

## WYSTĄPIENIA

Marek Safjan

### O konstytucji w ujęciu konstytucyjnie wrażliwego prawnika\*

Perspektywa sędziego jest inna niż profesora prawa. Oba spojrzenia, teoretyka i praktyka, mają szansę niekiedy się spotkać i stworzyć syntezę, która pozwala na dostrzeżenie wielu nowych aspektów, niedostrzeganych z osobna z perspektywy czy to sędziowskiej, czy to teoretycznej. W wypadku prof. A. Mączyńskiego taka synteza nastąpiła. Na poziomie konstytucji, kiedy obserwacja ta dotyczy sędziego konstytucyjnego, zbieżność dwóch podejść, praktyka i teoretyka, może być szczególnie płodna.

Stosowanie konstytucji w sądzie konstytucyjnym – w ujęciu sędziowskim – jest doświadczeniem niepowtarzalnym. Wymaga pewnych cech szczególnych, powiedzielibyśmy wręcz – pewnej szczególnej predyspozycji.

Po pierwsze pociąga za sobą widzenie systemu prawa jako całości, która jest podporządkowana określonej hierarchii wartości – poza zasadami gałęziowymi istnieją zasady nadrzędne, wynikające z konstytucji. Wszystkie gałęzie i działy prawa muszą w tym sensie składać się na koherentną, wewnętrznie spójną konstrukcję. Ważne są zależności pomiędzy mechanizmami należącymi do różnych dyscyplin prawnych (banalny przykład – prawo do obrony własnych racji w postępowaniu musi być respektowane niezależnie od tego, o jakie postępowanie chodzi).

---

\* Referat wygłoszony na sesji naukowej „Prawo prywatne międzynarodowe wobec wyzwań XXI wieku”, zorganizowanej z okazji jubileuszu pięćdziesięciolecia pracy naukowej prof. dr. hab. Andrzeja Mączyńskiego (Kraków, 14 maja 2018 r.).

Prawnik sędzia konstytucjonalista jest trochę jak lekarz internista, który musi zobaczyć całość organizmu, zanim postawi diagnozę, i nie może ograniczyć się do jakiegoś fragmentu. W takim wypadku spojrzenie teoretyka, predysponowanego *par nature* do szerszego oglądu mechanizmów i instytucji prawnych, jest niezastępowalne. A niestety – wiedza o tych zależnościach jest ciągle dość hermetyczna i słabo rozpowszechniona, nawet na poziomie najwyższych instancji sądowych, co można dostrzec dzisiaj w związku z postulatem bezpośredniego, rozproszonego stosowania kontroli konstytucyjności prawa.

Zmagamy się dzisiaj z ogromnymi wyzwaniami, które stawia często formułowany postulat szerokiego wykorzystania całej gamy instrumentów wykładni prawa, aby znaleźć adekwatny sens dekodowanej normy. Proces poszukiwania znaczenia normy jest obecnie bardziej skomplikowany niż kiedykolwiek, jeśli zważy się na niezbędną objęcia analizą nie tylko hierarchicznego porządku norm, ale także porządku w ujęciu horyzontalnym – norm na tym samym poziomie wyrażających niby podobne, a jednak odmienne, zniuansowane treści; co więcej, dotyczące różnych pól zastosowania. Najbardziej charakterystycznym przykładem jest relacja wzajemna norm dotyczących tego samego prawa podstawowego (na przykład prawa do sądu), które będzie znajdowało w zależności od tego, czy chodzi o normę konstytucyjną, normę konwencji europejskiej czy o normę wynikającą z Karty praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>1</sup>, odmienne zakresy zastosowania. Prawnik teoretyk, a zwłaszcza prawnik, który zajmuje się prawem międzynarodowym prywatnym, tak jak A. Mączyński, jest zapewne lepiej niż ktokolwiek inny przystosowany do poszukiwań normy właściwej – rozumianej jako norma dekodowana z całego wielosegmentowego systemu prawa. Dzisiaj w procesie wykładni prawa równie często jak w prawie międzynarodowym prywatnym możemy mówić o kolizji norm, tyle tylko że rozumianej jako kolizja w obrębie tego samego porządku prawnego, złożonego z różnych warstw norm prawnych, odnoszących się do przecinających się zakresów stosowania w przestrzeni i czasie. Takiego wielopoziomowego „ćwiczenia” na normach wymagało niejednokrotnie orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, w którym prof. Mączyński miał swój znaczący udział jako sędzia

---

1 Dz.U. UE C 83 z 2010 r., dalej: „Karta praw podstawowych”.

sprawozdawca. Myślę tu na przykład o słynnym orzeczeniu w sprawie dziedziczenia gospodarstw rolnych<sup>2</sup>, które wymagało uwzględnienia wykładni norm w zakresie sukcesji spadkowej generalnie, szczególnych postanowień dotyczących gospodarstw rolnych, perspektywy historycznej i porównawczej, konfrontacji z gwarancjami własności dziedziczenia na poziomie konstytucji, a wreszcie zakresu stosowania norm w czasie z uwzględnieniem zasad bezpieczeństwa prawnego. Można tu wymienić szereg innych wyroków Trybunału Konstytucyjnego, w których prof. Mączyński był sprawozdawcą, gdzie owa skomplikowana wielopoziomowa wykładnia prawa prowadziła do ustalenia sensu poszukiwanej normy (na przykład wyrok na tle ustawy o spółdzielniach mieszkaniowych<sup>3</sup> z 20 kwietnia 2005 r., K 42/02<sup>4</sup>, czy też sprawa dotycząca obowiązku mel-dunkowego – wyrok z 27 maja 2002 r., K 20/01<sup>5</sup>).

Po drugie potrzebny jest określony *background* historyczny, który umożliwi rozumienie korzeni poszczególnych instytucji, ich sensu i funkcji oraz kształtowania się w perspektywie historycznej. Podkreśliśmy znaczenie i wagę takiej perspektywy – tym mocniej, im bardziej w czasach nam współczesnych jest kwestionowane jej znaczenie, co na przykład odbija się już dzisiaj wyraźnie na programach studiów prawniczych, „ewakuujących” przedmioty historycznoprawne z obowiązkowego *curriculum*. Dla mojego pokolenia (a więc i pokolenia prof. A. Mączyńskiego) historia była szczególnie istotnym elementem prawniczej formacji, pozwalającym – w czasach komunizmu – zachować ciągłość prawniczego wykształcenia i tradycji. Nikt z nas w czasach minionych nie mógłby zrozumieć sensu i funkcji podstawowych instytucji prawa prywatnego bez *backgroundu* historycznego, gdyby naszą formację ograniczyć wyłącznie do analizy treści norm ówczesnie obowiązujących, prezentujących często mocno zdeformowany obraz mechanizmów prawnych. Tak na szczęście nie było, i zapewne to jest także jeden z powodów, dla których mogliśmy relatywnie szybko powrócić do naszych tradycji i instytucji prawnych prawa prywatnego w czasach transformacji.

2 Wyrok TK z 31 I 2001 r., P 4/99, OTK ZU 2001, nr 1, poz. 5.

3 Ustawa z dn. 15 XII 2000 r. o spółdzielniach mieszkaniowych, Dz.U. 2018, poz. 845 tekst jedn. ze zm.

4 OTK ZU 2005, seria A, nr 4, poz. 38.

5 OTK ZU 2002, seria A, nr 3, poz. 34.

Ktoś może jednak dzisiaj zadać pytanie (a w zasadzie takie pytanie się już coraz częściej pojawia) o celowość historii prawa czy nauczania prawa rzymskiego dzisiaj. Wątpliwości te nie znajdują uzasadnienia – i w tym punkcie w pełni podzielam stanowisko prof. A. Mączyńskiego. Mówię o tym także z perspektywy swoich dzisiejszych aktywności jako sędziego europejskiego. W mocno zróżnicowanym świecie europejskiego prawa, złożonego z dwudziestu ośmiu porządków prawnych, okazuje się, że to, co nas łączy, i to, co pozwala ostatecznie na porozumienie i znalezienie kompromisu, opiera się na wspólnym rozumieniu tradycji, sensu i funkcji instytucji prawnych, które analizujemy, znajdujących swoją eksplikację w historycznej ewolucji prawa dokonującej się w naszych krajach, poczynając od prawa rzymskiego i na wspólnym rozumieniu wartości kultury europejskiej opartej na filozofii greckiej i chrześcijaństwie kończąc.

Oczywiście uwaga odnosząca się do potrzeby znajomości historii dotyczy także tego, co należy do trzonu każdej konstytucji, a mianowicie katalogu praw człowieka. Czy można zrozumieć znaczenie, wagę i treść konkretnych praw podstawowych bez znajomości kontekstu historycznego, w jakim się one kształtowały? Czy można sensownie rozprawiać na przykład o wolności sumienia i religii bez spojrzenia w głąb historii – skomplikowanej, naznaczonej krwawymi bojami, walką z hugenotami, ekscesami inkwizycji kościelnej, wojną trzydziestoletnią i rewolucją francuską? Czy można zrozumieć samą ideę i wartość zasady rządów prawa bez sięgnięcia do *Magna Carta Libertatum* z trzynastowiecznej Anglii? Czy można zrozumieć nadrzędność praw podstawowych i wartości konstytucji nad wolą ludu bez odniesienia do koncepcji prawa natury, do filozofii Kanta i pism Radbrucha? Czy można sensownie rozprawiać o znaczeniu zasady podziału władzy nie tylko bez sięgnięcia do Monteskiusza, ale także bez znajomości patologii i deformacji rządów komunistycznych, opierających się na zasadzie jednolitości władzy państwowej (czego rządzący dzisiaj Polską nie rozumieją)? To są pytania retoryczne, ale charakter tych pytań nie przekłada się na oczywisty postulat obrania perspektywy historycznej w nauce, wykładni i stosowaniu prawa.

I wreszcie – jeśli pozostajemy na gruncie rozważań o roli historii w wykładni i stosowaniu prawa, to nie można w tym miejscu pominąć tego, co jest ważne dla każdego z nas, a mianowicie wielkiego znaczenia

wybitnych osobistości nauki prawa, tych, którzy tworzyli szkoły prawnicze, nadawali kierunek myśleniu o prawie, odciskali zasadnicze piętno na tworzonych kodyfikacjach aktów prawnych, wychowywali całe pokolenia prawników. Jest to ważne dla kultury prawniczej z wielu powodów. Z pewnością chodzi tu w pierwszym rzędzie o poszukiwanie godnych naśladowania wzorców, o zachowanie w pamięci historycznej tego, co jest szczególnie cennym wkładem w rozwój nauki prawa czy kultury prawnej. Ta bowiem rozwija się nie skokowo, ale poprzez ewolucję, i pojawia się jako efekt wspólnego oddziaływania starych i nowych instytucji lub odmienne stosowanie dotychczasowych. Ta uwaga ma zresztą uniwersalne znaczenie, odnoszące się do wszelkich dziedzin wiedzy, a zwłaszcza humanistyki. Chodzi więc o to, aby nie utracić wartości wywodzących się z najlepszych szkół prawniczych.

Dzisiaj, we współczesnym świecie naznaczonym tendencją do burzenia i kwestionowania wszelkich autorytetów, pamięć o roli wielkich osobistości prawniczych nabiera szczególnego znaczenia. Młode pokolenie jest zagubione, młodzi ludzie potrzebują wzorców i przekonywających odpowiedzi na pytania, z którymi nie potrafią sobie poradzić. Cenię sobie bardzo ową wrażliwość historyczną prof. A. Mączyńskiego, jego starania i dbałość o to, by rozwijać tę pamięć poprzez przypominanie – także w ramach jego aktywności w Polskiej Akademii Umiejętności – o wybitnych autorytetach prawniczych. Przypomnijmy sobie jego słowa o Kazimierzu Przybyłowskim, Henryku Trammerze, Fryderyku Zollu, Józefie Skąpskim i o wielu innych.

Ale znajomość kontekstu i ciągłości historycznej określonych tradycji może odgrywać istotną rolę także w ramach wykładni prawa dokonywanej na poziomie obecnie obowiązującej Konstytucji<sup>6</sup>. Jakże słusznie A. Mączyński przypominał w swoim wykładzie z dn. 20 listopada 2004 r. w Polskiej Akademii Umiejętności (*Prawa człowieka i obywatela w polskich konstytucjach 1791–1997*):

[...] we wstępie do Konstytucji wskazano dwa cele, dla których Konstytucja została ustanowiona. Są nimi: zapewnienie na zawsze ochrony praw obywatelskich oraz rzetelności i sprawności działania

---

6 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja”.

instytucji publicznych. Zestawienie tych dwóch celów jest nawiązaniem do polskiej tradycji konstytucyjnej. W Konstytucji 3 maja powiedziano, że zasada podziału władzy jest ustanowiona po to właśnie, aby zapewnić równowagę między całością państwa, wolnościami obywatelskimi i porządkiem społecznym.

Nie trzeba chyba dzisiaj nikomu przypominać, jak wielkie znaczenie miałyby dzisiaj poważne potraktowanie tej zasady i zarazem tradycji konstytucyjnej w odniesieniu do rzeczywistości, w której niemal każdego dnia zasada podziału władzy, rozumiana jako instrument ochrony koniecznej równowagi „interesów”, w tym skutecznej ochrony praw mniejszości, jest kwestionowana.

Powróćmy jednak do rozważań o cechach sędziego konstytucyjnego.

A zatem po trzecie sędzia konstytucjonalista musi być mistrzem słowa – wykładnia prawa, a zwłaszcza wykładnia na poziomie konstytucyjnym, wymaga subtelności i precyzji języka, wyobraźni i szerokiej perspektywy. Znalezienie trafnego sensu słowa, wyrażenia, zestawu zdań oraz odczytanie niuansów i zależności językowych, docieranie do sedna rzeczy, które w uproszczeniu można określić jako proces tworzenia autonomicznego języka konstytucji, jest sztuką, prawdziwym ćwiczeniem duchowym najwyższej próby. Dodajmy do tego niezbędne wymaganie związane z potrzebą wyłożenia racji w sposób klarowny, transparentny, ale jednocześnie zrozumiały dla ludzi niebędących prawnikami – konstytucja jest przecież dla wszystkich, nie tylko dla fachowców, którzy nader często o tym zapominają. Uczony, który jest zarazem sędzią, jest tym, od kogo oczekujemy mistrzostwa języka. Andrzej Mączyński jako sędzia świetnie radził sobie z prezentacją spójną, bardzo logiczną i wspartą na przemyślanej strukturze wyводу. Dobrze rozumiał, że język uzasadnienia każdego rozstrzygnięcia sądowego musi wyklądać racje uczciwie i transparentnie, a wymaganie jest tym większe, im bardziej jest kwestionowane czy też kontrowersyjne samo orzeczenie. Niech będzie przykładem wyrok w sprawie konstytucyjności odpowiedzialności karnej za zniesławienie<sup>7</sup>, w którym sędzia Mączyński był sprawozdawcą, a ja nie zgadzałem się z jego rozstrzygnięciem i pisałem zdanie odrębne, ale z mocnym przekonaniem o wadze i jakości argumentów sędziego sprawozdawcy.

---

7 Zob. wyrok TK z 30 X 2006 r., P 10/06, OTK ZU 2006, seria A, nr 9, poz. 128.

W odniesieniu do języka sądu konstytucyjnego, a zwłaszcza autonomii pojęć konstytucyjnych, nasuwa się również refleksja wynikająca z relacji uczonego–sędziego. Wydaje się bowiem, że budowa konstytucyjnych pojęć autonomicznych wymaga szczególnych predyspozycji teoretycznych, naukowych, a jednocześnie niezbędnej wyobraźni konstytucyjnej. Autonomiczny sens języka konstytucji nie oznacza dowolności i arbitralności; jest w istocie bodaj najbardziej skomplikowanym zabiegiem intelektualnym związanym ze stosowaniem konstytucji. Z jednej strony poszukiwanie adekwatnego sensu zakłada ustalenie istoty, chciałoby się powiedzieć – niezbywalnych cech określonego mechanizmu, określonej instytucji prawnej. Z drugiej – nie wolno zapominać o tym, że zabieg ten nie jest przeprowadzany w próżni, ale w określonych ramach uwzględniających historycznie ukształtowane cechy określonej instytucji w porządku prawnym oraz zasadnicze funkcje związane z daną instytucją (o ile pojęcie własności na gruncie konstytucyjnym ma z pewnością swoje autonomiczne znaczenie, o tyle nie ma wątpliwości, że ustalając je, nie można abstrahować od historycznie ukształtowanej treści własności jako kluczowej instytucji prawa prywatnego i jej funkcji związanych z możliwie najszerszą ochroną interesów majątkowych podmiotu). Uwzględniona musi być także judykatura kształtująca się na tle europejskiej konwencji praw człowieka<sup>8</sup> (chodzi przede wszystkim o protokół pierwszy do tej konwencji) oraz prawa europejskiego (Karta praw podstawowych). Nie można wreszcie abstrahować od ujęć własności w poszczególnych dziedzinach prawa (na przykład własność intelektualna, górnicza czy w prawie wodnym *etc.*). Pojęcie autonomiczne w konstytucji chroni zatem nie tyle formalną postać, pod jaką występuje dane prawo podstawowe, ile zasadniczą funkcję, która temu prawu jest w porządku prawnym przypisywana, co zakłada wyjście poza ramy formalnego ukształtowania danej instytucji w porządku normatywnym (taki właśnie problem konfrontował sędzia Mączyński w swoich orzeczeniach dotyczących na przykład dziedziczenia czy też spółdzielczego prawa własności, które wymagały autonomicznego ustalenia zarówno pojęcia własności, jak i dziedziczenia w rozumieniu konstytucyjnym).

---

8 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dn. 4 XI 1950 r., Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.

Znakomitym przykładem rozumienia znaczenia autonomicznych konstrukcji konstytucyjnych jest wywód, który znajdziemy w dobrze znanym wyroku (uzasadnienie pióra A. Mączyńskiego) na temat dziedziczenia gospodarstw rolnych z 31 stycznia 2001 r.:

Użyty w wymienionych przepisach konstytucji zwrot „prawo dziedziczenia” nie ma odpowiednika w przepisach polskiego kodeksu cywilnego, który obywa się bez tej konstrukcji (charakterystyczne jest zastąpienie nazwy „stwierdzenie praw do spadku”, która występowała w dekrete o prawie spadkowym z 1946 r., nazwą „stwierdzenie nabycia spadku” w kc). W wypowiedziach doktryny używany jest on sporadycznie dla skrótowego oznaczenia uprawnień przysługujących w stosunku do przedmiotów wchodzących w skład spadku. Tak więc „prawo dziedziczenia” jest autonomicznym pojęciem prawa konstytucyjnego. Warto przypomnieć, że o prawie tym nie wspominały przepisy polskich konstytucji okresu międzywojennego. Nazwa „prawo dziedziczenia” jako część zwrotu „własność i prawo dziedziczenia” pojawiła się dopiero w przepisach Konstytucji z 1952 r. (art. 12 i 13). Wcześniejsza o kilka lat deklaracja Sejmu Ustawodawczego z 22 lutego 1947 r. zaliczała do podstawowych praw i wolności „nietykalność mienia obywateli”. Także akty prawa międzynarodowego z reguły mówią tylko o własności (np. art. 17 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. mówi o przysługującym każdej osobie „prawie do własności”) lub o mieniu (art. 1 Protokołu nr 1 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności). Można jednak wskazać i takie akty międzynarodowe, które odrębnie mówią o prawie do dziedziczenia (np. art. 5 Konwencji ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1966 r.).

Pojęcie dziedziczenia na tle zestawionych wyżej przepisów konstytucji powinno być rozumiane w znaczeniu szerszym od przyjętego w przepisach księgi czwartej obowiązującego obecnie kc [...].

Z punktu widzenia art. 20 i art. 21 konstytucji prawo dziedziczenia stanowi przede wszystkim gwarancję dla pozostawania własności w rękach prywatnych. [...] Konstytucyjna gwarancja prawa dziedziczenia ma przede wszystkim znaczenie „negatywne”, tj. uzasadnia zakaz arbitralnego przejmowania przez państwo (inne podmioty prawa publicznego) własności osób zmarłych<sup>9</sup>.

---

9 Uzasadnienie cytowanego wyroku TK z 31 I 2001 r., P 4/99.

Trudno znaleźć lepszą pozycję wyjściową do takich poszukiwań znaczenia pojęć autonomicznych niż pozycja teoretyka prawa, do tego dysponującego perspektywą historycznoporównawczą, „operującego” na kolizyjnych normach, kiedy najważniejsze jest ustalenie istoty danej instytucji, aby znaleźć właściwą odpowiedź na pytanie, jakie prawo znajdzie zastosowanie w porządku kolizyjnym. Ale oprócz wskazanych dyspozycji teoretycznych czy intelektualnych budowa pojęć autonomicznych zakłada też, o czym wspomniałem wyżej, konieczną dozę wyobraźni konstytucyjnej: dostrzeganie realnego problemu czy też kolizji interesów, sfery autentycznych i godnych ochrony potrzeb określonego kręgu podmiotów. Bez tej wyobraźni nie będzie uruchomiony proces poszukiwań znaczenia pojęcia konstytucyjnego, i to z tego prostego powodu, że musi on być zawsze dyktowany postawą otwarcia na prawo oraz na godne ochrony interesy innych ludzi.

Dokonując wykładni, sędzia nie może oczywiście mylić swojej roli z funkcjami ustawodawczymi. Ale sędzia, a zwłaszcza sędzia konstytucyjny, może wiele uczynić dla jakości prawa i jego racjonalnego stosowania, bez potrzeby nieustannego sięgania do interwencji ustawodawczych. Słusznie więc sędzia Mączyński odwołuje się do myśli Andrzeja Frycza Modrzewskiego, cytując jego do dzisiaj aktualne słowa:

Stare prawa zarzucano, wymyślano nowe. Stąd tyle jest praw, tyle ustaw, że na ogarnięcie ich nikomu nie starcza pilności ani pamięci. Nie są one w dodatku trwałe: bardzo wiele z nich już po roku wniwec się obraca, w ciężkich wątpliwości pogrążając sędziów, którzy nie wiedzą, czego się mają właściwie przy sądeniu trzymać<sup>10</sup>.

Stąd płynęła też jakże słuszna refleksja A. Mączyńskiego. Nadaktywność przekonanego o własnej nieomyślności i niemającego zaufania do sądów ustawodawcy wywiera „efekt mrozący” wobec prób odważniejszych rozstrzygnięć, popartych uzasadnieniem wychodzącym poza instrumentarium złożone ze środków wykładni językowej i *argumentum a contrario*. Dzisiaj – dodajmy – chodzi już nie tylko o brak zaufania po stronie ustawodawcy, ale również o brak zaufania przenikający wszystkie szczeble władzy wykonawczej. Czyż można podać przykład większej arogancji

10 A. Frycz Modrzewski, *O poprawie Rzeczypospolitej*, tłum. E. Jędrkiewicz, w: A. Frycz Modrzewski, *Dzieła wszystkie. Tom I*, Warszawa 1953, s. 291.

władzy wykonawczej od odmowy wykonania publikacji wyroku Trybunału Konstytucyjnego, z uzasadnieniem, że wyrok ten jest *tout court* wadliwy? Czy można sobie wyobrazić objaw większego braku zaufania do sądów od zakazania im samodzielnego bezpośredniego stosowania konstytucji, przy jednoczesnym nakazie wystąpienia w każdym wypadku do Trybunału z pytaniem prawnym, pomimo tego, że tekst Konstytucji w art. 8 ust. 2 wskazuje wyraźnie, że Konstytucja jest stosowana bezpośrednio, chyba że sama konstytucja stanowi inaczej?

Po czwarte cechą niezbędną jest wrażliwość konstytucyjna. Nie jest to wyłączny przywilej profesorów, ale dobrze harmonizuje z podkładem teoretycznym, który zapewnia „uczoność” w prawie, i z rozumieniem wielowarstwowości konstytucyjnych interpretacji. Wrażliwość konstytucyjna jest cechą uruchamiającą wyobraźnię i skłaniającą do poszukiwań. Czym zatem jest owa wrażliwość? W jednym z wywiadów A. Mączyński stwierdza:

Zoll (młodszy) był twórcą koncepcji „prawa prawnego”, stanowiącego ideał prawa, zbiór norm najbardziej odpowiednich dla danego czasu i miejsca. Dążenie do urzeczywistnienia tego ideału jest zadaniem każdego prawnika, zarówno tego, który ma wpływ na tworzenie prawa, jak i tego, który stosuje obowiązujące prawo. Zdolność odnajdywania „prawa prawnego” Zoll nazywa poczuciem prawa. W swoich pracach zawarł interesujące wskazówki na temat tego, w jaki sposób należy wyrobić w sobie to poczucie. Rolą prawnika dokonującego wykładni prawa jest poszukiwanie rozwiązań najbardziej zgodnych z naturą rzeczy – najodpowiedniejszych, najsprawiedliwszych, społecznie najpożyteczniejszych<sup>11</sup>.

Andrzej Mączyński przypomina też refleksję Fryderyka Zolla, że prawnik musi doskonale znać nie tylko obowiązujące przepisy, ale i całość życia społecznego, do którego te przepisy się odnoszą. Zdolność odnajdywania prawa prawnego jest tym większa, im wszechstronniejsze jest wykształcenie prawnika, im lepiej zna i rozumie współczesne życie i kulturę, im więcej ma nie tylko rozumu, ale i serca. Przypomniał też w tym kontekście jego słowa, że pamięciowe opanowanie nawet wszystkich obowiązujących przepisów nie zastąpi tej zdolności; nie wystarczy też logiczne

<sup>11</sup> *Poczucie prawa – wywiad z prof. A. Mączyńskim*, „Edukacja Prawnicza” 2001, nr 1, s. 20–24.

operowanie nimi, gdy nie towarzyszy temu mądrość i głęboka znajomość życia prawnego. Stąd wynikał postulat dokładnego poznania z jednej strony regulowanej przez prawo rzeczywistości w całym jej bogactwie, z drugiej zaś treści przepisów prawa, praktyki ich stosowania, a także historii prawa oraz praw obcych – nie tylko tych, które obecnie obowiązują, ale i dawnych. Przypomina także zalecenie, aby prawnik kierował się w swej pracy jasnym umysłem i gorącym sercem oraz zawsze miał przed oczyma cele, dla których istnieją instytucje prawne. Wychodząc z tych założeń, uważał, że „umiejętność prawa jest zarazem nauką i sztuką”.

Wrażliwość konstytucyjna jest więc poszukiwaniem prawa prawnego, co w odniesieniu do Konstytucji wymaga przyjęcia wykładni uwzględniającej (jakże słusznie to zostało dostrzeżone!) wymagania miejsca i czasu – posługując się dzisiejszymi kategoriami, powiedzielibyśmy, że wykładnia konstytucji powinna być wykładnią dynamiczną, zapewniającą to, co bywa często określane jako zjawisko *living constitution*. Zgadzając się w pełni z tym postulatem (a może nawet więcej – z nakazem poszukiwania prawa prawnego), dorzuciłbym jeszcze do tego wymagania kilka uzupełnień, czy może raczej sprecyzowań. Wrażliwość konstytucyjna zakłada przyjęcie takiego podejścia interpretacyjnego, które wynika ze swoistego patriotyzmu konstytucyjnego, a więc respektowania materialnej nadrzędności Konstytucji w stosunku do całego systemu prawnego. Innymi słowy odnajdywanie sensu norm konstytucyjnych zawsze musi odbywać się w harmonii z podstawowymi wartościami samej konstytucji.

W trakcie orzekania sędziowie muszą więc odłożyć na bok swoje poglądy i preferencje osobiste, w tym poglądy polityczne (bo z pewnością je mają). Prezes Sądu Najwyższego Izraela Aharon Barak podkreślał, że sędzia musi kierować się wartościami, które reprezentuje społeczeństwo, w imieniu którego i dla którego sprawuje swoją funkcję; dodajmy, że nie mogą to być wartości dowolnie dekodowane przez sędziego, który w społeczeństwie pluralistycznym mógłby wybrać poglądy skrajne i niepodzielane przez większość<sup>12</sup>. Andrzej Rzepliński, prezes polskiego Trybunału Konstytucyjnego, jakże słusznie dodaje, że sędziowie, wydając wyroki, nie mogą kierować się opinią publiczną:

---

12 Zob. A. Barak, *The judge in a democracy*, Princeton 2006, s. 102.

Sędzia musi być bowiem niezależny od opinii publicznej. Nie bez powodu w jednej z konstytucji rzymskich zapisano, że „nie należy dawać posłuchu czczym głosom tłumu” (*Vanae voces populi non sunt audien- dae*). Gdyby sędzia mu hołdował, to zapewne, jak powiedział profesor Juliusz Makarewicz – do tej pory palilibyśmy czarownicy na stosie<sup>13</sup>.

Odwołanie do wartości oznacza, że sięgamy do aksjologii wyrażonej w normach porządku prawnego, w tym przede wszystkim w normach konstytucyjnych. W przeciwnym razie orzekanie opierałoby się na ocenach czysto arbitralnych, co kłóciłoby się z istotą wymiaru sprawiedliwości.

Można powiedzieć, trawestując nakaz wykładni ustaw w sposób zapewniający zgodność z konstytucją, że w jakimś sensie wykładnia samej konstytucji powinna w pierwszym rzędzie respektować zgodność z samymi normami konstytucyjnymi. Brzmi to zapewne banalnie i nie stanowi *novum*, a jednak w dzisiejszych czasach abuzywnego interpretowania i stosowania konstytucji nakaz ten nabiera nowego kolorytu. Przypomnijmy kilka przykładów z nieodległej przeszłości, kiedy usiłowano wykorzystać pewne niejednoznaczności normy konstytucyjnej lub wprost zdeformować jej sens dla osiągnięcia celu całkowicie sprzecznego z sensem i aksjologią Konstytucji.

Pierwszy z nich dotyczy publikacji orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, kiedy poprzez interpretację wypaczającą sens art. 190 ust. 2 i 3 Konstytucji (przewidujących ogłaszanie wyroków) uzasadniano nielegalne zaniechania najwyższych urzędników państwa, aby nie dopuścić do wejścia „niechcianych” orzeczeń w skład porządku prawnego. Pomijano jednocześnie normę wynikającą z art. 190 ust. 1, która stanowi jednoznacznie, że orzeczenia Trybunału mają moc powszechnie obowiązującą i są ostateczne.

Drugi przykład dotyczy sytuacji, w której Sejm przyjął ustawę regulującą postępowanie Trybunału Konstytucyjnego w sposób uniemożliwiający wypełnianie przez ten organ jego konstytucyjnych funkcji<sup>14</sup>. Podstawy dla tej regulacji, na którą powoływała się rządząca większość, poszukiwano w art. 197 Konstytucji, który przewiduje, że organizację Trybunału

---

13 Wystąpienie A. Rzeplińskiego na corocznym Zgromadzeniu Sędziów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, styczeń 2016.

14 Ustawa z dn. 22 XII 2015 r. o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, Dz.U. 2015, poz. 2217.

Konstytucyjnego oraz tryb postępowania przed Trybunałem określa ustawa. Wykładnia art. 197 nieuwzględniająca ustrojowej, konstytucyjnie gwarantowanej roli Trybunału Konstytucyjnego prowadzić musiała do absurdalnego wniosku, że oto ustawodawca konstytucyjny sam ustanowił mechanizm pozwalający na zmianę konstytucji w drodze ustawy zwykłej, paraliżującej *de facto* kontrolę konstytucyjności ustaw. Z pewnością taka interpretacja nie była zgodna z poszukiwaniem „prawego prawa” i sformułowanym wyżej nakazem interpretacji konstytucji w zgodzie z Konstytucją. I z takim dylematem musiał zmagać się ówczesny skład Trybunału Konstytucyjnego, który jakże słusznie wybrał zasadę nadrzędności Konstytucji i rozpoczął badanie konstytucyjności ustawy z pominięciem procedury przez nią regulowanej. Dodajmy, że wyrok z 9 marca 2016 r. w sprawie K 47/15<sup>15</sup>, eksplikujący tę właśnie wykładnię opierającą się o zasadę nadrzędności Konstytucji, został wprowadzicie po upływie ponad dwóch lat ogłoszony, ale jako „rozstrzygnięcie niezgodne z prawem”.

Wybór dokonany przez sędziów Trybunału Konstytucyjnego w 2016 r. w sytuacji dramatycznej, w warunkach ogromnej presji politycznej, nie był ani łatwy, ani niewątpliwy. Profesor M. Wyrzykowski, na wykładzie wygłoszonym we wrześniu 2016 r. w Gdańsku z okazji trzydziestolecia Trybunału Konstytucyjnego, tak oto metaforycznie przedstawił dylemat, przed którym stanęli w marcu 2016 r. sędziowie Trybunału Konstytucyjnego:

Trybunał Konstytucyjny znalazł się w sytuacji Antyfony, zachowując stosowną miarę dramatu. Z jednej strony u Antyfony prawo najwyższe – boskie. Z drugiej strony – konstytucja. Z jednej strony zakaz Kreona. U nas – ustawa nowelizująca. Dodatkowo i w Tebach, i w Warszawie wszystko dzieje się w ciągu dwudziestu czterech godzin.

Obrazu dopełnia fakt usunięcia (w lutym 2017) wyroku wydanego w oparciu o Konstytucję ze zbioru wyroków Trybunału Konstytucyjnego – na podstawie decyzji obecnego kierownictwa Trybunału Konstytucyjnego.

Sytuacja wyżej opisana jest przejawem skrajnej presji politycznej wywieranej na sędziów, która nie powinna mieć miejsca w demokratycznym państwie prawa. Próby sparaliżowania Trybunału przypominają sytuację w Austrii, kiedy władza w latach 1933–1938 doprowadziła, między

---

15 OTK ZU 2016, seria A, poz. 2.

innymi przez blokowanie wyboru kolejnych sędziów do austriackiego sądu konstytucyjnego i swoiste manewry legislacyjne, do ustania jego działalności. Polska walka o Trybunał pokazuje jednocześnie, że sędzia staje przed wyborem zasad i wartości, który nieuchronnie w takich warunkach staje się wyborem tyleż aksjologicznym, co politycznym. Tylko sędziowie o naprawdę niezależnym myśleniu, rozumiejący naturę swojej misji i zarazem obowiązków wobec społeczeństwa, w imieniu którego sprawują wymiar sprawiedliwości, są w stanie dokonywać trafnych wyborów i uporać się z najtrudniejszymi dylematami.

Trzeci przykład dotyczy podejmowanej przez obecnego ustawodawcę próby wyłączenia tzw. rozproszonej kontroli konstytucyjności, o czym świadczy między innymi przepis nowej ustawy o Sądzie Najwyższym<sup>16</sup> bezwzględnie nakazujący postawienie pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego, jeżeli pojawia się kwestia stosowania normy konstytucyjnej w konkretnym postępowaniu sądowym. Pojawia się na tym tle zasadnicze pytanie o sens art. 8 ust. 1 Konstytucji i zasady nadrzędności normy konstytucyjnej. Jest to zarazem klasyczne pytanie o wybór takiej metody wykładni, która pozostaje w największej zgodzie z aksjologią samej konstytucji. W imię tej właśnie wartości, którą wyraża nadrzędność konstytucji, należy opowiedzieć się po stronie bezpośredniej, rozproszonej kontroli konstytucyjności, ponieważ w warunkach dzisiejszego „czasu i miejsca” nie można brać pod uwagę roli sądu konstytucyjnego, skoro przestał on istnieć.

I wreszcie po piąte – do cech niezbywalnych sędziego należy bezstronność i niezależność. Andrzej Mączyński wypowiadał się wiele razy na temat warunków, które powinien spełniać sędzia konstytucyjny. Przekonanie, że jedynym i ostatecznym punktem odniesienia w rozumowaniu sędziowskim musi być konstytucja, znajdziemy w wielu jego wypowiedziach:

Studenci zapytali mnie kiedyś, jaka jest gwarancja, że sędziowie orzekają kierując się konstytucją. Odpowiedziałem, że podstawową, a właściwie jedyną gwarancją jest złożone przez sędziego przyrzeczenie, iż będzie stał na straży Konstytucji, a obowiązek ten będzie wypełniał bezstronnie i z najwyższą starannością. Dla uczciwego człowieka ma to bardzo duże znaczenie.

---

16 Ustawa z dn. 8 XII 2017 r. o Sądzie Najwyższym, Dz.U. 2018, poz. 5 ze zm.

Należy się zgodzić z tym przekonaniem, ale jednocześnie trudno się uwolnić od sceptycyzmu, konfrontując je z obecną rzeczywistością i z aktywnością – niestety, pozorowaną – Trybunału Konstytucyjnego. Przykłady są, niestety, uderzające. Dotyczy to wypadków orzekania we własnych sprawach, które bezpośrednio dotyczą sędziego, orzekania w odniesieniu do aktów, które były konsultowane i sporządzane przy udziale sędziego, zanim rozpoczął kadencję, czy wreszcie dobierania składu orzekającego w sposób gwarantujący określony rezultat postępowania. To jest jednak sfera patologii, która powinna wszelako skłaniać do refleksji, w jaki sposób można się uchronić przed takimi sytuacjami w przyszłości. Andrzej Mączyński wielokrotnie podkreślał w swoich wywiadach potrzebę uściślenia kryteriów powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego, zwracając uwagę na to, że formuła Konstytucji jest w tym wypadku niedostatecznie precyzyjna. Przypomnijmy treść art. 191 ust. 1 Konstytucji, który mówi o wyborze sędziów spośród osób wyróżniających się wiedzą prawniczą. Stąd słuszny postulat dookreślenia tej normy poprzez wyraźne wskazanie ustawowe, w jaki sposób należy rozumieć ową dość tajemniczą i enigmatyczną formułę konstytucyjną. Regulacje ustawowe nie przybliżyły w żadnym stopniu kryteriów wyróżniania, a wręcz przeciwnie – prowokowały jeszcze większą konfuzję. Dzisiaj sprawa kryteriów stała się jeszcze pilniejsza i bardziej konieczna.

Śledząc debatę w Polsce, można odnieść wrażenie, że poziom werbalnej agresji ze strony przedstawicieli władzy wykonawczej i parlamentu przekroczył wszelkie dopuszczalne w racjonalnym, demokratycznym dyskursie granice. Towarzyszą temu działania wyraźnie nakierowane na ograniczenie niezależności sędziowskiej. Sędziowie nie mogą w takich wypadkach milczeć, a wręcz przeciwnie – mają obowiązek zajęcia stanowiska i wyraźnego opowiedzenia się po stronie niezawisłości sędziowskiej i obrony takich wartości, od których zależy wypełnianie misji przez trzecią władzę.

Dlaczego dzisiaj warto przypominać o cechach dobrego sędziego konstytucyjnego? Może przede wszystkim dlatego, że są one trwałym dobromiem naszej kultury konstytucyjnej i tradycji prawnej, w którą sędzia A. Mączyński doskonale się wpisuje. Wartości tej kultury są ponadczasowe, nie przemijają wraz z jakąś formacją polityczną, która dysponuje

większością w parlamencie albo która stara się narzucić swoją wizję demokracji konstytucyjnej jako demokracji nieliberalnej. Demokracja jest albo jej nie ma – nie jest to wartość, którą możemy opatrywać jakimś dodatkowym przymiotnikiem. Istnieją pewne jej cechy, które należy uznać za niezbywalne, niepodlegające ograniczeniom bez ryzyka naruszenia tego, co stanowi istotę państwa prawnego. Nie można zachować ciągłości demokracji, utrzymując, że głos decydujący należy zawsze do większości reprezentowanej w parlamencie, że podział władzy ma znaczenie drugorzędne albo że musi istnieć kontrola władzy ustawodawczej i wykonawczej nad sędziami. Demokratyczna władza zawsze musi respektować rolę niezależnego sędziego, który bezstronnie i rzetelnie orzeka o prawie.

Sędzia Mączyński, wrażliwy sędzia konstytucyjny, jest punktem odniesienia dla takiego rozumienia roli sędziowskiej. Dzisiaj potrzebujemy determinacji w obronie wartości demokratycznych; także determinacji w obronie pozycji niezależnego sędziego. Dlatego też skorzystałem z okazji, jaką jest jubileusz prof. Mączyńskiego, aby o tym przypomnieć.

*Drogi Andrzeju, za to wszystko, co uczyniłeś dla obrony wartości demokratycznego państwa prawa, za Twój wieloletni wysiłek i starania o podnoszenie standardów kultury prawnej w naszym społeczeństwie, za trud i zaangażowanie w wychowanie młodego pokolenia prawników, za naszą jakże owocną współpracę w Trybunale Konstytucyjnym składam Ci najserdeczniejsze podziękowania i najlepsze życzenia, abyś w dalszych latach kontynuował swoje działania na rzecz dobra wspólnego i odnajdywał w tym pełną satysfakcję. Przede wszystkim życzę dużo zdrowia, powodzenia we wszystkich sferach Twojego życia, optymizmu i jak najwięcej radości.*

### **On the Constitution as interpreted and applied by the “constitutionally sensitive” lawyer**

The article attempts to answer the question of what the necessary qualities and the requirements are that a constitutional judge must fulfill to perform his judicial duties. The point of reference for these considerations is the figure of Professor Andrzej Mączyński, a retired judge and former vice-president of the Constitutional Tribunal. The author proceeds from the assumption that the methodology of constitutional interpretation has unique features that

distinguish it from other forms of judiciary interpretation and application of law. The corner stone of that methodology concerns the concept of the so-called autonomous legal notions which are construed with respect to basic constitutional values and principles. Constitutional interpretation requires a comprehensive legal background covering all areas of law, a good understanding of the nature of a multi-faceted contemporary legal system, as well as a large historical knowledge on the evolution of law and the impact exerted by the legal tradition. A modern constitutional judge must not only have precise and wide knowledge, but also an imagination and an appropriate “constitutional sensitivity” especially in the field of the application of fundamental rights and constitutional values. His first imperative is to be obliged to look for what is called by the famous Polish lawyer Fryderyk Zell (junior) as the “righteous law”. In the second part of the article, the author analyzes the threats to the independence of the constitutional court, resulting from violations by the legislative and executive authorities, of the principles of a democratic state of law. The author refers to examples related to the activities of the legislative and executive powers undertaken against the Polish Constitutional Tribunal from autumn 2015.

**Keywords:** fundamental rights and constitutional values, interpretation of the Constitution, autonomous legal notions, a multi-segment legal system, legal tradition, independence of the judicial power

**Marek Safjan** – prof. dr hab.; Katedra Prawa Cywilnego Uniwersytetu Warszawskiego, sędzia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

### Bibliografia

- Barak A., *The judge in a democracy*, Princeton 2006.  
Frycz Modrzewski A., *O poprawie Rzeczypospolitej*, tłum. E. Jędrkiewicz, w: A. Frycz Modrzewski, *Dzieła wszystkie. Tom I*, Warszawa 1953.  
*Poczucie prawa – wywiad z prof. A. Mączyńskim*, „Edukacja Prawnicza” 2001, nr 1.