, które pozwalały na ponowny wybór sędziego po zakończeniu kadencji. Skoro jednak Protokół nr 14 wprowadził zasadę jednej dziewięcioletniej kadencji, to nie było już potrzeby wprowadzania dodatkowej przesłanki ustania mandatu. Zarazem wprowadzono górną granicę wieku dla kandydatów, bo w dniu zgłoszenia listy krajowej muszą mieć poniżej 65 lat. Nie wprowadzono natomiast dolnej granicy (np. 45 lat), co może budzić pewne wątpliwości.

Po drugie, dokonano zmiany art. 30 wykluczając możliwość sprzeciwu stron wobec postanowienia izby o zrzeczeniu się jurysdykcji na rzecz Wielkiej Izby. W nowym stanie prawnym zrzeczenie takie stanie się zależne wyłącznie od uznania izby, do której sprawa trafia w pierwszej kolejności. Niewątpliwie przyspieszy to postępowania w sprawach, które – ze względu na swoją wagę – i tak trafią ostatecznie do Wielkiej Izby.

Po trzecie, dokonano zmiany art. 35 ust. 1, skracając – z sześciu do czterech miesięcy – termin dla wnoszenia skarg indywidualnych. Było

to zgodne z sugestiami ETPCz i powinno zwłaszcza przyspieszyć tempo rozpoznawania skarg o oczywiście nieuzasadnionym charakterze.

Po czwarte, dokonano zmiany art. 35 ust. 3 lit. b, upraszczając nieco sformułowanie podstaw odrzucenia skargi, jeżeli dotyczy ona sprawy o oczywiście bagatelny charakterze. Przepis ten został wprowadzony przez Protokół nr 14, ale Trybunał korzystał z niego w skromnym zakresie⁸. Czy proponowana zmiana (nie sugerowana zresztą przez Trybunał) przyniesie jakieś skutki, pokaże przyszłość.

5. Protokół nr 16 dotyczy wprowadzenie procedury udzielania przez Trybunał tzw. opinii doradczych. Stanowi to implementację propozycji zgłaszanych od dłuższego czasu przez ekspertów⁹, a politycznie potwierdzonych już w deklaracji przyjętej w Interlaken w 2010 r. Zasadniczym celem tej zmiany ma być umocnienie i zinstytucjonalizowanie dialogu między najwyższymi sądami krajowymi a ETPCz, co przyczynić się ma do usuwania przyczyn konfliktów i rozbieżności w orzecznictwie. Jest to więc procedura całkowicie odmienna od dotychczas istniejących opinii doradczych (art. 47–49 Konwencji), które wydawane mogą być tylko z inicjatywy Komitetu Ministrów Rady Europy i w praktyce nie odgrywają niemal żadnej roli¹⁰.

Nowa procedura pozostawia wyłączne prawo inicjatywy najwyższym sądom i trybunałom krajowym (tzn. w warunkach polskich TK, SN, NSA i TS), zawsze też skorzystanie z tej inicjatywy zależne jest od uznania sądu wnioskującego. Co proceduralnie oznacza pojęcie „sądu wnioskującego”, określają przepisy krajowe, ale – ponieważ art. 1 ust. 2 Protokołu wymaga, by wniosek był składany na tle konkretnej sprawy zawisłej przed sądem wnioskującym – należy zakładać, że formacje orzekające będą wyłącznie właściwe do wszczęcia tej procedury. Może to rodzić pewne skojarzenia z procedurą pytań prejudycjalnych do Trybunału Sprawiedliwości UE, ale pamiętać trzeba o odrębności obu systemów prawnych, a także o odmiennym stopniu związania rozstrzygnięciami zapadającymi w Luksemburgu i Strasburgu.

Wnioski mogą być kierowane „w kwestiach zasadniczych (*questions on principle*) odnoszących się do interpretacji i stosowania praw i wolności określonych w Konwencji i jej Protokołach” (art. 1 ust. 1 Protokołu).

⁸ Zob. szerzej: I. Kondak [w:] *Konwencja o ochronie praw...*, t. 2, Warszawa 2011, noty 49 i nast. do art. 35.

⁹ Zwłaszcza przez tzw. grupy mędrców, kierowaną przez lorda Woolfa, w której skład wchodziła też H. Suchocka.

¹⁰ I. Kondak, *op. cit.*, t. 22, noty do art. 47–49.

Jest to sformułowanie zbliżone do użytego w art. 43 ust. 2 Konwencji, który – w kontekście przekazania sprawy do Wielkiej Izby – mówi o „poważnym zagadnieniu dotyczącym interpretacji lub stosowania Konwencji”. Rolą ETPCz ma być doprecyzowanie lub sformułowanie zasady (standardu) o charakterze ogólnym, a nie wskazywanie właściwego sposobu jej zastosowania do konkretnych faktów sprawy. Te kwestie mogą stać się przedmiotem oceny Trybunału dopiero, gdy – po rozstrzygnięciu sprawy na poziomie krajowym – zostanie wniesiona skarga indywidualna w trybie art. 34 Konwencji. Podkreślić przy tym trzeba, że uprzednie sformułowanie opinii doradczej nie wyklucza późniejszego rozpatrywania takiej skargi, choć można oczywiście zakładać, że Trybunał będzie traktował swoje opinie jako autorytatywne precedensy.

Wniosek o udzielenie opinii doradczej wymaga uzasadnienia, a także wskazania prawnego i faktycznego tła w sprawie, na tle której wniosek taki został złożony (art. 1 ust. 3). Jak wskazano w „raporcie wyjaśniającym” oznacza to, że sąd wnioskujący będzie musiał podać informacje dotyczące: 1) przedmiotu sprawy zawisłej przed sądem krajowym, a także ustaleń faktycznych (lub choćby ich zarysu) dokonanych w sprawie przez sądy krajowe; 2) odpowiednich przepisów prawa krajowego; 3) określenia problemu wymagającego wyjaśnienia w opinii doradczej, w szczególności określenia praw i wolności, których problem ten dotyczy; 4) w miarę potrzeby, wskazania stanowisk stron zajętych wobec tego problemu; 5) o ile jest to możliwe i właściwe, wskazania stanowiska, jakie sąd pytający zajmuje wobec tego problemu¹¹. Oczywiście sąd wnioskujący nie będzie przy tym mógł uprzedzać stanowiska zajętego przy ostatecznym rozstrzygnięciu, więc będzie musiał zachować ostrożność w komunikowaniu ETPCz swoich poglądów prawnych.

Wystąpienie sądu krajowego nie zobowiązuje ETPCz do udzielenia opinii doradczej. Zostaje ono poddane badaniu zespołu pięciu sędziów Wielkiej Izby (co znowu rodzi analogie z procedurą z art. 43 Konwencji), który decyduje o nadaniu mu dalszego biegu. Jak można przypuszczać, zespół będzie w pierwszej kolejności badał przesłankę funkcjonalną (czyli związek pytania z rozstrzygnięciem sprawy indywidualnej)¹².

¹¹ Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Explanatory Report (CETS No. 214), par. 12.

¹² Wyraźnie bowiem podkreśla się w raporcie wyjaśniającym (par. 10), że punktem wyjścia musi być konkretna sprawa i np. nie ma możliwości wystąpienia o opinię doradczą w sprawie dotyczącej abstrakcyjnej kontroli norm. Analogiczne jest stanowisko ETPCz (Opinion of the Court on Draft Protocol, No. 16, 06.05.2013, pkt 7, dostępna na stronie internetowej ETPCz).

Niewątpliwie będzie też jednak oceniał, czy problem jest na tyle ważny, by zasługiwał na wydanie opinii doradczej; podobnie jak w przypadku przekazania spraw do Wielkiej Izby, Trybunałowi pozostanie tu bardzo znaczny margines uznania. Odmowa nadania biegu wystąpieniu będzie wymagała uzasadnienia.

Opinie doradcze będą wydawane wyłącznie przez Trybunał orzekający jako Wielka Izba, co nada tym opiniom pozycję szczególnie autorytatywnego precedensu. Opinie podlegają publikacji, zawierać muszą uzasadnienie, a sędziowie będą mieli możliwość zgłaszania zdań odrębnych (art. 4).

Opinie nie będą miały charakteru wiążącego (art. 5), co jest oczywistą konsekwencją określenia ich jako „doradcze”. Wydaje się jednak, że w praktyce zajęte w nich stanowisko będzie miało *quasi*-wiążące znaczenie. Z jednej bowiem strony w wewnętrznej procedurze ETPCz stanowisko orzecznicze Wielkiej Izby jest wiążące dla wszystkich innych formacji orzeczniczych, można więc zakładać, że izby przy rozstrzygnięciu skarg indywidualnych będą kierowały się tym stanowiskiem. Z drugiej strony można zakładać, że materie objęte opinią doradczą uznawać się będzie za na tyle wyjaśnione orzeczniczo, iż możliwe będzie uznanie niedopuszczalności skarg w sprawach, gdzie sądy krajowe opinię taką zastosowały we właściwy sposób¹³.

Niewiążący charakter opinii oznacza, że ani sąd orzekający w sprawie, ani inne sądy nie mają prawnego obowiązku ich uwzględnienia w swoich rozstrzygnięciach. W praktyce jednak istnieć będzie domniemanie graniczące z pewnością, że rozstrzygnięcie sądu krajowego niezgodne ze stanowiskiem zajęтым w opinii doradczej doprowadzi ostatecznie do uznania naruszenia Konwencji w postępowaniu z art. 34. W tym sensie opinie doradcze będą miały taki sam autorytet prawny, jak pozostałe wyroki i postanowienia wydawane przez Wielką Izbę ETPCz.

Trudno przewidzieć, jakie jeszcze praktyczne znaczenie będzie miała procedura opinii doradczych. Możliwości jej wykorzystywania dla dialogu między sądami są poważne. Wszystko będzie jednak zależało od gotowości sądów krajowych do występowania z odpowiednimi wnioskami oraz od gotowości ETPCz do zajmowania merytorycznego stanowiska.

6. Problem przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie jest nowy, ale – w świetle Traktatu lizbońskiego –

¹³ Podobnie raport wyjaśniający, pkt 26.

Unia stała się prawnie zobowiązana do tego przystąpienia¹⁴. Negocjacje są w toku i – po zahamowaniu prac na przełomie 2011 i 2012 r. – ostatecznie doprowadziły do wypracowania projektu układu przystąpieniowego¹⁵. Najważniejsze ustalenia odnoszą się do:

- formy prawnej przystąpienia: przewiduje się zawarcie układu pomiędzy Unią Europejską a wszystkimi 47 państwami-stronami Rady Europy. Układ ten stanie się częścią Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wprowadzając też pewne zmiany do jej obecnego tekstu;
- zakresu przystąpienia: Unia Europejska stanie się stroną Konwencji, a także tych merytorycznych protokołów do Konwencji, które zostały ratyfikowane przez wszystkie państwa członkowskie UE (Protokół nr 1 i Protokół nr 6);
- rozdziału odpowiedzialności państw oraz Unii Europejskiej za naruszenia praw człowieka wynikłe z wykonywania prawa UE. Generalnie ujmując, Unia Europejska będzie samoistnie odpowiedzialna tylko za akty, działania i zaniechania swoich instytucji, organów i funkcjonariuszy (art. 1 ust. 3 projektu układu). Natomiast państwa pozostają odpowiedzialne za wszelkie akty, działania i zaniechania swoich władz, nawet jeżeli podjęte one zostały w implementacji zobowiązań wynikających z prawa UE (art. 1 ust. 4);
- oparcia procedury rozpoznawania skarg związanych z wykonywaniem prawa UE na tzw. mechanizmie przypozywania (*co-respondent mechanism*)¹⁶. Unia będzie mogła zadeklarować przystąpienie do postępowania przed ETPCz w sprawie skargi skierowanej przeciwko jednemu z państw-członków UE. Dotyczyć to jednak będzie wyłącznie sytuacji, gdy zarzut naruszenia Konwencji będzie odnosił się do przepisu prawa UE, a uniknięcie tego naruszenia możliwe byłoby tylko przez odmowę implementacji tego przepisu przez władze krajowe (art. 3 ust. 2 projektu). Innymi słowy, w tych wszystkich sytuacjach, gdy władze krajowe dysponowały marginesem swobody przy ustaleniu sposobu wykonywania prawa UE i wybrały sposób kolidujący z wymaganiami Konwencji, odpowiedzialność (więc i udział w postępowaniu przed ETPCz) obejmie tylko państwo członkowskie. Obecność Unii pojawi się tylko, gdy jej prawo lub decyzje nie pozostawią żadnego marginesu działania w zgodzie z wymaganiami

¹⁴ L. Garlicki, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przygotowania i problemy*, „EPS” 2011, nr 1, s. 14 i nast.

¹⁵ Raport grupy negocjacyjnej przedstawiony Wiodącemu Komitetowi Rady Europy ds. Praw Człowieka 10 czerwca 2013 r., 47+1 (2013) 008 rev2.

¹⁶ L. Garlicki, *Przystąpienie...*, s. 17.

Konwencji. Jest to węższe ujęcie odpowiedzialności Unii Europejskiej niż zakładano we wcześniejszych projektach, ale pozostaje ono w logicznym powiązaniu z orzecznictwem ETPCz¹⁷. Odpowiednio, państwo UE może przystąpić do postępowania w sprawie skargi skierowanej wyłącznie przeciwko Unii Europejskiej. O przystąpieniu w tym charakterze do sprawy decyduje ETPCz bądź z urzędu, bądź na wniosek zainteresowanych (nowy art. 36 ust. 4 Konwencji). Zarazem wewnątrz Unii Europejskiej zostaną wypracowane zasady określające, kto i kiedy będzie przystępował do toczących się spraw, a także w jaki sposób rozliczane będą kwestie finansowe wynikające z wykonywania wyroków ETPCz;

- stworzenia mechanizmów proceduralnych włączenia Trybunału Sprawiedliwości UE do procesu orzekania, czy doszło do naruszenia praw gwarantowanych przez Konwencję. Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się już w sprawie (np. w formie pytania prejudycjalnego) lub wobec takiego samego problemu, kwestia jego udziału zostaje wyczerpana. Jeżeli jednak nie miało to jeszcze miejsca, „zapewni się Trybunałowi Sprawiedliwości stosowny czas dla dokonania oceny, czy doszło do naruszenia praw i wolności, a następnie stronom – odpowiedni czas na przedstawienie swoich obserwacji” (art. 3 ust. 6 projektu);
- kwestii ustrojowych i organizacyjnych, jak udział UE w procedurze wyboru sędziów ETPCz (art. 6) oraz w pracach politycznych organów Rady Europy (art. 7), a także w rozliczeniach finansowych (art. 8).

Wszystkie te uregulowania zostały zapisane dość skomplikowanym językiem prawnym, stanowiącym wyraz mozolnych negocjacji zarówno pomiędzy Unią Europejską (Komisją) a Radą Europy, jak i pomiędzy Komisją a państwami członkowskimi UE. Wiele kwestii pozostało celowo niedopowiedzianych do końca lub tylko zasygnalizowanych.

Projekt został przekazany do zaopiniowania Trybunałowi Sprawiedliwości UE, który ma jednak tylko badać jego zgodność z pierwotnym prawem UE, a nie jest powołany do wypowiedzania się o meritum. Trybunał przeprowadził rozprawę w tej kwestii w maju 2014 r., a wydanie orzeczenia powinno nastąpić jesienią tegoż roku. Jeżeli opinia Trybunału będzie pozytywna, otwarta zostanie droga do ostatecznego uzgodnienia projektu, jego przyjęcia i otwarcia procedury ratyfikacyjnej, co też będzie miało bardzo skomplikowany charakter¹⁸.

¹⁷ Zwłaszcza wyrokami w sprawach *Bosphorus* (2005) i *M.S.S.* (2010).

¹⁸ Zob. A. Drzemczewski, *EU Accession to the ECHR. The Negotiation Process*, [w:] *EU Accession to the European Convention on Human Rights*, ed. by V. Kosta, N. Skoutaris, V. Tzevelokos, Oxford 2014, s. 27.

Wizja przystąpienia jest więc jeszcze dosyć odległa i nie brakuje przeszkód, które tymczasem mogą się pojawić (nie ma choćby pewności, jakie stanowisko zajmie Trybunał Sprawiedliwości UE, który nie w pełni zresztą wydaje się uszczęśliwiony wizją przystąpienia). W ostatecznym rachunku konieczne też będą dziesiątki ratyfikacji i głos nawet jednego państwa może spowodować zatrzymanie całej procedury.

HARALD G. KUNDOCH

DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN WÄHLERN UND GEWÄHLTEN – EINE ZEITREISE DURCH DIE EUROPÄISCHE PARLAMENTSGESCHICHTE

EINFÜHRUNG IN DER THEMATIK

Auch wenn sich der Jubilar mit dem Verhältnis zwischen Wählern und Gewählten in seinen zahlreichen Veröffentlichungen nicht direkt beschäftigt hat, ist der verfassungsrechtliche „Boden“ für den fachlichen Diskurs von ihm mit vorbereitet worden. Besonders zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang die wegweisenden Thesen zu den Prinzipien des sozialen und demokratischen Rechtsstaates, die sich in den Grundzügen der jeweiligen Beiträge wiederfinden:

- Zusammenhänge der Rechtsentwicklung in Deutschland und Polen,¹
- Polen auf dem Weg zu einem europäischen demokratischen Rechtsstaat (mit englischem Summary),²
- Funktionen der Verfassung³.

In der Demokratie hat das Volk die Macht und das Parlament ist dessen Organ. Es kontrolliert die Regierung. Das Volk in seiner ganzen Breite ist im Parlament vielstimmig vertreten. So etwa wäre der ideale Zustand zu beschreiben.⁴ Zugleich macht die Beschreibung deut-

¹ Der Staat, 31. Band, Heft 3, Berlin 1992, S. 454–462.

² Jahrbuch für Ostrecht 1. Halbband, Band 35, München 1994, S. 11–25.

³ *Verfassung im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung*, hrsg. P. Czarny, P. Tuleja, K. Wojtyczek, Krakau 2010, S. 297–302.

⁴ R. Willemsen, *Das Hohe Haus – Ein Jahr im Parlament*, Frankfurt am Main 2014.

lich, dass wir von diesem idealen Zustand weit entfernt sind. Hier wird ein weit verbreitetes Unbehagen an der parlamentarischen Demokratie formuliert und zwar nicht im Hinblick auf unbestreitbar notwendige Reformen des Bundestages, sondern im schmerzlichen Bewusstsein des Auseinanderklaffens zwischen Ideal und Wirklichkeit.

Das klassische Bild des Parlamentariers im liberalen Rechtsstaat war das des Vertreters des „Gesamtwillens“, der ohne Weisungen und Aufträge in öffentlicher Verhandlung Entscheidungen herbeiführte.⁵ Der Parlamentarische Rat hat sich bei der Beratung des Grundgesetzes an diesem Bilde insoweit orientiert, als der Abgeordnete in Art. 38 I 2 GG als „Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen“ beschrieben wird. Der hier definierten Rolle des Abgeordneten widerspricht die Wirklichkeit des jetzigen Parlamentarismus. Tatsächlich ist der Abgeordnete im parlamentarischen System

Deutschlands einem Netz verschiedener Aufträge unterworfen.⁶

„Auftraggeber“ können Wähler, Fraktionen, Regierung und Interessenverbände sein.

Weshalb es dazu kam, sollen die folgenden Erörterungen zeigen:

DER STAATSTHEORETISCHE AUSGANGSPUNKT

Die Staatstheorie folgt weitgehend der auf Blackstone und Burke (zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts) zurückgehenden liberalen Repräsentationstheorien, nach der das freie Mandat eine allgemeine Unabhängigkeit des Abgeordneten verbürgen soll. Vor allem Burke verdanken wir die wohl berühmtesten Ausführungen über das Prinzip der Repräsentation. In seiner Abhandlung über die Probleme des irischen Katholizismus für die Verfassungsordnung Englands zeichnet Burke das Bild einer idealen Beziehung zwischen Abgeordneten und Konstituenten.⁷ Es solle „a communion of interests and a sympathy in feelings and desires“ bestehen. Sei das der Fall, so herrsche „virtual representation“, die einer auf Wahl beruhenden „actual“ oder „literal representation“ prinzipiell überlegen sei. Denn: „The people may err in their choice; but com-

⁵ H. Bethge, *Abgeordneter*, [in:] *Staatslexikon*, Freiburg 1985.

⁶ H. Hamm-Brücher, *Der Politiker und sein Gewissen. Eine Streitschrift für mehr parlamentarische Demokratie*, München 1997.

⁷ H. Oberreuter, *Die Abgeordneten: Stellung, Aufgaben und Selbstverständnis in der parlamentarischen Demokratie*, München 1996.

mon interests and common sentiments are rarely mistaken." Am besten sei der Zustand von "habitual reference and admiration of certain families", bei der das Volk zufrieden sei, „to see government wholly in hands to whom it seemed naturally to belong.“⁸

Burkes Repräsentationstheorie stellt die theoretische Rechtfertigung des Bestrebens dar, die Souveränität des englischen Parlaments sowohl gegenüber dem Souveränitätsanspruch der Krone als auch gegenüber dem Souveränitätsanspruch des Volkes sicherzustellen und gleichzeitig dafür Sorge zu tragen, dass die Funktion des Parlaments, Vertretung des Volkes zu sein, nicht zu einer Fiktion entartet. In ihr spiegelt sich die parlamentarische Opposition gegen die Absicht der Parlamentsmehrheit wider, die nordamerikanischen Kolonien der Steuerhoheit des Parlaments zu unterwerfen („no taxation without representation“).

DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG

Sprachlich irreführend ist die übliche zivilistische Ausdrucksweise, nach der der Repräsentant ein Abgeordneter und das zwischen ihm und dem Repräsentierten bestehende Verhältnis ein Auftragsverhältnis (Mandat) ist. Denn der Tatbestand der Repräsentation kann nicht mit dem Hinweis auf diese der Herkunft nach rein privatrechtlichen Begriffe verständlich gemacht werden. Zu erklären ist die zivilistische Terminologie tatsächlich nur aus der geschichtlichen Entwicklung. Das Repräsentativsystem hat sich in Europa unmittelbar aus dem auf Erteilung eines privatrechtlichen Mandats beruhenden ständischen System entwickelt.⁹

Das freie Mandat, das auch von den meisten Länderverfassungen (z. B. Art. 9 II Landessatzung für Schleswig-Holstein) und Gemeindeordnungen (z. B. § 43 I GO, Nordrhein-Westfalen) garantiert wird, war bereits in den Reichsverfassungen von 1919 und 1871 (Art. 29 RV und Art. 21 WRV) verankert sowie in der Verfassung der Paulskirche von 1849 (3. § 96 Frankfurter Reichsverfassung)¹⁰

Dieses Institut geht zurück auf die Verfassung der Französischen Revolution von 1791, die bestimmte, der Abgeordnete sei nicht Vertre-

⁸ Commentaries on the Law of England (1765), Ausg. 1925, S. 159.

⁹ H. Rausch, *Der Abgeordnete. Idee und Wirklichkeit*, München 1973.

¹⁰ C.Ch. Schweitzer, *Der Abgeordnete im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Opladen 1979.

ter eines Wahlbezirkes, sondern der ganzen Nation, und Aufträge seien verboten (Französische Verfassung von 3.9.1791).

I. In Frankreich hatten noch kurz vor Ausbruch der Revolution die *Etats généraux* nach festen Instruktionen, den „*cahiers impératifs*“ gestimmt. Die Imperativen Mandate der Ständevertreter hatten entscheidende Bedeutung, wenn es um die Bewilligung neuer Steuern ging. Der König bedurfte dazu der Zustimmung aller drei Stände. Den Ständen ging es nun darum es nicht zu einer Beschlussfassung in den Generalständen kommen zu lassen, da dort der Einfluss des Königs dominierte und ungünstige Entschlüsse für sie zu erwarten waren. Aus diesem Grunde erteilten sie ihren Vertretern limitierte Vollmachten, die keine Bewilligungen der Steuern zuließen. So konnte sich keine gemeinsame Grundlage ergeben, die eine Beschlussfassung über den Gegenstand der Verhandlung ermöglicht hätte.

5. Das imperative Mandat¹¹ erschien damit als Mittel der Obstruktion die Stände verhinderten politische Entscheidungen, durch die ihre Rechte geschmälert werden konnten. Gelang es den Ständen auf diese Weise, sich ihre traditionellen Rechte vorzubehalten, so verhinderten sie damit eine konstruktive Beschlussfassung in den Generalständen, indem sie über ihre instruktionsgebundenen Vertreter den Gang der Verhandlungen lenkten.

So misslang der Versuch der Krone, eine beschlussfähige repräsentative Versammlung zu organisieren, weshalb die Könige von Beginn des 17. Jahrhunderts bis zum Jahre 1780 auf eine Einberufung der Generalstände verzichteten. Das Institut des imperativen Mandats verhinderte auf diese Weise eine Einrichtung eines zentralen Beschlusskörpers, der die politische Entscheidungsgewalt innehat.

II. In England setzte es die Krone im 13. Jahrhundert durch, dass die Abgeordneten der Grafschaften und Städte im Parlament von ihren Konstituenten, den Vertretenen also, unlimitierte Vollmachten erhielten und keinen verbindlichen Instruktionen unterworfen waren. Die Vollmacht verselbstständigte sich allmählich so stark, dass die Vertretenen auf die Bestellung der Abgeordneten Einfluss hatten.

Die von der Krone eingeleitete Entwicklung hatte also die Konsequenz, dass die Abgeordneten den Konstituenten rechtlich nicht mehr

¹¹ P. Kevenhörster, *Das imperative Mandat. Seine gesellschaftspolitische Bedeutung*, Frankfurt–New York 1975.

verantwortlich waren. Sie erlangten damit die Chance eigener politischer Aktivität, die sie auch nutzten. Das Parlament gewann auf diese Weise die Kompetenz, selbst – wenn auch unter starkem Einfluss des Königs stehend – Beschlüsse zu fassen, an die das ganze Land gebunden war. Es war in der Lage, autoritativ in der Form eines Gesetzes zu entscheiden, selbst gegen den Willen der Konstituenten, die in die Beschlussfassung nicht eingreifen konnten. Dem englischen Parlament war es so bereits im Mittelalter möglich, im Wege der Gesetzgebung in die traditionellen ständischen Rechte einzugreifen. Es gelang ihm auf diese Weise, die auf Gewohnheitsrecht beruhende, zersplitterte Rechtsordnung durch Satzungsrecht einer sich dynamisch verändernden Umwelt anzupassen.

III. Das freie Mandat hat also verfassungsgeschichtlich die Funktion, die Abgeordnete unabhängig von ihren Konstituenten zu machen und dadurch einen Beschlusskörper zu schaffen, der mit einer allgemeinen Entscheidungskompetenz ausgestattet ist.¹² Da die Beschlussfassung nicht von den Konstituenten gesteuert werden kann, werden gegensätzliche Standpunkte hier durch Abstimmung entschieden, wobei die Minderheit den Willen der Mehrheit als verbindlich gelten lassen muss. Durch die Unabhängigkeit der Parlamentarier kann auch gegen den Willen der Konstituenten entschieden werden.

IV. Dieses Recht, sich nach der Wahl auch gegen den Willen der Wähler zu verhalten, hängt eng mit dem zusammen, was man im Staatsrecht mit Legitimität bezeichnet. Das Grundgesetz bekennt sich zu diesem Prinzip durch die Fassung des Art. 20 II GG. Darin ist die politische Entscheidung getroffen, dass das Staatsvolk die Quelle der Gewalt im Staate ist. Die Verfassungsgebene Gewalt liegt nach der klassischen demokratischen Theorie unveräußerlich beim Volk, weshalb sie nur durch eine unmittelbar vom Volk gewählte verfassungsgebende Versammlung ausgeübt werden kann.¹³ Alle anderen Staatsorgane leiten ihre Befugnisse aus der Verfassung her. Wo und von wem auch immer Staatsgewalt ausgeübt wird, geschieht es also mit der Legitimität des Volkes. Daher ist es folgerichtig, dass Gerichtsurteile „Im Namen des Volkes“ verkündet werden. An anderer Stelle (Präambel und Schlussbe-

¹² K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1999.

¹³ W.J. Patzelt, *Abgeordnete und Repräsentation. Amtsverhältnis und Wahlkreisarbeit*, Passau 1993.

stimmungen) wird das Prinzip der Volkssouveränität unterstrichen mit den klaren Worten: „Das deutsche Volk hat beschlossen.“

Die praktische juristische Bedeutung der Festlegung der Volkssouveränität liegt hauptsächlich darin, dass die Rechtsordnung, auch die Verfassungsordnung, keine Bestimmungen treffen darf, durch die die Ableitung aller Hoheitsrechte des Volkes durchkreuzt würden. Heute haben Wahlrecht und Wahlverfahren fast ausschließlich die Funktion übernommen, die parlamentarischen Entscheidungsinstanz als Volksrepräsentation zu legitimieren. Damit wird verständlich, dass eine andere Kurationsgrundlage, etwa aufgrund von Ernennungen, nicht als Volksrepräsentation bezeichnet werden kann.¹⁴

DAS FREIE MANDAT NACH ART. 38 I 2 GG

Der Grundsatz des freien Mandats ist eng mit der französischen Revolution verbunden. Dies ist unstreitig. Problematisch ist jedoch, was hieraus für die Staatsrechtswissenschaft folgt. Denn nach den Regeln der juristischen Hermeneutik, die grundsätzlich auch für die Interpretation von Verfassungsnormen gelten, ist die Auslegung an den Wortlaut einer Norm gebunden.¹⁵

Wenn das Grundgesetz mit der Normierung des Art. 38 I 2 GG auch eine Formel des älteren deutschen Verfassungsrechts aufnimmt, so bedeutet das nicht, dass das Verständnis dieser Formel heute noch dasselbe sein müsse wie in der Zeit des deutschen Frühkonstitutionalismus. Die Formel des Art. 38 I 2 GG ist nicht in ihren früheren, sondern in ihren heutigen systematischen Zusammenhängen zu interpretieren, und diese Interpretation lässt sich nicht von den Bedingungen heutiger parlamentarischer Arbeit und den heute gestellten Problemen ablösen. Alle historischen Größen können nur im sozialen und politischen Zusammenhang der Gegenwart gesehen werden.

I. Die Auswahl der Abgeordneten ist seit jeher eine wesentliche Aufgabe zur organischen Ausfüllung des Verfassungssystems gewesen.¹⁶ Vom Volk werden sie gewählt. Wem soll es aber überlassen sein, die Kandi-

¹⁴ K. von Beyme, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, Opladen 1997.

¹⁵ M. Morlok, *Selbstverständnis als Rechtskriterium*, Tübingen 1993.

¹⁶ H. Kaack, *Zur Abgeordnetensoziologie des Deutschen Bundestages: Zugehörigkeitsdauer und Altersschichtung*, „Zeitschrift für Parlamentsfragen“ 1988, Heft 2, S. 169–187.

daten zur Wahl zu stellen und sie anzupreisen? Aus dem Volk sollen sie kommen; die direktionslose Masse der Wahlberechtigten würde weder eine begrenzte Zahl von Kandidaten benennen noch zwischen Bewerbern, die ggfs. sich selbst aufgestellt haben, eine Entscheidung treffen können, die nicht hilflos dem Zufall ausgeliefert wäre. Soll die Wahl wirklich eine Wahl des Volkes sein, so müssen sich politisch aktive Bürger zusammenfinden, die Kandidaten herausstellen, deren Namen und Verdienste bekannt machen und deren Kandidatur durchsetzen versuchen. Selbst wenn die Zahl der sich so vereinigenden Bürger noch klein und ihr Zusammenschluss noch so locker sein mag, liegt darin dem Wesen nach schon eine politische Partei im weitesten Wortsinne.¹⁷

Dienten anfänglich die politischen Gruppen den Abgeordneten, so wurden im Laufe der Entwicklung der Parteien die Abgeordneten Unterstützer der Parteien. Die Macht der Abgeordneten gegenüber ihren Wählern verlagerte sich auf die Parteien; einst war der Abgeordnete um das Wohlbefinden seiner Wähler besorgt, nunmehr beschäftigt ihn bei seiner Mandatsausübung das Wohlbefinden seiner politischen Partei. Diese Umwälzung in der Soziologie der Demokratie fand aber in den Verfassungen keinen Ausdruck. Die hielten an dem während der französischen Revolution geprägten Rechtstitel der Abgeordneten, der sich gegen die wegen ihrer Direktionslosigkeit schwächeren Wählern richtete, fest, während sich in Wirklichkeit ein freies Mandat mit imperativen Zügen entwickelte mit der Besonderheit, dass die Weisungen jetzt nicht von den Wählern, sondern von den Parteien ausgehen.¹⁸

II. Zeigte sich in der verfassungshistorischen Analyse, dass das freie Mandat eine beschlussfähige Versammlung organisieren soll und zu diesem Zweck den Abgeordneten von rechtlicher Verantwortung den Konstituenten gegenüber freistellt, so erscheint die liberale Vorstellung von einer absoluten Unabhängigkeit des Abgeordneten als zeitgebunden und fragwürdig.

Sie mag zutreffen für eine Versammlung, deren politischer Einfluss gering ist; man denke etwa an die Parlamente in den Ländern des Deutschen Bundes. Geht es aber in politisch einflussreichen Parlamenten

¹⁷ W. Patzelt, K. Algasinger, *Abgehobene Abgeordnete? Die gesellschaftliche Vernetzung der deutschen Volkstreter*, "Zeitschrift für Parlamentsfragen" 2001, Heft 3, S. 503–527.

¹⁸ F. Decker, E. Jesse, *Koalitions- und Regierungsbildung im deutschen Regierungssystem. Die deutsche Koalitionsdemokratie vor der Bundestagswahl*, Baden-Baden 2013.

um die Teilhabe an der Macht, so bilden sich Gruppen, die dem Individualismus des einzelnen Abgeordneten Schranken setzen. Eine wirksame Parlamentsarbeit bedarf der Kooperation; die Gesetzgebung gebietet eine dauernde Zusammenarbeit der Abgeordneten, damit eine Beschlussfassung möglich wird. Stabile Regierungen sind ohne die Bildung von Gruppen nicht denkbar. „Parteien“ in diesem Sinne hat es daher in allen politisch führenden Parlamenten gegeben. Dies trifft nicht nur für die frühliberalen Parlamente z. B. in England zu, in denen sich Einflussgruppen konstituierten. Die Abhängigkeit des Abgeordneten von seiner Fraktion in modernen Parlamenten hat danach nur andere – fragwürdigere – Abhängigkeiten abgelöst, die den gleichen Zweck verfolgten: nämlich durch Kooperation eine wirksame Parlamentsarbeit zu gewährleisten.

Auch im heutigen Parteienstaat fallen die politischen Entscheidungen im Parlament; die Führungsposition, die die Fraktionen angesichts ihrer Nähe zur politischen Entscheidungen haben, verhindert es, dass außerparlamentarische Gruppierungen die Beschlussfassung steuern.

Wohl nicht zu Unrecht wirft man dem Deutschen Bundestag vor, dass er seiner Aufgabe, eine politische Meinung öffentlich und verantwortlich auszubilden, vielfach erst dann nachgekommen sei, wenn die außerparlamentarische Öffentlichkeit ihn dazu zwang. Ohne Zweifel steht einem überhöhten Begriff von der Souveränität parlamentarischer Entscheidungen in der Verfassungswirklichkeit eine Funktionschwäche des Bundestages gegenüber, die nur mit dem Sachzwang heutiger parlamentarischer Arbeit erklärt werden kann. Mit Alexander Mitscherlich könnte man die Frage stellen, ob nicht mit dem Funktionsverlust der parlamentarischen Demokratie die bisher höchst entwickelte Form bewusster Konfliktbehandlung dahinschwindet, ohne dass ein Ersatz sichtbar wäre.

III. Es besteht aber kein Gegensatz zwischen Parteien und freiem Mandat: Das freie Mandat¹⁹ richtet sich geradezu an die politischen Parteien. Zu diesem Ergebnis führen folgende Überlegungen:

Wenn es den politischen Parteien um den Erwerb einer breiten Machtposition geht, müssen sie umfassende Konzeptionen entwickeln, um weite Bevölkerungskreise anzusprechen. Deshalb können die großen Parteien sich heute mit Recht als „Volksparteien“ bezeichnen. Dies ist nur möglich, indem der Einfluss partieller Interessen zurückgedrängt und innerparteilich ausgeglichen wird.

¹⁹ W. Steffani, E. Burke, *Zur Vereinbarkeit von freiem Mandat und Fraktionsdisziplin*, „Zeitschrift für Parlamentsfragen“ 1981, Heft 1, S. 109–122.

Der starke Einfluss, den die Parteien faktisch auf den Abgeordneten ausüben, hat damit die Wirkung, dass die Abgeordneten nun den Abhängigkeiten von partikulären Interessengruppen entzogen werden. Dadurch, dass diese Abhängigkeit relativiert wird, wird der Abgeordnete auf das Ganze verwiesen, und die verschiedenen Abhängigkeiten werden in einer einheitlichen politischen Entscheidung aufgelöst. Es bleibt zu fragen, wenn man sich nur am Kriterium der Einheit der Beschlussfassung orientiert, ob dann nicht der tatsächliche Einfluss der organisierten Interessen innerhalb der Parteien unterschätzt wird. Die Parteien sind keine homogenen Gruppen; sie bestehen selbst wiederum aus einzelnen Teilgruppen. Manche davon, die teilweise sogar als Fraktionsausschüsse oder Arbeitskreise organisiert sind, setzen sich besonders für bestimmte Interessen ein. Erwähnt sei hier die „Grüne Front“, die es in allen Parteien gibt, und die der Landwirtschaft ganz außerordentliche staatliche Subventionen sichern konnten.

Mag vielleicht so die Durchsetzung extremer Interessenstandpunkte verhindert werden, ist es doch denkbar, dass eine Partei jeweils einer interessengebundenen Minderheit folgt, um im nächsten Wahlkampf jenen Bevölkerungsteil auf ihr konsequentes Eintreten für deren speziellen Ziele verweisen zu können (gelegentlich als „Gießkannenprinzip“ bezeichnet).

Im Ergebnis werden die Interessengegensätze nicht mehr primär im Parlament ausgetragen, sondern formieren sich bereits innerhalb der Parteigremien mit der Folge, dass die Parteien starken Interessengruppen personelle Zugeständnisse in der jeweiligen Regierung machen müssen. Aus dem Wandel des parteilichen Selbstverständnisses wird auch die relative Sinnlosigkeit der Beibehaltung bzw. Einführung des imperativen Mandats deutlich. Nur eine Weltanschauungspartei kann durch ihre Wähler an bestimmte Aufträge gebunden werden, aber nicht eine Volkspartei, in der sich die Konflikte bereits innerhalb der Parteigremien harmonisieren sollten.

Demgegenüber sprach schon 1951 Werner Weber von der „Mediatisierung“ des Volkes durch die Parteien und stellte fest, dass das Volk in der Weimarer Verfassung noch eine bedeutende Kraft gewesen sei, die sich vor allem in der Wahl des Reichspräsidenten, bei Reichstagswahlen und schließlich durch Volksbegehren und Volksentscheide äußerte. Diesen Einfluss des Volkes hätten nun die „Bonner Parteien“ nicht mehr gewollt, deshalb werde der Bundespräsident nicht mehr vom Volk gewählt, deshalb seien sowohl Parlamentsauflösungen als auch Volksbegehren und Volksentscheide beseitigt worden. In Deutschland könne also die öffentliche Meinung – abgesehen von der Wahl des Bundestages

– nicht weiter zur Geltung kommen. Die Wahl habe nur einen Zweck, nämlich zwischen den schon organisiert vorhandenen Parteien und den von ihnen präsentierten Mandatsbewerbern zu optieren und kraft dieser Option den Parteien ihr parlamentarisches Gewicht zuzuteilen. Die Parteien beherrschten die Willensbildung des Volkes und repräsentierten den Staat gegenüber dem Volk, während das Volk zu den Vorständen, Fraktionen und Führern der organisierten Parteien nun wie zu einer Regierung Stellung nehme. Außerdem, meinte Weber, stehe diese dominierende Rolle nicht den Parteien schlechthin, sondern bevorzugt einer Gruppe von Mittelparteien zu. Für ihn ist die Wahl Akklamation zur Parteienoligarchie, die sich die „Herrschaft über das Volk“ sicherte, indem sie sie im Grundgesetz verankerte.²⁰

Versteht man im Zeitalter der Demokratie unter Repräsentation die Vertretung des natürlichen Volkes, so sind Repräsentation und Parteienstaat vereinbar. Denn in den Parteien spiegeln sich die verschiedenen Gruppen des Volkes wider; die Abgeordneten repräsentieren also in ihrer Gesamtheit das Volk. Indem die Parteien allen Schichten – auch den Unterschichten – den Eingang ins Verfassungsleben ermöglichen, leisten sie einen Beitrag zur funktionellen Integration des Staates, was auch nach liberaler Auffassung der Sinn der Repräsentation ist.

Angesichts der weiten Fassung des Art. 38 I 2 GG, der eine generelle Freiheit von Weisungen postuliert und das Gewissen zum Maßstab der Entscheidung des Abgeordneten macht, komme ich deshalb zum Ergebnis, dass das freie Mandat nach dem Grundgesetz nicht nur Bedeutung hat im Verhältnis der Abgeordneten zu den Konstituenten. Vielmehr stellt es allgemein von Verantwortlichkeit frei. Auch Parteien können keine verbindlichen Aufträge erteilen.

IV. Die liberale Repräsentationstheorie, die nur der Oberschicht die Führung des politischen Lebens gestatten möchte, steht dem Volk als Träger politischer Entscheidung ablehnend gegenüber. Sie hatte sich daher gegen die Einführung des allgemeinen und gleichen Wahlrechts gewehrt. Damit der Einfluss des Volkes begrenzt bleibt, soll sich die direkte politische Einwirkung des Volkes im Wahlakt erschöpfen, wobei in der Wahl nur über die personelle Besetzung des Parlaments entschieden wird, nicht aber über die sachliche Gestaltung der Politik. Nach vollzogener Wahl geht die Staatswillensbildung vom Parlament aus; das Volk kann nur mittelbar Einfluss nehmen über die öffentliche

²⁰ H. Schulz-Schaeffer, *Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland: Versuch einer Theorie des materialen Rechtsstaates*, Berlin 1966.

Meinung. Ist damit eine direkte politische Bestätigung des Volkes nach der Wahl ausgeschlossen, so ist das Volk für die Dauer der Legislaturperiode „mediatisiert“; die Repräsentation wirkt absorptiv. Dieser Vorstellung, die sich auf Hegel zurückführen lässt, liegt obrigkeitsstaatliches Denken zugrunde, da sie das Volk nur für einen Moment direkt an der Gestaltung des Staats beteiligen möchte.

Es wird dabei übersehen, dass zwischen dem Staatsvolk und dem Parlament auch zwischen den Wahlen ein soziologisch fundiertes Rechtsverhältnis besteht. Dabei begründet diese gesellschaftsrechtliche und rechtliche Beziehung die Geltung des gesamten gesetzten Rechts und gibt erst dem Parlament die Möglichkeit, mit Wirkung für das Gemeinwesen zu handeln.

Der Abgeordnete soll nach Art. 38 I 2 GG den Gesamtinteressen dienen. Die Ermittlung der Gesamtinteressen vollzieht sich durch ein Ringen der Einzelinteressen um einen Kompromiss. In diesem Prozess wird erst das Repräsentanzverhältnis zu einer lebendigen Wirklichkeit. Durch den Einfluss, der hierbei der Bevölkerung eingeräumt wird, verwirklicht sich die Demokratie. Ihre Realisierung vollzieht sich also nicht mehr nur alle vier Jahre, sondern ständig in einer lebendigen Wechselwirkung zwischen Bevölkerung und Regierung.

Von dem Idealbild einer Volkssouveränität als Selbstregierung des Volkes sind wir zwar heute weiter denn je entfernt.²¹ Die Verbindung zwischen dem Volk und der Spitzenführung in Parlament und Regierung wird aber nicht mehr nur durch ein mit denen „oben“ und denen „unten“ verschränktes System politischer Parteien, sondern zudem durch ein komplexes Gefüge von Interessenverbänden und den „Führungsmitteln der öffentlichen Meinung“ als sog. „vierter Gewalt“ hergestellt und aufrechterhalten. Die öffentliche Meinung stellt damit das direkte Verhältnis zwischen Wähler und Abgeordneten her, wirkt also wie eine technische „Rückkoppelung“. Von der Intensität dieser Wechselwirkung hängt daher der demokratische Charakter des Staates entscheidend ab.

2. Dem steht auf der anderen Seite die radikal-demokratische Theorie gegenüber – beispielweise vertreten von Marx –, die den Abgeordneten der Verantwortlichkeit seinen Wählern gegenüber unterwirft. Die Vorstellung vom volksnahen Abgeordneten, der jederzeit abberufbar ist, erscheint als Fiktion, wenn man fragt, wie eine Wählerversamm-

²¹ D. Herzog (u.a.), *Abgeordnete und Bürger. Ergebnisse einer Befragung der Mitglieder des 11. Deutschen Bundestages und der Bevölkerung*, Opladen 1991.

lung, die sich aus zehntausenden von Menschen zusammensetzt, über eine Abberufung entscheiden soll. Beispiel dafür ist die Referendumsdemokratie der Schweiz. Ihre Schöpfer haben das imperative Mandat abgelehnt, im Gesetzreferendum aber dem Volk eine unmittelbare Herrschaft einräumt. Das Referendum ist allerdings im wesentlichen ein Instrument, um Änderungen des Status quo zu erschweren. Sein Vetocharakter erinnert an das traditionelle Denken, das in der Schweiz ein besonders zähes Leben hatte. Zum theoretischen Begriff der unmittelbaren Demokratie müsste aber auch eine „*faculté de statuer*“ gehören, die den organisatorischen Bedürfnissen einer dynamischen Gesellschaft gewachsen ist. Auch im Typus der Volksdemokratie ist unmittelbare Demokratie nicht schon deshalb verwirklicht, weil das Verfassungsrecht die Möglichkeit eines „recall“ vorsieht, zumal die Verfassungswirklichkeit dem auch gar nicht entspricht. Das kann allerdings nur zu der immanenten Kritik führen, dass die Verfassungstexte einer alten und unrealen Idee Rechnung tragen. Auch diese Verfassungen können tatsächlich ohne rechtliche Freistellung ihrer führenden, aktiven Beschlusskörper nicht auskommen, wenn diese Freistellung hier auch anders bezeichnet und geregelt wird, als wir es vom freien Mandat der parlamentarischen Repräsentation her kennen.²² Wäre jederzeit eine Abberufung durch die Wähler möglich, so würde das nicht, wie Hans Kelsen einmal geglaubt hat, die „Isolierung des Vertretungskörpers“ von den Wählern beseitigen, sondern den Vertretungskörper als solchen vernichten. Der „recall“ in den amerikanischen Einzelstaaten kann erst nach sechs Monaten erfolgen, um eine missbräuchliche Ausübung des Widerrufsrechts zu verhüten. Schon hieraus ergibt sich der nur technische Charakter dieser Bestimmungen, denn die so dem „recall“ unterworfenen Abgeordneten wären danach äußerstenfalls beinahe alle sechs Monate neu zu wählenden Volksvertretern gleichzustellen. Klar ist aber, dass die Dauer einer parlamentarischen Legislaturperiode – auch eine auf kurze Zeitspanne bemessene – auf den repräsentativen Charakter der Abgeordneten nicht irgendwie von Einfluss sein kann.²³

In diesem Zusammenhang ist auf das in Schleswig-Holstein mögliche Institut der „Gemeindeversammlung“ hinzuweisen. Eine derartige Möglichkeit besteht nur in Gemeinden bis zu 50 Einwohnern. Da die Bürger jedoch nicht durch eine Wahl ein Mandat erhalten haben, sondern Identität zwischen „Wählern“ und „Gewählten“ besteht, treten

²² W.J. Patzelt, *Deutschlands Abgeordnete: Profil eines Berufsstands, der weit besser ist als sein Ruf*, „Zeitschrift für Parlamentfragen“ 1996, Heft 3, S. 462–502.

²³ S. Hölscheidt, *Das Recht der Parlamentfraktionen*, Rheinbreitbach 2001.

nicht die gleichen Fragen aus wie sonst im Verhältnis zwischen Wählern und Abgeordneten.

3. Aus organisatorischen Gründen²⁴ ist eine repräsentative Versammlung erforderlich, das deutsche Volk, das aus über 80 Millionen Bürgern besteht, kann sich nicht selbst regieren und ist nicht in der Lage, die Tätigkeit der Abgeordneten dauernd zu überwachen. Die Antithese von Repräsentation und Identität ist daher unreal; vielmehr ist die Repräsentation ein Instrument der Volkssouveränität. Das schließt nicht aus, dass das Volk im Einzelfall trotzdem selbst die Entscheidung treffen könnte. Dies müsste möglich sein, wenn es um Grundentscheidungen des Staates geht. Das freie Mandat darf dem Volk nicht entgegengehalten werden, da es nur um die technische Voraussetzung für eine kontinuierliche politische Arbeit gewährleisten soll. Ausgehend von einer demokratischen Staatsauffassung könnte man erwägen, dem Volk als Träger der Staatsgewalt auch außerhalb von Wahlen einen direkten Einfluss auf die Gestaltung der politischen Willensbildung einzuräumen. Das Volk könnte über konsultative Volksbefragungen die staatliche Willensbildung mitgestalten. Das Bundesverfassungsgericht, das der liberalen Repräsentationstheorie folgt, hat eine solche Befragung für verfassungswidrig erklärt. Das Volk könne zu einer konkreten politischen Frage in einer öffentlichen Abstimmung Stellung beziehen sollen.

Das Bundesverfassungsgericht lehnte eine Volksbefragung auch deshalb ab, weil hier Druck von unten auf die politische Führung ausgeübt werden könne. Erscheint dieses Argument tatsächlich als obrigkeitstaatlich, so darf doch nicht verkannt werden, dass eine derartige Volksbefragung im praktischen Ergebnis einem Volksentscheid gleichkommt. Denn nach der Abstimmung würde sich in keinem Parlament ein Abgeordneter finden, der gegen das Resultat einer solchen – wie wohl rechtlich nicht verbindlichen – Volksbefragung auch nur ein Wort erhöbe. Politisch handelte es sich nicht um eine bloße Beeinflussung der parlamentarischen Willensbildung, sondern um ein Plebiszit. Angesichts der prinzipiellen Entscheidung des Grundgesetzgebers gegen das Plebiszit, die sich aus der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes klar ergibt, dürften derartige Volksbefragungen verfassungsrechtlich unzulässig sein.

Selbst wenn man hier anderer Meinung ist, darf man nicht verkennen, dass in der Weimarer Republik, in der Volksbegehren und Volks-

²⁴ S.S. Schüttemeyer, *Fraktionen im Deutschen Bundestag 1949-1997*, Opladen 1998.

entscheid verfassungsrechtlich verankert waren, in keinem einzigen Fall Erfolg hatten: Sie sind alle an mangelnder Beteiligung gescheitert. Die – allerdings gelungenen – Plebiszite des Dritten Reiches sind unter einem diktatorischen Regime abgehalten worden und dürfen deshalb nicht als empfehlenswerte Beispiele herangezogen werden.

Nur bei der Neugliederung der Länder, die ohne Volksabstimmung ihre Landeszugehörigkeit geändert haben, kann es gem. Art. 29 III, IV GG über Volksbegehren zum Volksentscheid kommen. Die Verzögerung des Neugliederungsverfahrens zeigt aber, für wie schwerfällig und für wie wenig im System des Grundgesetzes liegend die obersten Bundesorgane den Volksentscheid offenbar halten.

Dagegen kennen sämtliche Länderverfassungen mit Ausnahme von Niedersachsen und Schleswig-Holstein Volksbegehren und Volksentscheid, dagegen nicht „Volksabstimmungen“ über alle beliebigen Fragen.

Hält man somit Volksbefragungen (in Form von Abstimmungen) für unzulässig, so muss man aber Meinungsforschung und Meinungsumfragen als erlaubt ansehen, da auf diesem Wege eine ständige Beeinflussung durch das Volk möglich wird, und es sich hier nicht um Plebiszite handelt, vor denen das Grundgesetz eine grundsätzliche Zurückhaltung geübt hat.

DAS IMPERATIVE MANDAT²⁵

Die verfassungsgeschichtliche Betrachtung ergab, dass imperative Mandate vorliegen, wenn eine Versammlung durch Auftraggeber gesteuert wird, die Instruktionen erteilen und den Gang der Verhandlungen bestimmen. Auch wenn die Bundesratsmitglieder den Instruktionen der jeweiligen Landesregierungen unterworfen sind, sind sie keine Gesandten, die nach dem vertraglichen Konsensprinzip verhandeln wie etwa die Bevollmächtigten am Bundestag des Deutschen Bundes. Die Länder haben keine volle Dispositionsbefugnis über den Ablauf der Verhandlungen, sondern nur eine beschränkte Einwirkungsmöglichkeit. Sie können nämlich nicht eine Beschlussfassung im Bundesrat verhindern, die für sie selbst verbindlich ist. Hat der Bundesrat mit Mehrheit eine Entscheidung getroffen, so müssen auch die dissentierenden Länder die Entschließung gegen sich gelten lassen. Da es sich hier um ein Koope-

²⁵ P. Kevenhörster, *Das imperative Mandat. Seine gesellschaftspolitische Bedeutung*, Frankfurt–New York 1975.

rationsverhältnis handelt, in dem durch Mehrheitsbeschlüsse entschieden wird, kann nicht von imperativen Mandaten in technischem Sinne gesprochen werden. Anderer Ansicht ist die herrschende Meinung, in deren Blickwinkel allein die Stellung des Abgeordneten steht und die wegen der Instruktionsgebundenheit imperative Mandate annimmt. Denn zum Typ des imperativen Mandats gehört die Dispositionsbefugnis über den Gang der Verhandlungen, die den Ländern aber fehlt.

Das imperative Mandat ist vielfach als ein Instrument erörtert worden, das es der „Parteibasis“ möglich machen sollte, gegenüber „ihrer“ Fraktion in der kommunalen Vertretungskörperschaft eine umfassende Instruktionskompetenz in zentralen Fragen der Politik geltend zu machen. Verfassungspolitisch werden diese Forderungen auf Art. 21 GG gestützt, der den politischen Parteien einen Gestaltungsauftrag erteilt. Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 21 GG und Art. 38 GG wird mit dem Gegensatz von Parteienstaatstheorie und Repräsentationstheorie umschrieben. Während die Parteienstaatstheorie die parteipolitische Bindung des Abgeordnetenmandats betont, fordert die Repräsentationstheorie das freie Mandat. Beide Auffassungen schließen sich jedoch nicht gegenseitig aus, sondern können sich durchaus ergänzen. Denn ein demokratisch gewähltes Parlament muss zwei Forderungen gerecht werden. Es muss einerseits die Entscheidungsfreiheit des Abgeordneten garantieren und zugleich ein geschlossenes Handeln der Fraktionen ermöglichen. Das freie Mandat sichert die individuelle Verantwortlichkeit der Abgeordneten und die Fraktionsdisziplin seine kollektive Verantwortlichkeit.²⁶

Die Parteienstaatstheorie beruht sich letztlich auf einer Fiktion: Der Identität zwischen Regierenden und Regierten sowie zwischen Parteien und Wählerschaft. Sie wandelt den Instrumentalcharakter politischer Parteien im Prozess der politischen Willensbildung in einen Monopolcharakter um: Aus dem Mitwirkungsrecht der Parteien am Prozess der politischen Willensbildung wird ein Ausschließlichkeitsanspruch auf Legitimation und Durchsetzung parlamentarischer Entscheidungen. Das parteigebundene imperative Mandat, das die Abgeordneten an die Instruktionen ihrer Partei bindet, setzt Anweisungen von Parteigremien an die Stelle der Artikulation des Wählerwillens, die Unterordnung der Abgeordneten unter die Minderheit politisch aktiver Parteimitglieder an die Stelle der Verantwortlichkeit gegenüber der Wählerschaft.

²⁶ A. Bäcker, *Der Ausschluss aus der Bundestagsfraktion*, Berlin 2011.

ERGEBNIS

In diesem Beitrag sollte versucht werden, die Rolle des Abgeordneten im Verhältnis zu den Wählern in unserer heutigen Zeit herauszufinden. Ebenso wenig wie das Parlament heute eine Stätte ist, an der in freier und öffentlicher Diskussion von persönlichen Meinungen die jeweils beste und richtigste Entscheidung im Sinne einer höheren Vernunft gefunden werden soll, ist der Typ des Abgeordneten, der dieser verfassungsrechtlichen Regelung entspricht, der der unabhängigen als Einzelpersonlichkeit gewählten Honoratioren älterer Zeit vergleichbar.

Gegenüber der Außensteuerung der Abgeordneten durch „ihre“ Parteien sichert das freie Mandat entsprechend der Repräsentationstheorie im Grundsatz eine umfassendere Interessenabwägung in den parlamentarischen Beratungen und gewährleistet dadurch die kollektive Entscheidungsfähigkeit des Parlaments. Das freie Mandat ist nicht Ausdruck eines „Honoratiorenparlamentarismus“, sondern es sichert unter den Bedingungen der modernen Parteiendemokratie jenes Mindestmaß an Entscheidungsfreiheit, das die Abgeordneten benötigen, um in einem durch Interessenvielfalt geprägten Parlament mehrheitsfähige Kompromisse zu finden.

MAGDALENA BAINCZYK

ZASADA PAŃSTWA PRAWNEGO JAKO OGRANICZENIE PRZENOSZENIA UPRAWNIENÍ WŁADCZYCH REPUBLIKI FEDERALNEJ NIEMIEC W RAMACH INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ¹

OTWARTOŚĆ TWÓRCÓW USTAWY ZASADNICZEJ
Z 1949 R. NA INTEGRACJĘ EUROPEJSKĄ

Twórcy Ustawy Zasadniczej [dalej: UZ]² byli przekonani o konieczności otwarcia państwa niemieckiego, a co za tym idzie konstytucji, na współpracę międzynarodową. Idea ta znalazła wyraz w szeregu postanowień UZ, poczynawszy od preambuły, zgodnie z którą „Świadomy swojej odpowiedzialności przed Bogiem i ludźmi, kierowany wolą służenia pokojowi na świecie jako równoprawny członek zjednoczonej Europy, Naród Niemiecki, mocą swojej władzy ustrojodawczej uchwała tę Ustawę Zasadniczą”³, poprzez przepisy zamieszczone w różnych rozdziałach konstytucji, m.in. art. 1 ust. 2, art. 9 ust. 2, art. 23, 24 i 26 UZ, czy przypisach odnoszących się do kompetencji organów władzy pań-

¹ Poniższy tekst powstał w ramach projektu sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki, przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2012/05/B/HS5/01395.

² Ustawa Zasadnicza RFN z 23 maja 1949 r., Bundesgesetzblatt 1949 [niemiecki Federalny Dziennik Ustaw, dalej: BGBl.], s. 1, ostatnio zmieniona przez ustawę z 11 lipca 2012 r., BGBl. I, s. 1478.

³ Cytowane w tekście przepisy oraz orzeczenia zostały przetłumaczone przez autorkę.

stwowej w zakresie współpracy międzynarodowej, m.in. art. 59, 115a, 115 b UZ⁴. Wymienione powyżej przepisy pozwoliły na sformułowanie zasady otwarcia państwowości niemieckiej (niem. *offene Staatlichkeit*) na współpracę międzynarodową⁵. Zasadniczym przepisem stanowiącym podstawę udziału Niemiec w coraz bardziej zaawansowanych formach współpracy międzynarodowej jest art. 24 UZ, który zezwala na przeniesienie mocą ustawy uprawnień władczych niemieckich organów władzy państwowej na instytucję międzyrządową. Przeniesienie uprawnień władczych powoduje daleko idące zmiany w ustroju państwa. W doktrynie niemieckiej kwalifikuje się ten proces jako materialną zmianę konstytucji, gdyż proces ten implikuje sprawowanie władzy publicznej przez instytucję międzyrządową, a co za tym idzie, zmiany w zakresie konstytucyjnych kompetencji krajowych organów władzy. Akty prawne wydawane przez instytucję międzyrządową mogą wywoływać bezpośredni skutek w państwach członkowskich. Skutkuje to otwarciem krajowej przestrzeni prawnej na akty prawne wspomnianej instytucji, które mogą dotyczyć bezpośrednio praw i obowiązków podmiotów znajdujących się na terytorium państwa członkowskiego. Skutku tego (niem. *Durchgriffseffekt*) w żaden sposób nie można traktować jako przypadku, gdyż już członkowie Konwentu z Herrenchiemsee brali pod uwagę powyższą możliwość, a wręcz było to celem tego przepisu⁶. Należy przy tym wskazać, że treść art. 24 ust. 1 UZ realizuje w 100% wspomnianą powyżej otwartość Ustawy Zasadniczej na współpracę międzynarodową, gdyż nie zawiera *expressis verbis* żadnych warunków o charakterze materialnym w odniesieniu do uczestnictwa

⁴ S. Uhrig, *Die Schranken des Grundgesetzes für die europäische Integration*, Berlin 2000, s. 46.

⁵ Wyrażenie to zostało wprowadzone do dyskursu prawniczego stosunkowo późno, bo w latach 60. XX w. przez K. Vogla, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen 1965, s. 42 i nast., a następnie szeroko recypowane zarówno przez doktrynę prawa konstytucyjnego, jak i w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, m.in. w uzasadnieniu do postanowienia Drugiego Senatu FTK z 8 czerwca 1981 r. – postanowienie Eurocontrol I (BVerfGE 58, s. 1, sygnatura sprawy 2BvR 1107, 1124/77 i 195/79). FTK stwierdza, że wymóg, by system ochrony prawnej w ramach instytucji międzyrządowej odpowiadał w pełnym zakresie krajowym standardom konstytucyjnym, nie jest do pogodzenia z wyrażoną w art. 24 ust. 1 UZ „decyzją konstytucyjną o współpracy międzynarodowej” (K. Vogel), teza 114; J. Barcz, *System prawny RFN wobec norm prawa międzynarodowego. Doktryna i praktyka konstytucyjna*, Warszawa 1986, s. 10 i nast.

⁶ M. Bermanseder, *Die europäische Idee im Parlamentarischen Rat*, Berlin 1998, s. 68, 70.

w tejsze współpracy. Potwierdzają to również przyjęte w 1949 r. rozwiązania formalne. Przeniesienie uprawnień władczych odbywa się wprawdzie przez ustawę krajową, ale uchwalenie takiej ustawy nie wymaga większości kwalifikowanej, a współdziałł Bundesratu w podejmowaniu tej decyzji był przez długi okres sporny⁷.

Art. 24 UZ stanowił na tle rozwiązań konstytucji weimarskiej czy innych konstytucji niemieckich, istotne *novum*, zwłaszcza w odniesieniu do możliwości przenoszenia uprawnień władczych na podmioty zewnętrzne⁸. Postanowienia art. 24 UZ mogą z jednej strony stanowić realizację Kantowskiej idei wiecznego pokoju, a także wizji „Stanów Zjednoczonych Europy” W. Churchilla. Z drugiej – wypływają z doświadczeń II wojny światowej i bezpośrednio z nią związanej chęci stworzenia wspólnego europejskiego porządku polityczno-prawnego, opartego na działaniu silnych instytucjach europejskich wyposażonych we własne kompetencje. Art. 24 UZ jest także wyrazem zerwania z tradycyjnie pojmowaną, niczym nieograniczoną suwerennością⁹. Otwarcie niemieckiej konstytucji w ówczesnej sytuacji politycznej Niemiec, poddanych władzy czterech państw okupacyjnych, było wyrazem nie tylko pewnych założeń aksjologicznych: przejścia od fazy państwa narodowego do fazy współdziałania ponadnarodowego, ale miało również bardzo praktyczny charakter, Niemcy chcieli w ten sposób otworzyć sobie na oścież bramę do uporządkowanej na nowo międzynarodowej społeczności politycznej¹⁰. C. Schmidt, który w Radzie Parlamentarnej występował jako

⁷ S. Uhrig, *op. cit.*, s. 65 i nast.; K. Schmalenbach, *Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission – Motive einer Verfassungsänderung*, Berlin 1996, s. 80.

⁸ K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, München 1984, s. 517. Szczegółowo na temat otwarcia wcześniejszych konstytucji na współpracę międzynarodową, oczywiście bez możliwości przenoszenia uprawnień władczych na obce podmioty: V. Röben, *Die Genese des „offenen Verfassungsstaats” – Rückblick aus 1919 und 1871*, [w:] T. Giegerich, *Der „offene Verfassungsstaat” des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Berlin 2010, s. 59. W kontekście otwartej państwowości należy przede wszystkim przypomnieć art. 4 konstytucji weimarskiej, który w opinii A. Verdrossa oznaczał, że „norma prawa międzynarodowego, gdy zgodnie ze swoją treścią adresowana jest do organu władzy państwowej lub jednostki, może bezpośrednio stanowić o ich prawach i obowiązkach, bez potrzeby wydawania szczególnego państwowego nakazu wykonania”, za: T. Rensmann, *Die Genese des „offenen Verfassungsstaates” 1948/49*, [w:] T. Giegerich, *op. cit.*, s. 45.

⁹ I. Pernice, *Art. 24 Entstehung und Veränderung der Norm*, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, Band II, red. H. Dreier, Tübingen 2006, s. 503.

¹⁰ H. von Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, Berlin–Frankfurt 1953, s. 163.

rzecznik „państwowości otwartej”, stwierdził: „Jedyną skuteczną bronią całkiem bezsilnego jest prawo, prawo międzynarodowe... Dlatego też my Niemcy, właśnie wobec faktu, że dzisiaj jesteśmy całkiem bezsilni, z całym dostępnym nam patosem, powinniśmy podkreślić nadrzędność prawa międzynarodowego”, a F. Eberhard użył określenia, iż omawiany przepis ma być „wizytówką na zewnątrz” oraz biletem wstępu do wspólnoty międzynarodowej¹¹. Współpraca międzynarodowa miała ponadto pozwolić przezwyciężyć kryzys gospodarczy i stanowić jedyną alternatywę dla zagwarantowania bezpieczeństwa Niemcom¹².

ZASADA PAŃSTWA PRAWNEGO WARUNKIEM UCZESTNICTWA NIEMIEC W INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ W ŚWIETLE ART. 24 UZ

Pomimo otwartości Ustawy Zasadniczej, w tym art. 24 ust. 1 UZ, na podejmowanie przez Niemcy współpracy międzynarodowej, w doktrynie wskazywano, że uczestnictwo Niemiec w organizacjach międzynarodowych, m.in. we Wspólnotach Europejskich, nie ma charakteru bezwarunkowego. W literaturze prezentowano m.in. teorię hipoteki (niem. *Hypothekentheorie*), w świetle której uprawnienia władcze przenoszone są na instytucję międzyrządową wraz ze wszystkimi ograniczeniami władzy publicznej, wynikającymi z krajowego prawa konstytucyjnego¹³. Teoria ta spotkała się z krytyką, gdyż nie uwzględniała m.in. faktu, że powstanie instytucji międzyrządowej jest wyrazem solidarności międzynarodowej, która zostałaby podważona poprzez wprowadzanie ograniczeń wynikających z systemów prawnych poszczególnych członków takiej instytucji¹⁴. Odrzucenie teorii hipoteki nie oznacza jednak, że przenoszenie uprawnień władczych nie podlega żadnym ograniczeniom. Byłoby to bowiem niedopuszczalne, zwłaszcza w świetle zasady jedności konstytucji¹⁵. W świetle tej zasady żadnej z zasad konstytucyjnych, także zasadzie otwartej państwowości, nie przysługuje bezwzględne pierwszeństwo, a ewentualny konflikt pomiędzy zasadami konstytucyjnymi powinien zostać rozwiązany w drodze „zrównoważo-

¹¹ Za: T. Rensmann, *op. cit.*, s. 40, 43.

¹² *Ibidem*, s. 41 i nast.

¹³ D. Küchenhoff, *Grundrechte und europäisches Staatengemeinschaftsrecht*, „Die Öffentliche Verwaltung” 1963, s. 161, 166.

¹⁴ Ch. Tomuschat, *Art. 24, April 1981*, s. 50, [w:] *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, red. W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter, Heidelberg 2013.

¹⁵ K. Stern, *op. cit.*, s. 535.

nego kompromisu” tak, aby zagwarantować obu zasadom jak największą skuteczność¹⁶.

Zgodnie z powyższą zasadą, przeniesienie uprawnień władczych powinno więc być zgodne z konstytucyjnymi wymogami działań RFN podejmowanych w sferze stosunków zewnętrznych – Niemcy nie mogą przekazywać uprawnień instytucjom, które: utrudniałyby zjednoczenie Europy (preambuła), realizację pojednania między narodami (art. 9 ust. 2 UZ) czy miały na celu prowadzenie wojen agresywnych (art. 24 ust. 2, art. 26 UZ). P. Badura wskazuje, że ustawodawca federalny w ustawie dotyczącej umowy międzynarodowej, w której następuje przenoszenie uprawnień władczych, nie może zezwolić na naruszenia praw podstawowych oraz fundamentalnych zasad konstytucyjnego porządku prawnego, nienaruszalnych w świetle obowiązującej konstytucji¹⁷. Dalszy rozwój prawa konstytucyjnego pokazał, że podstawowe znaczenie uzyskała doktryna ograniczeń przenoszenia uprawnień władczych w postaci nienaruszalnych zasad konstytucyjnych. Znalazła on odzwierciedlenie zarówno w orzecznictwie FTK, jak i w nauce niemieckiego prawa konstytucyjnego, a następnie w nowej klauzuli integracyjnej zamieszczonej w Ustawie Zasadniczej na początku lat 90. XX w., w oparciu o którą FTK kontynuował doprecyzowywanie warunków uczestnictwa Niemiec w Unii Europejskiej, wywodzonych ze wspomnianych powyżej fundamentalnych zasad ustroju. Do owych fundamentalnych zasad ustroju zaliczona została zasada państwa prawnego, ugruntowana od dawna w nauce niemieckiego prawa konstytucyjnego¹⁸.

W kontekście nienaruszalnych, fundamentalnych zasad konstytucji należy wziąć pod uwagę art. 79 UZ, który odgrywa bardzo istotną rolę w systemie konstytucyjnym Niemiec. Na pierwszy rzut oka trudno jest powiązać ten przepis z warunkami uczestnictwa Niemiec w integracji europejskiej, gdyż zawiera on warunki, zarówno formalne, jak i materialne, które muszą być zachowane w przypadku zmiany konstytucji. Jak już jednak wspomniano, w doktrynie niemieckiego prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że przeniesienie uprawnień władczych oznacza zmianę konstytucji w sensie materialnym, gdyż efektem tego pro-

¹⁶ S. Uhrig, *op. cit.*, s. 70.

¹⁷ P. Badura, *Staatsrecht. Erläuterungen für das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München 1986, s. 267.

¹⁸ Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 65 i nast., 173 i nast., 346 i nast., 392 i nast.; w odniesieniu do Austrii, A. Dziadzio, *Monarchia konstytucyjna w Austrii 1867–1914. Władza obywatel prawo*, Kraków 2001, s. 251 i nast.

cesu jest zmiana ustalonego w konstytucji porządku kompetencyjnego. W związku z tym, że zmiana konstytucji podlega w świetle niemieckiego prawa konstytucyjnego ograniczeniom, również przeniesienie uprawnień władczych powinno podlegać takim samym ograniczeniom, zarówno w zakresie formalnym, jak i materialnym. U. Hufeld mówi w tym kontekście o integracji poprzez rewizję, przy czym pojęcie rewizji nie oznacza rewizji traktatów założycielskich, ale zmianę konstytucji, a otwarcie się na prawo unijne oznacza konieczność prowadzenia europejskiej polityki konstytucyjnej, także w formie zmiany konstytucji¹⁹.

Z punktu widzenia tematu artykułu, kluczowe znaczenie w procesie przenoszenia uprawnień władczych, o których stanowi art. 24 ust. 1 UZ, ma stosowanie art. 79 ust. 3 UZ, w świetle którego „Zmiana Ustawy Zasadniczej, która skutkowałaby naruszeniem podziału Federacji na kraje związkowe, oraz zasadniczego współdziałania krajów związkowych we władzy ustawodawczej albo naruszeniem zasad zawartych w art. 1 i 20, jest niedopuszczalna”. Elementy wymienione w omawianym w przepisie jako nienaruszalne obejmują „zasadnicze”, „fundamentalne” treści zawarte w konstytucji. Można je podzielić na dwie grupy: pierwsza dotyczy ustroju federalnego Niemiec – podziału na kraje związkowe, które muszą dysponować realną władzą, w tym władzą ustawodawczą. Druga grupa to zasady uniwersalne dla każdego europejskiego państwa demokratycznego, będące przedmiotem ochrony na podstawie umów międzynarodowych, m.in. Europejskiej Konwencji Praw Człowieka [dalej: EKPrCz]²⁰, należące do „wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich”, a więc zasady: poszanowania godności ludzkiej i praw podstawowych (art. 1 UZ), demokracji i suwerenności narodu, podziału władzy (art. 20 ust. 1 i 2 UZ) a także państwa prawnego (art. 20 ust. 3 UZ: „Władza ustawodawcza jest związana porządkiem konstytucyjnym, a władza wykonawcza i sądownicza ustawą i prawem”)²¹.

W doktrynie art. 79 ust. 3 UZ bywa określany jako klauzula wieczysta, klauzula nienaruszalna, albo też gwarancja tożsamości konstytucyjnej, jednakże wymienione powyżej określenia nie powinny prowadzić do mylnego przekonania o bezwzględny obowiązywaniu zasad wymienionych w art. 79 ust. 3 UZ. Przepis ten opiera się bowiem na

¹⁹ U. Hufeld, *Anwendung des europäischen Rechts in Grenzen des Verfassungsrechts*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts. Band X. Deutschland und Staatsgemeinschaft*, Heidelberg 2012, s. 403.

²⁰ Dz.U. z 1995 r. Nr 36, poz. 175 z późn. zm.

²¹ J. Lücke, *Präambel*, [w:] M. Sachs, *Grundgesetz. Kommentar*, München 2003, s. 1651 i nast.

rozdziale władzy ustrojodawczej sprawowanej przez naród niemiecki od władzy ustawodawczej, upoważnionej do zmiany konstytucji. W związku z powyższym władza ustrojodawcza, podejmując decyzję o zmianie art. 79 ust. 3 lub nadaniu nowej konstytucji, nie będzie związana omawianą klauzulą²².

W nawiązaniu do wspomnianego powyżej art. 79 ust. 3 UZ zostało wprowadzono pojęcie jedności lub zgodności/odpowiedniości strukturalnej (niem. *Homogenitätsgebot* lub *strukturelle Kongruenz*)²³. Zgodność strukturalna miała polegać na tym, że instytucja międzyrządowa w rozumieniu art. 24 ust. 1 UZ, na którą państwo niemieckie zamierza przenieść uprawnienia władcze, powinna opierać się na konstytucyjnych zasadach demokracji, podziału władzy i jej kontroli przez organ parlamentarny, federalizmu, państwa prawnego zawartych w UZ²⁴. Ze względu jednak na fakt, że art. 24 ust. 1 UZ może stanowić podstawę przeniesienia uprawnień władczych na bardzo różne formy współpracy międzynarodowej, trudno wymagać, by zasady funkcjonowania tychże form współpracy międzynarodowej były w pełni zgodne z podstawowymi zasadami konstytucji Niemiec. Dlatego też nie można mówić o jedności strukturalnej, ale raczej o pewnej zgodności pod względem zachowania zasad ustrojowych. Przyjmuje się także, że im większy zakres uprawnień został przeniesiony na instytucję międzyrządową, a tym samym im bardziej intensywne będzie oddziaływanie tej instytucji na krajowy porządek prawny i obywateli Niemiec, to w tym większym stopniu zasady funkcjonowania tej instytucji powinny odpowiadać zasadom ustroju Niemiec²⁵. Biorąc pod uwagę powyższe wywody, można sformułować

²² K.-E. Hain, *Grundsätzliche Bedeutung der Revisionsperrklausel*, [w:] *Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, red. H. von Mangoldt, F. Klein, Ch. Starck, München 2010, s. 2238, 2241; takie stanowisko zostało również zaprezentowane przez FTK w wyroku z 30 czerwca 2009 r., dotyczącym traktatu z Lizbony, tezy 216–217, zob. też: M. Balczyk, *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w sprawie Traktatu z Lizbony (cz. 1)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 8, s. 35.

²³ H. Kraus, *Der Kampf um den Wehrbeitrag II*, München 1953, s. 545 i nast.; H. Kruse, *Strukturelle Kongruenz und Homogenität*, [w:] *Mensch und Staat in Recht und Geschichte. Festschrift für Herbert Kraus*, Kitzingen 1954, s. 112, 121–123; J. Barcz, *Opcja integracyjna konstytucji RFN. Wybrane problemy interpretacji artykułu 24 ust. 1 UZ RFN*, Warszawa 1989, s. 33 i nast.

²⁴ Ch. Tomuschat, *op. cit.*, s. 44 i nast.

²⁵ K.H. Friauf, *Die Bindung deutscher Verfassungsorgane an das Grundgesetz bei Mitwirkung an europäischen Organakten*, [w:] K.H. Friauf, R. Scholz, *Europarecht und Grundgesetz*, Berlin 1990, s. 24 i nast.

następujące twierdzenie: w procesie przenoszenia uprawnień władczych w rozumieniu art. 24 ust. 1 UZ, w ramach konstytucji z 1949 r., nie może dojść do naruszenia fundamentalnych zasad dla państwa niemieckiego zawartych w art. 79 ust. 3 UZ, do których należy zasada państwa prawnego. Jednakże nie można wymagać realizacji wszystkich wymogów wpływających z tej zasady, gdyż należy uwzględnić specyfikę funkcjonowania form współpracy międzynarodowej. Dlatego też należałoby zdefiniować treść zasady państwa prawnego w warunkach integracji europejskiej. Niestety, do 1993 r. zarówno doktryna, jak i orzecznictwo sprecyzowały ową treść jedynie w bardzo ograniczonym zakresie. Ch. Tomuschat w komentarzu z 1981 r. stwierdził w sposób bardzo ogólny, że specyfika funkcjonowania instytucji międzyrządowej nie powinna utrudniać realizacji zasady państwa prawnego. Do istotnych z punktu widzenia tego podmiotu prawa elementów tej zasady należą: podejmowanie działań, zwłaszcza tych zobowiązujących jednostkę, na podstawie upoważnienia ze strony państw członkowskich, które precyzyjne określają treść i zakres tych działań, a także możliwość sądowej kontroli takich działań przez niezawisły sąd²⁶. W odniesieniu do tego ostatniego wymogu J. Barcz stwierdza, że taką skuteczną kontrolę zapewnia Europejski Trybunał Sprawiedliwości²⁷. W ujęciu tym zasada państwa prawnego została więc powiązana z przestrzeganiem przez instytucję międzyrządową zasady kompetencji powierzonych oraz z zagadnieniem skutecznej ochrony prawnej, przy czym ten ostatni element został wyeksponowany w orzecznictwie niemieckiego trybunału federalnego.

ZASADA PAŃSTWA PRAWNEGO WARUNKIEM UCZESTNICTWA NIEMIEC
W INTEGRACJI EUROPEJSKIEJ W ORZECZNICTWIE FTK
DO ROKU 1993²⁸

Pod koniec lat 60. XX wydano pierwsze, powszechnie analizowane w literaturze przedmiotu, orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyj-

²⁶ Ch. Tomuschat, *op. cit.*, s. 47.

²⁷ J. Barcz, *Opcja integracyjna...*, s. 31 i nast.

²⁸ Cenzurę stanowi wyrok FTK z 12 października 1993 r. w sprawie traktatu z Maastricht, BVerfGE (niem. Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, orzeczenie FTK – skrót też oznacza zbiór orzeczeń tego Trybunału) 89, s. 155, sygnatura sprawy 2 BvR 2134, 2159/92. Przedmiotem analizy w uzasadnieniu tego wyroku była już nowa klauzula integracyjna, zawarta w art. 23 UZ. Ze względu na ograniczone rozmiary opracowania, poniższe rozważanie oparte są o wybór orzeczeń oraz wybór też z tych orzeczeń.

nego [dalej: FTK], odnoszące się do członkostwa Niemiec we Wspólnotach Europejskich – postanowienie Drugiego Senatu FTK z 5 lipca 1967 r. w sprawie prawa EWG²⁹, natomiast w latach 70. i 80. XX w. doszło do ustanowienia pierwszych „kamieni milowych” orzecznictwa FTK z zakresu prawa wspólnotowego – postanowienie Drugiego Senatu FTK z 29 maja 1974 r. tzw. Solange I³⁰, postanowienie Drugiego Senatu z 25 lipca 1979 r. tzw. Vielleicht³¹ oraz postanowienie Drugiego Senatu FTK z 22 października 1986 r. tzw. Solange II³². W ciągu ponad trzydziestu lat FTK w swoim orzecznictwie koncentrował się przede wszystkim na: określeniu charakteru prawnego władzy sprawowanej przez Wspólnotę oraz prawa stosowanego przez tą organizację, a także relacji pomiędzy prawem wspólnotowym a prawem niemieckim, w tym określeniu zakresu kontroli sprawowanej przez FTK w odniesieniu do aktów prawa wspólnotowego. Drugim powiązaniem ze wspomnianą powyżej problematyką zagadnieniem, były relacje pomiędzy sądami niemieckimi a TS WE, a w szczególności stosowanie procedury prejudycjalnej. FTK stanął co prawda na stanowisku, że przenoszenie uprawnień władczych podlega ograniczeniom, gdyż nie mogą zostać naruszone jej podstawowe struktury, ale nie powiazał tych ograniczeń w sposób wyraźny z art. 79 ust. 3 UZ. Nie sformułował również w sposób wyczerpujący treści tych zasad w odniesieniu do procesu integracji europejskiej. Szerzej zostało omówione jedynie ograniczenie w postaci zachowania wymaganego w świetle UZ standardu ochrony praw podstawowych.

W uzasadnieniu postanowienia Solange I FTK stwierdził m.in., że art. 24 UZ nie otwiera drogi do zmiany podstawowych struktury konstytucji, na której opiera się jej tożsamość (niem. *die Grundstruktur der Verfassung, auf der ihre Identität beruht*). W omawianym postanowieniu do nienaruszalnych *essentiale* obowiązującej w Niemczech konstytucji została zaliczona jej część obejmująca prawa podstawowe. Postanowienia UZ odnoszące się do praw podstawowych w opinii FTK nie podlegają nieograniczonej relatywizacji na podstawie art. 24 ust. 1 UZ, co doprowadziło do potwierdzenia przez niemiecki trybunał konstytucyjny wykonywania kontroli nad zachowaniem standardów ochrony praw podstawowych w zakresie stosowania aktów prawa wspólnotowego

²⁹ Sygnatura akt 2 BvL 29/63, BVerfGE 22, s. 134.

³⁰ Sygnatura akt 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, s. 271.

³¹ Sygnatura akt 2 BvL 6/77, BVerfGE 52, s. 187.

³² Sygnatura akt 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, s. 339.

na terytorium RFN³³. Powyższa teza co do konieczności zachowania zasadniczych struktur konstytucji, w tym gwarantowanego przez UZ standardu ochrony praw podstawowych, została powtórzona w postanowieniu Solange II. Tym razem jednak FTK uznał standard ochrony praw podstawowych we Wspólnocie za wystarczający i w związku z tym ograniczył wykonywanie swojej kontroli w odniesieniu do aktów prawa pochodnego³⁴.

W omawianym okresie, tj. do wejścia w życie rozbudowanej klauzuli integracyjnej, FTK w bardzo ograniczonym zakresie stosował zasadę państwa prawa jako ograniczenie w przenoszeniu uprawnień władczych. W postanowieniu Drugiego Senatu FTK z 8 czerwca 1981 r., tzw. Eurocontrol I³⁵, stwierdzono, że granice przenoszenia uprawnień władczych wyznaczone przez fundamentalne zasady konstytucji mogłyby zostać przekroczone, gdyby przy okazji tworzenia instytucji międzyrządowej została naruszona fundamentalna zasada efektywnej ochrony prawnej, wywodząca się z zasady państwa prawnego³⁶. Gwarancja państwa prawnego, polegająca na zapewnieniu pełnej ochrony prawnej jednostki przed naruszeniami jej praw przez organy władzy publicznej oraz inne zasady powiązane z zasadą państwa prawnego a odnoszące się do zagadnienia ochrony prawnej, muszą być uwzględnione przy przenoszeniu uprawnień władczych. Jednakże nie oznacza to, że system ochrony prawnej stworzony w ramach instytucji międzyrządowej musi w pełni odpowiadać, jeśli chodzi o zakres i skuteczność, systemowi obowiązującemu w Niemczech. Tak daleko idące ukierunkowanie sposobu funkcjonowania instytucji międzyrządowej byłoby bowiem sprzeczne z wyrażoną w art. 24 ust. 1 UZ „konstytucyjną decyzją o współpracy międzynarodowej” i faktycznie prowadziłyby do niemożności zawierania umów międzynarodowych dotyczących instytucji w rozumieniu art. 24 ust. 1 UZ³⁷. Należy zwrócić uwagę, że w omawianym orzeczeniu FTK nie tylko odniósł się wprost do jednego z aspektów zasady państwa prawnego, mianowicie – zagwarantowania skutecznej ochrony

³³ Postanowienie FTK Solange I, tezy 43–44, 56. W doktrynie niemieckiej cytując tezy orzecznictwa FTK podaje się powszechnie strony z zbioru orzeczeń tego trybunału, jednakże wobec faktu, że czytelnikowi w Polsce łatwiej jest dotrzeć do tekstu tych orzeczeń w formie elektronicznej, także w tłumaczeniu na język angielski czy ewentualnie polski, podano tu numery tez zamieszczone w tekście orzeczenia.

³⁴ Postanowienie FTK Solange II, teza 104, 132.

³⁵ BVerfGE 58, s. 1, sygnatura sprawy 2BvR 1107, 1124/77 i 195/79.

³⁶ Postanowienie FTK Eurocontrol I, teza 92.

³⁷ *Ibidem*, teza 114.

prawnej przed naruszeniami ze strony władzy publicznej, ale także wyraźnie stwierdził, iż konstytucyjne standardy spełnienia owych zasad nie mogą być automatycznie przenoszone na instytucje międzyrządową. Tym samym FTK odrzucił tezę od konieczności zapewnienia pełnej homogeniczności ustrojowej i strukturalnej instytucji międzyrządowej pod względem spełnienia wymogów stawianych funkcjonowaniu państwa. Taka konieczność nie byłaby bowiem do pogodzenia z zasadą otwarcia na współpracę międzynarodową, wyrażoną w preambule do UZ oraz w art. 24 ust. 1 UZ. Tak więc fundamentalne zasady ustroju niemieckiego muszą być stosowane odpowiednio w odniesieniu do instytucji międzyrządowej.

Powyższe wywody dotyczące zapewnienia skutecznej ochrony prawnej, koniecznej w świetle zasady państwa prawnego, zostały powtórzone i uzupełnione w postanowieniu Eurocontrol II³⁸. W orzeczeniu tym FTK oceniał przez pryzmat zachowania zasady państwa prawnego ochronę prawną gwarantowaną przez sąd międzynarodowy. Statut i zasady postępowania przed tym sądem w opinii FTK odpowiadały minimalnemu standardowi zachowania elementarnej sprawiedliwości procesowej, wynikającemu z porządków prawnych opartych o zasadę państwa prawnego oraz z prawa procesowego sądów międzynarodowych, nie naruszały także minimalnych wymogów wynikających z zasady państwa prawnego w rozumieniu UZ, zwłaszcza że sąd administracyjny Międzynarodowej Organizacji Pracy spełniał wymogi stawiane organowi pełniącemu funkcje sędziowskie. Został bowiem utworzony na podstawie aktu prawa międzynarodowego, orzeka na podstawie określonych w prawie kompetencji i w ramach prawnie sformalizowanego postępowania, w oparciu o normy i zasady prawa. Sędziowie tego sądu są zobowiązani do zachowania zasady niezawisłości i niezależności, a dostęp do sądu nie jest utrudniony w niedopuszczalny sposób; utrudnienia wynikające z języka postępowania lub miejsca siedziby sądu są możliwe do zaakceptowania. Procedura gwarantuje prawo do wysłuchania oraz zachowanie zasady równości procesowej uczestników postępowania³⁹.

W podobny sposób, jak w uzasadnieniu do postanowienia w sprawie Eurocontrol II, FTK zastosował zasadę państwa prawnego, tym razem do analizy pozycji ustrojowej TS WE, a także ochrony prawnej gwarantowanej przez ten Trybunał, w postanowieniu Solange II⁴⁰. TS WE został uznany przez niemiecki trybunał konstytucyjny za ustawowego sędzie-

³⁸ BVerfGE 59, s. 63, sygnatura sprawy 2 BvR 1058/79, m.in. teza 79.

³⁹ Postanowienie FTK Eurocontrol II, tezy 90–91.

⁴⁰ BVerfGE 73, s. 339, sygnatura sprawy 2 BvR 197/83.

go w rozumieniu art. 101 ust. 1 zd. 2 UZ. FTK stwierdził, że Trybunał Sprawiedliwości jest organem sądowym posiadającym uprawnienia władcze, ustanowionym na podstawie traktatów wspólnotowych. Funkcjonuje na podstawie i w ramach określonych normatywnie kompetencji i postępowania, rozstrzyga zasadniczo ostatecznie zagadnienia prawne w oparciu o normy prawne, przy zachowaniu niezawisłości sędziowskiej. Procedura przed Trybunałem odpowiada wymogom państwa prawnego co do należytego postępowania. W szczególności zagwarantowane jest prawo do wysłuchania, a także odpowiadające przedmiotowi postępowania możliwość obrony⁴¹. FTK potwierdził również, że zasada państwa prawnego musi zostać uwzględniona w procesie przenoszenia uprawnień władczych, a więc jest również wzorcem dla oceny zgodności z konstytucją ustawy wyrażającej zgodę na związanie się TEWG. Następnie FTK zajął się kwestią standardu ochrony prawnej gwarantowanej przez TS WE, a w szczególności braku środka prawnego od orzeczenia wstępnego. W omawianym przypadku nie doszło jednak, w opinii FTK, do naruszenia zasady państwa prawnego, a co za tym idzie art. 24 ust. 1 UZ, gdyż w świetle utrwalonego orzecznictwa FTK, ani art. 19 ust. 4 UZ, ani art. 103 ust. 1 UZ, ani zasada państwa prawnego *sensu largo* nie gwarantują przed sądami krajowymi dalszego toku instancji. Wobec powyższego postępowanie o wydania orzeczenia wstępnego w obecnym kształcie nie narusza ograniczeń obowiązujących przy przenoszeniu uprawnień władczych⁴².

W postanowieniu Drugiego Senatu FTK z 8 kwietnia 1987 r. w sprawie Kloppenburg⁴³, FTK odnosząc się do orzeczeń TS WE wydawanych w ramach procedury prejudycjalnej, w których przyjmuje on możliwość wywierania przez przepisy dyrektywy bezpośredniego skutku, stwierdził, że ustawa wyrażająca zgodę na TEWG, a tym samym na art. 177 TEWG (obecnie art. 267 TFUE⁴⁴), nie przekracza granic wyznaczonych przez zasadę państwa prawnego. Ograniczenia w przenoszeniu uprawnień władczych na podstawie art. 24 ust. 1 UZ obowiązują z mocy konstytucji (niem. *die rechtsstaatlichen Grenzen, die einer Übertragung von Hoheitsrechten nach art. 24 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen gesetzt sind*)⁴⁵. Przy czym FTK nie sprecyzował wymogów przy przenoszeniu uprawnień władczych, wpływających z zasady państwa prawnego.

⁴¹ Postanowienie FTK Solange II, teza 76.

⁴² *Ibidem*, tezy 99–100.

⁴³ BVerfGE 75, s. 223, sygnatura akt 2 BvR 687/85.

⁴⁴ Traktat o funkcjonowaniu UE, Dz.Urz. UE, 26.10.2012, C 326, s. 47.

⁴⁵ Postanowienie FTK Kloppenburg, teza 54.

Stwierdził jedynie, że w świetle owej zasady, rozwijanie prawa przez TS WE jest dozwolone, gdyż owa metoda mieści się w ramach europejskiej kultury prawnej, jednakże musi ono odbywać się z poszanowaniem zasady kompetencji powierzonych⁴⁶.

Powyższa analiza orzecznictwa prowadzi do wniosku, że FTK, zgodnie z poglądami przedstawicieli doktryny prawa, zaliczył zasadę państwa prawnego do fundamentalnych zasad konstytucyjnych stanowiących ograniczenia w przenoszeniu uprawnień władczych na instytucję międzyrządową. Nie wiązał jednak istnienia tychże ograniczeń z zawartą w art. 79 ust. 3 UZ gwarancją niezmienności podstawowych zasad ustroju, stwierdzając jedynie, że stosowane są one z mocy konstytucji. W omawianym okresie zasada państwa prawnego stosowana była przede wszystkim w celu zagwarantowania ochrony prawnej jednostce przed działaniami instytucji międzyrządowej. Działania te mogły bowiem wywierać bezpośredni skutek w odniesieniu do praw lub obowiązków jednostki, co związane było niewątpliwie z akceptacją przez FTK bezpośredniego skutku aktów stanowionych przez instytucję międzyrządową. Wywodzona z zasady państwa prawnego konieczność zagwarantowania odpowiedniej ochrony prawnej polegała przede wszystkim na zapewnieniu „należytego” postępowania przed niezawisłym sądem. FTK sformułował szereg wymogów koniecznych do spełnienia na poziomie europejskim zarówno w odniesieniu do tego postępowania, jak i do sądu. W ramach postępowania przed sądem, gwarantującym ochronę przed działaniami instytucji międzyrządowej, musi zostać zapewnione prawo do wysłuchania, prawo do obrony, a także musi zostać zachowana zasada równości uczestników postępowania. Sam sąd musi również spełniać określone wymogi: działać na podstawie prawa, w ramach normatywnie wyznaczonych kompetencji i postępowania, rozstrzygać w oparciu o normy i zasady prawa, orzekać w sposób niezawisły i niezależny.

W omawianych sprawach, w których FTK zastosował zasadę państwa prawnego, nie stwierdził on jej naruszenia, instytucja międzyrządowa spełniała bowiem z niej wynikające wymogi. Należy przy tym nadmienić, że FTK wyraźnie stwierdził, iż standard ochrony wpływający z zasady państwa prawnego nie musi w pełni odpowiadać standardowi przewidzianym przez prawo niemieckie, gdyż należy uwzględnić specyfikę funkcjonowania instytucji międzyrządowej. Takie podejście jest uzasadnione w świetle zasady otwarcia konstytucji na współpracę międzynarodową.

⁴⁶ *Ibidem*, teza 58.

Wydaje się, że z perspektywy szerszej rozumianej zasady państwa prawnego, istotne znaczenie miało uznanie przez FTK w orzeczeniu Solange II Trybunału Sprawiedliwości WE za ustawowego sędziego w art. 101 ust. 1 zd. 2 UZ⁴⁷. Kwalifikacja ta nie została wprawdzie powiązana przez FTK z zasadą państwa prawnego, lecz raczej z otwarciem UZ na współpracę międzynarodową, ale nawiązanie współpracy pomiędzy sądami krajowymi a sądem wspólnotowym powinno wpłynąć na lepszą realizację prawa do ochrony prawnej. Od strony merytorycznej przyjęcie takiego rozwiązania nie budzi zastrzeżeń, problemem może być jednak jego praktyczne wykonanie – uczestnictwo w postępowaniu jeszcze jednego sądu może powodować znacznie wydłużenie czasu trwania postępowania.

ZASADA PAŃSTWA PRAWNEGO WARUNKIEM UCZESTNICTWA NIEMIEC W UNII EUROPEJSKIEJ W ŚWIELE ART. 23 UST. 1 UZ

Na początku lat 90. XX w. doszło do zasadniczej zmiany podstaw integracji europejskiej RFN. Było to uzasadnione różnymi względami. Prace nad nowelizacją UZ zostały podjęte w związku z art. 5 umowy zjednoczeniowej⁴⁸, w świetle którego rządy państw – stron umowy (RFN i NRD) zalecają organom parlamentarnym zjednoczonych Niemiec zajęcie się w ciągu 2 lat zagadnieniami zmiany lub uzupełnienia UZ w związku ze zjednoczeniem. Art. 4 pkt 2 umowy zjednoczeniowej przewidywał uchylene dawnego art. 23 UZ⁴⁹. W tym samym czasie dokonano głębokiej reformy integracji europejskiej, czego wyrazem było utworzenie

⁴⁷ Postanowienie FTK Solange II, tezy 75 i nast.

⁴⁸ Umowa pomiędzy Republiką Federalną Niemiec i Niemiecką Republiką Demokratyczną o przywróceniu jedności Niemiec z 31 sierpnia 1990 r. BGBl. II, s. 889, co do znaczenia prawnego umowy m.in. B. Schmidt-Bleibtreu, *Der Einigungsvertrag in seiner rechtlichen Gestaltung und Umsetzung*, [w:] *Einigungsvertrag und Wahlvertrag*, Band 2, red. K. Stern, B. Schmidt-Bleibtreu, München 1990, s. 57 i nast.

⁴⁹ Na podstawie ustawy o umowie zjednoczeniowej z 23 września 1990 r., BGBl. II, s. 885, zostały zmienione: preambuła, art. 51 ust. 2, art. 135 a i art. 146 UZ, a art. 23 UZ został uchylony, zob. m.in. M. Herdegen, *Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag*, Heidelberg 1991, s. 8; M. Kloepfer, *Verfassungsänderung statt Verfassungsreform. Zur Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission*, Berlin 1995, s. 19, tamże w odniesieniu do kontrowersji wokół art. 23 i art. 146 UZ, a więc możliwości przyjęcia nowej konstytucji w związku ze zjednoczeniem Niemiec.

Unii Europejskiej na podstawie traktatu z Maastricht⁵⁰. W związku ze zmianą formy integracji europejskiej, a zwłaszcza szerokim zakresem uprawnień władczych przenoszonych na UE na podstawie wspomnianego traktatu, pojawiły się wątpliwości co do możliwości zastosowania art. 24 ust. 1 UZ jako podstawy dla wyrażenia zgody na przyjęcie traktatu z Maastricht i związany z tym postulat przyjęcia nowej klauzuli integracyjnej. Powiązanie zjednoczenia Niemiec oraz powstania UE ze sobą miało nie tylko charakter chronologiczny. Nowa klauzula europejska mogła bowiem wejść w miejsce dotychczasowego art. 23 UZ. Pozwalało to na powiązanie na poziomie przepisów konstytucyjnych procesu zjednoczenia Niemiec z procesem pogłębionej integracji tego państwa w ramach struktur europejskich, co miało niebagatelne znaczenie polityczne.

Przystępując do pracy nad klauzulą integracyjną wspólna komisja konstytucyjna Bundestagu i Bundesratu, powstała w listopadzie 1991 r., wyszła m.in. od następujących pytań: 1. Czy postępująca integracja europejska, którą cechuje przenoszenie coraz to nowych uprawnień władczych przez państwa narodowe na Wspólnoty Europejskie, jest zgodna z UZ, a w szczególności z art. 24 UZ? Gdzie znajduje się granica tejże integracji? 2. RFN jako równoprawnym członkiem zjednoczonej Europy w świetle preambuły ma służyć pokojowi. Jakie warunki powinna spełniać ta zjednoczona Europa?⁵¹. Tak postanowione pytania implikowały wprowadzenie do klauzuli integracyjnej ograniczeń w przenoszeniu uprawnień władczych, zarówno pod kątem zachowania pewnych zasad w krajowym porządku prawnym, jak i zasad funkcjonowania zjednoczonej Europy. Zaproszeni przez wspólną komisję konstytucyjną eksperci, m.in. J. Isensee i Ch. Tomuschat, zaprezentowali pogląd, że przystąpienie do UE będzie oznaczało daleko idące ograniczenie suwerenności państwa, zwłaszcza w związku z utworzeniem unii walutowej, dla którego art. 24 ust. 1 UZ nie stanowi już wystarczającej podstawy prawnej. Ponadto wskazywali, że wobec tak szerokiego zakresu uprawnień władczych, nowy podmiot integracji powinien spełniać wymogi podobne do tych stawianych ustrojowi RFN, a więc zasady demokracji, państwa prawa i państwa socjalnego. W przypadku zmiany art. 24 ust. 1 UZ, należałoby więc uwzględnić powiązanie dalszego rozwoju UE z koniecznością wypełnienia przez nią wyżej wspomnianych zasad. Ekspert, mimo zróżnicowanej oceny stopnia rozwoju integracji europejskiej, byli zasadniczo zgodni, że należy dokonać zmiany

⁵⁰ Traktat został podpisany 7 lutego 1992 r., a wszedł w życie 1 listopada 1993 r.

⁵¹ Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drucks, 12/6000, s. 19.

art. 24 ust. 1 UZ i ratyfikować traktat z Maastricht w oparciu o nową podstawę konstytucyjnoprawną⁵². W związku z przytoczonymi powyżej poglądami ekspertów już na stosunkowo wczesnym etapie prac komisji pojawiła się idea wprowadzenia klauzuli gwarancji strukturalnych i powiązania procesu integracji z art. 79 ust. 3 UZ. Opinie wyrażone przez ekspertów korespondowały z nastawieniem większości członków komisji konstytucyjnej, która w odniesieniu do charakteru prawnego UE, użyła określenia skoku jakościowego, polegającego na przejściu od instytucji międzyrządowej w rozumieniu art. 24 ust. 1 UZ do instytucji o charakterze ponadnarodowym. Wspomniany skok jakościowy wymuszała wprowadzanie pewnych gwarancji konstytucyjnoprawnych dla dalszego funkcjonowania RFN i jej ustroju⁵³.

Efektom prac wspólnej komisji konstytucyjnej było opracowanie nowej, obszernej klauzuli integracyjnej. Ustawa o zmianie UZ w odniesieniu do art. 23 ust. 1 weszła w życie 25 grudnia 1992 r.⁵⁴ po to, by umożliwić ratyfikację traktatu z Maastricht w oparciu o nową podstawę prawną. Ustawa wyrażająca zgodę na związanie się traktatem z Maastricht weszła w życie 31 grudnia 1992 r.⁵⁵ W opinii ustawodawcy art. 23 ust. 2–7 UZ wymagał funkcjonowania UE, dlatego przepisy te weszły w życie w momencie wejścia w życie traktatu z Maastricht. Art. 23 UZ w całości obowiązuje więc od 1 listopada 1993 r.⁵⁶, po wydaniu przez FTK wyroku w sprawie traktatu, co miało miejsce 12 października 1993 r. Należy przy tym nadmienić, że niemiecka klauzula integracyjna w ciągu blisko 20 lat obowiązywania podlegała zmianom, m.in. przy okazji ratyfikacji traktatu z Lizbony.

PODWÓJNE GWARANCJE USTROJOWE ART. 23 UST. 1 UZ W ZAKRESIE POSZANOWANIA ZASADY PAŃSTWA PRAWNEGO

„W celu urzeczywistnienia zjednoczonej Europy, Republika Federalna Niemiec współuczestniczy w rozwoju Unii Europejskiej, związanej zasadami demokracji, państwa prawnego, państwa socjalnego oraz

⁵² K. Schmalenbach, *op. cit.*, s. 44 i nast.; F. Schorkopf, *Art. 23, Aktualisierung August 2011, nb. 11 n.*, [w:] *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, red. W. Kahl, Ch. Waldhoff, Ch. Walter, Heidelberg 2013.

⁵³ Gemeinsame Verfassungskommission, BT-Drucks, 12/6000, s. 20.

⁵⁴ BGBl. 1992, I, s. 2086.

⁵⁵ BGBl. 1992, II, s. 1251.

⁵⁶ BGBl. 1992, I, s. 2086; ogłoszenie o wejściu w życie BGBl. 1993, II, s. 1947.

federalności i zasadą subsydiarności oraz gwarantuje ochronę praw podstawowych porównywalną do ochrony gwarantowanej przez Ustawę Zasadniczą. Federacja może w tym celu mocą ustawy, wydanej za zgodą Bundesratu, przenieść uprawnienia władcze. Do utworzenia Unii Europejskiej, jak również do zmian jej podstaw traktatowych i do porównywalnych regulacji, w wyniku których Ustawa Zasadnicza zostaje zmieniona lub uzupełniona lub takie zmiany lub uzupełnienia zostają umożliwiające, stosuje się artykuł 79 ust. 2 i 3”.

Art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ zawiera konstytucyjnoprawne wymogi funkcjonowania UE, które zasadniczo odzwierciedlają fundamentalne zasady UZ i wiąże nimi UE. Przepis ten nazwany został w doktrynie niemieckiego prawa konstytucyjnego klauzulą gwarancji strukturalnych (niem. *Struktursicherungsklausel*). Wprowadzenie powyżej zaprezentowanej klauzuli uzasadnia się tym, że instytucje UE mogą wykonywać swoje uprawnienia władcze tylko z upoważnienia państw członkowskich zawartego w ich prawie konstytucyjnym. Ponadto ich wykonywanie może dotyczyć bezpośrednio obywateli państw członkowskich i wobec tego musi się ono odbywać zgodnie z zasadami konstytucyjnymi z art. 79 ust. 3 UZ, które zostały powtórzone w klauzuli gwarancji strukturalnych⁵⁷. Natomiast zachowanie podstawowych elementów struktury konstytucyjnej RFN w jej sferze wewnętrznej gwarantuje odesłanie w art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ do tzw. klauzuli wieczystej z art. 79 ust. 3 UZ⁵⁸. W tym sensie art. 23 ust. 1 UZ ma podwójnie gwarancyjny charakter, z jednej strony poprzez określenie minimalnych wymogów stawianych ustrojowi UE, a z drugiej strony poprzez zakreślenie nienaruszalnych w procesie integracji europejskiej zasad ustroju państwa niemieckiego⁵⁹. Zauważa się jednak, że oba elementy art. 23 ust. 1 UZ są ze sobą funkcjonalnie powiązane, gdyż wymuszone przez art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ pośrednie sterowanie procesem konstytucyjnym na poziomie UE takim, aby był on zgodny z wymogami UZ, pozwala uniknąć konfliktów, które mogłyby prowadzić do ograniczenia udziału Niemiec w integracji europejskiej na podstawie art. 23 ust. 1 zd. 3 w zw. z art. 79 ust. 3 UZ⁶⁰.

⁵⁷ P. Kirchhof, *Der deutsche Staat in der europäischen Integration*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof, *op. cit.*, s. 321.

⁵⁸ R. Scholz, *Art. 23 Grundlagen, Oktober 2009*, s. 99, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, Band 4, red. T. Maunz, G. Dürig, München 2012.

⁵⁹ W. Durner, *Verfassungsbindung deutscher Europapolitik*, [w:] J. Isensee, P. Kirchhof, *op. cit.*, s. 451. Idea ta była też obecna w pracach Wspólnej Komisji Konstytucyjnej, K. Schmalenbach, *op. cit.*, s. 60.

⁶⁰ K.P. Sommerman, *Offene Staatlichkeit, Deutschland*, [w:] A. v. Bogdandy, P.M. Huber, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band II, Heidelberg 2008, s. 24.

W literaturze w odniesieniu do wymogów z art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ stosuje się zróżnicowaną terminologię, prócz pojęcia klauzuli gwarancji strukturalnych, pojawia się „zgodność strukturalna” (niem. *strukturelle Kongruenz*), a także pojęcie „jedności strukturalnej” (niem. *strukturelle Homogenität*). Zwłaszcza to ostatnie budzi wątpliwości, gdyż jak już wspomniano, trudno mówić o jedności ustrojowej pomiędzy państwem a organizacją międzynarodową, a żądanie takiej jedności strukturalnej przeczy zasadzie otwartej państwowości, co zostało również potwierdzone w orzecznictwie FTK. Podobnie art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ zawiera państwowe zasady konstytucyjne, które nie mogą być w pełni stosowane w ramach UE, a jedynie przejęte w „umiędzynarodowionej” formie. W związku z tym wydaje się, że można ewentualnie wymagać jedynie podobieństwa lub właśnie odpowiedniości instytucjonalnej w zakresie funkcjonowania UE. Ponadto należy w tym zakresie uwzględnić cel powstania przepisu – uczestnictwo Niemiec w UE. Traktat z Maastricht, w związku z którym przyjęty został art. 23 UZ, wcale nie przewidywał, że ustrój UE będzie odpowiadał krajowym zasadom ustrojowym⁶¹. Należy przy tym wziąć pod uwagę, że omawiany przepis nie jest ani wiążący dla samej UE, ani dla innych państw członkowskich UE, a jego adresatami są zasadniczo organy konstytucyjne RFN. Mają one dążyć do realizacji zawartych w art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ zasad w zakresie swojej polityki integracyjnej⁶². Ustawodawca krajowy realizujący zasadę otwartej państwowości zobowiązany jest do czuwania nad tym, by władza unijna gwarantowała porównywalny do niemieckiego standardu konstytucyjnego stopień ochrony praw podstawowych i by zasady z art. 23 ust. 1 zd. 1 nie były naruszane przy okazji rozwijania ustawodawstwa unijnego⁶³.

W doktrynie treść zasad objętych klauzulą gwarancji strukturalnych nie została doprecyzowana. Większość opracowań w tym zakresie odwołuje się do orzeczeń FTK, streszczając poglądy sędziów z Karlsruhe. Wskazuje się, że zasada państwa prawnego obejmuje m.in.: ochronę indywidualnej wolności i praw człowieka, zasadę pewności prawa, zagwarantowanie ochrony prawnej przez niezawisły sąd, związanie władzy publicznej konstytucją, a władzy wykonawczej i sądowniczej – ustawą, zasadę podziału władzy⁶⁴. Ze względu na jej gwarancyjny charakter

⁶¹ A. Schmitt Glaeser, *Grundgesetz und Europarecht als Elemente des Europäischen Verfassungsrechts*, Berlin 1996, s. 74 i nast.; podobnie K. Schmalenbach, *op. cit.*, s. 58 i nast., która stosuje pojęcie „pewnego stopnia homogeniczności aksjologicznej”.

⁶² R. Scholz, *op. cit.*, s. 99.

⁶³ A. Schmitt Glaeser, *op. cit.*, s. 77.

⁶⁴ R. Scholz, *op. cit.*, s. 104 i nast.

w odniesieniu do jednostki, realizacja tej zasady na poziomie unijnym powinna polegać przede wszystkim na zagwarantowaniu skutecznego systemu ochrony sądowej jednostki. Doktryna, powołując się na wybrane przepisy z traktatów, m.in. art. 2, art. 6 ust. 2 TUE⁶⁵ stwierdza, że zasada państwa prawnego, o której stanowi art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ, jest zasadniczo spełniona⁶⁶. Nie oznacza to, że w literaturze nie pojawiają się głosy krytyczne w odniesieniu do realizacji państwa prawnego w UE, wskazujące m.in. na braki w odniesieniu do funkcjonowania coraz mocniej powiązanych ze sobą związków administracyjnych⁶⁷.

W świetle zasady państwa prawnego przedstawiciele RFN powinni zachować szczególną ostrożność w przypadku wykonywania przez UE kompetencji w zakresie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a w szczególności współpracy zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych. Realizacja wspomnianych kompetencji powiązana jest bowiem z koniecznością uwzględniania ochrony godności ludzkiej, na którą wskazuje również art. 79 ust. 3 UZ, a także prawem do sądu, istotnym z punktu widzenia zasady państwa prawnego. Ze względu na zasadniczą kompetencje państw członkowskich w wymienionych wyżej obszarach, powinna zostać dołożona szczególna staranność co do uwzględnienia zasady pomocniczości⁶⁸.

Jak już wspomniano wyżej, art. 23 ust. 1 UZ zawiera podwójne gwarancje ustrojowe. W art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ zostały wymienione zasady ustrojowe, które powinny być realizowane przez UE, natomiast w art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ znalazła się gwarancja poszanowania niezmiennych na gruncie obowiązującej Ustawy Zasadniczej zasad państwowości Niemiec. Powiązanie przeniesienia uprawnień władczych z art. 79 ust. 3 UZ było normatywnym usankcjonowaniem powszechnie panującego poglądu prawnego o ograniczeniach tego procesu, który ukształtował się w okresie obowiązywania art. 24 ust. 1 UZ, również na podstawie orzecznictwa FTK⁶⁹. Odesłanie zamieszczone w art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ do art. 79 ust. 3 UZ stanowi wyraz przekonania ustrojodawcy, że zasadnicze elementy niemieckiej struktury konstytucyjnej nie podlegają zmianie nawet w procesie integracji europejskiej, a ewentualne naru-

⁶⁵ Traktat o Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE, 26.10.2012, C 326, s. 13.

⁶⁶ R. Scholz, *op. cit.*, s. 104 i nast.

⁶⁷ W. Durner, *op. cit.*, s. 452 i nast.; E. Pache, *Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung*, VVDStRL 2007, s. 141.

⁶⁸ R. Scholz, *op. cit.*, s. 106 i nast.

⁶⁹ K. Schmalenbach, *op. cit.*, s. 100; D.H. Scheuing, *Deutsches Verfassungsrecht und europäische Integration*, [w:] J. Schwarze, *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europa*, Baden-Baden 1998, s. 96.

szenie tychże elementów przez współudział w integracji europejskiej, musi być przedmiotem kontroli FTK. W szczególności w ramach integracji nie może zostać naruszony struktura związkowa Niemiec, prawo do udziału krajów związkowych we władzy ustawodawczej oraz zasady strukturalne zawarte w art. 1 i art. 20 UZ⁷⁰. Jednakże ze względu na konsekwencje stwierdzenia naruszenia art. 79 ust. 3 UZ zarówno w sferze wewnątrz krajowej, jak i prawnomiędzynarodowej, wykładnia zawartych tam ograniczeń powinna być dokonywana ze szczególną ostrożnością. Zachowany musi być rdzeń zasad, na które wskazuje art. 79 ust. 3 UZ. Jeśli wymóg ten jest spełniony, mogą być dokonywane wszelkiego rodzaju modyfikacje, ale i kompensacje w celu uwzględnienia specyfiki integracji europejskiej⁷¹.

W literaturze prezentowany jest pogląd, że to właśnie art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ, a nie klauzula gwarancji strukturalnych z art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ, ma większe znaczenie praktyczne. Adresatem przepisu, podobnie jak w przypadku klauzuli gwarancji strukturalnej, są niemieckie organy konstytucyjne, które nie tylko w związku z przenoszeniem uprawnień władczych na UE, ale również w zakresie każdego współudziału tychże organów w rozwoju integracji europejskiej, także przy okazji stanowienia aktów prawa pochodnego są zobowiązane do realizacji zasad wymienionych w art. 79 ust. 3 UZ. Należy przy tym pamiętać, że odpowiedzialność za jej stosowanie spoczywa nie tylko na rządzie związkowym, ale też na Bundestagu i Bundesracie, które biorą udział w podejmowaniu decyzji na poziomie UE w zakresie wyznaczonym przez art. 23 ust. 1–7 UZ oraz ustawy towarzyszące⁷².

Ze względu na fakt, że katalog zasad zawartych w art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ pokrywa się, z wyjątkiem zasady subsydiarności, z katalogiem zasad zawartych w art. 79 ust. 3 UZ, do którego odsyła art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ, zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie, brak jest jasnego rozgraniczenia zakresu przedmiotowego zasady państwa prawnego w świetle art. 23 ust. 1 zd. 1, art. 23 ust. 1, zd. 3, czy art. 79 ust. 3 UZ. W komentarzu do Ustawy Zasadniczej, którego autorów trudno podejrzewać o skrótowne ujęcie problemu – art. 23 ust. 1 UZ poświęcono 150 stron, znajduje się następujące stwierdzenie: „Zasady (z art. 79 ust. 3 UZ) zostały przejęte do klauzuli gwarancji strukturalnych z art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ. Co do szczegółów można odesłać do komentarza art. 79 ust. 3 UZ”⁷³.

⁷⁰ W. Durner, *op. cit.*, s. 446.

⁷¹ D.H. Scheuing, *op. cit.*, s. 96.

⁷² W. Durner, *op. cit.*, s. 456.

⁷³ R. Scholz, *op. cit.*, s. 150.

ZASADA PAŃSTWA PRAWNEGO WARUNKIEM UCZESTNICTWA NIEMIEC
 W UNII EUROPEJSKIEJ W ORZECZNICTWIE FTK
 OD WYROKU W SPRAWIE TRAKTATU Z MAASTRICHT⁷⁴

O ile orzecznictwo FTK w sprawach dotyczących integracji europejskiej, oparte na „starej” klauzuli integracyjnej z art. 24 ust. 1 UZ, w dużej mierze eksponowało ograniczenie przenoszenia uprawnień władczych, polegające zachowaniu na poziomie wspólnotowym standardu ochrony praw człowieka, porównywalnego do standardu gwarantowanego przez UZ, o tyle od orzeczenia w sprawie traktatu z Maastricht orzecznictwo, oparte o obszerną klauzulę integracyjną z art. 23 ust. 1 UZ, koncentrowało się w dużej mierze wokół zachowania zasady demokracji, stanowiącej zarówno część zasady odpowiedniości strukturalnej z art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ, jak i gwarancji niezmienności podstawowych zasad ustrojowych RFN z art. 23 ust. 1 zd. 3 UZ. Zasada państwa prawnego nie była natomiast „eksploatowana” przez niemiecki trybunał konstytucyjny i stanowi pewnego rodzaju „rezerwę”, do której może sięgnąć w przyszłości Trybunał Federalny. Potwierdza to ostatnia teza z uzasadnienia wyroku FTK w sprawie traktatu z Maastricht, w której Trybunał wskazał na konieczność zachowania zasad zawartych w art. 23 ust. 1 zd. 1 UZ w trakcie dalszego rozwijania UE⁷⁵.

Pośrednio z zasadą państwa prawnego związana był konstatacja FTK, że akty władzy publicznej sprawowanej przez organizację ponadnarodową mogą dotyczyć również jednostek, których prawa podstawowe podlegają ochronie w Niemczech. Ochrona tychże praw podstawowych należy do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który sprawuje swoje kompetencje kontrolne w tym zakresie nie tylko w odniesieniu do niemieckich organów władzy państwowej. Jednakże kompetencje te dotyczące stosowania pochodnego prawa wspólnotowego stosowane są przy założeniu współpracy pomiędzy FTK a ETS⁷⁶.

Na tle orzecznictwa dotyczącego zagadnień integracji europejskich wydanych na podstawie nowej klauzuli integracyjnej, wyrok z 18 lipca 2005 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania [dalej: ena]⁷⁷,

⁷⁴ Ze względu na ograniczone rozmiary opracowania, poniższe rozważanie oparte są o wybór orzeczeń oraz wybór tez z tych orzeczeń.

⁷⁵ Wyrok FTK w sprawie traktatu z Maastricht, teza 165.

⁷⁶ *Ibidem*, teza 71.

⁷⁷ BVerfGE 113, s. 271, sygnatura sprawy 2 BvR 2236/04; M. Balczyk, *Konstytucyjno-prawne problemy otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2008, nr 2, s. 33 i nast.

wyróżnia się zakresem wypowiedzi FTK w odniesieniu do zastosowania zasady państwa prawnego we współpracy międzynarodowej z udziałem Niemiec. Wyrok ten co prawda odnosił się w pierwszym rządzie do art. 16 ust. 2 UZ, w świetle którego „obywatel Niemiec nie może zostać wydany za granicę. Na mocy ustawy może zostać przyjęta inna regulacja przewidująca wydanie do państwa członkowskiego UE albo trybunałowi międzynarodowemu, o ile są zagwarantowane zasady państwa prawnego”. FTK powiązał jednak zasadę państwa prawnego z art. 16 ust. 2 UZ z art. 23 ust. 1 UZ. Mianowicie ustawodawca krajowy zezwalający na wydanie obywatela Niemiec musi skontrolować, czy podmiot zwracający się o wydanie spełnia zasady państwa prawnego w rozumieniu odpowiedniości strukturalnej z art. 23 ust. 1 UZ. Należy przy tym uwzględnić, że każde państwo członkowskie UE zobowiązane jest do poszanowania zasad wymienionych w art. 6 ust. 1 TUE (obecnie art. 2 i 6 TUE), w tym zasady państwa prawnego, co stanowi podstawę dla wzajemnego zaufania. Jednakże okoliczność ta nie zwalnia ustawodawcy z tego, by w przypadku podważenia zaufania do państwa prawa, w państwie zwracającym się o wydanie, zareagować i to w sposób niezależny, od postępowania z art. 7 TUE⁷⁸. Następnie FTK przechodzi do analizy poszczególnych gwarancji praw jednostek wypływających z zasady państwa prawnego, wskazując m.in. na zakaz działania prawa wstecz, prawo obywatela Niemiec do odpowiadania przez sądami niemieckimi, jeżeli czyn przez niego popełniony wykazuje istotny związek z tym państwem. W celu ochrony praw obywatela Niemiec organ wykonujący *en a* musi dokonać każdorazowo rozważania kolidujących ze sobą dóbr prawnych: prawa obywatela do odpowiadania przed sądem niemieckim z jednej strony, a z drugiej z zasadą otwarcia UZ na współpracę międzynarodową. FTK, nawiązując do klauzuli „wieczystej” z art. 79 ust. 3 UZ stwierdził, że do realizacji nakazów zawartych w art. 1 i art. 20 UZ, adresowanych do ustawodawcy zmieniającego konstytucję, nie wystarczy umieszczenie generalnego i abstrakcyjnego przepisu w art. 16 ust. 2 zd. 2 UZ nakładającego obowiązek spełnienia zasad państwa prawnego przez porządek prawny państwa występującego z prośbą o wydanie, ani przez wydanie ustawy, która stwierdza istnienie takiej zgodności. UZ wymaga, by przy wydawaniu osób, w szczególności własnych obywateli, dodatkowo dokonać konkretnej kontroli, czy prawa oskarżonego są zagwarantowane w tym indywidualnym przypadku⁷⁹. Ponadto FTK stwierdził, że gdyby ustawodawca w sposób prawidłowy dokonał rozróżnienia pomiędzy czynem posiadającym związek z państwem oraz czynem posiadającym związek z innymi państwami członkowskimi,

⁷⁸ Wyrok FTK w sprawie *en a*, tezy 77–78.

⁷⁹ *Ibidem*, teza 88.

nie pojawiłoby się pytanie odnoszące się naruszenia zakazu działania wstecz. Wprawdzie zakaz ten odnosi się do prawa materialnego, a nie do prawa procesowego, w zakres którego wchodzi wydanie. Jednakże pociągnięcie do odpowiedzialności w innym państwie członkowskim obywatela Niemiec, chronionego do tej pory w sposób absolutny przed wydaniem, w związku z popełnieniem czynu niewykazującego związku z państwem zwracającym się o wydanie, gdy czyn ten nie jest zabroniony w świetle prawa niemieckiego, można porównać ze zmianą prawa materialnego ze skutkiem wstecz⁸⁰. Wobec powyższego ustawodawca musi ponownie sformułować powody niedopuszczalności wydania obywatela Niemiec, a decyzję w tej sprawie ukształtować jako proces, w ramach którego powinno dojść do rozważenia dóbr prawnych. Pierwotne prawo unijne w art. 6 TUE (obecnie art. 2 i 6 TUE) odnosi się co prawda do zagadnienia ustrojowej homogeniczności strukturalnej pomiędzy państwami członkowskimi. Jednakże samo istnienie tego przepisu, a także mechanizmu sankcjonującego w rozumieniu art. 7 TUE oraz wspólnego ogólnoeuropejskiego standardu ochrony prawa człowieka na podstawie EKPrCz, nie stanowią podstawy dla przyjęcia założenia, że struktury gwarantujące poszanowanie państwa prawa w poszczególnych państwach zostały pod względem materialnym zsynchronizowane, a kontrola na poziomie krajowym w jednostkowym przypadku jest zbędna. Wobec powyższego wprowadzenie w życie ścisłej zasady wzajemnego uznawania i związanego z tym daleko idącego wzajemnego zaufania pomiędzy państwami nie mogą ograniczać konstytucyjnoprawnej gwarancji praw podstawowych⁸¹.

Do najczęściej dyskutowanych w doktrynie prawa⁸² orzeczeń FTK należy wyrok w sprawie traktatu z Lizbony⁸³. Uzasadnienie tego wyroku

⁸⁰ *Ibidem*, teza 98.

⁸¹ *Ibidem*, teza 118.

⁸² 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*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2009, nr 9, s. 15; P. Czarny, *Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego RFN w sprawie traktatu lizbońskiego na tle polskich rozwiązań prawnych*, [w:] *Prawa człowieka, społeczeństwo obywatelskie, państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarnickiemu*, red. P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas, Warszawa 2010, s. 142; J. Barcz, *Traktat z Lizbony. Wybrane aspekty prawne działań implementacyjnych*, Warszawa 2012, s. 381; M. Balczyk, *Zasada demokracji...* (cz. 1), s. 33; M. Balczyk, *Zasada demokracji jako źródło warunków uczestnictwa Republiki Federalnej Niemiec w sprawie traktatu z Lizbony* (cz. 2), „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 9, s. 26.

⁸³ Wyrok FTK z 30 czerwca 2009 r., BVerfGE 123, s. 267, sygnatura sprawy 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09.

zostało skonstruowane wokół zachowania zasady demokracji w warunkach integracji europejskiej. FTK omawiając znaczenie zasady demokracji dla współczesnego państwa stwierdził, że porządek ustanowiony na podstawie UZ opiera się na założeniu jednostkowej wartości i godności człowieka, którego powołaniem jest realizacja wolności. Tenże porządek ma charakter praworządnego władztwa opartego o samostanowienie narodu zgodnie z wolą większości. W związku z powyższym obywatele nie mogą zostać poddani żadnej władzy politycznej, której nie mogliby zmienić, i która nie byłaby przez nich określana pod kątem osobowym i merytorycznym⁸⁴. Zasada państwa prawnego pojawiła się przy okazji analizy zgodności z Ustawą Zasadniczą zakresu przeniesionych na podstawie traktatu z Lizbony uprawnień władczych na UE. Analizując przepisy rozdziału 3 części V poświęconej polityce przestrzeni wolności bezpieczeństwa i sprawiedliwości, a w szczególności art. 81 ust. 2 TFUE stwierdził, że wspomniane powyżej rozwiązania prawne nie naruszają właściwości państwa członkowskiego w zakresie organizacji sądownictwa pod kątem personalnym i finansowym. Ponadto zobowiązanie do rozwoju alternatywnych metod rozstrzygania sporów nie ogranicza gwarancji efektywnej ochrony prawnej z art. 19 ust. 4 UZ i zawartego w zasadzie państwa prawnego prawa dostępu do sądu, które uznane jest również w prawie unijnym. Dostęp obywatela do sądu nie może zasadniczo zostać ograniczony ani przez prawo pierwotne, ani prawo pochodnie, a jego realizacja nie może zostać utrudniona przez wprowadzenie przedpostępowania o charakterze niesądowym⁸⁵. Przedmiotem analizy FTK były również przepisy odnoszące się do wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony, a w szczególności art. 42 TUE. Niemiecki sąd konstytucyjny stwierdził, że konstytucyjne zastrzeżenie dla parlamentu decyzji o użyciu sił zbrojnych poza granicami państwa istnieje również po wejściu w życie traktatu z Lizbony, gdyż nie zawiera on żadnej kompetencji, które pozwalałaby UE na użycie sił zbrojnych bez zgody państwa członkowskiego lub jego parlamentu. Postanowienia UZ odnoszące się do sił zbrojnych mają na celu uniknięcie powierzenia Bundeswehry wyłącznie decyzjom władzy wykonawczej, a wręcz przeciwnie – włączenie jej w demokratyczny, praworządny porządek konstytucyjny jako „armię parlamentarną”⁸⁶.

Orzeczeniem, które stanowiło pewnego rodzaju odpowiedź na ostrą krytykę eurosceptycznego podejścia niemieckiego trybunału konstytu-

⁸⁴ Wyrok FTK w sprawie traktatu z Lizbony, teza 212.

⁸⁵ *Ibidem*, teza 368.

⁸⁶ *Ibidem*, tezy 381–382.

cyjnego w uzasadnieniu do wyroku dotyczącego traktatu z Lizbony, było postanowienie w sprawie Mangold⁸⁷. Zawiera ona istotne wypowiedzi w odniesieniu do zachowania w procesie integracji europejskiej zaufania do prawa, które jest elementem zasady państwa prawnego w odniesieniu do ustaw, których w wyniku wydania orzeczenia prejudycjalnego, mogą zostać uznane za sprzeczne z prawem, także z mocą wsteczną. W tym kontekście ochrona zaufania do prawa przez sądy krajowe podlega ograniczeniom na podstawie prawa unijnego. Wyroki wydane na podstawie art. 267 TFUE wywierają bowiem zasadniczo skutek *ex tunc*. Dlatego też wykładnię prawa unijnego, dokonaną przez TS UE, stosuje się również do stosunków prawnych powstałych przed wydaniem wyroku przez sąd unijny. TS UE ogranicza tylko wyjątkowo moc wsteczną swoich orzeczeń ze względu na istotne trudności, które mogłyby powstać w odniesieniu do ustanowionych w dobrej wierze stosunków prawnych⁸⁸. Wobec powyższego ochrona zaufania nie może zostać zapewniona przez sądy krajowe przez ograniczenie w czasie skutków wyroku wydanego przez TS UE w ramach postępowania prejudycjalnego. Natomiast nic nie stoi na przeszkodzie, by zapewnić ochronę zaufania do prawa w przypadku niestosowania ustawy krajowej z mocą wsteczną ze względu na przyjętą przez TS UE wykładnię prawa unijnego przez przyznanie przez sąd krajowy odszkodowania jednostce, która w zaufaniu do prawa dokonała pewnych czynności w oparciu o przedmiotową ustawę⁸⁹.

Istotnym z punktu widzenia zasady państwa prawnego w procesie integracji europejskiej orzeczeniem, niepowiązanim wprawdzie z członkostwem Niemiec w UE, był wyrok FTK z 14 października 2004 r., który dotyczył stosowania w Niemczech EKPrCz przez sądy krajowe⁹⁰. W omawianej sprawie sąd krajowy wydał orzeczenie, w którym zupełnie nie uwzględnił wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

⁸⁷ Postanowienie FTK z 6 lipca 2010 r., BVerfGE 126, s. 286, sygnatura sprawy 2 BvR 2661/06; M. Bainczyk, *Pomiędzy otwartością a kontrolą „ultra vires” – orzeczenie niemieckiego Bundesverfassungsgericht dotyczące skutków wyroku TS w sprawie „Mangold II”*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 5, s. 33.

⁸⁸ Wyrok TS z 27 marca 1980 r. w sprawie C-61/79, *Denkavit*, ECR 1980, s. 1205, pkt 16.

⁸⁹ Postanowienie FTK w sprawie Mangold, tezy 80 i nast.

⁹⁰ BVerfGE 111, s. 307, sygnatura sprawy 2 BvR 1481/04, M. Bainczyk, *Stosowanie Europejskiej Konwencji Prawa Człowieka i Podstawowych Wolności przez organy władzy Publicznej Republiki Federalnej Niemiec*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2013, nr 2, s. 25 i nast.

[dalej: ETPrCz], wydanego uprzednio w tej sprawie⁹¹, stwierdzając, że skuteczność wyroku tego ETPrCz wyczerpuje się *de iure* i *de facto*, z zastrzeżeniem obowiązku zmiany ustawodawstwa krajowego, w stwierdzeniu, mającego miejsce w opinii ETPrCZ w przeszłości, naruszenia prawa. Wywody sądu krajowego spotkały się z uzasadnioną krytyką FTK, opartą również o zasadę państwa prawnego. Niemiecki trybunał konstytucyjny stwierdził, że gwarancje wolności i praw podstawowych zawarte w EKPrCz wywierają wpływ na wykładnię prawa podstawowych oraz zasad wywodzonych z zasady państwa prawnego. Zarówno tekst EKPrCz, jak i orzecznictwo ETrPrCz służą na poziomie krajowego prawa konstytucyjnego jako pomoc przy wykładni, mającej na celu określenie treści i zakresu zastosowania praw podstawowych oraz zasad powiązanych z zasadą państwa prawnego, o ile nie prowadzi to do obniżenia standardu ochrony praw podstawowych, przewidzianego w UZ. Jednakże otwarcie UZ na zobowiązania o charakterze prawnomiędzynarodowym nie ma charakteru nieograniczonego. Przychylność wobec prawa międzynarodowego jest skuteczna w ramach demokratycznego i praworządnego systemu UZ⁹². Związanie prawem i ustawą (art. 20 ust. 3 UZ) oznacza uwzględnienie gwarancji zawartych w EKPrCz i orzeczeń ETPrCz w ramach akceptowanej z metodycznego punktu widzenia wykładni ustaw. Zarówno brak rozważenia orzeczenia, jak i schematyczna jego „egzekucja”, która stałaby w sprzeczności z prawem wyższego rzędu, mogą naruszać prawa podstawowe w związku z zasadą państwa prawnego⁹³. W świetle powyższych tez można wskazać, że zasada państwa prawnego stanowi nie tylko nienaruszalną w procesie integracji europejskie zasadę ustroju Niemiec, ale także wspiera proces integracji. Mianowicie związanie prawem i ustawą, implikuje uwzględnianie przez sądy, a mówiąc szerzej organy władzy publicznej, aktów prawa międzynarodowego publicznego, którymi związała się RFN, a także orzecznictwa sądów międzynarodowych powstałych na podstawie wyżej wymienionych aktów, w procesie wykładni ustaw.

⁹¹ Wyrok z 26 lutego 2004 r., nr 74969/01, dostępny w wersji elektronicznej na stronie ETrPrCz, www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61646 [dostęp 29.05.2013].

⁹² Wyrok FTK w sprawie EKPrCz, teza 32, 34.

⁹³ *Ibidem*, teza 47.

PODSUMOWANIE

Klauzula integracyjna wprowadzona do niemieckiego prawa konstytucyjnego w 1949 r., która była elementem otwarcia Ustawy Zasadniczej na współpracę międzynarodową, nie zawierała *expressis verbis* żadnych ograniczeń czy gwarancji ustrojowych, koniecznych do uwzględnienia w procesie integracji europejskiej. Doktryna takich ograniczeń została natomiast stworzona przez naukę niemieckiego prawa konstytucyjnego oraz przez FTK. Zarówno doktryna prawa, jak i FTK koncentrowali się jednak przede wszystkim na ograniczeniu w postaci zachowania standardu ochrony praw podstawowych, przewidzianego przez UZ. Zasada państwa prawnego odgrywała natomiast drugorzędną rolę. Dlatego do pewnego stopnia może dziwić fakt, że na początku lat 90. XX w. przyjęto bardzo rozbudowaną klauzulę, zawierającą podwójne gwarancje – w art. 23 ust. 1 zd. 1 i 3 UZ – powiązaną z niezmiennymi zasadami ustroju Niemiec, w tym z zasadą państwa prawnego. Pomimo wprowadzenia ograniczenia w przenoszeniu uprawnień władczych w postaci tej zasady państwa prawnego, która winna być zarówno podstawą rozwijania UE, jak i stanowić trwałe w procesie integracji europejskiej element ustroju Niemiec, FTK w wyroku dotyczącymi traktatu z Maastricht i następnym orzeczeniach dotyczących integracji europejskiej, w tym wyroku w sprawie traktatu z Lizbony, nie dokonał zasadniczo sprecyzowania treści tej zasady jeśli chodzi o funkcjonowanie UE oraz państwa niemieckiego w procesie integracji europejskiej. Wypowiedzi niemieckiego trybunału konstytucyjnego dotyczyły przede wszystkim powiązanego z zasadą państwa prawnego prawa do sądu w rozumieniu art. 19 ust. 4 UZ. W kontekście sądowej ochrony praw jednostek niebagatelne znaczenie miało uznanie przez FTK w połowie lat 80. XX w. orzeczeniu Solange II Trybunału Sprawiedliwości WE za ustawowego sędziego, a obowiązek wnoszenia pytań prawnych przez sądy niemieckie konsekwentnie był rozwijany w kolejnych orzeczeniach, również po przyjęciu nowej klauzuli w art. 23 ust. 1 UZ⁹⁴. Na tle orzeczeń dotyczących UE ciekawie prezentują się tezy wyroku FTK w sprawie stosowania EKPrCZ, w świetle których zasada państwa prawnego nie jest jedynie ograniczeniem procesu integracji europejskiej, ale również podstawą stosowania prawa będącego środkiem tej integracji.

Reasumując można przyjąć, że zagadnienie państwa prawa w procesie integracji europejskiej nie zostało wyczerpane ani przez doktrynę prawa niemieckiego, ani przez niemiecki trybunał konstytucyjny. Za-

⁹⁴ M. Balczyk, *Pomiędzy otwartością...*, s. 38.

sada ta należy „rezerw”, do których nawiązał FTK w wyroku dotyczącym traktatu z Lizbony⁹⁵. Wspomniane rezerwy to fundamentalne dla państwowości Niemiec zasady ustrojowe, do których niemiecki trybunał konstytucyjny może sięgnąć w każdym momencie w celu dokonania kontroli aktów prawa unijnego. W świetle powyższego nie jest więc wykluczone, że treść zasady państwa prawnego w procesie integracji europejskiej zostanie w przyszłości doprecyzowana.

⁹⁵ Wyrok FTK w sprawie traktatu z Lizbony, teza 341.

JAN BARCZ

W SPRAWIE NIEKTÓRYCH PRZESŁANEK
STOSOWANIA ART. 90 KONSTYTUCJI RP
W ŚWIETLE PROCEDURY RATYFIKACJI TRAKTATU
O UNII FISKALNEJ

UWAGI WSTĘPNE

Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej [dalej: Traktat o unii fiskalnej lub TUF]¹ został podpisany 2 marca 2012 r. przez 25 państw członkowskich Unii Europejskiej (z wyjątkiem Wielkiej Brytanii i Republiki Czeskiej)² i wszedł w życie 1 stycznia 2013 r.³ Artykuł 14 ust. 1 zdanie pierwsze zawiera jednoznaczne stwierdzenie, że „Niniejszy traktat podlega ratyfikacji przez umawiające się strony, zgodnie z ich odpowiednimi wymogami konstytucyjnymi”. Nie ulega więc wątpliwości, że traktat ten wymaga ratyfikacji, a w Polsce miarodajne są dla określenia procedury ratyfikacyjnej postanowienia Konstytucji RP z 1997 r.

Wymogi proceduralne ratyfikacji w Polsce umów międzynarodowych (której dokonuje Prezydent RP) regulują postanowienia artyku-

¹ Eurozone Portal. www.eurozone.europa.eu.

² W czasie prac nad niniejszym artykułem nie było informacji w sprawie stanowiska Chorwacji, która przystąpiła do UE 1 lipca 2013 r.

³ Warunkiem wejścia w życie TUF było jego ratyfikowanie przez co najmniej 12 państw strefy euro (w październiku 2013 r. w tej grupie państw procedura ratyfikacyjna trwała jeszcze w Belgii i Niderlandach). Por. www.consiliom.europa.eu/Policies/agreements/serach-the-agreements-database.

łów 89 i 90 Konstytucji RP. Zasadnicze znaczenie mają postanowienia art. 89 Konstytucji, które przewidują dwie procedury: (1) stosownie do ust. 1 art. 89 Konstytucji RP, ratyfikacja umowy musi być poprzedzona zgodą wyrażoną w ustawie (zwykłej), jeżeli przedmiot umowy dotyczy wymienionych w tym ustępie materii; (2) jeżeli umowa tych materii nie obejmuje, Prezes Rady Ministrów powiadamia jedynie Sejm RP o przedłożeniu takiej umowy międzynarodowej Prezydentowi RP do ratyfikacji. Szczególna procedura przewidziana jest natomiast w art. 90 Konstytucji RP, w przypadku jeżeli Polska przekazuje „na podstawie umowy międzynarodowej organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”. Wówczas wymagane jest, zależnie od decyzji Sejmu RP, wyrażenie zgody na ratyfikowanie takiej umowy międzynarodowej przez Prezydenta RP albo w drodze kwalifikowanej ustawy, albo w drodze referendum ogólnokrajowego.

W Polsce TUF został ratyfikowany w trybie art. 89 ust. 1 Konstytucji RP. Stosowną ustawę Sejm uchwalił 20 lutego 2013 r.⁴ Po podpisaniu dokumentów ratyfikacyjnych przez Prezydenta RP, ich notyfikowanie depozytariuszowi (Sekretariat Generalny Rady UE)⁵ nastąpiło 8 sierpnia 2013 r., po czym – stosownie do art. 14 ust. 3 TUF – traktat wszedł w życie w stosunku do Polski 1 września 2013 r.⁶

Wybrana procedura ratyfikacji TUF wzbudziła ożywioną dyskusję w doktrynie⁷, stała się też przedmiotem postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym⁸. Główny problem w dyskusji koncentruje się na tym, czy w toku procedury ratyfikacyjnej nie należało zastosować art. 90 Konstytucji RP. Przypomnieć należy, że stosownie do postanowień jego ust. 1, odwołanie się do procedury przewidzianej w tym artykule możliwe jest przy kumulatywnym spełnieniu trzech warunków:

⁴ Dz.U. z 2013 r., poz. 283.

⁵ Art. 14 ust. 1 TUF.

⁶ Zob.: www.consilium.europa.eu/Policie/agreements/serach-the-agreements-database.

⁷ Argumenty przemawiające na rzecz zastosowania art. 90 Konstytucji RP zebrał M. Dobrowolski (*W sprawie trybu ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską traktatu fiskalnego*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 41 i nast.), natomiast reprezentatywny dla dominującego poglądu, potwierdzającego wybór zastosowania art. 89 ust. 1 Konstytucji RP, jest artykuł J. Kranza i A. Wyrozumskiej (*Powierzenie Unii Europejskiej niektórych kompetencji a traktat fiskalny*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 20 i nast.).

⁸ Trybunał Konstytucyjny postanowieniem z 21 maja 2013 r. (sygn. akt K 11/13) umorzył postępowanie w zakresie zgodności z Konstytucją RP TUF ze względu na to, że wówczas jeszcze traktat ten nie wiązał Polski.

(1) musi chodzić o umowę międzynarodową (na mocy której powierzane są „kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”); (2) musi chodzić o „organizację międzynarodową lub organ międzynarodowy” (na rzecz której przekazywane są te kompetencje); (3) musi chodzić o przekazanie tych kompetencji jedynie „w niektórych sprawach”.

Dotychczasowa dyskusja zdominowana została głównie przez problem, czy na mocy TUF powierzono Unii Europejskiej „kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach”. Ponieważ charakter TUF jako umowy międzynarodowej nie budzi wątpliwości, potwierdzenie „powierzenia” takich kompetencji na rzecz UE prowadziłoby wprost do stwierdzenia, że należało zastosować art. 90 Konstytucji RP. Jak wspomniano, dominujący pogląd⁹ nie dopatruje się w TUF „powierzenia” Unii Europejskiej dodatkowych kompetencji, niemniej – niezależnie od tego – należy poddać bliższej analizie warunek powierzenia takich kompetencji na rzecz „organizacji międzynarodowej lub organu międzynarodowego”, tym bardziej że znaczenie tego warunku w dotychczasowych dyskusjach było marginalizowane. Gdyby natomiast warunek ten nie był spełniony w przypadku TUF, to wyłączałoby to możliwość odwołania się do art. 90 Konstytucji RP i przemawiało na rzecz prawidłowości sięgnięcia w toku procedury ratyfikacyjnej do art. 89 ust. 1 Konstytucji RP. Związany jest z tym kolejny istotny problem, dotyczący możliwości wzmocnionej kontroli ze strony państw członkowskich UE w sytuacji, gdyby na mocy umowy międzynarodowej zawartej „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi Unii (i tylko przez grupę tych państw), podjęto próbę powierzenia UE dodatkowych kompetencji (co naruszałoby zasadę kompetencji powierzonych/przyznanych, określoną w art. 5 ust. 1 i 2 TUE). Dwa powyższe zagadnienia są przedmiotem analizy w niniejszej pracy.

POJĘCIE „ORGANIZACJI MIĘDZYNARODOWEJ LUB ORGANU MIĘDZYNARODOWEGO” W ROZUMIENIU ART. 90 UST. 1 KONSTYTUCJI RP

Jak już wspomniano, aby możliwe było uruchomienie procedury ratyfikacyjnej na podstawie art. 90 Konstytucji RP, muszą być łącznie spełnio-

⁹ Chodzi tu nie tylko o doktrynę polską, lecz również międzynarodową (por. np.: P. Graig, *The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism*, „E.L. Rev.” 2012, No. 37, s. 231 i nast.). Podobny pogląd dominuje w orzecznictwie trybunałów konstytucyjnych (J. Barcz, J. Kranz, *Powierzenie kompetencji na rzecz UE a Traktat o Europejskim Mechanizmie Stabilności i Traktat o unii fiskalnej. Uwagi w świetle orzecznictwa niemieckiego FTK i wyroku TSUE w sprawie C-370/12*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 4, s. 23 i nast.).

ne trzy warunki, w tym powierzenie kompetencji musi nastąpić na rzecz „organizacji międzynarodowej” lub „organowi międzynarodowemu”. Konstytucje państw członkowskich UE posługują się w tym kontekście różnymi terminami, niemniej nie ulega wątpliwości¹⁰, że w przypadku „organizacji międzynarodowej” chodzi o organizacje w rozumieniu prawa międzynarodowego publicznego (posiadające funkcjonalną podmiotowość w rozumieniu prawa międzynarodowego, wywodzącą się z traktatu ustanawiającego daną organizację). Natomiast w przypadku „organu międzynarodowego” chodzić będzie o inne organy międzynarodowe, ustanowione również w umowach międzynarodowych i posiadające również podmiotowość w rozumieniu prawa międzynarodowego (najczęściej w tym kontekście wymieniane są sądy międzynarodowe)¹¹. W obu przypadkach – „organizacja” lub „organ” – powinien dysponować możliwością podejmowania wobec państw członkowskich decyzji władczych, wynikających z zakresu powierzonych im przez państwa kompetencji. Trybunał Konstytucyjny potwierdził pośrednio powyższą interpretację, odrzucając w wyroku z 11 maja 2005 r.¹² w sprawie konstytucyjności traktatu akcesyjnego zarzut, że przystępując do UE, Polska powierzyła kompetencje „organizacji ponadnarodowej”, nie wymienionej w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP. Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że pojęcie to wywodzi się z doktryny i dotyczy specyficznego rodzaju „organizacji międzynarodowej” w rozumieniu prawa międzynarodowego (punkt 8.5. uzasadnienia).

Jeśli z tego punktu widzenia podda się analizie postanowienia TUF, to łatwo stwierdzić, że Traktat ten nie kreuje ani „organizacji międzynarodowej”, ani „organu międzynarodowego” w rozumieniu art. 90 ust. 1 Konstytucji RP. Jedyne bowiem postanowienia „kreujące” nowe „organy” zawarte są w jego art. 12 i odnoszą się do zakotwiczenia w TUF szczytu państw strefy euro (*Euro Summit*), w ramach którego szefowie państw lub rządów państw tej strefy spotykali się nieformalnie od końca 2008 r. Kompetencje szczytu obejmują co prawda uzgadnianie w pewnym zakresie stanowisk państw członkowskich strefy euro w sprawach dotyczących tej strefy, które następnie są prezentowane w instytucjach i organach UE. Z pewnością natomiast szczyt nie spełnia kryteriów ani

¹⁰ Zob. szerzej: J. Barcz, *Konstytucyjne uwarunkowania członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawie aspekty członkostwa Polski w Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2011, s. 77–78.

¹¹ Komentarz do art. 90 Konstytucji RP autorstwa K. Działochy, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, Warszawa 1999.

¹² Sygn. akt K 18/04.

„organizacji międzynarodowej”, ani „organu międzynarodowego” w rozumieniu art. 90 ust. 1 Konstytucji RP (nie jest strukturą, której TUF nadaje podmiotowość międzynarodowoprawną, nie ma też kompetencji do podejmowania jakichkolwiek decyzji władczych wobec państw członkowskich, czy też wobec Unii)¹³.

TUF jako samodzielna umowa międzynarodowa, zawarta „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi UE, poddaje określone problemy wspólnemu zarządowi w sferze międzynarodowoprawnej, nie kreując „organizacji międzynarodowej” lub „organu międzynarodowego”, którym ewentualne kompetencje władcze mogłyby zostać przez Polskę powierzone (abstrahuje się tutaj od kwestii, czy w ogóle TUF tego rodzaju kompetencje władcze obejmuje). Z tego punktu widzenia nie jest spełniony konieczny wymóg, warunkujący „uruchomienie” specjalnej procedury ratyfikacyjnej na podstawie art. 90 ust. 1 Konstytucji RP¹⁴.

Istota problemu polega jednak na czym innym: chodzi mianowicie o wyjaśnienie, czy zakres zaangażowania instytucji i organów unijnych w materię regulowaną TUF, nie skutkują powierzeniem na jego podstawie nowych kompetencji władczych Unii Europejskiej? Nie będzie tutaj rozważany problem, czy w ogóle TUF takie kompetencje władcze obejmuje (jak wspomniano, dominujące stanowisko neguje taki skutek TUF), lecz czy z proceduralno-formalnego punktu widzenia sytuacja taka byłaby w ogóle możliwa w świetle prawa UE. Uprzedzając tok wyводу należy jeszcze zaznaczyć, że powierzenie tego rodzaju kompetencji konkretnym instytucjom unijnym byłoby objęte pojęciem ich powierzenia „organizacji międzynarodowej” (tu: Unii Europejskiej), a nie

¹³ J. Barcz, *Szczyt państw strefy euro (Euro Summit). Ocena z ustrojowego i prawnego punktu widzenia*, Europejski Przegląd Sądowy 2014, nr 1, s. 4–11.

¹⁴ Inaczej przedstawia się problem w odniesieniu do drugiej umowy międzynarodowej zawartej „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi UE w celu sanacji strefy euro, tj. Traktatu ustanawiającego Europejski Mechanizm Stabilności (podpisany 2 lutego 2012 r., wszedł w życie 27 września 2012 r.). Traktat ten ustanowił bowiem odrębną w stosunku do UE organizację międzynarodową (Europejski Mechanizm Stabilności). W tym przypadku omawiane kryterium zawarte w art. 90 ust. 1 Konstytucji RP będzie spełnione. W toku przystępowania do tego traktatu trzeba będzie więc rozważyć, czy na jego podstawie powierzone są EMS kompetencje władcze. Warto w tym kontekście zauważyć, że TSUE w wyroku z 27 listopada 2012 r. w sprawie 370/12 Pringle, nie dopatrył się takiego powierzenia. Podobne stanowisko zajął niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 12 września 2012 r. Szerzej: J. Barcz, *Stabilizacja sytuacji finansowej w strefie euro a uprawnienia parlamentów narodowych – wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 12.09.2012 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 11, s. 4 i nast.

„organowi międzynarodowemu” w rozumieniu art. 90 ust. 1 Konstytucji RP. Nie ma żadnej potrzeby i uzasadnienia, aby pojęcie „organu międzynarodowego” rozciągać na organy „organizacji międzynarodowej” (tu: instytucje i organy UE)¹⁵.

Powracając natomiast do zasadniczego problemu, należy poddać analizie przede wszystkim kwestię, czy w świetle prawa UE w ogóle możliwe jest powierzenie Unii kompetencji na mocy umowy międzynarodowej zawartej „poza” UE.

CZY W ŚWIETLE PRAWA UE DOPUSZCZALNE JEST POWIERZENIE UNII KOMPETENCJI NA MOCY UMOWY MIĘDZYNARODOWEJ ZAWARTEJ „POZA” UE?

Zakres kompetencji Unii Europejskiej określa tzw. zasada przyznania (powierzenia), stosownie do której (art. 5 ust. 1 i 2 TUE) „Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach do osiągnięcia określonych w nich celów”. Zasada ta dotyczy również instytucji unijnych, które „działają w granicach uprawnień przyznanych im na mocy traktatów, zgodnie z procedurami, na warunkach i w celach w nich określonych” (art. 13 ust. 2 TUE)¹⁶. „Traktaty” stanowiące podstawę UE, to obecnie Traktat o Unii Europejskiej i Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (por. art. 1 akapit trzeci TUE i art. 1 ust. 2 TFUE). Mogą one być zmieniane (a tym samym nowe kompetencje mogą być Unii powierzane przez państwa członkowskie) wyłącznie w trybie w nich przewidzianym (art. 48 TUE), a więc na mocy traktatów rewizyjnych (art. 48 ustępy 2 do 5 TUE) lub w ramach tzw. procedur kładek (przede wszystkim art. 48 ustępy 6 i 7 TUE), przy czym sięgnięcie do procedury kładki jedynie w niektórych przypadkach może prowadzić do powierzenia Unii nowych kompetencji.

Co prawda z punktu widzenia postanowień art. 90 ust. 1 Konstytucji RP możliwa byłaby sytuacja, w której organizacji międzynarodowej powierzane są kompetencje na podstawie umowy międzynarodowej nienależącej go traktatów ustanawiających taką organizację lub zmieniających takie traktaty (traktatów rewizyjnych), niemniej nie wchodzi to w rachubę w przypadku Unii Europejskiej, ponieważ możliwość taką wyłączają jednoznacznie traktaty stanowiące podstawę UE. Powierzenie takie stanowiłoby naruszenie prawa UE. Z tego punktu widzenia zasad-

¹⁵ Tak np. P. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 55.

¹⁶ P. Saganek, *Podział kompetencji pomiędzy Unię Europejską a państwa członkowskie oraz w ramach Unii Europejskiej*, [w:] *Zasady ustrojowe Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2010, s. 65 i nast.

nicze znaczenie ma kwalifikacja Traktatu o unii fiskalnej w kontekście traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej (TUE i TFUE).

Traktat o unii fiskalnej można sklasyfikować jako umowę międzynarodową wielostronną o charakterze zamkniętym – w tym znaczeniu, że jego stronami mogą być jedynie państwa członkowskie Unii Europejskiej. Wynika to z postanowień art. 1 ust. 1 i 15 TUF. „Zamknięty” charakter TUF ma szczególny charakter, wynikający z dwóch okoliczności: (1) jest on skierowany co prawda głównie do państw członkowskich UE należących do strefy euro, ale państwa te nie mają obowiązku związania się traktatem (do wejścia w życie traktatu wymagana była jego ratyfikacja przez co najmniej dwanaście państw strefy euro – a więc nie wszystkich państw tej grupy – art. 14 ust. 2 traktatu)¹⁷; (2) do traktatu mogą również przystąpić państwa członkowskie UE nienależące do strefy euro – zarówno objęte derogacją czasową, jak i derogacją trwałą¹⁸.

Nie zmienia to jednak oceny charakteru TUF z formalnego punktu widzenia – jako umowy międzynarodowej zawartej przez grupę państw członkowskich UE, lecz „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi Unii. Nie ulega wątpliwości, że TUF nie należy do traktatów rewizyjnych, zawieranych na podstawie art. 48 ust. 2 do 5 TUE w ramach zwykłej procedury zmiany. TUF nie należy więc do kategorii traktatów rewizyjnych, na mocy których przeprowadzana jest zmiana traktatów stanowiących podstawę UE (w tym ewentualne powierzenie Unii nowych kompetencji). Nie ulega również wątpliwości, że – ze względu na formę i charakter prawny – TUF nie może być w ogóle rozpatrywany w kategoriach uproszczonej procedury zmiany traktatów stanowiących podstawę UE (tzw. procedur kładek) i unijnego mechanizmu wzmocnionej współpracy. Także okoliczność, że TUF reguluje (paralelnie do prawa UE) dziedziny objęte po części UGiW, zawiera postanowienia gwarantujące pierwszeństwo stosowania prawa unijnego oraz nakaz interpretacji jego postanowień w zgodności z prawem UE, nie zmienia charakteru prawnego TUF jako mowy międzynarodowej zawartej „poza ramami prawnymi” Unii Europejskiej¹⁹.

¹⁷ Konsekwencją niezwiązania się TUF przez państwo strefy euro byłoby jednak zablokowanie możliwości korzystania z ewentualnej pomocy finansowej z Europejskiego Mechanizmu Stabilności (trzeci od końca motyw preambuły do TUF). Jak wspomniano, wszystkie państwa członkowskie UE należące do strefy euro TUF podpisały (jesienią 2013 r. trwała jeszcze procedura ratyfikacyjna w dwóch spośród nich – por. przyp. 1).

¹⁸ Spośród tych państw TUF nie podpisały Wielka Brytania i Czechy.

¹⁹ Nie stoi to również w sprzeczności z sytuacją, w której zakres zobowiązań poszczególnych państw członkowskich UE jest w Unii Europejskiej zróżnicowany (jak na przykład w ramach reżimu Schengen, w ramach UGiW, czy uruchamia-

Tak więc, w świetle traktatów stanowiących podstawę UE nie wchodzi w rachubę powierzenie Unii przez jej państwa członkowskie (czy też, tym bardziej, przez grupę tych państw) nowych kompetencji Unii Europejskiej na mocy umowy międzynarodowej zawartej poza ramami prawno-instytucjonalnymi UE. Również na mocy TUF, kompetencje takie nie mogły więc zostać Unii powierzone. Niemniej TUF wzbudził w tym kontekście kontrowersje dotyczące zgodności z prawem UE ze względu na stopień jego powiązania z *acquis* unijnym (UGiW) oraz „posługiwanie” się unijnymi instytucjami²⁰. Wywołał również dyskusje polityczne, odnoszące się zwłaszcza do zachowania spójności Unii w toku reformowania strefy euro.

Powracając natomiast do zasadniczego problemu podkreślić należy, że samo przyjęcie założenia, iż TUF „faktycznie (i pośrednio)” zwiększa kompetencje Unii, nie może z góry uzasadniać „uruchomienia” procedury ratyfikacyjnej na podstawie art. 90 Konstytucji RP²¹. Rzecz bowiem w tym, że ocena tej kwestii podlega przede wszystkim procedurom przewidzianym w związku z członkostwem Polski w UE (procedurom unijnym), chodzi bowiem o możliwość naruszenia prawa UE (przede wszystkim określonej w art. 4 ust. 3 TUE zasady lojalności). Odpowiedź natomiast udzielona na powyższe problemy w ramach procedur unijnych będzie miarodajna dla państw członkowskich i gwarantuje ich kompetencje. Procedury przewidziane w traktatach stanowiących podstawę UE są w tym kontekście rodzajem *lex specialis* w stosunku do procedur krajowych, będąc wyrazem wzajemnie przyjaznej współpracy (i interpretacji) porządku prawnego unijnego i porządków prawnych państw członkowskich²². Rozszerzająca interpretacja postanowień

nych właśnie mechanizmów wzmocnionej współpracy), o ile stosowne decyzje zostały podjęte zgodnie z procedurami przewidzianymi w traktatach stanowiących podstawę UE oraz jednomyślnie przez wszystkie państwa członkowskie Unii. Jak wyżej wskazano, sytuacja taka nie ma jednak miejsca w przypadku Traktatu o unii fiskalnej.

²⁰ Reprezentatywnie na temat tych problemów w literaturze zagranicznej: *Written evidence received from Professor Paul Graig. European Security Committee. Possibilities for Reinforcing the Eurozone following the December European Council Memoranda*, *Written evidence submitted by Professor Steve Peers. Ibidem*. W polskiej doktrynie wątpliwości takie podnoszono w niektórych opiniach sporządzonych na potrzeby określenia procedury ratyfikacyjnej TUF. „Zeszyty Prawnicze BAS” 2012, nr 1.

²¹ P. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 56–57.

²² E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4. Również punkt 2.2. uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r. (sygn. akt K 18/04).

art. 90 ust. 1 Konstytucji RP, podejmowana „na wszelki wypadek” nie jest ani uzasadniona, ani potrzebna.

W związku z powyższą konstatacją celowe jest więc następnie poddanie analizie kwestii zgodności z prawem UE umów międzynarodowych zawartych przez państwa członkowskie lub ich grupę „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi Unii oraz stosowanych w tych procedurach testów.

WERYFIKACJA ZGODNOŚCI TUF Z PRAWEM UNII EUROPEJSKIEJ

Testy weryfikacji zgodności z prawem UE umów międzynarodowych zawieranych przez państwa członkowskie „poza” ramami prawnymi Unii, w tym „zaangażowanie” na podstawie takich umów instytucji i organów unijnych, były w przeszłości przedmiotem orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości. W doniesieniu do środków międzyrządowych, dotyczących sanacji i konsolidacji strefy euro, TSUE dokonał sprecyzowania tych testów w wyroku z 27 listopada 2012 r. sprawie C-370/12 Pringle. Co prawda TUF nie był przedmiotem oceny TSUE, ponieważ nie był on objęty pytaniami prejudycjalnymi. Niemniej nie ulega wątpliwości, że w stosunku do tego traktatu powstają analogiczne problemy – zgodności z prawem UE zawarcia TUF „poza” ramami prawnymi Unii oraz zaangażowania instytucji unijnych na podstawie TUF. Nie ulega też wątpliwości, że rozważania TSUE w wyroku w sprawie C-370/12 Pringle odnoszą się *per analogiam* do TUF, a sformułowane przez Trybunał testy badania zgodności z prawem UE, znajdują w tym przypadku również zastosowanie. W innym miejscu²³ autor niniejszego opracowania poddał analizie te kwestie, dochodząc do wniosku, że TUF – w świetle testów wyroku w sprawie Pringle – pozostaje w zgodności z prawem UE, czyli – zwłaszcza – TUF nie uzasadnia powierzenia Unii (jej instytucjom) nowych kompetencji.

Podkreślić również należy, że państwa członkowskie UE oraz Komisja Europejska dysponują środkiem prawnym weryfikacji zgodności z prawem UE (zwłaszcza zasadą lojalności) umowy międzynarodowej, jaką grupa tych państwa zawiera „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi Unii. Możliwe byłoby wniesienie w przypadku wątpliwości w tej mierze skargi o naruszenie traktatów do TSUE przez Komisję Europejską lub jedno z państw członkowskich w trybie (odpowiednio) art. 258

²³ Środki międzyrządowe konsolidujące strefę euro (w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Pringle), „Państwo i Prawo” 2013, nr 8, s. 3 i nast.

lub art. 259 TFUE²⁴. Ani Komisja Europejska, ani żadne z państw członkowskich (w grę wchodzi też Wielka Brytania i Czechy) takiej skargi do TSUE nie wniosły.

ZNACZENIE KLAUZUL ZAWARTYCH W TRAKTACIE O UNII FISKALNEJ DOTYCZĄCYCH ZGODNOŚCI Z PRAWEM UE

W toku negocjacji nad TUF miano pełną świadomość „napięć” w relacjach z prawem UE²⁵. Z tego względu zawiera on szereg postanowień, mających na celu zapewnienie zgodności TUF z prawem UE (zwłaszcza jego art. 2):

- TUF ma być stosowany i interpretowany zgodnie z traktatami stanowiącymi podstawę UE (w tym z zasadą lojalności) oraz z pozostałym prawem UE (art. 2 ust. 1 TUF),
- TUF ma mieć zastosowanie jedynie w zakresie, w jakim jest zgodny z traktatami stanowiącymi podstawę UE i pozostałym prawem unijnym (art. 2 ust. 2 TUF),
- TUF nie narusza kompetencji Unii do podejmowania działań w ramach unii gospodarczej (art. 2 ust. 2 TUF).

Powyższe postanowienia TUF nie mają co prawda wpływu na charakter prawny jego kwalifikacji jako samodzielnej umowy międzynarodowej, zawartej „poza” ramami instytucjonalno-prawnymi UE (w prawie międzynarodowym zdarzają się umowy międzynarodowe odwołujące się do innych umów międzynarodowych, w tym zawierające postanowienia, które gwarantują pierwszeństwo stosowania innych umów międzynarodowych), niemniej w analizowanym kontekście powyższe postanowienia TUF mają fundamentalne znaczenie. Gwarantują one bowiem, że TUF może być stosowany i interpretowany jedynie w sposób zgodny z prawem UE, w szczególności zaś nie może naruszać kompetencji powierzonych UE. Gdyby więc próbowano przyjąć inną interpretację TUF, to byłaby ona sprzeczna nie tylko z prawem UE, lecz również stanowiłaby naruszenie postanowień samego TUF.

²⁴ Nie jest natomiast możliwa procedura określona w art. 218 ust. 11 TFUE (opinia TSUE co do zgodności TUF z traktatami stanowiącymi podstawę UE), sama bowiem Unia nie jest stroną TUF.

²⁵ C. Herma, *Aspekty proceduralne i prawne negocjacji w sprawie Traktatu o unii fiskalnej*, [w:] *Rewizja traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej po wejściu w życie traktatu z Lizbony. Praktyka, problemy prawne i proceduralne*, Warszawa 2012, s. 29 i nast.

W świetle powyższych postanowień TUF, postulat przeprowadzenia jego ratyfikacji na podstawie art. 90 Konstytucji RP prowadziłby do groteskowego wniosku: zasada się bowiem na założeniu, że TUF będzie realizowany z naruszeniem nie tylko prawa UE, lecz również jego własnych postanowień – powierzenie bowiem Unii Europejskiej jakichkolwiek kompetencji naruszających unijną zasadę kompetencji powierzonych stanowiłoby zarazem naruszenie TUF.

WŁĄCZENIE „TREŚCI” TUF DO PRAWA UNII EUROPEJSKIEJ

Last but not least, art. 16 TUF zapowiada „włączenie” jego „treści” do „ram prawnych Unii Europejskiej”. Owo „włączenie” będzie przebiegało w dwóch płaszczyznach prawnych (w zależności od materii):

- albo w drodze uchwalenia stosownego unijnego prawa pochodnego w ramach już istniejących kompetencji UE; wówczas państwa członkowskie zachowują kontrolę nad treścią aktów unijnego prawa pochodnego w toku stosownych unijnych procedur legislacyjnych,
- albo w drodze nowego traktatu rewizyjnego (art. 48 ustępu 2 do 5 TUE), względnie podjęcia przez Radę Europejską jednomyślnie decyzji na podstawie art. 48 ust. 6 TFUE (w tym przypadku nie wchodzi jednak w rachubę zwiększenie kompetencji Unii); w obu jednak przypadkach konieczna jest procedura ratyfikacyjna, czyli uprawnienia kontrolne parlamentu będą zachowane.

Obu etapów, tj. związania się przez państwa (tu: Polskę) TUF i zapowiedzianego „włączania” jego postanowień do unijnego *acquis*, nie należy mieszać. W pierwszym przypadku mamy do czynienia z odrębną – w stosunku do Unii Europejskiej – umową międzynarodową, na mocy której z formalnego punktu widzenia nie może dojść do powierzenia Unii jakichkolwiek kompetencji ze strony państwa – strony traktatu. W drugim przypadku dojdzie do odrębnego procesu – „włączania” regulacji TUF do *acquis* unijnego, na podstawie procedur przewidzianych w prawie UE.

W tym pierwszym przypadku żadne powierzenie nowych kompetencji na rzecz UE nie może wchodzić w rachubę, byłoby bowiem sprzeczne zarówno z prawem UE (por. punkt 4), jak i z postanowieniami samego TUF (por. punkt 5). Natomiast w drugim przypadku, włączania „treści” TUF do unijnego *acquis*, nie można wykluczyć, że państwa członkowskie zdecydują się „przy okazji” na dalej idące reformy (ustanawiając zapowiadaną unię bankową i unię polityczną), skutkujące powierzeniem UE nowych kompetencji (zapewne takie byłyby konsekwencje wprowa-

dzenia pełnej jurysdykcji TSUE w ramach art. 126 TFUE, czy włączenia szczytu państw strefy euro jako specyficznego „składu” Rady Europejskiej). Wówczas będzie to wymagało sięgnięcia w odpowiednim zakresie do traktatu rewizyjnego, który w Polsce będzie podlegał procedurze ratyfikacyjnej na podstawie art. 90 ust. 1 Konstytucji RP. Będzie to jednak wynikało z wyjścia poza „treść” TUF w toku procesu „włączania”, a nie z samego zakresu regulacyjnego TUF, który musi pozostawać w zgodności z prawem UE, w tym zwłaszcza w zasadę kompetencji powierzonych. Antycypowanie natomiast zakresu tego procesu „włączania”, czy dopatrywanie się faktycznego powierzenia kompetencji na rzecz Unii na mocy TUF²⁶, pozostaje w jednoznacznej sprzeczności z jego postanowieniami, z wymogami prawa UE oraz w sposób nieuzasadniony prowadzi do rozszerzającej interpretacji art. 90 ust. 1 Konstytucji RP.

REFLEKSJE KOŃCOWE

Z politycznego punktu widzenia, podejście, do którego sięgnięto w przypadku TUF (oraz Traktatu ustanawiającego EMS), określane jest jako metoda szengenńska. Polega ona na tym, że w przypadku braku zgody wśród państw członkowskich UE zdarzało się (umowa z Schengen, Konwencja z Prüm), iż jedynie grupa państw członkowskich regulowała „poza ramami prawnymi” Wspólnot (obecnie Unii) sprawy ważne z punktu widzenia *acquis* wspólnotowego/unijnego, stawiając „przed faktem dokonanym” pozostałe państwa członkowskie i instytucje unijne.

Metoda ta jest krytykowana, poza bowiem „ominięciem” unijnego procesu decyzyjnego, niesie ze sobą niebezpieczeństwo fragmentacji Unii (zagroza więc jej spójności). Dotychczas radzono sobie z tymi problemami w ten sposób, że regulacje takich umów międzynarodowych (zawartych formalnie poza „ramami prawnymi” Wspólnot/Unii) były po pewnym czasie włączane do wspólnotowego/unijnego *acquis*. Jak wskazano, zapowiada to również art. 16 TUF. Czy tak się stanie, trudno obecnie przewidzieć. Nawet więc jeśli stwierdza się zgodność TUF z prawem UE, to otwarty pozostaje istotny problem polityczny, związany z zachowaniem spójności ustrojowej procesu integracji europejskiej w toku reformy strefy euro²⁷.

²⁶ P. Dobrowolski, *op. cit.*, s. 56.

²⁷ Zob. szerzej: J. Barcz, *Spójność Unii Europejskiej a sanacja i konsolidacja strefy euro*, „Sprawy Międzynarodowe” 2013, nr 2.

CEZARY KOSIKOWSKI

NORMATYWNE FORMY REAKCJI UNII EUROPEJSKIEJ NA ŚWIATOWY KRYZYS FINANSOWY

1. Światowy kryzys finansowy, który w latach 2008–2012 dotknął również państwa Unii Europejskiej, wykazał to, co od dawno było dostrzegane, lecz oficjalnie niepotwierdzone. Po kilku zaledwie latach funkcjonowania Unii Europejskiej oczywiste stało się mianowicie to, że wszystkie dotychczasowe wysiłki Wspólnoty Europejskiej, a następnie Unii Europejskiej, w zakresie dotyczącym prowadzenia przez państwa członkowskie gospodarki finansowej w sposób ujednoczony i odpowiedzialny, spełżyły na niczym¹.

Nie doszło do pełnego ujednoczenia prawa krajowego w zakresie ustalonym przez prawo unijne w dziedzinie podstawowych pojęć dotyczących sektora finansów publicznych. Większość państw członkowskich UE nie zaakceptowała ustaleń wynikających z metodologii ESA95 w statystyce krajowej i wobec tego prowadziło odrębną statystykę dla potrzeb krajowych i unijnych. Nie doszło zatem także do ujednoczenia systemu rachunkowości i sprawozdawczości finansowej stosowanego na potrzeby krajowe i potrzeby unijne.

Na niewiele zdały się ustalenia zawarte w pakcie stabilności i wzrostu. Jego postanowień nie przestrzegały zarówno państwa strefy euro, jak i państwa objęte derogacją. Niewiele robiono sobie z tego, że UE stwierdzała występowanie w niektórych państwach nadmiernego defi-

¹ T. Jędrzejowicz, *Rozwiązania instytucjonalne dla zapewnienia stabilności finansów publicznych w strefie euro – wnioski z kryzysu*, [w:] *Stabilność systemu finansowego – Instytucje, instrumenty, uwarunkowania*, red. A. Alińska, B. Pietrzak, Warszawa 2012, s. 159 i nast.

cytu. Zjawisko to dotyczy zresztą 24 państw (na 27 członków UE). Fikcją okazały się programy konwergencji, składane przez państwa objęte derogacją, a także programy stabilności, składane przez państwa strefy euro.

Państwa członkowskie UE nie nadążały z reguły za potrzebą epoki, czyli wprowadzenia planowania finansów publicznych na okresy wieloletnie. Niewiele robiono sobie z tego, że w UE znalazła zastosowanie instytucja tzw. wieloletnich ram finansowych Unii Europejskiej (na ogół na okresy siedmioletnie). W najlepszym razie, i to tylko niektóre, państwa członkowskie zaczęły próbowania średniookresowego, jednakże na okres nie dłuższy niż 4 lata, a więc niepokrywający się z perspektywą finansową, w jakiej ujmowano finanse UE.

Państwa członkowskie nie potrafiły także równoważyć swoich budżetów i zadłużały się coraz bardziej, nawet w czasach nieobecności światowego kryzysu finansowego. W konsekwencji w stosunkach finansowych z UE przyjmowały postawę tych, którzy do budżetu UE nie mogą wносить zbyt wiele, ale za to jak najwięcej muszą z niego pobierać! Żądały zatem coraz śmielej pomocy finansowej ze strony UE, co w gruncie rzeczy stanowiło o przrzucaniu odpowiedzialności za stan narodowych finansów publicznych na UE.

Unia Europejska stosunkowo późno zareagowała w sposób normatywny na objawy i skutki światowego kryzysu finansowego. Mogło to wynikać z dwóch powodów. Po pierwsze, Unia Europejska była bezzasadnie przekonana o tym, że jej rozwiązania w dziedzinie finansów i rynku finansowego są na tyle doskonałe, iż żaden kryzys nie może ich dotknąć. Po drugie okazało się, że mechanizm podejmowania decyzji w UE nie jest taki prosty i szybki. Nie można ustalić też tego, na ile spóźnione reakcje UE wynikały z tego, że niezbyt chętnie przyznawano się do wcześniej popełnionych błędów w procesie tworzenia strefy euro oraz w zakresie egzekwowania przestrzegania przez państwa członkowskie ustaleń wynikających z prawa unijnego.

Od 2010 r. rozpoczął się proces zmian w oddziaływaniu UE na finanse publiczne państw członkowskich. Działania te opierały się na zmienionej postawie doktryny wobec problemu braku równowagi finansów publicznych. Miejsce tradycyjnego pojęcia równowagi zajęło pojęcie stabilności, które w stosunku do finansów publicznych wywodzi się z funkcji, jakie pełnią finanse publiczne, zwłaszcza funkcji stabilizacyjnej². Głównym atutem tej funkcji jest możliwość wykorzystania instrumentów fiskalnych i monetarnych pozostających w gestii pań-

² S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, Warszawa 1999, s. 62.

stwa do oddziaływania na gospodarkę i w konsekwencji do łagodzenia rozpiętości wahań cyklu koniunkturalnego. Słusznie zatem zauważono, że stabilność finansowa oznacza z jednej strony stabilność systemu finansowego, a z drugiej strony jedynie brak kryzysu³. Stabilność oznacza zatem zapewnienie stałego i efektywnego wzrostu. To zaś prowadzi do wniosku, że stabilność finansowa zależy od składników wzrostu realnego PKB, a także od wskaźników inflacji i zadłużenia. W tym obszarze pojawiają się zarówno ekonomiczne, jak i prawne bariery ograniczające stabilność finansów publicznych⁴.

2. Proces zmian przeprowadzanych przez UE w związku ze światowym kryzysem finansowym objął wiele działań organizatorskich (np. tzw. Semestr europejski i Dialog gospodarczy⁵) oraz polegał na wydaniu wielu aktów normatywnych. W związku z tym można było zaobserwować dwa zjawiska. Jedno polegało na wzbogaceniu form prawnych legislacji unijnej poprzez regulowanie niektórych kwestii nie tylko przez system rozporządzeń i dyrektyw, lecz także w drodze umów (traktatów) międzynarodowych zawieranych między państwami członkowskimi UE. Oznacza to, że dotychczasowe źródła prawa i formy legislacji unijnej po raz kolejny okazały się zbyt wąskie i niepraktyczne dla unormowania funkcjonowania UE.

Drugie natomiast zjawisko polegało na tym, że UE postanowiła tylko w niektórych kwestiach odnieść swe postanowienia jednolicie do wszystkich państw członkowskich, natomiast w wielu innych sprawach zdecydowała się na przyjęcie odmiennych rozwiązań prawnych dla państw strefy euro, czasami tylko tworząc iluzoryczną wręcz możliwość stosowania ich również wobec państw członkowskich spoza strefy euro.

Do wszystkich państw członkowskich UE odniesiono następujące akty normatywne, podjęte w latach 2010–2012 w związku ze światowym kryzysem finansowym:

- 1) Dyrektywę Rady 2011/85/UE z 8 listopada 2011 r. w sprawie wymogów dla ram budżetowych państw członkowskich (Dz.Urz. UE L 2011/306/41),

³ K. Piotrowska-Marczak, *Prawno-ekonomiczne bariery stabilności finansów publicznych*, [w:] *Prawo europejskie – 5 lat doświadczeń w polskim prawie finansowym*, red. H. Litwińczuk, Warszawa 2010, s. 25 i nast.

⁴ *Ibidem*, s. 30–31.

⁵ C. Kosikowski, *Finanse i prawo finansowe Unii Europejskiej*, Warszawa 2013 [w druku].

- 2) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1175/2011 z 16 listopada 2011 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1466/97 w sprawie wzmocnienia nadzoru pozycji budżetowych oraz nadzoru i koordynacji elementów polityki gospodarczej (Dz. Urz. UE L 2011/306/12),
- 3) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1176/2011 z 16 listopada 2011 r. w sprawie zapobiegania zakłóceniom równowagi makroekonomicznej i ich korygowania (Dz. Urz. UE L 2011/306/25),
- 4) Rozporządzenie Rady (UE) nr 1177/2011 z 16 listopada 2011 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 1467/97 w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu (Dz. Urz. UE L 2011/306/33).

Trzeba nadmienić, że co do zasady wymienione wyżej akty są adresowane do wszystkich państw członkowskich, jednakże przewidziano w nich zarówno rozwiązania wspólne dla państw członkowskich, jak i rozwiązania odnoszące się tylko do państw strefy euro lub państw przechodzących przez mechanizm ERM II.

Wyłącznie do państw strefy euro zastosowano natomiast następujące akty prawne:

- 1) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1173/2011 z 16 listopada 2011 r. w sprawie skutecznego egzekwowania nadzoru budżetowego w strefie euro (Dz. Urz. UE L 2011/306/1),
- 2) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1174/2011 z 16 listopada 2011 r. w sprawie środków egzekwowania korekty nadmiernych zakłóceń równowagi ekonomicznej w strefie euro (Dz. Urz. UE L 2011/306/8),
- 3) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 472/2013 z 21 maja 2013 r. w sprawie wzmocnienia nadzoru gospodarczego i budżetowego nad państwami członkowskimi należącymi do strefy euro dotkniętym lub zagrożonym poważnymi trudnościami w odniesieniu do ich stabilności finansowej (Dz. Urz. UE L 2013/140/1),
- 4) Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 473/2013 z 21 maja 2013 r. w sprawie wspólnych przepisów dotyczących monitorowania i oceny projektów planów budżetowych oraz zapewnienia korekty nadmiernego deficytu w państwach członkowskich należących do strefy euro (Dz. Urz. UE L 2013/140/11),
- 5) Rozporządzenie Rady (UE) nr 407/2010 z 11 maja 2010 r. w sprawie ustanowienia europejskiego mechanizmu stabilności finansowej (Dz. Urz. UE L 2010/118/1),

- 6) Traktat ustanawiający Europejski Mechanizm Stabilizacji, podpisany 12 listopada 2012 r. i stanowiący następstwo decyzji Rady Europejskiej nr 2011/199/UE z 25 marca 2011 r. w sprawie zmiany art. 136 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) w odniesieniu do mechanizmu stabilności dla państw członkowskich, których walutą jest euro.

Niekiedy podjęte rozwiązania prawne pojawiły się w umowach międzynarodowych, do zawarcia których zobowiązane były państwa strefy euro, natomiast pozostałym państwom członkowskim stworzono możliwość przystąpienia do tych umów na określonych warunkach i obowiązywania części postanowień zawartych w umowach w odniesieniu do państw, które ratyfikowały te umowy. Taki charakter mają:

- 1) Pakt Euro Plus, przyjęty przez państwa członkowskie strefy euro 11 marca 2011 r. i dołączony z niewielkimi zmianami jako załącznik I do konkluzji Rady Europejskiej ze spotkania 24–25 marca 2011 r.,
- 2) Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej (Pakt fiskalny),
- 3) Traktat ustanawiający Europejski Mechanizm Stabilizacji (EMS).

3. Przedstawiona wyżej sytuacja potwierdza wcześniej już dostrzeżone zjawisko podziału państw członkowskich UE na dwie grupy, w tym na państwa strefy euro i na państwa objęte derogacją⁶. Odnosząc się zaś merytorycznie do tego podziału należałoby stwierdzić wprost, że oznacza on istnienie dwóch kategorii państw, z których jedna jest traktowana lepiej niż druga. Kryterium podziału państw członkowskich na dwie kategorie jest tymczasem bardzo względne i mało obiektywne. Skoro zdecydowano się na to, że do strefy euro można wejść dopiero po spełnieniu pewnych warunków, to nie należało jednocześnie zwalniać niektóre państwa od obowiązku przyjęcia wspólnej waluty (np. Anglii i Danii). Nie można było też pozostawać obojętnym na to, że większość państw należących do strefy euro przestała spełniać wymogi, na podstawie których weszły one do strefy. Niemoralne było również to, że takie właśnie państwa wyposażono w prawo decydowania w sprawach uchylenia derogacji dla państw zabiegających o wejście do strefy euro. Wreszcie nie przewidziano żadnego mechanizmu i procedury, wedle których można byłoby ze strefy euro wystąpić lub być z niej usuniętym.

⁶ C. Kosikowski, *Sytuacja prawna państwa członkowskiego Unii Europejskiej objętego derogacją*, [w:] *Prawo finansowe w warunkach członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Wandzie Wójtowicz*, red. A. Pomorska et al., Lublin 2011, s. 209 i nast.

Gdyby szukać analogii z organizacją ligi futbolowej, to można byłoby dostrzec w tym podział na ekstraklasę (Premier Lique) i I Ligę. Różnica polega jednak na tym, że w organizacji futbolowych lig obowiązują w miarę zdrowe zasady; najgorsi spadają z ekstraklasy do I Ligi, a najlepsi z I ligi awansują do ekstraklasy. W UE tak zaś nie jest. W strefie euro (Premier Lique) znajdują się także takie państwa, które nie zawsze zasadnie do niej się dostały (np. Grecja), a następnie w swojej polityce gospodarczej i finansowej nie przestrzegają żadnych reguł unijnych, stale korzystając z pomocy finansowej UE (zwłaszcza Włochy, Portugalia, Hiszpania). Jednocześnie poza strefą euro znajdują się państwa, które nie chcą w niej być (Anglia, Szwecja, Dania) oraz państwa, które późno stały się członkami UE i których poziom gospodarczy wciąż jest na tyle słaby, iż nie pozwala na wejście do strefy euro (np. większość b. państw socjalistycznych). Państwa te nie mogą jednak liczyć na pomoc unijną na równi z państwami strefy euro.

Każdy pozostający przy zdrowych zmysłach stwierdzi natychmiast, że przecież kryzys finansowy, podobnie jak żywioł sił przyrody, nie wybiera bogatszego i biedniejszego, uderzając w obu, przy czym silniejsi odczuwają go mniej dotkliwie niż słabsi. Z tego wynika więc logiczny wniosek, że pomagać należałoby przede wszystkim słabszym, nie zaś państwom bogatym, lecz lekceważącym jakiejkolwiek reguły racjonalnego postępowania w polityce gospodarczej i finansowej (np. Grecja). Tymczasem reakcja UE na kryzys finansowy jest inna, co widać najlepiej przez pryzmat legislacyjnych form tworzenia prawa unijnego w ostatnich latach. Większość z nich koncentruje swoją troskę na państwach strefy euro.

Na tym tle wyłania się zatem pytanie o to, czy reakcja UE na światowy kryzys finansowy, dotycząca zwłaszcza legislacyjnych form rozwiązywania problemów i dokonywania selekcji adresatów podejmowanych rozwiązań jest trafna oraz czy była świadomie zamierzona czy też podjęto ją przypadkowo. Postawić trzeba także pytanie o to, czy działania te podjęto dla doraźnego rozwiązania problemu, czy też z myślą o przebudowie zasad funkcjonowania UE w przyszłości.

Częściowo odpowiedzi na te pytania udzielają ustalenia poczynione na posiedzeniu Rady Europejskiej w czerwcu 2012 r., gdzie doszło do sformułowania docelowej wizji Unii Gospodarczej i Walutowej⁷. Ma ona opierać się na czterech filarach: 1) zintegrowanych ramach finansowych (unia bankowa), 2) zintegrowanych ramach budżetowych (unia

⁷ A. Trzcińska, *Europejski Mechanizm Stabilności jako stabilizator w planowanej unii finansowej*, Departament Zagraniczny NBP, Warszawa, marzec 2012, s. 29 i nast.

fiskalna), 3) zintegrowanych ramach polityki gospodarczej (unia gospodarcza), 4) legitymacji demokratycznej i odpowiedzialności za decyzje podejmowane w ramach Unii Gospodarczej i Walutowej. W listopadzie 2012 r. Komisja opublikowała *Plan działania na rzecz pogłębionej i rzeczywistej unii gospodarczej i walutowej. Otwarcie debaty Europejskiej* (COM (2012) 777).

Plan ten przewiduje trzy etapy realizacji: 1) etap I (koniec 2012–2013) – zapewnienie stabilności budżetowej i zerwanie powiązania między bankami a rządami; 2) etap II (lata 2013–2014) – zakończenie prac nad zintegrowanymi ramami finansowymi i propagowanie solidnych elementów polityki strukturalnej; 3) etap III (po 2014 r.) – poprawa odporności Unii Gospodarczej i Walutowej dzięki utworzeniu mechanizmu amortyzacji wstrząsów na szczęblu centralnym.

Z powyższego widać jednoznacznie, że UE zamierza w przyszłości rozwijać się w formule Unii Gospodarczej i Walutowej, a więc w gronie państw strefy euro, nie zaś w formule obejmującej wszystkie państwa członkowskie UE. Zwróćmy uwagę na to, czego w związku ze światowym kryzysem finansowym UE wymaga od wszystkich państw członkowskich, a czego tylko od państw strefy euro oraz na to, czy państwa objęte derogacją są pozostawione własnemu losowi, czy też mogą liczyć i w jakim zakresie na pomoc finansową ze strony UE?

4. Od wszystkich państw członkowskich wymaga się przede wszystkim tożsamego postępowania w sprawach budżetowych, w tym przestrzegania rachunkowości budżetowej przejścia na średniookresowe planowanie budżetowe. W Dyrektywie Rady 2011/85/UE z 8 listopada 2011 r. w sprawie wymogów dla ram budżetowych państw członkowskich (Dz.Urz. UE L 2011/306/41) przypomniano m.in., że „kompletne i wiarygodne praktyki w zakresie rachunkowości publicznej obejmujące wszystkie podsektory sektora instytucji rządowych i samorządowych są warunkiem koniecznym dla tworzenia wysokiej jakości statystyk, porównywalnych we wszystkich państwach członkowskich”. Dlatego uznano, że w odniesieniu do statystyk należy kierować się postanowieniami rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 223/2009 z 11 marca 2009 r. w sprawie statystyki europejskiej (Dz.Urz. UE L 2009/87/164).

Ustanowiono w ten sposób ramy prawne dla tworzenia statystyk europejskich na potrzeby formułowania, stosowania, monitorowania i oceny wszystkich rodzajów polityki unijnej. Zwrócono także uwagę na znaczenie dostępności do wiarygodnych danych budżetowych. Uznano, że „regularny dostęp do aktualnych i wiarygodnych danych budżet-

towych jest podstawą odpowiedniego i terminowego monitorowania, które z kolei pozwala na podjęcie bezzwłocznych działań w przypadku niespodziewanych zmian sytuacji budżetowej”. Utrzymano jednak możliwość posługiwania się krajowymi systemami rachunkowości Jednocześnie nakazano państwom członkowskim zwiększenie dostępności i przejrzystości danych budżetowych w ujęciu wymaganym przez ESA95.

Na mocy Dyrektywy Rady 2011/85/UE zobowiązano państwa członkowskie do zagwarantowania, aby podstawą planowania budżetowego stały się realistyczne prognozy makroekonomiczne i budżetowe sporządzone w oparciu o najaktualniejsze informacje. Podstawą planowania budżetowego jest najbardziej prawdopodobny scenariusz makroekonomiczno-budżetowy lub ostrożniejszy scenariusz”. Prognozy krajowe mają być porównywane z najbardziej aktualnymi prognozami Komisji i prognozami niezależnych instytucji. W związku z tym Komisja ma podawać do publicznej wiadomości metodologię, założenia i stosowne parametry, które stanowią podstawę sporządzanych przez nią prognoz makroekonomicznych i budżetowych. Aby wspierać państwa członkowskie w procesie przygotowania ich prognoz budżetowych, Komisja przedstawia prognozy unijnych wydatków na podstawie poziomu wydatków zaplanowanego w wieloletnich ramach finansowych.

Dyrektywa nr 2011/85/UE zobowiązała państwa członkowskie do wskazania instytucji odpowiedzialnej za sporządzanie prognoz makroekonomicznych i budżetowych oraz podawanie do publicznej wiadomości oficjalnych prognoz makroekonomicznych i budżetowych przygotowanych na potrzeby planowania budżetowego. Założono, że co najmniej raz w roku państwa członkowskie i Komisja podejmują techniczny dialog dotyczący założeń leżących u podstaw przygotowania prognoz makroekonomicznych i budżetowych. Co więcej, prognozy te podlegają regularnej, bezstronnej i kompleksowej ocenie opartej na obiektywnych kryteriach, w tym ocenie *ex post*. Oceny te podlegają podaniu do publicznej wiadomości. Jeżeli ocena wykaże znaczące odchylenia negatywnie wpływające na prognozy makroekonomiczne w okresie co najmniej czterech kolejnych lat, to dane państwo członkowskie podejmuje niezbędne działania i podaje je do publicznej wiadomości.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1175/2011 oraz rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1176/2011 poświęcono reformie części prewencyjnej oraz korygującej paktu stabilności i wzrostu⁸. Postanowiono wzmocnić nadzór

⁸ A. Nowak-Far, *Pakt Stabilności i Wzrostu. Funkcje, działanie i przyszłość*, Warszawa 2007.

pozycji budżetowych oraz nadzór i koordynację elementów polityki gospodarczej, a także zapobiegać zakłóceniom równowagi makroekonomicznej i korygować je. Reformie poddano zarówno tzw. prewencyjną (zapobiegawczą), jak i korygującą część Paktu.

Kluczowym elementem części prewencyjnej (zapobiegawczej) paktu jest wymóg osiągania przez państwa członkowskie średniookresowych celów budżetowych. Są one ustalane indywidualnie dla poszczególnych państw po uwzględnieniu ich sytuacji ekonomicznej i budżetowej i w kontekście zagrożeń dla ich stabilności finansowej. Przez to też mogą odbiegać od wymogu salda sektora finansów publicznych bliskiego równowadze lub nadwyżce. Konieczne jest ustalenie pewnego marginesu zabezpieczającego przed przekroczeniem deficytu publicznego ponad wskaźnik 3% PKB.

Państwa strefy euro określają swoje średniookresowe cele budżetowe w programach stabilności, a państwa objęte derogacją w programach konwergencji. Natomiast pod względem merytorycznym nie ma większych różnic między regulacjami prawnymi, które formalnie odrębnie określono w rozporządzeniu w odniesieniu do państw strefy euro i państw uczestniczących w ERM II oraz do państw objętych derogacją. Różnica polega bowiem jedynie na tym, że sankcje finansowe dotyczące postępowania niezgodnie z tymi regulacjami można stosować jedynie wobec państw strefy euro.

Natomiast w ramach części korygującej (naprawczej) paktu stabilności i wzrostu podstawowa zmiana, dokonana na podstawie rozporządzenia nr 1177/2011, polega na dokonaniu uściślenia traktatowego kryterium długu publicznego. Zabieg ten polega na doprecyzowaniu istniejącego wymogu dostatecznego zmniejszenia długu w relacji do PKB poprzez wprowadzenie numerycznej zasady, zgodnie z którą za dostateczne zmniejszenie długu będzie uznawana roczna redukcja zadłużenia w wysokości 1/20 różnicy między faktycznym zadłużeniem a wartością referencyjną przez okres poprzedzających 3 lat. Z tego powodu przewidziano też 3-letni okres przejściowy, w którym państwa członkowskie objęte procedurą nadmiernego deficytu w dniu wejścia w życie rozporządzenia (m.in. Polska) będą mogły dostosować swoje strategie rozwojowe do nowej formuły.

Rozporządzenie nr 1177/2011 aktualizuje dotychczasowy tryb postępowania organów UE wobec państw członkowskich, co do których stwierdzono występowanie nadmiernego deficytu publicznego. Zmiany polegają m.in. na przyjęciu, że Rada ustala w zaleceniu dla państwa członkowskiego maksymalny sześciomiesięczny termin na podjęcie przez państwo członkowskie skutecznych działań. Termin ten może być

skrócony do 3 miesięcy. Ponadto Rada wzywa państwo członkowskie do osiągnięcia rocznych celów budżetowych, które są zgodne z minimalną roczną korektą salda o co najmniej 0,5% PKB. Ustalono też terminy do wydania zmienionego zalecenia lub podania do wiadomości publicznej treści zalecenia, o ile nie zostały podjęte żadne skuteczne działania.

Państwo członkowskie przedstawia Radzie i Komisji sprawozdanie z działań podjętych w odpowiedzi na zalecenie Komisji. Oceniając sprawozdanie na mocy art. 126 ust. 3 TofUE Komisja powinna brać pod uwagę istotne czynniki, które znacząco wpływają na ocenę spełniania kryteriów deficytu i dług przez dane państwo członkowskie, w tym rozwój sytuacji gospodarczej w średnim okresie planowania, a także rozwój sytuacji budżetowej i zmiany długu publicznego. Powinna też brać pod uwagę wdrażanie reform emerytalnych i ich skutki dla finansów publicznych.

5. W aktach normatywnych adresowanych wyłącznie do państw członkowskich strefy euro uregulowano przede wszystkim stosowanie sankcji finansowych wobec tych państw. W rozporządzeniu nr 1173/2011 przewidziano zatem stosowanie sankcji finansowych w części prewencyjnej i w części korygującej paktu stabilności i wzrostu, a także sankcji za manipulowanie danymi statystycznymi. Rada może stwierdzić, że dane państwo nie podjęło lub podjęło nieskuteczne działania. Decyzja taka staje się podstawą dla zastosowania wobec państwa strefy euro sankcji finansowej w postaci obowiązku złożenia w Komisji oprocentowanego depozytu wynoszącego 0,2% PKB w jego poprzednim roku. Depozyt podlega zwrotowi na podstawie decyzji Komisji, o ile oceni ona, że ustała sytuacja będą przyczyną zastosowania sankcji finansowej.

Natomiast w rozporządzeniu nr 1174/2011 uregulowano zastosowanie sankcji w sytuacji, gdy Rada stwierdzi, że państwo strefy euro nie podjęło działań naprawczych zaleconych przez Radę. Jeżeli państwo nie zastosuje się do kolejnych aktów Rady wydanych zgodnie z art. 126 ust. 7 i 9 TofUE, to Rada podejmuje decyzję o zastosowaniu sankcji (poza sankcją przewidzianą w art. 126 ust. 11 TofUE) finansowej w formie obowiązku złożenia Komisji nieoprocentowanego depozytu w wysokości 0,2% PKB w poprzednim roku lub nałożyć kolejną grzywnę w tej wysokości. Gdy zaś wcześniej ustanowiono już obowiązek złożenia nieoprocentowanego depozytu, to Komisja przekształca go w grzywnę. Zwrot nieoprocentowanego depozytu następuje dopiero po uchyleniu decyzji stwierdzającej występowanie w danym państwie członkowskim nadmiernego deficytu. Natomiast nie wchodzi w grę zwrot orzeczonej i wygzekwowanej grzywny.

Odrębnie uregulowano sprawowanie nadzoru gospodarczego i budżetowego nad państwami strefy euro dotkniętymi lub zagrożonymi poważnymi trudnościami finansowymi⁹, czyli wtedy, gdy państwa te:

- a) doświadczają poważnych trudności w odniesieniu do ich stabilności finansowej lub stabilności ich finansów publicznych, lub są zagrożone takimi trudnościami, które mogą spowodować potencjalne negatywne skutki uboczne dla innych państw członkowskich należących do strefy euro,
- b) zwracają się o pomoc finansową lub otrzymują taką pomoc od jednego lub kilku innych państw członkowskich lub państw trzecich, europejskiego mechanizmu stabilizacji finansowej (EFSM), Europejskiego Mechanizmu Stabilności (EMS), Europejskiego Instrumentu Stabilności Finansowej (EFSF) lub innej właściwej międzynarodowej instytucji finansowej, takiej jak Międzynarodowy Fundusz Walutowy (MFW).

Komisja może podjąć decyzję o objęciu wzmocnionym nadzorem państwa członkowskiego dotkniętego lub zagrożonego poważnymi trudnościami w odniesieniu do jego stabilności finansowej, które mogą mieć negatywne skutki uboczne dla innych państw członkowskich należących do strefy euro.

21 maja 2013 r. Parlament Europejski i Rada (UE) wydały rozporządzenie nr 473/2013 w sprawie wspólnych przepisów dotyczących monitorowania i oceny projektów planów budżetowych oraz zapewnienia korekty nadmiernego deficytu w państwach członkowskich należących do strefy euro (Dz.Urz. UE L 2013/140/11). Rozporządzenie określa przepisy dotyczące ściślejszego monitorowania elementów polityki budżetowej w strefie euro oraz zapewniania spójności budżetów krajowych z wytycznymi dotyczącymi polityki gospodarczej i jej koordynacji¹⁰.

Sądzę, że zarówno rozwiązania dotyczące stosowania sankcji finansowych, jak i rozwiązania nadzorcze przewidziane odrębnie dla państw strefy euro należało zastosować także wobec państw spoza strefy euro, ponieważ Unia Europejska co do zasady zakłada przecież funkcjonowanie w oparciu o jednolite zasady i rozwiązania prawne. Nieprawidłowo-

⁹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 472/2013 r. z 21 maja 2013 r. w sprawie wzmocnienia nadzoru gospodarczego i budżetowego nad państwami członkowskimi należącymi do strefy euro dotkniętym lub zagrożonym poważnymi trudnościami w odniesieniu do ich stabilności finansowej, Dz.Urz. UE L 2013/140/1.

¹⁰ Zalecenie Rady z 10 lipca 2012 r. w sprawie wdrażania ogólnych wytycznych dotyczących polityki gospodarczej poszczególnych państw członkowskich, których walutą jest euro, Dz.Urz. UE C 2012/219/95.

ści w przestrzeganiu ustalonych wcześniej reguł funkcjonowania finansów publicznych wystąpiły nie tylko w państwach strefy euro, lecz także w pozostałych państwach członkowskich UE. Korygować należy więc postawy zarówno jednych, jak i drugich państw. To samo odnosi się do kwestii pomocy finansowej udzielanej państwom członkowskim przez UE w związku ze skutkami światowego kryzysu finansowego.

6. Na odrębną uwagę zasługuje sięgnięcie w obliczu światowego kryzysu finansowego do formy umów międzynarodowych zawieranych z inicjatywy UE między jej państwami członkowskimi, a zwłaszcza między państwami pozostającymi w strefie euro.

Pakt Euro Plus ma postać uzgodnienia międzyrządowego zawartego podczas szczytu Rady Europejskiej w Brukseli 24–25 marca 2011 r. Jego stronami są państwa strefy euro oraz sześć państw spoza tej strefy (oprócz Polski, także Bułgarii, Danii, Litwy, Łotwy i Rumunii). Podstawową funkcją Paktu Euro Plus jest wzmocnienie modelu zarządzania gospodarczego w Unii Europejskiej przez prowadzenie elementów polityki gospodarczej tak, by służyły one konwergencji, wzrostowi zatrudnienia, stabilności budżetowej i finansowej oraz zwiększeniu konkurencyjności – przy ustaleniu politycznych mechanizmów wzajemnego monitorowania powziętych zobowiązań.

Ocenia się, że „Pakt Euro Plus zawiera wiele konkretnych zobowiązań ramowych, lecz bardziej natury politycznej niż *stricte* prawnej, dotyczących treści prowadzonej przez członków polityki gospodarczej¹¹. W szczególności wyraża polityczne zobowiązanie do:

- a) przeglądu wskazanych mechanizmów wpływających na jednostkowe koszty pracy,
- b) zwiększania wydajności rynków usług przez otwieranie sektorów dotychczas chronionych oraz przez wspieranie zdolności rynków pracy do elastycznej reakcji na podaż miejsc pracy (także poprzez zróżnicowanie kompetencji w ramach projektów uczenia się przez całe życie),
- c) poprawy systemu opodatkowania pracy oraz jakości otoczenia biznesowego przedsiębiorstw,
- d) stworzenia warunków stabilności finansów publicznych m.in. przez zachowanie długookresowej zdolności obsługi zobowiązań, w tym

¹¹ A. Nowak-Far, *Opinia na temat Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej, w tym jego relacji z innymi dokumentami poświęconymi zarządzaniu gospodarczemu w Unii Europejskiej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Studiów i Analiz Kancelarii Sejmu” 2012, nr 1 (33), s. 109.

odpowiednie dostosowanie systemu emerytalnego do sytuacji demograficznej,

- e) zapewnienia krajowych podstaw prawnych służących zapewnieniu stabilności sektora finansowego”.

Podkreśla się równocześnie, że w odniesieniu do innych, niż ujęte wyżej, elementów polityki fiskalnej, „strony Paktu Euro Plus zobowiązały się do odzwierciedlenia unijnych zasad fiskalnych określonych w pakcie na rzecz stabilności i wzrostu w ich ustawodawstwie krajowym, jak [...] również do prowadzenia politycznej dyskusji służącej wymianie informacji i doświadczeń dotyczących polityk podatkowych oraz [...] będą uzgadniać zestawy konkretnych działań, realizowanych przez nie w ciągu następnych 12 miesięcy w ramach przedkładanych corocznie krajowych programach reform i programach stabilności lub konwergencji”¹².

11 lipca 2011 r. państwa członkowskie strefy euro podpisały traktat o utworzeniu Europejskiego Mechanizmu Stabilności (ESM), który jest obecnie przedmiotem ratyfikacji¹³ zgodnie z wewnętrznymi procedurami tych krajów¹⁴. Traktat wejdzie w życie w pierwszym dniu drugiego miesiąca następującego po zatwierdzeniu go przez państwa członkowskie reprezentujące razem minimum 95% kapitału ESM.

EMS jest organizacją międzynarodową funkcjonującą na podstawie umowy zawartej jedynie między państwami UE strefy euro. Natomiast państwa znajdujące się poza tą strefą mogą uczestniczyć w nim na zasadzie obserwatora uczestniczącego w spotkaniach władz EMS. Państwo to ma również otrzymywać wszelkie materiały dotyczące stabilności. Wraz z przystąpieniem państwa do strefy euro istnieje także obowiązek dołączenia przez to państwo do EMS. Oznacza to m.in. konieczność wniesienia kapitału do EMS, na identycznych zasadach jak to ma miejsce w wypadku wnoszenia kapitału do Europejskiego Banku Centralnego. Kapitał subskrybowany (założycielski) EMS wynosi 700 mld euro, a jego wkład jest zróżnicowany.

ESM, jako organizacja międzyrządowa, podlega przepisom międzynarodowego prawa publicznego. Zobowiązania ESM nie są więc zali-

¹² *Ibidem*.

¹³ Polska ratyfikowała decyzję Rady Europejskiej na podstawie ustawy z 11 maja 2012 r. o ratyfikacji decyzji Rady Europejskiej 2011/199/UE z 25 marca 2011 r. w sprawie zmiany art. 136 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w odniesieniu do mechanizmu stabilności dla państw członkowskich, których walutą jest euro, Dz.U. z 2012 r. poz. 748.

¹⁴ J. Barcz, *W sprawie formuły prawnej wprowadzenia do prawa UE Europejskiego Mechanizmu Stabilizacyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 4 i nast.

czane do zobowiązań państw-udziałowców, a w konsekwencji nie będą miały wpływu na wysokość deficytu i długu państw strefy euro (inaczej niż w przypadku EFSF).

W literaturze przedmiotu¹⁵ ocenia się, że powstanie EMS jest konsekwencją luki instytucjonalnej, która istniała w momencie powstania Unii Europejskiej, a zwiększyła się wraz z powstaniem Unii Gospodarczej i Walutowej. Nie przewidziano wówczas, że państwa należące w UE do strefy euro mogą napotkać trudności z finansowaniem deficytów budżetowych, a sektor finansowy funkcjonujący w tych krajach może mieć problemy płynnościowe. TUE wykluczał zaangażowanie Europejskiego Banku Centralnego w rozwiązywanie problemów finansowych rządów. Niemożliwe też było udzielanie pożyczek rządów państw należących do strefy euro. Te formalne rozwiązania, niezależnie od argumentów merytorycznych, utrudniły udzielanie pomocy finansowej rządów, które z różnych przyczyn wpadły w poważne trudności finansowe (Łotwa, Irlandia, Grecja). Twórcy strefy euro wykluczyli wówczas też możliwość skorzystania z pomocy udzielanej przez Międzynarodowy Fundusz Walutowy, co dodatkowo komplikowało sytuację rządów krajów należących do strefy euro.

Celem EMS jest świadczenie wsparcia stabilizacyjnego tym państwom strefy euro, które są zagrożone „poważnymi problemami finansowymi”. Wsparcie opiera się na funduszach stanowiących kapitały EMS, jak również funduszach pozyskanych na międzynarodowym rynku finansowym. Wsparcie to musi być oparte na zasadzie zwrotności i warunkowości (tzn. podlega zwrotowi i jest uzależniane od spełnienia przez państwo korzystające z EMS określonych warunków dotyczących jego polityki gospodarczej). Ponadto wsparcie z EMS – także co do warunków – musi być koordynowane ze wsparciem Międzynarodowego Funduszu Walutowego (w wypadku gdy dane państwo z pomocy tej instytucji chce korzystać)¹⁶.

W procedurze udzielenia wsparcia bierze się pod uwagę m.in. analizę ryzyka naruszenia stabilności finansowej strefy euro oraz jej państw członkowskich, możliwości stałej obsługi długu publicznego, a także obecne i przyszłe potrzeby pożyczkowe danego państwa. Szczegółowe warunki udzielenia wsparcia (o różnych formach) są ustalane w notach

¹⁵ S. Owsiak, *Opinia merytoryczna na temat paktu Euro Plus, Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej, Europejskim Mechanizmie Stabilizacyjnym i tzw. sześciopaku*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2012, nr 1 (33), s. 67–70.

¹⁶ A. Nowak-Far, *Opinia na temat...*, s. 110.

uzgodnieniowych negocjowanych między EMS a państwem członkowskim korzystającym ze wsparcia. W odniesieniu do niektórych form wsparcia (kredytów i wsparcia działań na wtórnym rynku papierów skarbowych) z EMS wymagane jest także podpisanie umowy określającej warunki finansowe.

W obliczu skutków kryzysu finansowego w UE postanowiono również wzmocnić rozwiązania zawarte w aktach tworzących tzw. sześciopak. Spotkało się to jednak ze sprzeciwem Wielkiej Brytanii. Aby obejść ten sprzeciw postanowiono zawrzeć nowe rozwiązania w traktacie międzynarodowym zawartym między zainteresowanymi państwami członkowskimi UE. W ten sposób w styczniu 2012 r. doszło do uzgodnienia treści traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej (zwanego paktem fiskalnym)¹⁷.

Przyjęto, że pakt fiskalny wejdzie w życie 1 stycznia 2013 r., pod warunkiem że co najmniej dwanaście umawiających się stron, których walutą jest euro, złożą dokumenty ratyfikacyjne (art. 14 ust. 2) lub pierwszego dnia miesiąca następującego po dniu złożenia dwunastego dokumentu ratyfikacyjnego przez umawiającą się stronę, której walutą jest euro, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej (art.14 ust. 3). Jako wyjątek od powyższej reguły, postanowienia traktatu dotyczące szczytów państw strefy euro będą miały zastosowanie do wszystkich umawiających się stron, których walutą jest euro, od dnia wejścia w życie traktatu (art. 14 ust. 4).

Traktat ma być stosowany w całości do państw spoza strefy euro, które są umawiającymi się stronami, od momentu przyjęcia w tych państwach euro jako waluty (art. 14 ust. 5). Postanowienia dotyczące paktu budżetowego (tytuł III, w tym reguła fiskalna i mechanizm korygujący) oraz koordynacji i konwergencji polityki gospodarczej poszczególnych członków (tytuł IV) mogą mieć zastosowanie wcześniej (tj. w okresie poprzedzającym moment przyjęcia w tych państwach euro jako waluty), w całości lub w części, do umawiającej się strony będącej państwem spoza strefy euro, o ile takie państwo złożą stosowną jednostronną deklarację w oparciu o art. 14 ust. 5 traktatu.

Do traktatu mogą przystąpić w każdym czasie pozostałe państwa członkowskie UE inne niż umawiające się strony z dniem złożenia w Sekretariacie Generalnym Rady UE dokumentu przystąpienia. Nie będzie to wymagało żadnych dodatkowych decyzji ani zgody państw-stron (art. 15). Przyjęte rozwiązania tylko pozornie są przejrzyste. Faktycz-

¹⁷ J. Giżyński, *Pakt fiskalny jako uzupełnienie zmodyfikowanego paktu stabilności i wzrostu*, [w:] *Stabilność systemu finansowego...*, s. 103 i nast.

nie bowiem pakt fiskalny podzielił UE na sześć podkategorii państw członkowskich¹⁸, w tym na: 1) państwa UE należące do strefy euro, które podpisały i ratyfikowały pakt, 2) państwa UE należące do strefy euro, które pakt podpisały, lecz go nie ratyfikowały, 3) państwa spoza strefy euro, które pakt podpisały, ratyfikowały i dobrowolnie związały się jego postanowieniami, 4) państwa spoza strefy euro, które pakt podpisały i ratyfikowały, lecz nie zdecydowały się na związanie jego klauzulami do czasu wejścia do strefy euro, 5) państwa spoza strefy euro, które podpisały, ale nie ratyfikowały paktu, 6) państwa UE, które w ogóle odmówiły podpisania paktu.

Traktat jest umową międzynarodową zawartą między państwami członkowskimi UE poza ramami prawnymi UE, przez co nie stanowi on części unijnego prawa pierwotnego. Postanowienia traktatu mają być stosowane i interpretowane zgodnie z traktatami stanowiącymi podstawę Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą lojalnej współpracy ustanowioną w art. 4 ust. 3 TUE oraz z przepisami wtórnego prawa UE. Ponadto traktat ma mieć zastosowanie w zakresie, w jakim jest zgodny z TUE i TFUE oraz z prawem UE. Nie narusza on również kompetencji Unii Europejskiej do podejmowania działań w ramach Unii Gospodarczej i Walutowej. Traktat zobowiązuje umawiające się strony do podjęcia działań na rzecz włączenia jego postanowień, w ciągu pięciu lat od dnia wejścia w życie, do prawa UE.

Pakt fiskalny ma wzmocnić filar gospodarczy Unii Gospodarczej i Walutowej poprzez przyjęcie szeregu reguł mających poprawić dyscyplinę budżetową (Tytuł III: Pakt budżetowy) i koordynację elementów polityki gospodarczej (Tytuł IV) oraz zarządzanie strefą euro (Tytuł V), wspierając tym samym osiągnięcie celów UE w zakresie trwałego wzrostu, zatrudnienia, konkurencyjności i spójności społecznej. Postanowienia paktu odnoszą się w całości do wszystkich państw, które stały się stronami umowy, przy czym do państw objętych derogacją mają zastosowanie jedynie postanowienia zawarte w Tytule III (Pakt budżetowy) i w Tytule IV (Koordynacja polityki gospodarczej i konwergencja) i to tylko pod pewnymi warunkami (art. 14 ust. 5).

W ramach paktu budżetowego (art. 3–8) postanowienia traktatu przewidują:

- 1) wprowadzenie przez państwa-strony do krajowych porządków prawnych tzw. reguły fiskalnej (art. 3 ust. 1 pkt a-d),
- 2) wprowadzenie na poziomie krajowym tzw. mechanizmu korygującego, który byłby uruchamiany automatycznie w przypadku wystąpie-

¹⁸ E. Kaliszuk, *Kontrowersyjny Traktat fiskalny*, „Unia Europejska.pl” 2012, nr 2 (213), s. 13.

nia istotnych odchyłeń od poziomu średniookresowego celu budżetowego lub ścieżki dostosowawczej do tego poziomu (art. 3 ust. 1 pkt e) i ust. 2),

- 3) wprowadzenie obowiązku redukcji długu publicznego w przypadkach, w których przekracza on wartość odniesienia 60% PKB, średnio w tempie 1/20 nadwyżki długu ponad wartość odniesienia rocznie (art. 4),
- 4) wprowadzenie przez państwa-strony paktu, objęte procedurą nadmiernego deficytu, w przypadku związania się przez nie postanowieniami traktatu, obowiązku przyjęcia budżetowych i gospodarczych programów partnerskich, zawierających szczegółowy opis reform strukturalnych, jakie państwo wdroży w celu efektywnej i trwałej korekty nadmiernego deficytu. Treść i formę takich programów określi prawo Unii Europejskiej (art. 5),
- 5) wprowadzenie obowiązku głosowania przez państwa strefy euro tzw. odwrotną większością kwalifikowaną w sprawach sankcji w ramach procedury nadmiernego deficytu dotyczącego państwa strefy euro (art. 7),
- 6) wprowadzenie uprawnienia państwa-strony do wniesienia sprawy do Trybunału Sprawiedliwości UE przeciwko Komisji, jeśli ta uzna w swoim sprawozdaniu, że dane państwo naruszyło obowiązek wprowadzenia krajowego mechanizmu korygującego (art. 8 ust. 1) oraz domagania się nałożenia kar finansowych na podstawie art. 200 TofUE (art. 8 ust. 2).

Traktat zawiera nowe zobowiązanie umawiających się państw, którego nie było w dotychczas obowiązującym prawie UE. Nakłada mianowicie na państwa-strony obowiązek wprowadzenia na poziomie krajowym tzw. mechanizmu korygującego, który byłby uruchamiany automatycznie w przypadku wystąpienia istotnych odchyłeń od poziomu MTO lub ścieżki dostosowawczej do tego poziomu. W traktacie wyraźnie podkreśla się, że mechanizm korygujący nie może naruszać uprawnień parlamentów narodowych.

Novum dotyczy także zobowiązania się państw objętych procedurą nadmiernego deficytu, w przypadku związania się postanowieniami traktatu, do przyjęcia budżetowych i gospodarczych programów partnerskich, zawierających szczegółowy opis reform strukturalnych, jakie państwo wdroży w celu efektywnej i trwałej korekty nadmiernego deficytu. Treść i formę takich programów określi prawo Unii Europejskiej. Programy te będą przekazywane Radzie UE i Komisji do zatwierdzenia, a ich monitorowanie będzie się odbywać zgodnie z obowiązującymi procedurami nadzoru w ramach paktu stabilności i wzrostu. Wdroże-

nie takiego programu partnerstwa budżetowego i gospodarczego i rocznych zgodnych z nim planów budżetowych będzie monitorowane przez Radę UE. Dodatkowo, w celu lepszej koordynacji krajowych emisji długu, umawiające się strony będą informować Radę UE i Komisję *ex ante* o swoich planach emisji długu publicznego. Zaciągając powyższe zobowiązania państwa-strony nie przekazują instytucjom Unii nowych uprawnień.

Traktat zobowiązuje umawiające się strony, których walutą jest euro, do popierania proponowanych lub zalecanych przez Komisję decyzji w ramach procedury nadmiernego deficytu, o ile uprzednio nie okaże się, że kwalifikowana większość tych państw sprzeciwia się takiej proponowanej lub zalecanej decyzji (art. 7). Oznacza to w praktyce wprowadzenie de facto zasady głosowania odwrotną większością kwalifikowaną w stosownych przypadkach. Dotyczyć to będzie jednak tylko sytuacji naruszenia przez państwo kryterium wielkości deficytu, ale nie kryterium wielkości długu.

Przepisy traktatu zobowiązują Komisję do przedłożenia, we właściwym czasie, sprawozdania dotyczącego przepisów przyjętych przez jego państwa-strony w celu wprowadzenia do prawa krajowego reguły fiskalnej oraz mechanizmu korygującego. Jeżeli Komisja, po umożliwieniu odnośnemu państwu przedłożenia swojego stanowiska, uzna w swoim sprawozdaniu, że państwo naruszyło obowiązek wprowadzenia reguły fiskalnej i mechanizmu korygującego, jedno lub kilka z pozostałych państw-stron wniesie obligatoryjnie skargę do Trybunału Sprawiedliwości (TS) UE (art. 8). Uprawnienie takie przysługuje każdej z umawiających się stron również niezależnie od wyników oceny Komisji zawartych w jej sprawozdaniu. Traktat nie przyznaje natomiast zdolności procesowej Komisji Europejskiej.

Traktat przewiduje również możliwość nałożenia sankcji na państwo-stronę za niewykonanie wyroku TS UE. Jeżeli na podstawie własnej oceny lub na podstawie oceny Komisji państwo-strona uzna, że inne państwo-strona nie podjęło koniecznych środków zapewniających wykonanie wyroku TS UE, może ono wnieść sprawę do TS UE i zażądać nałożenia kar finansowych. Wysokość kar byłaby określana zgodnie z zasadami, jakie Komisja Europejska ustaliła na potrzeby stosowania art. 260 TofUE, uwzględniającymi m.in. powagę naruszenia, jego czas trwania i zdolność płatniczą danego państwa.

Traktat zawiera również postanowienia dotyczące koordynacji polityki gospodarczej między państwami-stronami, mające przyczynić się do sprawnego funkcjonowania Unii Gospodarczej i Walutowej, wspierając tym samym osiągnięcie celów UE w zakresie trwałego wzrostu, za-

trudnienia, konkurencyjności i spójności społecznej (art. 9–11). W tym celu państwa-strony miałyby m.in. wykorzystywać przewidzianą w TUE i TofUE „wzmocnioną współpracę”, konsultować się w sprawach planowanych znaczących reform gospodarczych oraz koordynować je w uzasadnionych przypadkach.

Traktat zawiera także istotne postanowienia dotyczące spotkań szefów państw i rządów stron w formule tzw. szczytów państw strefy euro (art. 12). Wprowadza prawne umocowanie organizacji szczytów państw strefy euro, ale nadal utrzymuje ich nieformalny charakter. W ramach tych szczytów nie będą podejmowane żadne prawnie wiążące decyzje. Spotkania te będą się odbywały w zależności od potrzeb, co najmniej dwa razy w roku. Traktat przewiduje również współpracę parlamentów narodowych państw-stron umowy (odpowiednich komisji parlamentarnych) i Parlamentu Europejskiego, zgodnie z Protokołem nr 1 do TUE i TofUE w sprawie roli parlamentów narodowych w Unii Europejskiej (art. 13).

Pakt fiskalny wywołał liczne wątpliwości i zastrzeżenia. Porównywano zwłaszcza jego treść z rozwiązaniami zawartymi wcześniej w aktach tzw. sześciopaku. Natomiast pod względem prawnym i politycznym zastrzeżenia dotyczyły kwestii przekazywania na poziom unijny suwerennych praw parlamentów narodowych w zakresie spraw budżetowych. Zwracano uwagę na to, że pakt fiskalny idzie w tym względzie dalej niż wynika to z postanowień TUE i TofUE, z których nie wynika obowiązek posiadania zrównoważonego budżetu państwa. Ponadto wątpliwości dotyczyły zastosowania tzw. metody schengenńskiej do przyjęcia paktu fiskalnego, co uznaje się za sprzeczne z zasadą lojalności wyrażoną w art. 4 ust. 3 TUE¹⁹. Tezom tym przeciwstawiono argumenty wskazujące na to, że pakt fiskalny nie zmienia kompetencji władczych instytucji unijnych i nie ustanawia kompetencji wyłącznych UE²⁰.

Pakt fiskalny był badany w trybie sądownictwa konstytucyjnego. Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech w wyroku z 12 września 2012 r. potwierdził zgodność paktu fiskalnego z prawem unijnym oraz wskazał, że jego zawarcie nie wiąże się z powierzeniem UE „praw zwierzchnich”. Tożsame stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 27 listopada 2012 r. w sprawie Pringle (C-370/12), gdy ba-

¹⁹ P. Bogdanowicz, *Opinia prawna na temat Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w Unii Gospodarczej i Walutowej*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych” 2012, nr 1 (33), s. 130.

²⁰ J. Kranz, A. Wyrozumka, *Powierzenie Unii Europejskiej niektórych kompetencji a traktat fiskalny*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 7, s. 20 i nast.

dał zgodność z prawem unijnym traktatu o ustanowieniu Europejskiego Mechanizmu Stabilizacji²¹. Nie pozostało to bez wpływu dla rozpatrywania wniosku przez polski Trybunał Konstytucyjny dotyczącego trybu uchwalenia ustawy o ratyfikacji decyzji 2011/199/UE²². W wyroku z 26 czerwca 2013 r. (K 33/12) polski Trybunał Konstytucyjny orzekł o zgodności zastosowanej procedury ratyfikacji paktu fiskalnego z przepisami Konstytucji RP.

Na tle przedstawionych wyżej umów międzynarodowych (traktatów), które z inicjatywy UE zostały zawarte poza systemem prawa unijnego wyłaniają się następujące refleksje:

- 1) w UE istnieje zapewne przeświadczenie, że dotychczasowa formuła instytucjonalna funkcjonowania tej organizacji uległa już wyczerpaniu i wymaga zastąpienia nowymi rozwiązaniami, uregulowanymi na nowo na poziomie prawa pierwotnego UE,
- 2) w obliczu światowego kryzysu finansowego trudno było dokonywać radykalnych zmian instytucjonalnych w organizacji i zasadach działania UE w przyszłości, bowiem najpierw należało zareagować na przejawy i skutki kryzysu. Tym można tłumaczyć dwutorowość działań normatywnych UE w sferze gospodarki i finansów. To, co można było uregulować w formie aktów normatywnych UE, zostało w tej formie unormowane. Natomiast to, czego w ten sposób nie dałoby się uregulować ze względu na potencjalne sprzeczności i opory niektórych państw członkowskich postanowiono unormować w formie specyficznych umów międzynarodowych,
- 3) rozwiązania zawarte w umowach międzynarodowych, o których jest tutaj mowa, można traktować jako pierwowzór przyszłych regulacji prawnych, które w przyszłości powinny znaleźć się w nowych traktatach założycielskich UE.

Problemów finansowych UE oraz jej państw członkowskich nie da się rozwiązać dopóty UE nie zdecyduje się na uporządkowanie kwestii ustroju walutowego UE, a zwłaszcza zlikwidowanie stanu mającego miejsce obecnie. Unia z założenia powinna przecież oznaczać jedność i jednolitość, nie zaś podziały państw członkowskich na różne kategorie. Jeżeli ze względów ekonomicznych i politycznych przesądzone jest pozostawienie euro jako waluty, to niech przejście do jej stosowania stanie się obowiązkiem wszystkich (bez wyjątku) państw członkowskich.

²¹ J. Barcz, *Środki międzyrządowe konsolidujące strefę euro (w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie Pringle)*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 8, s. 15.

²² A. Pudło, *Problem powierzenia kompetencji na rzecz Unii Europejskiej przez państwa członkowskie*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 123.

Państwom, które nie chcą euro jako waluty należy podziękować za członkostwo w UE. Natomiast państwom, które mają euro, lecz nie dotrzymują warunków, na jakich umożliwiono im wejście do strefy euro, należy pokazać kolejno, najpierw żółtą a potem czerwoną kartkę, ze skutkami tożsamymi do kartek pokazywanych niesfornym piłkarzom na boisku. Państwa takie nie powinny mieć prawo głosu w sprawach dotyczących uchylania derogacji. Państwom zabiegającym zaś o wejście do strefy euro trzeba określić czas, w którym ich starania powinny być zakończone sukcesem. W przeciwnym wypadku należy skreślić ich z listy członków UE. Innymi słowy, dla tych wszystkich państw, które chcą pozostać przy idei integracji europejskiej, lecz które nie są w stanie spełnić i utrzymywać wymogów członkostwa, należy stworzyć namiastkę członkostwa w postaci formuły stowarzyszenia z UE. Niech funkcjonują obok UE, ale poza nią.

**DEMOKRATYCZNE PAŃSTWO PRAWA
A PRAKTYKA FUNKCJONOWANIA
ORGANÓW PAŃSTWA**

O CENTRUM I PERYFERIACH SYSTEMU ŹRÓDEŁ PRAWA W KONSTYTUCJI RP

I.

Niniejszy artykuł poświęcony jest systemowi źródeł prawa w obowiązującej Konstytucji RP, przy czym autorzy przeanalizowali ustawę zasadniczą w dwóch kontekstach: legislacyjnym i funkcjonalnym. Oczywiście jest, jak wynika z wyroku Trybunału Konstytucyjnego, że „analiza Konstytucji, a zwłaszcza jej rozdziału III, [...] nie pozostawia wątpliwości, że ustrojodawca w sposób w pełni zamierzony i jednoznacznie wyrażony, przyjął w Konstytucji przedmiotowo i podmiotowo zamknięty system źródeł prawa powszechnie obowiązującego”¹. Czy jednak ujęcie źródeł prawa w III rozdziale ustawy zasadniczej usuwa wszelkie wątpliwości związane z procesem tworzenia prawa w Polsce? Autorzy starają się ukazać pewną niekonsekwencję ustrojodawcy, a także niektóre dylematy ustawodawcy, uwidaczniające się na przestrzeni ponad 15 lat funkcjonowania konstytucji z 1997 r.

II.

Materia źródeł prawa jest w Konstytucji RP uregulowana przy użyciu metody legislacyjnej, polegającej na wydzieleniu przepisów dotyczących tej kwestii w odrębną jednostkę systematyzacyjną. Taki zabieg legislacyjny sprawia, że z jednej strony ustrojodawca daje w ten sposób wyraz

¹ Wyrok TK, sygn. akt K 25/99; zob.: *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Warszawa 2008, s. 463.

swojemu dążeniu, by skoncentrować unormowania dotyczące źródeł prawa w zwartym bloku przepisów. Z drugiej powoduje to, że przepisy poświęcone tej materii nie powinny być odnajdowane poza rozdziałem „Źródła prawa”. Logiczne bowiem wydaje się, że ustrojodawca nie powinien ich zamieszczać poza tą jednostką systematyzacyjną.

Jednakże w przypadku Konstytucji RP ustrojodawca potraktował tę technikę prawodawczą z mniejszą konsekwencją. Wydzielenie przepisów normujących materię źródeł prawa nie ma tu charakteru bezwzględnego (wyłącznego), a jedynie przesądza o tym, że w rozdziale poświęconym źródłom prawa znalazła się większość przepisów z tego zakresu.

Jest to podstawą do twierdzenia, że kryterium formalne, jakim jest umiejscowienie przepisu dotyczącego źródeł prawa w określonej części tekstu konstytucji, może być przydatne dla wskazania „centrum” systemu źródeł prawa oraz jego „peryferii”. W takim ujęciu do „centrum” należałoby zaliczyć te przepisy, które zostały zawarte w ramach rozdziału III Konstytucji RP, natomiast do „peryferii” – te z nich, które odnoszą się do tej właśnie materii, ale nie są zamieszczone w tymże rozdziale.

Wśród konstytucyjnych przepisów dotyczących źródeł prawa, znajdujących się na tak rozumianych „peryferiach”, można wskazać dwa sposoby regulacji. Po pierwsze ustrojodawca w odrębnych przepisach uzupełnia katalog źródeł prawa konstruowany z przepisów zawartych w rozdziale III Konstytucji RP. Innymi słowy – na mocy konstytucji tworzy się określoną kategorię aktów prawnych, o których sam ustrojodawca stanowi, że są one źródłami prawa, bądź też wynika to z ich istoty. Drugi sposób polega na tym, że ustrojodawca, poruszając się w ramach katalogu źródeł prawa zawartego w Konstytucji RP, doprecyzowuje ogólne regulacje należące do „centrum” systemu źródeł prawa poprzez wskazanie pewnej specyficznej „podkategorii” źródeł prawa.

III.

Odnosząc się do kwestii uzupełniania katalogu konstytucyjnego należy wymienić układy zbiorowe i porozumienia, regulaminy Sejmu i Senatu oraz wydawane przez Prezydenta RP rozporządzenie z mocą ustawy.

Art. 59 ust. 2 Konstytucji RP stanowi, że związki zawodowe oraz pracodawcy i ich organizacje mają prawo do rokowań, w szczególności w celu rozwiązywania sporów zbiorowych, oraz do zawierania układów zbiorowych pracy i innych porozumień. Układy zbiorowe pracy to porozumienia normatywne, ustalane w drodze rokowań między stronami układu, którym są związki zawodowe i pracodawcy. Akty te powstają autonomicznie, tj. bez ingerencji organów władzy publicznej, rozstrzy-

gające o treści układu zbiorowego pracy². Obejmują one zwłaszcza warunki pracy i płacy oraz inne świadczenia przysługujące podmiotom określonym w układzie. W doktrynie podnosi się, że jednym z najważniejszych uprawnień związków zawodowych, stanowiącym *ratio* ich istnienia i funkcjonowania, jest prawo do prowadzenia rokowań zbiorowych (negocjacji zbiorowych) z drugą stroną dialogu społecznego, czyli z pracodawcą (organizacjami pracodawców)³. Konstytucyjna realizacja tego uprawnienia związków zawodowych ma być gwarancją pokoju społecznego zbudowanego na zasadzie dialogu społecznego, tj. kompromisu wypracowanego przez strony stosunków pracowniczych. Układy zbiorowe pracy i porozumienia, które nie są bliżej dookreślone w Konstytucji RP, stanowią zatem specyficzne konsensualne źródła prawa pracy. Dyskusyjne jednak pozostaje stwierdzenie czy układy zbiorowe są źródłem prawa powszechnie obowiązującego czy jedynie wewnętrznego obejmującego pracowników z danego zakładu pracy czy branży. Szczegółne umiejscowienie układów i innych porozumień w konstytucji można tłumaczyć ich aspektem funkcjonalnym – szczególną rolą społeczną podmiotów je tworzących. Tym samym akty te nie wpisywały się w istniejącą w latach 90. XX w. konieczność ograniczenia swobody organów państwa w kształtowaniu sytuacji prawnej jednostek i zapewne dlatego pozostały poza rozdziałem III Konstytucji RP⁴.

Inne specyficzne źródła prawa to regulaminy Sejmu i Senatu. Kwestię regulaminu Sejmu normuje art. 112 Konstytucji RP stanowiąc, że organizację wewnętrzną i porządek prac Sejmu oraz tryb powoływania i działalności jego organów, jak też sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec Sejmu, określa regulamin Sejmu uchwalony przez Sejm. Zgodnie z art. 124 ustawy zasadniczej, do Senatu stosuje się odpowiednio art. 112 Konstytucji RP. Uważa się, że regulamin może dotyczyć jedynie proceduralnych aspektów realizacji obowiązków, jakie ciążą na organach państwowych, ale już nie na obywatelach⁵. Regulamin wpisuje się w całość kształtu regulacji dotyczących parlamentu. Specyfika ciała przedstawicielskiego wymaga wyważenia sposobu jego funkcjonowania w aktach normatywnych oraz zwyczajach parlamentarnych, nie da się bowiem w sposób

² K.W. Baran, *Konstytucyjny system formalnych źródeł prawa*, [w:] *Zarys systemu prawa pracy*, t. 1: *Część ogólna prawa pracy*, Lex 2010.

³ P. Nowik, *Aksjologiczne uwarunkowania negocjacji zbiorowych*, [w:] *Związkowe przedstawicielstwo pracowników zakładu pracy*, red. Z. Hajn, Lex 2012.

⁴ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2010, s. 39–40.

⁵ M. Zubik, *Organizacja wewnętrzna Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 31.

całkowity unormować wszystkich reguł dotyczących funkcjonowania ciała kolegialnego, jakim jest parlament⁶.

Regulamin jest, jak twierdzi W. Skrzydło, „wewnętrzną konstytucją każdej z izb i uchwalany jest zazwyczaj w formie uchwały, choć w niektórych państwach spotykana jest forma ustawy. Przyjęcie regulaminu w formie uchwały znakomicie problem upraszcza, debata bowiem poprzedzająca głosowanie toczy się wyłącznie w jednej izbie, której regulamin ma dotyczyć. Zbędny jest zatem udział drugiej izby, a także prezydenta”⁷. Stąd zasadne jest twierdzenie o autonomii regulaminowej Sejmu, a także działającego na zbliżonych zasadach Senatu. Przy czym zakres tej autonomii jest ograniczony, w materii ustawowej regulamin może bowiem normować jedynie „sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec izby”⁸. W regulaminie nie mogą się zatem znaleźć regulacje przyznające Sejmowi i jego organom kompetencji władczych, ani nakładać obowiązków na inne organy władzy publicznej niezawartych w powszechnie obowiązujących aktach prawnych. Należy się zatem zgodzić z M. Niezgódka-Medkova, że regulaminy obu izb parlamentu zawierają typową dla regulaminów materię wewnętrzną, jaką stanowi organizacja, porządek prac oraz tryb powoływania i działalności organów Sejmu lub Senatu, ale zawiera także materię normatywną o charakterze powszechnie obowiązującym, ponieważ określa także sposób wykonywania konstytucyjnych i ustawowych obowiązków organów państwowych wobec organów władzy ustawodawczej⁹. Zatem trzeba wskazać, że regulaminy Sejmu i Senatu potwierdzają zasadę autonomii izb parlamentu, z której wynika, iż mogą one samodzielnie określać swoją wewnętrzną organizację oraz tryb pracy, a także wszelkie szczegółowe kwestie związane z ich funkcjonowaniem. Niezależnie od powyższych przymiotów regulaminu, w doktrynie zalecana jest wstrzemięźliwość w dokonywaniu doraźnych zmian regulaminu na potrzeby każdorazowej większości w Sejmie¹⁰. Po-

⁶ Idem, *Zmiany regulaminu Sejmu w latach 2007–2009*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 3, s. 123.

⁷ W. Skrzydło, *Komentarz do art. 112 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Lex 2013.

⁸ L. Garlicki, *Konstytucja – regulamin Sejmu – ustawa*, „Przegląd Sejmowy” 2000, nr 2, s. 23–24.

⁹ M. Niezgódka-Medkova, *Źródła prawa w nowej Konstytucji*, „Radca Prawny” 1997, nr 6, s. 15.

¹⁰ P. Winczorek, *Opinia na temat usytuowania i kompetencji Prezydium Sejmu w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 1, s. 53–54.

dobnie uważa S. Kulbas, który twierdzi, że stabilność regulaminu jest wartością samą w sobie, która sprzyja wykształceniu się w izbie mechanizmów współpracy między większością parlamentarną a opozycją¹¹.

Następnie w tym względzie należałoby wskazać na regulację z art. 234 ust. 1 Konstytucji RP, który przewiduje, że jeżeli w czasie stanu wojennego Sejm nie może zebrać się na posiedzenie, Prezydent Rzeczypospolitej na wniosek Rady Ministrów wydaje rozporządzenia z mocą ustawy w zakresie i w granicach określonych w art. 228 ust. 3–5 Konstytucji RP. Rozporządzenia te podlegają zatwierdzeniu przez Sejm na najbliższym posiedzeniu. Jest to uregulowanie wyjątkowe przynajmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, to jedyny przypadek przewidziany w Konstytucji RP, w którym przydano organowi władzy wykonawczej kompetencję do stanowienia norm prawnych rangi ustawowej¹². Kompetencja ta jest co prawda ograniczona w kilku wymiarach (możliwość wydania wyłącznie w stanie wojennym i tylko w sytuacji, gdy Sejm nie może zebrać się na posiedzenie, konieczność wniosku Rady Ministrów, ograniczenie przedmiotowe, zatwierdzenie przez Sejm na najbliższym posiedzeniu), nie przeczy to jednak jej wyjątkowości. Po drugie jest to jedyny przepis usadowiony poza rozdziałem poświęconym źródłom prawa, który wprost wskazuje, że określony rodzaj aktu prawnego (umiejscowiony poza katalogiem z art. 87 Konstytucji RP) jest właśnie źródłem prawa, a dokładniej – źródłem prawa powszechnie obowiązującego.

Warto byłoby w tym miejscu dostrzec, że dla bytu rozporządzenia z mocą ustawy, istotne jest rozstrzygnięcie Sejmu mające za swój przedmiot zatwierdzenie tego aktu. Pojawia się pytanie o formę prawną tego zatwierdzenia. Z uwagi na kolegialny charakter organu ustawodawczego naturalne wydają się dwie: ustawa i uchwała. Konstytucyjne sformułowanie wskazujące wyłącznie Sejm jako organ właściwy do zatwierdzania rozporządzeń z mocą ustawy nakazywałoby przyjąć, że – z tego punktu widzenia – ustawa nie jest w tym zakresie formą właściwą; w uchwalanie ustawy są bowiem zaangażowane obie izby parlamentu. Logika unormowań konstytucyjnych uniemożliwia przyjęcie poglądu, w myśl którego określony rodzaj ustaw byłby uchwalany wyłącznie przez jedną izbę parlamentarną, bez jakiegokolwiek partycypacji w tym procesie drugiej izby. Ponadto warunkiem dojścia ustawy do skutku, tj. wejścia jej do

¹¹ S. Kulbas, *Organy kierownicze Sejmu w świetle Konstytucji RP oraz nowelizacji regulaminu Sejmu w latach 1997–2000*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 3, s. 34.

¹² Abstrahujemy w tym miejscu od zagadnienia rozporządzeń modyfikujących postanowienia ustawowe i od tego, jaki w istocie ma charakter materia nimi regulowana.

systemu prawa, jest opisana przepisami Konstytucji RP aktywność prezydenta. Byłoby zatem założeniem nieracjonalnym przyjęcie, że samodzielna kompetencja Sejmu w zakresie zatwierdzania aktu Prezydenta RP może być ograniczana wymogiem dokonania czynności przez ten właśnie – niejako „zainteresowany w sprawie” – organ. Stąd też trzeba przyjąć, że tą właściwą formą prawną jest uchwała Sejmu, podejmowana przez ten organ stosownie do warunków określonych w art. 120 Konstytucji RP, tj. przy zachowaniu większości zwykłej oraz kworum co najmniej połowy ustawowej liczby posłów¹³.

IV.

Drugi sposób regulacji należałoby zilustrować niektórymi konstytucyjnymi unormowaniami dotyczącymi rozporządzeń. Dają one podstawę do stwierdzenia, że w ramach tej właśnie kategorii źródeł prawa ustrojodawca wyróżnił rozporządzenia o statusie szczególnym ze względu na cel, jaki mają one pełnić w systemie prawa.

W art. 92 Konstytucji RP ustrojodawca zamieścił konstrukcyjne elementy upoważnienia ustawowego. Jednym z nich jest obligatoryjne wskazanie w przepisie upoważniającym organu wydającego rozporządzenie. W rozdziale poświęconym źródłom prawa nie odnajdzie się jednak listy organów upoważnionych konstytucyjnie do wydawania rozporządzeń. Należy ją zrekonstruować z przepisów umiejscowionych poza tym rozdziałem, tj. głównie z regulacji dotyczących statusu ustrojowego poszczególnych organów.

Z takiego kształtu omawianych unormowań nie da się jednak wywieść, że Konstytucja RP ustanawia różne rodzaje rozporządzeń zależnie od tego, który organ byłby odpowiedzialny za jego wydanie. Brak jest normatywnych podstaw do takiego wniosku, wydaje się bowiem, że tak istotna kwestia, jak zróżnicowanie mocy prawnej rozporządzeń, powinna zostać przesądzona wprost w przepisach konstytucyjnych, a w braku takiego przesądzenia – okoliczności tej nie można domniemywać¹⁴. Kryterium podmiotowe (dotyczące organów wydających akty

¹³ Tak też m.in.: B. Opaliński, *Rozporządzenie z mocą ustawy w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, r. 1, s. 39; J. Jaskiernia, *Akty normatywne w stanach nadzwyczajnych*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł prawa w praktyce*, red. A. Szmyt, Warszawa 2005, s. 145.

¹⁴ Inny pogląd wypowiada B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 713, który twierdzi, że: „Z konstytucyjnej pozycji ministra wynika, że jego rozporządzenia posiadają moc prawną niższą od aktów R[ady] M[inistrów] I Prezesa RM o tej samej nazwie”. Wydaje się jednak, że Konstytucja nie daje wyraźnych podstaw do takiego twierdzenia, nie zawiera

wykonawcze) nie daje zatem podstaw do wyróżniania „typów” rozporządzeń.

Wśród przepisów konstytucyjnych można jednak znaleźć i takie, które, jak się wydaje, ustanawiają odrębne typy czy podkategorie rozporządzeń. Odrębność ta wynika zarówno z usytuowania przepisu, jak i funkcji, jaką pełni ten typ aktu w systemie prawa. Mianowicie należy wskazać na art. 149 ust. 2 zdanie drugie Konstytucji RP, w myśl którego Rada Ministrów, na wniosek Prezesa Rady Ministrów, może uchylić rozporządzenie lub zarządzenie ministra. Trzeba zauważyć, że sam przepis konstytucyjny nie określa formy prawnej, w jaki miałyby następować uchylenie rozporządzenia przez Radę Ministrów. Teoretycznie w grę wchodzi dwa rozwiązania: uchwała Rady Ministrów jako akt prawny odpowiedni dla rozstrzygnięć podejmowanych przez organ kolegialny, bądź też rozporządzenie jako źródło prawa „równoważne” uchylanemu aktowi. Rozstrzygając ten dylemat należy zauważyć, że w świetle reguł konstytucyjnych, a zwłaszcza wobec dychotomii systemu źródeł prawa, nie wydaje się prawidłowe rozwiązanie, w myśl którego ingerencja dotycząca tego rodzaju aktów prawnych mogłaby następować w drodze aktu prawnego wewnętrznego (tj. w drodze uchwały Rady Ministrów). Nawet bowiem wtedy, gdy dane rozporządzenie ministra nie weszło jeszcze w życie, ma ono przymiot aktu prawa powszechnie obowiązującego i mogłoby zostać zmienione bądź uchylone wyłącznie aktem o tej samej cesze¹⁵. W przypadku natomiast uchylania zarządzeń ministrów – czyli aktów wewnętrznych – jako właściwa jawi się forma prawna uchwały Rady Ministrów, która jest aktem prawnym należącym do tej samej kategorii źródeł prawa.

Sytuacja nie jest jednak do końca jasna. Sam ustawodawca, ustanawiając reguły dotyczące końcowego etapu prawodawstwa związanego z ogłoszeniem tekstu prawnego uznaje, że Rada Ministrów uchyla rozporządzenie ministra w drodze uchwały. Stanowi tak przepis art. 9 ust. 1 pkt 7 ustawy z 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych

bowiem przepisów ustanawiających hierarchię aktów prawnych danego rodzaju. Można dodać, że Konstytucja jako wzorce kontroli hierarchicznej rozporządzeń ustanawia Konstytucję, ratyfikowane umowy międzynarodowe i ustawy; brak w tym katalogu rozporządzeń „o wyższej mocy prawnej”.

¹⁵ Za formą rozporządzenia w tym przypadku opowiadają się m.in. S. Wronkowska, *Model rozporządzenia jako aktu wykonawczego do ustaw w świetle Konstytucji i praktyki*, [w:] *Konstytucyjny system źródeł...*, s. 84; P. Sarnecki, *Komentarz do art. 149*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 7.

i niektórych innych aktów prawnych¹⁶. Przepis ten jest swoistą oficjalną wykładnią unormowania konstytucyjnego dokonaną przez prawodawcę. Wynika z niej, że uznaje on jednak jako właściwą w tym względzie formułę prawną odwołującą się do aktu zaszeregowanego przez Konstytucję RP do grupy źródeł prawa o charakterze wewnętrznym. Co ciekawe, praktyka legislacyjna jest odmienna od tego, co założył ustawodawca. Trzeba w tym miejscu przywołać przypadek wykorzystania przez rząd kompetencji wynikającej z art. 149 ust. 2 Konstytucji RP, a mianowicie uchylene przez Radę Ministrów rozporządzenia ministra edukacji narodowej zmieniającego rozporządzenie w sprawie podstawy programowej wychowania przedszkolnego oraz kształcenia ogólnego w poszczególnych typach szkół¹⁷. Czynności tej Rada Ministrów dokonała w drodze rozporządzenia, a nie uchwały – chociaż oczywiście należy mieć na względzie to, że rozporządzenie Rady Ministrów też jest w pewnym znaczeniu „uchwałą”, jako że jest ono aktem przyjmowanym przez organ kolegialny. Niemniej formalnie rzecz biorąc, „uchwała” ta przyjmuje – przynajmniej w świetle dotychczasowych rozstrzygnięć prawodawczych rządu – postać rozporządzenia, co wydaje się trafnym rozwiązaniem.

Rozporządzenie Rady Ministrów unormowane w art. 149 ust. 2 Konstytucji RP ma jeszcze inne szczególne cechy. Otóż jego przedmiotem może być wyłącznie uchylene (przesądzenie utraty mocy obowiązującej) rozporządzenia ministra¹⁸. W szczególności Rada Ministrów nie ma prawa modyfikować regulacji zawartych w akcie wykonawczym, ani nie może wprowadzać tą drogą rozwiązań nowych. Warto też zwrócić uwagę na okoliczność, że jest to jedyny przypadek, w którym podstawą wydania rozporządzenia jest nie przepis ustawy zwykłej, ale – przepis kon-

¹⁶ Dz.U. z 2011 r. Nr 197, poz. 1172, z późn. zm.

¹⁷ Rozporządzenie Rady Ministrów z 24 lipca 2007 r. uchylające rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej zmieniające rozporządzenie w sprawie podstawy programowej wychowania przedszkolnego oraz kształcenia ogólnego w poszczególnych typach szkół (Dz.U. Nr 136, poz. 960).

¹⁸ Konstytucja przydaje prawo wydawania rozporządzeń wyłącznie ministrom kierującym działem administracji rządowej, stąd przepis art. 149 może odnosić się do tej właśnie grupy podmiotów; oprócz tego przepis ten należy stosować odpowiednio do przewodniczących wskazanych w ustawach komitetów. Regulacja ta nie mogłaby znaleźć zastosowania w przypadku współwydania rozporządzenia przez ministra (ew. przewodniczącego komitetu) oraz inny organ upoważniony konstytucyjnie, gdyż akt taki nie byłby „rozporządzeniem ministra”, ale „rozporządzeniem ministra i innego organu”, a Konstytucja nie daje Radzie Ministrów kompetencji do ingerowania w działalność prawodawczą tych innych organów.

stytucyjny. Dla realizacji swej kompetencji prawodawczej unormowanej w art. 149 ust. 2 Rada Ministrów nie potrzebuje żadnego przepisu ustawowego, gdyż upoważnienie konstytucyjne ma charakter samodzielny. Działalność prawodawcza rządu jest w tym zakresie tym bardziej „oderwana” od postawy prawnej zawartej w przepisie upoważniającym, że prawodawca nie musi kierować się jakimikolwiek wytycznymi co do treści aktu wykonawczego, skoro jedynym celem legislacyjnej ingerencji jest pozbawienie mocy innego aktu, a nie – wprowadzenie do systemu prawa jakichkolwiek nowych treści.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że upoważnienie z art. 149 ust. 2 odbiega konstrukcyjnie od wymogów, które stawia przed przepisem upoważniającym art. 92 Konstytucji RP. W art. 149 ustrojodawca określa co prawda organ właściwy do wydania aktu, jednak w zasadzie nie wskazuje materii, która ma być uregulowana w tym akcie (chyba, że uznać, że „materią” tą jest uchylenie innego rozporządzenia), a już w ogóle milczy właśnie w kwestii wytycznych do wydania aktu. Takie zróżnicowanie jest zrozumiałe, gdy weźmie się pod uwagę cel, jakiemu służy ten rodzaj rozporządzenia – nie jest nim wykonanie jakiegokolwiek ustawy (a zatem detalizacja treści w niej zawartej), lecz – powtórzy należy – wyłącznie sprawowanie nadzoru nad organami wchodzącymi w skład Rady Ministrów.

Ciekawa jest też konstrukcja mechanizmu z art. 231 Konstytucji RP. W artykule tym unormowano sposób wprowadzania przez Prezydenta RP stanu wojennego i wyjątkowego oraz wskazano, że odbywa się to w formie prawnej rozporządzenia¹⁹. Przepis nakazuje prezydentowi, po podpisaniu rozporządzenia, przedstawienie tego aktu Sejmowi. Sejm może je uchylić bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów.

Jest to szczególna – z punktu widzenia systemu źródeł prawa – konstrukcja, zespalająca w jednej instytucji zarówno działalność organu władzy wykonawczej w zakresie prawodawstwa delegowanego, jak i ak-

¹⁹ Zasadniczo pominięta została tutaj kwestia normatywności tego rodzaju rozporządzeń. Poprzestano tylko na stwierdzeniu, że w swej istocie rozporządzenia te zbliżają się do kategorii aktów stosowania prawa (w tym aktów ustanawiających lub powołujących), których sensem jest dokonanie czynności konwencjonalnej oraz zasygnalizowaniu, że samemu ustanowieniu stanu nadzwyczajnego również można przypisać charakter działania normatywnego – a to w tym sensie, że kreują sytuację względnie trwałą, która nie ustanie wskutek jakiegoś ściśle określonego prawem zachowania, ale będzie wiązać nieokreśloną z góry liczbę podmiotów. Por. na ten temat B. Skwara, *Rozporządzenie jako akt wykonawczy w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2010, s. 109 i nast.

tywność organu władzy ustawodawczej²⁰. Podstawowym założeniem tego mechanizmu jest umożliwienie Sejmowi dokonania ingerencji w rozstrzygnięcie Prezydenta RP. Tym samym organ ustawodawczy uzyskuje kompetencję do władczego oddziaływania względem konkretnego podustawowego aktu prawnego pochodzącego od organu władzy wykonawczej, co wyraźnie odbiega od standardowej relacji pomiędzy tymi organami, w której tego rodzaju ingerencja jest dokonywana w sposób pośredni, tj. w drodze modyfikowania lub eliminowania przepisów stanowiących podstawę prawną do wydawania aktów wykonawczych.

Tak, jak w przypadku rozporządzenia z mocą ustawy, uregulowanego w art. 234 Konstytucji RP, tak i tu konstytucja nie rozstrzyga, w jakiej formie prawnej miałyby następować ingerencja Sejmu w sferę bytu aktu wydanego przez organ władzy wykonawczej. Tu też należałoby opowiedzieć się za formą uchwały; godzi się jednak zauważyć, że uchwała ta może być także postrzegana przez pryzmat jej oddziaływania na rozporządzenie wprowadzające stan nadzwyczajny. Taka optyka byłaby uzasadniona tym bardziej, że nie można wykluczyć, iż Sejm uchylałby rozporządzenie, które już weszło w życie i wywołało skutek prawny w postaci wprowadzenia stanu nadzwyczajnego. Wówczas formalną konsekwencją uchylecia rozporządzenia będzie utrata przez nie mocy obowiązującej, a materialną – ustanie stanu nadzwyczajnego. Ten ostatni skutek byłby ściśle związany z sytuacją prawną obywateli, albowiem zakończenie stanu nadzwyczajnego oznaczałoby powrót do standardowych reguł funkcjonowania państwa. Płynię stąd wniosek, że można zastanawiać się nad upatrywaniem w tego rodzaju uchwale aktu, którego przynależność do kategorii źródeł prawa wewnątrznie obowiązujących wcale nie jest oczywista. Akt ów będzie przecież w sposób bezpośredni oddziałował na zagadnienia unormowane w rozporządzeniu.

V.

Drugie rozumienie „peryferii” konstytucyjnego systemu źródeł prawa jest związane z tym, że mimo relatywnej klarowności reguł rządzących systemem źródeł prawa, zdarzają się sytuacje, w których ustawodawca stara się wkomponować w ów system typy aktów prawnych budzących uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia tych właśnie reguł, bądź mających na tyle specyficzny charakter, iż stają się przyczynkiem do refleksji nad granicami poszerzania czy wzbogacania systemu źródeł prawa o nowe ich typy.

²⁰ S. Wronkowska, *op. cit.*, s. 86.

W niniejszym opracowaniu zwrócono uwagę zwłaszcza na problemy, z jakimi boryka się ustawodawca kreując niektóre „nowe typy aktów prawnych”. Można najogólniej stwierdzić, że problemy te wynikają z trudności w jednoznacznym przesądzeniu, czy na dany układ organizacyjny (strukturę, zbiór podmiotów) można legalnie oddziaływać przez wykorzystanie instrumentu w postaci aktu wewnątrznie obowiązującego. Innymi słowy – występuje tu zagadnienie prawidłowego zidentyfikowania swoistej linii demarkacyjnej przeprowadzonej między aktami powszechnie obowiązującymi a aktami wewnętrznymi oraz idącego w ślad za tym wyboru ustawodawcy co do typu aktu, który ma regulować daną dziedzinę spraw.

Dychotomia systemu źródeł prawa skutkuje tym, że ustawodawca nie ma innego wyjścia, jak odwołać się do ustalonych pojęć z zakresu aktów prawa powszechnie obowiązujących i aktów wewnętrznych – nie może sięgać do kategorii pośredniej, umiejscowionej pomiędzy tymi dwoma typami źródeł prawa; musi zatem jednoznacznie przypisać akt określonego rodzaju do właściwej materii, którą czyni przedmiotem regulacji. Niewątpliwie nie ułatwiają sprawy: złożoność układów organizacyjnych, na które pragnie oddziaływać prawodawca, ich przenikanie się na różnych płaszczyznach, występowanie nowych zjawisk organizacyjnych i instytucjonalnych, nieznanych wcześniej systemowi prawa, wreszcie – ewoluowanie tych układów, determinowane nierzadko normami, na których kształt prawodawca nie ma decydującego wpływu (np. normami ponadnarodowymi). Między innymi te czynniki sprawiają, że niejednokrotnie wybór ustawodawcy co do kategorii aktów prawnych, które angażuje w danym przypadku, nie jest bezdyskusyjny.

Wskazane wyżej trudności ulegają uwypukleniu w przypadku kontroli konstytucyjności norm prawnych ustanawiających określony typ aktów prawnych. Istotny jest wówczas aspekt przystawalności tego typu aktu prawnego do materii, którą on reguluje. O tym, że nie jest to zagadnienie obce orzecznictwu konstytucyjnemu, a zatem – że ustawodawca miewa trudności w prawidłowym uregulowaniu tej kwestii – przekonuje m.in. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2011 r.²¹ W orzeczeniu tym Trybunał dokonał kontroli niektórych przepisów ustawy z 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju²², które ustanawiały *sui generis* źródło prawa w postaci systemu realizacji. Ogólnie rzecz biorąc, system ten był zbiorem reguł określających sposób postępowania podmiotów uczestniczących w realizacji

²¹ Sygn. akt P 1/11.

²² Dz.U. z 2009 r. Nr 84, poz. 712, z późn. zm.

polityki rozwoju kraju; obejmował zarządzanie, monitoring, ewaluację, kontrolę i sprawozdawczość oraz sposób koordynacji działań tych podmiotów, a także – środki odwoławcze związane z procedurami naboru projektów w tym zakresie. Trybunał Konstytucyjny uznał, że system nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego, a jednocześnie wskazał, że akty te mają charakter normatywny oraz regulują prawa i obowiązki podmiotów niepodporządkowanych organom ustalającym reguły wchodzące w skład systemu realizacji; stwierdził też, że regulacje te mają bezpośredni wpływ na realizację praw i wolności obywateli, stąd nie powinny być przedmiotem unormowania zawartego w akcie o charakterze wewnętrznym. Słusznie zatem w piśmiennictwie stwierdzono, że „Konieczne jest «przeniesienie» praw i obowiązków, które bezpośrednio dotyczą uczestników konkursów prowadzonych w ramach regionalnych programów operacyjnych do aktów mających charakter prawa powszechnie obowiązującego”²³.

W omawianym przypadku Trybunał odwołał się do podstaw konstrukcyjnych systemu źródeł prawa, wyjaśniając – a raczej przypominając – zasady rządzące tym systemem, w tym jego dychotomię oraz kwestię zamknięcia katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Z uwagi na to, że zagadnienia te należą do rudymentów poprawnej legislacji, wypadałoby się tylko przyłączyć się do opinii G. Wierczyńskiego, według którego w wyroku Trybunału można „dostrzec powrót do problemów rozstrzyganych na samym początku funkcjonowania T[rybunału] K[onstytucyjnego]. W pierwszym swym orzeczeniu Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że w zakresie normowania obowiązków i praw obywateli oraz innych podmiotów prawa, konstytucja nie przewiduje żadnych innych form regulacji niż akty powszechnie obowiązujące [...]. Okazuje się, że po 25 latach (w tym ponad dwudziestu latach demokracji) do przestrzegania tak prostych zasad, wciąż jest potrzebny Trybunał Konstytucyjny”²⁴.

Jako przykład regulacji, której istota wykazuje związek z sygnalizowanym zagadnieniem należałoby przywołać także art. 29 ust. 1 ustawy z 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze²⁵. W myśl tego przepisu wytyczne Prokuratora Generalnego w zakresie postępowania przygotowawczego są wiążące dla wszystkich organów uprawnionych do prowadzenia

²³ K. Właźlak, *Glosa do wyroku z 12 XII 2011, P 1/11*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 8, s. 134.

²⁴ G. Wierczyński, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 grudnia 2011 r. (sygn. akt P 1/11)*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 5, s. 176.

²⁵ Dz.U. z 2011 r. Nr 270, poz. 1599, z późn. zm.

postępowania przygotowawczego. Regulacja ta posługuje się kategorią „wytycznych” jako aktu normatywnego mającego regulować kwestie dotyczące prowadzenia postępowania przygotowawczego. Przepis przesądza przy tym, że wytyczne mają charakter wiążący, a zatem – że podmioty wskazane w tej regulacji mają bezwzględny obowiązek stosowania się do treści zawartych w tychże wytycznych. Warto zwrócić uwagę na relację „twórca normy – adresat normy”, jaką kreuje ten przepis; po stronie twórcy regulacja stawia Prokuratora Generalnego, natomiast jako adresata wskazuje „wszystkie organy uprawnione do prowadzenia postępowania przygotowawczego”. Wytyczne nie odnoszą się zatem wyłącznie do „wewnątrz” organu, którym jest prokuratura, ale wykraczają poza organizacyjne (czy też ustrojowe) ramy i w ten sposób wiążą także podmioty, które nie pozostają w organizacyjnej zależności od Prokuratora Generalnego. Trzeba w tym miejscu przywołać przepisy, jak się wydaje, kluczowe z punktu widzenia ustalania zasięgu tej zależności; mianowicie w myśl art. 1 ust. 2 ustawy o prokuraturze, Prokurator Generalny jest naczelnym organem prokuratury, którą stanowią – w myśl ust. 1 tego artykułu – podlegli mu prokuratorzy powszechnych i wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury oraz prokuratorzy Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu. Mimo podnoszonych w piśmiennictwie kontrowersji co do takiego ukształtowania prokuratury jako instytucji²⁶, nie ulega wątpliwości, że Prokuratorowi Generalnemu można przypisać zwierzchnictwo organizacyjne sprawowane wyłącznie w stosunku do prokuratury (a zatem prokuratorów i innych osób wykonujących zadania w jej ramach). Wskazuje to na możliwość zidentyfikowania tych jednostek, które są organizacyjnie podporządkowane Prokuratorowi Generalnemu, a zatem tych, które mogą stać się adresatem norm zawartych w akcie wewnętrznym tego organu. Można dodać, że wyłącznie te jednostki mogą być owymi adresatami; objęcie aktem wewnętrznym podmiotów spoza tego kręgu musiałoby budzić wątpliwości z punktu widzenia roli, którą pełnią w systemie źródeł prawa akty wewnętrznie obowiązujące. Tymczasem z odrębnych przepisów wynika, że krąg organów uprawnionych do prowadzenia postępowania przygotowawczego wykracza poza struk-

²⁶ B. Mik, *Nowe gwarancje niezależności prokuratury i prokuratorów – fakt czy iluzja*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 5, s. 106. Autorka pisze wręcz o „amorficznej istocie prokuratury”, związanej z tym, że „prokuratura nabiera cech bytu wręcz abstrakcyjnego, łączącego wszystkich prokuratorów i ich wspólnego przełożonego w jeden organizm w sposób umowny, bez dalszych konsekwencji prawnych tego scalenia”.

turej prokuratury. Oprócz policji, uprawnienia w zakresie postępowań przygotowawczych przysługują także m.in. Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służbie Celnej, Centralnemu Biuru Antykorupcyjnemu, a także inspektorom kontroli skarbowej, strażnikom leśnym, strażnikom Państwowej Straży Łowieckiej, organom Inspekcji Handlowej, organom Państwowej Inspekcji Sanitarnej czy prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Żaden z tych organów nie pozostaje z Prokuratorem Generalnym w relacji więzi organizacyjnej, stąd nie występuje pomiędzy nimi zależność, która usprawiedliwiłaby normatywną ingerencję Prokuratora Generalnego w funkcjonowanie tych podmiotów. Nie ma tu zatem miejsca podporządkowanie o charakterze hierarchicznym, tj. „jednostronna zależność osobowa i służbowa organu niższego stopnia od organu stopnia wyższego lub podmiotu podległego od podmiotu zwierzchniego oraz podległość wynikająca z określonej w Konstytucji RP więzi ustrojowo-prawnej”²⁷. Jednakże na mocy art. 29 ust. 1 ustawy o prokuraturze organy te, choć niepodporządkowane Prokuratorowi Generalnemu, są zobowiązane do stosowania aktów normatywnych wydawanych przez ten organ i choć w wytycznych nie reguluje się wprost sytuacji prawnej (praw, wolności i obowiązków) obywateli i ich organizacji, to pytanie o prawidłowość omawianego rozwiązania jest aktualne. Na marginesie można tylko dodać, że choć wytyczne nie są wprost skierowane do obywateli, to niewątpliwie mają one zauważalny potencjał kształtowania ich sytuacji, skoro wiążą organy władzy publicznej stosujące przepisy powszechnie obowiązujące o charakterze represyjnym.

Abstrahując w tym miejscu od możliwości zakwalifikowania wspomnianych wytycznych jako aktów wiążących jednostki organizacyjne podległe w znaczeniu funkcjonalnym, takiego sposobu wykładni tego przepisu nie można definitywnie wykluczyć. Niemniej należy zwrócić uwagę na to, że możliwość rozszerzenia rozumienia pojęcia „podległości organizacyjnej” na zależności natury funkcjonalnej została w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zarezerwowana dla sytuacji, w której „podmiotem jest konstytucyjna instytucja [...], zaś przedmiotem konstytucyjnie określone zadania publiczne. Tylko więc spełnienie łącznie obu przesłanek, podmiotowej i przedmiotowej, pozwala na przyjęcie ich jako kryteriów podległości organizacyjnej do wydawania aktów normatywnych o wewnętrznym charakterze”²⁸. W odniesieniu do Prokuratora Generalnego nie można uznać, że przesłanki te zostały spełnione – brak

²⁷ B. Banaszak, *Konstytucja...*, s. 470.

²⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 czerwca 2000 r., sygn. akt K 25/99.

bowiem konstytucyjnego opisanie statusu tego organu, chociaż Prokurator Generalny jest w Konstytucji RP wspomniany, a tym samym – nie można z konstytucji wywieść zakresu zadań publicznych przezeń wykonywanych. Należałoby zatem zasygnalizować trudność co do jednoznacznego uznania, że w przypadku wytycznych z art. 29 ust. 1 ustawy o prokuraturze ma się do czynienia z podległością funkcjonalną upoważniającą do wydawania aktów wewnętrznych wiążących podmioty niepodporządkowane organizacyjnie Prokuratorowi Generalnemu.

Oba powyższe przykłady – z różnym wszakże natężeniem – ilustrują wciąż aktualny, jak widać, problem dokonywania przez ustawodawcę właściwego wyboru w zakresie tego, czy dana materia ma być normowana aktem powszechnie obowiązującym czy też aktem wewnętrznym. Trudność sięga głębiej i nie dotyczy wyłącznie rozstrzygnięcia co do tego, jaka forma aktu będzie adekwatna, ale w istocie koncentruje się na poprawnym zbadaniu tego, które podmioty mają być adresatami formułowanej w przepisach normy prawnej oraz tego, jaki jest charakter praw i obowiązków, które zamierza się regulować. Uchybienie ustawodawcy w tym zakresie każe ująć dany akt prawny w kategoriach obrzeży czy peryferii konstytucyjnego systemu źródeł prawa.

VI.

Reasumując należy stwierdzić, że cele stawiane przez twórców Konstytucji RP, zmierzające do tego, aby powszechnie obowiązujące prawo było tworzone jedynie przez organy podlegające odpowiedzialności politycznej, zostały osiągnięte²⁹, przy czym przytaczając zwrot autorstwa S. Wronkowskiej, „gorset” nałożony przez ustrojodawcę, a polegający na zamknięciu katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego, z całą pewnością nie jest doskonały. Wynika to zarówno z legislacyjnego ujęcia pewnych kategorii specyficznych, autonomicznych i incydentalnych źródeł prawa w rozdziałach poza „centrum” (tj. poza rozdziałem III Konstytucji RP), jak i z funkcjonalnych problemów, których konieczność analizowania wciąż pojawia się m.in. przed Trybunałem Konstytucyjnym.

²⁹ M. Żabicka-Kłopotek, *Rozporządzenie wykonawcze jako element systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Zagadnienia wybrane*, „Przegląd Legislacyjny” 2011, nr 2–4, s. 28.

JERZY PARDUS, BORYS PARDUS

JUDYKATURA O ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ „CZWARTEJ WŁADZY”

We współczesnym świecie media mają tak silne oddziaływanie, że nazywano je „czwartą władzą”. Istotnie, już wiele razy potrafiły wpływać na losy rządów czy partii politycznych, nie mówiąc o jednostkach. Stąd liczne próby określenia ich roli w demokratycznym państwie, a także zakreślenia granicy ich ingerencji w działalność instytucji państwowych, osób publicznych i prywatnych. Z jednej strony chodzi bowiem o zapewnienie wolności słowa – cennej zdobyczy ustrojów demokratycznych, zaś z drugiej o ochronę uzasadnionego interesu publicznego i prywatnego.

Materię tę regulują we współczesnej Polsce liczne akty prawne, spośród których – oczywiście – najważniejszym jest Konstytucja RP oraz ustawy: Prawo prasowe¹, O ochronie danych osobowych² oraz O dostępie do informacji publicznej³. Ważną rolę odgrywa orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej ETPCz), Trybunału Konstytucyjnego oraz Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych.

W swoich początkach prawo prasowe miało regulować kwestie związane z działalnością prasy, ale szybko okazało się, że znajduje zastosowanie także w odniesieniu do innych środków masowego komunikowania się, w tym również do periodyków naukowych, a nawet – odpowiednio – do jednostkowych dzieł.

¹ Dz.U. z 1984 r. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.

² Tekst jednolity: Dz.U. z 2002 Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

³ Dz.U. z 2001 Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.

Stąd sformułowanie art. 1 prawa prasowego, że zadaniem prasy jest urzeczywistnianie prawa obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej należy rozumieć szerzej – jako określenie zadań wszystkich mediów. Przy wypełnianiu swych zadań korzystają one z wolności słowa i druku, gwarantowanych przez Konstytucję RP oraz przez art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Doniosłość zadań, jakie mają współczesne media do spełnienia, ich charakter oraz swoboda, z jakiej mogą korzystać przy wykonywaniu tych zadań powodują, że pełnią one bardzo ważną rolę w demokratycznym państwie. Również dlatego określa się je mianem „czwartej władzy”. W niniejszym artykule zajmiemy się dwoma kwestiami: odpowiedzialnością redaktorów naczelnych oraz dziennikarzy (autorów).

ODPOWIEDZIALNOŚĆ REDAKTORA NACZELNEGO

Art. 25 prawa prasowego stanowi, że redakcją kieruje redaktor naczelny, ustanawiając w ust. 4 jego odpowiedzialność zarówno (art. 25.1) za treść przygotowywanych przez redakcję materiałów prasowych, jak i za sprawy redakcyjne i finansowe redakcji w granicach określonych w statucie lub właściwych przepisach. Ponadto jest obowiązany do dbania o poprawność języka materiałów prasowych oraz przeciwdziałania jego wulgaryzacji. Ust. 4a stwierdza, że w przypadku, gdy redaktor naczelny uzyskuje immunitet procesowy, obowiązany jest wskazać redaktora, który ponosi odpowiedzialność określoną w art. 49a.

Odpowiedzialność prawną redaktora naczelnego podkreśla raz jeszcze art. 38, wskazując w ust. 1, że odpowiedzialność cywilną za naruszenie prawa spowodowane opublikowaniem materiału prasowego ponoszą autor, redaktor lub inna osoba, którzy spowodowali opublikowanie tego materiału [podkr. aut.]; nie wyłącza to odpowiedzialności wydawcy. W zakresie odpowiedzialności majątkowej odpowiedzialność tych osób jest solidarna. Ust. 2 rozszerza tę odpowiedzialność na ujawnienie materiału prasowego przed jego publikacją.

Ponieważ zazwyczaj to redaktor naczelny lub osoba przez niego upoważniona kwalifikuje materiały do publikacji, orzecznictwo nie ma wątpliwości co do odpowiedzialności redaktora naczelnego, o ile kwalifikował istotnie taki materiał do publikacji lub nie wykazał, że uczyniła to inna osoba (sekretarz redakcji, dyrektor programu, redaktor wydania i in.).

Zarówno Sąd Najwyższy⁴, jak i Sąd Apelacyjny w Warszawie⁵ jednoznacznie wskazują, że przepis art. 38 ust. 1 prawa prasowego obejmuje swą dyspozycją wszystkie osoby, które spowodowały publikację, to znaczy decydowały lub współdecydowały o niej, w tym również redaktora naczelnego.

W postanowieniu z 25 maja 2010 r.⁶, Sąd Najwyższy orzekł, że art. 38 prawa prasowego precyzuje, kto i za co odpowiada, potwierdzając, iż odpowiedzialność cywilną za naruszenie prawa spowodowane opublikowaniem materiału prasowego, ponoszą autor, redaktor i wydawca, a ich odpowiedzialność, ale tylko majątkowa, jest solidarna. Natomiast gdy naruszenie dobra osobistego, powodujące szkodę niemajątkową, nastąpiło w wyniku działania autora, redaktora i wydawcy, to każda z tych osób odpowiada za swoje własne, odrębne działanie.

Mimo, wydawałoby się, ustalonej już linii orzecznictwa co do odpowiedzialności redaktora naczelnego, pełniącego tę funkcję w momencie zakwalifikowania materiału do publikacji, pojawiają się i takie, dosyć kuriozalne poglądy, jaki zaprezentowała sędzia Sądu Okręgowego w Warszawie⁷ uzasadniając swoje stanowisko w kwestii odpowiedzialności redaktora naczelnego za opublikowany tekst w czasie, kiedy funkcję tę sprawował: „Pozwanie redaktora naczelnego [...] jako osoby decydującej o całokształcie działalności redakcji, oznacza pozwanie każdorazowo osoby, która pełni tę funkcję w momencie wytoczenia powództwa i w momencie wyrokowania, nie zaś osoby, która pełniła tę funkcję w momencie opublikowania materiału prasowego” (*sic!*).

Warto więc przytoczyć także stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie zaprezentowane w wyroku z 15 maja 2009 r.⁸, w którym Sąd Administracyjny nie zgodził się z poglądem skarżącego twierdzącego, że jako redaktor naczelny w momencie publikacji artykułu, nie ponosi odpowiedzialności przewidzianej w art. 38 prawa prasowego, ponieważ powód nie udowodnił, że miał wpływ na treść publikacji. Sąd Apelacyjny, powołując się na art. 38 prawa prasowego stwierdził: „Pojęcie «spowodowanie opublikowania materiału prasowego» należy rozumieć jako decyzję, której następstwem jest ukazanie się na łamach gazety danego

⁴ Zwłaszcza w orzeczeniach: z 23 kwietnia 2001 r., II CK 587/2000; z 18 stycznia 2006 r., V CSK 26/2005; z 20 lutego 2004 r., I CK 339/2003; z 2 grudnia 2010 r., I CSK 11/2010.

⁵ Wyroki z: 21 kwietnia 2005 r., VI ACa 997/2004; 15 maja 2009, I ACa 908/08.

⁶ I CZ 22/2010.

⁷ W sprawie o sygn. akt: XXV C 684/11, s. 8 Uzasadnienia wyroku z 24 czerwca 2013 r.

⁸ Sygn. akt: I ACa 908/08.

materiału. Jest to decyzja, która kwalifikuje dany materiał do druku. Nie chodzi tu nawet o decyzję, że materiał ukaże się w danym dniu. Nie można bowiem wykluczyć, że zakwalifikowany do druku materiał z jakichś przyczyn zostaje przesunięty do druku w przyszłości. Wówczas decyzja, która spowodowała opublikowanie materiału nie będzie decyzją o publikacji po pewnym czasie, w danym dniu, lecz będzie nią pierwsza decyzja kwalifikująca materiał do druku. Z brzmienia art. 25 ust. 4 prawa prasowego wynika, że redaktor naczelny odpowiada za treść przygotowanych przez redakcję materiałów prasowych; uregulowanie to oparte jest na domniemaniu, że redaktor naczelny wie o każdym publikowanym materiale i chce go opublikować, czyli, że podjął decyzję o jego opublikowaniu – spowodował opublikowanie materiału prasowego. To domniemanie ma również znaczenie w rozkładzie ciężaru dowodu. Jeżeli to nie redaktor naczelny podjął decyzję o opublikowaniu materiału – może uwolnić się od przewidzianej w art. 38 ust. 1 prawa prasowego odpowiedzialności przez wykazanie, że to nie on, lecz inna osoba spowodowała opublikowanie tego materiału. Dowód taki nie obarcza jednak powoda, Dodać należy, że przy ciężarze dowodu ukształtowanym na zasadach ogólnych, w razie podniesienia zarzutu, że nie redaktor naczelny spowodował opublikowanie materiału, powód byłby w większości przypadków pozbawiony, wobec braku stosownej wiedzy, możliwości wskazania osoby, która spowodowała opublikowanie. Czyniłoby to, wynikająca z przepisów prawa prasowego, ochronę iluzoryczną. Jeżeli przeto skarżący [...] twierdził, że to nie on, jako redaktor naczelny, spowodował opublikowanie spornego artykułu, powinien był wskazać osobę, która taką decyzję podjęła – co nie nastąpiło”.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ AUTORA

Art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego zobowiązuje dziennikarza do zachowania szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu materiałów prasowych, zwłaszcza do sprawdzania zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości. Obowiązki te były definiowane w wielu orzeczeniach Sądu Najwyższego⁹, a także w wyrokach ETPCz¹⁰, a ostatnio najpełniej

⁹ W wyrokach: z 22 marca 2002, I CKN 814/99; z 14 maja 2003 r., I CKN 463/2001 z powództwa ówczesnego prezydenta RP Aleksandra Kwaśniewskiego przeciwko dziennikarzom „Życia Warszawy” o ochronę dóbr osobistych naruszonych artykułem *Wakacje z agentem*; z 7 października 2004, IV CK 83/2004; czy z 8 lutego 2008; I CSK 385/2007.

¹⁰ Orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka: z 8 lipca 1986 r. A.103 w sprawie Lingens przeciwko Austrii; z 28 września 1999 r. w sprawie Dalban

w wyroku SN z 1 lutego z 2011 r.¹¹, w którym kwestia ta została ujęta w następujący sposób (podkreślenia autorów): „Określone w art. 12 ust. 1 pkt 1 pr. pras. obowiązki dziennikarza są znaczne i nie mają charakteru tylko formalnego. Dziennikarz jest obowiązany do podwyższonej w stosunku do «zwykłej», bo «szczegółnej» staranności, a więc wyjątkowej, specjalnej, nieprzeciętnej, większej od normalnie oczekiwanej”. Sąd Najwyższy zdefiniował „staranność” i „rzetelność” zgodnie ze znaczeniem nadanym tym pojęciom przez *Słownik języka polskiego* z roku 1983.

„Staranność zaś, to: pilność, sumiennosc, dokładność, dbanie o szczegóły. Obowiązkiem dziennikarza jest też zachowanie rzetelności, przez co należy rozumieć uczciwość, solidność, konkretność, zgodność z zasadami sztuki, odpowiedzialność za słowo, niewprowadzanie w błąd. Obowiązki te obejmują tak fazę zbierania materiału prasowego jak i jego wykorzystania.

Obowiązek dziennikarza zachowania szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystywaniu materiałów prasowych oznacza kwalifikowaną staranność i rzetelność, na co wskazał Sąd Najwyższy jeszcze w 1987 r. (II CR 269/87)”.

Dziennikarz może uwolnić się od odpowiedzialności o ile wykaże, że naruszenie dóbr osobistych innej osoby nie było bezprawne. Aby jednak uwolnić się od zarzutu bezprawności, dziennikarz musi wykazać, że zaistniały takie przesłanki, jak: rzetelność publikacji i zgodność zawartych w niej ocen z zasadami współżycia społecznego¹². Art. 41 prawa prasowego udzielając dziennikarzom prawa do rzetelnej i zgodnej z zasadami współżycia społecznego krytyki, nie zwalnia ich z odpowiedzialności. Sąd Najwyższy w wyroku tym wskazał na odmienne zakresy regulacji art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego i art. 41 tego prawa. „Pierwszy określa zawsze ciężące na dziennikarzu obowiązki, natomiast drugi wyznacza granice krytyki pozostającej pod ochroną prawa (a więc pozbawionej piętna bezprawności). Artykuł 41 prawa prasowego nie może być zatem odczytywany, jako umniejszenie obowiązku staranności dziennikarza w zbieraniu i wykorzystywaniu materiału, bądź złagodzenie wymagań w prawdziwym przedstawianiu faktów, ani też jako dozwole nie na naruszanie dóbr osobistych, lecz jedynie jako wytyczenie granic swobody formułowania ujemnych ocen (por. także wyrok Sądu Najwyższego

przeciwko Rumunii, skarga nr 28114/95; z 22 października 2009 r., sprawa nr 25333/06 Europapress Holding D.o.o. przeciwko Chorwacji.

¹¹ I CSK 334/2010.

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 4 marca 2010 r, sygn. akt: I CSK 291/2009.

z 27 lutego 2003 r. IV CKN 1846/2000 LexPolonica nr 359435), czyli wypowiedzi wartościujących”.

Sąd Najwyższy podkreślił, że prawdziwość, względnie nieprawdziwość, informacji zawartych w artykule nie przesądza o naruszeniu dóbr osobistych powoda opublikowaniem tego artykułu, zastrzegając jednocześnie, iż obowiązkiem prasy jest prawdziwe przedstawianie omawianych zjawisk. Waga tego obowiązku wynika z wyeksponowania go w przepisie – art. 6 ust. 1 prawa prasowego, zamieszczonym wśród przepisów ogólnych tego prawa. Niewątpliwie więc realizacja przez prasę jej zadania „rzetelnego informowania” (art. 1 prawa prasowego) powinna polegać na przedstawianiu omawianych zjawisk zgodnie z prawdą. Jednakże rzetelnego informowania nie można utożsamiać z prawdziwym przedstawianiem zjawisk i w każdym wypadku nieprawdziwego przedstawienia zjawiska uznawać, że jest to przypadek nierzetelnej informacji. Ze względu na ograniczoność środków, które pozostają w dyspozycji dziennikarzy i którymi mogą oni posługiwać się przy zdobywaniu informacji, dotarcie przez nich do wszystkich okoliczności opisywanego zdarzenia, a zatem do całej o nim prawdy, w wielu wypadkach nie jest możliwe. Wymaganie, żeby „rzetelne informowanie” oznaczało bezwzględne przestrzeganie przez dziennikarzy „prawdziwego przedstawiania zjawisk” prowadziłoby więc do istotnego ograniczenia możliwości wypełnienia zadań stojących przed prasą w demokratycznym państwie. Wynika to także z art. 10 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, który deklaruje wolność wyrażania opinii i określa granice korzystania z tej wolności. Dał temu wyraz Europejski Trybunał Praw Człowieka, w szczególności w orzeczeniu z 28 września 1999 r. w sprawie Dalban przeciwko Rumunii, wyrażając pogląd, że nie da się zaakceptować sytuacji, w której dziennikarz może formułować krytyczne oceny wyłącznie pod warunkiem, iż wykaże ich prawdziwość.

Ten pogląd ETPCz nie odnosi się jednak do informacji, do podawania faktów. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r.¹³ w jej art. 10 statuuje prawo do wolności wyrażania opinii oraz do otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Zastrzega jednakże, że korzystanie z tych wolności może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego, ze względu na ochronę zdrowia

¹³ Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób [podkr. aut.] oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wolność wypowiedzi nie jest traktowana jako prawo bezwzględne, w określonych bowiem sytuacjach, np. w razie potrzeby ochrony dobrego imienia i praw innych osób, dopuszczalne jest jego ograniczenie, pod warunkiem, że ingerencja jest legalna, celowa i konieczna w społeczeństwie demokratycznym.

Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjmuje, że granicę dla ochrony swobody wypowiedzi tworzy wymóg rzetelności dziennikarskiej, zachowania wymogów dobrej sztuki i etyki zawodowej, natomiast każdorazowe wyważanie pomiędzy prawem jednostki a przyczynami ingerencji w swobodę wypowiedzi, wymaga odniesienia do znaczenia i rangi prawa dla człowieka oraz rzeczywistych, a nie subiektywnych konieczności leżących u podstaw ingerencji.

Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego dominuje stanowisko, że samo tylko powołanie się na wolność prasy i prawo swobody wypowiedzi nie zwalnia od odpowiedzialności za skutki naruszenia dóbr osobistych dokonanego opublikowanym dziełem, a odpowiedzialność autora zależy w konkretnym przypadku od wyników analizy i oceny zderzenia obu konkurencyjnych, a doniosłych społecznie wartości, a mianowicie prawa swobody wypowiedzi i prawa do ochrony czci i godności¹⁴.

Realizowanie przez dziennikarzy zadań stojących przed mediami, przy uwzględnieniu charakteru tych zadań oraz rzeczywistych możliwości działania dziennikarzy, powoduje odpowiednie ukształtowanie ich praw i obowiązków. Art. 6 ust. 1 prawa prasowego zobowiązuje media do prawdziwego przedstawiania omawianych zjawisk, ale art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego określając obowiązki dziennikarza nie nakłada na dziennikarza obowiązku prawdziwego przedstawiania omawianych zjawisk. W myśl tego przepisu oraz art. 7 ust. 2 pkt 4 prawa prasowego, dziennikarz jest obowiązany zachować szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych, zwłaszcza obowiązany jest sprawdzić zgodność z prawdą uzyskanych wiadomości lub podać ich źródło. Podkreśla się, że obowiązki dziennikarza zostały

¹⁴ M.in. w orzeczeniach Sądu Apelacyjnego w Warszawie: z 23 stycznia 1996 r., I ACr 1140/95; z 26 maja 2000, I ACa 1421/99; z 7 lipca 2005 r., I ACa 530/2005; z 30 września 2008 r., I ACa 470/2008 oraz Sądu Najwyższego: z 11 października 2001 r., II CKN 559/99; z 22 marca 2002 r., I CKN 814/99; z 10 lipca 2003 r., I CKN 490/2001; z 24 stycznia 2008 r., I CSK 338/2007; z 8 lutego 2008 r., I CSK 385/2007; z 2 grudnia 2010 r., I CSK 11/2010.

zatem określone przez wskazanie zasad jego działania (szczególna rzetelność i staranność), a nie rezultatu tego działania (prawdziwe przedstawienie omawianych zjawisk). O naruszeniu tych obowiązków można mówić wówczas, gdy dziennikarz nie zachował szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych, zwłaszcza co do sprawdzenia zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości. Natomiast sam tylko fakt nieprawdziwego przedstawienia omawianych zjawisk nie stanowi podstawy do stwierdzenia naruszenia przez dziennikarza jego obowiązków.

Sąd Najwyższy w tym orzeczeniu wyraził pogląd nieakceptowany przez wszystkie jego składy. Stwierdził bowiem, że za bezprawne, w rozumieniu art. 24 § 1 kc, nie może zatem być uznane opublikowanie materiału prasowego naruszającego dobra osobiste, gdy okaże się, że zawiera on informacje nieprawdziwe, jeżeli dziennikarz, działając w obronie uzasadnionego interesu społecznego, zachował szczególną staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu tego materiału. Bezprawne bowiem nie jest działanie wypełniające obowiązki nałożone przez ustawę. Działanie dziennikarza, które nie jest bezprawne, nie może zaś powodować jego odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych (art. 24 kc)¹⁵.

Rozważając tę kwestię, zważyć należy, że art. 12 ust. 1 pkt 1 prawa prasowego nakazuje sprawdzenia zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości i wzmacnia znaczenie tego obowiązku przez użycie słowa „zwłaszcza”. Ponieważ dziennikarz obowiązany jest chronić dobra osobiste (art. 12 ust. 1 pkt 2 prawa prasowego), powinien szczególnie troszczyć się o to, żeby swoimi publikacjami nie zagrozić tym dobrom ani ich nie naruszyć. Uwolnienie się przez osoby wymienione w art. 38 ust. 1 prawa prasowego, w tym oczywiście dziennikarzy, od odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych spowodowane opublikowaniem materiału zawierającego informacje nieprawdziwe może więc nastąpić tylko w razie wykazania, że dziennikarz zachował tak rozumianą staranność i rzetelność przy zbieraniu i wykorzystaniu materiału prasowego.

W wyroku z 28 września 2011 r. SN podkreślił¹⁶: „Nie można tłumaczyć publikacji prasowych uzasadnionym interesem publicznym oraz prawem dziennikarza do swobody wypowiedzi i wyrażania poglądów, jeśli są publikowane w ogólnie dostępnych mediach, a opierają się na niedostatecznie sprawdzonych i w rzeczywistości nieprawdziwych

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ I CSK 33/2011.

informacjach, co podważa profesjonalizm, uzyskany status zawodowy i prestiż danej osoby, naruszając jej dobra osobiste w postaci dobrego imienia oraz czci. Są to dobra osobiste, o których mowa w art. 23 i 24 k.c., podlegające ochronie”.

Sąd Najwyższy w zdecydowanej większości orzeczeń stoi na stanowisku, że powołanie się dziennikarza na źródło informacji nie stanowi jeszcze o wypełnieniu obowiązku staranności i rzetelności, o jakim mowa w art. 12 ust. 1 Prawa prasowego, a tym bardziej nie wypełnia obowiązku działania zgodnie z etyką zawodową, określonego w art. 10 ust. 1 Prawa prasowego, o ile informacja ta nie zostanie zweryfikowana w dostępny dla dziennikarza sposób, a w szczególności poprzez uzyskanie wypowiedzi samego zainteresowanego.

Obowiązek zweryfikowania dotyczy zwłaszcza informacji anonimowej osoby, a jego zaniechanie potwierdza zarzut niedochowania należytej staranności i rzetelności, zwłaszcza jeśli nie jest to audycja prowadzona „na żywo”.

Autorzy publikacji często bronią się twierdząc, że uzyskali informacje od osoby, które zastrzegło sobie zachowanie jego danych w tajemnicy. Jest to powołanie się na tajemnicę dziennikarską. Tymczasem w art. 12 ust. 1 prawa prasowego zamieszczony jest także nakaz sprawdzania zgodności z prawdą uzyskanych wiadomości lub podania ich źródła. Autor publikacji ma zatem prawo do postrzegania i krytyki wszelkich ujemnych zachowań i zjawisk w życiu społecznym, ale w granicach określonych prawem i zasadami współżycia społecznego, przy przestrzeganiu obowiązku prawdziwego ich przedstawiania, kierując się koniecznością ochrony interesów społeczeństwa, jak również przestrzegania oraz ochrony praw i obowiązków obywateli. Na etapie wykorzystania materiałów prasowych istotne jest przede wszystkim rozważenie powagi zarzutu, znaczenia informacji z punktu widzenia usprawiedliwionego zainteresowania społeczeństwa oraz potrzeby (pilności) publikacji, a także wszechstronne, a nie selektywne przekazanie informacji, przedstawienie wszystkich okoliczności i nie działanie „pod z góry założoną tezę”. W publikacji prasowej może dojść do naruszenia dóbr osobistych przez zamieszczenie wypowiedzi o faktach lub o charakterze ocennym. Tylko wypowiedzi o faktach są weryfikowalne według kryterium prawdy i fałszu, natomiast wyrażonych w publikacji opinii nie można zweryfikować w taki sposób, można jedynie orzec o ich zasadności lub bezzasadności w świetle materiałów, na których zostały oparte. Możliwe jest także naruszenie dobra osobistego treścią publikacji prasowej, z której wynikają jednoznaczne sugestie co do nagannego moralnie postępowania

nia osoby wskazanej w tej publikacji z imienia i nazwiska lub osoby, którą przeciętny czytelnik materiału może zidentyfikować¹⁷.

W wyroku w procesie Aleksandra Kwaśniewskiego przeciwko dziennikarzom nieistniejącego już „Życia Warszawy”¹⁸, Sąd Najwyższy był zobligowany z konieczności do rozważenia odpowiedzialności dziennikarza za naruszenie dóbr osobistych osoby publicznej przez posądzenie urzędującego prezydenta o zażyłość z agentem obcego wywiadu. Stwierdził wówczas, że artykuł *Wakacje z agentem*, ukazując powoda jako osobę przebywającą w tym samym czasie i miejscu co W.A., sugeruje, a przynajmniej nie wyklucza tego, że zachowanie powoda było przez niego zamierzone i przedstawia przynależność powoda i W.A. do „szczególnie zżytego towarzystwa”. Ponieważ W.A. określony został w artykule jako oficer radzieckiego i rosyjskiego wywiadu, co zresztą po tzw. sprawie Oleksego stało się wiadomością powszechnie znaną, uznanie, że artykuł wskazuje na powoda, jako na osobę, która kontaktuje się z funkcjonariuszem obcego wywiadu i pozostawia domysłowi czytelników być może agenturalny charakter tych kontaktów, jest w pełni uprawnione. Pomówienie powoda o takie postępowanie nie tylko w jego odczuciu, ale w obiektywnej ocenie innych osób stanowi naruszenie czci powoda. Pozostawanie w bliskich stosunkach z agentem obcego wywiadu, które ukrywa działania wymierzone przeciwko własnemu krajowi, stanowi zachowanie niegodne każdego obywatela. Przypisanie takiego postępowania powodowi jako urzędującemu Prezydentowi RP – mimo iż dotyczy postępowania sprzed objęcia przez niego urzędu prezydenta – tym bardziej godzi w jego cześć, gdyż podważa zaufanie, którym został obdarzony przy wyborze na ten urząd i które jest potrzebne do jego sprawowania. Oceny tej nie zmienia okoliczność, że osoby, które podejmują działalność publiczną, a zwłaszcza politycy, muszą w znacznie większym stopniu niż osoby prywatne liczyć się z osądem innych osób i że ramy dopuszczalnej krytyki ich postępowania są szersze, niż krytyka postępowania osób prywatnych. Publiczne przedstawienie postępowania polityka, które w obiektywnej ocenie godzi w jego dobra osobiste, aczkolwiek może być uznane – jako podjęte w obronie uzasadnionego interesu społecznego bądź indywidualnego – za działanie pozbawione cechy bezprawności, nie oznacza jednakże, że działanie to nie narusza dóbr osobistych polityka.

¹⁷ Wyroki Sądu Najwyższego z 6 października 2006 r. V CSK 151/2006; z 7 lipca 2005 r., V CK 868/2004; z 11 lutego 2011; I CSK 334/2010.

¹⁸ Por. przyp. 9.

Także Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 8 lipca 2009 r.¹⁹ orzekł, że osoby pełniące funkcje publiczne podlegają nieco węższej ochronie, ale tylko jeśli życie prywatne jest ściśle związane ze sferą publiczną: „Nawet pracownik Kancelarii Sejmu wieczorem ma prywatne życie i nie wolno opisywać jego ekscesów, choćby budziły kontrowersje. Prasa nie może o nich opowiadać, posługując się nazwiskiem, nawet dla zobrazowania społecznie istotnego problemu”.

SZCZEGÓLNE UPRAWNIENIA DZIENNIKARZY?

Sformułowanie art. 3a ustawy z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, bywa niekiedy interpretowane, jak to uczynił Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 24 listopada 2009 r. – jako przyznanie przez ustawodawcę szczególnych uprawnień dziennikarzom, którzy są swoistego rodzaju „depozytariuszami pozyskanych informacji”²⁰.

WSA stwierdził, że ustawodawca wyłączył działalność dziennikarską spod ochrony ustawy o ochronie danych osobowych, nakładając na tę grupę zawodową ograniczenia w przetwarzaniu danych osobowych wynikające z prawa prasowego i z ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, bowiem w prawie prasowym zamieszczono art. 3a, który brzmi następująco:

„Art. 3a. 1. Ustawy nie stosuje się do:

1) osób fizycznych, które przetwarzają dane wyłącznie w celach osobistych lub domowych,

2) podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie trzecim, wykorzystujących środki techniczne znajdujące się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wyłącznie do przekazywania danych.

2. Ustawy, z wyjątkiem przepisów art. 14–19 i art. 36 ust. 1, nie stosuje się również do prasowej działalności dziennikarskiej w rozumieniu ustawy z 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz.U. Nr 5, poz. 24, z późn. zm.) oraz do działalności literackiej lub artystycznej, chyba że wolność wyrażania swoich poglądów i rozpowszechniania informacji istotnie narusza prawa i wolności osoby, której dane dotyczą”.

W wyroku tym przyjęto, że wykładnia art. 3a ustawy o ochronie danych osobowych w odniesieniu do art. 3a prawa prasowego prowadzi do

¹⁹ I ACa 316/2009.

²⁰ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 24 listopada 2009 r. sygn. akt II SA/Wa 1584/09.

wniosku, że Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych (GIO-DO) może reagować tylko wtedy, kiedy w działalności dziennikarskiej istotnie naruszono prawa i wolności osoby, której dotyczyła.

Rozpatrując sprawę udostępnienia akt zakończonego umorzeniem – z powodu braku dowodów popełnienia przestępstwa – postępowania przygotowawczego skład orzekający uznał, że akta zakończonego postępowania przygotowawczego stanowią informację publiczną i w odniesieniu do takich akt znajduje zastosowanie ustawa o dostępie do informacji publicznej. Prokuratura była zobowiązana do udostępnienia informacji dziennikarzowi na zasadzie art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Tym samym został podtrzymany pogląd innego składu WSA z wyroku z 19 maja 2008 r.²¹ Według Sądu, sankcje z tytułu naruszenia art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej ustawa ta pozostawia innym regulacjom prawnym, tj. przepisom prawa cywilnego, prawu prasowemu i karnemu. Skład Orzekający uznał, że GIO-DO zachowuje kompetencję tylko odnośnie do ochrony danych osobowych osoby fizycznej.

Powołując się na art. 3a prawa prasowego w związku z art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, ten skład WSA uznał dziennikarzy za depozytariuszy wiedzy prywatnej pozyskiwanej z akt zakończonego postępowania [podkr. aut.]. Według WSA prokuratura miała świadomość ciężących na dziennikarzu ograniczeń oraz wyjątkowych uprawnień dziennikarza. Ta decyzja prokuratury powinna być oceniana przez pryzmat art. 1 Konstytucji, dobra wspólnego, dobra publicznego i ustawy o ochronie danych osobowych. Należało wziąć pod uwagę historyczne tło udostępnienia akt postępowania, gdyż zainteresowanie mediów było tym większe, że skarżący wykonywał zawód publicznego zaufania, a w stosunku do osób wykonujących takie zawody dopuszcza się szerszą ingerencję w sferę prywatną. Wojewódzki Sąd Administracyjny podzielił ocenę GIO-DO, że stosownie do art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, Prokuratura zobowiązana była do spełnienia obowiązku informacyjnego, dla dobra publicznego. W dalszej części uzasadnienia wyroku stwierdzono, że gdyby nawet przyjąć, iż informacja dotyczyła praw i wolności osoby, której te dane dotyczą, to i tak uznać należało, że w sprawie wystąpiły przesłanki legalizujące to udostępnienie, o których mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy o ochronie danych osobowych. Udostępnienie uzasadniał także przepis art. 27 ust. 2 pkt 2 tej ustawy, bowiem przepis innej ustawy – art. 4 ust. 1,

²¹ Sygn. akt: II SA/Wa 2171/07.

art. 1 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej i art. 7a ustawy o działalności gospodarczej – na to zezwalał.

Skład orzekający wskazał na kolizję wynikającą z prawa do informacji, prawa do ochrony prywatności i prawa prasy do wolności publikacji, ale wyraził pogląd, że kolizja nie może prowadzić do wyeliminowania jednego z chronionych konstytucyjnie praw, lecz zmusza do wyważenia, przez pryzmat art. 1 Konstytucji RP, które wartości powinny ustąpić dla dobra wspólnego. WSA uznał, że ustawa o ochronie danych osobowych będzie miała ograniczone zastosowanie m.in. z powodu „częściowego wyłączenia stosowania ustawy o ochronie danych osobowych do działalności dziennikarskiej i jednocześnie włączeniu ochrony *lex specialis*, tj. prawa prasowego i ustawy o dostępie do informacji publicznej”.

Stanowisko WSA, zajęte we wskazanym wyroku, zostało poddane surowej krytyce przez Naczelną Sąd Administracyjny w wyroku z 13 stycznia 2011 r.²²

NSA uznał, że WSA błędnie wyłożył i zastosował przepis art. 3a ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. Wskazano, że wynikający z art. 3a ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych brak zastosowania tej ustawy do prasowej działalności dziennikarskiej nie oznacza, że administrator danych może przetwarzać dane osobowe na żądanie dziennikarza bez ograniczeń ustanowionych w ustawie o ochronie da-

²² 22/ Sygn. akt: I OSK 440/10. NSA zarzucił także Sądowi I instancji, że „argumentacja zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku nieprecyzyjnie odwołuje się do poglądów orzecznictwa. Na stronie 17 uzasadnienia Sąd pierwszej instancji, powołując się na wyrok WSA w Lublinie wskazał błędną datę wyroku zapadłego w sprawie o sygn. akt II SAB/Lu 74/05 i przytoczył pogląd, o słabszej ochronie tej sfery prywatności, która nie jest sferą intymną, który to pogląd w tym wyroku nie został wyrażony. Podobnie, w wyroku NSA z 28 września 2009 r., sygn. akt I OSK 1245/08, nie wypowiedziano się o obowiązku udostępnienia aktu oskarżenia przez prokuratora (chodziło o udostępnienie odpisu aktu oskarżenia, którym dysponował poszkodowany zakład pracy, w postępowaniu cywilnym). Wreszcie, powołując się na wyrok NSA z 24 czerwca 1999 r., nie podając sygnatury akt, Sąd pierwszej instancji stwierdził, że w wyroku tym wyartykułowano analogiczny pogląd. Przytoczył stwierdzenie, według którego przetwarzanie danych jest dopuszczalne m.in. gdy jest niezbędne do wykonywania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego – art. 23 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie danych osobowych. Sąd dodał, że zadania takie wykonuje także prasa zgodnie z art. 1 Prawa prasowego. Wojewódzki Sąd Administracyjny nie przytoczył dalszej części wypowiedzi zawartej w przywołanym wyroku (NSA ustalił sygn. akt – II SA 686/99). Naczelną Sąd Administracyjny zaakcentował wówczas, że prasa może żądać, zgodnie z art. 4 ust. 1 i 3 Prawa prasowego, udostępnienia jej informacji, o ile nie podlegają ochronie oraz wskazał, że ograniczenia dostępu mają charakter podmiotowy i przedmiotowy”.

nych osobowych. Dyspozycja art. 3a ust. 2 skierowana jest do prasy jako posiadacza danych. Z mocy art. 3a ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych, ustawy tej nie stosuje się do zbierania, opracowywania i przygotowywania, a także publikacji materiałów w prasie. Ograniczeń w zakresie ochrony danych osobowych podczas udostępniania informacji prasie nie usuwa przepis art. 3a prawa prasowego, gdyż przepis ten stanowi, że w zakresie prawa dostępu prasy do informacji publicznej stosuje się przepisy ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej. Nie przewiduje on zatem w tym zakresie szczególnych uprawnień dla prasy. Zrównuje prawa dziennikarza z prawami każdego podmiotu, który o informację publiczną może się ubiegać [podkr. aut.]. Zakaz naruszania prawa do prywatności obowiązuje również w zakresie informowania prasy przez przedsiębiorców i podmioty niezaliczone do sektora finansów publicznych.

NSA podkreślił, że Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych jest obowiązany do wydania decyzji na podstawie art. 18 ust. 1 pkt 1–6 ustawy o ochronie danych osobowych w razie naruszenia przepisów ustawy o ochronie danych osobowych. Odpowiedzialność administracyjna przewidziana w tych przepisach jest niezależna od odpowiedzialności cywilnej i karnej administratora danych lub osób bezprawnie posługujących się danymi osobowymi udostępnionymi przez administratora danych. Nie można mówić o bezprzedmiotowości postępowania, mimo udostępnienia danych osobowych skarżącego dziennikarzowi, skoro skarżący domaga się ochrony danych osobowych.

W sprawie skarżącego już wcześniej, bo 30 lipca 2009 r., orzekł Naczelny Sad Administracyjny uchylając wyrok WSA w Warszawie z 19 maja 2008 r. NSA uznał wówczas, że akta postępowania karnego nie dotyczyły skarżącego jako pełniącego funkcję publiczną. Nie było więc podstaw do ewentualnego wyłączenia ograniczeń ochrony prywatności zawartych w art. 5 ust. 3 ustawy o dostępie do informacji publicznej. W takim wypadku także nie miała znaczenia, dla rozstrzygnięcia sprawy, okoliczność w postaci pełnienia przez skarżącego „zawodu zaufania publicznego”.

KWESTIA LEGALIZACJI UDOSTĘPNIENIA DANYCH OSOBOWYCH

Art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych dopuszcza przetwarzanie danych osobowych, gdy jest to niezbędne dla zrealizowania uprawnienia lub spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa.

NSA stwierdził, że Wojewódzki Sąd Administracyjny naruszył ten przepis, uznając, że udostępnienie przez prokuraturę akt postępowania było spełnieniem obowiązku informacyjnego wynikającego z przepisu prawa. „Akta zakończonego umorzeniem postępowania karnego są informacja publiczną i podlegają udostępnieniu nie na zasadach art. 156 § 5 Kodeksu postępowania karnego, ale na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. Obowiązkiem prokuratora jest więc udostępnienie każdemu informacji publicznej zawartej w takich aktach (por. wyrok NSA z 7 marca 2003 r., sygn. akt II są 3572/02, niepublikowany, treść [w:] System Informacji Prawnej LEX nr 144641; wyrok NSA z dnia 8 lutego 2005 r., sygn. akt OSK 1113/04, niepublikowany, treść [w:] System Informacji Prawnej LEX 171180; wyrok WSA w Krakowie z dnia 29 czerwca 2006 r., sygn. akt II SAB/Kr 31/06, niepublikowany”.

NSA stanowczo podkreślił, że realizacja tego obowiązku informacyjnego nie może nastąpić bez uwzględnienia ograniczeń wynikających z art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz z przepisów ustawy o ochronie danych osobowych.

Jeżeli informacja publiczna zawiera dane osobowe, a nie wchodzi w grę art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, nie można uznać, że zaistniała przesłanka legalizująca udostępnienie danych osobowych, o której mowa w art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych. Pierwszeństwo w ochronie mają wówczas dane osobowe, a tym samym wykonanie obowiązku informacyjnego nie stanowi przesłanki legalizującej ich udostępnienie [podk. aut.]. Powołując się na wyroki NSA²³, a także na stanowisko doktryny: I. Kamińskiej, M. Rozbickiej-Ostrowskiej oraz M. Bidzińskiego stwierdzono, że prokurator miał więc nie tylko obowiązek udostępnienia informacji publicznej, ale także obowiązek postępowania w sposób nienaruszający art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz w sposób zgodny z ograniczeniami wynikającymi z art. 23 oraz art. 27 ustawy o ochronie danych osobowych. W myśl art. 5 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej, prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej. Dane osobowe, takie jak imię, nazwisko, wiek, wykonywany zawód, stanowią sferę prywatności, o ja-

²³ NSA powołał się na publikacje: Małgorzaty Jaśkowskiej, *Dostęp do informacji publicznych w świetle orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego*, TNOiK „Dom Organizatora” 2002, s. 80 oraz Jacka Sobczaka, *Prawo prasowe. Komentarz*, LEX 2008, teza 1 do art. 3a; wyroki z: 8 lutego 2005 r., sygn. akt OSK 1113/04; z 11 maja 2006 r., sygn. akt II OSK 812/05, niepublikowanego, WSA w Warszawie: z 20 kwietnia 2006 r., sygn. akt II SA/Wa 2227/05; z 13 czerwca 2006 r., sygn. akt II SA/Wa 2016/05, niepublikowane.

kiej mowa w art. 5 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych. Nadto, w myśl art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych, przetwarzanie danych osobowych jest dopuszczalne, gdy jest to niezbędne dla spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Tymczasem dla spełnienia obowiązku udostępnienia informacji o przebiegu postępowania karnego prowadzonego przez prokuratora nie było niezbędne ujawnienie danych osobowych skarżącego. Dostęp do informacji byłby zachowany w razie ujawnienia czynności organów państwa z postępowania przygotowawczego i postępowania sądowego, włącznie z treścią orzeczeń sądowych, ale bez ujawnienia danych osobowych osoby oskarżonej, tym bardziej, że postępowanie to zostało zakończone umorzeniem postępowania²⁴.

Dalej NSA podkreślił, że nie zachodziła także przesłanka określona w art. 23 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie danych osobowych. Przepis ten wskazuje, że przetwarzanie danych jest dopuszczalne, gdy jest niezbędne do wykonania określonych prawem zadań realizowanych dla dobra publicznego. Przesłanka ta zazębia się z wcześniej podaną, tą, która pozwala na przetwarzanie danych osobowych, gdy jest niezbędne dla spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa. Zadaniem publicznym, w rozumieniu art. 23 ust. 1 pkt 4, jest udostępnienie informacji publicznej. Również według art. 23 ust. 1 pkt 4, warunkiem przetworzenia danych osobowych jest niezbędność przetworzenia danych osobowych dla realizacji zadania. Jak już wyżej wskazano, takiej niezbędności w rozważanym przypadku nie ma. Zadaniem publicznym jest także walka z przestępczością. Nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że ujawnienie danych osobowych skarżącego służyło walce z przestępczością, zarówno w wymiarze społecznym (odstraszanie, zapobieganie), jak i w wymiarze indywidualnym ukierunkowanym na sprawcę (do skazania nie doszło). „Nadto, w ocenie Naczelnego Sądu Administracyjnego, nie ma dobra publicznego w ujawnianiu, bez zgody osoby, której dane dotyczą, danych osobowych osoby, która była oskarżona o popełnienie przestępstwa, ale postępowanie wobec niej zostało umorzone. W interesie publicznym jest, aby osoba, której organy państwa postawiły zarzuty, ale nie wykazały ich zasadności, nie ponosiła w związku z tym

²⁴ Do naruszania art. 23 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie danych osobowych nagminnie dochodzi – zdaniem naszym – w komunikatach IPN o wszczęciu postępowań lustracyjnych, z których wiele kończy się potwierdzeniem zgodności z prawdą oświadczeń osób lustrowanych. Systematycznie też naruszają ten przepis media – i w jednym i w drugim przypadku bez stosownej reakcji GIODO. I do takich sytuacji odnoszą się wnioski NSA zawarte w omawianym wyroku.

żadnych dodatkowych dolegliwości [podkr. aut.]. Warto skonstatować, że podanie wyroku do publicznej wiadomości, będące pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. karą dodatkową, a obecnie, w myśl art. 39 pkt 8 oraz art. 50 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.) będące środkiem karnym, mogło być i może być stosowane przez sąd powszechny wobec osób skazanych za popełnienie przestępstw i to tylko po spełnieniu przesłanek uzasadniających orzeczenie wobec skazanego tej dolegliwości. Omawiany środek karny spełnia między innymi funkcję zakwestionowania dobrego imienia oskarżonego. Powtórzyć można, że zakwestionowanie dobrego imienia oskarżonego, który nie został skazany, ale wobec którego umorzono postępowanie karne, nie stanowi dobra publicznego, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 4 ustawy o ochronie danych osobowych”.

Można więc stwierdzić, że orzecznictwo wypracowało dosyć klarowne kryteria oceny pozwalające na stwierdzenie, kiedy mamy do czynienia z nadużyciem wolności słowa w publikacjach i odpowiedzialnością cywilną autorów i osób decydujących o zakwalifikowania danego dzieła do opublikowania.

REGULACJA STANÓW NADZWYCZAJNYCH W NIEMIECKIEJ USTAWIE ZASADNICZEJ Z 1949 R. ORAZ W POLSKIEJ KONSTYTUCJI Z 1997 R.

Uchwalona w 1949 r. Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej (UZ) nie zawarła klasycznych instytucji konieczności państwowej, ale, jak napisał Zbigniew Maciąg¹, zbudowano „system demokracji samoograniczającej się i zdolnej z pomocą wyżej prezentowanych instytucji konstytucyjnych i rozwiązań do samoobrony przed ewentualnymi zamachami godzącymi w jego podstawy”. Państwo prawne – jako podsumowanie cywilizacyjno-organizatorskiego rozwoju ludzkości – przygotowane jest na wszelkie sytuacje, w tym o charakterze kryzysowym. Nie może ono odstępować od swoich norm, nawet w okresach przesilen ustrojowych. Taka jest jego istota. Nawet historycznie ukształtowane prawo do oporu może być wykorzystane, według niemieckiej Ustawy Zasadniczej, jedynie dla obrony konstytucyjnego ustroju, a nie przeciw niemu. Tak samo jest z zagadnieniem ograniczeń praw i swobód człowieka. Możliwość ich uszczuplenia wpisana jest *ex definitione* w ich ochronę. Z drugiej strony istnieją przepisy o granicach takich restrykcji. Nie trzeba proklamować jakiegoś szczególnego stanu celem zacieśnienia tych przywilejów jednostki.

Nie dziwi więc, że dopiero po niemal dwudziestu latach obowiązywania niemieckiej UZ doszło do konstytucjonalizacji stanu wojennego (wojny) – jedynego dopuszczalnego w państwie prawnym. W świecie, w którym nie wszystkie państwa dorosły do tego poziomu organizacji

¹ Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 357.

społeczeństwa, zawsze jest możliwa napaść z zewnątrz. Dlatego zamiast stanu wojennego lub wojny UZ mówi o stanie obrony – ściślej, dosłownie – o tzw. przypadku obrony. Jeśli można zrozumieć powody, dla których wybrano tę nazwę, to trudniej sposób jej regulacji. Jest ona z punktu widzenia prawa porównawczego tak legalistyczną, że doktryna tego kraju, zapytuje się do dzisiaj o jej skuteczność. W związku z tym niniejsze rozważania rozpoczęte zostaną skrótowym przedstawieniem norm konstytucyjnych osławionej niemieckiej „walczącej demokracji”. Następnie omówione będą szczegółowo normy UZ o stanach nadzwyczajnych, a w zakończeniu, dla porównania, przedstawiona zostanie polska regulacja konstytucyjna.

WALCZĄCA CZY ZWALCZAJĄCA DEMOKRACJA?²

Niemiecka konstytucja z 1949 r. zawiera dużą ilość drobiazgowych przepisów związanych ze stanami nadzwyczajnymi. Jest to jedna z najbardziej chronionych, „opancerzonych” konstytucji świata. Jeden z polskich badaczy tej ustawy, nazwał ją wręcz „konstytucją stanu nadzwyczajnego”³. Mając na uwagę tę jej cechę, autorzy niemieccy mówią o regulacji stanu nadzwyczajnego w najszerszym, szerokim i ścisłym znaczeniu. Wynika to m.in. z utożsamiania w tym kraju konstytucji z ustrojem (demokratycznym i wolnościowy) oraz z państwem prawnym. Wszystko, co służy ich obronie przed jej zagrożeniami, wchodzi w skład szeroko pojmowanego prawa konieczności państwowej.

Z punktu widzenia niemieckiej UZ, zwłaszcza jej systematyki, jedynym stanem nadzwyczajnym w ścisłym tego słowa znaczeniu jest stan przewidziany w specjalnie wyodrębnionym dla niego – w 1968 r. – rozdziale Xa: przypadek obrony. Patrząc pod kątem prawa porównawczego, można go przyrównać ze stanem wojny i/lub wojennym. Mimo że w oma-

² Jak pisze A. Aschl, już w chwili opracowywania UZ nadano jej istotny rys, zwany najczęściej waleczną czy zdatną do obrony demokracją. Takie właściwości tworzonego ustroju miały go uchronić przed losem jej weimarskiej poprzedniczki. Innym, często spotykanym określeniem RFN – obok nazw przytoczonych w tekście – jest „państwo nadzorcze” (*Überwachungsstaat*). A. Aschl, *Staats- und verfassungs-rechtliches Lexikon (mit Zitatenanhang)*, Regensburg 1988. Według autora hasła *Demokratie, streibare, werhafte*, na taką demokrację składają się trzy główne narzędzia: zakaz stowarzyszeń (art. 9 ust. 2 UZ), wykluczenie antykonstytucyjnych partii politycznych (art. 21 ust. 2 zd. 1 UZ) oraz utrata praw podstawowych (art. 18 UZ).

³ J. Stembrowicz, *Rząd w systemie parlamentarnym*, Warszawa 1982, s. 282–283. Por. także uwagi w przypisie 1.

wianej ustawie zawarte są inne przepisy, łączone zwykle z krajowymi przesileniami czy zagrożeniami, nie przewidują one tzw. wewnętrznego stanu nadzwyczajnego⁴. Mówią one w szczególności o stanie obrony ustroju demokratycznego i wolnościowego (art. 91), bezpieczeństwie i porządku publicznym (art. 35, ust. zd. 1), katastrofie (art. 35 ust. 2 zd. 2 oraz ust. 3). Właśnie te trzy swoiste konieczności państwowe wraz „przypadkami” obrony i napięcia tworzą – według większości znawców niemieckiego prawa konstytucyjnego – stan nadzwyczajny w szerokim znaczeniu. To on będzie tu przedmiotem dalszych rozważań.

Nie będzie natomiast przedmiotem zainteresowania stan nadzwyczajny w najszerszym znaczeniu. Do niego zalicza się takie zapobiegawcze i represyjne środki, jak obowiązkowa wierność wobec konstytucji (art. 5 ust. 3 zd. 2)⁵, ustawodawstwo rządowe (art. 81), interwencja federalna (art. 37), możliwość zakazania partii politycznych (art. 21 ust. 2), przeniesienie w stan spoczynku lub zwolnienie z urzędu sędziego z powodu jego wykroczenia przeciwko zasadom UZ lub przeciwko porządkowi konstytucyjnemu któregoś kraju (art. 98 ust. 3), funkcjonowanie urzędów – ogólnokrajowego i w poszczególnych ziemiach – do spraw zbierania materiałów „w celu ochrony konstytucji i ochrony przed dążeniami na obszarze federalnym, które przez stosowanie siły lub podejmowane w tym kierunku działania przygotowawcze zagrażają zagranicznym interesom Republiki Federalnej Niemiec” (art. 87 ust. 1).

Tę listę „stanów nadzwyczajnych” w najszerszym tego słowa znaczeniu można powiększyć o dalsze konstytucyjne postanowienia UZ, jak zakaz zrzeszeń skierowanych przeciwko porządkowi konstytucyjnemu (art. 9 ust. 2), utajnienie dla zainteresowanego oraz zastąpienie drogi sądowej kontrolą przez „organy i organy pomocnicze” w razie ograniczenia tajemnicy korespondencji, poczty, telekomunikacji (art. 10 ust. 2), ograniczenie swobody miejsca pobytu z uwagi na niebezpieczeństwo grożące istnieniu lub wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu Federacji lub któregoś kraju (art. 11 ust. 2), utratę sied-

⁴ E.-W. Bockenforde, *Der verdrangte Ausnahmezustand, zum Handel des Staatsgewalt in ausserordentlichen Lagen*, „Neue juristische Wochenschrift” 1978, nr 31, s. 1883 i nast.

⁵ Szokujące brzmienie tego przepisu głoszącego, że „wolność nauczania nie zwalnia od wierności wobec konstytucji”, podkreśla stosowanie terminu konstytucja (*Verfassung*), a nie Ustawa Zasadnicza (*Grundgesetz*), jak nazywa się aktualny, najwyższy akt prawny Republiki Federalnej Niemiec. Według przeważającego poglądu, klauzula wierności nie zabrania rzeczowej krytyki, lecz jedynie agresywne ataki na podstawowe zasady wolnościowego demokratycznego ustroju. B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann, A. Hopfauf, *GG Kommentar zum Grundgesetz*, Köln 2008, s. 264.

miu podstawowych praw – wyliczonych art. 18 UZ – z powodu nadużycia wolności poglądów do walki przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi ustrojowemu itp.

STAN OBRONY

Stan ten jest przedmiotem odrębnego tytułu Xa UZ, obejmującego jeden obszerny art. 115 z literami od a do l włącznie⁶. Można go proklamować jedynie w razie napaści na terytorium narodowe lub bezpośrednio przed takim zagrożeniem. Agresor nie musi przekroczyć granicy. Wystarczy ostrzeliwanie kraju z zewnątrz albo atak na obszar państwa, z którym Niemcy są związane sojuszem obronnym. Oddziały napadające muszą być regularnymi siłami zbrojnymi albo zrównanymi z nimi formacjami wojskowymi, a nie np. przenikającymi w obszar kraju grupami szpiegów czy sabotażystów. Bliskość napaści powinna graniczyć z pewnością. Można nie proklamować stanu obrony – jeśli dla udaremnienia zewnętrznej napaści – wystarczy interwencja jednostek ochrony granicy.

Oficjalne zarządzenie stanu obrony następuje na podstawie wniosku rządu w tej sprawie do parlamentu. Najpierw uchwała go Sejm (Bundestag) większością dwóch trzecich głosujących. Posłowie „za” powinni stanowić połowę składu osobowego organu. Następnie decyzję tę powinien zatwierdzić – bez wymogu większości kwalifikowanej – Senat (Bundesrat). Dopiero po tych pozytywnych głosowaniach, prezydent republiki może proklamować stan obrony. Jego ogłoszenie może nastąpić w najróżniejszy sposób. Wymaga jednak współpodpisu premiera (kancelerza)⁷ lub odpowiedniego ministra.

Jeśli nie można zastosować tej procedury, wówczas parlament zastępuje tzw. Komisja Wspólna. Składa się ona w dwóch trzecich z posłów i w jednej trzeciej z senatorów. Posłowie zasiadają w niej w liczbie odpo-

⁶ W niemieckim piśmiennictwie konstytucyjnym nie ma prawie prac specjalnie poświęconych stanowi obrony. W polskiej literaturze na jego temat pisze K. Prokop, *Stan obrony i skutki jego wprowadzenia w świetle Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec*, „Administracja Publiczna. Studia Krajowe i Międzynarodowe” 2008, nr 2.

⁷ Z uwagi na chęć jak największego przybliżenia niemieckich instytucji i regulacji, określono je tutaj polskimi odpowiednikami, zdając sobie sprawę ze swoistości trzech podanych wyżej w nawiasach obcych organów. Na takie *licentia poetica* zezwalają dodatkowo autorzy dostępnych przekładów niemieckiej UZ, też nie przestrzegających jednolitej polskiej terminologii.

wiadającej sile swych frakcji. Nie mogą oni jednak należeć do rządu federalnego. Senat natomiast obsadza Komisję w ten sposób, że każda część składowa Federacji jest reprezentowana przez jednego wyznaczonego przez nią członka izby wyższej. Odmiennie niż w Senacie, jego delegaci w Komisji nie są związani instrukcjami. Ten czterdziestoosobowy mini parlament powinien być informowany przez rząd o planach na wypadek stanu wojny. Wspólna Komisja zarządza stan obrony po spełnieniu jednego z następujących warunków: konieczność natychmiastowego działania, niemożliwe do pokonania przeszkody uniemożliwiającej zebranie się Sejmu lub jego niezdolność do podejmowania uchwał. Ocenę wystąpienia warunków dokonuje rząd lub Wspólna Komisja⁸.

Aby Komisja Wspólna mogła podjąć uchwałę o wprowadzeniu stanu obrony, musi wpłynąć wniosek egzekutywy w tej sprawie. Taki wniosek powinien być zaakceptowany w Komisji większością podwójnie kwalifikowaną, tzn. musi uzyskać poparcie dwóch trzecich głosujących, z tym że ta większość powinna reprezentować co najmniej połowę członków tego ciała. Dopiero po pozytywnym przegłosowaniu wniosku władzy wykonawczej, prezydent republiki ma prawo zarządzić stan obrony.

Ustrojodawca niemiecki, zdając sobie sprawę z długotrwałości nawet tej uproszczonej procedury stwierdzenia stanu obrony, przewidział automatyczne wejście w życie omawianego położenia nadzwyczajnego. Muszą jednak być spełnione dwa warunki. Obszar państwa powinien być rzeczywiście zaatakowany (nie wystarczy nawet bliska groźba napaści). Organy normalnie uprawnione do stwierdzenia stanu obrony – izba niższa, wyższa albo Komisja Wspólna – nie są w stanie podjąć ważnej decyzji. Stan obrony jest uważany za ogłoszony z chwilą rozpoczęcia agresji.

Ogłoszenie stanu obrony powoduje możliwość pozbawienia wolności bez sądowej kontroli przez dłuższy okres niż w warunkach normalnych, możliwość szerszego wyłączenia niż na podstawie zd. 2 ust. 3 art. 14 UZ oraz powstanie – dla pozostających w pozytywnym stosunku do służby wojskowej – obowiązku cywilnych świadczeń publicznych dla celów obronnych. Jeśli chodzi o pozbawienie swobody podczas stanu obrony, to okres od zatrzymania do doprowadzenia internowanego przed niezawisły organ wymiaru sprawiedliwości może być wydłużony najwyżej o cztery dni „na wypadek, gdy sędzia nie może działać w terminie przewidzianym w normalnym czasie”. Wyłączenie podczas

⁸ Na temat „zastępczego parlamentu wojennego”, zob. H. Amann, *Verfassungsrechtliche Probleme des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 53a Abs. 1 GG*, Grundgesetz 1971.

stanu obrony ulega jedynie tymczasowemu ograniczeniu. Z chwilą ustania stanu obrony, niezwłocznie dokonuje się ostatecznej regulacji wynagrodzenia za poniesione szkody.

Osoby objęte obowiązkiem służby wojskowej albo odbywające ją w trybie zastępczym, mogą być powołane do pracy na rzecz ludności cywilnej. Jeśli nie ma dostatecznej liczby pracujących na zasadzie dobrowolności, w stałej wojskowej organizacji szpitalnictwa lub w cywilnych urządzeniach sanitarno-zdrowotnych, można powołać do tego rodzaju świadczeń publicznych kobiety między 18 a 55 rokiem życia. Jeżeli występują braki w zatrudnieniu na dobrowolnej podstawie, na rzecz zaopatrzenia sił zbrojnych oraz w administracji publicznej dla ludności cywilnej, można ograniczyć wolność Niemców do rezygnacji z wykonywania zawodu lub z miejsca pracy.

Można również stosować przyspieszoną procedurę legislacyjną z tzw. pilnymi projektami ustaw (art. 115d UZ). Jeśli normalne postępowanie ustawodawcze nie jest możliwe, jego zadania przejmuje Komisja Wspólna. Rząd centralny może posługiwać się oddziałami straży granicznej na całym obszarze Niemiec. Może również udzielać instrukcji – poza administracją federalną – rządowi krajowemu, w tym gdy zależy mu na szybkości – innym władzom krajowym. Może także delegować uprawnienia instrukcyjne wyznaczonym przez siebie członkom rządu krajów związkowych, czyli tzw. pełnomocnikom ds. obrony ziem (*Landesvertretungskommissare*).

Kadencje Sejmu oraz parlamentów poszczególnych ziem, prezydenta oraz członków Związkowego Trybunału Konstytucyjnego (dalej ZTK) upływające w czasie trwania obrony ulegają odpowiednim przedłużeniom. Gdy zajdzie potrzeba wyboru nowego premiera Niemiec lub dojdzie do jego złożenia z urzędu, w drodze wotum nieufności w Komisji Wspólnej, wybiera ona albo Sejm jego następcę. Głowa państwa – po proklamowaniu stanu obrony i po zaatakowaniu terytorium Niemiec – może, za zgodą Sejmu lub Komisji Wspólnej, składać oświadczenia międzynarodowe o wojnie⁹.

Ogłoszenie stanu obrony powoduje zmiany w zakresach działania konstytucyjnych organów publicznych. Jeśli chodzi o premiera, to z chwilą ogłoszenia stanu obrony staje się on naczelnym dowódcą sił

⁹ Ścisłej, że wystąpił przypadek (stan) obrony. Sporne jest jednak w niemieckiej doktrynie, czy głowa państwa może złożyć tzw. międzynarodowo-prawne oświadczenie o istnieniu stanu obrony w razie gdyby stwierdzenie przypadku obrony nastąpiło automatycznie. D. Homig jest zdania, że wymóg ogłoszenia stwierdzenia przypadku obrony wyklucza dokonanie takiego aktu. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, red. D. Homig, Kraków 2007, s. 675.

zbrojnych, przejmuje od ministra obrony prawo wydawania rozkazów wojsku. Mimo tej zmiany rozkazodawcy, nie następuje automatyczna modyfikacja podporządkowania administracji wojskowej. Jej kierownikiem jest nadal minister obrony. Może to stwarzać problemy koordynacyjne między nim a prezesem Rady Ministrów¹⁰. Szerokie uprawnienia nadzwyczajne uzyskuje parlament. W szczególności organ ten otrzymuje prawo do korzystania z przyśpieszonej procedury ustawodawczej. Może on być w tym jednak wyręczony, w razie nieprzezwycięzonych przeszkód w pracy parlamentu, przez Komisją Wspólną.

Poszerza się również zakres materii ustawodawczej parlamentu federalnego. W szczególności przejmuje on kompetencje prawotwórcze w dziedzinach zastrzeżonych dla państw związkowych (zwłaszcza w sprawach finansowych). Ma on też – w stanie obrony – możliwość ograniczenia niektórych praw podstawowych. Ustawy w tym zakresie mogą być uchwalone w czasie pokoju. Nie wchodzi one jednak automatycznie w życie z chwilą zarządzenia stanu obrony. Ponadto ewentualne ograniczenia muszą być uzasadnione okolicznościami stanu obrony.

Zwiększone uprawnienia federalnych władz wykonawczych dają im możliwość rozporządzania oddziałami ochrony granic na całym terytorium narodowym (a nie tylko w strefach przygranicznych), w tym wspieranie nimi jednostek policji federalnej i państw związkowych, prawo do wydawania wskazówek wszystkim organom państwowym i rządów poszczególnych ziem, w tym korporacjom prawa publicznego. Z drugiej strony, jeśli centralne organy wykonawcze nie są w stanie odeprzeć zagrożenie, a sytuacja wymaga natychmiastowego działania na poszczególnych obszarach Niemiec, ich rządy (przez wyznaczone instytucje lub pełnomocników) mają prawo przedsięwziąć w zakresie swoich kompetencji środki nadzwyczajne należące do władz federalnych.

Działalność Związkowego Trybunału Konstytucyjnego w czasie obowiązywania stanu obrony nie może być uszczuplona. Komisja Wspólna może zmienić ustawę o ZTK jedynie o tyle o ile jest to, jej zdaniem, niezbędne dla utrzymania jego zdolności do funkcjonowania. Gdyby Trybunał nie mógł działać zgodnie ze wspomnianą ustawą – na przykład z powodu braku sześciuosobowego kworum – może on sam dokonać odpowiednich tymczasowych zmian obowiązujących przepisów. Mody-

¹⁰ Jest to lepsza regulacja niż w Polsce, gdzie centralną rolę w stanie wojennym i wojny odgrywa głowa państwa. Należy się zgodzić z poglądem, że te uprawnienia powinny należeć do rządu lub szefa rządu. Organ ten w „sposób naturalny, za sprawą wykonywanych zadań [...], merytorycznego przygotowania” jest bliżej stanów nadzwyczajnych niż prezydent RP. M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Warszawa 2007, s. 212 *passim*.

fikacje dokonane przez Komisję Wspólną czy ZTK powinny być następnie zatwierdzone przez większość obecnych sędziów. Mimo braku właściwości Trybunału do badania przesłanek wprowadzenia stanu obrony, może i powinien kontrolować ich nadużycie.

STAN NAPIĘCIA

Jest on swego rodzaju przed-stanem obrony. Art. 80a UZ nie określa przesłanek wprowadzenia omawianego stanu. Można go wprowadzić w sytuacji silniejszego przesilenia międzynarodowego, powodującego podniesienie stopnia przygotowania obronnego. Może to być zaostrezenie stosunków międzynarodowych bez konieczności wprowadzenia stanu obrony¹¹. Dla podjęcia decyzji o wprowadzeniu stanu napięcia wymagana jest większość dwóch trzecich głosujących w Sejmie (Bundestagu). Taką wysoką kwalifikowaną większość uzasadnia się możliwością użycia sił zbrojnych oraz wprowadzenia pracy przymusowej podczas stanu napięcia¹².

Ogłoszenie stanu napięcia możliwe jest w dwóch sytuacjach nadzwyczajnych. Pierwszą – zwaną przypadkiem zgody – o wprowadzeniu tzw. małego stanu napięcia rozstrzyga Sejm. Biorąc pod uwagę, że następstwa prawne wprowadzenia tej odmiany stanu napięcia są mniejsze, niż gdyby doszło do jego proklamowania w całym tego słowa znaczeniu, izba niższa podejmuje uchwałę o wyrażeniu zgody zaledwie zwykłą większością głosów. Drugą – zwaną przypadkiem sojuszu – o jego wprowadzeniu przesądza organ systemu obrony międzynarodowej, którego członkiem są Niemcy. Mimo, że przedstawiciel Niemiec bierze udział w podjęciu tej decyzji, wymaga ona zatwierdzenia przez rząd¹³.

W wyniku zastosowania art. 80a UZ można zwiększyć stan osobowy sił zbrojnych, zapewnić wojsku i ludności cywilnej żywność oraz

¹¹ Zwięzłą definicję stanu napięcia podał H. Oberreuter. Według niego, jest to „stan podwyższonego naprężenia międzynarodowego, wymagający zwiększonego pogotowia obronnego”. H. Oberreuter, *Notstand und Demokratie. Vom monarchischen Obrigkeitss – zum demokratischen Rechtsstaat*, Stamsried 1978, s. 252–253.

¹² Mimo tego, taka kwalifikowana większość jest względna, z uwagi na to, że oblicza się ją od oddanych głosów. Taka regulacja jest korzystna dla opozycji. Umożliwia jej, w pewnych sytuacjach, samodzielne przegłosowanie stosownej uchwały.

¹³ Próbuąc uporządkować te podziały, W. Heun wyznaczył cztery szczeble narastania zagrożenia zewnętrznego. Pierwszym stopniem byłby stan napięcia *tout court*, drugim tzw. przypadek zgody, trzecim przypadek sojuszu, a czwartym przypadek obrony. Por. uwagi tego profesora z Getyngi odnośnie do rozdziału XIa w: H. Dreier, *Grundgesetz. Kommentar*, t. 3, Tübingen 2000, s. 945–946.

skuteczniejszą ochronę przed skutkami wojny. Do dopuszczalnych posunięć w stanie napięcia należy uprawnienie sił zbrojnych do ochrony obiektów cywilnych oraz do wykonywania zadań z zakresu regulacji transportu i ruchu. Nie można jednak przeprowadzić mobilizacji sił zbrojnych¹⁴. Odwołanie działań podjętych w ramach przypadku zgody wymaga większości zwykłej, podczas gdy w przypadku sojuszu większości kwalifikowanej.

STAN OBRONY USTROJU PAŃSTWOWEGO

Do proklamowania tego stanu dochodzi w razie postania zagrożenia istnienia lub wolnościowego, demokratycznego ustroju Niemiec albo kraju związkowego. Zamachy na ustrój państwowy powinny mieć źródło w wewnętrznych stosunkach kraju. Omawiany stan nadzwyczajny może obejmować jeden lub wiele części składowych Federacji. Z zasady powinny się one bronić same. Jeśli nie są w stanie odeprzeć zagrożenia przy pomocy własnych sił policyjnych, mogą one żądać pomocy tego rodzaju formacji z innych części Federacji, a także sił i urzędów innych jednostek administracyjnych oraz Federalnej Straży Granicznej¹⁵.

Jeśli ziemia (kraj) nie jest w stanie samodzielnie przewyciężyć opisany stan, wówczas należy odróżnić dwie sytuacje. Gdy jedna część składowa Federacji nie jest w stanie zwalczyć niebezpieczeństwa bezpośrednio zagrażającego jego istnieniu lub jego ustrojowi wolnemu i demokratycznemu, rząd centralny może poddać swoim instrukcjom policję tej ziemi oraz siły policyjne innych krajów związkowych, a także użyć jednostek Federalnej Straży Granicznej. Gdy omawiany stan obowiązuje w ponad jednej części składowej Federacji, rząd centralny może udzielić, jeśli wymaga tego skuteczne odparcie niebezpieczeństwa, wskazówek rządowi ziem.

Opisane nadzwyczajne uprawnienia przyznane rządowi centralnemu ustają z chwilą usunięcia niebezpieczeństwa oraz zawsze na żądanie Senatu (Bundesratu). Dopuszczalne środki w tym stanie polegają głównie na interwencji policji, najpierw obszaru bezpośrednio dotknię-

¹⁴ Takie kategoryczne stwierdzenie zakazu mobilizacji po decyzji Rady NATO z 12 września 2001 r. jest nie do utrzymania. Wówczas część niemieckich sił powietrznych przeniesiono – aby zastraszyć ewentualnego agresora – na lądowiska w Turcji. P. Schade, *Grundgesetz mit Kommentierung*, Regensburg 2006, s. 204.

¹⁵ Wyróżniając ten stan oparto się na klasyfikacji K. Prokopa, *Modele stanu nadzwyczajnego*, Białystok 2012, s. 315 *passim*. Skrócono jedynie przydługie nazwy tego stanu: stan zagrożenia bytu lub wolnościowego demokratycznego porządku ustrojowego.

tęgo, a potem w razie potrzeby z innych części składowych Niemiec, jednostek straży granicznej, a także instytucji administracyjnych. Można dopuścić do działania – jeśli wymienione formacje nie są w stanie wywiązać się z zadań – siły zbrojne. Mogą one być zaangażowane jedynie w dwóch ściśle określonych celach: ochrona obiektów cywilnych (instalacji publicznych lub prywatnych o doniosłym znaczeniu dla ludności, zwłaszcza jej zaopatrzenia) oraz zwalczanie zorganizowanych, uzbrojonych wojskowo powstańców (czyli walczących grup wyposażonych w kije, kamienie itp.)¹⁶.

STAN ZACHOWANIA BEZPIECZEŃSTWA I/LUB PORZĄDKU PUBLICZNEGO¹⁷

Jak głosi zdanie pierwsze ust. 2 art. 35 UZ, „w celu utrzymania lub przywrócenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, kraj związkowy może w przypadkach o szczególnym znaczeniu zażądać sił i urzędzeń Federalnej Straży Granicznej dla wsparcia swojej policji, jeśli policja bez tego wsparcia nie mogłaby spełnić tego zadania lub spełniłaby je ze znacznymi trudnościami”. Z zagrożeniem dla bezpieczeństwa i/lub porządku publicznego ma się do czynienia m.in. w razie gwałtownych protestów czy demonstracji społecznych, zmasowanych chuligańskich rozruchów ulicznych, itp. Wówczas każdy obszar federacji (ziemia) dokonuje samodzielnie oceny, czy jego policja może wypełnić wskazane zadania bez wsparcia władz federalnych. Podczas obowiązywania omawianego stanu nie ogranicza się praw podstawowych¹⁸.

¹⁶ Według części doktryny niemieckiej (Schroder, Stern), regulacje art. 91 w powiązaniu z art. 87 ust. 4 oraz z art. 35 ust. 2 i 3 UZ, nie są wystarczające. W związku z tym nie można wykluczyć odwołania się do pozakonstytucyjnych środków nadzwyczajnych. M. Schroeder, *Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaates. Überlegungen zur Vertetigung des Rechstaates in aussgenwohnhlichen Lagen*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 1978, nr 103, s. 123; K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. 2, München 1980, s. 1335.

¹⁷ Podobnie jak w przypadku poprzednio omówionego stanu, wyróżniono go za K. Prokopem (*op. cit.*, s. 324 i nast.), zmieniając nieco jego nazwę. Nie jest to powszechnie przyjęta w literaturze przedmiotu odmiana stanu nadzwyczajnego. Na przykład komentatorzy UZ kategoryzują go jako prawną i urzędową pomoc. Zalicza się go do ogólnego prawa policyjnego. H. Sodan, *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, München 2008, s. 325. Natomiast J. Buhler (*Le droit d'exception de l'Etat. Etudes des droits publics allemand et suisse de 1971 a nos jours*, La Tour-de-peilz 1994, s. 150, *passim*), włącza omawiany stan do stanu obrony ustroju państwowego i nazywa go stanem konieczności wewnętrznej.

¹⁸ Tak K. Prokop (*op. cit.*, s. 326), z powołaniem się na niemieckich autorów.

Stosowane środki nie mogą być skierowane przeciwko walkom pracowniczym, ich związków zawodowych, prowadzonych w celu ochrony i poprawy warunków pracy i położenia ekonomicznego zatrudnionych. Kraj związkowy nie może też żądać pomocy sił policji innej ziemi. Nie jest też dopuszczalne użycie sił zbrojnych¹⁹. W okresie obowiązywania omawianego stanu następuje rozszerzenie kompetencji Federalnej Służby Granicznej. O jej wykorzystanie zwraca się rząd ziemi do władz centralnych. Nie mogą one w zasadzie jej odmówić.

Praktycznym wyrazem udzielenia wspomnianej pomocy jest oddanie członków (tzw. sił) Federalnej Służby Granicznej oraz postawienie środków rzeczowych (pojazdy, urządzenia techniczne) do dyspozycji żądającego kraju związkowego. Oddziały wojsk pogranicza podlegają rozkazom władz ziemi będącej w potrzebie. Przekształcają się one w policję federalną. Mimo tego może ona wykonywać zadania policyjne jedynie wyjątkowo. Ograniczenie to wynika z formuły przesłanki omawianego stanu „przypadki o szczególnym znaczeniu”. Zakończenie badanego stanu następuje po przywróceniu bezpieczeństwa i porządku publicznego. Koszty interwencji Federalnej Straży Granicznej ponosi wspomagany kraj²⁰.

STAN KATASTROFY (PRZYRODNICZEJ LUB TECHNICZNEJ)

Według zdania drugiego art. 35 ust. 2, katastrofą może być klęska żywiołowa bądź szczególnie ciężki nieszczęśliwy wypadek. Pierwszy rodzaj zdarzenia może być spowodowany przez siły przyrody o znacznym zasięgu rażenia, jak powodzie, pożary lasu, susze na dużych obszarach czy potężne erupcje wulkanów itp. Nieszczęśliwy wypadek może być wywołany zachowaniem człowieka lub w następstwie awarii technicznej, jak eksplozje o dużych rozmiarach, wycieki radioaktywne, zniszczenia rurociągów czy linii przesyłowych na długich odcinkach, zatrucie obszernych akwenów wodnych itp.

Jeśli opisywane zjawisko lub zjawiska dotyczą jeden człon Federacji, wówczas jej władze mogą domagać się czterech rodzajów pomocy²¹.

¹⁹ Te i inne powściągliwości obowiązujące w tym stanie, omawiają H.D. Jarrass i B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, München 2007, s. 646–647.

²⁰ Dopiero zmiana w 1972 r. ust. 2 art. 35 UZ, dodała Federalnej Straży Granicznej wymienione w nim zadanie. Spontaniczna pomoc wchodzi w grę jedynie podczas ciężkiego „niebezpieczeństwa w zwłocę” jako prowadzenie cudzych spraw bez zlecenia (H. Sodan, *op. cit.*, s. 325).

²¹ Stan ten jest paradygmatem pomocy prawno-urzędowej. Jeśli autorzy mają wiele zastrzeżeń co do użycia sił zbrojnych w innych sytuacjach nadzwyczajnych,

Z jednej strony mogą zwrócić się o udzielenie wsparcia przez siły policyjne i służby administracyjne innych ziem wchodzących w skład federacji, a także władz centralnych. Z drugiej – mogą domagać się użycia wojska, a także Federalnej Straży Granicznej. Jeśli nieszczęśliwy wypadek dotyczy wielu krajów związkowych, rząd centralny może ingerować w ich sprawy wewnętrzne. Interwencja władz federalnych powinna być dostosowana (niezbędna) do skutecznej walki z klęską przyrodniczą lub techniczną. Rząd centralny może żądać od władz związkowych innych ziem oddania do dyspozycji ich sił policyjnych, a także w celu ich wzmocnienia, zaangażowania armii oraz oddziałów korpusu ochrony granic.

Nadzwyczajne posunięcia, jakie władze poszczególnych ziem oraz centralne mogą stosować podczas obowiązywania stanu katastrofy, dotyczą organizacji i koordynacji pomocy. Omawiana pomoc powinna pochodzić w pierwszej kolejności ze strony instytucji i urzędów miejscowych czy regionalnych. Dopiero w drugiej kolejności dopuszczalne są środki władz centralnych, ewentualnie środki oddane do dyspozycji przez inne człony Federacji, a nawet przez władze ogólnokrajowe (straż graniczna i siły zbrojne). Omawiane posunięcia mogą być w każdej chwili zniesione przez Senat Federalny najpóźniej po usunięciu zagrożenia.

PODSUMOWANIE

W niemieckiej regulacji stanu nadzwyczajnego uderzająca jest jej drobiazgowość, formalizm, etatyzm oraz kolegalność (kolektywność) jego proklamacji i zarządzania. Chęć przestrzegania w nienormalnych warunkach państwa prawnego spowodowała, że sposób jego działania w sytuacji nadzwyczajnej niewiele różni się od zwykłego. Pierwszym organem, który powinien według UZ podejmować rozstrzygnięcia w omawianej dziedzinie, są izby ustawodawcze, w tym ich karykaturalna postać – Wspólna Komisja. Niemiecka konstrukcja stanu nadzwyczajnego oznacza zniesienie tzw. godziny egzekutywy, z jaką ma się z reguły do czynienia w okresach konieczności państwowej.

Inną cechą niemieckich stanów nadzwyczajnych jest przeniesienie punktu ciężkości z ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela na

tutaj taka wątpliwość nie występuje. Jeżeli zd. 1 ust. 2 art. 35 UZ wyklucza użycie sił zbrojnych, to w przypadku katastrofy możliwość ich stosowania wyraźnie przewiduje – zd. 2 ust. 2 oraz ust. 3 art. 35 UZ. Niektórzy autorzy idą dalej twierdząc, że zwrot tej ostatniej normy: „szczególnie ciężki nieszczęśliwy wypadek”, pozwala siłom zbrojnym zwalczać również zamachy terrorystyczne. D. Wiefelsputz, *Bundeswehr und innere Sicherheit*, „Nordrhein-Westfälische Werwaltungsblätter” 2006, nr 41.

przekształcenia w organizacji państwa. Nie są to jednak wielkie przeobrażenia. Cała struktura państwa prawnego pozostaje w mocy. Jedyną większą jej modyfikacją jest możliwość przejęcia kompetencji parlamentu przez wspomnianą Komisję Wspólną. Może to nastąpić jedynie w sytuacji faktycznej, podczas paraliżu izb przedstawicielskich. Innymi słowy, wszystkie organy państwowe kontynuują swoje normalne funkcjonowanie. Co najwyżej ze zwiększonymi uprawnieniami czy w szybszym tempie, gdy chodzi o pracę parlamentu.

Zaskakujący jest niewielki udział sił zbrojnych – z wyjątkiem stanu obrony (wojny, wojennego) – we wszystkich sytuacjach konieczności państwowej oraz znaczący udział Federalnej Straży Granicznej. Obowiązuje reguła, że siły zbrojne mają zaledwie uprawnienia do ochrony obiektów cywilnych i regulacji ruch (transportu), „o ile jest to konieczne dla wypełnienia zadania obronnego”. Dla obrony demokratycznego i wolnościowego ustroju siły zbrojne mogą być użyte tylko dla wsparcia niewystarczających jednostek policji i straży granicznej oraz jedynie do ochrony budynków cywilnych i zwalczania zorganizowanych, uzbrojonych wojskowo, powstańców. Oddziały straży granicznej powinny pełnić co najwyżej rolę służb policyjnych.

Z wyjątkiem trzech praw podstawowych – dotkniętych w niewielkim zakresie – wszystkie inne wolności Niemców pozostają w sytuacjach nadzwyczajnych nienaruszone. W niemieckiej wersji konieczności państwowej nie ma miejsca dla wiązki tzw. praw niepodważalnych. Wszystkie wymienione wolności jednostki w UZ można ograniczyć. Swobodę osobistą czy własność można uszczuplić w okresach normalnego funkcjonowania państwa, a nie tylko podczas stanu wojennego (wojny). Jeśli dojdzie do wywłaszczenia w stanie obrony, to musi ono obejmować odszkodowanie, mimo że jest ono tzw. tymczasowe. Ostateczne i słuszne wynagrodzenie powinno być dokonane zaraz po zakończeniu stanu nadzwyczajnego.

Zdumiewa konstytucyjna „liliputyzacja” internowania w RFN. Instytucja ta jest sercem stanów nadzwyczajnych. Pozbawienie wolności przez okres obowiązywania stanu konieczności państwowej bez możliwości kwestionowania odosobnienia, jest zredukowane w UZ Niemiec do zaledwie do czterech dni i to pod warunkiem, że sędzia nie może działać szybciej. Takie postawienie kwestii każe się zastanowić, czy w tym kraju występuje w ogóle instytucja internowania.

Gdyby zestawić w tym zakresie niemiecką regulację konstytucyjną z polską, to stwierdzić należy, że normalny maksymalny termin pozbawienia wolności bez kontroli sądowej jest w Polsce zaledwie o jeden dzień dłuższy od przewidzianego dla stanu obrony w Niemczech.

W Polsce jest jednak instytucja odosobnienia, mimo że dopuszczona tylko w stanie wyjątkowym. W związku z tym internowanie może trwać aż 5 miesięcy. Odwołanie do sądu administracyjnego jest złudne. Można tam zaskarżyć wyłącznie decyzję w sprawie odosobnienia, ale nie o utrzymaniu odosobnienia. Można się zastanawiać, czy taka regulacja jest w pełni zgodna z postanowieniem Konstytucji RP, zabraniającym zamknięcia dostępu do sądu w czasie stanu wyjątkowego (wojennego).

Porównanie regulacji konstytucyjnych w obu krajach pokazuje niezwykle troskę polskiego ustrojodawcy o ochronę wolności i praw człowieka i obywatela w stanach wojennym i wyjątkowym. Polega ona na wyodrębnieniu ich katalogu niepodlegającego jakimkolwiek ograniczeniu. Ich lista, choć chwalebna, budzi wątpliwości. Nie wiadomo, w jakim stopniu niektóre z nich będą pomocne w rozwiązywaniu problemów stanu nadzwyczajnego. Zagwarantowanie prawa do sądu oraz do obrony przez cały okres stanu wyjątkowego, gdyby było w pełni przestrzegane, podważyłoby sens zatrzymań jedynie na podstawie podejrzeń, czyli istotę konieczności państwowej. Z uwagi na to, że ustawa o stanie wyjątkowym dopuszcza jedynie sąd administracyjny – i to w ograniczonym zakresie – do badania legalności odosobnienia, powstaje problem zgodności tej regulacji z Konstytucją.

Bezwzględne zapewnienie nienaruszalności w Polsce – w stanie wojennym i/lub wyjątkowym – m.in. godności człowieka, humanitarnego traktowania, prawa do opieki konsularnej, wolności sumienia, prawa rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, wolności sumienia, nakazuje zastanowić się nad poprawnością tego wyróżnienia. Godność człowieka – tak, jak ją formułuje art. 30 Konstytucji RP – nie podlega nigdy naruszeniu, w tym podczas stanu nadzwyczajnego. Humanitarne traktowanie osób pozbawionych wolności wynika z wielu imperatywnych (*ius cogens*), ratyfikowanych przez Polskę, konwencji międzynarodowych. Chyba niemożliwe jest gwarantowanie opieki konsularnej swym obywatelom w państwie, z którym Polska jest w stanie wojny. Nie jest w ogóle możliwe naruszenie wolności sumienia, skoro dotyka ona głębokich pokładów ludzkiej duszy. Odebranie prawa rodzicom do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, bez ich separacji (pełnej i trwałej) byłoby trudne do urzeczywistnienia. Gdyby te nie do uchylecia prawa były jedynie przypomnieniem oczywistych prawd, ich zamieszczenie grzeszyłoby zbytecznością lub co najmniej nadmiernością.

Podobne wątpliwości wywołuje długa lista wolności i praw człowieka i obywatela dopuszczonych do ograniczeń w stanie klęski żywiołowej.

Z uwagi na raczej krótki okres obowiązywania tej odmiany konieczności państwowej, jaki sens ma przestrzeganie prawa do rocznych urlopów, dni wolnych od pracy, bezpiecznych i higienicznych warunków pracy czy maksymalnych norm czasu pracy. Te i poprzednio wymienione absolutnie nie podważalne wolności i prawa z polskiej konstytucji, niemiecka UZ zezwala ograniczyć w swoim tekście bądź na podstawie ustaw wykonawczych, niezależnie od stanu konieczności państwowej.

Listę różnic można przedłużyć. Konstytucja RP daje prezydentowi w okresie stanu wojennego prawo wydawania rozporządzeń z mocą ustawy. W Niemczech taką kompetencję – w stanie obrony – przyznano namiastce parlamentu, czyli Wspólnej Komisji izb przedstawicielskich. Konstytucja RP poza zakazem określonych partii politycznych nie przewiduje innych regulacji nadzwyczajnych zawartych w niemieckiej UZ, jak zwolnienie sędziego z urzędu z powodu wykroczenia przeciwko podstawowym zasadom ustrojowym czy utratę przez jednostkę siedmiu praw podstawowych, ze względu na nadużycie wolności poglądów do walki przeciwko wolnościowemu demokratycznemu porządkowi.

To, co łączy oba kraje, to wadliwa regulacja istoty stanu nadzwyczajnego. W Niemczech internowanie może być zaledwie czterodniowe, podczas gdy w Polsce poddane jest sądowej kontroli, łącznie z obowiązkowym udziałem obrońcy. Jeśli chodzi o stan klęski żywiołowej, to w Polsce jej przewyciężanie złożono głównie na barki obywateli, podczas gdy w Niemczech jest ono sprawą władz i sił mundurowych. Na szczęście ani tam, ani w Polsce nie było okazji do stosowania ustanowionych regulacji. Z doświadczeń innych państw, a nawet przeszłości Polski i Niemiec, można spodziewać się raczej więcej kłopotów z użycia tych cyzelowanych unormowań niż korzyści.

KRZYSZTOF ECKHARDT

PROBLEM REGULACJI ZAKRESU PODMIOTOWEGO ODPOWIEDZIALNOŚCI KONSTYTUCYJNEJ - UWAGI PORZĄDKUJĄCE

Po kilkunastu latach obowiązywania Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., trudno nie zgodzić się z poglądem, iż „statystyki dotyczące działalności orzeczniczej Trybunału Stanu dowodzą jednoznacznie, że obecny kształt odpowiedzialności konstytucyjnej jest skrajnie niewydolny”¹. Nie jest to wniosek nowy. Podobne konkluzje zawarte zostały na przykład w wynikach badań dotyczących stosowania Konstytucji RP, opublikowanych w 2005 r.² W ślad za takimi ocenami pojawiają się propozycje zmian wadliwych rozwiązań merytorycznych i proceduralnych. Są wśród nich również takie, które dotyczą zakresu podmiotowego odpowiedzialności konstytucyjnej. Wydaje się, że wobec trwającej od wielu lat i wciąż przedłużającej się (bez normatywnego efektu), debaty na ten temat, warto je uporządkować i przedstawić na nowo.

1. W polskiej doktrynie odpowiedzialność konstytucyjna pojmowana jest zwykle w sensie ścisłym, to znaczy jako odpowiedzialność osób piastujących najwyższe urzędy państwowe za delikt konstytucyjny, czyli „zawinione działanie lub zaniechanie prowadzące do naruszenia kon-

¹ S. Dąbrowski, *Trybunał Stanu i Sąd Najwyższy. Podstawy konstytucyjne i praktyka*, [w:] *Konstytucja jako fundament państwa prawa w 15. rocznicę uchwalenia Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, red. P. Zientarski, Warszawa 2013, s. 47.

² M. Granat, *Normatywny model odpowiedzialności konstytucyjnej w praktyce*, [w:] *Sądy i trybunały w konstytucji i praktyce*, red. W. Skrzydło, Warszawa 2005, s. 124–142.

stytucji lub ustaw (kryterium formalne), wywołujące szkodę dla interesu publicznego bądź wywołujące niebezpieczeństwo powstania takiej szkody (kryterium materialne)”³.

We współczesnym piśmiennictwie i w praktyce ustrojowej niektórych innych państw pojawia się odmienne, szerokie ujęcie tej instytucji. Na przykład, doktryna ukraińska za odpowiedzialność konstytucyjną uznaje każdą określoną normatywnie negatywną konsekwencję naruszenia przepisów prawa konstytucyjnego. Zakres podmiotowy tak zdefiniowanej odpowiedzialności konstytucyjnej jest bardzo szeroki. Obejmuje ona głowę państwa (prezydenta Ukrainy), parlament (Radę Najwyższą Ukrainy), rząd (Gabinet Ministrów Ukrainy), inne organy władzy państwowej, organy władzy Autonomicznej Republiki Krym, organy samorządu terytorialnego, niektórych urzędników aparatu organów władzy państwowej i organów samorządu terytorialnego, a nawet partie polityczne, organizacje społeczne, środki masowego przekazu czy osoby fizyczne⁴. Sankcjami konstytucyjnymi są w tym przypadku np. przedterminowe skrócenie kadencji organu władzy państwowej lub organu samorządu terytorialnego, pozbawienie urzędu funkcjonariusza publicznego, zmiana statusu prawnego zrzeszeń obywateli, utrata mocy obowiązującej aktu prawnego czy unieważnienie decyzji organu władzy publicznej⁵.

W Polsce instytucja odpowiedzialności konstytucyjnej istnieje od początku konstytucjonalizmu. Konstytucja 3 Maja obejmowała nią ministrów zasiadających w Straży Praw kontrasygnujących decyzje królewskie, ministrów wchodzących w skład komisji wielkich oraz komisarzy do nich powołanych jeżeli nie zgłosili zdania odrębnego do protokołu⁶. Odpowiadać oni mieli „z osób i majątków swoich” za „przestępstwa prawa”⁷, czyli przywłaszczenie stanowienia prawa lub jego tłumacze-

³ K. Działocha, T. Zalasinski, *Trybunał Stanu*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 1. Na temat charakterystyki deliktu konstytucyjnego zob.: K. Grajewski, *Odpowiedzialność posłów i senatorów na tle zasady mandatu wolnego*, Warszawa 2009, s. 219-234 i przytoczona tam literatura.

⁴ P. Steciuk, K. Eckhardt, *Formy odpowiedzialności konstytucyjnej w Republice Ukrainy*, [w:] *Formy odpowiedzialności konstytucyjnej w państwach europejskich*, red. S. Grabowska, R. Grabowski, Toruń 2010, s. 348-350.

⁵ J.N. Todyka, *Konstytucja Ukrainy: problemy teorii i praktyki*, Charków 2000, s. 190.

⁶ M. Pietrzak, *Odpowiedzialność konstytucyjna w Polsce*, Warszawa 1992, s. 53-54.

⁷ Tekst „Ustawy Rządowej z 3 maja 1791 r.” za: *Najstarsze konstytucje końca XVIII wieku i I połowy XIX wieku*, wybór i wstęp P. Sarnecki, Warszawa 1997, s. 21-29.

nie, nakładanie podatków przez prawo nie przewidzianych, czynienie wydatków bez upoważnienia ustawowego, rozpoczynanie wojen, zawieranie pokoju i traktatu w sposób ostateczny, wpływanie na wyroki sądów i zawieszanie ich wykonania, naruszanie wolności osoby, wolności mówienia i drukowania, tudzież własności majątku, naruszanie prawa o sejmach, sejmikach, komisjach i innych magistraturach⁸.

Odpowiedzialność konstytucyjną ministrów przewidywała także Konstytucja Księstwa Warszawskiego. Wprowadziła sama Konstytucja stanowiła jedynie, że „ministrowie są odpowiedzialnymi” (art. 11), ale niepublikowany dekret króla saskiego z 20 kwietnia 1808 r. precyzował, iż chodziło o odpowiedzialność konstytucyjną o charakterze karno-sądowym, „za akty przez nich podpisane a przeciwne Konstytucji lub krajowi szkodliwe” (zarówno te, które zostały przez nich kontrasygnowane, jak i akty własne) oraz za niewykonywanie ustaw⁹.

Konstytucja Królestwa Polskiego z 27 listopada 1815 r. w art. 82 stanowiła, że ministrowie naczelnicy wydziałów i członkowie komisji rządowych „odpowiadają i podlegli są sądom sejmowym za każde naruszenie ustawy konstytucyjnej, praw i postanowień królewskich, którego by się dopuścili”, zaś w art. 47, iż ministrowie naczelnicy wydziałów kontrasygnujący rozkazy i postanowienia królewskie odpowiadają „za wszystko, coby te rozkazy lub postanowienia obejmować mogły przeciwnego konstytucji i prawom”¹⁰.

Po odzyskaniu niepodległości instytucja odpowiedzialności konstytucyjnej nie była kwestionowana przez żadne ugrupowanie polityczne¹¹. W świetle postanowień Konstytucji z 1921 r.¹², Rada Ministrów ponosiła solidarną odpowiedzialność konstytucyjną „za ogólny kierunek działalności rządu”, a każdy minister oddzielnie za „działalność w urzędzie” oraz działania podległych mu organów (art. 56). Ministrowie odpowiadali, także solidarnie i indywidualnie, za akty rządowe Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (art. 57) oraz zastępującego go na podstawie art. 40 Konstytucji

⁸ Volumina Legum, t. 9, s. 269, cyt. za: M. Pietrzak, *Odpowiedzialność...*, s. 54.

⁹ Tekst „Ustawy konstytucyjnej Księstwa Warszawskiego” z 22 lipca 1807 r. za: *Konstytucje polskie 1791–1921*, wyd. M. Handelsman, Warszawa 1922, s. 27–47. W. Sobociński, M. Senkowska-Gluck, *Księstwo Warszawskie*, [w:] J. Bardach, M. Senkowska-Gluck, *Historia państwa i prawa polskiego*, t. 3: *Od rozbiorów do uwłaszczenia*, Warszawa 1981, s. 92.

¹⁰ Tekst „Ustawy Konstytucyjnej Królestwa Polskiego” z 27 listopada 1815 r. za: *Konstytucje polskie...*, s. 47–67.

¹¹ M. Pietrzak, *Demokratyczne świeckie państwo prawne*, Warszawa 1999, s. 55.

¹² Dz.U. Nr 44, poz. 267.

tucji, marszałka Sejmu¹³. Jeżeli urząd ministra sprawowałby tymczasowy kierownik ministerstwa, ponosiłby on odpowiedzialność konstytucyjną na zasadach przewidzianych dla ministra¹⁴.

Niezależnie od kontrasygnujących jego akty ministrów, także prezydent miał ponosić odpowiedzialność za „pogwałcenie konstytucji” (art. 51). W ówczesnej doktrynie z jednej strony wyrażano przekonanie, że zastosowanie takiej odpowiedzialności byłoby „nadzwyczaj ograniczone” i mogłoby zachodzić tylko „w wyjątkowych wprost okolicznościach”¹⁵, z drugiej zaś, że dowolność interpretacji pojęcia „pogwałcenie konstytucji” mogła doprowadzić do zbytznego osłabienia pozycji prezydenta¹⁶.

Ustawa o Trybunale Stanu z 1923 r. poszerzyła zakres podmiotowy odpowiedzialności konstytucyjnej o prezesa Najwyższej Izby Kontroli Państwa „w zakresie jego działania, przewidzianego ustawą” (art. 26).

Ustawa konstytucyjna z 23 kwietnia 1935 r. (Dz.U. Nr 30, poz. 227) zniosła odpowiedzialność konstytucyjną prezydenta i zastępującego go marszałka Senatu, a odpowiedzialność prezesa Rady Ministrów, ministrów (art. 30 ust. 1) oraz prezesa Najwyższej Izby Kontroli (art. 77 ust. 4) ograniczyła do odpowiedzialności „za umyślne naruszenie Konstytucji lub innego aktu ustawodawczego, dokonane w związku z urzędowaniem”. Konstytucja ta stworzyła możliwość postawienia przed Trybunałem Stanu także posłów i senatorów (art. 41 ust. 3 oraz art. 48), co jednak, jak zauważał W. Komarnicki, nie oznaczało przyjęcia zasady odpowiedzialności konstytucyjnej parlamentarzystów¹⁷. Odpowiadać mieli za „wystąpienia sprzeczne z obowiązkiem wierności wobec Państwa Polskiego albo zawierające znamiona przestępstwa ściganego z urzędu”.

Ustawa konstytucyjna z 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 18, poz. 71), odwołując się do odpowiednich przepisów Konstytucji marcowej, przywróciła konstytucyjną odpowiedzialność prezydenta (art. 13)

¹³ O odpowiedzialności marszałka Sejmu zastępującego Prezydenta RP jednoznacznie rozstrzygał art. 29 ustawy z 27 kwietnia 1923 r. o Trybunale Stanu (Dz.U. Nr 59, poz. 415). Zob. szerzej: J. Zalesny, *Odpowiedzialność konstytucyjna w prawie polskim okresu transformacji ustrojowej*, Toruń 2004, s. 74–75.

¹⁴ Art. 26 ustawy z 27 kwietnia 1923 r. o Trybunale Stanu.

¹⁵ W. Komarnicki, *Polskie prawo polityczne. Geneza i system*, Warszawa 1922, s. 290.

¹⁶ *Konstytucja z dnia 17 marca 1921. Prawo polityczne od 2 października 1919 do 4 lipca 1921*, wydał i objaśnił W.L. Jaworski, Kraków 1921, s. 220.

¹⁷ W. Komarnicki, *Ustrój państwowy Polski współczesnej. Geneza i system*, Wilno 1937 [reprint Kraków 2006], s. 316. W doktrynie można spotkać także odmienną interpretację wskazanych przepisów, zob.: J. Zalesny, *op. cit.*, s. 82 i przytoczona tam literatura.

i utrzymała odpowiedzialność ministrów (art. 19). Nigdy jednak nie uchwalono koniecznej do jej stosowania ustawy, która zgodnie art. 27 miała powołać organy właściwe do orzekania w sprawach „wynikających z odpowiedzialności konstytucyjnej ministrów oraz z odpowiedzialności Prezydenta Rzeczypospolitej”. W doktrynie nie budziło to zdziwienia. Jak bowiem uważano, z „istoty położenia Sejmu w systemie władz państwa socjalistycznego”, czyli z jego nadrzędności „wobec wszystkich innych organów najwyższych” wynikało, że odpowiedzialność konstytucyjna, ale także odpowiedzialność parlamentarna, jest zbędna¹⁸.

Zgodnie z takim stanowiskiem doktryny, Konstytucja Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej z 22 lipca 1952 r. (Dz.U. Nr 33 poz. 232) do nowelizacji z 26 marca 1982 r. (Dz.U. Nr 11, poz. 83), nie przewidywała odpowiedzialności konstytucyjnej. Po przywróceniu objęto nią, zgodnie z art. 33b ustawy zasadniczej, osoby zajmujące „określone w ustawie najwyższe stanowiska państwowe”. Uchwalona w tym samym dniu ustawa o Trybunale Stanu (Dz.U. Nr 11, poz. 84) precyzowała, że chodziło o osoby wchodzące w skład Rady Państwa, osoby wchodzące w skład rządu, prezesa Najwyższej Izby Kontroli, prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prokuratora Generalnego PRL oraz kierowników urzędów centralnych (art. 1 ust. 2 pkt 1–4).

Zmiana Konstytucji z 7 kwietnia 1989 r. (Dz.U. Nr 19, poz. 101) nie tylko spowodowała, że odpowiedzialnością konstytucyjną objęty został prezydent, ale także wywołała konieczność poważnej nowelizacji ustawy o Trybunale Stanu. Pracę nad nią rozpoczął Sejm X kadencji, a zakończył uchwaleniem ustawy z 12 grudnia 1992 r. o zmianie ustawy o Trybunale Stanu (Dz.U. z 1993 r. Nr 5, poz. 22) Sejm I kadencji¹⁹. Ustawa ta rozszerzyła zakres podmiotowy odpowiedzialności konstytucyjnej o Naczelnego Dowódcę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz osoby, którym Prezes Rady Ministrów powierzył kierowanie ministerstwem lub urzędem centralnym²⁰. W czasie prac nad nowelizacją pojawiały się także inne, ostatecznie nie przyjęte, propozycje zmiany podmiotowego zakresu odpowiedzialności konstytucyjnej. Proponowano między innymi objęcie nią ministrów stanu, członków Komitetu

¹⁸ S. Rozmaryn, *Polskie prawo państwowe*, Warszawa 1951, s. 425–426. Zob. szerzej: J. Zalesny, *op. cit.*, s. 86–87.

¹⁹ Ich przebieg opisuje szczegółowo J. Zalesny, *op. cit.*, s. 105–119.

²⁰ Organ ten w dniu wejścia w życie nowelizacji nie istniał, w wyniku bowiem uchwalenia ustawy z 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym (Dz.U. Nr 84, poz. 426 z późn. zm.), został zastąpiony przez instytucję Naczelnego Wodza (art. 35 ust. 3). Zob. szerzej: *ibidem*.

Obrony Kraju i Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz wyłączenie z katalogu osób jej podlegających Prokuratora Generalnego.

Ostatnia przed uchwaleniem Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. zmiana zakresu podmiotowego odpowiedzialności konstytucyjnej nastąpiła w efekcie uchwalenia ustawy z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226 z późn. zm.), włączającej do katalogu osób mogących odpowiadać przed Trybunałem Stanu członków Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji.

2. W świetle art. 198 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r., odpowiedzialność konstytucyjną ponoszą: Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, Prezes Rady Ministrów oraz członkowie Rady Ministrów, prezes Narodowego Banku Polskiego, prezes Najwyższej Izby Kontroli, członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, osoby, którym Prezes Rady Ministrów powierzył kierowanie ministerstwem, Naczelnny Dowódca Sił Zbrojnych oraz posłowie i senatorowie.

Prezydent, Prezes Rady Ministrów oraz członkowie Rady Ministrów przed Trybunałem Stanu, obok odpowiedzialności konstytucyjnej, mogą ponosić także odpowiedzialność karną. Dlatego pojęcia „odpowiedzialność konstytucyjna” i „odpowiedzialność przed Trybunałem Stanu” nie są tożsame (przedmiotem tego opracowania jest jedynie odpowiedzialność konstytucyjna)²¹.

Z materialnego punktu widzenia podmioty wymienione w art. 198 Konstytucji należy podzielić na dwie grupy. Pierwsza, to te spośród nich, które ponoszą pełną odpowiedzialność konstytucyjną, to znaczy odpowiedzialność za naruszenie konstytucji lub ustawy, w związku z zajmowanym stanowiskiem lub w zakresie swojego urzędowania. Druga to podmioty, których odpowiedzialność konstytucyjna jest ograniczona i obejmuje naruszenie jedynie określonych przepisów konstytucyjnych i ustawowych. Do pierwszej należą wszystkie wskazane wyżej podmioty oprócz posłów i senatorów. Do drugiej zaś właśnie posłowie i senatorowie.

Posłowie i senatorowie odpowiadają przed Trybunałem Stanu za naruszenie przepisów określanych jako antykorupcyjne, w szczególności za naruszenie art. 107 ust. 1 Konstytucji, który stanowi: „W zakresie określonym ustawą poseł nie może prowadzić działalności gospodarczej z osiągnięciem korzyści z majątku Skarbu Państwa lub samorządu tery-

²¹ R. Mojak, *Odpowiedzialność prawna posłów i senatorów przed Trybunałem Stanu w świetle Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.*, [w:] *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Zagadnienia prawa konstytucyjnego. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, red. R.M. Czarny, K. Spryszak, Toruń 2012, s. 214.

torialnego ani nabywać tego majątku”²². Mimo, że normy Konstytucji (art. 198 ust. 2) i ustawy o Trybunale Stanu (art. 5a i 26b) jednoznacznie nazywają ten rodzaj odpowiedzialności odpowiedzialnością konstytucyjną, w doktrynie nie ma co do tego pełnej zgody. Zdaniem części jej przedstawicieli jest to jedynie swoisty, wyłączny tryb postępowania mający na celu „ustalenie naruszenia przez parlamentarzystów przepisów ustanawiających zasadę materialnej niepołączalności mandatu parlamentarnego”²³. Jest to jednak pogląd będący w mniejszości. Przeważa przekonanie, że naruszenie przytoczonego wyżej art. 107 ust. 1 Konstytucji jest szczególnym rodzajem deliktu konstytucyjnego, a tym samym odpowiedzialność parlamentarzystów przed Trybunałem Stanu to odpowiedzialność konstytucyjna. Ta szczególność polega przede wszystkim na tym, że zakres przedmiotowy deliktu konstytucyjnego jest ograniczony do naruszeń przepisów antykorupcyjnych²⁴. Poza tym, naruszenie przepisu art. 107 nie może być popełnione „w zakresie swojego urzędowania” przez posła czy senatora bo nie może być powiązane z zakresem sprawowania przez niego mandatu. Aktywność deputowanego polegająca na prowadzeniu działalności gospodarczej z wykorzystaniem majątku Skarbu Państwa lub samorządu terytorialnego, jak również nabywaniu takiego majątku, z pewnością można uznać za popełnienie czynu zabronionego „w związku z zajmowanym stanowiskiem”, co wystarczy, aby był to delikt konstytucyjny²⁵. Stosując kryterium formalne opierające się przede wszystkim na różnicach w procedurze pociągania do odpowiedzialności konstytucyjnej w literaturze przedmiotu pomioty jej podlegające dzielone są na cztery grupy²⁶.

²² M. Granat, *op. cit.*, s. 134. Na podstawie art. 108 Konstytucji przepis ten stosuje się odpowiednio do senatorów.

²³ J. Grajewski, *Warunki ustawowe i wymogi formalne wstępnego wniosku o pociągnięcie do odpowiedzialności konstytucyjnej*, „Przegląd Sejmowy” 2003, nr 1, s. 12. Zob. szerzej: K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 237–241.

²⁴ D. Lis-Staranowicz, *Postępowanie w sprawie odpowiedzialności posłów i senatorów przed Trybunałem Stanu (uwagi na marginesie art. 107 Konstytucji RP)*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 6, s. 30.

²⁵ Na temat definicji pojęć „działalność gospodarcza” i „majątek Skarbu Państwa” zob.: K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 240–k 241; k 244–252.

²⁶ Zob. np.: W. Sokolewicz, *Konstytucyjna regulacja władzy sądowniczej*, [w:] *Konstytucja, ustroj, system finansowy państwa. Księga pamiątkowa ku czci prof. Natalii Gajl*, red. T. Dębowska-Romanowska, A. Jankiewicz, Warszawa 1999, s. 194–195; J. Zaleśny, *op. cit.*, s. 160; M. Granat, *op. cit.*, s. 130–131; K. Działocha, T. Zalasinski, *Komentarz do art. 198*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 13–15; K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 235–238.

Pierwsza grupa obejmuje Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej oraz, na podstawie art. 2 ust. 3 ustawy o Trybunale Stanu (po nowelizacji dokonanej 6 września 2001 r., Dz.U. Nr 125, poz. 1372), marszałków Sejmu i Senatu w zakresie, w jakim tymczasowo zastępują w pełnieniu obowiązków Prezydenta RP. O wszczęciu postępowania wobec nich decyduje Zgromadzenie Narodowe w drodze uchwały podjętej większością dwóch trzecich głosów na wniosek złożony przez co najmniej 140 członków Zgromadzenia Narodowego.

Rozszerzenie zasad dotyczących odpowiedzialności Prezydenta RP na zastępujących go marszałka Sejmu albo marszałka Senatu spotkało się w doktrynie z krytyką²⁷. Zwracano uwagę na „niejasne uzasadnienie aksjologiczne” takiego rozwiązania oraz wątpliwości dotyczące jego zgodności z art. 198 Konstytucji, albo wprost wyrażano przekonanie o jego niezgodności z tym artykułem²⁸. Należy podzielić pogląd, że sama koncepcja jest słuszna, podkreśla bowiem zupełny charakter zastępstwa prezydenta, jednakże powinna być wyraźnie ograniczona do odpowiedzialności wyłącznie za czyny wchodzące w zakres tego zastępstwa (tzn. z wyłączeniem zachowań wynikających z funkcji marszałka) oraz mieć jednoznaczną podstawę konstytucyjną²⁹. Osoba zastępująca prezydenta ma takie same kompetencje, co on (z wyjątkiem możliwości skrócenia kadencji Sejmu – Art. 131 ust. 4 Konstytucji), toteż „wyrazem niespójności systemowej byłoby, gdyby odpowiadała w innym zakresie niż prezydent”³⁰.

W skład drugiej grupy podmiotów podlegających odpowiedzialności konstytucyjnej wchodzi członkowie Rady Ministrów, to znaczy zgodnie z art. 147 Konstytucji: Prezes Rady Ministrów, wiceprezesi Rady Ministrów, ministrowie (zarówno ci, którzy kierują działami administracji rządowej, jak i pozostali) oraz przewodniczący określonych w ustawach komitetów. W ich przypadku o wszczęciu postępowania decyduje Sejm w drodze uchwały podjętej większością trzech piątych głosów na wniosek złożony przez co najmniej 115 posłów lub Prezydenta RP. W piśmiennictwie podnosi się, że większość trzech piątych wydaje się zbyt wysoka, „uniemożliwia bowiem *de facto* pociągnięcie do odpowiedzial-

²⁷ M. Zubik, *Trybunały po dziesięciu latach obowiązywania Konstytucji III RP*, „Przeгляд Sejmowy” 2007, nr 4, s. 170; K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 271–276.

²⁸ M. Zubik, *op. cit.*, s. 170; K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 276.

²⁹ Szerzej na temat poglądów doktryny dotyczących odpowiedzialności konstytucyjnej marszałka Sejmu i marszałka Senatu zastępujących prezydenta zob.: J. Zalesny, *op. cit.*, s. 173–174.

³⁰ J. Zalesny, *op. cit.*, s. 174.

ności konstytucyjnej urzędujących członków rządu”³¹. Z drugiej strony zwraca się uwagę, że jest to jednocześnie zabezpieczenie przed nadużyciem instytucji odpowiedzialności konstytucyjnej dla osiągnięcia do-
rażnych celów politycznych³².

Członkowie Rady Ministrów działają jako organy jednoosobowe wykonując swoje zadania nałożone bezpośrednio na nich przez ustawy lub przez Prezesa Rady Ministrów oraz jako osoby solidarnie wykonujące zadania nałożone przez prawo na Radę Ministrów³³. Indywidualny charakter odpowiedzialności konstytucyjnej zmusza do odpowiedzi na pytanie, czy możliwa jest odpowiedzialność konstytucyjna członków Rady Ministrów za decyzje podjęte przez rząd jako organ kolegialny?

W literaturze przedmiotu przywołuje się pięć teoretycznie możliwych odpowiedzi na to pytanie, wskazanych przez Jerzego Wróblewskiego³⁴:

- 1) odpowiadają wszyscy członkowie organu kolegialnego uczestniczący w posiedzeniu, na którym zapadła decyzja,
- 2) odpowiadają członkowie, którzy głosowali za podjęciem decyzji,
- 3) odpowiadają uczestnicy posiedzenia z wyjątkiem tych, którzy głosowali przeciw,
- 4) odpowiada ten, kto kierował organem kolegialnym podejmującym decyzję,
- 5) nie odpowiada nikt.

Należy zgodzić się z poglądem, że w przypadku odpowiedzialności konstytucyjnej członków Rady Ministrów, rozważać należy wybór tylko pomiędzy wariantami 2 i 3³⁵. Przyjęcie formuły pierwszej, tj. odpowiedzialności wszystkich uczestniczących w podejmowaniu decyzji, prowadziłoby do odpowiedzialności bez względu na zajęte przez członka Rady Ministrów stanowisko. Uznanie braku odpowiedzialności kogokolwiek za decyzje kolegialne (wariant piąty) jest nie do przyjęcia z punktu widzenia zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 Konstytucji³⁶. Formuła wyrażona w punkcie czwartym zwalnia z odpowiedzialności innych, poza Prezesem Rady Ministrów, członków rządu, czego też nie można zaaprobować, mogłoby to bowiem prowadzić do obciążenia premiera odpowiedzialnością za podjęcie decyzji, której był przeciwny.

³¹ K. Działocha, T. Zalasinski, *Trybunał...*, s. 15 i przywołana tam literatura.

³² J. Grajewski, *Warunki...*, s. 17.

³³ J. Zalesny, *op. cit.*, s. 178.

³⁴ W. Odrowąż-Sypniewski, *Odpowiedzialność konstytucyjna członków organów kolegialnych*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 6, s. 11.

³⁵ J. Zalesny, *op. cit.*, s. 181; W. Odrowąż-Sypniewski, *op. cit.*, s. 111.

³⁶ J. Zalesny, *op. cit.*, s. 181.

Jacek Zalesny przeprowadził analizę w wyniku, której doszedł do wniosku, że wybór pomiędzy wariantami 2 i 3 zależy od tego, jaki skutek w danym głosowaniu odgrywają głosy wstrzymujące się. Zgodnie z regulaminem prac Rady Ministrów³⁷, jeżeli decyzje rządu zapadają w drodze głosowania, a nie uzgodnienia, odbywa się to zwykłą większością głosów obecnych członków Rady Ministrów. Należy zatem uznać, że za kolegialne decyzje rządu odpowiadają wszyscy jego członkowie biorący udział w głosowaniu, z wyjątkiem tych, którzy głosowali przeciw. To znaczy, że odpowiadają także ci, którzy wstrzymali się od głosu, ponieważ w ten sposób umożliwili podjęcie decyzji.

Prezes Rady Ministrów może konstytucyjnie odpowiadać za dwa szczególne rodzaje zachowań. Pierwsze ma charakter działania, drugie zaniechania. Jako kontrasygnujący akty urzędowe Prezydenta RP, premier ponosi odpowiedzialność z tytułu kontrasygnaty aktów niezgodnych z konstytucją lub ustawą. W takim przypadku będzie istniała możliwość jednoczesnego pociągnięcia do odpowiedzialności konstytucyjnej Prezydenta RP i Prezesa Rady Ministrów³⁸. Jako kierujący pracami rządu, Prezes Rady Ministrów może wnioskować o uchycenie rozporządzenia i zarządzenia wydanego przez ministra. Zaniechanie skorzystania z tej kompetencji wobec aktu sprzecznego z konstytucją lub ustawami może być uznane za podstawę odpowiedzialności konstytucyjnej za winę w nadzorze³⁹.

Trzecią grupę podmiotów odpowiedzialności konstytucyjnej stanowią osoby zajmujące pozostałe wysokie stanowiska państwowe wymienione w art. 198 Konstytucji: prezes Narodowego Banku Polskiego, prezes Najwyższej Izby Kontroli, członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, osoby którym Prezes Rady Ministrów powierzył kierowanie ministerstwem oraz Naczelnym Dowódca Sił Zbrojnych. O wszczęciu postępowania przed Trybunałem Stanu wobec tych podmiotów decyduje Sejm bezwzględną większością głosów na wniosek złożony przez co najmniej 115 posłów, sejmową komisję śledczą lub Prezydenta RP.

Wydaje się, że przytoczony wyżej katalog ma dość przypadkowy charakter⁴⁰. Pominięto w nim np. ważny konstytucyjny organ – Rzecznika Praw Obywatelskich, oraz członków Rady Polityki Pieniężnej. W czasie

³⁷ § 27 ust. 3 uchwały nr 49 Rady Ministrów z 19 marca 2002 r. Regulamin pracy Rady Ministrów (M.P. Nr 13, poz. 221 z późn. zm.).

³⁸ K. Działocha, T. Zalasinski, *Trybunał...*, s. 14.

³⁹ J. Zalesny, *op. cit.*, s. 180.

⁴⁰ D. Wajda, *Uwagi o potrzebie reformy Trybunału Stanu*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 2, s. 131.

prac na Konstytucję rozważano poddanie odpowiedzialności konstytucyjnej Rzecznika Praw Obywatelskich, ale rozwiązanie to nie zostało poparte przez większość członków Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego⁴¹. Zwyciężyło przekonanie, że rzecznik nie sprawuje władztwa państwowego, nie ma uprawnień władczych, toteż nie jest możliwe powstanie przesłanek odpowiedzialności konstytucyjnej w wyniku jego działania (mimo że niektórzy eksperci i inne osoby uczestniczące w pracach Komisji podawali przykłady zachowań, które mogłyby prowadzić do naruszenia przepisów konstytucji przez rzecznika, jak np. złamanie konstytucyjnego zakazu wykonywania innych zajęć niż wykonywanie funkcji Rzecznika Prawa Obywatelskich⁴²).

Trudno uznać za racjonalną regulację, zgodnie z którą odpowiedzialności podlegają członkowie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, a nie podlegają jej członkowie innego konstytucyjnego organu kolegiального – Rady Polityki Pieniężnej odpowiadającej za kształtowanie polityki pieniężnej państwa⁴³.

Członkowie KRRiTV, z wyjątkiem przewodniczącego, nie mają żadnych własnych kompetencji ustawowych, dlatego mogą oni naruszyć Konstytucję lub ustawę albo przez działania kolegialne albo w następstwie popełnienia deliktów „poza ramami kompetencji członka KRRiTV”⁴⁴. W odróżnieniu od członków Rady Ministrów, członkowie KRRiTV wstrzymujący się od głosu przy podejmowaniu decyzji naruszającej konstytucję lub ustawę, nie powinni odpowiadać za nią przed Trybunałem Stanu. Uchwały Rady podejmowane są większością dwóch trzecich ustawowej liczby członków, dlatego wstrzymanie się od głosu faktycznie oznacza opowiedzenie się przeciw⁴⁵.

Podzielić tu należy wyrażany w literaturze pogląd, że do kręgu podmiotów podlegających odpowiedzialności konstytucyjnej powinny zostać dołączone osoby pełniące funkcje kilku organów pozakonstytucyjnych, w szczególności Prokurator Generalny po zmianie jego pozycji ustrojowej, a w dalszej kolejności Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, prezes Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa czy prezes Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko

⁴¹ *Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego Biuletyn XXVI*, Warszawa 1996, s. 18–19.

⁴² Zob. wypowiedzi prof. P. Winczorka i R. Kalisza, *ibidem*, s. 17.

⁴³ D. Wajda, *op. cit.*, s. 131.

⁴⁴ W. Odrowąż-Sypniewski, *op. cit.*, s. 110.

⁴⁵ Art. 9 ust. 2 ustawy z 29 grudnia 1992 o radiofonii i telewizji. J. Zaleśny, *op. cit.*, s. 182.

Narodowi Polskiemu⁴⁶. Nie wydaje się jednak możliwe rozszerzanie zakresu podmiotowego kognicji Trybunału Stanu w drodze ustawy, toteż konieczna byłaby zmiana Konstytucji, a tym samym konstytucjonalizacja wymienionych organów⁴⁷.

Czwarta, ostatnia grupa podmiotów podlegających odpowiedzialności konstytucyjnej, to posłowie i senatorowie. O wszczęciu wobec nich postępowania przed Trybunałem Stanu decydują odpowiednio Sejm lub Senat bezwzględną większością głosów na wniosek właściwego marszałka. Procedura ta spotkała się w doktrynie ze zdecydowaną krytyką, prowadząca nawet do wniosku, że sprowadza ona odpowiedzialność konstytucyjną posłów i senatorów wyłącznie do instytucji o charakterze prewencyjnym⁴⁸.

Pierwszym zarzutem jest to, że jedynym wnioskodawcą uprawnionym do wszczęcia procedury odpowiedzialności konstytucyjnej jest właściwy marszałek, który ponad to nie ma obowiązku korzystania z tej kompetencji. Brzmienie art. 107 Konstytucji (poseł „może być pociągnięty do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu”) sugeruje, że jest to uprawnienie fakultatywne, a powinno mieć charakter zdecydowanie obligatoryjny⁴⁹. Oczywiście nie ulega wątpliwości, że marszałek Sejmu (Senatu) jako organ państwa zobowiązany jest do przestrzegania przepisów prawa, z czego wynika, między innymi, obowiązek reagowania na nieprzestrzeganie przez posłów i senatorów dyspozycji normy wynikającej z art. 107 Konstytucji, ale brak jednoznaczności wzmacniać będzie zawsze motywacje polityczne przy podejmowaniu decyzji przez właściwego marszałka⁵⁰.

Wydaje się słuszny pogląd, że prawo wnioskowania o pociągnięcie do odpowiedzialności konstytucyjnej parlamentarzystów winien mieć również podmiot zewnętrzny wobec parlamentu, oraz że właściwym do tego organem byłaby (wzorem okresu międzywojennego) Najwyższa Izba Kontroli⁵¹. Natomiast koncepcja wyposażenia w takie prawo Prezydenta RP, mimo że odpowiadało by to jego pozycji ustrojowej jako strażnika konstytucji, nie jest przekonująca. Wydaje się, że istnieje zbyt duże niebezpieczeństwo wykorzystywania tego instrumentu wyłącznie jako narzędzia walki politycznej.

⁴⁶ D. Wajda, *op. cit.*, s. 131.

⁴⁷ M. Zubik, *op. cit.*, s. 169.

⁴⁸ Zob. w szczególności: M. Granat, *op. cit.*, s. 134–137; D. Lis-Staranowicz, *op. cit.*, s. 30–32.

⁴⁹ D. Lis-Staranowicz, *op. cit.*, s. 31.

⁵⁰ K. Grajewski, *Odpowiedzialność...*, s. 268.

⁵¹ D. Lis-Staranowicz, *op. cit.*, s. 32.

Drugą wadą procedury pociągania posła i senatora do odpowiedzialności jest to, że decyzję o postawieniu w stan oskarżenia powierzono Sejmowi i Senatowi, co sprawia, iż tryb ten „bardziej przypomina odpowiedzialność regulaminową, która realizuje się przed organami izby niż odpowiedzialność prawną”⁵². Jest też bardzo prawdopodobne, że decyzje izb w sprawie postawienia w stan oskarżenia mogą być motywowane politycznie. W okresie międzywojennym wnioski składano bezpośrednio do organu orzekającego (najpierw Sądu Najwyższego, potem Trybunału Stanu) i było to lepsze rozwiązanie.

3. Podsumowując wydaje się, że pożądana byłaby korekta przepisów konstytucyjnych i ustawowych dotyczących zakresu podmiotowego odpowiedzialności konstytucyjnej:

- po pierwsze, odpowiedzialność konstytucyjna marszałka Sejmu i marszałka Senatu zastępujących prezydenta powinna uzyskać jednoznaczną podstawę w Konstytucji z wyraźnym ograniczeniem jej do czynów wchodzących w zakres zastępstwa,
- po drugie, przy utrzymaniu indywidualnego charakteru odpowiedzialności konstytucyjnej z punktu widzenia zasady legalizmu, pożądanym byłoby znalezienie i ustawowe uregulowanie formuły odpowiedzialności członków Rady Ministrów za decyzje podjęte przez rząd jako organ kolegialny. Należy się zgodzić z poglądem, że powinni odpowiadać wszyscy ci członkowie Rady Ministrów, którzy wyraźnie nie sprzeciwili się niekonstytucyjnej decyzji,
- po trzecie katalog podmiotów podlegających odpowiedzialności konstytucyjnej należy znacznie poszerzyć i to zarówno o osoby pełniące funkcje organów konstytucyjnych (Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, członkowie Rady Polityki Pieniężnej), jak i dotychczas pozakonstytucyjnych (Prokurator Generalny, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, prezes Prokuratury Generalnej Skarbu Państwa, prezes Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu),
- po czwarte, posłowie i senatorowie przy utrzymaniu zakresu przedmiotowego ich odpowiedzialności konstytucyjnej powinni być mocstawiani w stan oskarżenia nie tylko przez marszałka właściwej Izby ale także przez podmiot zewnętrzny wobec parlamentu (NIK) wskutek wniosku kierowanego wprost do Trybunału Stanu.

⁵² *Ibidem*, s. 40.

PIOTR CZARNY

PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA PRZED SĄDEM KONSTITUCYJNYM (WYBRANE PROBLEMY)

WPROWADZENIE

Analizując wnikliwie genezę i rozwój zasady państwa prawnego – związane bez wątplenia z historią niemieckiego prawa publicznego – Z. Maciąg napisał, że: „W systemie ustrojowym chroniącym wolności jednostki skuteczność tej ochrony zależy w znacznej mierze od funkcjonalności tego systemu i instytucji prawno-konstytucyjnych służących zapewnieniu jego bezpieczeństwa” [tj. bezpieczeństwa prawnego jednostki – przyp. Autora]¹. Bezpieczeństwo prawne jednostki i systemu ustrojowego uznać zaś należy za istotny element zasady państwa prawnego, stanowiącej jeden z „filarów” ustrojów współczesnych państw cywilizowanych. Funkcjonalność takiego systemu jest w pierwszej kolejności pochodną konkretnych rozwiązań, w szczególności tych, które mają na celu osiągnięcie współdziałania różnych instytucji publicznych. Jeżeli bowiem w ogóle mowa o systemie, to układ elementów go tworzących powinien być powiązany i tworzyć pewną – założenia logicznie połączoną – całość². Jedną z przyczyn zerwania tych powiązań może być nadmierne eksponowanie znaczenia podziału (separacji) władz i podkreślanie „samodzielności” najwyższych organów państwa należących do poszczególnych jej gałęzi.

¹ Z.A. Maciąg, *Kształtowanie zasad państwa demokratycznego, prawnego i socjalnego w Niemczech (do 1949 r.)*, Białystok 1998, s. 355.

² *Słownik języka polskiego*, t. 5, oprac. zbiorowe, Warszawa 2007, s. 238.

Z zakresu działalności sądów konstytucyjnych wskazać można na istotny problem z tej dziedziny, chodzi mianowicie o wykonywanie ich orzeczeń, zwłaszcza przez organy prawodawcze. W odniesieniu do sytuacji w Polsce charakterystyczne jest, że autorzy Konstytucji przyjęli, iż nadanie wyrokom Trybunału Konstytucyjnego mocy powszechnie obowiązującej oraz ogłoszenie ich w odpowiednim organie urzędowym oznaczać będzie ich „niezakłócone wykonanie”³. Tymczasem praktyka ustrojowa jasno pokazuje, że tak nie jest, a brak jest konstytucyjnych rozwiązań, mających zapewnić choćby w pewnym stopniu odpowiednią realizację wskazań Trybunału. Zauważyć również należy, że adekwatnym instrumentem do przeciwdziałania tego rodzaju sytuacjom nie jest odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu szkody wyrządzonej przez niewydanie aktu normatywnego (art. 417¹ § 4 kodeksu cywilnego). Jest to bowiem „instrument ratunkowy”, mający zastosowanie tylko do sytuacji braku „obowiązkowej regulacji” pewnej problematyki, a poza tym wymaga on nie tylko wykazania indywidualnej szkody, ale i jednoznacznego ustalenia, jakie – choćby minimalne – uprawnienia przysługiwałyby osobie zainteresowanej, gdyby prawodawca wykonał swoją powinność⁴. Zgodzić należy się w pełni ze stanowiskiem, że trudno byłoby w Polsce wyposażyć Trybunał w ogólne uprawnienie do określania sposobu wykonania jego orzeczeń (na wzór regulacji obowiązującej w Niemczech)⁵. Jednak można byłoby rozważyć problem specjalnej skargi, której przesłanką byłoby „milczenie prawodawcy” po wyroku TK, ale odpowiedzialność państwa oparta byłaby nie tyle na wyrównaniu szkody, ile na konstrukcji specjalnego zadośćuczynienia, co zwalniałoby osoby zainteresowane z konieczności konkretnych obliczeń wskazujących wysokość uszczerbku majątkowego.

³ Z. Maciąg, *Stosowanie Konstytucji RP a problem niewykonywania wyroków Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Stosowanie Konstytucji RP z 1997 roku – doświadczenia i perspektywy*, red. Z. Maciąg, Kraków 2006, s. 227.

⁴ Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 6 września 2012 r. (I CSK 59/12, baza aktów prawnych Lex, 1231457) stwierdził: „treść niewydanego aktu normatywnego powinna być możliwa do zrekonstruowania bez wkraczania w kompetencje legislacyjne innych organów państwowych. Sąd nie może konstruować hipotez co do ewentualnej treści niewydanego aktu normatywnego, wychodząc z przyjmowanych przez siebie założeń aksjologicznych. Jeżeli przepis przewidujący obowiązek wydania aktu normatywnego nie określałby w wystarczającym stopniu treści tego aktu, sąd nie mógłby poczynić niewadliwych ustaleń dotyczących powstania szkody wynikającej z zaniechania, jej wysokości oraz związku przyczynowego, będącego przesłanką przyznania odszkodowania”.

⁵ Z. Maciąg, *Stosowanie...*, s. 281.

Niezależnie od tego wspomniana wcześniej efektywność systemu ochrony bezpieczeństwa prawnego nie powinna prowadzić do nadmiernego uwzględniania w procesie prawodawczym „czystego” pragmatyzmu, wiedzy fachowej oraz interesów poszczególnych grup społecznych zainteresowanych treścią danej regulacji. Negatywne aspekty takiego podejścia ujawniły się (i mimo zmian nadal ujawniają) w procesie prawotwórczym na poziomie Unii Europejskiej⁶. W Polsce wciąż zbyt małą uwagę przywiązuje się do opinii prawnych dotyczących powstających aktów normatywnych, jednak problem oddziaływań środowiskowych stał się już dość istotny, szczególnie, że często mają one zakulisowy charakter. Nie ulega zaś wątpliwości, że ochrona bezpieczeństwa prawnego wymaga również regulacji „niekorzystnych” z punktu widzenia niektórych grup społecznych, zwłaszcza zaś funkcjonariuszy publicznych i innych osób wykonujących zadania publiczne.

Z rozważań Z. Maciąga już z okresu początków transformacji ustrojowej wynikało, że sprawność działania instytucji publicznych wymaga nie tylko „dobrego” prawa, ale również – a może nawet przede wszystkim odpowiednich środków finansowych na ich działalność⁷. Szczególnie w sytuacji, gdy środków tych jest niewiele, prawidłowa gospodarka finansowa nabiera większego znaczenia, a więc ważniejszy staje się – jak to określał Z. Maciąg – element jakościowy (kwalitatywny) zasady państwa prawnego, tj. przewaga rozsądku zarówno nad kierującymi się emocjami większościami, jak i nad dążeniami poszczególnych instytucji społecznych, w tym również kościołów⁸. Szczególnie dotyczyć to powinno uregulowanie kwestii proceduralnych, gdzie niezwykle ważna jest rola elementów prakseologicznych.

Funkcjonalność systemu jest jednak zagadnieniem częściowo odrębnym od praktycznej skuteczności poszczególnych instytucji, które do niego należą. Z tego punktu widzenia dla ochrony praw jednostki kluczowe znaczenie ma prawo do uzyskania wiążącego prawnie rozstrzygnięcia dotyczącego indywidualnych uprawnień i obowiązków „w stosownym czasie”. Najważniejsze miejsce zajmuje tu oczywiście prawo do sądu traktowane jako podstawowy instrument do ustalenia, że ingerencja w wolność człowieka (zarówno ze strony państwa, jak i instytucji niepaństwowych) jest zgodna z prawem, jak i stwierdzenia, że prawa

⁶ Z. Maciąg, *Probleme der Anpassung der polnischen Verfassungsordnung an europäische Standards*, [w:] *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen*, red. Ch. Tomuschat, H. Kötz, B. v. Maydell, Köln–Berlin–Bonn–München 1993, s. 187.

⁷ Z. Maciąg, *Anpassung...*, s. 191.

⁸ *Ibidem*, s. 191–192.

podmiotowe (w szczególności zaś prawa majątkowe), które państwo poprzez normy prawne przyznało określonym podmiotom stosunków prawnych, są prawidłowo „rozdzielone”.

Należałoby tu także przypomnieć, że problem rozciągnięcia w czasie postępowania przed organami sądowymi ma wymiar ponadczasowy. Już w Ewangelii św. Łukasza przeczytać można przypowieść o natrętnej wdowie, z której jednoznacznie wynika, że zwłoka w udzieleniu ochrony stanowi cechę niesprawiedliwości⁹. Istotne jest jednak również, że problem przewlekłości postępowania musiał istnieć już wówczas, inaczej przekaz ewangelisty nie byłby przecież wyrazisty dla współczesnych mu czytelników. Po wielu wiekach ten sam problem zauważył W. Szekspir, który w słynnym monologu Hamleta zalicza właśnie „opieszalność prawa” do najważniejszych bolączek ludzkiej egzystencji.

Przedmiotem poniższych uwag, które wyczerpują naturalnie złożonej problematyki, nie jest jednak omawiany w nauce wielokrotnie problem przewlekłości postępowania przed sądami w rozumieniu art. 175 ust. 1 Konstytucji RP, ale pytanie o występowanie tego zjawiska przed sądem konstytucyjnym i próby przeciwdziałania mu poprzez różnego rodzaju rozwiązania prawne.

PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA PRZED SĄDEM KONSTYTUCYJNYM – ZAGADNIENIA TEORETYCZNE I PRAWNO-PORÓWNAWCZE

Przewlekłość postępowania przed sądem konstytucyjnym rozumieć ogólnie można – podobnie jak przewlekłość postępowania sądowego – jako stan, w którym „postępowanie trwa dłużej niż to konieczne dla wyjaśnienia okoliczności faktycznych i prawnych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy”¹⁰. Z teoretycznego punktu widzenia oddzielić należy tzw. przewlekłość strukturalną, która odnosi się do znaczącej liczby prowadzonych przed danym organem postępowań, nie jest tylko wynikiem zbiegu okoliczności dotyczących pewnych spraw jednostkowych. Tego rodzaju sytuacja może mieć, ogólnie rzecz ujmując, cztery główne przyczyny. Po pierwsze, dysfunkcjonalną organizację wewnętrzną danego organu, co „przekłada się” również na nieprawidłowości w technice prowadzenia postępowania i opóźnienia w dokonywaniu poszczególnych czynności procesowych. Drugą przyczyną może tzw. przeciążenie

⁹ Łk 18, 1–8.

¹⁰ L. Jamróz, *Przewlekłość postępowania sądowego jako naruszenie prawa do sądu*, [w:] *Państwo prawa. Parlamentaryzm. Sądownictwo konstytucyjne. Pamięci Profesora Z. Czeszejki-Sochackiego*, red. A. Jamróz, Białystok 2012, s. 147.

organu zadaniami (sprawami). Wówczas załatwienie sprawy opóźnia się z tego względu, że podjęcie określonych działań musi przez dłuższy czas „oczekiwać” na swoją kolejność¹¹. Słusznie zwraca się przy tym uwagę, że o „przeciążeniu” mówić można w sytuacji, gdy działalność sądu w zakresie od niego zależnym zorganizowana jest optymalnie, a mimo to nie udaje się uniknąć przewlekłości¹². Trzecią ważną przyczyną może być niewystarczające zaplecze osobowego i rzeczowe, co z reguły (choć nie zawsze) powiązane jest z niewystarczającymi środkami finansowymi pozostającymi w dyspozycji danej instytucji. Wreszcie po czwarte, w grę wchodzi wadliwa regulacja prawna przebiegu postępowania, która zmusza do dokonywania czynności niepotrzebnych w danej sytuacji dla należytego wyjaśnienia sprawy lub też wyznacza zbyt długie terminy dokonywania pewnych działań. Naturalnie w konkretnej sytuacji określonego sądu przewlekłość może mieć złożone, wielorakie przyczyny. Przewlekłość strukturalna może mieć przy tym charakter względnie trwały lub też ograniczony czasowo wymiar związany pewnymi nadzwyczajnymi zdarzeniami. Trudno podawać tu ściśle granice czasowe, ale o pierwszej sytuacji mówić można w perspektywie kilkuletniej, a zwłaszcza wówczas, gdy ustąpiły już nadzwyczajne okoliczności wskazywane jako jej przyczyna. Przewlekłości postępowania może mieć również charakter pochodny, jej przyczyna tkwi wówczas w opieszałym lub nierzetelnym działaniu instytucji zewnętrznych, od których zależy spełnienia warunków koniecznych do wydania rozstrzygnięcia.

Natomiast nieco inna jest przewlekłość o charakterze indywidualnym, wynikająca ze szczególnych okoliczności konkretnej sprawy, co nie oznacza, że przyczyny nie mają pewnego aspektu systemowego, jednak ujawniają się tylko wyjątkowo w szczególnych okolicznościach¹³.

Problem przewlekłości postępowania przed sądem konstytucyjnym wykazuje istotne odrębności w porównaniu z przewłoką postępowania sądowego prowadzonego przed „zwykłym” sądem. Łączy się bowiem z zagadnieniem roli ustrojowej organu sądowej kontroli konstytucyjności prawa i jego praktycznych relacji między najwyższymi organami państwa, w tym relacją z władzą ustawodawczą. Głównie chodzi o to,

¹¹ P. Czarny, *Zjawisko przeciążenia sądów konstytucyjnych (na przykładzie Niemiec i Polski)*, [w:] *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, red. P. Czarny, P. Tuleja, Kraków 2004.

¹² M. Nowak, *Zjawisko przeciążenia sądu konstytucyjnego*, „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” 2012, nr 2 (4), s. 113.

¹³ Z zakresu działalności sądów konstytucyjnych wskazać tu można na rotację na stanowiskach sędziowskich, co często wymaga ponownej analizy sprawy przez „nowego” sprawozdawcę lub innych członków składu orzekającego.

że działając w trybie kontroli represyjnej, sąd konstytucyjny ocenia rozwiązania już obowiązujące i wywołujące skutki prawne. Im dłuższy czas one obowiązują, tym skutki te są dalej idące, a tym samym przywrócenie stanu zgodności z konstytucją staje się bardziej skomplikowane. Poza tym orzecznictwo sądu konstytucyjnego ma bezpośredni wpływ na działalność innych najwyższych organów państwa, w szczególności organów władzy ustawodawczej. Długie oczekiwanie na rozstrzygnięcie sądu konstytucyjnego rodzi nie tylko stan niepewności prawnej, ale rodzi również pokusę obniżania roli organu sądowej kontroli konstytucyjności prawa poprzez tworzenie różnego rodzaju „faktów dokonanych”, mających pozbawić jego orzeczenia przynajmniej niektórych istotnych skutków¹⁴.

Z prawnoporównawczego punktu widzenia zauważyć należy, że generalnie przyczyną przewlekłości postępowania przed sądem konstytucyjnym jest „nadmierna” liczba skarg konstytucyjnych, a dokładniej rzecz ujmując – brak odpowiedniej regulacji proceduralnej lub też środków osobowych i rzeczowych pozwalających na rozpatrzenie wpływających skarg „w rozsądnym czasie”. Zwrócić też należy uwagę, że środki ochrony prawnej funkcjonują w ten sposób, iż przez samo swoje istnienie wywołują „popyt” i jego rozwój¹⁵. Stąd otwarcie jednostce dostępu do sądu konstytucyjnego powoduje, że chętnie sięga się do tego instrumentu i to nie tylko w sprawach istotnych.

Pozornie najprostszym rozwiązaniem problemu przewlekłości byłoby wyznaczenie sądowi konstytucyjnemu terminów rozpatrzenia sprawy lub też terminy dokonania określonych działań procesowych. Jest to charakterystyczne zwłaszcza dla kontroli prewencyjnej¹⁶. Tytułem przykładu, austriacka ustawa o Trybunale Konstytucyjnym mówi, że rozpatrzenie sprawy winno nastąpić w miarę możliwości w ciągu miesiąca¹⁷. Ustawa portugalska wskazuje zaś między innymi, że sprawozdawca winien zasadniczo przygotować projekt orzeczenia w ciągu 40 dni od dnia wyznaczenia, a projekt ten winien stać się przedmiotem na-

¹⁴ Przykładami mogą być wypłacenie różnego rodzaju świadczeń przyznanych w ocenie sądu konstytucyjnego niezgodnie z zasadą równości wobec prawa, szybkie podejmowania działań o nieodwracalnych lub bardzo trudno „odwracalnych” skutkach prawnych (głębokich reform społeczno-gospodarczych).

¹⁵ R. Wahl, *Die Reformfrage*, [w:] *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, red. P. Badura, H. Dreier, t. I, Tübingen 2001, s. 476.

¹⁶ L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej*, Warszawa 1987, s. 268.

¹⁷ Pomimo tego w 1981 r. rozpatrywanie spraw trwało od 4 do 5 lat. R. Machacek, *Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof*, Wien 1989, s. 21.

radę w ciągu 15 dni od dnia przekazania go sędziom. Skuteczność tego rodzaju regulacji jest ograniczona, terminy te bowiem uważać należy za tzw. instrukcyjne. Drugim generalnym, a wzorowanym na rozwiązaniach amerykańskich, sposobem uniknięcia przewlekłości strukturalnej, jest wprowadzenie procedury przyjmowania skarg (wniosków) do rozpatrzenia, w której kryteria są w części natury uznaniowej. Stąd sąd konstytucyjny może dostosowywać liczbę rozpatrywanych co do istoty spraw do swoich „możliwości” orzeczniczych w danym okresie. Trzecim rozwiązaniem jest pewnego rodzaju „koło ratunkowe” dla uniknięcia przewlekłości w sprawach szczególnie ważnych. Tytułem ilustracji czeska ustawa o sądzie konstytucyjnym przewiduje, że nie musi on kierować się kolejnością, w jakiej wnioski wpłynęły, jeśli zdecyduje, iż dana sprawa ma charakter pilny¹⁸. Oczywiście jest również to milcząca akceptacja dla sytuacji, gdy ogólnie rzecz biorąc występuje opóźnienie w rozpatrywaniu spraw i trzeba jej uniknąć w szczególnych sytuacjach bez narażania się na zarzut całkowitej arbitralności, jeśli chodzi o tempo rozpatrywania poszczególnych spraw.

PROBLEM PRZEWLEKŁOŚCI POSTĘPOWANIA PRZED TK W ŚWIELE KONSTITUCJI RP I USTAWODAWSTWA POLSKIEGO

Podobnie jak to jest w przypadku wykonania wyroków TK, Konstytucja RP nie reguluje właściwie problemu czasowej „długości” postępowania przed TK. Ogólne wskazania wynikają oczywiście z zawartego w preambule nakazu zapewnienia instytucjom publicznym „sprawności”. Niezależnie od tego, czy wstąpi do Konstytucji RP z 1997 r. przyznawać walor normatywny, czy nie, stwierdzić należy, że preambuła nakazuje ustawodawcy takie uregulowanie organizacji TK i postępowania przed nim, aby przeciwdziało to nadmiernemu rozciągnięciu się w czasie procesu rozpatrywania spraw. Jednocześnie zobowiązuje sam TK do unikania przewlekłości i podejmowania środków zaradczych, jeśli ona wystąpi. Można też stanąć na stanowisku, że wymóg rozstrzygnięcia przez organ państwa sprawy w odpowiednim czasie stanowi element tzw. sprawiedliwości proceduralnej, a obowiązywanie tej zasady wywodzić z zasady państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji RP¹⁹.

¹⁸ *Sądy konstytucyjne w Europie*, t. 2, red. J. Trzciński, Warszawa 1997, s. 105.

¹⁹ K. Wojtyczek, *Prawo do wysłuchania w postępowaniu kontroli norm przed Trybunałem Konstytucyjnym*, [w:] *Państwo i prawo wobec współczesnych wyzwań. Księga jubileuszowa Profesora Jerzego Jaskierni*, t. 3, red. R.M. Czarny, K. Sprzyszak, Toruń 2012, s. 439–440.

W systemie prawa polskiego brak jednak odpowiednich środków egzekwowania tych konstytucyjnych obowiązków. Szczególna regulacja dotyczy jedynie prewencyjnej kontroli ustawy budżetowej i ustawy o prowizorium budżetowym. Jeżeli bowiem Prezydent RP zwróci się ze stosownym wnioskiem do TK, to ten ostatni winien wydać orzeczenie w tej sprawie nie później niż w ciągu 2 miesięcy od dnia złożenia wniosku. Jest to jednak rozwiązanie wyjątkowe²⁰. Uznać to można za wprowadzenie *sui generis* domniemania, zgodnie z którym w ciągu wskazanego w Konstytucji okresu wyjaśnić można wszystkie istotne okoliczności faktyczne i prawne, a dłuższy czas rozpatrywania sprawy jest *ex lege* przewlekłością postępowania i naruszeniem zasady sprawności działania instytucji publicznych. Stwierdzić natomiast trzeba, że do postępowania przed Trybunałem konstytucyjnym nie ma zastosowania art. 45 ust. 1 Konstytucji RP, z którego wynika, iż elementem prawa do sądu jest prawo do uzyskania rozstrzygnięcia bez nieuzasadnionej zwłoki. Trybunał jest co prawda w świetle ustawy zasadniczej organem władzy sądowniczej, ale podkreśla ona odrębny status sądów i trybunałów, a zatem trudno uważać TK za sąd w rozumieniu art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Poza tym przyjąć należy, że na mocy odesłania zawartego w art. 19 ustawy o TK w postępowaniu przed tym organem obowiązuje wynikający z art. 6 k.p.c. nakaz przeciwdziałania przewlekaniu postępowania w szczególności dążenia do rozstrzygnięcia sprawy na pierwszym posiedzeniu (rozprawie) pod warunkiem, że nie ucierpi na wszechstronne wyjaśnienie sprawy.

Postawić można pytanie, czy art. 197 Konstytucji RP w związku z treścią preambuły mógłby stanowić podstawę do ustalenia – na wzór wcześniej wskazanych państw – w ustawie o TK terminów załatwiania wszystkich lub też określonej kategorii spraw, albo określenia pewnych terminów dla konkretnych etapów postępowania. Nie wydaje się to całkowicie wykluczone. Przypomnieć tutaj należy, że przygotowany w 2007 r. poselski projekt zmiany ustawy o Trybunale Konstytucyjnym przewidywał, iż rozprawa przed Trybunałem „powinna się odbyć nie wcześniej niż trzy miesiące i nie później niż sześć miesięcy od dnia wpłynięcia do Trybunału wniosku, pytania lub skargi konstytucyjnej co do którego nie zachodzą przeszkody formalne”. Termin ten miałby mieć charakter instrukcyjny, a w uzasadnieniu projektu zwracano uwagę, że stan obecny powoduje m.in. poważne zróżnicowanie czasu rozpatrywania spraw, niektóre sprawy wniesione w analogicznym czasie roz-

²⁰ Z. Czeszejko-Sochacki, L. Garlicki, J. Trzcziński, *Komentarz do ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, Warszawa 1999, s. 145.

patrywane są bowiem dużo szybciej. Oczywiście podobnie jak w przypadku postępowania sądowego, wprowadzenie takich terminów nie jest z pewnością obligatoryjne²¹. Główny problem, jaki jest z tym związany, wynika z różnorodności problemów i trybów postępowania przed TK, co utrudnia wprowadzenie pewnych bliższych założeń, ile czasu zająć powinno rozpatrywanej danej kategorii spraw.

Warto przytoczyć w tym miejscu dane statystyczne obrazujące, jak problem przewlekłości postępowania wygląda w praktyce. Ogłoszone przez TK dane statystyczne wskazują, że średni czas rozpatrywania sprawy zakończonej wyrokiem wyniósł w 2012 r. 19 miesięcy²². Zwraca jednak uwagę, że dwie z rozpoznanych spraw wniesione zostały jeszcze w 2008 r., a 9 w 2009 r. Sytuacja pod względem statystycznym uległa poprawie bowiem w 2011 r. średni czas rozpatrywania tego rodzaju spraw wyniósł aż 24 miesiące²³. Podkreślić tu jednak należy dwie istotne okoliczności. Otóż po pierwsze podawane przez TK dane nie obejmują spraw zakończonych postanowieniami, a po drugie (co istotniejsze) w przypadku skarg konstytucyjnych (i wniosków podlegających tzw. kontroli wstępnej) podstawą do obliczeń jest moment przekazania sprawy do merytorycznego rozpoznania²⁴. Faktycznie więc okres od wpłynięcia skargi czy wniosku do ich rozstrzygnięcia w drodze wyroku jest dużo dłuższy.

Problem przewlekłości postępowania dostrzeżony został przez autorów złożonego w Sejmie przez Prezydenta RP projektu nowej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym²⁵. Projektowane rozwiązania nowej ustawy służyć mają bowiem m.in. „usprawnianiu pracy oraz efektywności i szybkości orzekania Trybunału”. Wśród rozwiązań mających zapewnić osiągnięcie tego celu wyróżnia się przede wszystkim nakaz wyznaczenia przez przewodniczącego składu orzekającego pierwszej narady w sprawie nie później niż w ciągu 2 miesięcy od upływu terminu przedstawienia stanowisk przez uczestników postępowania (art. 87 pkt 1 projektu). Nawiazaniem do sytuacji spraw szczególnie pilnych jest uprawnienie

²¹ J. Gołaczyński, A. Krzywonos, *Prawo do sądu*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 743.

²² Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2012 r., Warszawa 2013, s. 88.

²³ Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności Trybunału Konstytucyjnego w 2011 r., Warszawa 2012, s. 104.

²⁴ Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2010 r., Warszawa 2011, s. 68.

²⁵ Druk sejmowy nr 1590, www.orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/699F4137C13B-F1E7C1257BB1004B2874/%24File/1590.pdf [28.10.2013].

prezesa do wyznaczenia innego (w domyśle przede wszystkim wcześniejszego) terminu pierwszej narady. Poza tym ważne znaczenie z punktu widzenia szybkości postępowania ma szersze dopuszczenie możliwości wydania przez TK wyroku na posiedzeniu niejawnym. Zależałoby to głównie od tego, czy za przeprowadzeniem rozprawy przemawia interes publiczny (art. 82 projektu). Mniejszą, ale w konkretnych przypadkach istotną rolę, odgrywać może uprawnienie prezesa TK do skrócenia terminu przedłożenia stanowisk przez uczestników postępowania. Warto też odnotować zmianę, z której wynika odejście od przyjętej w praktyce zasady odbywania narady bezpośrednio po rozprawie i niezwłocznego ogłaszania wyroku jeszcze w dniu, w którym odbyła się rozprawa (art. 92 ust. 2 projektu). Proponowane rozwiązanie pozornie prowadzić może do skutków przeciwnych niż zamierzone, ale obecna praktyka, zakładająca, że rozprawę przeprowadza, gdy jest już „uzgodniony” projekt rozstrzygnięcia pokazuje, iż wspomniana zmiana może faktycznie uprościć postępowanie.

Inną bardzo ważną nowelą ma być uproszczenie procedury wstępnej kontroli skarg konstytucyjnych (i niektórych wniosków) przez zniesienie zażalenia na postanowienie o odmowie nadania im dalszego biegu. Postanowienie w tej sprawie miałyby być jednak wydawane przez skład trzech sędziów TK, a więc w taki sposób, w jaki obecnie są wydawane rozstrzygnięcia w sprawie zażaleń na wydawane w „pierwszej instancji” jednoosobowo postanowienia. Choć rozwiązanie to jest krytykowane jako nadmiernie ograniczające prawo do wniesienia skargi konstytucyjnej (art. 79 Konstytucji RP)²⁶, to jednak pamiętać należy, że rozwiązania wprowadzone w 1997 r. związane były m.in. z tym, iż szereg istotnych kwestii dotyczących dopuszczalności skarg nie było jeszcze rozstrzygniętych w orzecznictwie TK, stąd potrzeba kontroli w tym zakresie. Wydaje się jednak, że lepszą gwarancją prawidłowości orzecznictwa mogłaby być zasada, zgodnie z którą jednomyślne stanowisko składu zamyka postępowanie. Natomiast jeśli jeden z jego członków składu orzekającego uważa, że skarga spełnia wymogi formalne, wówczas sprawa rozpatrywana jest w poszerzonym składzie tak, aby zapewnić realizację zasady, zgodnie z którą skarga nie podlega rozpatrzeniu jeżeli co najmniej trzech sędziów TK uważa ją za niedopuszczalną. Wydaje się bowiem, że celem regulacji powinno być przede wszystkim zapobieżenie ewentualnym nieprawidłowościom (związanymi z problemem tzw.

²⁶ *Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do przedstawionego przez Prezydenta projektu ustawy o Trybunale Konstytucyjnym*, www.programy.hfhr.pl/monitoringprocesulegislacyjny/files/2013/10/opinia-TK1.pdf [28.10.2013], s. 8–9.

przypadkowych większości w sytuacji występowania spornych problemów), aniżeli otwieranie pola do przedłużania postępowania.

PRZEWLEKŁOŚĆ POSTĘPOWANIA PRZED SĄDEM KONSTITUCYJNYM
A ART. 6 EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Nie ulega wątpliwości, że postępowanie przed sądem konstytucyjnym wypełniać powinno również standardy prawno-międzynarodowe, o ile odnoszą się one do niego i nie stałyby w sprzeczności z normami konstytucyjnymi. Z tego punktu widzenia kluczowa jest odpowiedź na pytanie, czy postępowanie przed sądem konstytucyjnym objęte jest gwarancjami wynikającymi z art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz – choćby w pewnym zakresie – z jej art. 13. Sytuacja w tym zakresie jest dość skomplikowana, ponieważ *prima facie* przedmiotem postępowania jest w tym przypadku zasadniczo konstytucyjność aktu normatywnego, a autorytatywne stwierdzenie zgodności lub niezgodności z ustawą zasadniczą nie jest rozstrzygnięciem indywidualnej sprawy dotyczącym wprost praw lub obowiązków o charakterze cywilnoprawnym lub też zasadności oskarżenia w sprawach karnych, nawet w przyjętym przez Europejski Trybunał Praw Człowieka autonomicznym rozumieniu tych pojęć²⁷. Tak jest z pewnością przy tzw. abstrakcyjnej kontroli norm. Jednak postępowanie przed sądem konstytucyjnym może mieć ścisły związek z postępowaniami sądowymi i wówczas pojawiają się wątpliwości.

Z polskiego punktu widzenia stwierdzić można, że z utrwalonego orzecznictwa ETPCz wynika, iż postępowanie przed TK w sprawie pytań prawnych złożonych przez sądy orzekające w sprawach objętych gwarancjami art. 6 EKPC podlega ocenie z punktu widzenia prawa do rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym czasie. Czas trwania postępowania przed TK „wlicza się” wówczas do całkowitej długości postępowania²⁸. Uwzględnić jednak należy, że incydentalne w tym przypadku rozstrzygnięcie kwestii konstytucyjności podstawy rozstrzygnięcia oznacza z reguły znaczny stopień skomplikowania sprawy, co uzasadnia przyjęcie dłuższego dopuszczalnego czasu trwania postępowania.

²⁷ Inną kwestią jest ocena, czy postępowanie w sprawie w sprawie zgodności z Konstytucją celów lub działalności partii politycznej (poza tzw. kontrolą prewencyjną, bo tu jest ścisły związek z postępowaniem przed Sądem Okręgowym w Warszawie) podlega unormowaniu zawartemu w art. 6 EKPCz.

²⁸ Zob. bliżej m.in.: F. Matscher, *Art. 6 EMRK und verfassungsgerichtliche Verfahren*, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1993, s. 450.

Wątpliwości budzi postępowanie w sprawach skarg konstytucyjnych. Jego przedmiot w Polsce jest określony wąsko. W literaturze wyrażono co prawda stanowcze stanowisko, zgodnie z którym „samo postępowanie przed polskim sądem konstytucyjnym w sprawie skargi konstytucyjnej podlegać będzie ocenie w świetle wymogów wynikających z art. 6 ust. 1 EKPCz”²⁹. Jednak zwrócić należy uwagę, że orzeczenia ETPCz dotyczące tego problemu dotyczyły państw, w których skarga może być skierowana przeciwko wyrokowi sądowemu lub innym indywidualnym rozstrzygnięciom (Niemcy, Austria, Czechy, Hiszpania), a sąd konstytucyjny może te rozstrzygnięcia uchylać. Pod tym względem sytuacja w Polsce jest „jakościowo inna”.

Niezależnie od tego zauważyć należy, że ETPCz przyjmował również za dopuszczalne skargi dotyczące postępowania przed niemieckim Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym, którego przedmiotem była wyłącznie kontrola norm, a więc nie kierowanych przeciwko indywidualnemu rozstrzygnięciu³⁰. Powiązано to z kwestią dochodzenia przed sądem odszkodowania, jakie przysługiwać może w przypadku stwierdzonego przez sąd konstytucyjny wydania aktu generalnego niezgodnego z ustawą zasadniczą, a tego rodzaju konsekwencje są również przewidziane w prawie polskim. Orzeczenie TK o niezgodności ustawy z Konstytucją lub umową międzynarodową, której ratyfikacja wymagała zgody wyrażonej w ustawie, jest bowiem warunkiem dochodzenia roszczeń z tytułu tzw. bezprawia legislacyjnego (art. 417¹ § 1 i § 2 k.c.), a więc postępowanie przed TK jest swego rodzaju koniecznym wstępnym etatem właściwego dochodzenia roszczeń przed sądem powszechnym. Biorąc dodatkowo pod uwagę, że ETPCz jest dość „wyczulony” na problem przewlekłości postępowań sądowych, a Polska ma z tym cały czas kłopoty, przyjąć ogólnie należałoby, iż długość postępowania przed TK w sprawach skarg konstytucyjnych istotnie nie jest obojętna z punktu widzenia gwarancji wynikających z art. 6 EKPCz.

Powiedzieć tu poza tym można, że z pewnością są sytuacje, gdy orzeczenie TK ma analogiczny skutek jak w przypadku „bezpośredniego” uchylecia rozstrzygnięcia sądowego. Chodzi tu o zastosowanie tzw. przywileju

²⁹ A. Wiśniewski, *Polska skarga konstytucyjna a Europejska Konwencja Praw Człowieka*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2004, t. 12, s. 314. Pisze się też – mniej stanowczo – o możliwości objęcia postępowania w sprawach skarg konstytucyjnych wymogiem rozstrzygnięcia sprawy w rozsądnym czasie (*Komentarz...*, s. 145).

³⁰ Wyrok ETPCz z 8 stycznia 2004 r. *Voggenreiter przeciw Niemcom* (sprawa nr 47169/99), www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61564 [28.10.2013].

korzyści. Drugim przypadkiem, kiedy TK orzeka w istocie w sprawie indywidualnej, jest wydawanie postanowień o zawieszeniu lub wstrzymaniu wykonania orzeczenia w sprawie, której dotyczy skarga konstytucyjna (art. 50 ust. 1 ustawy o TK). Chodzi tu zarówno o samo wydanie, jak i uchylenia takiego postanowienia (art. 50 ust. 3 ustawy o TK). W tych sytuacjach EKPCz i jej art. 6 mają z pewnością zastosowanie³¹.

Z analizowanym wcześniej zagadnieniem łączy się jeszcze jeden problem. Otóż jeśli przyjąć, że postępowanie w sprawach skarg konstytucyjnych objęte jest gwarancjami z art. 6 ust. 1 EKPC, to odnieść do nich należy również wskazania ETPCz dotyczące konieczności wprowadzenia do systemu krajowego skutecznego środka odwoławczego mającego na celu zadośćuczynienie w sytuacji naruszenia prawa do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie (art. 13 EKPCz)³².

OCHRONA PRAWNA PRZED PRZEWLEKŁOŚCIĄ POSTĘPOWANIA SĄDOWO-KONSTITUCYJNEGO W NIEMCZECH

Omawiając problem prób przeciwdziałania przewlekłości postępowania przed sądem konstytucyjnym warto spojrzeć bliżej na sytuację w Niemczech, gdzie występuje on stosunkowo długiego czasu. „Przeciążenie” sądu konstytucyjnego jest tam zjawiskiem występującym niemal od samego początku jego funkcjonowania po II wojnie światowej, czyli od 1951 r.³³ Nie wnikając tu w szczegóły podejmowanych co jakiś czas wysiłków na rzecz jego eliminacji, zwrócić należy uwagę na wprowadzone niedawno nowe rozwiązania. Kierując się bowiem wskazaniem wynikającym z orzecznictwa ETPCz, który stoi na stanowisku, że postępowania w sprawach pytań prawnych oraz skarg konstytucyjnych przeciwko wyrokowi sądowemu, podlegają gwarancjom wynikającym z art. 6 EKPCz, postępowanie przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym objęte zostało regulacją wynikającą z ustawy o ochronie prawnej w przypadku przewlekłości postępowania sądowego i postępowania przygotowawczego w sprawach karnych. W ustawie tej przewidziano jednak dla procedury sądowo-konstytucyjnej szczególną regulację. Znowelizowano bowiem ustawę o federalnym Trybunale Konstytucyjnym, dodając do niej nową zupełnie nową procedurę rozpatrywania

³¹ Por. odnośnie do prawa do wysłuchania K. Wojtyczek, *Prawo...*, s. 451.

³² Wyrok ETPCz z 26 października 200 r. Kudła przeciw Polsce (sprawa nr 30210/96).

³³ Zob. bliżej: P. Czarny, *op. cit.*, s. 56; M. Nowak, *op. cit.*, s. 117 i 120.

środków prawnych pod nazwą skarg na przewlekłość postępowania (art. 97a–97e)³⁴.

Jeżeli procedura rozpatrywania sprawy przez FTK przedłuża się „ponad miarę” uczestnik postępowania, jak również uczestnik postępowania zawieszono przez sąd z powodu złożenia pytania prawnego, mają prawo do odszkodowania. Ma ono również charakter zadośćuczynienia, nie jest bowiem związane ze sposobem rozstrzygnięcia i poniesieniem w związku z tym szkody, ale również ze stratami niematerialnymi wynikającymi z przedłużającego się czasu trwania postępowania. To zadośćuczynienie przysługuje jednak tylko wówczas, gdy niewystarczająca jest inna „satysfakcja” dla skarżącego, np. samo stwierdzenie przewlekłości. Nie określono oczywiście precyzyjnie „właściwego czasu na rozpatrzenie sprawy, wskazując tylko ogólnie, że ustalenie „rozsądnego” czasu rozpatrywania sprawy odbywa się z uwzględnieniem konkretnych okoliczności danej sprawy oraz zadań i pozycji FTK. Ustawodawca ustalił, że wysokość zadośćuczynienia wynosić powinna zasadniczo 1.200 euro za każdy rok „opóźnienia”, z tym że FTK może ten przelicznik zwiększyć lub zmniejszyć.

Procedura jest w tym przypadku dwuetapowa. Najpierw – najwcześniej po upływie roku od wpłynięcia wniosku do FTK – należy zgłosić zarzut przewlekłości, który jako taki, nie jest odrębnie rozpatrywany. Dopiero po upływie 6 miesięcy od zgłoszenia zarzutu lub 3 miesięcy od dnia załatwienia sprawy można wnieść właściwą skargę na przewlekłość.

W związku z wejściem zmian w życie powstała konieczność powołania wewnątrz FTK nowego organu wewnętrznego, a mianowicie „izby skargowej”. Składa się ona z czterech sędziów (po dwóch z każdego senatu) i wybierana jest zasadniczo na dwa lata przez zgromadzenie ogólne sędziów FTK. Jeżeli skarga dotyczy postępowania, w którym sprawozdawcą jest jeden z członków izby skargowej, to jest on wyłączony z udziału w danym postępowaniu, a należy na jego miejsce powołać zastępcę.

Jak widać rozwiązania niemieckie są dość nieprecyzyjne i skomplikowane, a dodatkowo postępowanie w sprawach skarg na przewlekłość nie jest transparentne³⁵. Oczywiście utrudnia to uzyskanie zadośćuczynienia czy odszkodowania. Zwrócić należy uwagę, że już 2012 r. wpłynęły do FTK 33 skargi, z czego 28 zostało odrzuconych jako niedopuszczalne³⁶.

³⁴ R. Zuck, *Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren vor dem BVerfG*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2012, s. 265.

³⁵ *Ibidem*, s. 270.

³⁶ www.bundesverfassungsgericht.de/organisation/gb2012/A-IX.html [28.10.2013].

Trudno więc na razie stwierdzić, jak nowa instytucja będzie funkcjonować. Kwestią odrębną jest problem, czy i w jakim stopniu mogą być pewnym wzorem dla innych państw.

PODSUMOWANIE

Przewlekłość postępowania przed sądem konstytucyjnym jest istotnym problemem, jej wystąpienie osłabia bowiem zasadę nadrzędności konstytucji oraz efektywność ochrony praw podstawowych, co oddziałuje na stopień praktycznej realizacji zasady państwa prawnego. Tylko sprawne wykonywanie swoich zadań przez sąd konstytucyjny zapewnia właściwą realizację funkcji konstytucji, zarówno w odniesieniu – jak ujmował Z. Maciąg – do struktury państwa (zwłaszcza relacji między konstytucyjnymi organami państwa), jak i w odniesieniu do jednostki (szczególnie ochrony jej praw i wolności, jak i rozwiązywania konfliktów międzyludzkich)³⁷. Dodatkowy wymiar zagadnienie to uzyskuje w sytuacji wprowadzenia do porządku prawnego skargi konstytucyjnej.

W Polsce – podobnie jak w wielu innych państwach – „czasowy wymiar” postępowania przed TK jest z pewnością problemem, choć trudno uznać sytuację za dramatyczną. Jeśli chodzi o stan prawny, to Konstytucja RP wyznacza tylko ogólny nakaz sprawności i szybkości postępowania. Z wyjątkiem prewencyjnej kontroli konstytucyjności ustawy budżetowej nie ma określonych mniej lub bardziej ścisłych terminów załatwiania spraw. Zwrócić jednak należy uwagę, że w orzecznictwie ETPCz rysuje się wyraźna tendencja do objęcia gwarancją do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym czasie nie tylko postępowania w sprawach pytań prawnych, ale również w sprawach skarg konstytucyjnych, o ile są one ściśle związane z rozstrzygnięciem indywidualnej sprawy sądowej w ramach przedmiotowych wyznaczonych przez art. 6 ust. 1 EKPCz.

W tym świetle pozytywnie ocenić należy założenia i niektóre rozwiązania projektu nowej ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, choć można zastanawiać się, czy nie są one jednak zbyt ostrożne. Postulować należałoby wprowadzenie jakichś formalnych możliwości oddziaływania na Trybunał, gdyby konkretne postępowanie przeciągało się ponad rozsądną miarę. W tym kontekście niepraktyczne wydaje się obecnie rozszerzanie obecnie zakresu przedmiotowego skargi konstytucyjnej również na

³⁷ Z. Maciąg, *Funktionen der Verfassung*, [w:] *Verfassung im Zeitalter der Europäisierung und Globalisierung*, red. P. Czarny, P. Tuleja, K. Wojtyczek, Kraków 2011, s. 299–301.

orzeczenia sądowe, tym bardziej, że pochodną tego rozwiązania byłoby bezdyskusyjne objęcie tego rodzaju postępowań również gwarancjami wynikającymi z art. 13 EKPCz, a tym samym konieczność wprowadzenia odrębnej skargi na przewlekłość postępowania przed TK.

LECH JAMRÓZ

ROZUMIENIE OSTATECZNOŚCI ORZECZENIA W POSTĘPOWANIU KARNYM W SPRAWACH SKARG KONSTYTUCYJNYCH W ORZECZNICTWIE TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO

Zgodnie z art. 79 ust. 1 Konstytucji RP, „Każdy, czyje konstytucyjne wolności lub prawa zostały naruszone, ma prawo, na zasadach określonych w ustawie, wnieść skargę do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności z Konstytucją ustawy lub innego aktu normatywnego, na podstawie którego sąd lub organ administracji publicznej orzekł ostatecznie o jego wolnościach lub prawach albo o jego obowiązkach określonych w Konstytucji”. Zacytowany przepis tworzy konstrukcję polskiej skargi konstytucyjnej. Uwzględniając znane kryteria klasyfikacji skarg konstytucyjnych podkreśla się, że jest to tzw. wąski model skargi, ponieważ umożliwia zakwestionowanie przed Trybunałem wyłącznie podstawy prawnej orzeczenia (przepisu prawnego), a jednocześnie wyklucza możliwość zaskarżenia samego orzeczenia. Jest to skarga skierowana „przeciwko prawu”, a nie przeciwko indywidualnym aktom stosowania prawa. Konstrukcja ta niewątpliwie wpływa na ograniczenie skuteczności skargi jako instytucji służącej ochronie wolności i praw człowieka i obywatela. Z tego względu generalna ocena tego modelu jest umiarkowana, żeby nie rzec – krytyczna¹.

¹ Zob. np.: A. Łabno, *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw człowieka. Przyczynek do dyskusji*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2012, nr 4, s. 41 i nast. oraz wskazana tam literatura. Rozważanie wszystkich kwestii wpływających na efektywność skargi konstytucyjnej nie koresponduje z założeniami tej pracy i nie stanowi jej zasadniczego wątku.

Model skargi konstytucyjnej określony jest poprzez przepisy Konstytucji RP oraz ustawy o Trybunale Konstytucyjnym (dalej: ustawa). Przepis art. 79 Konstytucji określa podstawowe, materialne przesłanki skargi. Należą do nich: zasada subsydiarności, zaskarżenie aktu normatywnego oraz naruszenie konstytucyjnych wolności lub praw. Ustawa w art. 46–48 precyzuje (pogłębia) konstytucyjne przesłanki skargi, a nadto określa szereg innych warunków, których spełnienie warunkuje skuteczność wykorzystania instytucji skargi konstytucyjnej. Są to głównie wymogi formalne, takie jak: standardowe wymogi pisma procesowego, termin do wniesienia skargi oraz tzw. przymus adwokacko-radcowski.

Uzupełnienie konstytucyjnej konstrukcji skargi stanowi ustawowe stwierdzenie, że skarga „może być wniesiona po wyczerpaniu drogi prawnej, o ile droga ta jest przewidziana, w ciągu trzech miesięcy od doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku, ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia” (art. 46 ust. 1). Trybunał nie rozpatruje więc skarg dotyczących przepisu, który był podstawą rozstrzygnięcia sądu lub organu administracji publicznej o prawach lub wolnościach skarżącego, jeżeli rozstrzygnięcie to nie jest ostateczne. Określona w ten sposób zasada subsydiarności jest wynikiem istoty skargi konstytucyjnej, czyli jest pochodną przyjętego modelu skargi. Trybunał nie posiada kompetencji do merytorycznego rozstrzygania spraw indywidualnych (należy to do właściwości sądów i organów administracji publicznej), a prawo do skorzystania ze skargi przypisane zostało podmiotowi dopiero po bezskutecznym skorzystaniu z innych środków ochrony jego praw, przysługujących mu w drodze procedur sądowych lub administracyjnych.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy w związku z art. 79 ust. 1 Konstytucji, jednym z koniecznych warunków merytorycznego rozpoznania skargi konstytucyjnej jest udowodnienie „wyczerpania drogi prawnej”, tj. dysponowanie przez skarżącego ostatecznym orzeczeniem sądu lub organu administracji publicznej rozstrzygającym o przysługujących skarżącemu prawach, wolnościach albo spoczywających na nim obowiązkach konstytucyjnych, przy czym podstawę tego orzeczenia stanowić ma zakwestionowany w skardze akt normatywny (przepis prawny). W zależności od rodzaju sprawy, ostateczne orzeczenie, o którym mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji, może być rezultatem postępowania cywilnego, karnego lub administracyjnego.

Warto przy tym zwrócić uwagę na różnicowanie terminologii konstytucyjnej i ustawowej. Konstytucyjny zwrot „orzekł ostatecznie” nie został przeniesiony na grunt ustawowy. Ma charakter bardziej ogólny,

natomiast jego konkretyzację stanowi ustawowe wyliczenie: „prawomocny wyrok”, „ostateczna decyzja”, „inne ostateczne rozstrzygnięcie”. Celem ustawowego wyróżnienia jest ukazanie różnych postaci „ostatecznego orzeczenia”, które może zostać wydane po przeprowadzeniu określonej procedury (cywilnej, karnej, administracyjnej). Taką wykładnię potwierdził Trybunał Konstytucyjny stwierdzając, że odmienności terminologiczne „dają wyraz intencji ustawodawcy konstytucyjnego do użycia pojęcia nowego (odrębnego), o możliwie najogólniejszym charakterze, odnoszącego się do wszelkiego rodzaju końcowych rozstrzygnięć, podejmowanych we wszelkiego rodzaju postępowaniach przed sądami i organami administracji publicznej”².

Ustawodawca ponadto nieprzypadkowo nadaje pierwszeństwo „prawomocnemu wyrokowi”, co w ocenie Trybunału ma wyrażać priorytetowy charakter prawomocnych orzeczeń wydawanych przez sądy, gdyż sądy są w pierwszej kolejności powołane do ochrony praw podmiotowych. Dlatego wykluczona jest dopuszczalność korzystania ze skargi konstytucyjnej z pominięciem przysługującej w sprawie drogi sądowej³. Skarżący ma przeto obowiązek doprowadzenia w swojej indywidualnej sprawie do uzyskania prawomocnego wyroku sądowego, jeżeli oczywiście przepisy prawne przewidują istnienie ścieżki postępowania sądowego. Natomiast wskazanie w ustawie innych – obok prawomocnych wyroków – form ostatecznych orzeczeń stanowi, zdaniem Trybunału, gwarancję skorzystania ze skargi konstytucyjnej także w ramach takich postępowań, których efektem nie może być wydanie prawomocnego wyroku w sprawie skarżącego⁴.

Już w pierwszym orzeczeniu w sprawie z skargi konstytucyjnej Trybunał stwierdził, że ustawowe wyliczenie „należy odczytywać jako pewną całość, a poszczególne elementy w nim zawarte należy analizować po kolei”, a nie alternatywnie. Dlatego jeżeli okaże się, że uzyskanie

² Postanowienie TK z 5 grudnia 1997 r., sygn. Ts 14/97 (OTK ZU 1998, nr 1, poz. 9, s. 41).

³ Postanowienie TK z 26 listopada 2004 r., sygn. Ts 143/04 (OTK ZU 2004, nr 5B, poz. 345, s. 998).

⁴ Przykładowo: postanowienie TK z 14 maja 2003 r., sygn. Ts 56/02 (OTK ZU 2003, nr 2B, poz. 91, s. 238). W innym postanowieniu Trybunał stwierdził, że „zawarte w powołanym przepisie ustawy wyliczenie form rozstrzygnięć nie ma charakteru przypadkowego, a wręcz przeciwnie podkreśla priorytet prawomocnego wyroku sądowego, jako podstawy dla formułowania skargi konstytucyjnej. W związku z powyższym, wyliczonych w tym przepisie form rozstrzygania o konstytucyjnych wolnościach lub prawach skarżącego nie można traktować jako równorzędnych i w pełni alternatywnych”. Zob. postanowienie TK z 17 października 2002 r., sygn. Ts 26/02 (OTK ZU 2002, nr 4B, poz. 275, s. 691).

prawomocnego wyroku nie jest możliwe ze względów proceduralnych, to należy skorzystać ze swoistej „drogi rezerwowej”, tj. doprowadzić do uzyskania ostatecznej decyzji. Zawsze jednak, gdy istnieje możliwość rozstrzygnięcia indywidualnej sprawy w postępowaniu sądowym, skorzystanie ze skargi konstytucyjnej musi zostać uznane za przedwczesne i niedopuszczalne⁵. Ustanowienie wymogu uzyskania „ostatecznej decyzji”, a także „innego ostatecznego rozstrzygnięcia” pomyślane zostało jako zabezpieczenie możliwości skorzystania ze skargi konstytucyjnej.

Dodać wypada, że nie chodzi o wydanie jakiegokolwiek – podjętego w toku konkretnego postępowania – orzeczenia sądu, ale takiego, które nadać mogło ostateczny charakter merytorycznemu rozstrzygnięciu o konstytucyjnych prawach lub wolnościach (albo obowiązkach) skarżącego, wydanemu na podstawie zakwestionowanych w skardze przepisów⁶. Kwestionowany w skardze przepis musi stanowić normatywną podstawę „ostatecznego orzeczenia” wydanego w sprawie skarżącego, natomiast samo „orzeczenie, o którym mówi art. 79 ust. 1 Konstytucji, stanowić ma w istocie bezpośrednie źródło naruszenia tych praw, niejako skonkretyzowane i zindywidualizowane”⁷. W celu zapewnienia prawidłowości skargi skarżący musi wskazać orzeczenie, które posiada walor ostateczności w rozumieniu przepisu art. 79 ust. 1 Konstytucji, tzn. orzeczenie, z którym wiąże naruszenie jego konstytucyjnych wolności i praw albo obowiązków.

Prawidłowe rozeznanie w kwestii istoty „ostateczności”, o której mowa w art. 79 ust. 1 Konstytucji, jest kluczowe dlatego, że zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy od momentu doręczenia skarżącemu prawomocnego wyroku ostatecznej decyzji lub innego ostatecznego rozstrzygnięcia wraz z uzasadnieniem rozpoczyna się 3-miesięczny termin na złożenie skargi do Trybunału. Skorzystanie przez skarżącego z przysługujących ewentualnie nadzwyczajnych środków odwoławczych przewidzianych przez konkretne procedury nie ma wpływu na sposób obliczania tego terminu. Między innymi z tego względu nadal stosunkowo często do Trybunału zostają wniesione skargi konstytucyjne z naruszeniem ustawowego terminu, a to zaś stanowi bezwzględną, negatywną przesłankę procesową – wydanie wyroku jest niedopuszczalne.

⁵ Postanowienie TK z 5 grudnia 1997 r., sygn. Ts 1/97 (OTK ZU 1998, nr 2, poz. 17, s. 109).

⁶ Postanowienie TK z 14 maja 2003 r., sygn. Ts 56/02 (OTK ZU 2003, nr 2B, poz. 91, s. 239).

⁷ W. Wróbel, *Skarga konstytucyjna – problemy do rozwiązania*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 62.

Na marginesie omawianego wątku trzeba zaznaczyć, że procedura karna (i cywilna) przyjmuje jako zasadę brak konieczności doręczania z urzędu stronom orzeczeń zapadłych w pierwszej lub drugiej instancji, chociaż w pewnych przypadkach istnieje obowiązek sporządzenia z urzędu uzasadnienia do orzeczenia. W takim przypadku istotny jest „moment, w którym skarżący dowiedział się o ostatecznym charakterze orzeczenia o jego konstytucyjnych prawach i wolnościach. Wówczas bowiem otwiera się możliwość zakwestionowania przed Trybunałem Konstytucyjnym aktu normatywnego, który był podstawą wydania tego orzeczenia”⁸. *Casus* taki wystąpił m.in. w sprawie o sygn. SK 26/08⁹.

Warto jeszcze uzupełnić, że zwrot „wyczerpanie drogi prawnej”, o którym mowa w art. 46 ustawy, nie zawsze jest tożsamy z pojęciem „orzekł ostatecznie”, wynikającym z Konstytucji. Do częstych należą sytuacje, w których orzeczeniem o prawach (wolnościach albo obowiązkach) skarżącego jest w istocie pierwsze wydane w sprawie orzeczenie, natomiast ostatecznym rozstrzygnięciem jest orzeczenie kończące postępowanie w sprawie, wydane na skutek złożonych wcześniej środków odwoławczych¹⁰. Ostatecznym orzeczeniem w postępowaniu karnym może być również orzeczenie Sądu Najwyższego w przedmiocie rozpoznania kasacji, ale jedynie w sytuacji, gdyby skarżący wiązał naruszenie przysługujących skarżącemu praw konstytucyjnych właśnie z tym postanowieniem Sądu Najwyższego¹¹.

Wskazany tu brak tożsamości pojęć akcentował także Trybunał Konstytucyjny wskazując jednocześnie, że w obu przypadkach chodzi o orzeczenia zawierające normy konkretno-indywidualne, oraz że orzeczenia te powinny być adresowane do danej osoby i określać w sposób konkretny jej sytuację prawną¹². Bardzo istotny jest wszakże w tym

⁸ Postanowienie TK z 17 czerwca 1998 r., sygn. Ts 48/98 (OTK ZU 1998, nr 4, poz. 59, s. 370).

⁹ Wyrok TK z 5 października 2010 r. (OTK ZU 2010, nr 8A, poz. 73).

¹⁰ P. Tuleja, M. Grzybowski, *Skarga konstytucyjna jako środek ochrony praw jednostki w polskim systemie prawa*, [w:] *Sądy i trybunały w Konstytucji i praktyce*, red. W. Skrzydło, Warszawa 2005, s. 113.

¹¹ Postanowienie TK z 18 listopada 2009 r., sygn. SK 12/09 (OTK ZU 2009, nr 10A, poz. 158).

¹² Postanowienie TK z 14 lipca 2004 r., sygn. Ts 82/03 (OTK ZU 2004, nr 3B, poz. 178, s. 534–535). W powyższej sprawie Trybunał stwierdził, że wskazane przez skarżącego orzeczenie Komisji Prawa Autorskiego o zatwierdzeniu tabel wynagrodzeń za wykorzystanie wykonań i realizacji artystycznych wykonawców, reżyserów i scenografów z tytułu nadań drogą radiową, telewizyjną, satelitarną, kodowaną i kablową ma charakter generalny, i skoro w sposób abstrakcyj-

kontekście fakt, że art. 46 ust. 1 ustawy, nakazujący wyczerpanie drogi prawnej, „wyklucza możliwość wniesienia skargi konstytucyjnej od takich prawomocnych wyroków, ostatecznych decyzji lub innych ostatecznych rozstrzygnięć, które stały się prawomocne lub ostateczne dlatego, że zainteresowany nie wykorzystał możliwości wyczerpania całego dostępnego toku instancji w postępowaniu administracyjnym czy sądowym”¹³. W sytuacji odwrotnej, jeżeli brak jest środków zaskarżenia, warunek wyczerpania drogi prawnej nie ma znaczenia, a skarżący może złożyć skargę konstytucyjną, przyjmując za jej podstawę orzeczenie odnoszące się do przysługujących mu konstytucyjnych wolności lub praw lub obciążających go konstytucyjnych obowiązków¹⁴.

Oznacza to, że nie należy utożsamiać pojęcia „prawomocności” i „ostateczności”, chociaż są to regulacje ściśle powiązane. Kryteria, jakie musi spełniać orzeczenie, aby mogło zostać uznane za „ostateczne” w rozumieniu art. 79 Konstytucji, są więc klarowne.

Przed przystąpieniem do analizy przykładów ilustrujących charakterystykę przesłanki rozumienia „ostatecznego orzeczenia”, wydanego w indywidualnej sprawie w ramach postępowania karnego, należałoby jeszcze zaprezentować wykładnię zwrotu „orzeczenie o prawach, wolnościach lub obowiązkach”.

W jednej ze spraw Trybunał Konstytucyjny uznał, że do orzeczeń powyższych zaliczyć można te rozstrzygnięcia, które „autorytatywnie stwierdzają istnienie obowiązku lub uprawnienia, jeżeli rozstrzygnięcia te mają znaczenie dla realizacji określonych uprawnień lub obowiązków jednostki”. Orzeczeniami takimi są, zdaniem Trybunału, również te, które polegają na odmowie wydania jednego z wymienionych wcześniej rozstrzygnięć; przy czym szczegółowe obowiązki lub uprawnienia jednostki, których dotyczą wymienione rozstrzygnięcia, muszą mieścić się w zakresie wolności, praw lub obowiązków określonych w konstytucji. Trybunał wywiódł dalej, że do istoty „orzeczenia o wolnościach, prawach lub obowiązkach” jednostki należy zawsze jego wiążący charakter, wyrażający się w powstaniu, zmianie lub zniesieniu obowiązków ciężących na określonych podmiotach. Do grupy tych podmiotów Trybunał przede wszystkim zaliczył organy władzy publicznej, ale także jednostki. Trybunał podkreślił jednocześnie, że „nie każde rozstrzygnięcie o wol-

ny określa ich sytuację prawną, to nie można uznać go za orzeczenie ostateczne w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji.

¹³ Postanowienie TK z 2 sierpnia 1999 r., sygn. Ts 76/99 (OTK ZU 1999, nr 6, poz. 151, s. 746).

¹⁴ Postanowienie TK z 24 listopada 2004 r., sygn. Ts 72/04 (OTK ZU 2004, nr 5B, poz. 310, s. 920).

nościach lub prawach jednostki musi pociągać za sobą powstanie, zmianę lub zniesienie obowiązku ciężącego na osobie fizycznej”. Natomiast, zdaniem Trybunału, o „ostatecznym orzeczeniu” można mówić dopiero wtedy, gdy działanie organów sądowych i administracyjnych przybiera władczy charakter i określa sytuację prawną indywidualnie wskazanego podmiotu¹⁵.

W związku z przedstawionymi poglądami Trybunał skonstatował, że orzeczeń bądź decyzji o prawach, wolnościach lub obowiązkach nie stanowią czynności faktyczne, czyli te działania podejmowane przez organy władzy publicznej, które nie posiadają charakteru indywidualnych aktów prawnych. Sytuacji tej nie zmienia nawet okoliczność, że podejmowanie tych działań wkraczałoby w sferę praw i obowiązków jednostki¹⁶.

W innym orzeczeniu Trybunał zinterpretował orzeczenie o prawach, wolnościach lub obowiązkach, jako „rozstrzygnięcie kształtujące w sposób bezpośredni lub pośredni sytuację prawną skarżącego w zakresie przysługujących mu praw lub wolności zagwarantowanych w konstytucji”¹⁷.

Interpretacja słowa „orzekł” oraz zwrotu „orzekł ostatecznie”, dokonana przez Trybunał we wskazanej sprawie, została – na gruncie określonego stanu faktycznego – poddana szerokiej krytyce. Dotykała ona głównie stwierdzenia, że władczy charakter działania organów władzy państwowej stanowi przesłankę uznania orzeczenia za „ostateczne”¹⁸. Trzeba jednak wyraźnie stwierdzić, że dyskusja, jaka toczyła się

¹⁵ Postanowienie TK z 4 grudnia 2000 r., sygn. SK 10/99 (OTK ZU 2000, nr 8, poz. 300, s. 1465–1466). W niniejszej sprawie skarżący jako ostateczne rozstrzygnięcie o swoich prawach wskazał fakt publikacji w „Monitorze Polskim” oświadczenia lustracyjnego (publikacja poprzedzona była podpisaniem przez prezesa Sądu Apelacyjnego obwieszczenia w tym przedmiocie). Trybunał orzekł, że publikacja jest w istocie wyłącznie czynnością techniczną i uznał ją jako „jedynie notyfikację faktu”, stąd też „czynność podpisania obwieszczenia ani samo obwieszczenie nie mogą być uznane za ostateczne orzeczenie o prawach, wolnościach lub obowiązkach jednostki w rozumieniu art. 79 ust. 1 konstytucji” (s. 1468). Postanowienie Trybunału zapadło niejednomyślnie, czterech członków składu orzekającego złożyło zdania odrębne.

¹⁶ *Ibidem*, postanowienie TK z 4 grudnia 2000 r..., s. 1466.

¹⁷ Postanowienie TK z 24 sierpnia 1998 r., sygn. Ts 80/98 (OTK ZU 1998, nr 5, poz. 77, s. 453).

¹⁸ Por. zdanie odrębne sędziego Z. Czeszejko-Sochackiego w sprawie SK 10/99..., s. 1474–1475. Z. Czeszejko-Sochacki, jeden z członków składu orzekającego stwierdził, że z konstytucyjnego określenia „orzekł ostatecznie” nie da się wyciągnąć jednoznacznego wniosku, jakoby zachowanie organu stanowiącego naruszenie konstytucyjnych wolności lub praw zawsze musiało mieć charakter aktu władczego. Uznał on za całkowicie błędny pogląd Trybunału, jakoby opubliko-

na gruncie wskazanego przypadku w ogóle nie dotyczy obszaru prawa karnego (w tym postępowania karnego), którego cechą jest oddziaływanie represyjne, a istotą zawsze działanie władcze wobec indywidualnego podmiotu, najczęściej przybierające postać orzeczenia *sensu stricto*.

Przesłankę „ostatecznego orzeczenia” w odniesieniu do postępowania karnego należy przeanalizować w kontekście konkretnych spraw rozpatrywanych przez Trybunał. W pierwszym rzędzie należy przypomnieć, że obowiązująca regulacja kodeksu postępowania karnego¹⁹ (dalej: kodeks) zakłada dwuinstancyjność, a kasacja ma nieprzerwanie od 1996 r. charakter nadzwyczajnego środka zaskarżenia – co odpowiada standardom przyjętym w innych procedurach.

Podkreślenia wymaga fakt, że procedura karna także nie posługuje się pojęciem „ostatecznego orzeczenia”, użytym w art. 79 ust. 1 Konstytucji. Przepis art. 519 kodeksu zawiera określenie „prawomocnego wyroku” sądu odwoławczego, od którego może być wniesiona kasacja²⁰. Oznacza to, że zgodnie z przepisami kodeksu, postępowanie kończy się prawomocnym wyrokiem, a wyrokiem tym jest orzeczenie sądu drugiej instancji.

W doktrynie oraz orzecznictwie Trybunału pojawiały się w związku z tym wątpliwości, które rozstrzygnięcie sądu wydane w postępowaniu karnym stanowi przesłankę do złożenia skargi konstytucyjnej: czy będzie to orzeczenie sądu drugiej instancji, czy też orzeczenie kasacyjne Sądu Najwyższego.

Kodeks nie definiuje pojęcia prawomocności wyroku, natomiast w oparciu o teorię prawa karnego można ją rozpatrywać w dwóch aspektach: materialnym i formalnym. Prawomocność formalna polega na tym, że decyzja sądu nie podlega już zaskarżeniu za pomocą zwykłych środków zaskarżenia. Kończy ona formalnie proces, tworząc stan rze-

wanie obwieszczenia nie pociągało za sobą żadnych skutków prawnych dla osób, które przyznały fakt pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa albo współpracy z nimi. Jego zdaniem to właśnie te akty (obwieszczenie i zarządzenie) mogły spowodować naruszenie konstytucyjnie chronionych wolności i praw skarżących. Stanowiska Trybunału nie poparli także inni sędziowie, którzy złożyli w tej sprawie zdania odrębne (s. 1477–1486).

¹⁹ Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U.z 4 sierpnia 1997 r. Nr 89, poz. 555 ze zm.).

²⁰ W świetle art. 523 §1 kasację można wnieść tylko z powodu uchybień wymienionych w art. 439 [przewiduje on istnienie tzw. bezwzględnych przyczyn odwoławczych – przyp. L.J.] lub innego rażącego naruszenia prawa, jeżeli mogło ono mieć istotny wpływ na treść orzeczenia; kasacja nie może być wniesiona wyłącznie z powodu niewspółmierności kary.

czy osądzonej (*res iudicata*). Prawomocność materialna natomiast jest konsekwencją prawomocności formalnej. Oznacza ona, że nie jest dopuszczalne wszczęcie i prowadzenie postępowania przeciwko tej samej osobie o tę samą kwestię odpowiedzialności prawnej (jej istotę stanowi więc zakaz *ne bis in idem*)²¹.

W świetle powyższego „ostateczność” można w tym postępowaniu utożsamiać z „prawomocnością”. To zaś skutkuje tym, że podmiot będący stroną postępowania karnego, zakończony prawomocnym wyrokiem, nie ma obowiązku uzyskania w swojej sprawie orzeczenia kasacyjnego przed wystąpieniem ze skargą konstytucyjną. Orzeczenie sądu drugiej instancji w chwili ogłoszenia staje się prawomocne (przy założeniu, że nie uchyla zaskarżonego orzeczenia i nie przekazuje sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji), a jednocześnie wyczerpana zostaje droga prawna. Dla wyczerpania drogi prawnej w postępowaniu karnym głównym (tj. w sprawie, której przedmiotem jest orzeczenie o winie i karze) wystarczające jest przeto wniesienie środka odwoławczego od wyroku sądu pierwszej instancji i w rezultacie tego uzyskanie orzeczenia sądu drugiej instancji. W tym przypadku początek biegu terminu do wniesienia skargi konstytucyjnej następuje w dniu doręczenia skarżącemu orzeczenia sądu odwoławczego (drugiej instancji)²². Pogląd ten znalazł aprobatę w doktrynie²³. Przeciwnie twierdzenie uznać należy za nieuzasadnione²⁴.

Jednakże w jednym z wcześniejszych postanowień Trybunał wypowiedział się, że chociaż w postępowaniu karnym wyrok sądu drugiej instancji ma charakter wyroku prawomocnego i nie przysługuje od niego

²¹ J. Tylman, *Warunki dopuszczalności postępowania karnego*, [w:] *Polskie postępowanie karne*, red. T. Grzegorzczak, J. Tylman, Warszawa 1999, s. 179–180.

²² Postanowienie TK z 1 sierpnia 2000 r., sygn. Ts 71/00 (OTK ZU 2000, nr 6, poz. 244).

²³ P. Tuleja, M. Grzybowski, *op. cit.*, s. 114; Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 283; A. Preisner, *Przesłanki ostateczności orzeczenia sądu lub organu administracyjnego*, [w:] *Skarga konstytucyjna*, red. J. Trzciński, Warszawa 2000, s. 118; A. Bojańczyk, *Głos w sprawie dopuszczalności skargi konstytucyjnej od orzeczenia wydanego w postępowaniu karnym*, „Palestra” 1999, nr 5–6, s. 48–49.

²⁴ Pogląd o bezwzględnej konieczności złożenia w postępowaniu karnym kasacji przed wystąpieniem ze skargą konstytucyjną prezentował D. Tomaszewski w artykule: *Głos w sprawie dopuszczalności skargi konstytucyjnej od orzeczenia wydanego w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2000, nr 2–3, s. 54–60. Stanowisko to zostało poddane szerokiej krytyce, zob. np.: B. Nita, *Jeszcze o dopuszczalności skargi konstytucyjnej od orzeczenia wydanego w postępowaniu karnym*, „Palestra” 2000, nr 7–8, s. 90–101.

zwykły środek odwoławczy, to jednak „złożenie kasacji powoduje, iż toczy się jeszcze postępowanie, w ramach którego ów prawomocny wyrok może zostać uchylony”. W rezultacie nie ma on jeszcze waloru orzeczenia ostatecznego w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji RP²⁵. Omawiany przypadek dotyczy sytuacji, gdy skarżący złożył skargę konstytucyjną do Trybunału w przewidzianym ustawą terminie, a jednocześnie skorzystał z instytucji kasacji. W tych okolicznościach Trybunał zawieszona postępowanie do czasu zakończenia postępowania przed sądem (tj. rozpoznania kasacji przez Sąd Najwyższy – w przypadku nieuznania zarzutów podniesionych w kasacji lub ponownego albo definitywnego rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym – w przypadku skutecznego wykorzystania kasacji), a następnie zostaje ono podjęte²⁶.

Prezentacja najważniejszych orzeczeń związanych z rozpoznawaniem skarg konstytucyjnych wnoszonych przez skarżących w wyniku przeprowadzonego postępowania karnego obrazuje złożoność problemu „ostateczności orzeczenia”, ale także ewolucję sposobu rozumienia tej przesłanki przez Trybunał Konstytucyjny.

W sprawie o sygnaturze Ts 8/98 Trybunał uznał na przykład, że wskazana przez skarżącego odmowa wniesienia kasacji przez ministra sprawiedliwości w żadnej mierze nie rozstrzyga ostatecznie o jego konstytucyjnych prawach lub wolnościach. Trybunał stwierdził, że „odmowa taka w niczym również nie zmienia ostatecznego charakteru orzeczenia sądowego, które walor ten uzyskuje na skutek wyczerpania przewidzianych w prawie środków odwoławczych, bądź upływu terminu do ich złożenia”²⁷.

W innej sprawie (sygn. SK 50/03), Trybunał orzekł, że zarządzenie prokuratora o odmowie udostępnienia podejrzanemu akt sprawy jest orzeczeniem o charakterze incydentalnym, wydawanym stosownie do aktualnego stanu postępowania. Orzeczenie takie, podobnie jak postanowienie wydane w drugiej instancji, odmawiające uwzględnienia zaż-

²⁵ Postanowienie TK z 21 kwietnia 1998 r., sygn. Ts 53/98 (OTK ZU 1998, nr 4, poz. 55, s. 363).

²⁶ Praktykę tę Trybunał Konstytucyjny uznaje zresztą nie tylko w odniesieniu do postępowania karnego, ale i cywilnego, w którym dysponowanie przez skarżącego orzeczeniem sądu drugiej instancji jest traktowane jako „wyczerpanie drogi prawnej”. Por. np. postanowienia TK: z 23 maja 2007 r., sygn. Ts 81/07 (OTK ZU 2009, nr 5B, poz. 361); z 23 stycznia 2008 r., sygn. Ts 214/07 (OTK ZU 2008, nr 6B, poz. 230).

²⁷ Postanowienie TK z 29 kwietnia 1998 r., sygn. Ts 8/98 (OTK ZU 1998, nr 3, poz. 38, s. 220). Zob. A. Przegalińska, *Wybrane przesłanki dopuszczalności skargi konstytucyjnej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Biuletyn Trybunału Konstytucyjnego” 1998, nr 2, s. 86.

lenia, nie ma cech orzeczenia ostatecznego w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. Poglądu tego nie zmienia nawet fakt, że od postanowienia wydanego w drugiej instancji nie przysługuje już środek odwoławczy, w szczególności zaś odwołanie do sądu. Postanowienie to, jako nieposiadające przymiotu „ostateczności”, nie zamyka postępowania nie tylko w sprawie podejrzanego, ale nawet w sprawie udostępnienia mu akt²⁸.

Wątpliwości co do zakwalifikowania niektórych orzeczeń za ostateczne dotyczyły także – wskazywanych niekiedy w skargach jako takich – postanowień sądów w przedmiocie tymczasowego aresztowania. W sprawie o sygn. SK 2/00 Trybunał uznał, że przewidziane w procedurze karnej rozstrzygnięcia w przedmiocie środków zapobiegawczych nie noszą znamion *rei iudicatae*, ani też nie są objęte zasadą *ne bis in idem*. Oskarżonemu bowiem w każdym czasie przysługuje wniosek o uchYLENIE lub o zmianę środka zapobiegawczego. W związku z tym postanowienie o tymczasowym aresztowaniu lub jego przedłużeniu, niezależnie od etapu postępowania karnego, na którym zostało wydane (etap postępowania przygotowawczego lub etap sądowy), nie ma charakteru ostatecznego rozstrzygnięcia. Trybunał stwierdził, że tego typu postanowienia służą zasadniczo zapewnieniu prawidłowego toku postępowania. Przeto nawet pomimo tego, że dotyczą praw i wolności osoby nim objętej, mają charakter „poboczny, dodatkowy, służebny wobec postępowania głównego”.

Zasadniczą przesłanką kwalifikacji wskazanych postanowień jako nieostatecznych (w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji) był ich związek z toczącym się innym postępowaniem o charakterze głównym i zasadniczym²⁹.

Przedstawione wyżej stanowisko nie znalazło jednak potwierdzenia w późniejszym orzecznictwie Trybunału. Rozpoznając sprawę o sygn. SK 58/03 pięcioosobowy skład orzekający uznał, że każde postępowanie w przedmiocie tymczasowego aresztowania (np. kwestia przedłużenia tymczasowego aresztowania), wszczęte na skutek złożenia odpowiedniego wniosku, „jest [...] postępowaniem nowym, toczącym się niejako od początku aż do chwili jego prawomocności, w tym przypadku równoznacznej z ostatecznością orzekania w odniesieniu do tej kwestii”³⁰. Postępowanie to jest w ocenie Trybunału „zupełnie odrębnym od postępowania karnego toczonego przeciwko tymczasowo aresztowane-

²⁸ Postanowienie TK z 27 stycznia 2004 r., sygn. SK 50/03 (OTK ZU 2004, nr 1A, poz. 6, s. 97).

²⁹ Postanowienie TK z 10 stycznia 2001 r., sygn. SK 2/00 (OTK ZU 2001, nr 1, poz. 6, s. 78–79).

³⁰ Wyrok TK z 24 lipca 2006 r. (OTK ZU 2006, nr 7A, poz. 85, s. 851).

mu, chociaż pozostaje z nim w bezpośrednim związku i toczy się w jego ramach”³¹. Jako decydującą przesłankę traktowania określonego orzeczenia (dot. tymczasowego aresztowania) za ostateczne (w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji) Trybunał uznał przeto istnienie związku takiego orzeczenia z danym prawem lub wolnością konstytucyjnie chronioną.

Pogląd Trybunału Konstytucyjnego zaprezentowany w uzasadnieniu do sprawy SK 58/03 został zaaprobowany przez pełny skład w sprawie SK 7/06³². Trybunał potwierdził, że postanowienie o zastosowaniu tymczasowego aresztowania rozstrzyga ostatecznie o wolności osobistej w okresie, na jaki wymieniony środek został zastosowany. Także w kolejnej sprawie (sygn. SK 46/07) Trybunał odwołał się do stanowiska przyjętego w sprawie SK 58/03 i uznał, że postanowienie sądu apelacyjnego uwzględniające wniosek sądu okręgowego w przedmiocie przedłużenia tymczasowego aresztowania, wydane w oparciu o przepis art. 263 §4 kodeksu (określa przesłanki przedłużenia), „ma charakter ostateczny, jest związane z wolnością konstytucyjnie chronioną i może być podstawą skargi konstytucyjnej w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji”³³. Także najnowsze orzeczenia Trybunału utrzymują przyjęty kierunek interpretacji³⁴.

Nawiązując do tej interpretacji, Trybunał uznał także za dopuszczalną skargę konstytucyjną, w której skarżący jako ostateczne rozstrzygnięcie w indywidualnej sprawie wskazał postanowienie sądu okręgowego o zastosowaniu tymczasowego aresztowania w wyniku uwzględnienia zażalenia prokuratora na postanowienie sądu pierwszej instancji, którym ten środek zapobiegawczy nie został orzeczony. W ocenie Trybunału, sąd okręgowy w postanowieniu zdecydował ostatecznie o wolności osobistej z art. 41 ust. 1 Konstytucji³⁵.

Również postanowienie sądu drugiej instancji o nieuwzględnieniu zażalenia na postanowienie o umieszczeniu oskarżonego w celu badania psychiatrycznego połączonego z obserwacją w zakładzie psychiatrycz-

³¹ *Ibidem*.

³² Wyrok TK z 24 października 2007 r., sygn. SK 7/06 (OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 108).

³³ Wyrok TK z 6 października 2009 r. (OTK ZU 2009, nr 9A, poz. 132, s. 1367). Analogicznie w sprawie SK 46/08 (wyrok TK z 13 lipca 2009 r., OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 109).

³⁴ Postanowienie TK z 29 stycznia 2013 r., sygn. SK 10/11 (OTK ZU 2013, nr 1A, poz. 131).

³⁵ Wyrok TK z 13 lipca 2009 r., sygn. SK 46/08 (OTK ZU 2009, nr 7A, poz. 109).

nym, jest uwzględniane jako „orzeczenie ostateczne” w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. SK 50/06. Z praktyki orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego wynika, że taki walor posiada też postanowienie o przekazaniu oskarżonego o popełnienie czynu zabronionego z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania³⁶.

W wyroku z 17 lutego 2004 r. Trybunał Konstytucyjny uznał natomiast, że zarządzenie prokuratora w sprawie jego obecności podczas kontaktów tymczasowo aresztowanego z obrońcą posiada walor ostateczności w rozumieniu art. 79 ust. 1 Konstytucji. Stanowi to kolejny przykład sprawy incydentalnej, rozstrzyganej niejako „przy okazji” postępowania karnego „głównego”, polegającego na stwierdzeniu winy i wymierzeniu kary³⁷. Także postępowanie w przedmiocie wyłączenia prokuratora ma charakter sprawy incydentalnej – jako „inne ostateczne rozstrzygnięcie” potraktowane zostało zarządzenie prokuratora w przedmiocie odmowy przyjęcia zażalenia na nie uwzględnienie wniosku w sprawie wyłączenia asesora od udziału w prowadzeniu śledztwa³⁸.

Praktyka orzecznicza Trybunału dostarczyła jeszcze innego przykładu sprawy incydentalnej, w której zapadło orzeczenie o prawach, wolnościach albo obowiązkach jednostki. W sprawie o sygn. SK 25/07 skład orzekający stwierdził, że postanowienie sądu okręgowego wydane w sprawie wywołanej skargą osadzonego w zakładzie karnym na przeprowadzenie cel i narażenie go na zarażenie wirusem HIV i HCV rozstrzyga tę incydentalną sprawę. Jest przeto „orzeczeniem ostatecznym” i to nawet pomimo faktu, że oskarżonemu przysługuje prawo do inicjatywy takich samych postępowań w przyszłości³⁹.

Podsumowując należy stwierdzić, że ostateczne orzeczenie rozstrzygające o prawach, wolnościach albo obowiązkach określonych w Konstytucji w ramach postępowania karnego, przybiera różne postaci. In-

³⁶ Wyrok TK z 5 października 2010 r., sygn. SK 26/08 (OTK ZU 2010, nr A, poz. 73).

³⁷ Wyrok TK z 17 lutego 2004 r., sygn. SK 39/02 (OTK ZU 2004, nr 2A, poz. 7).

³⁸ Wyrok TK z 18 lipca 2011 r., sygn. SK 10/10 (OTK ZU 2011, nr 6A, poz. 58).

³⁹ Wyrok TK z 26 maja 2008 r., sygn. SK 25/07 (OTK ZU 2008, nr 4A, poz. 62). W tej sprawie interesujące jest dodatkowo, że do jej merytorycznego rozpoznania doszło w wyniku uwzględnienia zażalenia na postanowienie o odmowie nadania skardze dalszego biegu (zob. postanowienie TK z 11 lipca 2007 r., sygn. Ts 127/06, OTK ZU 2006, nr 4B, poz. 169). Powodem wydania tego postanowienia było nieuznanie wskazanej przez skarżącego decyzji procesowej jako „ostatecznej”.

terpretacja tej konstytucyjnej przesłanki nie była jednolita od momentu inkorporowania skargi konstytucyjnej do systemu prawa polskiego. Po początkowym okresie ścisłego podejścia Trybunału Konstytucyjnego do „ostateczności” okazało się, że niezbędne, ze względu na gwarancyjną funkcję skargi konstytucyjnej, jest rozszerzenie rozumienia tej przesłanki. W rezultacie status „ostatecznego orzeczenia” posiadają nie tylko orzeczenia będące wynikiem zasadniczego postępowania karnego, ale także orzeczenia wydawane w tzw. sprawach incydentalnych (pobocznych), związanych z postępowaniem zasadniczym przez osobę skarżącego. Stosowana obecnie przez Trybunał wykładnia jest następstwem uznania, że istotą „ostatecznego orzeczenia” jest jego związek z prawem (wolnością) konstytucyjnie chronioną, a nie związek z innym, nawet głównym, postępowaniem. Jednym z głównych argumentów dla takiej interpretacji Trybunału stało się uwzględnienie istoty skargi konstytucyjnej. Jest nią bowiem skuteczna ochrona wolności i praw, bez względu na to, w jakiej fazie i w jakim aspekcie postępowania karnego nastąpiło ewentualne ich naruszenie.

RYSZARD PIOTROWSKI

DEMOKRACJA I TAJEMNICE. O ZNACZENIU KONSTITUCYJNYCH GRANIC NIEJAWNYCH DZIAŁAŃ WŁADZ PUBLICZNYCH

1. Autonomia informacyjna i jej obrona, a więc posiadanie tajemnic i ich skuteczna ochrona, współtworzą istotę każdej władzy¹, której swoiste *sacrum* istnieje o tyle, o ile jest oddzielone od *profanum* murem tajemnic. To właśnie w prawie do podejmowania działań objętych tajemnicą w różnych jej postaciach przejawia się owa „moc wyższego rzędu”, stanowiąca podstawę wyobrażeń o świętości władzy i jej opatrnościowym charakterze². W państwach współczesnych uznawanych za demokratyczne, wyobrażenia te, zwłaszcza związane z łatwością przyznawania większości przymiotu nieomyślności, „mogą zostać łatwo przeniesione z pojęcia suwerennego ludu na władzę”³. Utajniając informacje o swoich działaniach, mnożąc rodzaje tajemnic i tajnych służb władza publiczna potwierdza swoje znaczenie oparte na wyjątkowości własnych zadań. Chroniąc informacje o sobie i tworząc owe „Policje – tajne, widne i dwupłciowe”⁴, państwo dokonuje aktu autoafirmacji powodując zarazem istotne zagrożenie dla własnej legitymacji demokratycznej, ponieważ – jak zauważa Trybunał Konstytucyjny – „doświadczenia współczesnych państw demokratycznych wskazują, że władza wykonawcza odpowie-

¹ C. Magris, *Segreti e no*, Milano 2014; R. Taradejna, M. Taradejna, *Tajemnica państwa i inne tajemnice chroniące interesy państwa i obywateli*, Warszawa 1999.

² S. Filipowicz, *Mit i spektakl władzy*, Warszawa 1988, s. 168.

³ *Ibidem*.

⁴ Tak C. Norwid, *Siła ich*, [w:] C. Norwid, *Pisma wszystkie*, Warszawa 1971, s. 172.

działna za bezpieczeństwo i porządek publiczny, w tym podległe jej podmioty prowadzące czynności operacyjno-rozpoznawcze, dysponują środkami, których zastosowanie – w imię obrony porządku publicznego – może doprowadzić do zniszczenia instytucji demokratycznych i redukcji praw obywatelskich⁵.

Możliwość utajnienia własnych działań według stworzonych przez siebie reguł stanowi wyrazisty przejaw przemocy, której stosowanie pozostaje wyróżnikiem władzy politycznej⁶. Trudno o bardziej jednoznaczny przejaw arbitralności w działaniu aniżeli sytuacja, w której ten sam organ państwa decyduje o wykluczeniu dostępu do informacji i zarazem ocenia trafność takiego rozstrzygnięcia, ponieważ właśnie ze względu na obowiązek zachowania tajemnicy nie jest możliwe skonfrontowanie treści informacji z kryteriami pozwalającymi na jej utajnienie. Już samo dopuszczenie istnienia tajemnic władzy daje państwu zasadniczą przewagę nad obywatelami, polegającą na tym, że może ono według własnego uznania pozbawić ich dostępu do wiedzy o swoich działaniach, natomiast obywatelskie prawo do prywatności nie ma charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom na zasadach określonych w Konstytucji RP.

Podobnym konstytucyjnym ograniczeniom podlega publiczne podmiotowe prawo dostępu do informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Konstytucja RP nie przewiduje jednak możliwości ograniczenia autonomii informacyjnej państwa ze względu na bezpieczeństwo obywateli, chociaż dopuszcza możliwość ograniczenia autonomii informacyjnej obywateli ze względu na bezpieczeństwo państwa.

Podobnie jak posiadanie autonomii informacyjnej i jej obrona mają szczególne znaczenie dla władzy publicznej, tak z perspektywy obywateli szczególne znaczenie ma ich autonomia informacyjna. Stanowi ona – w myśl orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego – element ochrony życia prywatnego i oznacza prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, jeśli znajdują się w posiadaniu innych podmiotów⁷.

Od autonomii informacyjnej jednostki można odróżnić przysługującą jej tożsamość informacyjną, która urealnia godność człowieka i wa-

⁵ Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 32/04.

⁶ G. Poggi, *Państwo*, Warszawa 2010, s. 19 i nast.

⁷ Tak zwłaszcza w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 8/04, w którym podsumowano wcześniejsze orzecznictwo.

runkuje jego wolność. Tak rozumiana autonomia informacyjna oznacza prawo do posiadania wszystkich informacji dotyczących osoby. Może ono przysługiwać wyłącznie temu, którego informacje bezpośrednio dotyczą. Przejęcie kontroli nad informacjami istotnymi dla odrębności osoby oznacza możliwość przejścia kontroli nad jej tożsamością, która z tego powodu przestaje być wyznacznikiem podmiotowości osoby. Tożsamość informacyjna jednostki stanowi jej cechę przyrodzoną i niezbywalną, współlistotną godności. Odebranie tożsamości informacyjnej jednostce, podobnie jak naruszenie jej godności, nie może być usprawiedliwione ochroną interesu publicznego ani prywatnego⁸.

Jednak inaczej niż w przypadku godności jednostki godność władzy wymaga nie tyle poszanowania jej autonomii oraz tożsamości informacyjnej, co respektowania jawności działania. Jawność działania władz publicznych jest wartością konstytucyjną, mającą podstawowe znaczenie w demokratycznym państwie prawnym jako jeden z wyznaczników jego tożsamości aksjologicznej. Demokratyczne państwo prawne jest państwem jawnym. Do podstaw ustrojowych tego państwa należy przecież zasada ochrony zaufania obywateli do państwa⁹, wymagająca jawności działania władz publicznych, skoro w myśl owej zasady, prawo powinno mieć właściwości, które „zapewniają jednostce bezpieczeństwo prawne, umożliwiają jej decydowanie o własnym postępowaniu w oparciu o pełną znajomość przesłanek działania organów państwowych oraz konsekwencji prawnych [...] poszczególnych zachowań i zdarzeń”¹⁰. Związek między demokratycznym państwem prawnym i jawnością działania władz publicznych wynika jednak przede wszystkim z zasady godności człowieka, której poszanowanie i ochrona jest obowiązkiem tych władz. Wyklucza to traktowanie obywateli przez władze w taki sposób, jakby byli oni przedmiotem działania państwa, które może dowolnie kształtować dostęp do wiedzy o swoich poczynaniach. Tego rodzaju praktyka w demokratycznym państwie prawnym prowadzi nieuchronnie „do erozji fundamentów tego państwa, do których należy zaliczyć godność ludzką z jednej strony i unikanie arbitralności w działaniu władz – z drugiej”¹¹.

⁸ R. Piotrowski, *Prawo do tożsamości informacyjnej i jego znaczenie w ustroju demokratycznym*, [w:] *Wpływ standardów międzynarodowych na rozwój demokracji i ochronę praw człowieka*, t. 1, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2013, s. 480.

⁹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 62.

¹⁰ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 45/01.

¹¹ Tak Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 32/04.

Tajność funkcjonowania władz publicznych zagraża suwerenności narodu, do którego należy władza w myśl art. 4 Konstytucji RP. Sformułowanie to zakłada istnienie po stronie suwerena świadomości działań władczych. Władza sprawowana tajnie nie może przysługiwać suwerenowi, skoro konkretne działania władcze są dla niego tajemnicą. Z punktu widzenia Konstytucji RP suwerenność wykonywana tajnie jest w szczególności ograniczona. Brak jawności działania władz publicznych zasadniczo eliminuje przedstawicielski charakter ich funkcjonowania. Trudno przecież mówić o istnieniu stosunku przedstawicielstwa, jeżeli działania przedstawicieli nie są znane reprezentowanym. Podejmowanie przez władze publiczne tajnych działań jest więc obarczone immanentnym ryzykiem zarówno dla demokratycznego charakteru państwa, jak i suwerenności narodu, której nie może przekreślać sprawowanie władzy przez przedstawicieli. Tajność funkcjonowania władzy stwarza zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, ponieważ pozwala na podejmowanie działań wątpliwych z punktu widzenia jego tożsamości aksjologicznej – wtedy, kiedy władze wstydzą się swoich czynów, albo utajniają je z obawy przed negatywnymi konsekwencjami prawdy. Według Trybunału Konstytucyjnego, „pojęcie prawdy jest pojęciem normatywnym, a nie tylko czysto faktycznym. Widoczne to jest na tle samego brzmienia konstytucji. Ustrojodawca w preambule konstytucji uznaje prawdę za wartość uniwersalną, na której opiera się ustroj Rzeczypospolitej”¹². Demokratyczne państwo prawne zbudowane jest na fundamencie wartości a nie antywartości, których respektowanie jest jedną z przesłanek utajniania informacji, obok przekonania, że władza „wie lepiej” i „może wszystko”¹³.

W doktrynie znalazło wyraz przekonanie, że „powszechny szeroki dostęp do informacji publicznej stanowi niezbędną przesłankę zaistnienia społeczeństwa obywatelskiego”¹⁴ i „ureczywistnienia demokratycznych zasad funkcjonowania władzy publicznej w polskim państwie prawnym”¹⁵. Jawność działania władz publicznych jest zarówno „warunkiem świadomego uczestnictwa obywateli w podejmowaniu rozstrzygnięć władczych”, jak i „umożliwia efektywną kontrolę obywatelską działań podejmowanych przez organy władzy publicznej”¹⁶.

¹² Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie SK 13/05.

¹³ Zob. uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. U 4/06.

¹⁴ W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 61, [w:] Konstytucja RP. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 7.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

2. Jawność działania władz publicznych nie ma jednak absolutnego charakteru. Współistotne jawności sprawowania władzy prawo do informacji publicznej może – w myśl art. 61 ust. 3 Konstytucji RP – podlegać ograniczeniom „wyłącznie ze względu na określone w ustawach ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa”. Konstytucja RP dopuszcza utajnianie działań władz publicznych tylko w takim zakresie, w jakim ogranicza prawo do uzyskiwania informacji o tych działaniach. Inna odpowiedź na pytanie o granice jawności władzy byłaby niezgodna z przepisem art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, ponieważ prowadziłaby do pozbawienia tego przepisu treści normatywnej. Skoro dostęp do informacji publicznej stanowi regułę, a jego ograniczenie wyjątek, to wykluczona jest rozszerzająca interpretacja katalogu przesłanek ograniczenia, a tym samym rozszerzanie sfery tajnego państwa poza konstytucyjne granice tajności. Konstytucja RP w art. 233 dopuszcza także ograniczenie prawa do informacji publicznej w ustawie określającej zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego. Jednak ograniczenie to nie może naruszać godności człowieka. Ponadto ustawa regulująca zakres ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu klęski żywiołowej nie może ograniczać prawa do informacji publicznej określonego w art. 61 Konstytucji RP.

Działania władz publicznych w sferze utajnionej podlegają konstytucji w takim samym zakresie, jak działania jawne. Konstytucja RP nie wyłącza przecież ani nie ogranicza swojego obowiązywania w odniesieniu do niejawnych działań władz publicznych. Jest ona najwyższym prawem także w owej „tajnej Rzeczypospolitej”, w której również obowiązuje określona w art. 7 Konstytucji RP zasada stanowiąca, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Byłoby odebraniem demokratycznemu państwu prawnemu jego tożsamości uznanie, że jest ona podwójna – w jednej, jawnej, Konstytucja RP i inne prawa obowiązują, w drugiej tajnej, obowiązywanie prawa zależy od uznania władzy, która może je naruszać i następnie utajniać przypadki naruszenia przepisów, co jest praktyką właściwą państwu totalitarnemu.

Stosownie do postanowień ustawy o ochronie informacji niejawnych¹⁷ klauzulę tajności „nadaje osoba, która jest uprawniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału” (art. 6 ust. 1). Ta sama osoba, lub jej przełożony, wyraża pisemną zgodę na zniesienie albo zmianę klauzuli tajności. Według art. 105 ust. 2

¹⁷ Dz.U. z 2010 r. Nr 182, poz. 1228.

tej ustawy w razie udzielenia przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych odmowy zwolnienia od obowiązku zachowania tajemnicy przez funkcjonariuszy wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze lub odmowy udostępnienia tajnych dokumentów, „pomimo żądania prokuratora lub sądu”, zgłoszonego w związku z postępowaniem karnym o przestępstwo wymienione w art. 109 Kodeksu karnego (przestępstwo obywatela polskiego popełnione za granicą) lub o „zbrodnię godzącą w życie ludzkie albo o występki przeciwko życiu i zdrowiu, gdy jego następstwem była śmierć człowieka”, minister przedstawia „żądane dokumenty i materiały oraz wyjaśnienia” Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego, który może spowodować, że minister będzie „obowiązany zwolnić od zachowania tajemnicy lub udostępnić dokumenty i materiały objęte tajemnicą”. W demokratycznym państwie prawnym obowiązek zachowania tajemnicy nie powinien jednak blokować postępowania karnego o żadne przestępstwo, a informacja dotycząca naruszenia prawa przez organ władzy publicznej nie może korzystać z ochrony przewidzianej dla informacji niejawnych¹⁸. W szczególności Prezydent RP, który czuwa nad przestrzeganiem Konstytucji RP, ma wynikający stąd obowiązek zniesienia klauzuli tajności na żądanie prokuratora lub sądu, zgłoszone w związku z postępowaniem karnym, niezależnie od przedmiotu tego postępowania. Reguły demokratycznego państwa prawnego nie mogą prowadzić do akceptacji bezprawia.

3. Konstytucja RP uzależnia w art. 88 ust. 1 wejście w życie ustaw, rozporządzeń oraz aktów prawa miejscowego od ich ogłoszenia. Umożliwia to wyłączenie „odrębną ustawą” – w myśl art. 2 ust. 2 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych – obowiązku ogłoszenia aktu normatywnego niezawierającego przepisów powszechnie obowiązujących. W doktrynie wskazano, że skoro ogłoszenie jest warunkiem „nabycia mocy powszechnie obowiązującej przez akt normatywny”¹⁹ to warunek ten „nie rozciąga się *expressis verbis* obowiązkowo na akty wewnętrznie obowiązujące z uwagi na ich charakter, możliwy uproszczony sposób podania ich do wiadomości jednostkom organizacyjnym podległym oraz brak odpowiedniego postanowienia w tej kwestii w art. 93”²⁰ Konstytucji RP. Jednakże – ze względu na to,

¹⁸ R. Piotrowski, *Uwagi o przyszłości Konstytucji – zagrożenia i nadzieje*, [w:] *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji czy rewolucji. Księga Jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, red. M. Modrzejewska, Warszawa 2010, s. 802.

¹⁹ K. Działocha, *Uwagi do art. 88*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, s. 1 i nast.

²⁰ *Ibidem*.

że w myśl art. 88 ust. 2 Konstytucji RP zasady i tryb ogłaszania aktów normatywnych określa ustawa – „nie będzie przekroczeniem konstytucji objęcie zasadą publikacji, na podstawie osobnej ustawy, także aktów wewnętrznie obowiązujących”²¹.

Wyłączenie publikacji powinno jednak odpowiadać zasadom określoności prawa i nie może być interpretowane rozszerzająco, ponieważ brak ogłoszenia nie jest regułą, ale stanowi wyjątek. Zdaniem doktryny, art. 2 ust. 2 ustawy o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych odbiera twórcom aktów prawa wewnętrznego „możliwość decydowania o tym, jaki akt wewnętrznie obowiązujący zostanie ogłoszony w dzienniku urzędowym i przekazuje ją ustawodawcy. Jak każdy wyjątek, przypadki takie muszą być interpretowane ściśle. W przypadku braku wyraźnego postanowienia ustawodawcy twórca danego aktu wewnętrznie obowiązującego nie może samodzielnie przyjąć, że dany akt nie zostanie ogłoszony”²².

Zarazem także – stosownie do art. 18 ust. 4 ustawy o umowach międzynarodowych – premier może „w wyjątkowych przypadkach, ze względu na istotny interes państwa, w szczególności interes obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli” odstąpić od obowiązku ogłoszenia umowy międzynarodowej innej niż ratyfikowana za uprzednią zgodą udzieloną w ustawie.

Zarówno akty normatywne, jak i umowy międzynarodowe, niepodlegające ogłoszeniu nie mogą zawierać postanowień niezgodnych z Konstytucją RP. W szczególności niepublikowana umowa międzynarodowa nie może przekazywać kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach innemu państwu, skoro art. 90 Konstytucji RP pozwala na przekazanie tego rodzaju kompetencji jedynie organowi międzynarodowemu lub organizacji międzynarodowej. Niepodlegający ogłoszeniu akt prawa wewnętrznego nie może zawieszać wykonywania zaciągniętych zobowiązań międzynarodowych, co przewiduje ustawa o zmianie ustawy o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych RP poza granicami państwa²³, która – wbrew Konstytucji RP – uzależnia przestrzeganie ustawy oraz prawa międzynarodowego przez polskich żołnierzy poza granicami kraju od niepublikowanego zarządzenia ministra obrony narodowej (art. 7c). Oznacza to w istocie faktyczną zmianę Konstytucji RP dokonaną w ustawie zwykłej i polegającą na zastąpie-

²¹ *Ibidem*.

²² G. Wierczyński, *Redagowanie i ogłaszanie aktów normatywnych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 814; W. Płowiec, *Koncepcja aktu prawa wewnętrznego w Konstytucji RP*, Poznań 2006, s. 102 i nast.

²³ Dz.U. z 1988 r. Nr 162, poz. 1117 ze zm.

niu obowiązującego art. 9 ustawy zasadniczej sformułowaniem, w myśl którego Rzeczpospolita przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego, o ile minister obrony narodowej nie zarządzi inaczej w celu zrealizowania zadań danej operacji wojskowej. Mamy zatem do czynienia z obejściem zarówno art. 9 Konstytucji RP, jak i art. 89 i 241 ust. 1 ustawy zasadniczej, określających miejsce umów międzynarodowych w hierarchii źródeł prawa²⁴.

Niepublikowany akt prawa wewnętrznego nie może wprowadzać ograniczeń w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw, skoro – w myśl art. 31 ust. 3 Konstytucji RP – mogą być one ustanawiane tylko w ustawie. Wzgląd na sprawność działania władzy publicznej nie jest w tym przypadku wystarczający, skoro wstęp do Konstytucji RP wymaga zapewnienia działaniu władz „rzetelności i sprawności”. Podejmowanie działań bez właściwej – a więc kompletnej i konstytucyjnie dopuszczalnej – podstawy prawnej trudno uznać za spełniające wymaganie rzetelności. Zgodnie z ustalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego, kompetencji organu władzy publicznej nie można domniemywać²⁵, lecz muszą być one określone jasno i precyzyjnie w przepisie prawa²⁶. Jak wskazano w doktrynie, „konstytucyjny wymóg podstawy prawnej jest równoznaczny z żądaniem, by taka podstawa faktycznie istniała”²⁷.

Obowiązywanie tajnych przepisów zwłaszcza w odniesieniu do praw i wolności jednostki jest w demokratycznym państwie prawnym zwłaszcza niedopuszczalne wobec faktycznego pozakonstytucyjnego wyłączenia kognicji Trybunału Konstytucyjnego w tym zakresie. Trudno uznać za racjonalne oczekiwanie, że organ nadający wydanym przez siebie przepisom klauzulę tajności będzie je kwestionował przed Trybunałem Konstytucyjnym. Wydaje się zatem nieodzowne, by ustawa wiązała wyłączenie obowiązku ogłoszenia aktu normatywnego niezawierającego przepisów powszechnie obowiązujących oraz umowy międzynarodowej z przedłożeniem tekstu tych aktów Pierwszemu Prezesowi Sądu Najwyższego i Rzecznikowi Praw Obywatelskich w celu umożliwienia im ewentualnego skierowania stosownych wniosków do Trybunału Konstytucyjnego.

²⁴ R. Piotrowski, *Demokratyczne państwo prawne a wojna. Uwagi o doświadczeniach polskich*, [w:] *Prawo język, logika. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Malinowskiego*, red. S. Lewandowski, H. Machińska, J. Petzel, Warszawa 2013, s. 221 i nast.

²⁵ Tak w uzasadnieniu postanowienia w sprawie o sygn. Ts 216/04.

²⁶ Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. K 4/06.

²⁷ W. Sokolewicz, *op. cit.*, s. 10.

4. Wymaga także rozważenia funkcjonujący obecnie mechanizm kontroli parlamentarnej nad działalnością tajnych służb, polegający na powierzeniu jej sprawowania politykom uznanym przez właściwe służby za – jak to formułuje ustawa o ochronie informacji niejawnych – „dających rękojmię zachowania tajemnicy”, ponieważ wyłącznie takim osobom tego rodzaju informacje mogą być udostępnione (art. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych)²⁸. W ten sposób kontrolowani kontrolują kontrolerów, co trudno uznać za rozwiązanie w pełni gwarantujące skuteczność kontroli. W demokratycznym państwie prawnym, komisja sprawująca tego rodzaju kontrolę powinna składać się z niezależnych od partii politycznych i aprobaty służb specjalnych osób zaufania publicznego, w szczególności o wysokich kwalifikacjach prawniczych (np. sędziów w stanie spoczynku), uprawnionych do znoszenia klauzuli tajności, korzystających z uprawnień komisji śledczej i działających pod auspicjami parlamentu, ale przede wszystkim w interesie publicznym.

Bardziej realne wydaje się wyposażenie Komisji ds. Służb Specjalnych w uprawnienia przysługujące sejmowym komisjom śledczym²⁹. Komisja ta jest organem Sejmu RP; do jej zakresu działania należy – stosownie do załącznika do regulaminu Sejmu – sprawowanie kontroli parlamentarnej nad działalnością służb specjalnych. W szczególności komisja ma zapoznawać się z informacjami dotyczącymi „podejrzeń występowania nieprawidłowości w działalności służb specjalnych oraz podejrzeń naruszenia prawa przez te służby” (tak w „Przedmiotowym zakresie działania komisji sejmowych”). Jest to zadanie o kluczowym znaczeniu z punktu widzenia gwarancyjnego dla praw i wolności obywatelskich znaczenia parlamentarnej kontroli nad służbami specjalnymi, ponieważ z ich działalnością wiąże się wysokie ryzyko tak nieprawidłowości, jak i naruszenia prawa, w tym praw obywatelskich, skoro działają one tajnie. Realizacja postawionych przed komisją zadań wymaga zarówno ustanowienia szczególnych reguł jej funkcjonowania, jak i dostarczenia komisji adekwatnych do jej zadań środków działania. O ile rozwiązania dotyczące organizacji pracy komisji i jej umocowania regulaminowego odzwierciedlają specyfikę zadań, to instrumenty, które komisja ma do dyspozycji nie odpowiadają roli, jaką powinna ona spełniać w realizacji funkcji kontrolnej Sejmu, której podstawą jest 95 ust. 2 Konstytucji RP.

²⁸ S. Hoc, J. Zalesny, *Ochrona informacji niejawnych w Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Bezpieczeństwo wewnętrzne państwa. Wybrane zagadnienia*, red. S. Sulowski, M. Brzeziński, Warszawa 2009, s. 261 i nast.

²⁹ R. Piotrowski, „Opinia w sprawie zgodności z Konstytucją RP projektu ustawy o nadaniu uprawnień śledczych sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych”, Warszawa 2012, [niepubl.].

Komisja ds. Służb Specjalnych została utworzona w 1995 roku na mocy uchwały Sejmu dokonującej nowelizacji Regulaminu tej Izby³⁰, a jej istnienie i zadania zostały utrwalone w ustawach³¹, co nadaje jej szczególny status prawny, związany z ustrojowym znaczeniem parlamentarnej kontroli nad działalnością służb i doniosłością tej kontroli dla opozycji politycznej, a zarazem także szczególny charakter na tle innych komisji sejmowych³². Chodzi przecież o to, by owe służby nie mogły zostać wykorzystane przez większość stanowiącą polityczne zaplecze rządu, któremu podlegają, do ograniczania praw opozycji politycznej³³.

Funkcjonowanie komisji ma więc podwójne znaczenie. Z jednej strony służy ona kontroli parlamentarnej nad działalnością rządu (art. 95 Konstytucji RP), z drugiej jest jedną z gwarancji pluralizmu politycznego³⁴ i narzędziem kontroli opozycji nad przestrzeganiem przez partie tworzące większość art. 11 Konstytucji RP, który nakazuje partiom „wpływanie metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa”. Wykorzystywanie służb specjalnych do walki politycznej byłoby zatem działalnością niezgodną z konstytucją. Komisja jest więc gwarantem utrzymania rywalizacji międzypartyjnej w konstytucyjnych granicach³⁵.

Praktyka ostatnich lat wskazuje na konieczność zwiększenia skuteczności kontroli parlamentarnej nad służbami specjalnymi, zwłaszcza wobec nowych technologii inwigilacji dostępnych służbom i przez nie intensywnie stosowanych oraz immanentnego ryzyka wykorzystywania tych służb w rywalizacji politycznej, co stanowi zagrożenie dla demokratycznego państwa prawnego, ponieważ może powodować autonomizację służb w stosunku do tego państwa³⁶. Udział przedstawicieli

³⁰ Uchwała z 27 kwietnia 1995 r. w sprawie zmiany Regulaminu Sejmu RP, MP z 15 maja 1995 r. Nr 23, poz. 271.

³¹ W szczególności w ustawie z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu oraz w ustawie z 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym. Zob. na ten temat: P. Czarny, *Sejmowa Komisja do Spraw Służb Specjalnych na tle ogólnych dylematów parlamentarnej kontroli tych służb*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3, s. 99.

³² P. Radzewicz, *Uprawnienia, środki działania oraz prawne podstawy funkcjonowania sejmowej Komisji do Spraw Służb Specjalnych*, „Przegląd Legislacyjny” 2006, nr 2.

³³ K. Pawłowicz, R. Piotrowski, *Opinia w sprawie interpretacji art. 138 pkt 1a regulaminu Sejmu*, „Zeszyty Prawnicze” 2009, nr 2, s. 81.

³⁴ O znaczeniu pluralizmu politycznego jako zasady prawnej ustroju zob.: W. Sokolewicz, *Uwagi do art. 11 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz*, t. 5, red. L. Garlicki, Warszawa 2007, s. 10.

³⁵ K. Pawłowicz, R. Piotrowski, *ibidem*.

³⁶ Z. Grzegorzewski, *Służby specjalne a bezpieczeństwo państwa polskiego*, Toruń 2013, s. 193 i nast.

opozycji w pracach komisji w istotny sposób przyczynia się do nadania jej działaniom wiarygodnego charakteru.

W doktrynie znalazł wyraz pogląd, że „realna kontrola parlamentarna służb specjalnych na gruncie obowiązujących rozwiązań prawnych jest w istocie niemożliwa. Dzieje się tak dlatego, że obowiązuje wszechwładne prawo żelaznej tajemnicy. W konsekwencji udostępnianie informacji na temat pracy operacyjnej służb specjalnych jest wydatnie reglamentowane nawet w przypadku sejmowej Komisji ds. Służb Specjalnych [...] Sejm pozbawiony tej możliwości budowania obrazu działalności służb jest tak naprawdę «głuchy i ślepy». To szefowie służb decydują o tym, jakie informacje (materiały) przekazują Sejmowi i sejmowej komisji»³⁷. Ustawa o sejmowej komisji śledczej zawiera rozwiązanie, które przewiduje, że zwolnienia osoby wezwanej od obowiązku zachowania tajemnicy „właściwy organ” może odmówić „tylko wtedy, gdyby złożenie zeznania wyrządzić mogło poważną szkodę państwu” (art. 11 e ust. 3 ustawy o sejmowej komisji śledczej). Przepis ten, aczkolwiek skonstruowany sposób, który ogranicza jego skuteczność, mógłby okazać się użyteczny w pracach Komisji ds. Służb Specjalnych.

Ustrojowe znaczenie komisji oraz specyfika jej statusu jako sejmowej komisji stałej, do której stosuje się rozdział 12 regulaminu Sejmu oraz pozostałe przepisy „odpowiednio”, a także potrzeba optymalizacji modelu demokratycznej kontroli nad służbami specjalnymi, w ciągu wielu kadencji sygnalizowana w pracach Sejmu, upoważniają komisję do posługiwania się w bieżącej działalności narzędziami, którymi mogą dysponować komisje śledcze. Powoływane są one na podstawie art. 111 Konstytucji RP „do zbadania określonej sprawy”, a więc wyłącznie na okres realizacji powierzonego im zadania. Oznacza to zasadnicze osłabienie możliwości realizacji funkcji kontrolnej przez Sejm, skoro instrumenty potencjalnie najbardziej efektywne – uprawnienia śledcze – zostają przyznane komisjom, których tworzenie jest wyjątkiem, wymagającym akceptacji większości sejmowej, co zasadniczo ogranicza rolę opozycji, tak w ich powoływaniu, jak i funkcjonowaniu. Ponadto komisje te mogą dysponować uprawnieniami śledczymi jedynie w zakresie spraw im zleconych. Rozwiązanie obecne, polegające na tym, że nie posiada tego rodzaju uprawnień komisja stała, sprawująca kontrolę nad newralgicznym z punktu widzenia praw obywatelskich i praw człowieka sektorem władzy wykonawczej, podczas gdy dysponują nimi komisje śledcze, których nie ma, a także Komisja Odpowiedzialności Konstytucyjnej (jak dotąd potencjalnie) – jest dalekie od racjonalności.

³⁷ M. Bożek, *Kontrola parlamentarna służb specjalnych w Polsce*, „Przegląd Sejmowy” 2012, nr 1, s. 19.

Ogranicza to możliwości działania opozycji, która nie ma dostępu do korzystania z parlamentarnych uprawnień śledczych bez przyzwolenia ze strony większości, odpowiedzialnej pośrednio za funkcjonowanie służb specjalnych.

Za nadaniem komisji uprawnień śledczych przemawia zatem wzmocnienie demokratycznej kontroli nad służbami specjalnymi, nieodzowne w państwie prawnym, poprzez zwiększenie skuteczności kontroli parlamentarnej nad tymi służbami – obecnie iluzorycznej³⁸ – i wzmocnienie roli opozycji w sprawowaniu tej kontroli, co sprzyjać może pluralizmowi politycznemu i ograniczać proces upartyjniania państwa. Wymaga tego także od ustawodawcy ustanowiony we wstępie do Konstytucji RP obowiązek „zapewnienia rzetelności i sprawności” działaniu instytucji publicznych. Komisja jest instytucją publiczną, a ustawodawca, na którym – w świetle art. 8 Konstytucji RP – spoczywa obowiązek wykonywania postanowień ustawy zasadniczej w największym możliwym stopniu, powinien stanowić prawo zwiększające skuteczność parlamentarnej kontroli nad służbami specjalnymi. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny rzetelność i sprawność działania instytucji publicznych należy do wartości mających rangę konstytucyjną³⁹.

5. Utrzymanie niejawnych działań władz publicznych w konstytucyjnych granicach właściwych demokratycznemu państwu prawnemu wymaga zasadniczej zmiany kulturowej polegającej na zrozumieniu przez sprawujących władzę, że w tym państwie „racja stanu” nie może odwoływać się do takich antywartości konstytucyjnych⁴⁰, jak np. założenie, że prawa człowieka nie mają charakteru powszechnego, a to komu przysługują zależy od uznania rządzących.

Przeciwnie, „racja stanu” jest tożsama z przestrzeganiem postanowień Konstytucji RP w największym możliwym stopniu, a nie z ich naruszaniem lub obchodzeniem za zasłoną tajności, ponieważ to właśnie w demokratycznym państwie prawnym „prawo człowieka musi być uważane jako święte, choćby to władzę panującą kosztowało ogromnie dużo poświęcenia”⁴¹.

³⁸ *Ibidem*, s. 20.

³⁹ Tak w uzasadnieniu wyroku w sprawie K 14/03.

⁴⁰ R. Piotrowski, *Spory o Konstytucję Rzeczypospolitej Polskiej*, [w:] *Demokracja w Polsce 2007–2009*, red. L. Kolarska-Bobińska, J. Kucharczyk, Warszawa 2009, s. 49 i nast.

⁴¹ I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, [w:] *Werke*, t. 5, Leipzig 1920, s. 703, cyt. za: M. Szyszkowska, *U źródeł współczesnej filozofii prawa i filozofii człowieka*, Warszawa 1972, s. 53.

BOGUSŁAW PRZYWORA

GENERALNY INSPEKTOR DANYCH OSOBOWYCH W POLSCE – STAN OBECNY I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

UWAGI OGÓLNE

De lege lata Generalny Inspektor Danych Osobowych [dalej Generalny Inspektor] jest organem pozakonstytucyjnym¹, stojącym na straży przestrzegania prawa o ochronie danych osobowych. W trakcie prac nad poselskim projektem ustawy o ochronie danych osobowych, prezentowanym w Sejmie w listopadzie 1996 roku, proponowano utworzenie organu ochrony danych bardziej jako „rzecznika obywateli” w zakresie ochrony danych, niż „inspektora, który bardziej koncentruje się na uprawnieniach kontrolnych i technicznych”². Jednocześnie należy za-

¹ Istnieją rozbieżności co do określenia miejsca Generalnego Inspektora Danych Osobowych w strukturze administracji publicznej, ponieważ ustawa o ochronie danych osobowych tego zagadnienia nie reguluje. Zob. szerzej: C. Martysz, *Pozycja prawnoustrojowa Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, [w:] *Ochrona danych osobowych. Skuteczność regulacji*, red. G. Szpor, Warszawa 2009, s. 67; M. Kawecki, *Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych jako centralny organ administracji państwowej*, „Przegląd Prawa Technologii Informatycznych. ICT Law Review” 2013, nr 1, s. 38 i nast.; P. Barta, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 150; J. Niczyporuk, *Administracja ochrony danych osobowych*, [w:] *Prawa jednostki w społeczeństwie informatycznym*, red. M. Grzybowski, Rzeszów 1999, s. 32 i nast.

² Wypowiedź I. Lipowicz na posiedzeniu Sejmu 20 listopada 1996 r., spraw. sten. z 94 pos. Sejmu RP II Kadencji, s. 164 (cyt. za: E. Kulesza, *Pozycja i uprawnienia*

znaczyć, że powołanie Generalnego Inspektora stanowiło wypełnienie warunków:

- 1) konwencji Rady Europy (nr 108 z 28 stycznia 1981 roku o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych), której celem jest zapewnienie każdej osobie fizycznej, bez względu na narodowość lub miejsce zamieszkania, poszanowania jej praw i podstawowych wolności na terytorium każdej ze stron konwencji, a w szczególności jej prawa do prywatności w związku z automatycznym przetwarzaniem dotyczących jej danych osobowych (art. 1)³,
- 2) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (95/46/WE z 24 października 1995 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych oraz swobodnego przepływu tych danych), zobowiązującej każde państwo członkowskie do powołania niezależnego jednego lub więcej organów władzy publicznej, odpowiedzialnych za kontrolę stosowania na jego terytorium przepisów przyjętych przez państwa członkowskie (art. 28).

Poszczególne państwa podejmowały starania w kierunku powołania instytucji służących ochronie danych osobowych. Przy czym przyjmowano różne rozwiązania co do formy i charakteru takiego organu. Dozukać można się z jednej strony organów kolegialnych w postaci niezależnych komisji (jak np. w Belgii, Danii, Francji, Holandii, Luksemburgu, Portugalii, Szwecji), jak i organów jednoosobowych (np. w Wielkiej Brytanii czy Niemczech), a nawet zdarza się, że zadania te są podzielone pomiędzy różne organy (w szczególności w Finlandii czy Hiszpanii)⁴.

W Polsce Instytucja Generalnego Inspektora ma stosunkowo krótką tradycję. Pierwszego Generalnego Inspektora powołał Sejm RP w 1998 roku. Podstawę prawną jego działania stanowi ustawa z 29 sierpnia 1997 roku o ochronie danych osobowych [dalej u.o.d.o. lub ustawa

Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych w świetle ustawy o ochronie danych osobowych. Uwagi „de lege lata” i „de lege ferenda”, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 6 (35), s. 10.

³ Wprowadzenie przepisów Konwencji nr 108 Rady Europy do polskiego systemu prawnego pozwoliło na jej podpisanie przez Polskę w kwietniu 1999 r. i ratyfikowanie w maju 2002 r. Informacja na stronie internetowej: www.giodo.gov.pl.

⁴ W piśmiennictwie: M. Sakowska, *Pozycja ustrojowa i zadania Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 2 (73), s. 82; T. Górzyńska, *Prawo do informacji i zasada jawności informacyjnej*, Kraków 1999, s. 378; K. Wygoda, *Ochrona danych osobowych i prawo do informacji o charakterze osobowym*, [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 412.

o danych osobowych]⁵ oraz wydane na jej podstawie akty wykonawcze⁶. Jednocześnie należy podkreślić, że od 1 stycznia 2012 roku zaczęły obowiązywać nowe przepisy, mające wpływ na ochronę danych osobowych, w szczególności ustawa z 16 września 2011 roku o wymianie informacji z organami ścigania państw członkowskich Unii Europejskiej⁷, która w dużym stopniu wdrożyła w polskim porządku prawnym decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW w sprawie ochrony danych osobowych przetwarzanych w ramach współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych. Ustawa określa zasady i warunki wymiany informacji z organami ścigania państw Unii Europejskiej w celu wykrywania i ścigania sprawców przestępstw lub przestępstw skarbowych oraz zapobiegania przestępczości i jej zwalczania oraz przetwarzania informacji, a także podmioty uprawnione w tych sprawach (art. 1).

W niniejszym opracowaniu podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy przyjęte regulacje dotyczące Generalnego Inspektora umożliwiają mu w najwyższym możliwym stopniu realizację powierzonych zadań? Przy formułowaniu wniosków i postulatów *de lege ferenda* wykorzystano zarówno piśmiennictwo z zakresu prawa publicznego, orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, jak i dane statystyczne zawarte w sprawozdaniach Generalnego Inspektora.

KONSTYTUCYJNE WYTYCZNE

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku⁸ [dalej ustawa zasadnicza lub Konstytucja RP] określa wyłącznie generalne założenia w zakresie ochrony danych osobowych. Zgodnie z nią, „nikt nie może być obowiązany inaczej niż na podstawie ustawy do ujawnienia

⁵ Tekst jedn. Dz.U. 2002 r. 101. 926 z późn. zm.

⁶ W szczególności rozporządzenia ministra spraw wewnętrznych i administracji z: 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urzędnicy i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych wraz załącznikiem zawierającym opis środków bezpieczeństwa na poziomie podstawowym, podwyższonym i wysokim (Dz.U. Nr 100, poz. 1024); 11 grudnia 2008 r. w sprawie wzoru zgłoszenia zbioru do rejestracji Generalnemu Inspektorowi Ochrony Danych Osobowych (Dz.U. Nr 229, poz. 1536); 11 maja 2011 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie wzorów imiennego upoważnienia i legitymacji służbowej inspektora Biura Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (Dz.U. z 2011 r. Nr 103, poz. 601).

⁷ Dz.U. Nr 230, poz. 1371.

⁸ Dz.U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

informacji dotyczących osoby” (art. 51 ust. 1). Przy czym – jak słusznie podkreśla się w doktrynie „informacja zachowuje swój osobowy charakter do momentu, dopóki możliwe jest ustalenie na jej podstawie tożsamości konkretnej osoby, której dotyczy”⁹. Ustrojodawca przesądził również, że „władze publiczne nie mogą pozyskiwać, gromadzić i udostępniać innych informacji o obywatelach niż niezbędne w demokratycznym państwie prawnym” (w art. 51 ust. 2). Jednocześnie należy zauważyć, że ustrojodawca przyznał „każdemu prawo dostępu do dotyczących go urzędowych dokumentów i zbiorów danych”, zaś „ograniczenie tego prawa może określić ustawa” (art. 51 ust. 3)¹⁰. W świetle Konstytucji RP dopuszczalne jest ograniczenie praw jednostki, ale wyłącznie w granicach określonych w art. 31 ust. 3¹¹. Przepis ten znajduje się w rozdziale 2 ustawy zasadniczej pt. „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Logiczne uszeregowanie norm zawartych w ustawie zasadniczej pozwala wnioskować, że art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, jako zasada ogólna, odnosi się do wszystkich praw i wolności określonych w tym rozdziale. Prowadzi to do wniosku, że wszelkie ograniczenia muszą być wprowadzone wyłącznie w formie ustawy i być zgodne z konstytucyjną zasadą proporcjonalności¹².

Ponadto ustawa zasadnicza przyznała każdemu prawo do żądania sprostowania oraz usunięcia informacji nieprawdziwych, niepełnych lub zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 4), cedując na ustawodawcę obowiązek określenia szczegółowych zasad i trybu gromadzenia oraz udostępniania informacji (art. 51 ust. 5).

W tym punkcie warto też podkreślić, że prawo do ochrony danych osobowych pozostaje w ścisłym funkcjonalnym związku z prawem do prywatności, zagwarantowanym w art. 47 Konstytucji RP, w świetle którego „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Zatem stwierdzić można, że prawo do ochrony danych

⁹ B. Banaszak, *Komentarz do art. 51 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, Warszawa 2012.

¹⁰ B. Przywora, *Opinia prawna dotycząca zgodności z systemem prawa rozwiązań zaproponowanych w sprawozdaniu podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia komisijnego projektu ustawy o zmianie ustawy Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – kodeks wykroczeń*, na zlecenie Biura Analiz Sejmowych, Warszawa, 26 sierpnia 2013 [druk w posiadaniu autora].

¹¹ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 88 i nast.

¹² Idem, *Konstytucyjne granice ingerencji w sferę praw człowieka*, [w:] *Prawo konstytucyjne*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2011, s. 100 i nast.

osobowych służy ochronie sfery prywatności jednostki, która może być definiowana jako „prawo do samodzielnego decydowania o ujawnianiu innym informacji dotyczących swojej osoby, a także prawo do sprawowania kontroli nad takimi informacjami, znajdującymi się w posiadaniu innych podmiotów”¹³. Zgodnie z ogólnie przyjętymi zasadami wykładni i stosowania Konstytucji RP obowiązuje nakaz optymalizacji jej zasad i norm¹⁴. Zatem na ustawodawcy spoczywa obowiązek wprowadzenia takich rozwiązań, aby urzeczywistnić postanowienia ustawy zasadniczej w sposób możliwie najpełniejszy.

ZADANIA GENERALNEGO INSPEKTORA

Katalog zadań Generalnego Inspektora określa ustawa o ochronie danych osobowych. Do jego obowiązków w szczególności należy:

- 1) kontrola zgodności przetwarzania danych z przepisami o ochronie danych osobowych,
- 2) wydawanie decyzji administracyjnych i rozpatrywanie skarg w sprawach wykonania przepisów o ochronie danych osobowych,
- 3) zapewnienie wykonania przez zobowiązanych obowiązków o charakterze niepieniężnym wynikających z decyzji przez stosowanie środków egzekucyjnych przewidzianych w ustawie z 17 czerwca 1966 roku o postępowaniu egzekucyjnym w administracji¹⁵,
- 4) prowadzenie rejestru zbiorów danych oraz udzielanie informacji o zarejestrowanych zbiorach,
- 5) opiniowanie projektów ustaw i rozporządzeń dotyczących ochrony danych osobowych,
- 6) inicjowanie i podejmowanie przedsięwzięć w zakresie doskonalenia ochrony danych osobowych,
- 7) uczestniczenie w pracach międzynarodowych organizacji i instytucji zajmujących się problematyką ochrony danych osobowych (art. 12 u.o.d.o.).

Ponadto obowiązkiem Generalnego Inspektora jest złożenie Sejmowi raz w roku sprawozdania ze swojej działalności wraz z wnioskami wynikającymi ze stanu przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych (art. 20 u.o.d.o.).

¹³ Wyrok TK z 19 lutego 2002 r. (sygn. akt U 3/01), „Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy” 2002, seria A, nr 1, poz. 3.

¹⁴ Zob. szerzej: P. Tuleja, *Normatywna treść praw jednostki w ustawach konstytucyjnych RP*, Warszawa 1997., s. 69 i nast.

¹⁵ Dz.U. 2005 r. 229.1954 z późn. zm.

W świetle powyższego stwierdzić należy, że podstawowym zadaniem Generalnego Inspektora jest prowadzenie kontroli zgodności przetwarzania danych z przepisami o ochronie danych osobowych. Chodzi tu o sprawdzanie zgodności działań nie tylko z przepisami komentowanej ustawy, ale także z przepisami innych aktów prawnych, które dotyczą kwestii ochrony danych osobowych. Kontrola ta może być prowadzona zarówno z własnej inicjatywy, jak i w nawiązaniu do zgłoszonego wniosku, uwag czy zastrzeżeń. Może przybierać formę kontroli systematycznej, regularnej albo kontroli sporadycznej, incydentalnej¹⁶.

ZASADY POWOŁYWANIA I ODWOŁYWANIA GENERALNEGO INSPEKTORA

De lege lata Generalnego Inspektora powołuje i odwołuje Sejm za zgodą Senatu (art. 8 ust. 2 u.o.d.o.). Przyjęte rozwiązanie należy pozytywnie ocenić, gwarantuje bowiem niezależność Generalnego Inspektora od organów administracji publicznej, których działanie podlega wszak kontroli z jego strony. Zgodzić należy się z poglądem E. Kuleszy, że „wybór przez parlament gwarantuje mu demokratyczną legitymację i zapewnia bezpieczny dystans w stosunku do administracji publicznej”¹⁷. Ze względu na sposób powoływania Generalnego Inspektora oraz nałożony na niego obowiązek corocznego składania Sejmowi sprawozdania ze swej działalności, można sformułować wniosek, że Generalny Inspektor jest organem podlegającym Sejmowi¹⁸.

W ustawie o ochronie danych osobowych brak jest jednak postanowień w zakresie zgłaszania kandydatów na stanowisko Generalnego Inspektora, jak i zasad jego wyboru. Wprawdzie problematykę tę określa Regulamin Sejmu RP¹⁹, ale niezależnie od tego, w ustawie o ochronie danych osobowych winny znaleźć się odwołania w tym zakresie do stosownych postanowień Regulaminu. Zgodnie z prawem wnioski w sprawie wyboru lub powołania przez Sejm poszczególnych osób na stanowiska państwowe w szczególności: Rzecznika Praw Obywatelskich, Rzecznika Praw Dziecka i Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych mogą zgłaszać marszałek Sejmu albo co najmniej 35 po-

¹⁶ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *Komentarz do art. 12 ustawy o ochronie danych osobowych*, Warszawa 2011.

¹⁷ E. Kulesza, *op. cit.*, s. 11.

¹⁸ Podobnie: A. Mednis, *Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 34; J. Barta, R. Markiewicz, *Ochrona danych osobowych. Komentarz*, Kraków 2002, s. 350.

¹⁹ M.P. Nr 5 poz. 47, z późn. zm.

słów (art. 30 ust. 1 Regulaminu Sejmu). Do wniosku dołącza się uzasadnienie, dane o kandydacie i jego zgodę na kandydowanie. Poddanie pod głosowanie wniosków w sprawie wyboru lub powołania przez Sejm poszczególnych osób na wspomniane stanowiska państwowe nie może odbyć się wcześniej niż siódmego dnia od dnia doręczenia posłom druku zawierającego kandydatury, chyba że Sejm postanowi inaczej (art. 30 ust. 4 Regulaminu Sejmu). Wnioski w sprawie powołania przez Sejm osób na te stanowiska albo odwołania z nich marszałek Sejmu kieruje do właściwej komisji sejmowej w celu zaopiniowania. Inna zainteresowana komisja może delegować swoich przedstawicieli na posiedzenie komisji właściwej. Opinię komisja przedstawia na piśmie marszałkowi Sejmu, który zarządza doręczenie posłom druku zawierającego opinię komisji. Rozpatrzenie przez Sejm wniosku w tej sprawie może się odbyć nie wcześniej niż następnego dnia po dniu doręczenia posłom druku zawierającego opinię komisji. Sejm w szczególnych wypadkach może skrócić postępowanie przez przystąpienie do rozpatrzenia wniosku bez przesyłania go do właściwej komisji i w terminie krótszym niż wskazany powyżej (art. 30 ust. 5–9 Regulaminu Sejmu). Powołanie Generalnego Inspektora następuje bezwzględną większością głosów. W przypadku zgłoszenia więcej niż jednego kandydata na dane stanowisko stosuje się odpowiednio przepisy art. 4 ust. 4 i 5 Regulaminu Sejmu (jeżeli zgłoszono więcej niż jednego kandydata, a w pierwszym głosowaniu żaden z kandydatów nie uzyskał bezwzględnej większości głosów, przed kolejnymi turami głosowania usuwa się z listy kandydatów nazwisko tego kandydata, który w poprzedniej turze uzyskał najmniejszą liczbę głosów, natomiast jeżeli tę samą najmniejszą liczbę głosów uzyskało dwóch lub więcej kandydatów, przed kolejną turą głosowania usuwa się nazwiska tych kandydatów). Uchwałę o wyborze, powołaniu albo odwołaniu ogłasza się w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski” (art. 31).

Jednocześnie należy zauważyć, że aktualne regulacje nie określają zasad postępowania w przypadku, kiedy Senat nie wyrazi zgody na powołanie na stanowisko Generalnego Inspektora konkretnego kandydata zaproponowanego przez Sejm. W tym przypadku – moim zdaniem – można by zastosować odpowiednio przepisy art. 3 ust. 5 ustawy z 15 lipca 1987 roku o Rzeczniku Praw Obywatelskich²⁰, a więc gdy Senat odmawia wyrażenia zgody na powołanie Generalnego Inspektora, Sejm powołuje na to stanowisko inną osobę. Kwesta ta jednak wymaga jednoznacznego przesądzenia przez ustawodawcę.

²⁰ Dz.U. z 2001 r. Nr 14, poz. 147 z późn. zm.

Ponadto ustawodawca określa przesłanki wygaśnięcia kadencji Generalnego Inspektora, tj. z chwilą jego śmierci, odwołania lub utraty obywatelstwa polskiego (art. 8 ust. 7 u.o.d.o.). Szczególnie zwrócić uwagę należy na przesłanki odwołania Generalnego Inspektora. *De lege lata* Sejm za zgodą Senatu odwołuje Generalnego Inspektora, jeżeli:

- 1) zrzekł się stanowiska,
- 2) stał się trwale niezdolny do pełnienia obowiązków na skutek choroby,
- 3) sprzeniewierzył się złożonemu ślubowaniu,
- 4) został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnienie przestępstwa (art. 8 ust. 8 u.o.d.o.).

Generalnie rzecz ujmując przyjęte rozwiązanie pozytywnie należy ocenić bowiem służy zagwarantowaniu Generalnemu Inspektorowi niezależności. Problem jednak w tym, że niektóre przesłanki jego odwołania są sformułowane nieprecyzyjnie, np. „stał się trwale niezdolny do pełnienia obowiązków na skutek choroby”. Powstaje pytanie, kto i w jakiej formie o tym decyduje? W tym zakresie ustawa o ochronie danych osobowych wymaga doprecyzowania. Nie jest natomiast możliwe odwołanie Generalnego Inspektora z innych, niewskazanych wyżej przyczyn. Podobnie jak w przypadku powołania, również w przypadku odwołania Generalnego Inspektora, ustawa o ochronie danych osobowych nie określa, do kogo należy inicjatywa w tym zakresie. Rozstrzyga o tym Regulamin Sejmu, przyjmując te same reguły, co przy powołaniu Generalnego Inspektora²¹. Wydaje się jednak, że w ustawie o ochronie danych osobowych winno się znaleźć odpowiednie odesłanie w tym zakresie do postanowień Regulaminu Sejmu.

ZASADA KADENCYJNOŚCI

W literaturze podkreśla się, że zasadą funkcjonowania organów państwa demokratycznego jest ich kadencyjność, polegająca na udziale danemu organowi w konkretnym składzie personalnym pełnomocnictw na określony czas²². Kadencyjność wypełnia wiele funkcji, w szczególności:

- 1) zapewnia rotację składu osobowego,

²¹ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*

²² *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, wyd. 2, Warszawa 2011.

- 2) gwarantuje horyzont wykonywania kompetencji przypisanych danemu organowi i pewną cykliczność poddawania kontroli sposobu zajmowania stanowisk,
- 3) zapewnia, że dane stanowisko nie zostało personalnie związane z określoną osobą,
- 4) daje szansę zapewnienia stabilizacji składu osobowego, aby umożliwić niezależne wykonywanie zadań organu w ramach danej kadencji²³.

Podkreślić należy, że kadencyjność ma istotne znaczenie w kontekście zapewnienia Generalnemu Inspektorowi należytych gwarancji niezależności. Kadencja Generalnego Inspektora trwa 4 lata, licząc od dnia złożenia ślubowania (art. 8 ust.5 u.o.d.o.). Po upływie kadencji Generalny Inspektor pełni swoje obowiązki do czasu objęcia stanowiska przez nowego Generalnego Inspektora. Przyjęte rozwiązanie należy uznać za poprawne. Pod rozważę ustawodawcy można jednak poddać postulat wydłużenia do 5 lub 6 lat kadencji Generalnego Inspektora. Wydłużenie okresu urzędowania przyczyniłoby się do większej stabilizacji tej instytucji. Argumentem przemawiającym za tym jest fakt, że kadencja Generalnego Inspektora nie pokrywałaby się z kadencją parlamentu, co daje większą gwarancję apolityczności i niezależności osoby piastującej to stanowisko. Podobne rozwiązania przyjęto w m.in. przypadku Rzecznika Praw Obywatelskich, Prokuratora Generalnego czy prezesa Najwyższej Izby Kontroli. Dla sprawnego, rzetelnego, a nade wszystko neutralnego wykonywania powierzonych zadań wprowadzenie ściśle określonego okresu urzędowania jest niezmiernie istotne. Przyjęte rozwiązanie, w moim przekonaniu, jest najskuteczniejszym narzędziem stabilizacji, a w konsekwencji samodzielności w wykonywaniu swoich obowiązków²⁴.

Jak zostało już powyżej stwierdzone, kadencja Generalnego Inspektora może w wyjątkowych przypadkach zakończyć się przed upływem 4-letniego okresu. Ustawodawca określił jednak zamknięty katalog przesłanek uzasadniających odwołanie Generalnego Inspektora, co stanowić ma istotną gwarancję niezależności tego podmiotu.

²³ M. Zubik, *Powoływanie członków Rady Polityki Pieniężnej w świetle zasad kadencyjności oraz działalności organów państwa*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 4, s. 41.

²⁴ B. Przywora, *Prokurator Generalny jako organ ochrony prawnej – uwagi „de lege lata” i postulaty „de lege ferenda”*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2013 [w druku].

USTAWOWE KWALIFIKACJE NA STANOWISKO GENERALNEGO INSPEKTORA

Skuteczna administracja wymaga efektywnego zarządzania zasobami ludzkimi, tak aby zapewnić państwu i społeczeństwu należyte wykonywanie powierzonych obowiązków²⁵. Z tego punktu widzenia kluczowe znaczenie ma profesjonalizm w wykonywaniu zadań. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego, profesjonalizm przede wszystkim oznacza posiadanie przez kandydatów odpowiednich kwalifikacji i przygotowania zawodowego²⁶. *De lege lata* na stanowisko Generalnego Inspektora może być powołany ten, kto łącznie spełnia następujące warunki:

- 1) jest obywatelem polskim i stale zamieszkuje na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- 2) wyróżnia się wysokim autorytetem moralnym,
- 3) posiada wyższe wykształcenie prawnicze oraz odpowiednie doświadczenie zawodowe,
- 4) nie był karany za przestępstwo (art. 8 ust. 3 u.o.d.o.).

Nie ulega wątpliwości, że funkcja Generalnego Inspektora jest szczególnym stanowiskiem kierowniczym. Dlatego też kandydatom na to stanowisko powinny być stawiane dalej idące wymagania. W moim przekonaniu należy dookreślić w wymogach formalnych przesłankę „odpowiednie doświadczenie zawodowe”. Za wprowadzeniem obstrzeżenia przemawia szczególnie charakter działalności Generalnego Inspektora²⁷. Mając to względzie zasadne jest poszukiwanie kandydatów na to stanowisko wśród osób spełniających następujące przesłanki: co najmniej stopień doktora nauk prawnych, uprawnienia do wykonywania zawodów prawniczych (radcy prawnego, adwokata, notariusza, sędziego, komornika) lub legitymujących się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem na stanowisku kierowniczym w zakresie stanowienia albo stosowania prawa.

Zasadne jest również wprowadzenie warunku, aby kandydat na to stanowisko korzystał z pełni praw publicznych, znał co najmniej jeden język obcy spośród języków roboczych Unii Europejskiej i nie był w okresie ostatnich 5 lat członkiem partii politycznej. Uzasadnieniem

²⁵ P.E. Drucker, *Myśli przewodnie Druckera*, Warszawa 2002, s. 85–86; J. Itrich-Drabarek, *Uwarunkowani, standardy i kierunki zmian funkcjonowania służby cywilnej w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2010, s. 195.

²⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 12 grudnia 2002 r., K 9/02, OTK ZU 2002, nr 7A, poz. 94.

²⁷ Podobnie” J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*

dla wprowadzenia tego ostatniego warunku jest odpolitycznienie tego stanowiska.

GWARANCJE WYKONYWANIA FUNKCJI

Nie ulega wątpliwości, że prawidłowe wykonywanie zadań Generalnego Inspektora wymaga takiego ukształtowania jego pozycji ustrojowej, by zapewnić mu niezawisłość i niezależność w strukturze organów państwowych. W tym zakresie kluczowe znaczenie na postanowienie, że „Generalny Inspektor w zakresie wykonywania swoich zadań podlega tylko ustawie” (art. 8 ust. 4 u.o.d.o.). Przyjęte rozwiązanie należy pozytywnie ocenić jako wzmacniające pozycję ustrojową Generalnego Inspektora, uniezależniając go od organów państwowych.

Ponadto ustawodawca wprowadza szereg ograniczeń. W świetle obowiązujących przepisów Generalny Inspektor:

- 1) nie może zajmować innego stanowiska, z wyjątkiem stanowiska profesora szkoły wyższej, ani wykonywać innych zajęć zawodowych (zasada niepołączalności funkcji – tzw. *incompatibilitas*²⁸),
- 2) nie może należeć do partii politycznej, związku zawodowego ani prowadzić działalności publicznej niedającej się pogodzić z godnością jego urzędu (art. 10 u.o.d.o.).

Przyjęte rozwiązanie również należy pozytywnie ocenić, w kategoriach dbania o dobro państwa i dobro jednostki. Jak słusznie podkreślił Trybunał Konstytucyjny, osoby pełniące kierownicze stanowiska publiczne muszą się liczyć z pewnymi dodatkowymi ograniczeniami ze względu na szczególną łatwość pojawiania się konfliktu interesów, gdy poszczególne funkcje pełnione przez tę samą osobę popadają ze sobą w kolizję²⁹. Nie ulega wątpliwości, że zakazy dotyczące łączenia stanowisk i funkcji są dziś oczywiste, stanowią pewien standard przyjęty w państwach demokratycznych³⁰. Podkreślić należy, że naruszenie tych

²⁸ B. Przywora, *Konstytucyjna zasada niepołączalności mandatu parlamentarnego (incompatibilitas) a służba cywilna*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2011, nr 2 (6), s. 207–222.

²⁹ Wyrok TK z 23 czerwca 1999 r., K 30/98, OTK ZU 1999, nr 5, poz. 101; wyrok TK z 10 kwietnia 2002 r., K 26/00, OTK-A 2002, nr 2, poz. 18 z aprobującą glosą M. Granata, „Przegląd Sejmowy” 2002, nr 4, s. 79.

³⁰ B. Przywora, *Bezpieczeństwo państwa jako przesłanka dopuszczalności ograniczenia praw i wolności osób pełniących funkcje w służbie publicznej*, [w:] *Konstytucja RP w pierwszych dekadach XXI wieku wobec wyzwań politycznych, gospodarczych, technologicznych i społecznych*, red. S. Biernat, Warszawa 2013, s. 244 i nast.

przepisów skutkuje odwołaniem Generalnego Inspektora przez Sejm za zgodą Senatu, jeżeli Sejm uzna, że swym działaniem Generalny Inspektor sprzeniewierzył się złożonemu ślubowaniu.

Ponadto ustawodawca wyposażył Generalnego Inspektora w szereg przywilejów stanowiących gwarancję jego niezależności, w szczególności:

- 1) w nietykalność osobistą (nie może być zatrzymany ani aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku, w trakcie przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego),
- 2) w immunitet formalny, tj. nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności bez uprzedniej zgody Sejmu (art. 11 u.o.d.o.).

Podobne rozwiązania przyjął ustrojodawca w stosunku do prezesa Najwyższej Izby Kontroli, czy Rzecznika Praw Obywatelskich.

ZAKRES KOMPETENCJI GENERALNEGO INSPEKTORA

W celu realizacji powierzonych zadań ustawodawca przyznaje Generalnemu Inspektorowi, jego zastępcy lub inspektorom kompetencje w szczególności do:

- 1) wstępu, w godzinach od 6.00 do 22.00, przy okazaniu imiennego upoważnienia i legitymacji służbowej, do pomieszczenia, w którym zlokalizowany jest zbiór danych, oraz pomieszczenia, w którym przetwarzane są dane poza zbiorem danych, i przeprowadzenia niezbędnych badań lub innych czynności kontrolnych w celu oceny zgodności przetwarzania danych z ustawą,
- 2) żądania złożenia pisemnych lub ustnych wyjaśnień oraz wzywać i przesłuchiwać osoby w zakresie niezbędnym do ustalenia stanu faktycznego,
- 3) wglądu do wszelkich dokumentów i wszelkich danych mających bezpośredni związek z przedmiotem kontroli oraz sporządzania ich kopii,
- 4) przeprowadzania oględzin urządzeń, nośników oraz systemów informatycznych służących do przetwarzania danych,
- 5) zlecenia sporządzanie ekspertyz i opinii (art. 14 u.o.d.o.).

W przypadku naruszenia przepisów o ochronie danych osobowych Generalny Inspektor z urzędu lub na wniosek osoby zainteresowanej,

w drodze decyzji administracyjnej, nakazuje przywrócenie stanu zgodnego z prawem, a w szczególności:

- 1) usunięcie uchybień,
- 2) uzupełnienie, uaktualnienie, sprostowanie, udostępnienie lub nieudostępnienie danych osobowych,
- 3) zastosowanie dodatkowych środków zabezpieczających zgromadzone dane osobowe,
- 4) wstrzymanie przekazywania danych osobowych do państwa trzeciego,
- 5) zabezpieczenie danych lub przekazanie ich innym podmiotom,
- 6) usunięcie danych osobowych (art. 18 ust. 1 u.o.d.o.).

W razie stwierdzenia, że działanie lub zaniechanie kierownika jednostki organizacyjnej, jej pracownika lub innej osoby fizycznej będącej administratorem danych wyczerpuje znamiona przestępstwa określonego w ustawie, Generalny Inspektor kieruje do organu powołanego do ścigania przestępstw zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, dołączając dowody dokumentujące podejrzenie (art. 19 u.o.d.o.).

Ponadto Generalny Inspektor może kierować do organów państwowych, organów samorządu terytorialnego, państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych, podmiotów niepublicznych realizujących zadania publiczne, osób fizycznych i prawnych, jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi oraz innych podmiotów wystąpienia zmierzające do zapewnienia skutecznej ochrony danych osobowych. Generalny Inspektor może również występować do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej albo o wydanie bądź zmianę aktów prawnych w sprawach dotyczących ochrony danych osobowych (art. 19 a u.o.d.o.).

W świetle powyższego postawić należy pytanie, czy w celu realizacji powierzonych zadań Generalny Inspektor nie powinien być wyposażony w szersze kompetencje? Ewa Kulesza stoi na stanowisku, że Generalny Inspektor „łączy uprawnienia *sui generis* rzecznika praw obywatelskich z daleko idącymi uprawnieniami kontrolnymi (inspektorskimi) oraz uprawnieniami do podejmowania rozstrzygnięć charakterze władczym”³¹. Mowa tutaj w szczególności o władczych kompetencjach Generalnego Inspektora w postaci prawa wydawania decyzji administracyjnych. W moim przekonaniu, aby Generalny Inspektor mógł w najwyższym możliwym stopniu wykonywać powierzone zadania, w szczególności kontrolować zgodność przetwarzania danych

³¹ <http://www.gandalf.com.pl/e/konstytucja-3-rp-w-tezach-a>. Podobnie E. Kulesza, *op. cit.*, s. 24.

z przepisami o ochronie danych osobowych, musi posiadać uprawnienia pozwalające mu samodzielnie oddziaływać na kształt obowiązującego prawa w tym zakresie. Pod rozwagę ustawodawcy należy poddać postulat wyposażenia Generalnego Inspektora w prawo:

- 1) zwracania się do Sądu Najwyższego z wnioskiem o podjęcie uchwały mającej na celu wyjaśnienie przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce lub których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie,
- 2) składania do Trybunału Konstytucyjnego wniosku o ustalenie zgodności aktu normatywnego z Konstytucją RP³²,
- 3) zgłaszania udziału w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym w sprawach skarg konstytucyjnych dotyczących ochrony danych osobowych i uczestniczenia w tych postępowaniach,
- 4) zwracania się do Sejmu o zlecenie Najwyższej Izbie Kontroli przeprowadzenia kontroli dla zbadania określonej sprawy.

KILKA UWAG NA TEMAT DZIAŁALNOŚCI GENERALNEGO INSPEKTORA

Jednym z obowiązków Generalnego Inspektora jest złożenie Sejmowi raz w roku sprawozdania ze swojej działalności wraz z wnioskami wynikającymi ze stanu przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych (art. 20 u.o.d.o.). Sprawozdanie jest jawne. Jak wynika ze sprawozdania Generalnego Inspektora za rok 2012, w porównaniu z poprzednimi latami, można zauważyć systematyczny wzrost liczby skarg, które wpłynęły do Biura Generalnego Inspektora. W 2008 roku wpłynęło 986 skarg, w 2009 – 1049 skarg, w 2010 – 1114, w 2011 – 1271, zaś w 2012 – 1593. Przyczyn wzrostu liczby skarg należy upatrywać przede wszystkim w rozwoju świadomości społeczeństwa co do zasad ochrony danych osobowych i jego aktywności w dochodzeniu przysługujących mu praw³³. Porównując liczbę skarg w poszczególnych sektorach w latach 2011–2012 można zauważyć pewne inne interesujące trendy. Przede wszystkim znaczący wzrost liczby skarg w sektorze dotyczącym administracji publicznej (w roku 2011 – 155, w 2012 – 179) oraz w sektorze odnoszącym się do działalności banków i innych instytucji finansowych (w roku 2011 – 178, w 2012 – 231). Ten ostatni wskaźnik jest o tyle niepokojący, że w latach 2008–2010 zauważalny był stopniowy

³² *Ibidem*, s. 14.

³³ Sprawozdanie Generalnego Inspektora..., s. 300.

spadek liczby skarg na podmioty z tego sektora, sięgający 66%. O ile w 2008 roku skarg tych było 179, w 2009 – 139, o tyle w 2010 roku wpłynęło ich już zaledwie 119. Natomiast od 2011 roku liczba ta zaczęła wzrastać, w 2012 – 231³⁴.

Ponadto w postępowaniach zainicjowanych skargami oraz wszczętych przez Generalnego Inspektora w 2012 roku z urzędu, wydanych zostało 762 decyzji administracyjnych, z których 70 zostało zaskarżonych do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. W porównaniu z rokiem 2011, w którym 55 decyzji zostało zaskarżonych, oznacza to wzrost o 15 spraw. Statystyki te obrazują zwiększenie zainteresowania stron postępowań wykorzystaniem przysługujących im narzędzi prawnych w postaci weryfikacji zasadności rozstrzygnięć Generalnego Inspektora³⁵.

Charakteryzując działalność Generalnego Inspektora w obszarze związanym z kontrolą zgodności przetwarzania danych osobowych z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych, należy stwierdzić, że w porównaniu z rokiem 2011, liczba przeprowadzonych kontroli zmalała ze 199 do 165. Czynnościom kontrolnym poddane zostały m.in. banki spółdzielcze, podmioty prowadzące hotele, dostawcy usług telekomunikacyjnych, podmioty mające dostęp do danych przetwarzanych w systemie informacji o szkolnictwie wyższym i podmioty przetwarzające dane osobowe. Spadek liczby decyzji wydanych w 2012 roku w porównaniu z poprzednimi latami spowodowany był m.in. mniejszą liczbą przeprowadzonych kontroli oraz znaczną poprawą stosowania przepisów o ochronie danych osobowych przez podmioty kontrolowane³⁶.

Oceniając wyniki przeprowadzonych kontroli należy stwierdzić, że istnieje grupa administratorów danych, która miała problemy z prawidłowym wykonaniem podstawowych obowiązków określonych w przepisach o ochronie danych osobowych. Nieprawidłowości w tym zakresie dotyczyły przede wszystkim niewłaściwego dopełniania wobec osób, których dane dotyczą, obowiązku informacyjnego. Kontrole niejednokrotnie wykazywały, że ten obowiązek albo nie był w ogóle realizowany albo też był wykonywany w sposób nieprawidłowy z uwagi na niezawarcie w nim wszystkich informacji wymaganych przez wspomniane przepisy ustawy lub też na „ukrycie” tych informacji wśród np. postanowień

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*, s. 302.

³⁶ *Ibidem*, s. 302 i nast.

umowy bądź regulaminu, co czyniło je w konsekwencji trudno dostępnymi i mało czytelnymi³⁷.

Przeprowadzone kontrole wykazały również, że kontrolowane jednostki nadal mają problemy z zastosowaniem odpowiednich środków technicznych i organizacyjnych w celu zabezpieczenia danych przed ich udostępnieniem osobom nieupoważnionym, zabraniami przez osobę nieuprawnioną oraz zmianą, utratą, uszkodzeniem lub zniszczeniem, a także z prawidłowym opracowaniem dokumentacji opisującej sposób przetwarzania danych osobowych oraz środki techniczne i organizacyjne zapewniające ochronę przetwarzanych danych osobowych odpowiednią do zagrożeń i kategorii danych objętych ochroną, tj. polityki bezpieczeństwa i instrukcji zarządzania systemem informatycznym służącym do przetwarzania danych osobowych. Liczne uchybienia występowały również w procesie przetwarzania danych osobowych przy użyciu systemów informatycznych³⁸.

WNIOSKI I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Wskazane powyżej statystyki jednoznacznie przemawiają za zasadnością funkcjonowania instytucji Generalnego Inspektora w systemie organów państwowych. Podkreślenia wymaga, że wzrost liczby wpływających do Biura Generalnego Inspektora skarg związanych z przetwarzaniem danych osobowych, był skutkiem nie tylko faktu naruszania ustawy o ochronie danych osobowych przez administratorów danych, ale także coraz większej świadomości podmiotów w kwestii przysługującej im ochrony z zakresu prawa do prywatności i danych osobowych. Jednak pomimo dużej liczby skarg znacznie zmniejszyła się liczba przypadków, w których organ stwierdził naruszenie ustawy o ochronie danych osobowych. Wynikać to może z konsekwentnej polityki informacyjnej Biura Generalnego Inspektora, zmierzającej do upowszechnienia wiedzy o prawach i obowiązkach zarówno administratorów danych, jak i osób, których dane dotyczą³⁹.

Jednocześnie zaznaczyć należy, że przed Generalnym Inspektorem stoją nowe wyzwania, związane z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych oraz zagrożenia w związku z coraz powszechniejszym

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*, s. 301.

korzystaniem przez obywateli z różnego rodzaju aplikacji mobilnych⁴⁰. W moim przekonaniu, Generalny Inspektor, aby móc sprostać powierzonym zadaniom i nowym wyzwaniom, musi zostać odpowiednio umocowany w systemie organów państwowych i należycie wyposażony kompetencyjnie. Obowiązujące rozwiązania są niewystarczające i nie pozwalają mu w najwyższym możliwym stopniu na ich realizację. Mianowicie, Generalny Inspektor winien posiadać uprawnienia pozwalające mu samodzielnie oddziaływać na kształt obowiązującego prawa w zakresie ochrony danych osobowych. Postulaty *de fege ferenda* w tym zakresie przedstawiono powyżej. Ponadto pod rozważę ustawodawcy należy poddać potrzebę zmiany przepisów szczególnie dotyczących kwalifikacji kandydatów na to stanowisko (sprecyzowania kryteriów na to stanowisko), kadencyjności (wydłużenie okresu urzędowania Generalnego Inspektora do 5 lub 6 lat), jak i zaostrzenie przepisów karnych dotyczących ochrony danych osobowych. Ponadto prawidłowe wykonywanie przypisanych Generalnemu Inspektorowi funkcji wymaga jednoznacznego przesądzenia w ustawie o ochronie danych osobowych o niezależności tej instytucji w strukturze organów państwowych. Niezależność organu czuwającego nad ochroną danych osobowych uznawana jest jako standard europejski, co znajduje wyraz tak w dyrektywie 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 24 października 1995 roku, jak i w orzecznictwie ETS (wyrok ETS z 9 marca 2010 roku w sprawie *Komisja Europejska v. Republika Federalna Niemiec*)⁴¹.

⁴⁰ Przykładowe wyzwania stojące przed Generalnym Inspektorem zamieszczone na oficjalnej stronie internetowej: www.giodo.gov.pl/1520163/id_art/7223/j/pl.

⁴¹ J. Barta, P. Fajgielski, R. Markiewicz, *op. cit.*

INDEKS NAZWISK

- Adenauer Konrad 34, 45, 47, 63
Ajnenkiel Andrzej 91
Algasinger Karin 391
Alińska Agnieszka 441
Alito Samuel 158
Alter Karen J. 366
Amann Hermann 503
Amato Giuliano 358
Anderheiden Michael 15
Antonów Kamil 291
Arendt Hannah 219
Aschl Albert 500
- Bäcker Alexandra 399
Baczkowski Krzysztof 92
Badura Peter 34, 35, 38, 49, 405, 534
Bähr Otto 74–75
Bainczyk Magdalena 407, 421, 423, 425, 427
Balcerzak Michał 114
Balicki Ryszard 256
Banaszak Bogusław 36, 51, 52, 55, 181, 183, 184, 258, 310, 467, 470, 478, 537, 572, 574
Bankowicz Marek 201, 207
Baran Krzysztof W. 288–291, 467
Barcz Jan 402, 407, 408, 423, 431–434, 440, 453, 460
Bardach Juliusz 92, 94, 517
Barta Janusz 576, 578, 580, 587
Barta Paweł 571
Baudenbacher Carl 365–369, 372
Baus Ralf Thomas 56
- Becker Ulrich 333–336
Beljin Sasa 324
Bergbohm Karl 75
Bergsdorf Wolfgang 71
Bermanseder Markus 402
Bernitz Ulf 372
Bernsdorff Norbert 331
Besselink Leonard F.M. 360, 361
Bethge Herbert 386
Beyme Klaus von 390
Bibó István 223
Biernat Stanisław 581
Biernat Tadeusz 143
Bierzanek Remigiusz 111
Biessolicyna Jeliena Alieksandrow-
na 299, 240
Biłgorajski Artur 244
Biondi Biondo 108
Bischke Alf-Henrik 335
Bismarck Otto von 47
Blackstone William 21, 160, 386
Bleek Wilhelm 39
Böckenförde Ernst-Wolfgang 16, 501
Bogdandy Armin von 364, 417
Bogdanowicz Piotr 459
Boger Michael 335
Bogucki Olgierd 182
Bojańczyk Antoni 553
Bojarski Łukasz 305, 314
Borecki Paweł 123
Borowsky Martin 320–322, 324, 326–330, 335–338
Borucka-Arctowa Maria 117, 118

- Bożek Michał 34, 569
Bożyk Stanisław 36, 40
Brandt Willy 48, 62
Brodziński Witold 203, 211
Brożek Bartosz 120, 121
Brunner Otto 10
Bryk Andrzej 154
Brzeziński Michał 505, 567
Brzozowski Wojciech 259, 260
Budziło Krzysztof 145, 305
Buhler Jacques 508
Burger Warren E. 158
Burke Edmund 386, 392
Burri Thomas 367
Bush George H.W. 62–64
- Cabada Ladislav 209, 213
Cabrilac Rémy 87
Calliess Christian 326, 330, 332,
337–339
Carré de Malberg Raymond 77, 80,
83–85
Chapus René 84
Chester Keith 224
Chevalier Jacques 77
Choduń Agnieszka 143
Churchill Winston 403
Chrzanowski Dariusz 134, 135
Chrzczonowicz Piotr 147
Chytilek Roman 203
Ciapała Jerzy 182
Cieślik Ziemowit 143
Clinton Robert L. 159–164
Colliard Claude-Albert 87
Conze Werner 10
Cybichowski Zygmunt 178–180
Cyceron (Marcus Tullius Cicero)
108
Czapliński Władysław 114, 346
Czarny Piotr 44, 45, 385, 423, 533,
541, 543, 568
Czarny Ryszard M. 520, 535
- Czchowski Paweł 139
Czepita Stanisław 143
Czeszejko-Sochacki Zdzisław 187,
286, 300, 301, 536, 551, 553
- Ćwiertniak Bolesław 291
- Danwitz Thomas von 335, 336
Dąbrowski Stanisław 182, 193, 194,
515
Decker Frank 391
Delanty Gerard 222
Dębowska-Romanowska Teresa 521
Diczhazi B. 221
Dmoch Tadeusz 258
Dobrowolski Marek 343, 344, 353,
430
Dobrowolski Piotr 434, 436, 440
Doemming Klaus-Berto von 14
Dolecki Henryk 188, 190, 193
Donath Halina 218
Dorre-Nowak Dominika 291
Dreier Horst 403, 506, 534
Drucker Peter 580
Dubowik Anna 292
Duguit Léon 80, 81
Dürig Günter 417
Durner Wolfgang 417, 419, 420
Duverger Marice 78
Działocha Kazimierz 300, 301, 351,
432, 516, 521, 523, 524, 564
- Eberhard Friedrich 404
Eckhardt Krzysztof 516
Ellwein Thomas 55
Epstein Lee 158
Erciński Tadeusz 188, 189, 192,
194
Esmein Adhemar 80, 83
Estreicher Stanisław 173

- Fajgielski Paweł 576, 578, 580, 587
Favoreu Louis 83, 87, 89
Filipowicz Stanisław 559
Florczak-Wątor Monika 423
Folz Hans-Peter 338, 340
Franck Matthew J. 158, 162, 163
Fredriksen Halvard H. 365, 366, 369, 372
Frenz Walter 331–333
Friauf Karl Heinrich 407
Fukuyama Francis 227
Fusaro Carlo 147
Füsslein Rudolf Werner 14
- Gaia Patrick 83
Galster Jan 52, 54
Garlicki Leszek 146, 182, 195, 243, 244, 258, 259, 271, 298, 300, 351, 376, 381, 432, 468, 471, 516, 521, 534, 536, 561, 562, 564, 568
Gdulewicz Ewa 182, 199
Gebethner Stanisław 139
Gersdorf Małgorzata 139
Gerven Walter van 366
Ghevontian Richard 83
Giaro Tomasz 108, 110, 115
Giedrewicz-Niewińska Aneta 288
Giegerich Thomas 403
Gietka Edyta 126
Giudice Federico del 147
Giżyński Juliusz 455
Gneist Rudolf von 74, 75
Gołaczyński Jacek 537
Gorbaczow Michaił 58, 59, 61, 63, 64, 68
Góral Zbigniew 289–291
Górecki Dariusz 203
Górka Maciej 143
Górzyńska Teresa 572
Grabowska Sabina 145, 149, 152, 516
Grabowski Radosław 145, 149, 516
Graig Paul 431, 436
Grajewski Jan 521, 523
Grajewski Krzysztof 286, 287, 516, 521, 522, 526
Granat Mirosław 146, 209, 308, 515, 521, 526, 581
Graver Hans Petter 366, 370
Grawert Rolf 10, 15–17, 30, 31
Griffith Guy T. 110
Grodziski Stanisław 98
Gromska-Szuster Irena 188, 189
Gromski Włodzimierz 220
Grosser Dieter 71
Gryniuk Anna 119
Grzebyk Patrycja 112
Grzegorzczuk Tomasz 553
Grzegorzewski Zbigniew 568
Grzybowski Marian 36, 40, 200, 257, 549, 553, 571
Guastaferrero Barbara 358, 362, 371
Gudowski Jacek 189
Gwiżdż Andrzej 297
- Hahn Ulla 71
Hain Karl-Eberhard 325, 407
Hall Kermit L. 164
Hall Mark David 164
Hamilton Alexander 164
Hamm-Brücher Hildegard 386
Handelsman Marcelli 517
Hanns Jürgen Küsters 71
Hatje Amin 319–321, 323, 326, 329, 337, 338
Hauriou Maurice 80
Hauser Roman 289
Heintschel von Heinegg Wolf 338, 340
Herdegen Matthias 50, 414
Herma Cezary 438
Herzog Dietrich 395
Hesse Joachim Jens 55

- Hesse Konrad 35, 389
Heun Werner 38, 53, 506
Hoc Stanisław 567
Hofmann Hans 501
Hoffmann Jan Martin 324, 326, 327
Hoffmann Daniel 71
Hojnik Janja 360
Hölscheidt Sven 330, 396
Hömig Dieter 504
Honecker Erich 50
Hopfauf Axel 501
Horodyska Dorota 145
Horthy Miklos 223
Hrbek Rudolf 56
Hřebejk Jiří 206
Huber Peter M. 417
Hufeld Ulrich 406
- Ihering Rudolf von 75
Iredell James 164
Iwulski Józef 194
Isensee Josef 15, 406, 415, 417
Ismayr Wolfgang 43
Israël Jean-Jacques 79, 83
Istvan Kukorelli 226
Itrich-Drabarek Jolanta 580
Izdebski Hubert 183
- Jabłoński Mariusz 181, 183, 349, 352
Jäger Wolfgang 71
Jakimowa Jekatierina Michajłowna 229
Jakubecki Andrzej 190
Jamróz Adam 87, 532
Jamróz Lech 532
Janicka Danuta 37
Janicki Lech 35, 49, 51
Jankiewicz Adam 297, 300, 521
Jankowski Tomasz 148
- Jan Paweł II 57
Jarass Hans Dieter 322–330, 509
Jarosz Stanisław 263
Jarosz-Żukowska Sylwia 183
Jarzęcka-Siwik Elżbieta 246, 261, 266, 272, 274
Jaskiernia Jerzy 114, 470, 520, 535, 561, 579
Jaškowska Małgorzata 495
Jaworski Władysław L. 173, 174, 518
Jesse Eckhard 391
Jeziński Jacek 263, 274
Jędrzejowicz Tomasz 441
Jičínský Zdeněk 205
Johansson Martin 366, 372
Juchniewicz Joanna 271
Judt Tony 223, 225
- Kaack Heino 390
Kaczmarczyk Zdzisław 92
Kahl Wolfgang 334, 404, 416
Kalisz Ryszard 525
Kaliszuk Ewa 456
Kant Immanuel 73, 570
Karp Janusz 200
Kawecki Maciej 571
Kazalska Olga 135
Keil Rainer 15
Kelemen K. 219
Kelsen Hans 75, 76, 82, 84, 89, 396
Kenig-Witkowska Maria Magdalena 114
Kern Fritz 10
Kevenhörster Paul 388, 398
Kijowski Andrzej 288
Kingreen Thorsten 326, 330, 332, 337–339
Kirchhof Paul 15, 327, 406, 417
Klafkowski Alfons 301
Klima Karel 201, 205

- Kloepfer Michael 414
Kohl Helmut 45, 47, 48, 58–62, 64, 66–68, 71
Kohn Jerome 219
Koksanowicz Grzegorz 199
Kolarska-Bobińska Lena 570
Konstadinides Theodore 363
Komarnicki Waclaw 172, 518
Kondak Ireneusz 378
Konstantyn Wielki 108
Korosenyi András 217
Korte Karl-Rudolf 71
Korybski Andrzej 131
Koselleck Reinhart 10
Kosikowski Cezary 443, 445
Kosut Anna 290
Kötz Hein 531
Kotzur Markus 337
Kownacki Piotr 263
Kozłowski Andrzej Iwanowicz 229
Kozłowski Andrzej K. 115, 116
Kraluk Wiesław 285
Kramer Larry D. 155, 158, 167–170
Kranz Jerzy 430, 431, 459
Krasnopolski Longin 258
Krasuski Jerzy 50
Kraus Herbert 407
Krause Günter 66
Kirste Stephan 15
Kruk Maria 271
Krzywonos Andrzej 537
Kubas Sebastian 423
Kubát Michal 201, 203, 215
Kubuj Katarzyna 53
Kuca Grzegorz 182, 183, 194
Kucharczyk Jacek 570
Küchenhoff Dietrich 404
Kuciński Jerzy 122, 126, 258, 259
Kuchciński Marek 280
Kuczyński Tadeusz 289
Kulesza Ewa 571, 576, 583
Küsterson Hanns Jürgen 71
Kustra Aleksandra 55
Kwaśniewski Aleksander 484, 490
Kysela Jan 201
Laband Paul 77
Ladenburger Clemens 325, 328, 338, 339
Landes William M. 158
Laskowska Marzena 259
Lasocik Zbigniew 310
Lemkin Rafał 111
Lendvai Paul 224
Leszczyński Leszek 131
Leśnodorski Bogusław 92, 102
Letteron Roseline 83
Lewandowicz-Machnikowska Monika 290
Lewandowski Sławomir 566
Licht Robert A. 163
Lipowicz Irena 571
Lisiecki Andrzej 97
Liszczyńska Teresa 246, 289
Lis-Staranowicz Dorota 521, 526
Litwińczuk Hanna 443
Lloha Elwira 145
Loewenstein Karl 21
Loïc Philip 89
Longchamps de Bérier Franciszek 108
Lücke Jörg 406
Ludwikowska Anna M. 146, 152
Luptak Ľubomír 213
Łabno Anna 545
Łętowska Ewa 122, 436
Machacek Rudolf 534
Machińska Hanna 566
Maciąg Zbigniew 6, 9, 29, 33, 34, 37, 38, 41, 42, 57, 73, 74, 122, 129, 343, 405, 499, 529, 530, 531, 543

- Magris Claudio 559
Maitland Frederic W. 20, 21
Majchrowski Jacek 42
Makowski Waław 172
Malec Jerzy 92, 93, 97, 98
Malinowski Andrzej 566
Małajny Iwona 159
Małajny Ryszard M. 154, 159, 244
Małasz Franciszek 290
Mangoldt Hermann von 403, 407
Manowska Małgorzata 190, 191
Marcic Rene 146
Marczewski Paweł 225
Martinico Giuseppe 364
Markiewicz Ryszard 576, 578, 580, 587
Marshall John 159, 161–164, 166, 167, 169
Martonyi János 220, 221
Martysz Czesław 571
Masternak-Kubiak Małgorzata 256
Maśnicki Jędrzej 135
Matey-Tyrowicz Maria 289
Matscher Franz 539
Matz Werner 14
Maunz Theodor 417
Maydell Bernd von 531
Mazowiecki Tadeusz 58
Mazur Jacek 259
Mazurczak-Jasińska Eliza 289
Mednis Arwid 576
Meese Edwin III 154, 155
Mestre Jean-Louis 83
Meyer Jürgen 320–322, 324, 326–331, 335–338
Meyer Otto 75
Mielke Siegfried 56
Mijal Przemysław 18
Mrklas Ladislav 203
Mik Beata 477
Mik Cezary 353
Mikuli Piotr 182, 183, 194
Milanowski Włodzimierz 145
Milewski Piotr 126
Modrzejewska Małgorzata 564
Mohl Robert von 73, 74
Mojak Ryszard 520
Montesquieu Karol Ludwik 97
Morlok Martin 390
Müller-Graff Peter-Christian 357, 367–369
Musioł Józef 182, 187
Naleziński Bogumił 265
Nieżgódka-Medkova Małgorzata 246, 247, 251, 253, 259, 468
Nikitienko Margarita Giennadiewna 230, 241
Niczyporuk Janusz 571
Niewiadomski Zygmunt 289
Nita Barbara 553
Niziołek Tomasz 182
Norwid Cyprian 559
Nowak Marcin 533, 541
Nowak-Far Artur 344, 448, 452, 454
Nowik Paweł 467
Nudel Michaił Abramowicz (Михаил Абрамович Нудель) 146
Oberreuter Heinrich 386, 506
Obwexer Walter 339, 340
Odrowąż-Sypniewski Wojciech 134, 135, 265, 271, 523, 525
Okolski Józef 564
Oniszczyk Jerzy 110, 115, 118
Opaliński Bartłomiej 470
Opalek Kazimierz 75
Orban Viktor 217, 218, 219
Örlygsson Thorgeir 365, 367
Ostrihansky Rudolf 114
Owsiak Stanisław 442, 454

- Pache Eckhard 419
Paderewski Ignacy Jan 173
Pajdała Henryk 265, 271
Pałęcki Krzysztof 117, 119
Patyra Sławomir 137
Patzelt Werner J. 389, 391, 396
Pavliček Václav 206
Pawłowicz Krystyna 277–281, 283–285, 311, 313, 568
Peers Steve 436
Pernice Ingolf 403
Perrot Roger 83
Petzel Jacek 567
Pfersmann Otto 83
Piasecki Kazimierz 183–185, 189, 190
Piechowiak Marek 124
Pieniążek Antoni 131
Pieroż Bodo 509
Pietrzak Bogusław 441
Pietrzak Michał 441, 516, 517
Pirker Benedikt 367
Piotrowska-Marczak Krystyna 443
Piotrowski Ryszard 265, 561, 564, 566–568, 570
Płowiec Witold 565
Podgórska Małgorzata 290
Poggi Gianfranco 560
Pollicino Oreste 364
Popper Karl R. 116
Posner Richard A. 157
Preisner Artur 537, 553, 572
Prokop Krzysztof 502, 507, 508
Przegalińska Agnieszka 554
Przywora Bogusław 574, 579, 581
Pszczółowski Tadeusz 260
Pudło Anna 460

Radwański Roman 74
Radziejewicz Piotr 135, 265, 271, 568
Rausch Heine 387
Rączaszek Joanna 120
Rączka Krzysztof 291
Redor Marie-Joëlle 80–82
Renan Ernest 15
Rengeling Hans-Werner 323
Rensmann Thilo 403, 404
Reutter Werner 56
Rivero Jean 78, 79
Robaczyński Wojciech 246
Röben Volker 403
Robert Jacques 80, 86, 87
Romer Teresa 290
Rose-Ackerman Susan 218
Rossiter Clinton 164
Rosulek Přemys 209
Roux André 83
Rousseau Dominique 308
Rousseau Jan Jakub 17, 99
Rosanvallon Pierre 220
Rudolphi Verena 324, 326, 327
Rozmaryn Stefan 314, 519
Ruffert Matthias 326, 330, 332, 337–339
Rutkowski Henryk 97
Rymarz Ferdynand 300

Sachs Michael 406
Šafaříková Vlasta 205
Saganek Przemysław 114, 434
Sakowska Marlena 572
Sarnecki Paweł 30, 259, 423, 471, 516, 533, 574
Sarvey Otto von 75
Sawicki Jakub 93
Schade Peter 507
Schaefer Jan Philipp 15
Scheller Henrik 56
Scheuing Dieter H. 419, 420
Schill Stephan 364
Schmalenbach Kirsten 403, 416–419
Schmidt-Bleibtreu Bruno 414, 501
Schmidt Carl 403

- Schmidt Helmut 47, 48
Schmidt Maria 221
Schmitt Carl 17, 28, 403
Schmitt Glaeser Alexander 418
Schmitz Thomas 328
Schorkopf Frank 416
Scholz Rupert 407, 417–420
Schröder Reinhard 508
Schüttemeyer Susanne S. 397
Schulz-Schaeffer Helmut 394
Schwarz Hans-Peter 34
Schwarze Jurgen 319–321, 323, 326, 329, 333–338, 419
Schweitzer Carl Christoph 387
Schyff Gerhard van der 358
Scoffoni Guy 83
Šedo Jakub 203
Sekuła Mirosław 262, 263
Senkowska-Gluck Monika 517
Serej Rafał 212
Serwański Jacek 227
Sevón Leif 366
Siedlecka Ewa 302, 303, 307
Škaloud Jan 205
Skotnicki Krzysztof 203
Skouris Vassilios 365
Skrzydło Wiesław 257–259, 468, 515, 549
Skwara Bartosz 473
Skwarka Bogdan 261, 266, 272, 274
Smolak Marek 183
Smołucha Janusz 92
Snopek Jerzy 223
Snowiss Sylvia 163–167, 170
Snyder Timothy 225
Sobczyk Arkadiusz 289
Sobociński Władysław 517
Sobolewski Marek 5, 49
Sodan Helge 508, 509
Sokolewicz Wojciech 182, 185, 244, 258, 259, 521, 562, 566, 568
Sokół Wojciech 148, 199, 203, 212, 215
Sommerman Karl-Peter 417
Sontheimer Kurt 39
Spryszak Kamil 520
Stahl Friedrich Julius 74, 75
Starck Christian 35, 52, 407
Starzyński Stefan 172
Stawecki Tomasz 186
Steciuk Petro 516
Stefan I Święty (Węgierski) 222
Steffani Winfried 392
Stelina Jakub 289
Stelmach Jerzy 75
Stembrowicz Jerzy 127, 500
Stern Klaus 52, 319, 325, 328, 330, 334–336, 338, 339, 403, 404, 414, 508
Stephan I 17
Stębelski Marcin 259, 265, 271
Stępień Jerzy 307
Streinz Rudolf 319, 320, 334, 335, 338
Suchocka Hanna 378
Sula Piotr 217
Sulikowski Adam 220
Sulowski Stanisław 567
Sułek Jerzy 34
Sweeney James A. 360
Sylwestrzak Andrzej 244, 256–258
Szczekalla Peter 323
Szepietowska Beata 265, 286
Szewczyk Helena 288
Szmulik Bogumił 199
Szmyt Andrzej 44, 130, 282, 283, 285, 470
Szpor Grażyna 571
Szpunar Maciej 108
Sztompka Piotr 116
Szwedowski Krzysztof 263
Szymczak Mieczysław 260

- Szymczak Tadeusz 203
Szyzkowska Maria 570
- Śledzińska-Simon Anna 114
- Taradejna Małgorzata 559
Taradejna Ryszard 559
Tarn William 110
Tatham Allan 372
Tettinger Peter J. 325, 328, 335, 336, 338, 339
Thiemer Gösta 57, 58
Timmermans Christiaan 372
Tkaczyk Edyta 140
Todyka Jurij Nikolaevič 516
Tokarczyk Roman 108, 109, 119
Tomasello Michael 120
Tomaszewski Dominik 553
Tomuschat Christian 404, 407, 408, 415, 531
Toth Laszlo G. 221
Treanor William Michael 159
Trzcńska Agnieszka 446
Trzcński Janusz 181, 256, 297, 535, 536, 553
Tuleja Piotr 154, 185, 385, 423, 533, 543, 549, 553, 575
Turner Jonathan 115
Tushnet Mark 156
Tylman Janusz 553
Tymiński Radosław 142
- Uczkiewicz Jacek 262
Uhrig Stephanie 402, 403, 405
Uitz Renata 182
Uruszczak Wacław 92, 96
- Vedder Christoph 358, 340
Verdross Alfred 403
Vogel Bernhard 58, 71
Vogel Klaus 402
- Wagner Barbara 290
Wahl Nils 16, 372
Wahl Reiner 534
Wajda Dominik 524–526
Walczak Krzysztof 291
Waldhoff Christian 334, 404, 416
Walkus-Gieralt Hanna 258, 271
Walter Christian 404, 416
Wardyński Tomasz 182
Watkins William J. Jr 169
Wawrzyniak Jan 53, 139, 259
Wesołowski Zbigniew 262, 263
Wędrychowska Edyta 182–184
Wędrychowski Marek 182–184
White Byron R. 158
Whittaker Charles E. 158
Wiefelspütz Dieter 510
Wierczyński Grzegorz 476, 565
Willemsen Roger 385
Winczorek Piotr 186, 468
Witkowski Wojciech 97
Witkowski Zbigniew 147, 259
Wilson James 164
Winczorek Piotr 186, 265, 468, 525
Wintr Jan 202
Wiśniewski Adam 375, 540
Wiśniewski Tadeusz 188, 193
Witkowski Stanisław 53
Właźlak Katarzyna 476
Wojciechowski Janusz 262, 264
Wojciechowski Rafał 108
Wojtyczek Krzysztof 347, 350, 354, 385, 535, 541, 543, 574
Wołpiuk Waldemar J. 113, 114, 122, 124, 125
Wood Gordon S. 163
Worach Sławomir 265
Wójtowicz Krzysztof 346
Wójtowicz Wanda 445
Wronkowska Sławomira 117, 118, 121, 122, 134, 137, 471, 474, 479

- Wróbel Andrzej 289
Wróbel Włodzimierz 548
Wróblewski Jerzy 75, 523
Wygoda Krzysztof 572
Wyrozumska Anna 114, 346, 459
Wyrozumski Jerzy 94
Wyrzykowski Mirosław 114
- Zajadło Jerzy 121
Zakrzewska Janina 300
Zakrzewski Witold 5, 301
Zalasiński Tomasz 516, 521, 523, 524
Zaleśny Jacek 518, 519, 521–525, 567
Zamoyski Jan 96
Zarzycki Waclaw 97
- Zawadzki Sylwester 258, 271
Zbieranek Jarosław 310
Zieliński Maciej 143
Zieliński Tadeusz 288, 289
Ziemiński Zygmunt 120, 124
Zientarski Piotr 515
Ziller Jacques 358
Zwierzchowski Eugeniusz 38, 47, 146
Zubik Marek 271, 280, 465, 467, 522, 526, 548, 578, 579
Zuck Rüdiger 542
- Żabicka-Kłopotek Monika 479
Żmigrodzki Marek 148, 199
Żurawik Artur 183

SPIS TREŚCI

Marian Grzybowski, Piotr Tuleja	
Wprowadzenie	5
Konstytucja a demokratyczne państwo prawa	
Rolf Grawert	
Fundamente der Verfassung	9
Stanisław Bożyk	
Ustawa Zasadnicza RFN i jej nowelizacje po zjednoczeniu Niemiec w 1990 r.	33
Wolfgang Bergsdorf	
Der Weg zur deutschen Einheit	57
Adam Jamróz	
O koncepcji państwa prawnego w doktrynie francuskiej	73
Jerzy Malec	
O rządach prawa w dawnej Polsce.....	91
Państwo prawa a instrumenty ochrony porządku prawnego	
Waldemar J. Wołpiuk	
Kultura prawna – wartości jurydyczne i społeczne	107
Tadeusz Biernat	
Pole dyskursu legislacyjnego w demokratycznym państwie prawa. Kilka uwag na temat standardów poprawnej legislacji.....	129
Sabina Grabowska	
Odpowiedzialność konstytucyjna prezydenta – przypadek albański	145
Tomasz Wiecech	
Krytyka <i>judicial review</i> we współczesnej amerykańskiej literaturze prawnohistorycznej.....	153
Paweł Sarnecki	
Rada Prawnicza II Rzeczypospolitej	171

Marcin Dąbrowski	
Zasada podległości sędziów Konstytucji oraz ustawom a procesowe instytucje związania sądu cywilnego orzeczeniami innych sądów.....	181

Parlamentaryzm jako zasada ustroju w państwie demokratycznym

Marek Bankowicz	
Parlamente w systemach konstytucyjnych wybranych państw Europy Środkowej.....	199
Witold Brodziński	
Kształtowanie nowego ładu państwowego na Węgrzech – rewolucja narodowo-konserwatywna? (uwagi krytyczne).....	217
Jacek Zaleśny	
Przesłuchania parlamentarne jako forma kontroli Dumy Państwowej nad rządem Federacji Rosyjskiej.....	229
Halina Zięba-Załucka	
Związki Najwyższej Izby Kontroli z parlamentem (w świetle ustawy o NIK z 23 grudnia 1994 r.)	243
Jacek Mazur	
Współpraca Najwyższej Izby Kontroli z Sejmem	257
Andrzej Szmyt	
W sprawie uchwał wydawanych na podstawie Zasad Etyki Poselskiej	277
Krzysztof W. Baran	
Ochrona stosunku pracy posłów i senatorów w systemie ustawodawstwa polskiego	287
Maria Kruk	
O sposobie powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego..	295

Państwo prawa w Unii Europejskiej i w systemie prawnym Rady Europy

Klaus Stern	
Die Bindungswirkung und der Anwendungsbereich der Grundrechte der Grundrechte-Charta der Europäischen Union	319
Bogusław Banaszak	
Kontrowersje wokół zgodnego z Konstytucją RP trybu ratyfikacji tzw. Paktu fiskalnego	343

Allan F. Tatham	
National identity and EEA law: The next constitutional step for the EFTA Court?.....	357
Leszek Garlicki	
Reforma Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – stan aktualny i perspektywy	373
Harald G. Kundoch	
Das Verhältnis zwischen Wählern und Gewählten – Eine Zeitreise durch die europäische Parlamentsgeschichte.....	385
Magdalena Bainsczyk	
Zasada państwa prawnego jako ograniczenie przenoszenia uprawnień władczych Republiki Federalnej Niemiec w ramach integracji europejskiej.....	401
Jan Barcz	
W sprawie niektórych przesłanek stosowania art. 90 Konstytucji RP w świetle procedury ratyfikacji Traktatu o unii fiskalnej.....	429
Cezary Kosikowski	
Normatywne formy reakcji Unii Europejskiej na światowy kryzys finansowy.....	441
Demokratyczne państwo prawa	
a praktyka funkcjonowania organów państwa	
Marcin Gubała, Marcin Mazuryk	
O centrum i peryferiach systemu źródeł prawa w Konstytucji RP.....	465
Jerzy Pardus, Borys Pardus	
Judykatura o odpowiedzialności cywilnej „czwartej władzy”	481
Krzystian Complak	
Regulacja stanów nadzwyczajnych w niemieckiej Ustawie Zasadniczej z 1949 r. oraz w polskiej Konstytucji z 1997 r.....	499
Krzysztof Eckhardt	
Problem regulacji zakresu podmiotowego odpowiedzialności konstytucyjnej – uwagi porządkujące	515
Piotr Czarny	
Przewlekłość postępowania przed sądem konstytucyjnym (wybrane problemy).....	529

Lech Jamróz	
Rozumienie ostateczności orzeczenia w postępowaniu karnym w sprawach skarg konstytucyjnych w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego	545
Ryszard Piotrowski	
Demokracja i tajemnice. O znaczeniu konstytucyjnych granic niejawnych działań władz publicznych	559
Bogusław Przywora	
Generalny Inspektor Danych Osobowych w Polsce – stan obecny i postulaty <i>de lege ferenda</i>	571
Indeks nazwisk	589

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Recenzenci („Studia konstytucyjne”): prof. dr hab. Bogumił Brzeziński,
prof. dr hab. Andrzej Dziadzio, prof. dr hab. Jacek Mazurkiewicz,
dr hab. Krzysztof Prokop

Redaktor prowadzący: Halina Baszak-Jaroń przy współpracy Alicji Wargackiej
Projekt okładki: Igor Stanisławski
Wstępne prace redakcyjne: Oleg Aleksejczuk
Adiustacja: Margerita Krasnowolska
Korekta: zespół
Korekta tekstów w języku niemieckim i angielskim: SJO KAAFM
Indeks nazwisk: Alicja Wargacka

ISBN 978-83-7571-300-8 (tom 1: „Studia konstytucyjne”)
ISBN 978-83-7571-332-9 (tom 2: „Studia historyczno-prawne i ustrojowo-porównawcze”)
ISBN 978-83-7571-304-6 (tom 3: „Studia prawne”)
ISBN 978-83-7571-308-4 (tom 4: „Studia społeczne, polityczne i ekonomiczne”)

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
Kraków 2014

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana
w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie,
ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie
za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących,
nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich

Na zlecenie:



Krakowskiej Akademii
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Wydawca:
Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne sp. z o.o. – Oficyna Wydawnicza AFM,
Kraków 2014

Skład: Oleg Aleksejczuk
Druk i oprawa: Wydawnictwo Platan

Sprzedaż prowadzi:
Księgarnia U Frycza
Kampus Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1, 30-705 Kraków
tel./faks: (12) 252 45 93
e-mail: ksiegarnia@kte.pl



PROF. NADZW. DR. HAB. ZBIGNIEW A. MACIĄG

