

*Judicial Law-Making in European
Constitutional Courts*, red. M. Florczak-
-Wątor, London – New York 2020, ss. 369

Ukazanie się w prestiżowym wydawnictwie Routledge pracy zbiorowej dotyczącej sędziowskiego tworzenia prawa w europejskich trybunałach konstytucyjnych jest z pewnością ważnym wydarzeniem naukowym. Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że redaktorem naukowym tego dzieła jest dr hab. Monika Florczak-Wątor, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego. Nieczęsto się bowiem zdarza, w odniesieniu do ważnych publikacji międzynarodowych w obszarze prawa konstytucyjnego porównawczego, powierzenie takiej funkcji przedstawicielowi nauki polskiej.

Książka dotyczy jednego z najżywiej dyskutowanych problemów współczesnego konstytucjonalizmu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że problem aktywizmu sędziowskiego w procesie interpretacji konstytucji urósł do rangi istotnego sporu teoretycznego, mającego znaczące implikacje praktyczne. Dotyczy to przy tym nie tylko krajowych trybunałów konstytucyjnych, ale też sądów o charakterze międzynarodowym. To przecież orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ma dzisiaj kluczowe znaczenie przy rozstrzyganiu sporów wokół rozumienia i implementacji tak kluczowych standardów, jak: praworządność, podział władzy, niezależność sądów czy niezawisłość sędziów.

Kanwą rozważań podjętych przez autorów są pytania postawione przez redaktor naukową: czy trybunały konstytucyjne tworzą prawo, czy jedynie je stosują? Czy interpretacja konstytucji w procesie analizy konstytucyjności prawa ma kreatywną, czy czysto rekonstrukcyjną naturę?

Czy trybunały konstytucyjne rozwijają, korygują i uzupełniają prawo, czy raczej powinny ograniczyć się do oceny zgodności w ramach celów kontroli określonych we wniosku? Problemy te podnoszone były w literaturze od wielu lat, ale nie udało się dotychczas wypracować wystarczającej odpowiedzi. Choć bowiem trybunały konstytucyjne powstały w większości państw europejskich, problem zakresu aktywizmu sędziowskiego i optymalnej pozycji tych organów w systemie ustrojowym w ramach podziału władzy jest wciąż kwestią otwartą. Rodzi się w związku z tym pytanie: czy w tej sytuacji możliwe jest analizowanie tych problemów w kategoriach prawa porównawczego w celu wydobycia pewnych prawidłowości i tendencji, czy też każdy trybunał konstytucyjny powinien być analizowany odrębnie?¹

W przedstawionych studiach poddana została weryfikacji hipoteza badawcza:

Trybunały konstytucyjne oddziałują na kształt prawa nie tylko przez usunięcie z niego norm niekonstytucyjnych, ale także poprzez modyfikację i uzupełnienie tych norm, które pozostają w systemie prawa po ogłoszeniu stwierdzenia ich konstytucyjności lub ich częściowej niekonstytucyjności. W tej sytuacji kontrola pozycjonuje się pomiędzy tworzeniem prawa i stosowaniem prawa, a trybunały konstytucyjne są nie tylko negatywnym, ale też pozytywnym ustawodawcą, co wymaga zredefiniowania ich pozycji w systemie².

W obszarze zainteresowań badawczych uwzględnione zostały zarówno trybunały konstytucyjne z Europy Zachodniej (Francji³, Niemiec⁴, Włoch⁵ i Hiszpanii⁶), jak z Europy Środkowej i Wschodniej (Bułgaria⁷,

1 Zob. M. Florczak-Wątor, *Introduction*, s. 1.

2 M. Florczak-Wątor, *Introduction*, s. 2.

3 J. Mouchette, *The French Constitutional Council as a law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law*, s. 9.

4 R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-study*, s. 28.

5 N. Pallazzo, *The law-making Power of the Constitutional Court of Italy*, s. 46.

6 C. Ferrer Martin de Vidales, *The Spanish Constitutional Court as a law-maker: Functioning and practice*, s. 71.

7 M. Belov, A. Tsekov, *The Constitutional Court of the Republic of Bulgaria as a law-maker*, s. 91.

Czechy⁸, Węgry⁹, Łotwa¹⁰, Polska¹¹ i Słowacja¹²). Ponadto uwzględnione zostały europejskie sądy międzynarodowe: Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹³ oraz Europejski Trybunał Praw Człowieka¹⁴. Na zakończenie zaprezentowana została synteza wyników badań¹⁵.

Dobór obszarów badawczych wydaje się być prawidłowy. Spośród trybunałów zachodnioeuropejskich szczególne znaczenie miało uwzględnienie Rady Konstytucyjnej Francji, a także Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec – instytucji, których model i działalność orzecznicza odegrały istotną rolę dla kształtowania się systemu trybunałów konstytucyjnych w skali europejskiej. Pośród krajów Europy Środkowej i Wschodniej zwraca uwagę wyeksponowanie trybunałów z państw Grupy Wyszehradzkiej, a dostrzeżenie aktywności polskiego Trybunału Konstytucyjnego jest uzasadnione choćby tym, że był to organ torujący drogę powstawaniu tych instytucji w tym regionie, gdzie tworzenie tego typu ciał nie było rzeczą oczywistą, a – wręcz przeciwnie – napotykało na istotne bariery doktrynalne i ideologiczne.

Nie ulega też wątpliwości, że logicznym było uwzględnienie zarówno Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, ale też Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, pracującego w systemie Rady Europy, a więc mającego wymiar paneuropejski, uwzględniający 47 państw członkowskich. Nawet jeśli uznamy, że nie są to klasyczne trybunały konstytucyjne, to jednak charakter ich orzecznictwa uzasadnia postrzeganie ich pośród organów o charakterze sądów konstytucyjnych.

8 J. Mališ, J. Ondřejková, *Law-making activity of the Czech Constitutional Court*, s. 111.

9 Z. Pozsár-Szentmikloszy, *The Hungarian Constitutional Court as a law-maker: Various tools and changing rules*, s. 128.

10 A. Rodiņa, A. Spale, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker: Current practice*, s. 145.

11 P. Czarny, B. Naleziński, *Law-making activity of the Polish Constitutional Tribunal*, s. 165.

12 J. Štavinický, M. Steuer, *The Constitutional Court of the Slovak Republic: The many faces of law-making by a constitutional court with extensive review powers*, s. 183.

13 M. Kawczyńska, *The Court of Justice of the European Union as a law-maker: enhancing integration or action ultra vires?*, s. 203.

14 K. Wojtyczek, *The European Court of Human Rights and judicial law-making*, s. 241.

15 M. Florczak-Wątor, *European constitutional courts as law-makers: research synthesis*, s. 245.

Przy tak bogatym zakresie uwzględnionym w książce nie sposób odnieść się do wszystkich podniesionych wątków. Warto jednak przytoczyć kilka istotnych obserwacji.

Ruth Weber podkreśliła, że w związku z silnym wpływem Konstytucji na cały niemiecki system prawny, nazywanym „konstytucjonalizacją”, szczególna rola Federalnego Trybunału Konstytucyjnego jawi się jako oczywista. Nie wyjaśnia to jednak w pełni tego zjawiska. Wczesne decyzje FTK z lat 50. XX w. pokazują, że Trybunał był w sposób zasadniczy zaangażowany w ustanowienie swego autorytetu. Powracające debaty na temat politycyzacji Trybunału w kwestii ważnych kwestii społecznych ukazują, że był on wielokrotnie krytykowany i tak będzie również w przyszłości. Wraz z ambicją bycia sądem dla każdego obywatela i strażnikiem porządku konstytucyjnego jako całości, Trybunał ma wielki wpływ na kształtowanie prawa konstytucyjnego. W tym samym czasie oddziałuje on również na prawo poniżej konstytucyjne, drogą ustaleń przejściowych i tymczasowych¹⁶.

Na kluczowy dylemat w odniesieniu do francuskiej Rady Konstytucyjnej zwraca uwagę Julien Mouchette. Wykonując funkcję negatywnego legislatora, Rada Konstytucyjna jest czasami wzywana do wykonywania funkcji prawotwórczej, współzawodnicząc tu z funkcją legislatywy. Próby zmiany prawa są stale przedmiotem krytyki ze strony doktryny i czynników politycznych. Tymczasem występuje różnica pomiędzy funkcjami ustawodawczą i sądowniczą. Choć rola Rady Konstytucyjnej jako strażnika Konstytucji jest generalnie akceptowana przez władze publiczne i, w coraz wyższym stopniu, przez opinię publiczną, byłoby błędem sugerowanie, że oznacza to akceptację jej funkcji prawotwórczej. Wprowadzenie w 2008 r. procedury kontroli prawa *ex post* wzmocniło rolę Rady Konstytucyjnej jako obrońcy wolności. Zwiększyło też jej legitymację w oczach opinii publicznej. Umożliwiło to podejmowanie decyzji w sprawach, gdzie nie było to możliwe poprzednio. Rada Konstytucyjna wciąż jednak testuje swą legitymację. Tak więc nie jest problemem to, czy Rada ma kompetencję do korygowania prawa lub też do zwiększenia

16 Zob. R. Weber, *Law-making activity of the German Federal Constitutional Court: A case-study*, s. 45.

swej kontroli na podstawach politycznych, a raczej to, czy ma legitymację do tych działań¹⁷.

Można powiedzieć, że dylematy ujawnione w modelu niemieckim i francuskim są charakterystyczne dla funkcjonowania większości trybunałów konstytucyjnych i sporów, jakie towarzyszą ich działalności. Można jednak spotkać się z krajami, gdzie te dylematy nie występują w tak ostrej postaci. Doświadczenia Łotwy wskazują, że przestrzegana jest tam zasada, że Trybunał Konstytucyjny nie może zastępować ustawodawcy i nie może działać w imieniu demokratycznie legitymowanego ustawodawcy ani przejmować jego ustawodawczych kompetencji. Stosunki pomiędzy Trybunałem Konstytucyjnym a parlamentem cechuje wzajemny respekt i szacunek. Również jednak tam zwraca się uwagę, że znaczenie decyzji TK zależne jest nie tylko od relacji TK z kręgami politycznymi, ale też od reakcji społeczeństwa. Realne cele TK mogą być więc osiągnięte, gdy są uznawane zarówno przez władzę publiczną, jak i społeczeństwo¹⁸.

Na percepcję trybunałów konstytucyjnych składają się również tendencje specyficzne dla poszczególnych państw, związane z uwarunkowaniami funkcjonowania ich systemów politycznych. Np. w Słowacji przeważający w interpretacjach Trybunału Konstytucyjnego tekstualizm umożliwił przeciwstawienie się antydemokratycznym zapędom rządu w latach 1994–1998, choć nie odbyło się to bez sporów doktrynalnych¹⁹. W wyniku zmian wprowadzonych na Węgrzech w 2011 r. kompetencje Trybunału Konstytucyjnego uległy wzmocnieniu w odniesieniu do kontroli sądownictwa, a uległy osłabieniu w zakresie kontroli aktywności centralnych organów władzy²⁰.

Sygnalizowane dylematy znajdują również odzwierciedlenie w działalności sądów międzynarodowych.

17 J. Mouchette, *The French Constitutional Council as a law-maker: from dialogue with the legislator to the rewriting of the law*, s. 27.

18 A. Rodiņa, A. Spale, *The Constitutional Court of the Republic of Latvia as a law-maker: Current practice*, s. 164.

19 J. Štavinický, M. Steuer, *The Constitutional Court of the Slovak Republic: The many faces of law-making by a constitutional court with extensive review powers*, s. 200.

20 Z. Pozsár-Szentmikloszy, *The Hungarian Constitutional Court as a law-maker: Various tools and changing rules*, s. 144.

Podkreśla się, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest efektywnym twórcą prawa, działając obok legislatury UE w celu umocnienia procesu integracji europejskiej. Wpływ TSUE na prawo UE ma zasadnicze i w pewnym sensie bezprecedensowe znaczenie w historii systemów prawnych. Poprzez dynamikę interpretacji Traktatów ukształtował on zasadnicze cechy konstytucyjne prawa UE, zarówno w obszarach politycznych, jak i gospodarczych. Działając jako efektywny legislator, TSUE nie jest jednak wolny od krytyki, gdyż zarzuca się mu przekraczanie kompetencji określonych w Traktatach i działalność *ultra vires*. Trybunał jest oskarżany, że interpretuje Traktaty zbyt szeroko, co przyjmuje niejednokrotnie formę poprawiania Traktatów²¹.

Nieco inne dylematy niesie działalność Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Stworzył on bardzo bogate orzecznictwo w kwestii ochrony minimalnych standardów praw człowieka. Zakres i waga orzecznictwa wynika stąd, że nie sposób odczytać prawidłowo Europejskiej Konwencji Praw Człowieka bez interpretacji wypracowanej przez ETPC. Interpretacja EKPCz jest jednak bardzo delikatnym przedsięwzięciem ze względu na generalny charakter i niejasną treść szeregu klauzul. Problemem jest więc nie to, czy ETPC może lub powinien unikać kreowania prawa, ale to, czy jego orzecznictwo mieści się w mandacie zdefiniowanym w Konwencji, interpretowanym z zastosowaniem reguł interpretacji umów międzynarodowych. Główną kwestią jest więc to, czy orzecznictwo Trybunału respektuje nieprzekraczalne bariery wynikające z tekstu instrumentu, który podlega zastosowaniu. Legitymowanym problemem jest też to, czy ETPC jest autonomicznym reżimem prawnym, ze swymi meta-zasadami, a zwłaszcza ze swymi regułami interpretacji, czy raczej powinien stosować generalne reguły wypracowane w ramach prawa międzynarodowego, m.in. Wiedeńskiej Konwencji o Prawie Traktatów²².

Na bazie tych cząstkowych analiz dotyczących europejskich trybunałów konstytucyjnych Monika Florczak-Wątor sformułowała konkluzję, że wpływ tych organów zarówno na szczeblu Konstytucji, jak i ustaw

21 M. Kawczyńska, *The Court of Justice of the European Union as a law-maker: enhancing integration or action ultra vires?*, s. 219–220.

22 K. Wojtyczek, *The European Court of Human Rights and judicial law-making*, s. 241.

jest znaczący i niepodlegający wątpliwości. Orzecznictwo tych organów nie mieści się już w koncepcji negatywnego ustawodawcy, zaprezentowanej przez Hansa Kelsena. Dzieje się tak, ponieważ dzisiejsze sądy konstytucyjne nie ograniczają się do badania konstytucyjności ustaw i uchylania tych, które uznane są za niekonstytucyjne, ale one także korygują, uzupełniają i rozwijają literę ustaw, jako wynik zastosowania kreatywnej interpretacji oraz odpowiedniego sformułowania części operatywnej orzeczeń i ich prawnego znaczenia. Ponadto wskazują one parlamentowi sprawy wymagające zmiany prawa, a w ten sposób inicjują one proces jego zmiany, uzupełnienia czy rozwoju. Działalność prawotwórcza trybunałów jest więc widoczna zarówno w odniesieniu do Konstytucji (gdzie chroni nie tylko ich literę, ale też ducha i aksjologię), jak i ustaw²³.

Konkluzja ta jest trafna. Dzisiejsze trybunały konstytucyjne z pewnością odbiegają od modelu kelsenowskiego, choć poszerzanie zakresu ich działalności nie następuje bez kontrowersji. Spór o granice sędziowskiego aktywizmu zapewne będzie się utrzymywał, a kluczowe znaczenie mają tu – co zostało w książce interesująco udokumentowane – dwie kategorie: legitymacja i społeczny odbiór. Spór o legitymizację działań trybunałów ma przy tym znaczenie nie tylko w odniesieniu do trybunałów krajowych, ale też sądów międzynarodowych. W przypadku ETPC dotyczy to dopuszczalnych reguł interpretacyjnych EKPCz, a w przypadku TSUE – przestrzegania reguł zawartych w Traktatach.

Dylematy wyeksponowane w książce nabrały przy tym szczególnego znaczenia w sytuacji nasilającej się, również w niektórych krajach UE i RE, tendencji do kwestionowania demokracji liberalnej. Oskarżenie o nadmierny aktywizm trybunałów stało się, np. w Polsce, zarzewiem kryzysu konstytucyjnego, związanego m.in. z tendencją do przechwytywania przez siły rządzące kontroli nad trybunałem z naruszeniem konstytucyjnych reguł wyboru. W ramach eksponowania argumentu „rządów większości”, w powiązaniu z hasłami populistycznymi, pojawiło się kwestionowanie samej filozofii podziału władzy, która leży u podstaw działalności trybunałów. W tej sytuacji szczególnego znaczenia nabiera poszukiwanie argumentów racjonalizujących zasadność funkcjonowania

23 M. Florczak-Wątor, *European constitutional courts as law-makers: research synthesis*, s. 264–265.

trybunałów konstytucyjnych, a także ich znaczenia w procesie zapewnienia pewności prawnej w państwie i ochrony porządku konstytucyjnego. Z tego punktu widzenia recenzowana książka przychodzi w samą porę i będzie użytecznym źródłem wiedzy, porządkującej nasze myślenie o tych trudnych problemach. Jej ukazanie się z pewnością nie oznacza jednak zakończenia dialogu w tej sprawie, zwłaszcza że ostatni okres, zarówno w odniesieniu do krajowych trybunałów konstytucyjnych, jak też TSUE i ETPC, przyniósł szereg nowych doświadczeń, które z pewnością zasługują na pogłębioną refleksję naukową.

Judicial Law-Making in European Constitutional Courts,
ed. M. Florczak-Wątor, London – New York 2020, pp. 369

Jerzy Jaskiernia – prof. dr hab. nauk prawnych, dziekan Wydziału Prawa i Nauk Społecznych Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach oraz kierownik Zakładu Prawa Konstytucyjnego, Europejskiego i Międzynarodowego Publicznego w Instytucie Nauk Prawnych UJK. Wiceprezes Zarządu Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego, numer ORCID: 0000-0001-9401-5999.