



**Jerzy Zajadło**  
**Tomasz Tadeusz Koncewicz**

*Uniwersytet Gdański*

## **SPRAWIEDLIWOŚĆ KONSTYTUCYJNA CZY POLITYCZNE TARGOWISKO: KOGO I JAK WYBIERAĆ DO SĄDU KONSTYTUCYJNEGO?<sup>1</sup>**

W XXI wieku od sądów zależy coraz więcej i dlatego dzisiaj bardziej niż kiedykolwiek kwestia fachowego i ponadpartyjnego ukształtowania składu sądu konstytucyjnego nabiera znaczenia publicznego. W Polsce cyniczna gra polityków procesem wyboru sędziów konstytucyjnych, która przypomina momentami „łapankę”, jest problemem znanym i zidentyfikowanym, o czym przypomina ostatnio upubliczniony apel byłych prezesów Trybunału Konstytucyjnego o poważne potraktowanie przez polityków wyboru przyszłych sędziów konstytucyjnych. Problem selekcji sędziów konstytucyjnych nabiera szczególnego znaczenia dzisiaj, ponieważ w 2015 r. nastąpi wymiana 1/3 składu TK, a Sejm następnej kadencji wymieni w sumie 9 spośród 15 sędziów i w ten sposób w rzeczywistości zadecyduje o składzie sądu konstytucyjnego, z którym przyjdzie nam żyć przez kolejne 9 lat.

Brak dyskusji o tym *jak* wybierać sędziów konstytucyjnych nie jest jednak jedynym problemem. Tak samo niepokojący jest zupełny brak dyskusji o perspektywie „wewnętrznej”. Pod tym ujęciem rozumiemy legitymację sądu konstytucyjnego jako sumę autorytetu, wiedzy, kwalifikacji i doświadczenia zasiadających w nim sędziów oraz reguł i zasad, w oparciu o które zostali wyselekcjonowani i wybrani. Dla określenia profilu filozoficzno-prawnego sędziego konstytucyjnego proponujemy rozważenie odpowiedzi na trzy fundamentalne pytania, które w ramach poważnie rozumianego wyboru przyszłych sędziów konstytucyjnych muszą się pojawić: 1) Co to jest Konstytucja? 2) Co to jest sądowa kontrola kon-

---

<sup>1</sup> Niniejsze opracowanie wyraża nasz bardzo osobisty stosunek do problemu kreacji składu sądu konstytucyjnego i jest głosem w bieżącej dyskusji – z tego powodu zrezygnowaliśmy z odsyłania do literatury przedmiotu. Czytelników zainteresowanych wskazówkami bibliograficznymi odsyłamy do pozycji przywołanych w opracowaniu J. Zajadło, *Wewnętrzna legitymacja sądu konstytucyjnego*, „Przeгляд Sejmowy” 2009, nr 4, s. 129–144.

stytucyjności prawa? 3) Co to jest interpretacja konstytucji? Przyjmujemy pewne założenia wyjściowe, które uznajemy za wystarczające dla określenia profilu filozoficzno-prawnego sędziego konstytucyjnego. Wiedza na temat, czym jest konstytucja jako szczególny akt prawny, w czym tkwi specyfika interpretacji konstytucji i na czym polega sądowa kontrola konstytucyjności prawa jako szczególna forma orzekania, dają szansę uzyskania odpowiedzi na następujące pytanie: jakie właściwości zawodowe i cechy osobiste powinien mieć sędzia konstytucyjny, aby spełnić postawione przed nim zadania?

### Specyfika konstytucji

Zakładamy, że odpowiednią wiedzę na temat „co to jest konstytucja?” z oczywistych względów ma każdy kandydat, który spełnia ogólny wymóg „wyróżniania się wiedzą prawniczą” i szczegółowe wymogi wynikające z ustawy o Sądzie Najwyższym i ustawy – Prawo o ustroju sądów administracyjnych. Z drugiej jednakże strony intuicja i wiedza *prima facie* podpowiadają nam, że sędzia konstytucyjny znacznie częściej odwołuje się do konstytucji niż sędzia administracyjny czy sędzia sądu powszechnego. Więcej nawet – możemy śmiało założyć, że każdy sędzia konstytucyjny w swoim orzekaniu nie może się obejść bez konstytucji, natomiast statystyczny sędzia administracyjny i sędzia sądu powszechnego w całej masie rozpatrywanych spraw do konstytucji odwołują się w gruncie rzeczy incydentalnie i bez potrzeby dokonywania jej pogłębionej wykładni. Z punktu widzenia profilu filozoficzno-prawnego sędziego konstytucyjnego jest to oczywiście argument dosyć słaby, ponieważ oparty na kryterium czysto ilościowym. Mimo to zmusza on jednak do refleksji nad kompletnością i precyzją konstytucyjnego zapisu o „wyróżnianiu się wiedzą prawniczą”, skoro nie ma tam mowy o „szczególnej wiedzy na temat konstytucji i prawa konstytucyjnego”. Współcześnie „wyróżnianie się wiedzą z zakresu konstytucji i prawa konstytucyjnego” musi być rekonstruowane w świetle nie tylko ilościowego przyrostu materii konstytucyjnej w ramach jednego państwa, ale także zjawiska „migracji idei konstytucyjnych”. Trudno sobie bowiem wyobrazić kandydata na sędziego konstytucyjnego, który nie ma szerokiej i dogłębnej wiedzy na temat tego, co określa się niekiedy mianem *acquis constitutionnel* w ramach swoistego dialogu pomiędzy sądami konstytucyjnymi. Jeśli dodamy do tego jeszcze fakt, że elementem owego *acquis* jest w pewnym zakresie także prawo międzynarodowe i europejskie oraz orzecznictwo sądów międzynarodowych, wówczas „pustosłowie” zapisu o „wyróżnianiu się wiedzą prawniczą” bez jednoczesnego sprawdzenia i weryfikacji tej wiedzy staje się jeszcze bardziej oczywiste. *Acquis constitutionnel* i dialog pomiędzy sądami konstytucyjnymi oraz międzynarodowymi nie są wyłącznie teoretyczną mrzonką, lecz realnym faktem czy wręcz koniecznością. Coraz częściej, aby dobrze rozstrzygać polskie sprawy konstytucyjne, trzeba umieć czytać roz-

strzygnięcia innych europejskich trybunałów i być gotowym do poszukiwania w nich inspiracji dla siebie.

### Specyfika sądu konstytucyjnego i mit „sezame otwórz się”

Podstawową, choć nie jedyną funkcją sądu konstytucyjnego jest kontrola konstytucyjności prawa. Mamy do czynienia ze specyficznym modelem stosowania prawa, który w gruncie rzeczy ma niewiele wspólnego z klasycznym sądowym modelem subsumcyjnym. Można oczywiście także i w tym zakresie powołać się na argument ilościowy – sędzia konstytucyjny znacznie częściej stosuje Konstytucję, niż ma to miejsce w przypadku statystycznego sędziego sądu administracyjnego czy powszechnego. Ta różnica nie jest wyłącznie ilościowa, lecz ma charakter jakościowy. Sądowa kontrola konstytucyjności prawa nie jest bowiem sądem nad faktami, lecz sądem nad prawem. Czy w związku z tym powinniśmy od sędziego konstytucyjnego oczekiwać jakiejś szczególnej wiedzy i szczególnych predyspozycji intelektualnych? Najprawdopodobniej tak, ponieważ powinien on wykazywać orientację nie tylko w zakresie konkretnych dogmatyk prawnych, lecz także systemu prawa jako całości, *ergo* – także w zakresie teorii i filozofii prawa. Tym bardziej że skutki jego orzeczeń mogą niekiedy przecinać system prawa wzdłuż i wszerz. Być może więc od sędziego konstytucyjnego powinniśmy w większym stopniu oczekiwać umiejętności spojrzenia na system prawa niejako „z lotu ptaka” i wnikięcia w rozstrzygane zagadnienie jak filozof prawa. Na potrzeby naszej analizy zakładamy, że sprawy rozpatrywane przez sąd konstytucyjny zawsze należą do tzw. trudnych przypadków (*hard cases*). Problem trudnych przypadków jest wprost proporcjonalny do roli, jaką w systemie prawa odgrywają organy stosujące prawo, zwłaszcza sądy. Sędzia konstytucyjny napotyka w swojej pracy wyłącznie na tzw. trudne przypadki nie tylko dlatego, że konstytucja jest specyficznym aktem prawnym sformułowanym w specyficznym języku normatywnym. Także dlatego, że orzekając o konstytucyjności bądź niekonstytucyjności prawa zawsze (lub prawie zawsze) spotyka się ze zderzeniem prawa z innymi elementami rzeczywistości społecznej (np. moralnością, obyczajowością, polityką, ekonomią, religią, historią). Kontrola konstytucyjności wydaje się być czymś więcej niż tylko postępowanie zgodnie z przyjętymi regułami. Słynny sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego O.W. Holmes napisał, że „wielkie sprawy, tak jak trudne sprawy, tworzą złe prawo”. U Holmesa stwierdzenie, że interesujące nas trudne przypadki tworzą złe prawo, wiązało się z uznaniem, że istotą *common law* jest to, że sędzia najpierw rozstrzyga konkretną sprawę, a dopiero później na tej podstawie próbuje określić zasadę. Sprawy z jednej strony wielkie i spektakularne, z drugiej zaś skomplikowane moralnie i politycznie tworzyły więc złe prawo, ponieważ były atypowe – sformułowane na ich podstawie zasady dotyczyły sytuacji ekstremalnych i wykraczały poza standardy oraz potrzeby bieżącego obrotu prawnego. Współcześnie coraz częściej albo

przypomina się tezę Holmesa w kontekście skomplikowanych problemów etycznych, politycznych i prawnych, albo próbuje się poddać ją istotnej weryfikacji. Może jest bowiem wręcz przeciwnie, może to właśnie trudne przypadki kształtują dobrego sędziego, lub szerzej – dobrego prawnika? Profil filozoficznoprawny sędziego konstytucyjnego jest zdeterminowany w dużej mierze właśnie tym, że w praktyce napotyka on albo wyłącznie, albo przynajmniej bardzo często na tak pojęte *hard cases*. Wynika to z jednej strony z miejsca konstytucji w systemie prawa, z drugiej zaś z charakteru i struktury jej norm. W tym (ale nie tylko w tym) sensie sędzia konstytucyjny znajduje się w zupełnie innej sytuacji niż sędzią sądu powszechnego, w tym także Sądu Najwyższego. W całej ogromnej liczbie spraw rozpatrywanych codziennie przez sądy powszechne różnych instancji, trudne przypadki w przyjętym tutaj rozumieniu zdarzają w gruncie rzeczy relatywnie rzadko (lub wręcz bardzo rzadko). Z tego punktu widzenia stosowanie i wykładnia prawa przez Trybunał Konstytucyjny wykazują daleko idące odrębności. Szczególne znaczenie ma zderzenie prawa z innymi systemami normatywnymi: w procesie badania konstytucyjności dochodzi do niego zawsze (lub prawie zawsze). W tym sensie każda (lub prawie każda) sprawa konstytucyjna jest *hard*.

### Interpretacja konstytucji

Pozostaje więc ostatnia kwestia: co to jest interpretacja Konstytucji i czy także ona powinna przesądzać o szczególnych kwalifikacjach zawodowych i intelektualnych sędziego konstytucyjnego? Nasza prawnicza intuicja i podręcznikowa wiedza *prima facie* nie pozwalają na jednoznaczną odpowiedź na te pytania. Z jednej bowiem strony polska literatura z zakresu teorii prawa poświęcona problemom wykładni nie wskazuje na jakieś szczególne metody i reguły wykładni mające zastosowanie wyłącznie do konstytucji. Nawet jeśli pewną odrębność wykazuje interpretacja zasad konstytucyjnych, to generalnie mamy tutaj do czynienia z takimi samymi metodami wykładni i regułami określającymi jej kolejność, jak w przypadku norm pozakonstytucyjnych. Z drugiej jednakże strony podkreśla się często „specyfikę wykładni konstytucji”, która wynika m.in. z jej szczególnego miejsca w systemie aktów normatywnych, wyrażania przez nią zasad o podstawowym znaczeniu dla całego systemu prawa i ich dużym ładunku teoretycznym. Często językowe czy systemowe reguły wykładni nie wystarczają do ustalenia treści normy, trzeba odwoływać się do argumentów aksjologicznych, założeń teoretycznych leżących u podstaw poszczególnych przepisów czy też argumentacji o charakterze prawnoporównawczym. Sytuacja, w której dla rozstrzygnięcia sprawy Trybunał Konstytucyjny potrzebuje czegoś więcej aniżeli oparcia się na interpretacji literalnej jednego artykułu, nie oznacza, że wychodzi on poza swoje kompetencje i ingeruje w wybory ustawodawcy. Dokonuje jedynie interpretacji konstytucji w sposób całościowy, poszukując zasad strukturalnych systemu konstytucyjnego, przesądza o jego aksjologii i wy-

znacza tory dla swojego przyszłego orzecznictwa, które w ten sposób staje się bardziej przewidywalne. W związku z tym stosowanie i interpretacja prawa nie są czynnościami automatycznymi, wykonywanymi w rzeczywistości zero-jedynkowej, według schematu polegającego na wprowadzeniu argumentów stron do komputera i oczekiwaniu na poprawną odpowiedź na ekranie. Wiele lat temu angielski sędzia Lord Reid ostrzegał przed zbyt formalistycznym traktowaniem funkcji sędziego. Takie założenie przyrównywał do słynnej metafory bajki Platona, w której „prawo znajduje się w jaskini, gdzie ukryte jest w całym swoim blasku. Na rozkaz sędziego «Sezanie otwórz się» spływa na niego cała wiedza. Złe orzeczenia są wydawane, gdy sędzia pomyli hasło i otwiera nie te drzwi. My sędziowie jednak już od dawna nie wierzymy w bajki”. Niestety, dzisiaj prawo nie jest, jak twierdzą krytycy Trybunału, tworem kompletnym, zamkniętym w „bajkowym” świecie wyznaczonym przez tekst przepisu. Orzecznictwo często musi uporać się z niedoskonałościami tekstu, wypełniać luki, wyrażać zasady systemu, adaptować je do zmieniającej się rzeczywistości i nowych okoliczności społeczno-ekonomicznych. Sędzia jest zmuszony poszukiwać prawa, które będzie mógł zastosować, odnajdywać cel, *ratio legis* regulacji istniejącej, odkodować zasady prawa i włączać je jako integralny element „prawa”, które stosuje i interpretuje w obrębie konstytucji oraz nad ewolucją, którego sprawuje kontrolę. To wszystko oznacza, że poszukując sprawiedliwego rozwiązania problemów pojawiających się w rozstrzyganych sprawach, sędziowie muszą być kreatywni, ale taka kreatywność nie jest równoznaczna z „sędziowskim aktywizmem”. Jest to raczej powszechnie akceptowane i uznawane prawo sędziowskie. Nie oznacza to jednak, że sędzia konstytucyjny powinien być filozofem – wręcz przeciwnie, filozof byłby bardzo złym sędzią, ponieważ abstrahowałby w ogóle od prawa, w tym także od konstytucji. Nie oznacza to także, że sędzia konstytucyjny może abstrahować od argumentacji filozoficznej – wręcz przeciwnie, w gruncie rzeczy jest na nią skazany. Powstaje więc pytanie, co „postawa filozoficzna” mogłaby oznaczać w odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego? Otóż w gruncie rzeczy tylko jedno – rezygnację z utrwalonego paradygmatu reguł kolejności wykładni. Pamiętajmy, że Trybunał sądzi prawo, a nie fakty. Dlatego wykładnia językowa nadal powinna pozostać wiodącą wykładnią konstytucji, ale sędzia konstytucyjny nigdy nie może poprzestawać na jej rezultatach i zawsze powinien rozszerzyć ją na wszystkie pozostałe poziomy interpretacyjne – historyczny, systemowy i celowościowy. Sędziowie nie mogą udawać, że orzekają w próżni. Każda interpretacja stanowi element większej konstytucyjnej całości, która podlega zmianie i ewoluuje. Kolejne generacje sędziów dopisują najlepiej jak jest to możliwe w danych okolicznościach jej nowe rozdziały, wyważając konkurencyjne, a czasami sprzeczne interesy i w ten sposób odpowiednio do momentu i czasu, stając na straży aksjologii konstytucji i praw w niej zawartych.

## „Sądowa filozofia” jako kryterium wyboru

W amerykańskim modelu nominacji sędziów federalnego Sądu Najwyższego pojawia się faza określana mianem „konfirmacji”. Polega ona na przesłuchiowaniu przez komisję senacką wskazanych przez prezydenta kandydatów, ponieważ zgodnie z Konstytucją USA, ostateczna nominacja musi się odbywać za „radą i zgodą” Senatu. Otóż jedno z podstawowych pytań, jakie zadają senatorowie kandydatom, brzmi następująco: „Jaka jest Pana/Pani filozofia sądenia i filozofia prawa?” Niestety, ani polskie rozwiązania normatywne, ani tym bardziej polska praktyka polityczna i parlamentarna, nie świadczą o woli zadawania tego typu pytania kandydatom na sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Kandydat na sędziego konstytucyjnego musi zrozumieć, że wobec ogromnej władzy sądu konstytucyjnego opinia publiczna nie tylko ma prawo do poznania poglądów kształtujących „filozofię sądenia” kandydatów, ale to kandydat ma obowiązek przedstawienia swojej filozofii w sposób otwarty i precyzyjny. Ktoś, kto tego nie rozumie i „bawi się” w zwolnienia lekarskie czy inne wątpliwe tłumaczenia, dowodzi, że powinien trzymać się daleko od sądu konstytucyjnego. Ramy tego opracowania pozwalają jedynie na zasygnalizowanie problemu, a nie na jego wyczerpującą prezentację. Chodzi o zwrócenie uwagi na debatę, jaka toczy się na świecie w przedmiocie selekcji kandydatów i trybu wyboru sędziów sądów konstytucyjnych. Wydaje się, że polska teoria i filozofia prawa oraz nauka prawa konstytucyjnego powinny jak najszybciej włączyć się do tej powszechnej dyskusji. Jednocześnie można wykorzystać te już sformułowane postulaty, jakie pojawiły się w światowej nauce, zwłaszcza w jurysprudencji niemieckiej i amerykańskiej. W Niemczech zwraca się przede wszystkim uwagę na problem transparentności i demokratyczności wyborów sędziów Trybunału Konstytucyjnego – w ten nurt wpisuje się projekt „Obywatelskiego Monitoringu Kandydatów na Sędziów”. Jak ogromny wpływ na proces weryfikacji kandydatów na sędziów może mieć opinia publiczna i organizacje pozarządowe, niech świadczy przypadek Horsta Dreiera. Ten wybitny niemiecki konstytucjonalista i filozof prawa, będący politycznie bezdyskusyjnym i merytorycznie świetnym kandydatem, w ostatniej chwili przegrał swoją szansę na zastąpienie jednego z ustępujących sędziów na stanowisku sędziego i wiceprzewodniczącego Bundesverfassungsgericht, ponieważ wcześniej w kilku wypowiedziach prasowych opowiedział się za dopuszczalnością tortur w celu wymuszenia zeznań w walce z terroryzmem oraz dla ustalenia miejsca pobytu osoby uprowadzonej dla okupu. W kwietniu 2008 r., pod naciskiem ze strony organizacji pozarządowych, SPD wycofała jego kandydaturę i wybrano innego profesora prawa. Na jeszcze większą uwagę zasługują bardzo interesujące propozycje *de lege ferenda* formułowane w jurysprudencji amerykańskiej, nawet jeśli uznamy, że możliwość ich bezpośredniego transponowania na grunt europejski, a zwłaszcza polski, jest mimo wszystko ograniczona. Po pierwsze, podejmuje się próby skwantyfikowania zawodowych kwalifikacji kandydatów na

sędziów Sądu Najwyższego. Po drugie, nawet jeśli zauważa się wzrost znaczenia ideologii w procesie wyboru sędziów, to przeciwstawia się im kryteria osobistych i charakterologicznych cech kandydatów rozwijane w ramach tzw. „jurisprudencji cnót”. Po trzecie, próbuje się określić, jakie pytania oraz problemy mogą i powinny być przedmiotem postępowania przed komisją senacką w fazie tzw. konfirmacji. Po czwarte wreszcie, pojawiają się propozycje zorganizowania selekcji i wyboru kandydatów do Supreme Court w oparciu o reguły swobodnego konkursu sędziów.

### Jak wybierać?

Odpowiedź na pytanie „sędzia konstytucyjny czyli kto?” jest w sposób nierozzerwalnie związana z pytaniem drugim „jak wybierać sędziów konstytucyjnych”? Nie dajmy się zwieść pierwszemu wrażeniu: nie chodzi bowiem tylko o problem interesujący niewielkie grono prawników. W grę wchodzi proces, który rzuca negatywne światło na poziom i sposób prowadzenia debaty publicznej, potwierdza prymitywizację życia politycznego i dominację partykularnego interesu partyjnego nad dobrem wspólnym i jakimkolwiek poczuciem odpowiedzialności. Nie sposób więc dalej milczeć, gdy skład sądu konstytucyjnego jest w sposób brutalny rozgrywany jako karta przetargowa w bieżącej polityce. Konieczne jest zaproponowanie konstruktywnej alternatywy i podjęcie próby ogniskowania dyskusji wokół niej.

Sposób wyboru, kwalifikacje i charakter sędziów konstytucyjnych przesądza o wartości sądownictwa konstytucyjnego jako instytucji. O sile legitymacji sądu konstytucyjnego decydują nie tylko pozycja ustrojowa i kompetencje, lecz także tryb jego kreacji i skład personalny, w tym także szeroko pojęte osobiste i zawodowe kwalifikacje poszczególnych sędziów oraz ich zdolność do zdystansowania się od partii politycznych i wolność od partyjno-politycznych wpływów. Obecnie w Polsce mamy do czynienia z sytuacją szczególnej schizofrenii: z jednej bowiem strony dosyć głęboka jest świadomość daleko idącej niedoskonałości przyjętych normatywnych rozwiązań i pozanormatywnej praktyki, z drugiej zaś panuje atmosfera powszechnej rezygnacji z podjęcia prób dokonania radykalnej zmiany. Generalna ocena (także wśród prawników) jest mniej więcej taka: nie jest aż tak źle, skoro z jednej strony polski model kreowania sądu konstytucyjnego nie odbiega zasadniczo od analogicznych rozwiązań przyjętych w większości państw europejskich, z drugiej zaś, TK wielokrotnie dawał dowody prawniczego profesjonalizmu. W związku z tym pojawiające się tu i ówdzie propozycje wskazują tylko na świadomość problemu, a nie na wolę jego radykalnego rozwiązania. Najczęściej podnosi się w tym kontekście cztery problemy, które mogą (choć nie muszą) wiązać się z zagrożeniem gwarancji niezawisłości sędziowskiej przez nadmierne powiązanie z interesami partii politycznych, a ściślej rzecz biorąc z interesami partii posiadającej faktyczną władzę: po pierwsze, krąg podmiotów uprawnionych do zgłaszania kandydatów; po drugie, formalne i me-

rytoreczne wymogi stawiane kandydatom oraz tryb ich kontroli i weryfikacji; po trzecie, wybór wyłącznie przez parlament i bez udziału innych podmiotów; po czwarte, wybór bezwzględny a nie kwalifikowaną większością głosów. Problem nie polega jednak na tym, czy sąd konstytucyjny jest organem politycznym i czy sama idea sądowej kontroli konstytucyjności ma charakter polityczny, ponieważ w obu wypadkach już dawno zarówno w teorii i filozofii prawa jak i doktrynie prawa konstytucyjnego zaakceptowano twierdzącą odpowiedź na oba te pytania. Daleko istotniejsze i bardziej niebezpieczne są polityczne źródła, przebieg i skutki konkretnych nominacji, prowadzące się do wyboru „swoich sędziów” i związane z tym późniejsze oczekiwania zagrażające niezawisłości sędziowskiej. Zróznicowany, w pozytywnym tego słowa znaczeniu, skład TK jest w aktualnym stanie rzeczy, paradoksalnie, konsekwencją niestabilności polskiej sceny politycznej, a nie efektem koherentnych rozwiązań systemowych oraz racjonalnego i świadomego wyboru. Gdyby w Polsce któraś z dominujących sił politycznych zdobyła pełnię władzy, czego nie możemy wykluczyć, na osiem czy dwanaście lat, to jest w stanie tak skonstruować skład Trybunału, by uczynić z niego organ *de facto* politycznie podporządkowany partiom kontrolującym władzę ustawodawczą i wykonawczą.

### **Sędzia konstytucyjny z łapanki?**

Propozycje zmian pojawiające się w doktrynie prawa konstytucyjnego kompletnie nie przystają do wagi potencjalnego zagrożenia obsadzenia sądu konstytucyjnego „przypadkowymi” kandydatami. Jeśli chodzi o krąg podmiotów uprawnionych do zgłaszania kandydatów, to projekt prezydencki zmiany ustawy o TK przewidywał, że najpierw można zgłaszać osoby na kandydatów sędziego TK, a dopiero z tej listy wybierani są formalni kandydaci. Prawo zgłaszania „kandydatów na kandydatów” przysługuje grupie co najmniej 15 posłów, Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Sądu Najwyższego, Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego, Krajowej Radzie Sądownictwa, Krajowej Radzie Prokuratury, właściwym ogólnokrajowym organom samorządu zawodowego adwokatów, radców prawnych oraz notariuszy i Radom Wydziałów Prawa uczelni uprawnionym do nadawania stopnia naukowego doktora habilitowanego nauk prawnych, radzie naukowej Instytutu Nauk Prawnych PAN i Komitetowi Nauk Prawnych PAN i Komisji Prawniczej Polskiej Akademii Umiejętności (nowy art. 20 ust. 1 ustawy o TK). Propozycja utworzenia listy prawników wyróżniających się wiedzą prawniczą idzie w dobrym kierunku, ale jest jedynie półśrodkiem, ponieważ, po pierwsze, formalnego kandydata (a nie kandydata na kandydata) zgłasza Prezydium Sejmu i grupa co najmniej 50 posłów (choć wyłącznie z tej listy „kandydatów na kandydatów”), po drugie, posłowie (tylko w liczbie 15) mogą zgłaszać swoich kandydatów na kandydatów (na tym etapie przedwstępnym można byłoby zupełnie wykluczyć udział posłów, skoro i tak w ostateczności Parlament dokonuje wyboru sędziego TK), a po



trzenie, utrzymana zostaje dotychczasowa większość bezwzględna jako warunek wyboru<sup>2</sup>. Szkoda, że projekt ustawy o TK nie dał środowiskom prawniczym prawa do zgłaszania kandydata na sędziego, a nie jedynie kandydata na kandydata. Niestety, posłowie cały czas zazdrośnie strzegą swojego dominującego udziału na wybór sędziów konstytucyjnych, a proponowane zmiany przypominają trochę dreptanie w miejscu. Istnieje niebezpieczeństwo, że proces wyboru sędziów TK, mimo drobnych zmian, będzie nadal wyglądał jak dotychczas i przypominał polityczne targowisko, na którym fachowość nie jest towarem najbardziej poszukiwanym i cenionym.

Wskazać też należy na inicjatywę społeczną ze strony organizacji pozarządowych – chodzi o program koalicji trzech organizacji (Fundacji im. Stefana Batorego, Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i Sekcji Polskiej Międzynarodowej Komisji Prawników) realizowany od 2006 r. pod nazwą „Obywatelski Monitoring Kandydatów na Sędziów”. W założeniach programu czytamy m.in.: „Realizując projekt monitoringu wyboru sędziów do Trybunału Konstytucyjnego myślimy o tym, by możliwe było w przyszłości włączenie instytucji obywatelskich i środowiska prawniczego w proces wyboru sędziów do najważniejszych sądów i trybunałów: Trybunału Konstytucyjnego, Sądu Najwyższego, Trybunału Stanu, Naczelnego Sądu Administracyjnego, Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu oraz Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. Próbujemy to osiągnąć poprzez wypracowanie rozwiązań modelowych, które pozwolą zainteresowanym wziąć udział w publicznej debacie o kandydatach do tych instytucji. Debata ta powinna się odbywać na podstawie ogólnie dostępnych informacji i w oparciu o obiektywne kryteria oceny”. Wnioski, przynajmniej jeśli idzie o wybór sędziów TK, nie są niestety zbyt optymistyczne, skoro w raporcie z realizacji programu czytamy z kolei: „Regulacje prawne dotyczące procedury wyboru sędziów nie pozwalają na odbycie rzeczywistej debaty publicznej dotyczącej kandydatów na sędziów do Trybunału Konstytucyjnego. Najważniejsze problemy to: brak czasu na szczegółowe przyjrzenie się kandydatom, brak obowiązkowych konsultacji i zasięgnięcia opinii środowisk prawniczych, brak mechanizmu zmuszającego do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości zgłoszonych wobec kandydata przed dokonaniem wyboru. Procedura wyboru sędziów do TK pozwala na to, by stosowano różne standardy w odniesieniu do wyboru poszczególnych sędziów, w szczególności dotyczy to procedowania w Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka opiniującej kandydatury (m.in. sposób głosowania, zakres analizy).

<sup>2</sup> Należy w tym miejscu odnotować dwie zmiany w stosunku do stanu prawnego obecnie obowiązującego. Po pierwsze, wprowadzenie obligatoryjnego wymogu ukończenia w dniu wyboru 40 lat. Po drugie, katalog osób ubiegających się o stanowisko sędziego TK został poszerzony o osobę, która wprawdzie nie posiada 10-letniego doświadczenia na stanowisku sędziego, prokuratora, adwokata itd., ale „zajmowała stanowiska w instytucjach publicznych związane z tworzeniem lub stosowaniem prawa” Istnieją poważne wątpliwości co do sensowności tej drugiej zmiany i czy osoba taka spełnia warunek podstawowy, tj. „wyróżniania się wiedzą prawniczą” w sensie wymaganym na stanowisku sędziego konstytucyjnego.

Istniejące reguły wyborcze sędziów TK, formalne wymagania stawiane kandydatom oraz sposób weryfikacji tych wymagań pozwalają na to, by kandydatami na sędziów (i w efekcie także sędziami) zostawały osoby, co do których istnieją poważne wątpliwości, czy mają kwalifikacje umożliwiające pełnienie funkcji sędziego Trybunału Konstytucyjnego”.

### **Parlament: „sędzia konstytucyjny z łapanki”**

Podczas gdy projekt prezydencki ustawy o TK podkreślał fachowość kandydatów jako podstawowe kryterium wyboru i zmierzał do ograniczenia wpływu bieżącej polityki na proces wyboru sędziów (m.in. utworzenie przy udziale gremiów prawniczych i środowiska naukowego wiążącej dla posłów listy „kandydatów na kandydatów” na sędziego wyróżniających się wiedzą prawniczą, z której to listy następnie posłowie dokonywaliby wyboru kandydata na sędziego), ustawa przyjęta przez Sejm 27 maja i zaakceptowana z poprawkami przez Senat na posiedzeniu 12 czerwca, dowodzi niestety, że dla posłów wybór sędziów konstytucyjnych ma być nadal ich wewnętrzną sprawą. Po pierwsze, Sejm nie zgodził się na zgłaszanie kandydatów na kandydatów przez środowiska prawnicze. Prawo zgłaszania kandydata przysługuje wyłącznie Prezydium Sejmu i grupie co najmniej 50 posłów, a wnioski kieruje się do Marszałka Sejmu nie później niż 4 miesiące przed dniem upływu kadencji sędziego. W konsekwencji zmiana, która miała być jedną z najważniejszych i cywilizujących wybór, została bez jakichkolwiek skrupułów wykreślona. Po drugie, instrumentalne traktowanie wyboru przez posłów jest widoczne w zmianie, która poszerza katalog osób ubiegających się o stanowisko sędziego TK o osobę, która wprawdzie nie posiada 10-letniego doświadczenia na stanowisku sędziego, prokuratora, adwokata etc., ale „zajmowała stanowiska w instytucjach publicznych związane z tworzeniem lub stosowaniem prawa”. Istnieją poważne wątpliwości co do sensowności tej zmiany i czy osoba taka spełnia warunek podstawowy, tj. „wyróżniania się wiedzą prawniczą” w sensie wymaganym na stanowisku sędziego konstytucyjnego. Zamiast podwyższać kryteria, posłowie faktycznie dokonują ich obniżenia! Po trzecie, zrezygnowano z mądrego warunku przewidzianego w projekcie prezydenckim, że w przypadku posła i senatora, kandydowanie do TK jest możliwe tylko po upływie co najmniej 4 lat od wygaśnięcia mandatu. Po czwarte, logika działania wyznaczona celem „zdobycia TK” jest w końcu widoczna w odejściu od reguły, zgodnie z którą sędziów wybiera większość sejmowa tej kadencji, w czasie której wygasają mandaty sędziów. Tymczasem nowa ustawa wprowadza niefortunne rozwiązanie, które pozwala Sejmowi tej kadencji wybrać od razu pięciu nowych (kadencja trzech sędziów kończy się w listopadzie, a dwóch kolejnych w grudniu 2015 r.), a nie trzech jak było przyjęte dotąd. Czy można jednak spodziewać się czegoś więcej po posłach, skoro szef podkomisji sejmowej opraco-

wującej ustawę, w odpowiedzi na zarzuty w tym zakresie wyznał z rozbijającą szczerością „proszę się nie bać; dla wszystkich wystarczy”!

Tylko częściowo interes publiczny i wzgląd na powagę sądu konstytucyjnego zwyciężyły w Senacie, który ustawą zajmował się (ekspresowo) na posiedzeniu 12 czerwca. Przede wszystkim i na szczęście Senat przywrócił z jednej strony udział środowisk prawniczych w wyłanianiu kandydatów na sędziów. Ale z drugiej wykazał się niekonsekwencją i cynizmem, ponieważ udział tych środowisk przewidział dopiero w procesie wyborów sędziów, których kadencja upływa po 1 stycznia 2016 r. Jeżeli więc zamiarem było ucywilizowanie wyboru sędziów, to nie sposób wytłumaczyć takiego przejściowego rozwiązania inaczej niż rozgrywką polityczną wyznaczoną przez podejście „zachować dzisiaj tyle, ile się da”. W konsekwencji, bez zmian pozostała kwestia wyboru 5 nowych sędziów, których mandaty wygasają w 2015 r. Wszystkich wybierze Sejm kończącej się kadencji. Dobrze natomiast, że Senat powrócił do warunku, że kandydat na sędziego TK musi posiadać kwalifikacje sędziego Sądu Najwyższego.

### **Trybunał Konstytucyjny jako partyjny łup**

Jakie wnioski płyną z tego sejmowo-senackiego rozgrywania składem sądu konstytucyjnego? Niestety, nie są one zbyt optymistyczne. Uchwalając nową ustawę o TK, politycy pokazali prawdziwą twarz: zazdrośnie strzegą swojego dominującego wpływu na wybór sędziów konstytucyjnych, a sam wybór traktują jako okazję do zdobycia łupu politycznego. Tej globalnie negatywnej oceny nie są w stanie zmienić poprawki senackie. Mamy niestety cały czas do czynienia z instrumentalnym traktowaniem TK przez większość parlamentarną jako instytucji, która musi być „nasza”. Widać to było zwłaszcza w popisie partyjniactwa, który zafundował nam Sejm, co nie wróży dobrze ustawie w wersji przyjętej przez Senat. Wybór sędziów TK będzie nadal wyglądał jak dotychczas i przypominał polityczne targowisko, na którym fachowość nie jest towarem najbardziej poszukiwanym i cenionym. Apele, aby ten wybór służył państwu, a nie partiom, pozostaje w warunkach polskich cały czas niestety wołaniem na puszczy.

### **Sędzia konstytucyjny jako element „konstytucyjnej demokracji”**

W Polsce dyskusja wokół odnowienia składu sądu konstytucyjnego jest zdominowana wyłącznie przez rozważania natury *stricte* politycznej i to w wymiarze najbardziej prymitywnym. Znaczenie mają nie walory intelektualne i zawodowe kandydatów, ale ocena ich „politycznej przydatności”. Pojawia się próba „argumentacji”, zgodnie z którą wraz z nadejściem nowej władzy sędziowie konstytucyjni powinni „dopasowywać” swoje orzecznictwo do jej poglądów. Ten tok rozumowania jest najniebezpieczniejszy dla sądu konstytucyjnego. W państwie prawa konstytucja jest jedna, nad jej aksjologią pracują pokolenia sędziów, prowadząc dyskurs i odkrywając, wraz z upływem czasu i wzbogaca-

niem tradycji konstytucyjnej, nowe treści konstytucyjne. Zaakceptowanie poglądu o periodiczności konstytucji oznaczałoby, że obywatele pozbawieni zostaliby minimalnego elementu pewności i przewidywalności prawa oraz ciągłości treści przekazywanych w konstytucji, ponieważ nowi sędziowie musieliby sprostać oczekiwaniom obecnie rządzących. Tymczasem działalność każdego sądu ma miejsce w określonym otoczeniu instytucjonalnym i społecznym. Jest uwarunkowana szeregiem czynników, jak specyfika spraw rozstrzyganych przez dany sąd, znaczenie społeczne określone przez pryzmat interesów, które wchodzi w grę, rodzaj adresatów orzeczeń, ich możliwe reakcje, tradycja prawna towarzysząca aktowi sądenia. Sąd zawsze stoi przed koniecznością dokonania wyboru pomiędzy kilkoma możliwymi sposobami interpretacji prawa właściwego, lecz czyni to, świadomie lub nieświadomie, pod wpływem tych różnych okoliczności. Fundamentalne znaczenie ma zrozumienie, że sędzią konstytucyjnym jest sędzią szczególnym, bo szczególnie jest *substrat* na podstawie którego orzeka (konstytucja), *otoczenie* (polska konstytucja jako element europejskiej wspólnoty konstytucyjnej), *metoda* (ważenie, wartościowanie, wybór i sztuka kompromisu). Splot tych okoliczności powoduje, że sędzią konstytucyjnym nie może być każdy, a proces wyboru sędziów musi mieć charakter nadzwyczaj selektywny. Funkcja konstytucyjnego sądenia wymaga świadomości, jak trudno godzić kolidujące interesy i zapewniać racjonalne wybory, które rozstrzygną o aksjologii konstytucji. Wysyłanie do Trybunału Konstytucyjnego osób, których jedyną zaletą jest to, że są „swoi”, bez jakiegokolwiek refleksji nad zdolnością wypełnienia mandatu konstytucyjnego, oznacza, że politycy nie rozumieją po co jest Trybunał Konstytucyjny. Nie jest on po to, aby ślepo aprobować wybory efemerycznego i nieracjonalnego ustawodawcy, ale aby przez konsekwentną interpretację konstytucji budować jej tożsamość, efektywnie chronić prawa konstytucyjne i stanowić długofalową, wychodzącą poza perspektywę najbliższych wyborów, przeciwwagę dla większościowego ustawodawcy. Prawdłowo zrekonstruowany proces selekcji sędziego jest pierwszym i niezbędnym elementem zapewnienia, że w Trybunale Konstytucyjnym zasiadają osoby, które nie tylko rozumieją, jak trudno będzie im być dobrym sędzią konstytucyjnym, ale przede wszystkim są gotowe do przyjęcia tego wyzwania.

Prawa fundamentalne gwarantowane w konstytucji stanowią nieprzekraczalną barierę dla rządzących. Nigdy nie mogą być przedmiotem politycznego targu, a ich przestrzeganie nie może być warunkowane wynikiem wyborów politycznych. Pamiętajmy, że państwo i parlament zawłaszczone przez chwilową większość parlamentarną odchodzą, a idea „państwa prawa” i sąd konstytucyjny zostają. Moment wyboru sędziów konstytucyjnych powinien być okazją do głębokiej refleksji nad państwem, jego wartościami i dyskursem publicznym. W sytuacji gdy od sądów zaczyna zależeć coraz więcej, dzisiaj bardziej niż kiedykolwiek, powinniśmy doceniać i wierzyć w sprawiedliwych, przewidywalnych (choć czasami omylnych) i kierujących się aksjologią wyznaczoną standardami

i wartościami demokratycznego państwa prawa, sędziów TK. Ta wiara jest w interesie dzisiejszych rządzących, którzy w przyszłości mogą stać przed sądem konstytucyjnym jako przedstawiciele demokratycznej mniejszości. Polityk, który chce instrumentalnie „majstrować” przy składzie Trybunału, powinien zawsze zadać sobie pytanie: przed jakim sędzią chciałby występować: uległym i przytłoczonym ogromem zadań, jakie lekkomyślnie przyjął na siebie, godząc się na kandydowanie do Trybunału, czy silnym, niezależnym, efektywnie egzekwującym przestrzeganie konstytucji wobec nowo wyłonionej większości parlamentarnej, ale przede wszystkim intelektualnie zdolnym do codziennego przyjmowania wielkiego wyzwania, jakie wiąże się z dumnym tytułem „sędzia sądu konstytucyjnego”?

**Jerzy Zajadło, Tomasz Tadeusz Koncewicz**

#### **CONSTITUTIONAL JUSTICE OR POLITICAL MARKET: WHO AND HOW SHOULD BE ELECTED TO A CONSTITUTIONAL COURT?**

The Authors critically analyze two problems associated with the creation of a constitutional court - on the one hand, the substantive qualifications of candidates, on the other hand, the mode of judges election. The considerations are presented against the background of the amendments of the Polish Law on Constitutional Tribunal that has been recently adopted. According to the Authors the primacy of the Constitution as a legal act and the specifics of its application and interpretation require special qualifications from the candidates for judges. Therefore, the criterion „to possess distinguished legal knowledge” undoubtedly seems to be insufficient. In this context, they also pose the question of whether a constitutional judge should be only “a good craftsman” or also “a wise philosopher”?

As the Constitutional Tribunal serves as a guardian of the constitutionality of law it is very important to provide solutions that would release it from current political disputes. However, the mode of the election of judges that have been recently adopted in Poland does not create such a guarantee and does not contribute to building a strong external and internal legitimacy of this authority. In practice, political parties represented in the parliament treat the elections of judges to the Constitutional Tribunal as a struggle for political booty.

