

Marek Safjan

Trybunał Konstytucyjny po trzydziestu latach – doświadczenie i przyszłość

1. Stan kultury prawnej z perspektywy Trybunału Konstytucyjnego. Czy zbudowaliśmy dojrzałą kulturę konstytucyjną?

Na początek warto odpowiedzieć na pytanie, co to jest dojrzała kultura konstytucyjna. Wiemy, kim jest „dojrzały człowiek”, „dojrzały sędzia” czy „dojrzały nauczyciel” (choć i tu mogą być wątpliwości!) – niekoniecznie wiemy, czym jest „dojrzała kultura konstytucyjna”. W przymiotniku „dojrzała” nie kryje się wszakże obiektywny opis właściwości – określenie kogoś lub czegoś mianem „dojrzałego” stanowi bowiem klasyczny sąd normatywny, który zakłada szereg wartości i ocen, w istocie określoną aksjologię konstytucyjną. Nie można więc wykluczyć, że pod pojęciem „dojrzałej kultury konstytucyjnej” kryje się system białoruski lub kazachski. Przyjmuję więc z pokorą zarzut pewnego subiektywizmu przy określaniu treści tego pojęcia i jego zakresu, opierając się na doświadczeniach i tradycjach tych systemów, o których powszechnie się sądzi, że są dojrzałymi kulturami konstytucyjnymi. „Powszechnie” nie znaczy, że sądzą tak wszyscy.

Przypomina się tutaj mała anegdotka: jeden z polityków rządzącej większości, odnosząc się do pytania jednego z ważnych amerykańskich sekretarzy stanu zatroskanego sytuacją polskiego sądu konstytucyjnego, odpowiedział: „nie będą nas Amerykanie, ze swoją krótką historią demokracji, pouczali, co to jest system demokratyczny”. Stwierdzenie to opiera się na błędzie i nieporozumieniu. Na błędzie, ponieważ stawianie

znaku równości pomiędzy „demokracją szlachecką” – kształtowaną przez pierwsze przywileje szlacheckie pod koniec XIV wieku, a skończywszy na artykułach henrykowskich i „pacta conventa” w końcu XVI wieku – a demokracją we współczesnym tego słowa znaczeniu jest oczywiście metodologicznie niepoprawne (to trochę tak, jakby mówić o „demokracji socjalistycznej” czy „demokracji ludowej”). Na nieporozumieniu, ponieważ dzisiaj spór w Polsce dotyczy elementu zgoła innego, a mianowicie nie chodzi o istnienie demokracji jako takiej, ale o to, czy składnikiem koniecznym współczesnej demokracji są rządy prawa, a jeśli tak – to jak powinny być rozumiane (przypominam, że pojęcie rządów prawa kształtowało się w Europie wcześniej niż mechanizm demokratyczny; za początek rządów prawa w tradycji europejskiej uznajemy zazwyczaj moment przyjęcia *Magna Carta Libertatum*, a za początek systemów demokratycznych – demokracji parlamentarnej w drugiej połowie XVIII wieku). Nie mam wątpliwości, że dzisiaj pytanie o dojrzałą kulturę konstytucyjną musi zakładać z konieczności pytanie o to, czy utrwaliły się rządy prawa i mechanizmy demokratyczne. Współczesne pojęcie demokracji opiera się nie tylko na mechanizmie przedstawicielskim, ale także na rządach prawa i respektowaniu praw podstawowych. Są to stwierdzenia zapewne dość banalne, ale – jak wskazuje dyskusja publiczna w Polsce – pojęcia te nie są poprawnie rozumiane, a co więcej, dochodzi nieustannie do licznych konfuzji. Stwierdzenie istnienia demokracji jako rządów demokratycznie wyłonionej większości ma czynić kompletnie zbędną dyskusję o kulturze konstytucyjnej i państwie prawa.

To stwierdziwszy, muszę zauważyć, że samo występowanie takiej konfuzji i takich błędów metodologicznych w debacie publicznej stanowi zarazem w jakimś stopniu odpowiedź na pytanie, czy stworzyliśmy dojrzałą kulturę konstytucyjną. Odpowiedź ta jest niestety negatywna. Chodzi nie tylko o to, że relacja pomiędzy pojęciem demokracji a państwa prawa na ogół nie jest poprawnie rozumiana, ale także o akceptację tych wartości. Jeśli bowiem zgodzimy się, że dojrzała kultura konstytucyjna zakłada szeroki społeczny konsens – wszystkich uczestników życia politycznego i społecznego co do wartości kultury konstytucyjnej i państwa prawa, bez względu na spory o program, kierunek, celowość, wybór pomiędzy podejściem liberalnym a socjalnym czy o tzw. politykę

historyczną – to równocześnie musimy skonstatować, że jesteśmy bardzo odlegli od jego osiągnięcia. Dojrzałość zakłada powszechne uznanie dla obowiązywania reguł, od których zależy funkcjonowanie mechanizmów konstytucyjnych; rządy prawa kończą się w momencie, kiedy podważane jest samo obowiązywanie prawa – na rzecz arbitralnej oceny rządzących dysponujących większością parlamentarną. Wydaje się, że historia z ostatnich kilkunastu miesięcy taką tezę doskonale potwierdza. Działania podejmowane wobec Trybunału Konstytucyjnego były przez długi czas opisywane w kategoriach konfliktu konstytucyjnego albo ostrego sporu politycznego. Niewielu kwalifikowało tę sytuację jako najgłębsze z możliwych zakwestionowanie zasad państwa prawa i samego obowiązywania Konstytucji¹. Tymczasem o konflikcie albo o sporze można mówić wtedy, kiedy obie strony uznają prawo i jego zasady za konieczne, a więc nieprzekraczalne ramy sporu. Można się spierać o poprawną wykładnię, o ustaloną praktykę i dobre obyczaje, o wzajemne relacje pomiędzy normami konstytucyjnymi, ale w momencie, kiedy spór zaczyna toczyć się wokół pytania, czy obowiązują wyroki sądu konstytucyjnego i kto ma prawo oceniać ich ważność, zmienia on swoją naturę, przestaje być sporem konstytucyjnym, a staje się deklaracją wypowiedzenia posłuszeństwa zasadom państwa prawa. Możemy poszukiwać w historii ostatnich miesięcy wielu „punktów zwrotnych” ilustrujących dramatyczną ewolucję wydarzeń wokół Trybunału Konstytucyjnego, wydaje się jednak, że najbardziej symbolicznym wyrazem takiej sytuacji stało się postanowienie Prokuratury Okręgowej w Warszawie, która umarżając śledztwo w sprawie niepublikowania wyroków Trybunału Konstytucyjnego, stwierdziła, że publikacja takich wyroków zagrażałaby porządkowi prawnemu Rzeczypospolitej.

Powody tej sytuacji są bardzo rozmaite; tkwią głęboko w polskiej historii, w polskiej mitologii historycznej i w konsekwencji – w polskiej mentalności. Przyzwyczailiśmy się do poszukiwania łatwego powinowactwa pomiędzy pewnymi tradycjami ustrojowymi związanymi z wolnością szlachecką, słabą władzą króla i do pewnego momentu dość mocną pozycją szlacheckiego sejmu a mechanizmami wolności i demokracji

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2 IV 1997 r., Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: „Konstytucja RP”, „Konstytucja”.

we współczesnym rozumieniu. Odwołanie się do tych tradycji ustrojowych Pierwszej Rzeczypospolitej ma zastąpić poważną, pogłębioną refleksję o tym, jakie są najważniejsze zworniki mechanizmów demokratycznego państwa prawa, gdzie są najsłabsze punkty i jak można poprawić jego funkcjonowanie. Znacznie prościej jest odwoływać się do utrwalonych – ale niestety niebezpiecznie obciążających naszą zbiorową mentalność – stereotypów. Dodajmy, że wbrew często wygłaszanej opinii Konstytucja 3 maja nie ukształtowała naszej tradycji i kultury konstytucyjnej. Utrwaliła wprawdzie nasz patriotyzm i przywiązanie do suwerennego państwa, ale jest to nieporównywalne z wpływem, jaki wywarła na francuską i europejską tradycję konstytucyjną Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z 26 sierpnia 1789 r., która ukształtowała kanon praw podstawowych i która do dzisiaj stanowi istotny element tzw. bloku konstytucyjnego. W okresie, kiedy kształtowały się zręby mocnych demokracji parlamentarnych na zachodzie Europy – my jako naród byliśmy skoncentrowani na przetrwaniu i walce o niepodległość. Temu celowi były w pierwszym rządzie podporządkowane wszystkie opcje i programy polityczne i nawet jeśli pojawiały się w programach np. powstańców styczniowych, czy później przed 1918 r., spory o wizję ustrojową i społeczną, czy nawet konkretne propozycje programowe, to musimy przyznać, że same deklaracje i odważne programy nie zastąpią doświadczeń funkcjonowania mechanizmów państwa prawa i demokracji parlamentarnej. Pamiętajmy, że również Józef Piłsudski „wysiadł na przystanku «Niepodległość»” i odłożył na bok wizję sprawiedliwości społecznej i ustroju państwa. Dwudziestolecie międzywojenne tylko przez niespełna osiem lat funkcjonowało w oparciu o mechanizmy demokracji konstytucyjnej; wraz z zamachem majowym nasze eksperymenty z demokracją *de facto* się zakończyły. Potem – do 1989 r. – nie mieliśmy żadnych szans na to, aby zbudować jakąś tradycję konstytucyjną i kulturę państwa prawa. Wręcz przeciwnie – działały raczej wektory w odwrotnym kierunku, zmierzające do osłabiania poczucia prawa i przywiązania do wartości demokratycznych, w celu utrwalania w świadomości poczucia fikcji i pozorności mechanizmów konstytucyjnych. Tego uczyła praktyka dnia codziennego, z której wynikało, że pomiędzy zasadami wolności konstytucyjnych a rzeczywistością jest kosmiczny dystans.

Dopiero rok 1989 r. zapoczątkował budowanie kultury konstytucyjnej w niepodległej Rzeczypospolitej. Odzyskanie wolności nie zmieniało jednak automatycznie mentalności ludzi i nie tworzyło samo przez się wystarczającego fundamentu dla tworzenia trwałego przywiązania społeczeństwa do wartości, które dopiero od tego momentu zaczęły się pojawiać w przestrzeni publicznej jako elementy konstrukcyjne nowego porządku konstytucyjnego. Przypomnijmy, że przełom 1989 r. nie skłonił do masowego udziału w wyborach (zaledwie 62% w skali kraju, a były województwa, m.in. łódzkie czy radomskie, z frekwencją ledwie przekraczającą 50%; w drugiej turze frekwencja była już dramatycznie niska – ok. 25%!), co także dobrze ilustruje stan społecznej świadomości i przywiązania do wartości demokratycznych. Jednocześnie możemy już wtedy odnotować zjawisko, które w jakimś sensie występuje do dzisiaj: swoistego „społecznego dysonansu poznawczego”. Z jednej strony należy dostrzec silne werbalne poparcie dla tworzącej się demokracji konstytucyjnej, udzielane przez znaczącą część społeczeństwa. Z drugiej strony powszechne są przejawy – w tej samej części społeczeństwa – kompletnej nieznajomości znaczenia tego pojęcia; intuicja, emocje, preferencje polityczne przeważają nad rzeczywistym rozumieniem istoty demokratycznego państwa prawa.

Odnotowujemy jednocześnie relatywnie wysoką – jak na czterdzieści pięć lat systemu komunistycznego i wcześniejszy brak doświadczeń historycznych w naszej części Europy – samoświadomość elit i tzw. warstw wykształconych czy inteligencji, która nie tylko werbalnie, ale i intelektualnie, koncepcyjnie jest zdolna do kształtowania nowych mechanizmów ustrojowych, nawiązujących bezpośrednio do utrwalonych tradycji „starych” demokracji zachodnioeuropejskich. Kultura konstytucyjna jest w konsekwencji budowana od góry, przez elity dominujące w nowych strukturach państwa, a nie przez masy społeczeństwa, które otrzymuje „gotowy produkt”. W pewnym stopniu ten proces był nieunikniony, przynajmniej w pierwszych latach transformacji. Rewolucja zawsze wymaga impulsu elit, to one tworzą programy, wskazują kierunek przekształceń i nakreślają docelową wizję. Jest bez wątpienia zasługą historyczną polskiej opozycji demokratycznej, ale także elit uniwersyteckich i prawniczych, że były one w momencie próby zdolne do podjęcia wyzwania wywołanych przez odzyskanie wolności i do stworzenia wizji, a następnie ram

ustrojowych dla państwa opartego na kulturze konstytucyjnej, przestrzeganiu praw podstawowych i zasad rządów prawa. Zdecydowanie gorzej przedstawiał się niestety proces transmisji tych wartości do społeczeństwa, a więc samego budowania świadomości konstytucyjnej, bez której żadna kultura konstytucyjna nie może być na dłuższą metę utrzymana. Demokratycznego państwa prawa nie można budować w oderwaniu od tego, jak realnie funkcjonują instytucje i mechanizmy, abstrahując od tego, co jest związane z percepcją społeczną zachodzących zjawisk.

Z całą pewnością po 1989 r. w procesie przemian w kierunku budowania nowoczesnej kultury konstytucyjnej kluczową rolę odgrywał Trybunał Konstytucyjny. To był czas historycznej próby i historycznej roli sądownictwa konstytucyjnego. Standardy konstytucyjne były budowane praktycznie od zera, „na ugorze” (pomijam tu czas przed 1989 r., którego nie chcę neglizować, ale który ze względu na polityczne i systemowe uwarunkowania dawał bardzo ograniczoną szansę budowania trwałego fundamentu kultury konstytucyjnej). Kluczem była zasada demokratycznego państwa prawnego, która wprowadzała w możliwie najszerszym zakresie wartości konstytucyjne, dobrze już utrwalone w solidnych, starych demokracjach europejskich². To wtedy orzecznictwo Trybunału wskazało jednoznacznie na istotę zasady podziału władzy, znaczenie poprawnej legislacji, zasadę zaufania do państwa i tworzonego przezeń prawa, obronę praw mniejszości i zasadę niedyskryminacji, prawo do ochrony sądowej, zasadę ochrony praw nabytych i rozróżnienie pomiędzy prawami nabytymi słusznie i niesłusznie³. Nie ma więc żadnej przesady w twierdzeniu, że Trybunał Konstytucyjny tworzył w tym okresie *de facto* zręby nowoczesnego systemu konstytucyjnego. Jego aktywizm i kreatywność, chociaż niekiedy poddawane krytyce⁴, były powszechnie akceptowane

2 Zob. np. J. Nowacki, *Klauzula „państwo prawne” a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Prawo i kontrola jego zgodności z konstytucją*, red. E. Zwierzchowski, Warszawa 1997, s. 170 i n.; M. Safjan, *Wprowadzenie*, w: *Komentarz do Konstytucji RP. Tom I*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 109 i n. oraz literaturę tam cytowaną.

3 Zob. M. Safjan, *Central and eastern European constitutional courts facing new challenges: Ten years of experience*, w: *Central European judges under the European influence*, red. M. Bobek, Oxford 2015, s. 375 i n.

4 Była to jednak prawie zawsze krytyka incydentalna, związana z jakimś konkretnym rozstrzygnięciem. Zob. np. krytykę wyroku w sprawie ustawy o przerywaniu ciąży: wyrok TK z 28 V 1997 r., K 26/96, OTK 1997, nr 2, poz. 19.

przez instytucje polityczne i inne struktury państwa. Wyobraźmy sobie dzisiaj hipotetyczną reakcję większości rządzącej na ten poziom aktywności konstytucyjnego, jaki przejawiał polski Trybunał Konstytucyjny w pierwszych latach po odzyskaniu niepodległości w 1989 r. – aż strach snuć hipotezy i scenariusze pasujące do obecnej rzeczywistości! To nie znaczy, że w tym okresie wszelkie próby umacniania reguł porządku konstytucyjnego przebiegały bez oporów i konfliktów i nie trzeba było się „rozpychać”, krok po kroku poszerzać przestrzeni państwa prawnego, a ściślej – zakresu kontroli konstytucyjności i jej efektywności. Najlepszy dowód stanowi słynna uchwała Trybunału w sprawie wejścia w życie wyroku w wypadku przedłużającego się milczenia parlamentu, który nie zajmował ani akceptującego, ani odrzucającego stanowiska w stosunku do wydanego orzeczenia⁵. Pewne jest jednak, że Trybunał Konstytucyjny w latach dziewięćdziesiątych, jeszcze przed wejściem w życie Konstytucji, zaistniał jako fundamentalna instytucja państwa demokratycznego, której istnienie stanowi silną gwarancję trwałości nowego porządku.

Na marginesie tylko warto wspomnieć o „fizycznym” rozrastaniu się Trybunału – z kilku pokoików w biurze sejmu (po kilku sędziów w jednym pokoju) do samodzielnej siedziby przy Alei Szucha (co nie przeszkadzało wszak niemałej liczbie posłów nieustannie mylić Trybunał Konstytucyjny i Trybunał Stanu!). To, co zostało utrwalone w praktyce państwa prawnego w tamtym czasie jako wartość sama w sobie, to nie tyle nawet treść poszczególnych rozstrzygnięć konstytucyjnych, bo z nią możemy niekiedy polemizować, a nawet wskazywać na błędy interpretacyjne, konfuzje argumentacyjne czy nielogiczności. Kluczowa jest akceptacja istotnego elementu kultury konstytucyjnej, a mianowicie poszanowania mechanizmu kontroli konstytucyjności prawa. Przyjęcie – po wielu latach utrwalania kompletnie odmiennej koncepcji ustrojowej, zakładającej fikcję sejmowładztwa – że oto demokratycznie legitymowana większość parlamentarna ma nad sobą podstawowe reguły, zasady i wartości, a więc że sam fakt legitymacji demokratycznej nie zwalnia jej od ich poszanowania, było radykalaną, rewolucyjną zmianą paradygmatu myślenia o państwie prawa.

⁵ Trybunał Konstytucyjny uznawał brak potrzeby aprobaty sejmu dla wyroków Trybunału w sprawie niekonstytucyjności po upływie sześciu miesięcy, jeśli parlament nie wyraził w tym okresie swojego stanowiska. Zob. uchwała TK z 20 X 1993 r., W 6/93, OTK 1993, poz. 51.

Na tym fundamencie przez ostatnie ćwierć wieku budowano sądownictwo konstytucyjne i poza sporadycznymi wystąpieniami niektórych posłów odwołujących się do zasady większości demokratycznej – zasada prymatu konstytucji nad całym porządkiem prawnym nie była kwestionowana. Jeżeli więc zasada ta zaczyna być dzisiaj podważana, to m.in. dlatego że nie zdołaliśmy zbudować trwałej i solidnej kultury konstytucyjnej społeczeństwa. Nie zdołaliśmy przekonać znaczącej części naszego społeczeństwa, że reguły państwa prawa, przestrzegania norm konstytucji, w tym gwarancji podziału władzy, to wartości kompletnie niezależne od wizji politycznej państwa i że te wartości ostatecznie przekładają się na kondycję i los każdego obywatela Rzeczypospolitej. Wznosiliśmy konstrukcję demokratycznego państwa prawa w abstrakcji, w swoistej próżni społecznej, nie dostrzegając owego, wspomnianego wyżej, „dysonansu poznawczego”, który jest dzisiaj główną pożywką dla antagonistów idei państwa prawa.

Czy mogło być inaczej? Tylko w pewnym stopniu. Z powodu wspomnianych na początku zaszczości historycznych i ograniczonych tradycji demokratycznych społeczeństwo (zarówno ci, którzy prawo stosują, jak i ci, którzy są adresatami decyzji państwa i organów publicznych) nie było mentalnie przygotowane na „rewolucję konstytucyjną”. To, co wywoływało fascynację, by nie powiedzieć – entuzjazm elit i lepiej wykształconych warstw społeczeństwa, niekoniecznie działało w taki sam sposób na ludzi postrzegających swoją kondycję z perspektywy zarabiających grosze pracowników, osób czekających na wynik niekończących się procedur sądowych, stykających się na co dzień z bezdusnością i bezmyślnością funkcjonariuszy publicznych; inaczej mówiąc – niemających szans na korzystanie z dobrodziejstw demokracji i wolności. Instytucje państwa prawa i mechanizmy proceduralne nie są przedmiotem percepcji na poziomie procedur konstytucyjnych przed Trybunałem Konstytucyjnym, ale na poziomie codziennej, „zgrzebnej” i „przaśnej” rzeczywistości, w jakiej działa państwo tu i teraz. Powiewanie sztandarem wzniosłych zasad i wartości konstytucyjnych prawa do ochrony sądowej nie jest przekonujące dla obywatela, który czeka np. dwanaście lat na ostateczne rozstrzygnięcie swojej sprawy, a w międzyczasie traci firmę, dobre imię i majątek. Przywoływanie niezbywalnej godności każdej osoby staje się mało nośnym hasłem dla ludzi, którzy widzą staruszkę skazywaną

za kradzież batonika albo psychicznie chorego za kradzież roweru. Święte prawo własności i zakaz eksmisji na bruk mało przekonują ludzi wyrzucanych z kamienic przez byłych właścicieli albo ich wątpliwych następców prawnych. Tacy ludzie oczekiwaliby od państwa realnej pomocy.

Konstatacja, że nie można poddawać nadmiernemu uogólnianiu wypadków patologii i deformacji, które zawsze i wszędzie się zdarzają, nie wyjaśni skali negatywnych zjawisk, które towarzyszyły zasadniczym przemianom systemu prawnego. Budowaliśmy więc państwo prawa i kulturę konstytucyjną od góry (co nie jest zarzutem, bo było koniecznością historyczną po roku 1989), ale jednocześnie zapomnieliśmy o budowaniu kultury konstytucyjnej w społecznej świadomości, a więc zarówno w świadomości tych, co stosują prawo na co dzień, jak i tych, którzy są jego konsumentami. Trudno zaprzeczyć temu, że praktyka państwa prawa jest co najmniej tak sama ważna jak instytucje, które tworzą ramy, ale muszą być wypełnione realną treścią. Stan obecny to także sprawa edukacji, mediów, nawyków, określonych zachowań, praktyki dnia codziennego. Dzisiaj z większą wyrazistością niż wcześniej dostrzega się skutki zasadniczych zaniedbań w sferze kultury i oświaty, o czym wąskie grono osób reprezentujących naukę i kulturę mówiło od lat, bezskutecznie nawołując kolejne rządy do zwiększenia nakładów na finansowanie tych dziedzin. Proces budowania świadomości obywatelskiej trwa znacznie dłużej niż stworzenie instytucji państwa prawa, a zabezpieczenia instytucjonalne same w sobie – jeśli nie mają dobrej, efektywnej przekładni na realne funkcjonowanie mechanizmów prawnych – nie zdołają zabezpieczyć przed rewoltą i „ucieczką od wolności” na rzecz pewności, iluzji bezpieczeństwa, państwa socjalnego, niespełnialnych marzeń i wyobrażeń.

Paradoksalnie spór o Trybunał Konstytucyjny i jego ustrojową pozycję, który angażował silne emocje społeczne i wytworzył ostre podziały w opinii publicznej, był zarazem czynnikiem sprzyjającym kształtowaniu się nowoczesnej kultury konstytucyjnej. Wyostrenie sporu konstytucyjnego skupiło światło na roli ustrojowej Trybunału i uruchomiło dyskusję, która nigdy wcześniej nie miała tak szerokiego rezonansu w opinii publicznej. Nigdy przedtem społeczeństwo nie miało bowiem szans zrozumienia, na czym polega istota kontroli konstytucyjności prawa, jakie są ograniczenia demokratycznie wybranej większości i dlaczego sąd konstytucyjny

jest potrzebny, aby korygować arbitralność władzy ustawodawczej. Ale jednocześnie cena tej lekcji jest wysoka, zważywszy na paraliż scentralizowanej kontroli konstytucyjności prawa w naszym kraju. Słowa obraźliwe i agresywne wobec Trybunału, podważanie legalności wydanych wyroków, grożenie i wywieranie presji na sędziów – nie pozostają bez negatywnego (i być może trwałego) śladu w świadomości społecznej. Nie można bowiem wykluczyć, że percepcja kryzysu konstytucyjnego przez sporą część społeczeństwa była inna, niż można by oczekiwać – stanowił on być może mocny argument na rzecz tezy, że władza sądownicza nie jest w istocie władzą równorzędną w stosunku do pozostałych, a pozbawienie sędziów autorytetu i wiarygodności jest zasadne, bo pokazuje władzy sądowniczej jej właściwe miejsce w strukturze państwa. W konsekwencji budowanie kultury konstytucyjnej napotykać będzie w przyszłości jeszcze większe bariery, a wyobrażenie, na czym polega demokratyczne państwo prawa, ulegnie dalszej deformacji. Utrwali się przekonanie lansowane dzisiaj przez elity rządzące, że idealna demokracja może być zbudowana w oparciu o demokratycznie wybraną większość do parlamentu, ponieważ „wola suwerena i sprawiedliwość powinny przeważać nad prawem”. To będzie jednak równoznaczne z końcem państwa prawnego i punktem zwrotnym dla wykreowania zupełnie nowej rzeczywistości. Jeśli taki scenariusz miałby się realizować, to trzeba będzie w przyszłości rozpocząć na nowo drogę konstruowania nowoczesnego państwa prawnego i standardów demokratycznych.

Powstaje pytanie: jakie wnioski można wyprowadzić z tych rozważań? Po pierwsze, niezwykle ważna staje się kwestia, w jaki sposób zakończy się najgłębszy w naszej historii kryzys konstytucyjny. Determinacja sędziów Trybunału, skutecznie opierających się do końca kadencji prezesa A. Rzeplińskiego ogromnej presji wywieranej przez parlament i rząd, wytrwałość w obronie najważniejszych wartości konstytucyjnych i niezłomność w respektowaniu ukształtowanej linii orzeczniczej stanowią mocny argument na rzecz tezy mniej pesymistycznej niż sformułowana wyżej. Można bowiem założyć, że postawa sędziów Trybunału utworzyła mocny fundament trwałej świadomości konstytucyjnej Polaków i będzie dawała silny impuls dla wytworzenia się kultury konstytucyjnej. Przeciwno temu przemawia jednak dokonujący się obecnie proces ostatecznej anihilacji

aktywności Trybunału Konstytucyjnego, a w konsekwencji przekształcanie kontroli konstytucyjności prawa w grę pozorów.

Po drugie, szybkość i skuteczność, z jaką nastąpiła destrukcja sądownictwa konstytucyjnego, nakazuje rewizję przekonania, że odpowiednie gwarancje instytucjonalne zakorzenione w normach konstytucyjnych są wystarczającą barierą przed zachowaniami rządzących, którzy deklarują wprost odrzucenie zasad państwa prawa na rzecz woli suwerena, sprawiedliwości, większości sejmowej *etc.* Zabezpieczenia instytucjonalne i gwarancje konstytucyjne pozostają skuteczne tylko w takim stopniu, w jakim istnieje konsens co do tego, że konstytucja wyznacza nieprzekraczalne ramy dla wszelkich działań instytucji publicznych, partii politycznych i wszystkich uczestników życia publicznego. Relatywizacja wartości konstytucji na rzecz wartości odmiennej natury, takich jako „wola suwerena” czy „sprawiedliwość będąca ponad prawem”, uniemożliwia dalsze funkcjonowanie państwa prawa. Ostatecznie losy państwa zaczynają od tego momentu zależeć nie od konstytucji i zawartych w niej gwarancji, ale od arbitralnej woli innych podmiotów życia publicznego. W takiej sytuacji otwiera się w istocie ważna rola do odegrania przez suwerena, ale nie jako cenzora konstytucji, ale jako jej ostatecznego obrońcy. Taka sytuacja stawia jednak wysoko poprzeczkę społeczeństwu obywatelskiemu odnośnie wymagań dotyczących wysokiej kultury konstytucyjnej. Dobra konstytucja niepoparta świadomością konstytucyjną obywateli nigdy więc nie będzie tworzyła wystarczającego zabezpieczenia przed „deformacjami systemowymi”, także tymi, które konfrontujemy dzisiaj.

Po trzecie, w nawiązaniu do powyższej uwagi, warto skorzystać z „wiatru historii”, to jest tych szans, które – jak refleks istniejącego kryzysu – wytworzyła debata publiczna o sądownictwie konstytucyjnym i roli gwarancji konstytucyjnych. Idąc za ciosem, należy budować w społeczeństwie patriotyzm konstytucyjny. Wymaga to uruchomienia na szeroką skalę akcji edukacyjnej na wielu poziomach i w różnorodnych formach. Pojawiające się dzisiaj inicjatywy powołania wyspecjalizowanych *think-tanków*, które dokonując na bieżąco monitoringu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, opracowywałyby jednocześnie alternatywne – w stosunku do wyroków obecnego Trybunału – propozycje oceny konstytucyjności prawa, mogą stanowić dobry przykład działań na rzecz podnoszenia

świadomości konstytucyjnej. Wykorzystajmy rosnące systematycznie zainteresowanie przeciętnych odbiorców prawa orzecznictwem Trybunału i jego rolą w utrwalaniu praw podstawowych jednostki. To jednak należy czynić z wyobraźnią i w sposób dostatecznie plastyczny, wolny od abstrakcji i ogólników, operujący przykładami i językiem adresowanym do „normalnych ludzi”, a nie do wąskiego kręgu uczonych prawników.

Po czwarte, kultura konstytucyjna, w szerokim tego słowa rozumieniu, musi mocniej zaistnieć w orzecznictwie sądów powszechnych – chodzi tu przede wszystkim o umiejętność spojrzenia na stosowaną normę prawną z perspektywy szerszej, systemowej, która umożliwi w procesie interpretacji prawa i poszukiwania prawidłowego rozwiązania uwzględnienie zasad i wartości zawartych w Konstytucji. Metody osiągania tego celu są zróżnicowane. Na pierwszym miejscu należy wskazać wykładnię prokonstytucyjną (która jest postacią współstosowania konstytucji), wymagającą znajomości „*acquis constitutionnel*”, bogatego i utrwalonego w okresie trzydziestu lat orzecznictwa Trybunału. Powinna być przez sądy coraz częściej brana pod uwagę możliwość bezpośredniego zastosowania Konstytucji przy ocenie norm ustawowych, włącznie – czego dzisiaj już nie można wykluczyć – z odmową zastosowania ustawy w pewnych wyjątkowych sytuacjach (zob. dalsze uwagi). Budowanie świadomości konstytucyjnej wymaga więc gruntownej zmiany nawyków sądowego stosowania prawa i otwarcia się – znacznie szerszego niż dotychczas – w myśleniu sędziowskim na aksjologię konstytucyjną, bo jest to najlepszy sposób na zbliżenie abstrakcyjnych norm Konstytucji do odbiorców prawa.

2. Czy w Polsce nastąpił świadomy wybór modelu sądownictwa konstytucyjnego?

Historia znowu kładzie się cieniem na sporach o rolę i znaczenie sądownictwa konstytucyjnego w Rzeczypospolitej, ponieważ jego powstanie było efektem reform konstytucyjnych z 1985 r., reform – w założeniu twórców – o charakterze dekoracyjnym, które miały służyć uspokojeniu pewnej części opinii publicznej poprzez nadanie sygnału, że rozpoczyna się ewolucja w kierunku bardziej liberalnego, „ludzkiego” systemu. W momencie, w którym powstawał pierwszy Trybunał Konstytucyjny, nie mogła się toczyć żadna poważna debata publiczna. Za wyjątkiem

bardzo wąskiego kręgu elit prawniczych – nikt nie posiadał świadomości co do tego, jaka może być potencjalna rola i praktyczne znaczenie kontroli konstytucyjności prawa. W warunkach, w których nie było prawdziwego parlamentu, a prawo pozostawało podporządkowane dyrektywom politycznym monopartii – przestrzeń dla takiego organu jak Trybunał Konstytucyjny była nadzwyczaj wąska⁶. Według dzisiejszych kryteriów można by go opisać jako wewnętrzny organ sprawujący kontrolę w zakresie jakości legislacji, ale bez misji rzeczywistego ograniczenia arbitralności władzy. Wąskie kompetencje, brak ostateczności orzeczeń, wyłączenie starszego, ale obowiązującego ustawodawstwa spod kontroli, a nadto determinowany przez władze polityczne wybór sędziów – miały gwarantować zachowanie statusu organu o bardziej dekoracyjnych niż autentycznych kompetencjach. Z takiej dopiero perspektywy można zauważyć determinację, wyobraźnię i niemalą odwagę pierwszego składu Trybunału, który w takich warunkach zdołał jednak uruchomić proces kształtowania się autentycznej kontroli konstytucyjności. Nic nie ujmując twórcom i pierwszym sędziom Trybunału w warunkach PRL – aktywność Trybunału ani nie stanowiła przedmiotu szerszej debaty, ani nie mogła odgrywać roli decydującej w kierunku transformacji ustroju.

Trybunał Konstytucyjny zaistniał w szerszej świadomości społecznej dopiero po 1989 r. – w swoich przełomowych orzeczeniach dotyczących majątku PZPR⁷, równego traktowania (np. w sprawie Narodowych Funduszy Inwestycyjnych)⁸, nauczania religii w szkołach publicznych⁹, uchwały lustracyjnej sejmu z 1992 r.¹⁰, rewaloryzacji emerytur i rent z 1992 r.¹¹ czy zasad ustawodawstwa podatkowego i ochrony interesów w toku¹² *etc.* Rzecz ciekawa, że ramy demokratycznego państwa pozwoliły na to, aby po 1989 r. – pomimo gorsetu wąsko skrojonych kompetencji – Trybunał

6 Zob. ustawę o TK z dn. 29 IV 1985 r., Dz.U. 1985, nr 22, poz. 98. Ujęcie kompetencji Trybunału było niezwykle restryktywne, dotyczyło m.in. zarówno zakresu czasowego (akty normatywne przed wejścia w życie ustawy nie mogły w zasadzie podlegać kontroli – art. 35), jak i samego obowiązywania wyroków Trybunału (zgoda sejmu – art. 6).

7 Wyrok TK z 5 XI 1996 r., K 6/96, OTK 1996, nr 5, poz. 2.

8 Wyrok TK z 3 IX 1996 r., K 10/96, OTK 1996, nr 4, poz. 33.

9 Wyrok TK z 30 I 1991 r., K 11/90, OTK 1991, poz. 2.

10 Por. wyrok TK z 19 VI 1992 r., U 6/92, OTK 1992, poz. 13.

11 Wyrok TK z 11 II 1992 r., K 14/91, OTK 1992, poz. 7.

12 Por. wyrok TK z 29 III 1994 r., K 13/93, OTK 1994, cz. I, s. 49–50.

Konstytucyjny mógł zaistnieć jako autentyczny organ kontroli konstytucyjności, czego dowodem były owe słynne obwieszczenia prezesa Trybunału o utracie mocy obowiązującej przepisów – pomimo braku głosowania w sejmie (tak było do 1999 r.), jeżeli nie nastąpiło ono w okresie sześciu miesięcy od ogłoszenia wyroku (był to skutek wspomnianej wyżej uchwały Trybunału z 20 X 1993 r.¹³). Nikt publicznie nie podważał zasadności i celowości kontroli konstytucyjności prawa, nie toczyła się w tej sprawie żadna szersza debata publiczna (pomijam dyskusje akademickie). W związku z przygotowaniem projektu nowej konstytucji miały oczywiście miejsce szerokie dyskusje w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego o kształcie sądownictwa konstytucyjnego – spór toczył się m.in. o fundamentalne kwestie modelowe dotyczące podstawowego kierunku rozwiązań: o kwestię scentralizowanej lub rozproszonej konstytucyjności¹⁴, o zakres konkretnej kontroli – a zwłaszcza o formułę skargi konstytucyjnej i o stosunek do prawomocnych i ostatecznych orzeczeń sądowych (i o możliwość bezpośredniej zmiany takiego orzeczenia przez Trybunał Konstytucyjny, a także o kontrolę samego aktu stosowania prawa). Mam dzisiaj zresztą mocne przekonanie, że kompromisy w zakresie kształtu skargi konstytucyjnej nie były dobre i bardzo poważnie osłabiły szanse na szersze zaistnienie w świadomości publicznej – zrozumienie znaczenia tej instytucji jako szczególnie ważnego instrumentu ochrony przestrzegania praw podstawowych.

Szczególnie istotny wydaje się jednak w rozważanym tu kontekście fakt, że dyskusje te miały jednak charakter ekspercki, specjalistyczny. Nie pojawiał się w konsekwencji problem celowości kontroli konstytucyjności jako takiej (w tej lub innej formie), ponieważ uważano to za sprawę oczywistą i przesądzoną. Nie było też rzeczywistej debaty trafiającej do szerszych grup społecznych na temat właściwego kształtu państwa prawa, w tym roli władzy sądowniczej i kontroli konstytucyjności. Niepodjęta została próba nakierowana na pokazanie opinii publicznej zasadniczych różnic w ujęciu samego modelu ustrojowego: z jednej strony demokracji

13 W 6/93, OTK 1993, poz. 51.

14 Zob. elementy tej dyskusji przypomniane przez A. Mączyńskiego i J. Podkowika w *Komentarzu do Konstytucji RP. Tom II*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1175 i n. Do dyskusji tych warto dzisiaj sięgnąć w związku z dyskusją o powrocie koncepcji rozproszonej kontroli konstytucyjności.

opartej na zasadzie podziału i równowagi władz, z drugiej utrwalanego przez cała lata modelu jedności władzy państwowej i pozornego prymatu władzy ustawodawczej, za którym kryła się władza monopartii. Musimy więc skonstatować totalne zaniechanie elit prawniczych, politycznych i intelektualnych w inicjowaniu takiej debaty. Społeczeństwo zostało w konsekwencji pozbawione szans na zrozumienie zagrożeń wynikających z kierowania się prostą – by nie powiedzieć prymitywną – wersją demokracji większościowej, w której znika zasada podporządkowania prawu, równoważenia władz oraz rola sądu konstytucyjnego jako ostatecznego gwaranta praw i wolności. W rezultacie nowoczesne rozwiązania konstytucyjne trafiły na grunt kompletnie nieprzygotowany, na całkowity „ugór” w sferze świadomości konstytucyjnej. Ludzie ruszyli do referendum konstytucyjnego, bo im powiedziano, że lepiej mieć konstytucję, że „to ważne dla państwa i jego tożsamości”, ale nie dlatego że rozumieli dobrze związki pomiędzy „abstrakcją konstytucyjną” a rzeczywistością, a zwłaszcza związek pomiędzy własną wolnością a rozwiązaniami instytucjonalnymi. Dzisiaj zbieramy owoce tych zaniechań w postaci m.in. tak łatwo „sprzedawanego” w przestrzeni publicznej argumentu nakierowanego na dezawuowanie roli sądu konstytucyjnego – o przewadze woli narodu nad wolą kilkunastu sędziów. Aby zrozumieć lepiej rzeczywistość, w której żyjemy, zamiast mówić o dokonaniach należy też bardziej akcentować zaniechania – te lepiej czasem opisują naszą rzeczywistość, pozwalają głębiej ją zrozumieć, a to jest pierwszy i konieczny krok do wskazania sposobów na wyjście z tej sytuacji.

3. Blaski i cienie modelu scentralizowanej kontroli konstytucyjności

W debatach toczących się w kręgach prawniczych pojawia się coraz częściej pytanie, czy obrany model scentralizowanej kontroli konstytucyjności może być dzisiaj, zwłaszcza na tle doświadczeń ostatnich kilkunastu miesięcy, uznany za najbardziej trafny i skuteczny jako instrument gwarantujący pierwszeństwo konstytucji w porządku prawnym. Czy model ten może być uznany za pozytywnie potwierdzony przez dotychczasowe doświadczenia? Czy ma on przewagę nad koncepcją rozproszonej kontroli konstytucyjności, dopuszczającą odwołanie się przez sądy orzekające

w konkretnych sprawach do zasady *lex superior*, także dla uzasadnienia odmowy zastosowania reguł ustawowych, które w ocenie sądu są niezgodne z Konstytucją?

Na początek kilka uwag porządkujących. Istnienie sądu konstytucyjnego, zakładającego co do zasady model scentralizowanej kontroli konstytucyjności, *per se* nie wyklucza – ani też nigdy nie wykluczało – bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy orzekające w konkretnych sprawach, chociaż w tej kwestii istnieje już na poziomie terminologii niezwykle dużo nieporozumień. Pojęcie „bezpośredniego stosowania” Konstytucji rozumiem szeroko – jako wszelkie formy odwołania się w procesie wykładni i stosowania prawa do norm konstytucyjnych dla ustalenia prawidłowej podstawy rozstrzygnięcia. Twierdzenie, w dyskusjach powtarzane niekiedy nieco bezmyślnie, że ci, którzy kwestionują kompetencję sądu do odmowy zastosowania ustawy, co do której tenże sąd przyjmuje ocenę niezgodności z Konstytucją, są przeciwnikami bezpośredniego stosowania Konstytucji – jest zwyczajnie nieprawdziwe. W sensie czysto logicznym, a także w zgodzie z przyjętymi powszechnie zasadami inferencyjnymi każda rekonstrukcja znaczenia normy przy „użyciu” norm konstytucyjnych jest jednocześnie formą bezpośredniego stosowania Konstytucji. Dotyczy to współstosowania normy konstytucyjnej oraz normy hierarchicznie niższej, wykładni prokonstytucyjnej, i poszukiwania pomiędzy alternatywnymi wynikami wykładni tego, który jest w zgodzie z Konstytucją, ale także i wystąpienia z pytaniem do sądu o konstytucyjność normy po zidentyfikowaniu problemu potencjalnej niezgodności ustawy z Konstytucją. Takie metody bezpośredniego stosowania Konstytucji nigdy nie były przedmiotem kontrowersji, stanowiły natomiast przedmiot częstych postulatów kierowanych do sądów.

Spór rzeczywisty dotyczy w istocie tej formy zastosowania *lex superior*, która prowadzi do odmowy zastosowania przez sąd obowiązującej ustawy jako sprzecznej z Konstytucją (jest to tzw. wąskie rozumienie bezpośredniego stosowania Konstytucji). Opowiadałem się zawsze na rzecz takiej interpretacji art. 193 Konstytucji, która przyjmowała obowiązek postawienia pytania prawnego Trybunałowi, jeśli sąd dochodził do przekonania, że istnieją poważne wątpliwości co do konstytucyjności przepisu, *ergo* na tle takiego podejścia konsekwentnie należało uznać, że sąd nie

dysponuje możliwością odmowy zastosowania przepisu, który uznaje za niezgodny z Konstytucją. Rygoryzm takiego stanowiska był łagodzony w odniesieniu do sytuacji, w których niezgodność przepisu z Konstytucją była oczywista (w szczególności w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego albo orzecznictwa trybunału strasburskiego, wtedy kiedy norma konwencyjna pokrywała się treściowo z normą konstytucyjną). Dzisiaj jestem skłonny zmienić swoje stanowisko (argumenty przedstawiam w dalszej części), ale nadal uważam, że zastosowanie modelu kelsenowskiego byłoby najbardziej spójne z rozwiązaniami konstytucyjnymi, podczas gdy rozproszona kontrola konstytucyjności jest w jakimś stopniu dysfunkcyjna w stosunku do przyjętych założeń. Co do zasady opowiadam się więc za modelem kelsenowskim, ale jednocześnie doświadczenia trzydziestu lat funkcjonowania tego modelu w Polsce skłaniają mnie do rozważenia pewnych korekt, innego rozłożenia akcentów niż w modelu klasycznym, opierającym się w istocie na idei pozostawienia interpretacji prawa w świetle ustawy zasadniczej wyłącznie wyspecjalizowanemu sądownictwu. Ta kwestia wymaga pewnego rozwinięcia.

Scentralizowana i zhierarchizowana kontrola konstytucyjności w sytuacji, kiedy działa niezależny sąd konstytucyjny, a legitymacja czynna do wszczęcia postępowania w zakresie kontroli konstytucyjności prawa jest szeroko ujęta (i obejmuje w szczególności indywidualną skargę konstytucyjną), stanowi najbardziej skuteczny i silny instrument chroniący prawa podstawowe i zasady demokratycznego państwa prawa przed arbitralnością czy dyskrejonalnością rządzącej większości. Żaden system (rozproszony konstytucyjności) nie umożliwia całościowej i spójnej kontroli niekonstytucyjności prawa i nawarstwiania się negatywnych czy wręcz patologicznych „faktów ustawodawczych”, które w przeciwnym wypadku mogą zawierać w sobie wystarczająco silny potencjał, by zmienić system konstytucyjny. Nie można tracić z pola widzenia faktu, że kontrola scentralizowana ma z natury rzeczy znacznie szerszy zakres przedmiotowy od kontroli konkretnej, realizowanej w ramach postępowań sądowych. Dlatego tak ważną wydaje się koncepcja kontroli abstrakcyjnej, niezależnie od konkretnych spraw sądowych, a także kontroli prewencyjnej.

Po drugie, tylko scentralizowana kontrola według modelu kelsenowskiego zapobiega niepewności i nieprzewidywalności prawa, zważywszy

na skutek prawny wyroku sądu konstytucyjnego, który polega na eliminacji przepisu niekonstytucyjnego z systemu prawnego. Z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego obywateli i jedności interpretacji i stosowania prawa stanowi to wartość o bardzo istotnym znaczeniu.

Po trzecie, scentralizowana w gestii wyspecjalizowanego organu sądowego kontrola konstytucyjności stanowi niedoceniany dostatecznie, ale przecież niezwykle ważny instrument zapewniający szerokie, wielostronne oddziaływanie Konstytucji na kształt systemu prawa, na tworzenie się jego spójnej i wspólnej aksjologii, powstanie kultury konstytucyjnej. Orzecznictwo Trybunału stanowiło, zwłaszcza w pierwszym okresie transformacji ustrojowej, potężny stymulator zmian we wszystkich gałęziach prawa – od prawa administracyjnego, karnego do prawa prywatnego. Wyspecjalizowana, wytworzona przez orzecznictwo Trybunału metodologia interpretacji norm konstytucyjnych, aparatura pojęciowa z położeniem nacisku na autonomię pojęć konstytucyjnych, ustalenie kierunku wykładni podstawowych zasad i wartości oraz ich wzajemnych relacji¹⁵ – to ogromny dorobek orzecznictwa, który mógł się pojawić jedynie w ramach modelu kontroli scentralizowanej. Można z dużym prawdopodobieństwem założyć, że także w nowych warunkach ustrojowych sądy powszechne nie byłyby w stanie w przybliżonym nawet stopniu doprowadzić do konstytucjonalizacji wszystkich dziedzin prawa w Rzeczypospolitej, zważywszy przede wszystkim na brak odpowiedniego odniesienia do jakichkolwiek wcześniejszych tradycji i doświadczeń, a także wszechobecny system bardzo formalnego, dogmatycznego sposobu interpretowania i stosowania prawa w praktyce sądowej. Impuls nadany przez orzecznictwo sądu konstytucyjnego był więc w tych warunkach absolutnie konieczny do tego, aby pojawiła się swoista „wrażliwość konstytucyjna” w myśleniu prawniczym, która po raz pierwszy w naszej historii sprawiła, że konstytucja przybrała kształt realnie obowiązującego i funkcjonującego w praktyce aktu normatywnego i utraciła swą czysto dekoracyjną rolę. Już w schyłkowym okresie PRL-u zaczęło się mówić o konstytucji w zupełnie inny sposób dzięki orzecznictwu Trybunału Konstytucyjnego, które kształtowało się

15 Zob. m.in. T. Stawecki, *Koncepcja autonomicznej wykładni pojęć konstytucyjnych: od praktyki do teorii*, w: *Wykładnia konstytucji: Inspiracje, teorie, argumenty*, red. T. Stawecki, J. Winczorek, Warszawa 2014, s. 242 i n.

pomimo mocno okrojonych kompetencji sądu konstytucyjnego w tamtym czasie.

Model scentralizowanej kontroli konstytucyjności zawiera w sobie jednocześnie pewne słabości, w pewnym sensie utrwalane przez praktykę Trybunału Konstytucyjnego. Po pierwsze, koncepcja zakładająca w szerokim zakresie operowanie abstrakcyjną kontrolą ustaw jest bardzo trudna w odbiorze dla znakomitej większości społeczeństwa. Bardzo pomniejsza to atrakcyjność gwarancyjnej roli orzecznictwa konstytucyjnego w percepcji opinii publicznej, która z natury rzeczy ma poważne kłopoty z dostrzeganiem związku pomiędzy sformalizowanym i abstrakcyjnym językiem wyroków Trybunału odnoszącym się do czystej oceny norm a konkretną sytuacją, która potencjalnie może dotyczyć praw i wolności jednostki.

Po drugie, model scentralizowany zawiera w sobie pewną psychologiczną barierę dla sądów powszechnych przy stosowaniu bezpośrednim konstytucji w zakresie wykładni norm w zgodzie z normą hierarchicznie wyższą, zawartą w konstytucji (wykładnia prokonstytucyjna), czy co najmniej przy ocenie stosowanych norm ustawowych dokonywanej w celu postawienia pytania prawnego Trybunałowi w trybie art. 193 Konstytucji. W zasadzie relatywnie mała otwartość na szersze stosowanie Konstytucji w praktyce sądowej utrzymywała się przez cały czas, co częściowo tylko można tłumaczyć nazbyt długą procedurą przed Trybunałem. Sędzia pozbawiony możliwości sięgnięcia wprost do Konstytucji z pominięciem jego zdaniem niekonstytucyjnej ustawy skłonny był więc raczej unikać wątpliwości konstytucyjnych wynikających z szerszego odniesienia do kontekstu konstytucyjnego. Co więcej, brak takiej możliwości stawał się coraz bardziej niezrozumiały dla sędziów otwierających się na stosowanie standardów ochrony ukształtowanych na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, które zawierały treść tożsamą lub zbliżoną do odpowiednich norm konstytucyjnych, a jednocześnie mogły być zastosowane bezpośrednio, z pominięciem niezgodnej z nimi ustawy (art. 91 ust. 1).

Po trzecie, model skargi konstytucyjnej, ujętej jako formuła pośrednia pomiędzy instrumentem kontroli abstrakcyjnej i kontroli konkretnej, utrudniał percepcję waloru gwarancyjnego skargi jako środka ochrony praw i wolności w porównaniu do skargi indywidualanej (np. w systemie niemieckim), obejmującej również kontrolę nad procesem stosowania

prawa. Polskie rozwiązanie zostało w konsekwencji przyjęte w maksymalnym uzgodnieniu z koncepcją kelsenowską – kontroli normy, co było, moim zdaniem, największą ułomnością tego instrumentu. Z perspektywy jednostki zawsze będzie mieć podstawowe – jeśli nie jedyne – znaczenie skorygowanie niezgodnego z gwarancjami konstytucyjnymi aktu stosowania prawa, a konstatacja, że sąd błędnie zastosował normę, nie przekłada się w żadnym stopniu na sferę jej interesów, zważywszy, że nawet możliwości odszkodowania za bezprawne, ostateczne i prawomocne orzeczenie sądowe zostały *de facto* wyeliminowane przez jednolite w tym względzie orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego¹⁶. Dotychczasowe doświadczenia orzecznictwa w sprawie skarg konstytucyjnych zdają się potwierdzać relatywnie niską efektywność tego instrumentu i występujące na tle przyjętego rozwiązania zasadnicze trudności w praktyce związane z przeprowadzeniem wyrazistej linii demarkacyjnej pomiędzy oceną stosowania normy a jej treścią, co w sposób nieunikniony prowadzić musi do pewnej arbitralności rozstrzygnięć w tym przedmiocie. Nie istnieje wszakże „czysta” norma w ujęciu abstrakcyjnym jako formalny zapis normatywny – to, co się jawi jako przedmiot analiz i oceny, jest już zawsze jakąś treścią „zdeformowaną” przez interpretację i wiedzę o stosowaniu normy. Przyjęcie konstrukcji badania treści normy, z pominięciem jej stosowania, jest więc obarczone nieuchronną sztucznością. W konsekwencji wyłączenie z kręgu kompetencji Trybunału Konstytucyjnego oceny aktów stosowania prawa musiało wyraźnie ograniczać zakres interakcji pomiędzy sądami a Trybunałem, pomniejszało realnie sferę ochrony konstytucyjnej jednostki, dystansując ją tym samym od bezpośredniego zainteresowania samą instytucją skargi konstytucyjnej, niepostrzeżoną jako skuteczny instrument ochrony. Składnikiem tego mało zachęcającego obrazu jest bez wątpienia nadmierne skomplikowana procedura, która nawet skargę dostępną i „wygraną” przed Trybunałem czyniła mało operatywnym instrumentem ochrony, gdyż dopiero w następnych postępowaniach sądowych stawało się

16 Zob. orzecznictwo SN w sprawie odpowiedzialności władzy publicznej za bezprawne orzeczenia, np. wyrok SN z 17 V 2006 r., I CNP 14/06, niepublik.; wyrok SN z 22 III 2007 r., II CNP 124/06, niepublik.; wyrok SN z 14 IV 2008 r., II BP 62/07, niepublik.; zob. też wyrok TK z 27 IX 2013 r., SK 4/11, Dz.U. 2012, poz. 1104. Zob. także moją krytykę tego podejścia w: R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 385–386.

możliwe, poprzez wznowienie postępowania, „skonsumowanie” zwycięstwa i osiągnięcie skutku, o który stronie w danym przypadku chodziło, a więc zmiany orzeczenia lub decyzji (innego rozstrzygnięcia) o prawach jednostki. Model skargi wydaje się – w świetle doświadczeń dwudziestu lat obowiązywania Konstytucji – dysfunkcyjny i obciążony trudną do pokonania sprzecznością wewnętrzną pomiędzy elementami kontroli abstrakcyjnej i kontroli konkretnej¹⁷.

Pomimo wskazanych słabości modelu kelsenowskiego w postaci przyjętej w Konstytucji z 1997 r. należy przyznać jego przewagę w polskiej rzeczywistości prawnej nad systemem kontroli rozproszonej, ale przy koniecznym założeniu, że model ów ma warunki do funkcjonowania w zgodzie z Konstytucją, co nie wyklucza oczywiście koniecznych korekt, wynikających z dotychczasowych doświadczeń. Warto więc w tym miejscu przypomnieć ryzyka związane z modelem rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa.

Po pierwsze, nie można tracić z pola widzenia faktu, że w przeciwieństwie do systemów *common law* polski porządek prawny oparty na zasadzie prawa pisanego nie operuje sformalizowanym i zhierarchizowanym systemem precedensów, połączonym z ukształtowaną przez setki lat metodologią *distinguishing*, a wobec tego ryzyko pojawienia się zasadniczych rozbieżności w wykładni konstytucyjnej, a w konsekwencji w ocenie konstytucyjności obowiązujących ustaw – wydaje się szczególnie wysokie. Jego skutkiem w sposób nieunikniony staje się obniżenie poziomu bezpieczeństwa i przewidywalności prawa. Problem koherencji i spójności orzecznictwa sądowego jest dostrzegany od dawna, przy czym dotyczy on nie tylko sądów niższych instancji, ale także orzeczeń Sądu Najwyższego czy Naczelnego Sadu Administracyjnego.

Po drugie, w ramach obecnego systemu rozproszona kontrola konstytucyjności będzie z natury rzeczy dotyczyła stosowania prawa

17 Warto przy okazji wspomnieć, że zdarzały się sytuacje, kiedy po „wygranej” skardze konstytucyjnej nie dochodziło do wznowienia postępowania sądowego, a wobec tego owoc zwycięstwa okazywał się całkowicie „zatruty”, a w każdym razie nie przynosił żadnego pozytywnego rezultatu. Tak było np. w wyniku słynnej skądinąd skargi konstytucyjnej, która zapoczątkowała zasadniczą zmianę w koncepcji odpowiedzialności władzy publicznej na tle art. 77 Konstytucji. Zob. wyrok TK z 24 XII 2001 r. w sprawie SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 56. Zob. też komentarz do tego wyroku: L. Bosek, w: *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Derlatka, L. Garlicki, M. Wiącek, Warszawa 2016, s. 430 i n.

w konkretnym postępowaniu dla osiągnięcia prawidłowego rozstrzygnięcia w sprawie, a nie jego obowiązywania. Ustawa, której odmówiono zastosowania, nie ulega derogacji, pozostaje w dalszym ciągu elementem porządku prawnego i korzysta z domniemania zgodności z Konstytucją, a więc nigdy nie można wykluczyć, że w innej konfiguracji faktycznej i przy zastosowaniu innych wzorców konstytucyjnych zostanie ona uznana za zgodną z Konstytucją. Ustawa uznana *in casu* za niezgodną z Konstytucją w konkretnym postępowaniu czy nawet przez wiele sądów różnych szczebli będzie nadal wywoływała skutki prawne w działaniach organów administracji państwowej i dla kształtowania sytuacji prawnej obywateli. Zauważmy, że owa rozbieżność ocen odnoszących się do konstytucyjności ustawy, a zwłaszcza brak skutku derogacyjnego, nie jest koniecznym elementem systemów *common law*, zważywszy na hierarchię precedensów i skutek derogacyjny, który jest niekiedy związany z orzeczeniami najwyższej instancji sądowej, tak jak w wypadku Sądu Najwyższego USA.

Po trzecie, rozproszona ocena konstytucyjności zakłada, że sądy będą dokonywały w procesie stosowania prawa zabiegu dekodowania podstawy normatywnej rozstrzygnięcia z uwzględnieniem szerokiego kontekstu systemowego obejmującego w szczególności normy hierarchicznie najwyżej usytuowane, zawarte w Konstytucji. Wymaga to użycia szerokiego wachlarza instrumentów wykładni, swobody sięgania do reguł inferencyjnych pierwszego i drugiego stopnia, swoistej wyobraźni i wrażliwości konstytucyjnej. Nie jest to oczywiście niemożliwe; wręcz przeciwnie – należy do tego dążyć i jest to przedmiotem od dawna formułowanych postulatów. Nie sposób jednak nie zauważyć, że finezyjność i swoboda posługiwania się nowoczesnymi zasadami wykładni nie są dzisiaj cechami powszechnie rozwiniętymi w praktyce orzeczniczej, co wynika z wielu powodów, w tym braku odpowiedniej tradycji wykładni w naszym systemie, wykraczającej poza poziom logicznojęzykowy, ale także z błędów kształcenia prawniczego na uniwersytetach (o czym piszę dalej). Wypada zauważyć, że słusznie postulowana przez filozofię i teorię prawa koncepcja koniecznej rekonstrukcji treści normy w taki sposób, by uwzględnione zostały relacje hierarchicznego podporządkowania norm w porządku prawnym,

w zgodzie z zasadą *lex superior...*, nie ulega – o czym wspomniano już wyżej – *per se* zakwestionowaniu w wypadku scentralizowanej kontroli konstytucyjności, o ile w sposób prawidłowy funkcjonuje instytucja pytania prawnego do sądu konstytucyjnego (jego zadanie wymaga wszak przeprowadzenia takiej wykładni), a sądy przejawiają skłonność do sięgania szerzej do kontekstu systemowego, odwołując się do metod współstosowania Konstytucji oraz wykładni prokonstytucyjnej. W odniesieniu do żadnej z tych form stosowania bezpośredniego Konstytucji orzecznictwo sądowe nie rozwinęło się, jak dotychczas, zgodnie z oczekiwaniami¹⁸.

Po czwarte, skoncentrowana kontrola oceny ważności obowiązujących aktów normatywnych i ich wiążącej wykładni jest postrzegana na poziomie europejskim jako podstawowy instrument zapewnienia efektywnego i spójnego funkcjonowania wspólnego porządku prawnego. Kiludziesięcioletnie doświadczenia orzecznictwa europejskiego wskazują, że wyłączność kompetencji Trybunału Sprawiedliwości nie stanowi takiego ograniczenia kompetencji sądów krajowych, które pozostawałoby w sprzeczności z misją tych sądów w zakresie interpretacji i stosowania prawa w sprawach przed nimi się toczących. Jest tak jednak tylko pod jednym warunkiem, a mianowicie że poprawnie przebiega współpraca sądów krajowych i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a więc toczy się rzeczywisty dialog sądowy pozwalający na to, że ostateczny rezultat wykładni normy europejskiej jest *de facto* owocem argumentacji płynącej z obu stron – sądu krajowego i Trybunału. Nie ma powodów, by tego mechanizmu nie przenieść na poziom relacji sądy krajowe – sąd konstytucyjny, ale wymagałoby to – powtórzmy jeszcze raz – zaistnienia warunków, które dzisiaj niestety nie występują.

Po piąte, kontrola rozporozszona nigdy nie zastąpi, pod względem swojego zakresu i form, kontroli skoncentrowanej – poza granicami tej pierwszej pozostanie czysto abstrakcyjna kontrola o charakterze prewencyjnym, a więc dokonywana jeszcze przed wejściem w życie aktu ustawowego, a także abstrakcyjna kontrola norm obowiązujących, które nigdy przedtem nie stanowiły przedmiotu stosowania w postępowaniach sądowych.

18 Zob. K. KowalikBańczyk, M. Wróblewski, *Application of the Charter of Fundamental Rights by Polish Courts and the jurisprudence of the Polish Constitutional Tribunal*, „Yearbook of Polish European Studies” 2015, vol. 18, s. 239 i n.

Warto wreszcie dodać, że sądy powszechne nie dysponują aparaturą, która umożliwi – w związku z oceną konstytucyjności norm – sądowi konstytucyjnemu wpływanie w dużo większym stopniu na stabilizację i pewność porządku prawnego, przede wszystkim poprzez bezpośrednie ustalenie skutków uchylenia normy niekonstytucyjnej, a także odroczenia w czasie wejścia wyroku w życie.

Na koniec należy zauważyć, że rozproszona kontrola konstytucyjności prowadzi do sytuacji, w której sąd powszechny, oceniając zasadność konstytucyjną zastosowania obowiązującej ustawy, będzie musiał niejednokrotnie rozstrzygać dylematy o charakterze tyleż prawnym, co etycznym i społecznym, zależne od zasadniczych wyborów natury aksjologicznej – czyniąc to za pośrednictwem wykładni dokonywanej w oparciu o bardzo ogólnie ujęte i niedookreślone w swej treści konstytucyjne klauzule generalne¹⁹. Odwołując się do zasad konstytucyjnych, sędzia, rozstrzygając konkretną sprawę i ważąc racje na rzecz jednej z możliwych opcji, będzie stawał się z konieczności dworkinowskim Herkulesem. Tymczasem nie ulega wątpliwości, że to właśnie ze względu na ową szczególną rolę przy ocenie obowiązujących ustaw z punktu widzenia niedookreślonych zasad i wartości konstytucyjnych sędziowie konstytucyjni są we wszystkich systemach kontroli scentralizowanej wyłanianiani w odmienny sposób niż sędziowie innych segmentów wymiaru sprawiedliwości, zawsze co najmniej przy udziale parlamentu. Ten system powoływania sędziów konstytucyjnych stanowi także instrument zapewnienia właściwej równowagi pomiędzy władzami.

Argumenty na rzecz rozproszonej kontroli konstytucyjności nie są więc ani oczywiste, ani też łatwe w realizacji. Co więcej, w moim przekonaniu, orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego w okresie ostatnich trzydziestu lat dowiodło, że kelsenowski model scentralizowanej kontroli konstytucyjności może – pomimo pewnych słabości, częściowo możliwych do skorygowania (np. w zakresie skargi konstytucyjnej) – wywierać pozytywny wpływ na cały system prawa. Model ten napotyka jednak obecnie zasadniczą barierę, jaką staje się paraliż Trybunału Konstytucyjnego, a przede wszystkim obsadzenie jego

¹⁹ Szeroko pisałem o tym w artykule: M. Safjan, *O różnych metodach oddziaływania horyzontalnego praw podstawowych na prawo prywatne*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 2, s. 3 i n.

składu osobami nielegalnie powołanymi. W dzisiejszych warunkach utrzymywanie tezy o wyłączności kontroli skoncentrowanej musiałoby grozić obezwładnieniem gwarancji konstytucyjnych, czy wręcz prowadzić do zakwestionowania nadrzędnej roli Konstytucji w systemie prawnym. Dzisiaj wybór na rzecz modelu kontroli konstytucyjności staje się – w moim przekonaniu – wyborem na rzecz określonych wartości konstytucyjnych, jest dokonywany pomiędzy koncepcją wynikającą z założeń Konstytucji w odniesieniu do roli samego Trybunału Konstytucyjnego, jego pozycji ustrojowej i zasad funkcjonowania, a z drugiej strony wartością, jaką jest gwarancyjna rola Konstytucji w sensie materialnym, a przede wszystkim z punktu widzenia ochrony praw i wolności podstawowych. Nie można przy okazji dokonywania takiego wyboru ograniczać się do czysto formalnej analizy nieuwzględniającej tego, że kontrola skoncentrowana została *de facto* wyeliminowana z polskiego porządku prawnego, *ergo* wybór na rzecz statusu formalnego Trybunału, a więc na rzecz swoistej fikcji instytucjonalnej, byłby jednoznaczny z poświęceniem wartości ważniejszych, związanych z nadrzędną rolą gwarancyjnych mechanizmów konstytucyjnych, a zatem byłby w konsekwencji równoznaczny z rezygnacją z nadrzędnej roli tego aktu, wynikającą z samej zasady zawartej w art. 8 ust. 1 Konstytucji. Mamy tu zatem do czynienia z konfliktem norm konstytucyjnych, do którego rozwiązania może być w odpowiedni sposób użyta zasada proporcjonalności. Zgodnie z tą zasadą przejście na model rozproszonej konstytucyjności staje się w obecnej sytuacji koniecznością podyktowaną ochroną podstawowych praw i wolności gwarantowanych w Konstytucji.

Konkluzją tych rozważań jest więc stwierdzenie, że sądy mogą – w obecnych warunkach konstytucyjnych – odwoływać się do bezpośredniego stosowania Konstytucji, także w takim sensie, że odmawiają zastosowania ustawy ocenionej jako niezgodna z Konstytucją, czyniąc to bez zadawania pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego. Dzisiaj – w porównaniu do sytuacji sprzed kilkudziesięciu lat – istnieje utrwalony i potężny dorobek orzecznictwa konstytucyjnego (*acquis constitutionnel*), którego wykorzystanie może w znaczący sposób osłabiać wskazane wyżej słabości systemu rozproszonej kontroli konstytucyjności.

4. O modelu rozproszonej kontroli konstytucyjności – perspektywa na przyszłość

Dyskusję na temat rozproszonej kontroli konstytucyjności należy prowadzić z uwzględnieniem także przyszłego modelu – po powrocie do normalnej sytuacji, w której nie będą podważane fundamenty państwa prawa. Należy więc postawić pytanie: czy warto w przyszłości zmierzać do modelu korygującego dzisiejsze rozwiązania na rzecz kontroli rozproszonej konstytucyjności (np. w zakresie ustalonych standardów prawa unijnego)?

Uzasadnione jest sformułowanie tezy, że obecny model konstytucyjny lepiej wpisuje się do polskiego porządku prawnego niż rozwiązania anglosaskie. Nie przesądza to jednak odpowiedzi na pytanie, czy model dotychczasowy nie powinien jednak być poddany istotnej korekcie, która pozwoliłaby na wprowadzenie do polskiego systemu elementów rozproszonej kontroli konstytucyjności. Jak wspomniano wyżej, koncepcja rozproszonej kontroli – w wymiarze umiarkowanym czy pośrednim – jest pociągająca przede wszystkim dlatego, że pozwala na zapewnienie autentycznego, bezpośredniego oddziaływania konstytucji na stosowanie prawa i przybliżenie przeciętnym odbiorcom prawa abstrakcyjnych i nader ogólnych dyspozycji, stwarzając w ten sposób szansę na zrozumienie znaczenia konstytucji dla skutecznej ochrony praw podstawowych. „Patriotyzm konstytucyjny” może być budowany jedynie poprzez doświadczenie bezpośrednie, a nie w wyniku teoretycznej perswazji ze strony najwybitniejszych nawet prawników. Spróbuję przedstawić kilka założeń, które wydają się niezbędne do tego, aby wprowadzić w przyszłości model pośredni, uszczuplając w ten sposób „monopol” sądu konstytucyjnego.

Po pierwsze, konieczna zdaje się zmiana w metodologii sędziowskiego stosowania prawa. Wydaje się, że sędziowie nie są dobrze przygotowani do wykorzystania bogatego instrumentarium zniuansowanej, operującej wieloma narzędziami wykładni, pozwalającej na uwzględnienie szerszego kontekstu, w jakim następuje interpretacja i stosowanie prawa. W konsekwencji jest pewnym paradoksem, że stosowanie Konstytucji jako instrumentu wykładni pojawia się rzadko, ale nie dlatego – jak zauważyliśmy to wyżej – że w dzisiejszym modelu jest to niemożliwe, ale dlatego że sędziowie odnoszą się do tego postulatu bez większego przekonania. W myśleniu sędziowskim zdaje się przeważać mocno zdogmatyzowane

i sformalizowane podejście do interpretacji prawa, w którym pozostaje niewiele miejsca na wykładnię prokonstytucyjną czy proeuropejską. Przyczyny takiej sytuacji są złożone, ale jej korzenie tkwią głęboko w systemach edukacji prawniczej – przede wszystkim na poziomie uniwersyteckim – która w zdecydowanie za małym stopniu wprowadza młodych adeptów prawa w arka nowocześniejszej wykładni prawa. Aby uniknąć nieporozumień, należy zauważyć, że luki edukacyjnej nie zastąpi zwiększenie liczby wykładów z zakresu teorii prawa czy prawa konstytucyjnego. Nauka o wykładni, podobnie jak o nauka o relacjach pomiędzy Konstytucją a poszczególnymi gałęziami prawa, powinna być realizowana na poziomie nauczania szczegółowych dyscyplin, a więc jako element wpisujący się ściśle w nowoczesną prezentację poszczególnych instytucji prawnych – wykład o konstytucjonalizacji prawa własności albo o konstytucyjnej ochronie dóbr osobistych czy o ochronie konsumenta albo praw lokatorów nie może być prowadzony bez odniesienia do Konstytucji, prawa europejskiego czy konwencji europejskiej. Wrażliwość konstytucyjna musi być rozbudzana od pierwszych lat edukacji prawniczej, a także w późniejszym okresie szkolenia przyszłych sędziów – dzisiaj jest to ciągle tylko niespełniony postulat. Stosowanie prawa z uwzględnieniem szerszego kontekstu (konstytucyjnego, konwencyjnego, europejskiego) ma przed sobą duże perspektywy, ale wymaga przygotowania. To jego brak, a nie formalne bariery, stoją na przeszkodzie szerszego wprowadzenia myślenia konstytucyjnego do praktyki sądowej. Instrumenty, które temu mogą służyć, są w naszym systemie prawnym obecne.

Po drugie, wykładnia sędziowska odnosząca się do standardów praw podstawowych dysponuje obecnie potężnym narzędziem, którym jest ukształtowane i rozbudowane orzecznictwo konstytucyjne, umożliwiające w sposób znaczny bardziej pewny (co do rezultatu) dekodowanie treści konstytucyjnych zawartych w odpowiednich przepisach. Paradoksalnie – narzędzie to, stanowiąc z jednej strony ułatwienie, stwarza jednocześnie nową barierę, ponieważ wymaga obecnie znacznie głębszych analiz i lepszego przygotowania od podejmujących wysiłki zastosowania wykładni prokonstytucyjnej niż przed laty, zważywszy na zakres i złożoność współczesnego orzecznictwa konstytucyjnego. Dodajmy dla porządku, że racjonalne współstosowanie konstytucji i normy ustawy

zwykłej stanowi także w jakimś sensie instrument kontroli rozproszonej. Racjonalna kontrola stosowania prawa jest bowiem specyficzną formą kontroli konstytucyjności normy, której „nadawana” jest treść współbrzmiąca ze standardem konstytucyjnym, co sprawia, że jej eliminacja z porządku prawnego przestaje być koniecznością.

Po trzecie, nowoczesna koncepcja wykładni zgodnej z konstytucją albo też współstosowania konstytucji musi uwzględniać w zakresie sądowego stosowania prawa horyzontalne podejście do stosowania praw podstawowych²⁰. Promieniowanie konstytucji na cały system prawa oznacza, że sfera gwarancji i standardów konstytucyjnych nie może być ograniczona wyłącznie do relacji wertykalnych „jednostka – władza publiczna”. Z reguły więc musi to oznaczać założenie oceny relacji prywatnoprawnych z perspektywy zasad i wartości konstytucyjnych, co musi prowadzić sądy orzekające do takiego ukształtowania podstawy prawnej *in casu*, które realizuje postulat zgodności z *lex superior*. Najbardziej rozpowszechniona jest tu metoda ukształtowana w orzecznictwie i doktrynie niemieckiej, zakładająca przenikanie zasad i wartości konstytucyjnych poprzez klauzule generalne i zasady prawa (*mittelbare Drittwirkung*). Metoda *Drittwirkung* nie wyklucza jednak zabiegu sięgania wprost do normy konstytucyjnej dla oceny stosunku prywatnoprawnego, zwłaszcza wtedy kiedy w porządku prawnym nie znajdujemy odpowiedniej regulacji pozwalającej na rozstrzygnięcie pojawiającego się konfliktu zasad i wartości. Metodologia horyzontalnego stosowania prawa zakładać musi konieczną ostrożność i powściągliwość, aby nie doprowadzić do zmiany paradygmatu relacji prywatnoprawnych opierającego się na zasadzie autonomii woli stron i swobodzie kontraktowej²¹.

Po czwarte, warto też w orzecznictwie sądowym wyprowadzić pewne wnioski z dotychczasowych doświadczeń związanych z bezpośrednim stosowaniem międzynarodowych standardów praw podstawowych, wynikających przede wszystkim z Europejskiej konwencji praw człowieka.

20 Zob. M. Safjan, *O różnych...*; M. Safjan, *Efekt horyzontalny praw podstawowych w prawie prywatnym: autonomia woli a zasada równego traktowania*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 2, s. 297 i n.

21 W tym zakresie warte odnotowania są kwestie pojawiające się na tle horyzontalnego stosowania Karty Praw Podstawowych (dalej: KPP) w orzecznictwie europejskim. Zob. M. Safjan, *O różnych...*, s. 21 i n.

Zważywszy na zbieżność tych standardów i standardów konstytucyjnych, odwołanie się do metody ich bezpośredniego stosowania w pewnym stopniu wprowadza elementy kontroli hierarchicznej ustaw, dokonującej się w ramach kontroli rozporoszonej, realizowanej przez sądy powszechne. Taka praktyka znajduje mocne oparcie w normie konstytucyjnej (art. 91 ust. 1), która zakłada pierwszeństwo bezpośredniego stosowania konwencji międzynarodowej nad ustawą zwykłą i powinna podlegać coraz szerszemu wykorzystaniu. Treści wynikające z Europejskiej konwencji praw człowieka w większości nie mogą być już dzisiaj uznane za zbyt ogólne i nieprecyzyjne z punktu widzenia zasad bezpośredniego stosowania, podlegały one bowiem od kilkudziesięciu lat swoistej „normatywizacji” w drodze dynamicznie rozwijającego się orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu. Orzecznictwo to, determinując i wypełniając konkretnymi treściami standard ochrony, stanowi dzisiaj punkt odniesienia dla wszystkich sądów krajów członkowskich Rady Europy²².

Po piąte, daleko idące możliwości kontroli rozporoszonej ustaw zwykłych wprowadza prawo unijne w związku ze stosowaniem z jednej strony zasady pierwszeństwa prawa europejskiego nad prawem krajowym, a z drugiej strony – nakazu wykładni prawa europejskiego w zgodzie z Kartą Praw Podstawowych²³. Ustalone orzecznictwo europejskie w zakresie standardów praw podstawowych może znaleźć swoje zastosowanie zarówno w wypadku wykładni i stosowania norm prawa krajowego implementujących prawo europejskie, jak i w formie odpowiedniego stosowania tych standardów w innych zbliżonych, analogicznych sytuacjach. Warto przypomnieć, że w zakresie prawa unijnego sąd powszechny ma kompetencje do oceny normy krajowej (zob. art. 91, ust. 3) i jeśli uzna, że jest ona niezgodna z regulacją Unii Europejskiej, może pozostawić ją bez zastosowania, zapewniając w ten sposób zgodność rozstrzygnięcia

22 Por. też brzmienie art. 52 ust. 3 KPP, który stanowi, że: „W zakresie, w jakim niniejsza Karta zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję”.

23 Jedynie dla porządku należy zaznaczyć, że Karta Praw Podstawowych znajduje zastosowanie wobec Polski niezależnie od tzw. protokołu polsko-brytyjskiego. Stanowisko to potwierdzone jest w orzecznictwie ETS, zob. np. wyrok ETS z 21 XIII 2011 r. w sprawie NS p. Secretary of State, w sprawach połączonych C411/10 oraz C493/10, pkt 120.

z prawem europejskim²⁴. W wypadku istniejących wątpliwości co do interpretacji prawa europejskiego otwarta pozostaje droga do wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym²⁵.

Opowiadając się za zdecydowanie szerszym zastosowaniem metod kontroli konstytucyjności prawa, przy zachowaniu co do zasady modelu scentralizowanego, warto opowiedzieć się jednocześnie za ograniczeniem zakresu tego modelu. Doświadczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w zakresie „*acte claire et acte éclairé*”²⁶ byłoby bardzo przydatne i mogłoby być odpowiednio zastosowane – a zatem nie tylko tam, gdzie kwestia relacji do normy konstytucyjnej jest rozwinięta przez wcześniejsze orzecznictwo konstytucyjne, ale także wtedy, kiedy wydaje się absolutnie jasne i oczywiste (niebudzące wątpliwości, jak mówi Europejski Trybunał Sprawiedliwości) przyjęcie określonej wykładni w konfrontacji z normą konstytucyjną, pomimo że dany przepis nie był jeszcze przedmiotem kontroli ze strony sądu konstytucyjnego. Nie traćmy z pola widzenia faktu, że pojęcia „oczywiste” i „niebudzące wątpliwości” są też niekiedy połączone z wątpliwościami (*omnia sunt interpretanda*). Tylko klasyk mógł powiedzieć, że istnieje „oczywista oczywistość”. Prawnicy, a zwłaszcza profesorowie – jak dobrze wiemy – na ogół spierają się o wykładnie pojęć oczywistych. Nie może to jednak prowadzić do odrzucenia tej koncepcji, która dzisiaj znajduje szczególnie trwałe umocowanie w rozbudowanym, kilkudziesięcioletnim orzecznictwie konstytucyjnym. Wiele wątpliwości, które utrzymywały się na początku co do znaczenia poszczególnych przepisów Konstytucji czy ich wzajemnych relacji, zostało już rozstrzygniętych.

Wreszcie trzeba zauważyć istotną rolę, jaką sądy mogą odegrać w ramach rozproszonej kontroli konstytucyjności w tych obszarach, w których nie sięga kompetencja Trybunału Konstytucyjnego, a mianowicie w zakresie tzw. zaniechań legislacyjnych. Sądy mogą wypowiadać się o zaniechaniach legislacyjnych, kontrolując w ten sposób ustawodawcę,

24 Por. orzecznictwo ETS w sprawie obowiązku pozostawienia bez zastosowania normy krajowej sprzecznej z prawem europejskim, np. wyrok ETS z 15 I 2014 r. w sprawie *Association de Mediation Sociale*, C-176/12.

25 W praktyce sądów polskich pytanie prawne do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest relatywnie rzadko wykorzystywanym instrumentem, np. w 2016 r. polskie sądy zadały zaledwie dziewiętnaście pytań, a w okresie od 2004 r. – łącznie sto sześć pytań prejudycjalnych.

26 Zob. przede wszystkim wyrok ETS z 6 X 1982 r. w sprawie *SrL CILFIT*, C-283/81.

na podstawie wyraźnego przepisu art. 417/1/par. 4 KC przy okazji ustalania bezprawności działania władzy publicznej w związku z odpowiedzialnością odszkodowawczą. Wydaje się także, że wielkim wyzwaniem dla sądów jest w perspektywie prokonstytucyjna wykładnia stosowania prawa w związku z koniecznością uzupełnienia luki w prawie (luki funkcjonalnej czy aksjologicznej).

Przyjmując na przyszłość model, który łączyłby w sobie elementy kontroli rozproszonej i scentralizowanej, nie można tracić z pola widzenia, że muszą być jednocześnie zapewnione warunki pozwalające na utrzymanie spójności wykładni i praktyki sądowej. To jest przede wszystkim postulat kierowany pod adresem Sądu Najwyższego, ale także Trybunału Konstytucyjnego przy nieco zmienionych kompetencjach.

Proponowany na przyszłość swoisty eklektyzm rozwiązań w dziedzinie kontroli konstytucyjności prawa powinien bowiem moim zdaniem prowadzić równocześnie do pewnej istotnej modyfikacji kompetencji sądu konstytucyjnego w zakresie indywidualnej skargi konstytucyjnej. Sądzę, że cenne byłoby wprowadzenie modelu skargi konstytucyjnej – która obejmowałaby również akty stosowania prawa naruszające Konstytucję. Byłoby to zdecydowanie bardziej zgodne z samą logiką skargi i czyniłoby z niej instrument daleko bardziej operatywny. Mechanizm ten dotyczyć by mógł więc także błędnego, bezpośredniego zastosowania Konstytucji przez sądy. Skarga na stosowanie prawa stwarzałaby ostatecznie możliwość korekty przez sąd konstytucyjny i byłaby najlepszym środkiem do utrzymania koherentnej wykładni Konstytucji.

5. Polityka a orzecznictwo

Ocena normy prawnej z natury rzeczy zawierać może w sobie element oceny czysto politycznej – bo prawo jest produktem politycznym, a więc w tym sensie kontrola treści prawa zawsze zderzać się będzie z zarzutem polityczności²⁷. Sąd konstytucyjny ze względu na swoją pozycję ustrojową

²⁷ Zob. M. Safjan, *Politics – and constitutional courts (judge’s personal perspective)*, „Polish Sociological Review” 2009, nr 1, s. 3 i n. oraz cytowaną tam literaturę; M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 22 i n.; M. Safjan, *Polityka a Trybunał Konstytucyjny. Konstytucja – ostatni środek obrony przed polityką*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, nr 1, s. 35 i n.

znajduje się w orbicie polityki: nie będąc jej uczestnikiem, poddawany jest przez samych polityków ocenie politycznej i niejako wtłaczany jest na siłę w krąg sporów politycznych. Niewątpliwie sprzyja temu przyjmowana dość powszechnie w państwach europejskich koncepcja zakładająca dominującą rolę parlamentów przy wyborze sędziów²⁸. Nie jest to dziełem przypadku i wynika z przyjętego przez prawodawcę założenia, że orzecznictwo konstytucyjne, zważywszy na szerokie prerogatywy sądu konstytucyjnego, może w sposób intensywny oddziaływać na zakres swobody prawodawczej parlamentu. Silna zbieżność materii, z jednej strony tworzenie prawa przez parlament, a z drugiej strony kontrola tegoż prawa przez sąd konstytucyjny, sprawia, że nietrafne są, moim zdaniem, postulaty tworzenia kiedykolwiek w przyszłości modelu sądu konstytucyjnego, którego skład byłby komponowany bez jakiegokolwiek wpływu parlamentu. Natomiast z całą pewnością warto i należy dyskutować o kryteriach, które powinno się stosować przy wyborze sędziów i sposobie wyłaniania kandydatów²⁹. Wysoko umieszczona poprzeczka co do wymagań kompetencyjnych z jednej strony, a zarazem możliwie szeroki udział ciał pozapolitycznych w opiniowaniu i wysuwaniu kandydatów to czynniki, które mogłyby stanowić gwarancję ograniczenia nadmiernego wpływu polityki na wybór składu sądu konstytucyjnego. Wydaje się także, że odpowiednio ukształtowana większość kwalifikowana w sejmie byłaby istotnym elementem stabilizującym, ale jedynie przy założeniu, że do momentu wyboru nowego sędziego dotychczasowy sędzia pozostaje na stanowisku.

Trudno nie zgodzić się z tezą, że sądy, a w szczególności sądy konstytucyjne, powinny unikać wkraczania w sferę wyborów polityczno-społeczno-gospodarczych, którymi kieruje się prawodawca, skupiając swoją ocenę na kwestiach związanych z respektowaniem przez tego ostatniego standardów konstytucyjnych oraz formalnie poprawnej, spójnej i racjonalnej wykładni prawa. Postulat ten jest tyleż słuszny, co niezwykle trudny do przełożenia na język rozstrzygnięć i rozumowań prowadzonych przez sędziego

28 Warto zauważyć, że w niektórych systemach sędziowie z woli samego prawodawcy mają status polityczny. Dotyczy to np. automatycznego członkostwa byłych prezydentów Republiki we francuskiej Conseil Constitutionnel.

29 Nie można tu powstrzymać się od uwagi, że proces wybierania sędziów w obecnej kadencji sejmu stanowił negatywny wzorzec procesu wyborczego w stosunku do założeń przyjmowanych w samej Konstytucji.

konstytucyjnego w ramach niedookreślonych klauzul generalnych, zasad i wartości ustawy zasadniczej, zakładającej konieczny margines swobody interpretacyjnej, która umożliwia zachowanie aktualności treści tam wyrażanych niezależnie od otoczenia politycznego i społecznego. Owe cechy ogólności i uniwersalności treści wyrażanych przez normy konstytucyjne, stanowiąc o ich walorze, są jednocześnie – w odbiorze zewnętrznym – traktowane jako źródło polityzacji procesu wykładni i stosowania Konstytucji. Stąd też odpowiedź na pytanie, kto ma rację w konkretnym sporze konstytucyjnym, jest poszukiwana często w argumentacji pozaprawnej, odwołującej się do czysto politycznych kwalifikacji argumentów i stanowisk spierających się stron. Można zauważyć, że jest to fenomen towarzyszący funkcjonowaniu sądów – czy to krajowych, czy to międzynarodowych – które operują znaczącym, ale jednocześnie ze względu na naturę stosowanych norm niemożliwym do uniknięcia zakresem swobody oceny sędziowskiej. Musimy przyznać, że w sprawach dotyczących ustawodawstwa socjalnego i gospodarczego, ochrony własności i praw majątkowych, ochrony konsumenta i lokatorów, równej dostępności do określonych świadczeń i zakresu samego pojęcia dyskryminacji *etc.* linia dzieląca rozumowanie formalne, oparte na egzegezie normy konstytucyjnej, od analizy kontekstu i poprawności wyborów społecznych czy gospodarczych dokonanych przez ustawodawcę jest niezwykle cienka. Wskazuje na to wiele przykładów: spory o zasady świadczeń emerytalnych i rentowych, o ochronę praw lokatorów, zasady ustalania czynszu, eksmisję, przekształcenia praw spółdzielczych we własność, o kompensację za utracone mienie (mienie zabużańskie), kształt trzeciego filaru emerytalnego (OFE), równość w zakresie świadczeń zdrowotnych, dostępność do wyższych szkół publicznych *etc.* Nie można tracić z pola widzenia, że tego typu kwestie są we współczesnym świecie osiędź sporów politycznych, a przez to tym silniejsza będzie tendencja do przedstawiania rozstrzygnięć sądowych w kategoriach czysto politycznych. Obok tego w obszarze orzecznictwa konstytucyjnego znajdują się też spory o jeszcze bardziej wyrazistym przełożeniu na debatę czysto polityczną – myślę tu np. o sprawach legalności partii politycznych, sporach kompetencyjnych pomiędzy centralnymi organami władzy, sporach pomiędzy sejmem i senatem o zakres poprawek czy o wyrażanie opinii o projektach aktów europejskich, sprawach dotyczących konstytucyjności uchwał sejmowych *etc.* W istocie każde orzeczenie, które wcześniej wywoływało spór

w parlamencie i podziały pomiędzy opozycją a rządzącą większością, może być bardzo łatwo zaprezentowane opinii publicznej jako stronnice i opowiadające się za jedną ze stron sporu politycznego.

Dodajmy wreszcie, że rozstrzygnięcia konstytucyjne, opierając się w znacznie większym stopniu niż w wypadku typowego orzecznictwa sądowego na wazeniu racji wyrażanych przez ogólne zasady normatywne, na poszukiwaniu punktu równowagi według kryteriów proporcjonalności, stanowiąc typowy przykład działania sądów wartościujących, wprowadzają tym samym więcej elementów relatywizujących i subiektywizujących uzyskany w ten sposób wynik³⁰. Ta swoista metodologia rozumowania konstytucyjnego stanowi niewątpliwie dodatkowy czynnik potęgujący zarzut braku obiektywizmu oceny po stronie sędziów, prowadzany do trywialnego zarzutu polityczności.

Wymienione wyżej przesłanki procesu „polityzacji” orzecznictwa konstytucyjnego nie znikną w przyszłości, są bowiem wpisane w naturę kontroli konstytucyjności prawa dokonywanej na pewnym poziomie abstrakcji. Moje osobiste doświadczenie wskazuje jednak na to, że istnienie tych przesłanek nie musi prowadzić do eliminacji mechanizmów, które stanowić mogą skuteczną barierę chroniącą sąd konstytucyjny przed wpływami politycznymi i które wprowadzają jednocześnie elementy obiektywnej weryfikowalności poprawności orzecznictwa³¹.

Po pierwsze, status sędziiego konstytucyjnego zapewnia mu niezależność od wszelkich wpływów. Wynika to przede wszystkim z ukształtowania samej zasady jednokadencyjności, a także statusu sędziowskiego

30 Prawda „sądowa” zawsze będzie różniła się od tzw. prawdy przyrodniczej czy obiektywnej, ponieważ kryteria prawdziwości są zupełnie inaczej ukształtowane niż w naukach przyrodniczych. Nie prowadzi to jednak do zatarcia różnic pomiędzy różnymi postaciami prawdy sądowej w wypadku orzeczeń odnoszących się wyłącznie do norm, a nie do subsumpcji faktów – poziom weryfikowalności „prawdziwości” oceny sądowej jest dużo niższy. Zob. M. Safjan, *Prawda i sprawiedliwość. Prawda obiektywna versus sędziowski relatywizm*, w: *Misja publiczna, wspólnota, państwo. Studia z prawa i administracji. Księga dedykowana pamięci Profesora Michała Kuleszy*, red. A. Mednis, Wrocław 2016.

31 Pomijam tu oczywiste warunki związane z przestrzeganiem Konstytucji. W sytuacji, kiedy – tak jak obecnie, A.D. 2017 – mamy do czynienia z komponowaniem składu sędziowskiego niezgodnie z przepisami ustawy zasadniczej i wyrokami Trybunału Konstytucyjnego, jakakolwiek dyskusja o niezależności sądu konstytucyjnego staje się pozbawiona sensu. Uwagi moje dotyczą „stanu idealnego”, którym byłoby funkcjonowanie Trybunału w kształcie określonym przez Konstytucję.

po zakończeniu kadencji. Jest empirycznie dowiedzione (wynika z doświadczeń osób, które sprawowały funkcję sędziowską), że polityczne afiliacje sędziów dość szybko tracą znaczenie po rozpoczęciu kadencji³². Odpowiadałoby to postulatowi wskazującemu na to, że sędziowie muszą być w pierwszym rzędzie wyrazicielem sprawiedliwości i słuszności z punktu widzenia społeczeństwa, w którym żyją, nawet jeśli nie jest to moralne i słuszne z ich własnego punktu widzenia³³. Dodajmy też, że czynnik zewnętrznej niezależności ulega wzmocnieniu, jeśli wybór sędziów jest dokonywany w oparciu o możliwie najbardziej zobiektywizowane kryteria (wiedzę, doświadczenie i autorytet).

Po drugie, istotną rolę może odgrywać częściowo tylko weryfikowalny czynnik, którym jest „wewnętrzna niezależność sędziego”, jego uczciwość, „subiektywna” zdolność do wyzbycia się w trakcie pracy sędziowskiej własnych preferencji politycznych i motywów innych niż merytoryczne. Moje osobiste doświadczenie potwierdza, że nie jest to czysto idealistyczne założenie, znam bowiem szereg wypadków głosowania sędziego na rzecz rozstrzygnięcia niezgodnego z jego osobistymi preferencjami, ale za to zgodnie z Konstytucją.

Po trzecie, istotnym kryterium weryfikowalności, poprawności i obiektywizmu orzecznictwa konstytucyjnego pozostaje jednolitość i spójność orzecznictwa oraz stosowanie poprawnej metodologii argumentacji, która jest probierzem przy ocenie, czy ryzyko arbitralności zostało usunięte. Częste i gwałtowne zwroty w orzecznictwie, niepoparte racjonalną i spójną argumentacją, będą wskazówką wystąpienia takiego ryzyka, pomniejszając w ten sposób przewidywalność i pewność prawa. Prawda sądowa jest – jak stwierdziliśmy – relatywna, skoro poprawne „ciągi argumentacyjne” prowadzić mogą do różnych wyników³⁴, ale nie może być oparta o niespójne i wewnętrznie sprzeczne rozumowania³⁵.

32 Piszę o tym w swojej książce: M. Safjan, *Wyzwania...*, s. 74 i n.

33 Por. A. Barak, *The judge in a democracy*, Princeton 2008, s. 179.

34 Por. w tej kwestii uwagę J. Zajadło *a propos* sporu pomiędzy R. Dworkinem a H.L. Hartem: „[...] istota trudnego przypadku polega właśnie na tym, że w procesie dyskursu argumentacyjnego można dojść do kilku rozwiązań, które da się uzasadnić na gruncie przyjętych kryteriów racjonalności i słuszności” – J. Zajadło, *Co to są hard cases?*, w: *Fascynujące ścieżki filozofii prawa*, red. J. Zajadło, Warszawa 2008, s. 11. Zob. także M. Safjan, *Prawda...*, s. 247.

35 Por. też A. Sulikowski, *Tworzenie prawa przez sądy konstytucyjne i jego demokratyczność*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 8, s. 26 i n.

6. O aktywizmie sędziowskim

Jednocześnie jednak należy podtrzymać pogląd, że sąd konstytucyjny, jeżeli ma spełniać należycie swoją rolę, musi być sądem aktywistycznym, ponieważ tylko w ten sposób można zapewnić żywotność i adaptacyjność norm konstytucyjnych. Dynamika rzeczywistości zawsze wyprzedza zmiany normatywne – prawo, w tym normy najwyższej rangi, może dostosowywać się do tych zmian jedynie poprzez adaptację orzeczniczą. Coraz częściej jest to rola, która *de facto* wyrasta ponad rolę prawodawcy negatywnego³⁶. Aktywizm jest nierozłącznie związany z metodologią konstytucyjną, a więc z „ważeniem” praw, zasad i wartości wyrażanych w Konstytucji przy pomocy proporcjonalności, wtedy przede wszystkim, kiedy pojawia się konieczność dokonywania wyboru pomiędzy pozostającymi w konflikcie prawami i zasadami³⁷. Sąd aktywistyczny nie może być jednak sądem arbitralnym. Nie ulega wątpliwości, że podobny aktywizm orzeczniczy jest dostrzegalny w orzecznictwie sądów ponadnarodowych *etc.*³⁸ Racjonalny aktywizm sędziowski wymaga jednocześnie

36 Zob. M. Safjan, *The constitutional court as a positive legislator*, w: *Rapports Polonais: XVIIIe Congrès International de Droit Comparé*, red. B. Lewaszkiwicz-Petrykowska, Łódź 2010, s. 247 i n.; zob. też S. Wronkowska, *Kilka uwag o „prawodawcy negatywnym”*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 10, s. 5 i n. Jako przejawy kompetencji pozytywnego ustawodawcy w orzecznictwie uznają m.in.: odroczenie czasu wejścia w życie wyroku Trybunału, określenie skutków wyroku, ustalenie wykładni zgodnej z Konstytucją, która poszerza zakres zastosowania normy, *etc.*

37 Za mojej kadencji do spraw stanowiących egzemplifikację aktywistycznego podejścia Trybunału Konstytucyjnego zaliczam m.in. orzecznictwo dotyczące kwestii odpowiedzialności władzy publicznej (wyrok TK z 4 XII 2000 r., SK 18/00, Dz.U. 2001, nr 145, poz. 1638), zasad dziedziczenia własności rolnej (wyrok TK z 31 I 2001 r., P 4/99, OTK 2001, nr 1, poz. 5), ochrony zdrowia (wyrok TK z 7 I 2004 r., K 14/03, Dz.U. 2004, nr 5, poz. 37), Europejskiego Nakazu Aresztowania (wyrok TK z 27 IV 2005 r., P 1/05, Dz.U. 2005, nr 77, poz. 680), Traktatu Akcesyjnego (wyrok TK z 11 V 2005 r., K 18/04, Dz.U. 2005, nr 86, poz. 744), sejmowej komisji śledczej (wyrok TK z 22 IX 2006 r., U 4/06, OTK A-2004, nr 8, poz. 109).

38 Najważniejsze zasady prawa europejskiego – takie jak zasada pierwszeństwa (zob. wyrok ETS z 15 VII 1964 r. w sprawie Flaminio Costa, C-6/64), a także bezpośredniego stosowania prawa europejskiego (wyrok ETS z 5 II 1963 r. w sprawie Van Gend en Loos, C-2/62) – zostały wypracowane przez orzecznictwo europejskie; zob. też bardzo kreatywne rozstrzygnięcia dotyczące np. kwestii ochrony prywatności (Google Spain, wyrok ETS z 13 V 2014 r. w sprawie Schrems, C131/12; wyrok ETS z 6 X 2015 r., C-362/14; Digital Rights, wyrok ETS z 8 IV 2014 r., C-293/12 oraz C-59412), ochrony embrionu ludzkiego (Brustle, wyrok ETS z 18 X 2011, C-34/10 oraz International Stems Corporation, wyrok ETS z 18 XII 2014 r., C-364/13), a także skutków obywatelstwa europejskiego (J. Rottman, wyrok ETS z 20 III 2010 r., C-135/08 oraz Ruiz Zambrano, wyrok ETS z 8 III 2011 r., C-34/09); podobnie w Europejskim Trybunale Praw

zachowania wstrzemięźliwości sędziowskiej, umiarkowania i unikania skrajności – odpowiada to najbardziej arystotelesowskiej wizji prawa (i tej zawartej w paremii: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*) oraz – jak przypomina G. Del Vecchio – platońskiej wizji sprawiedliwości rozumianej jako „harmonia starożytnego miasta”³⁹. Łatwo dostrzec napięcie pomiędzy tymi dwoma postulatami – aktywizm *versus* wstrzemięźliwość – sądzę jednak, że pomimo tego oba wyrażają oczekiwania społeczeństwa wobec współczesnego sędziego, który choć wskazuje drogę przez nieznany teren, kieruje się jednak wskazaniem instrumentów wcześniej opracowanych.

7. Relacja z sądami ponadnarodowymi i standaryzacja wynikająca z orzecznictwa takich sądów

We współczesnym świecie przestrzeń konstytucyjna posiada wymiar bez porównania szerszy niż kiedykolwiek wcześniej – jest ona kształtowana zarówno przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i innych sądów konstytucyjnych w Europie, a nawet poza nią, jeśli zauważyć zjawisko sięgania w orzecznictwie konstytucyjnym do *case-law* takich sądów jak Sąd Najwyższy Kanady czy USA. Obok siebie współistnieją więc rozmaite przestrzenie konstytucyjne, zarówno narodowe, jak i ponadnarodowe, regionalne, które wzajemnie na siebie oddziałując, tworzą tym samym ponadnarodowy standard przede wszystkim w zakresie ochrony i gwarancji praw podstawowych⁴⁰. W tych warunkach jest ważne, aby unikać konfrontacji, zwłaszcza wtedy, gdy dotyczy to relacji w ramach Unii Europejskiej, stawiać na kooperację i dialog.

Inaczej w konsekwencji trzeba dzisiaj postrzegać zjawisko tzw. patriotyzmu konstytucyjnego, które wyraża się w przywiązaniu do własnych

Człowieka, np. kwestia dopuszczalności eutanazji pasywnej (wyrok ETPCz z 24 VI 2014 r. w sprawie Lambert p. France, nr aplikacji 46043/14) czy w sprawie ochrony mniejszości seksualnych i prawa do adopcji przez związek partnerski jedнопłciowy (wyrok ETPCz z 19 II 2013 r. w sprawie X and Others p. Austria, nr aplikacji 19010/07).

39 Por. G. del Vecchio, *La justice, la vérité. Essais de philosophie juridique et morale*, Paris 1955.

40 Por. m.in. N. Walker, *The idea of constitutional pluralism*, „Modern Law Review” 2002, vol. 65, s. 317; M. Safjan, *The universalisation of legal interpretation*, w: *Interpretation of law in the global world: From particularism to a universal approach*, Berlin, Heidelberg 2010, s. 107 i n.

koncepcji, zasad i wartości konstytucyjnych. Nie wydaje się dobrą tendencją w państwach Unii Europejskiej szerokie ujmowanie tych zasad i rozwiązań konstytucyjnych, które określane są mianem „tożsamości konstytucyjnej”⁴¹, ponieważ w konsekwencji może to blokować efektywną współpracę międzysądową i utrudniać osiągnięcie kompromisów⁴². Nie jesteśmy, co więcej, „skazani na konflikt” w wypadku rozbieżności standardów konstytucyjnych oraz w prawie europejskim. Nowe instrumenty kooperacji, które pojawiły się w ostatnich latach w tym obszarze, pozwalają na zdecydowanie bardziej elastyczne podejście do odmienności w systemie krajowym i prawie europejskim, a tym samym na szersze respektowanie w prawie Unii Europejskiej wartości określających tożsamość konstytucyjną⁴³.

Należy podkreślić, że intensywna kooperacja i dialog sądów krajowych i ponadnarodowych mogą prowadzić do wzmocnienia autorytetu i „siły perswazyjnej” orzecznictwa konstytucyjnego, które może odnajdywać dzięki temu mocniejsze oparcie i legitymizację. W ramach szerokiego marginesu oceny, którym dysponuje sąd konstytucyjny, istotnym postulatem pozostaje więc dążenie do zapewnienia koherencji orzecznictwa z powszechnie przyjętymi standardami interpretacji praw podstawowych oraz zasadami państwa prawnego, które są utrwalone zarówno w orzecznictwie innych sądów konstytucyjnych, jak i w orzecznictwie europejskim.

41 Zob. M. Safjan, *Les dilemmes de l'application de standards plus élevés de protection des droits fondamentaux sous le prisme de l'identité constitutionnelle*, w: *La Cour de Justice de l'Union Européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003–2015). Liber Amicorum Vassilios Skouris*, red. A. Tizzano i in., Bruxelles 2015, s. 541–561; M. Safjan, D. Düsterhaus, A. Guerin, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne et les ordres juridiques nationaux de la mise en œuvre à la mise en balance*, „Revue Trimestrielle de Droit Européen” IV–VI 2016, № 2, s. 219 i n.; M. Safjan, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, „Distinguished Lectures. European University Institute. Center for Judicial Cooperation” 2014, vol. 2. Zob. też szerokie określenie tożsamości konstytucyjnej w wyroku TK w sprawie Traktatu z Lizbony z 24 XI 2010 r., K 32/09, Dz.U. 2010, nr 229, poz. 150.

42 Wyrażałem swoje wątpliwości np. co do poprawności wyroku TK z 16 XI 2011 r., SK 45/09, Dz.U. 2011, nr 254, poz. 1530 w sprawie prawa do sądu, który przynajmniej teoretycznie otwiera możliwość kontroli aktu normatywnego Unii Europejskiej przez Trybunał Konstytucyjny w sytuacji istotnych rozbieżności pomiędzy treścią gwarancji dla prawa podstawowego w prawie Unii i w regulacjach konstytucyjnych.

43 Zob. wyrok ETS z 26 II 2013 r. w sprawie Melloni, C-399/11 oraz z Akerberg Fransson (wyrok z 26 II 2013 r., C-617/10), wyrok z 30 V 2013 r., Jeremy F., C-168/13.

Zbieżność linii orzeczniczych sądów konstytucyjnych i sądów ponadnarodowych może skutecznie uchylać zarzut arbitralności i nadmiernego aktywizmu sędziowskiego. Polski Trybunał Konstytucyjny i polskie sądy nie działają w próżni. W dzisiejszym kryzysie konstytucyjnym łatwo dostrzec znaczenie tego faktu – silne wsparcie dla postulatu zachowania niezależności polskiego sądownictwa, udzielane przez instytucje międzynarodowe, a także gesty solidarności płynące od sądów konstytucyjnych z innych krajów Unii Europejskiej – to także stanowi potwierdzenie nowego oblicza „współczesnego konstytucjonalizmu” w Europie.

8. Aktywny udział sądu w debacie publicznej (aktywna polityka informacyjna)? Zmiana języka rozstrzygnięć, współpraca z blogerami i dziennikarzami?

Należy najpierw postawić pytanie, jakie czynniki pozwalają na budowę autorytetu sądu konstytucyjnego w społeczeństwie demokratycznym. Odpowiedź wydaje się niezwykle banalna: autorytet budowany jest wtedy, kiedy społeczeństwo czuje związek pomiędzy aktywnością sądu konstytucyjnego a sferą wolności i ochroną praw jednostki przed arbitralnością działania władzy publicznej. Jeżeli taki związek dostrzegają prawnicy konstytucjonaliści, to już niekoniecznie osoby (stanowiące kategorię znacznie liczniejszą), dla których sama zasada państwa prawa wydaje się pustą abstrakcją, niewypełnioną realną treścią. Jest to zresztą jeden z powodów, że tak wielką nośność uzyskuje dzisiaj nowa ideologia prawna, która odwołuje się do „woli narodu” uosabianej przez bezpośrednio legitymowaną większość rządzącą dla uzasadnienia władzy arbitralnej, odrzucającej zasady państwa prawa.

W zakresie kontroli konstytucyjności prawa niewiele jest przykładów orzeczeń, które mogły wywołać zainteresowanie szerszej opinii publicznej. Zdarzało się tak kilka razy, np. w wypadku oceny ustawy o przerywaniu ciąży, ustaw lustracyjnych, oświadczeń majątkowych, lekcji religii w szkołach publicznych, lekarskiej klauzuli sumienia, Narodowego Funduszu Zdrowia, Otwartego Funduszu Emerytalnego, bankowej komisji śledczej, ustaw podatkowych, czynszów lokatorskich, podatków, ustaw o zawodach prawniczych. W wielu – zdawałoby się fundamentalnych – sprawach, dotyczących zasad państwa prawa, a związanych np. ze sporem

o proces ustawodawczy, zakres dopuszczalnych poprawek poselskich, z konfliktami pomiędzy sejmem i senatem, z zakresem kompetencji senatu w odniesieniu do projektów prawa europejskiego, obowiązkami i prawami samorządu terytorialnego czy nawet akcesją do Unii Europejskiej – wyroki Trybunału Konstytucyjnego nie wywoływały większego rezonansu. Bardzo charakterystyczne było ogłoszenie wyroku o traktacie akcesyjnym (w maju 2006 r.), w którym została rozstrzygnięta kwestia zgodności traktatów europejskich z Konstytucją, a którego stawką było członkostwo Polski w Unii Europejskiej: wyrok ten nie stał się nawet przedmiotem krótkiej informacji na paskach telewizyjnych wiadomości, bo – jak tłumaczyli szefowie telewizji – wiadomością dnia był napad na bank, bez porównania bardziej interesujący dla opinii publicznej. Szansą na wywołanie większego zainteresowania społeczeństwa aktywnością orzeczniczą mogła być skarga konstytucyjna, ale z powodów, o których była wcześniej mowa – szansa ta napotykała na zasadnicze bariery.

Nie ulega wątpliwości, że język komunikacji Trybunału Konstytucyjnego z opinią publiczną powinien ulec zmianie. Uzasadnienia wyroków Trybunału powinny operować zdecydowanie mniej abstrakcyjnym językiem, odwoływać się do konkretnych przykładów i sytuacji. Zmianie musi ulec także sposób redagowania komunikatów prasowych (położenie nacisku na problem, a nie na numer artykułu). Powinny być w konsekwencji wprowadzone elementy bardziej oddziaływające na wyobraźnię ludzi „z ulicy”. Pewien wysiłek został już przez Trybunał Konstytucyjny uczyniony w poprzednich latach: jest to jedyny sąd w Europie organizujący konferencje prasowe z udziałem sędziego sprawozdawcy po ogłoszeniu wyroku. Dodajmy, że z formułą właściwej komunikacji zmagają się wszystkie sądy w Europie, łącznie z Trybunałem Sprawiedliwości. Wydaje się, że bardzo wiele zależy od mediów – profesjonalizmu i merytorycznego przygotowania dziennikarzy.

Można mieć wrażenie, że w Polsce – co widać wyraźnie na tle obecnego kryzysu konstytucyjnego – toczy się „dialog głuchych”, a jakoś debaty publicznej pozostaje bardzo niska. Kryzys konstytucyjny stwarza paradoksalnie szanse na to, że debata o zasadach i fundamentach państwa prawa „trafi pod strzechy”. Ale nie można mieć tej pewności. Narracja rządzących o sądach i o Trybunale Konstytucyjnym jest tak agresywna

i destrukcyjna, że można się obawiać trwałego zniszczenia autorytetu sędziów. Argumenty drugiej strony nie docierają tam, gdzie mogłyby odnieść pozytywny skutek, na ogół bowiem trafiają jedynie do tych, którzy są już przekonani i zdają sobie sprawę ze stawki w grze o demokratyczne państwo prawa.

The Constitutional Tribunal after thirty years – experience and the future

This article tries to answer three different questions: Did we create a stable and strong constitutional culture in Poland after collapse of the communist system? Has the model of constitutional review enshrined in the Polish Constitution confirmed itself over the 30 years of its application by the Constitutional Tribunal, notably considering the alternative model to the Tribunal's concentrated review, i.e. the so-called dispersed constitutional review exercised directly by the common courts? As a third topic, the article deals with the perspectives of the constitutional review and necessary changes in that regard. It could serve as an instrument for the future improvement of constitutional culture as well as ensure a more effective influence of the basic constitutional values and principles on the entire legal order in Poland, notably through a stronger presence of the constitutional axiology in the judicial practice.

The conclusion of the first part of the article is that Polish constitutional culture is not sufficiently enrooted in the tradition and awareness of the Polish society – this concerns average citizens, as well as members of the political elite. This is one of the essential reasons why the Polish constitutional system, founded on a good institutional framework for the state ruled by law, has become so fragile with regard to the recent political and legal changes, which have an extremely negative impact on the legal order and which undermine the basic democratic principles, starting with the independence of the judiciary. This conclusion draws upon the author's postulate that the constitutional legal order of the democratic state ruled by law must necessarily be strengthened by a well-organized civil society and by a good constitutional practice shaped in compliance with fundamental rights, basic values and principles.

The second part of the article presents arguments in favor of the centralized (concentrated) constitutional review model, which could in principle be maintained in the future. This model is better adapted to the Polish legal traditions and to the structure of the Polish judiciary, whereas the opposite model of decentralized judicial review could seriously weaken the principle of legal

certainty. However, it is argued that this approach should not be understood as a categorical refusal of a direct application of constitutional norms, principles and values by common judges. On the contrary – the modern concept of judicial interpretation and application of law requires an openness towards the larger context of the legal order, including the constitutional, supranational and international texts, and presupposes observance of the basic rights and values which are guaranteed by these texts and universally recognized. However, the definitive elimination of legal provisions from the legal order should in principle be a prerogative of the constitutional court in conformity with the logic of the model of centralized constitutional review. At the present time, which sees the model of constitutional review paralyzed by prolonged constitutional crisis, and a clear violation of the independence of the constitutional justice by the parliamentary and governmental majority, the necessity of striving for a specific instrument to effectively apply the constitutional guarantees in the legal order must not be ignored. The author argues that this exceptional situation justifies a temporary replacement of the concentrated model of constitutional review by concrete judicial review, which means that the ordinary judges can refuse the application of statutory legal rules in specific cases if they do not comply with the constitution.

In the final part of this publication, focusing on the future perspectives, the author discusses necessary improvements of the constitutional review, in line with a more flexible approach allowing common judges to refuse in some situations the application of non-constitutional rules without referring a question of law to the constitutional court. The author also posits the necessity of introducing some modifications to the model of constitutional complaint and argues for an enlargement of the competences of the constitutional court, covering not only the review of the constitutionality of norms, but also the review of conformity with fundamental rights in their application.

Keywords: Polish Constitution, constitutional culture, constitutional review, constitutional complaint, judicial activism, constitutional crisis, fundamental rights, direct application of the constitution, international standards, constitutional questions, preliminary references

Marek Safjan – prof. dr hab., sędzia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej