

Opinia prawna

nt. zgodności z Konstytucją RP ogłoszenia Prezydenta RP o wolnych stanowiskach sędziego w Sądzie Najwyższym. Ogłoszenie wydano na podstawie art.31 par.1 ustawy z 08.12.2017 o Sądzie Najwyższym (Dz.U z 2018, poz 5,650,771 847 848, 1046 -dalej uSN) a opinia dotyczy zarzutów jego niekonstytucyjności, tj. oceny prawnej kompetencji Prezydenta RP, wykonanej z pominięciem kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów.

1.Przedmiot opinii.

W myśl art.31 par.3 uSN „Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, po zasięgnięciu opinii Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, obwieszcza w Dzienniku Urzędowym „Monitor Polski” liczbę wolnych stanowisk sędziego przewidzianych do objęcia w poszczególnych izbach Sądu Najwyższego”. W badanym stanie sprawy obwieszczenie z 29.06.2018 miało miejsce bez kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów¹. Innymi słowy akt urzędowy, którym powinno być postanowienie (art.142 ust.2 Konstytucji - akt wydany w zakresie realizacji pozostałych kompetencji)był

pozbawiony kontrasygnaty, wymaganej, co do zasady, przy zasadniczej większości takich aktów (art.144 ust.2 Konstytucji – domniemanie wymogu kontrasygnaty). Jak wynikało z poprzedniego tekstu przepisu wymagane było zasięgnięcie opinii Pierwszego Prezesa SN, jednak na mocy art. 112a jednej z licznych nowelizacji uSN taki obowiązek został zniesiony (choćby opinia i tak byłaby niewiążąca). Podobna czynność konwencjonalna i akt urzędowy dotyczył wolnych stanowisk w Naczelnym Sądzie Administracyjnym². Natomiast sposób wykonania kompetencji

¹ MP z 2018, poz. 633.

² MP z 2018, poz.634.

i wydanie rozporządzenia z 29.03.2018 ustalającego Regulamin Sądu Najwyższego były już objęte kontrasygnatą premiera³. Zwróćmy również uwagę na art.37 par 1 i 1a uSN, które przewidują „decyzję” prezydenta co do dalszego zajmowania stanowiska sędziego SN, który ukończył 65 lat. Kompetencji do wydania takiego postanowienia (nazwa i forma decyzji) również nie odnajdziemy w art.144 ust.3 Konstytucji. Podstawowe zastrzeżenia budzi także status powołanych sędziów, którzy w następstwie nielegalnych czynności prezydenta i KRS nie powinni być pewni co do ciągłości swego urzędowania

Aby odpowiedzieć na pytanie czy kontrasygnata pod tym aktem urzędowym była niezbędna należy dokonać analizy : a) intencji ustrojodawcy wyrażonej podczas prac nad Konstytucją, b) stanowisk doktryny prawa, c) wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego, d) w następstwie a),b), c) - przedstawić podstawowe wnioski końcowe .

3. Założenia przyjęte w opinii

Należy również wskazać jak piszący niniejszą opinię pojmuje niektóre terminy. Po pierwsze, czynność konwencjonalna jest to zachowanie lub sekwencja zachowań, którym, na gruncie kultury prawnej, przypisać można sprecyzowane reguły znaczeniowe. Do ważnego dokonania czynności konwencjonalnej wymagane jest, aby podmiot (organ) dysponował szczególnym upoważnieniem - kompetencją⁴. Zatem sekwencja zachowań Prezydenta RP wymaga, aby dekodować z przepisów konstytucyjnych i ustawowych sprecyzowane normy kompetencyjne⁵. Należy również wskazać, że wykonywanie kompetencji może przyjąć formułę obowiązku (np.art.144 ust.3 pkt.1,2,3,6 Konstytucji) albo wolności (np.art.144 ust.3, pkt.4, 8,18,19). Znaczy to, że tak zwane prerogatywy osobiste nie zawsze prowadzą do uznania kompetencji za dyskrejonalną. Ich

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 29.03.2018 „Regulamin Sądu Najwyższego - Dz.U. z 2018, poz.660.

⁴ Z.Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 1997, s.109 ; M.Zieliński, *Wykładnia prawa; zasady, reguły ,wskazówki*, Warszawa 2008, s.27 -32.

⁵ Z. Ziemiński, *ibidem*, s.124,128, 234- 237.; M.Zieliński, *ibidem*, s.29-30 36, 139-140.

istotą jest bowiem brak akcesu rządu i przyjęcie odpowiedzialności politycznej (przed Narodem –art.130) i konstytucyjnej przez Prezydenta RP (wniosek z art.144 ust.2 *in fine*, art.145) Należy wskazać na sytuacje w których odpowiedzialność może *de facto* odnosić się do niektórych kompetencji wykonywanych tylko *prima facie* jako dyskrecyjne. Tytułem przykładu, długotrwałe zwlekanie ze skierowaniem wniosku do Sejmu o powołanie Prezesa NBP (art.144ust.3 pkt 24, art.227 ust.6 Konstytucji) ma doniosłość dla funkcjonowania państwa i może rodzić problem odpowiedzialności za delikt konstytucyjny.

Za czynność urzędową uznaje zachowanie lub zachowania Prezydenta związane z konstytucyjnymi zadaniami albo kompetencjami, które nie zawsze prowadzą do wydania dokumentu (aktu urzędowego). Mogą to być oświadczenia, wypowiedzi , obecność na posiedzeniu Rady Europejskiej. Są one zakresowo związane z konstytucyjnymi zadaniami i kompetencjami, przy czym nie muszą wywoływać skutków prawnych. Czynność prawna jest już taką czynnością urzędową, która wywołuje skutki prawne wobec indywidualnych adresatów albo *erga omnes*.Taka czynność prawna prowadzi zasadniczo w efekcie do wydania aktu urzędowego, czyli takiego aktu prawnego, mającego postać dokumentu i nazwę przewidzianą przez Konstytucję : rozporządzenia, zarządzenia, postanowienia , rozporządzenia z mocą ustawy (art.142 i art.234 Konstytucji). Jak już wspomniałem, wydane ogłoszenie powinno być ujęte jako „postanowienie”, na co wskazuje wykładnia art.142 ust.2.

Jest sprawą praktyki instytucjonalnej i kultury prawnej czy czynności urzędowe będą „przyporządkowane” konstytucyjnym zadaniom (art.126,art.133 ust.3, art.134 ust.1), czy też będą odnosić się do zagadnień nie związanych z zadaniami prezydenta, np. z zakresu zabezpieczenia społecznego lub przedsięwzięć gospodarczych.

Rozstrzygnięcia ustrojodawcy nie są zawsze właściwe z punktu widzenia systemu rządów i zadań Prezydenta, czego dobitnym przykładem jest wymóg kontrasygnaty na postanowieniu o powołaniu przedstawiciela Prezydenta w

Krajowej Radzie Sądownictwa. Innymi słowy jednym z założeń opinii jest wskazanie na ryzyko nieracjonalności, braku sensu niektórych aktów urzędowych wymagających kontrasygnaty, co nie może być w żadnym wypadku wykorzystywane w praktyce instytucjonalnej, bez zmiany Konstytucji

4. Próba odczytania intencji ustrojodawcy.

W trakcie prac nad obowiązującą konstytucją początkowo brak było dominującego stanowiska co do pozycji ustrojowej Prezydenta RP, pojmowania terminu „akty urzędowe”, pojmowania istoty i zakresu instytucji kontrasygnaty. Tytułem przykładu, wątpliwości wzbudzało identyfikowanie aktu prawnego jako synonimu aktu normatywnego, co było wyrazem braku intuicji co do treści normatywnej (prawodawczej) aktu zawierającego normy generalne i abstrakcyjne⁶. W trakcie dyskusji P.Winczorek wyraził pogląd, że mamy do czynienia z aktami normatywnymi (obecny art.142 ust.1) oraz nienormatywnymi (art.142 ust.2), zapominając, że postanowienia mają inny wymiar normatywny (zawierają głównie, chociaż nie zawsze, normy indywidualne). P.Winczorek jednak trafnie przyjmował, że dyskusja wokół kontrasygnaty sprowadza się w istocie do rozważań, w jaki sposób będą ograniczane kompetencje prezydenta⁷.

Dyskusje nad katalogiem aktów wyłączonych spod kontrasygnaty doprowadziły do trzech podstawowych rozstrzygnięć : a) uznania, że taki katalog jest zamknięty, zaś kontrasygnata jest instytucją konstytucyjną, b) wykluczenia ustawowego rozszerzania kompetencji, przy których akty urzędowe byłyby zwolnione spod kontrasygnaty c) wykluczenia z katalogu aktów urzędowych „decyzji”, d) konstatacji, że to Rada Ministrów jest organem na rzecz której przemawia

⁶ K.Działocha, *Pojęcie aktu normatywnego w ustawie o Trybunale Konstytucyjnym* :Studia Prawnicze” nr23/1989; orzeczenia TK : U 4/90; U 6/92, K 12/92 U 5/95 (za;) OTK w formie CD 1986- 2006, Wyd.TK, Warszawa 2007 ; J. Ciapała, *Formy aktów urzędowych i instytucja kontrasygnaty w kontekście pozycji konstytucyjnej Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej (w :) W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa Profesora Janusz Trzczińskiego*, pod red. L.Balickiego i M.Masternak- Kubiak, Wyd.Sejmowe, Warszawa 2012,s.306 -308.

⁷ Biuletyn XXI KK ZN, Wyd.Sejmowe, Warszawa 1996,s.41 -43.

domniemanie kompetencji w sprawach polityki państwa⁸. Szczególną doniosłość miało przyjęcie, że wszystkie akty rządowe wymagają kontrasygnaty, z wyjątkiem wymienionych w Konstytucji tzw. prerogatyw osobistych. Charakterystyczna była wypowiedź posła M.Mazurkiewicza : „Katalog jest enumeratywny i wyczerpujący. Nie można domniemywać innych wyłączeń, nawet gdy na zdrowy rozum są one oczywiste”⁹. Finalne prace nad dotyczącymi opinii zagadnieniami trwały kilka miesięcy, począwszy od 19 czerwca 1996, a zatem już za prezydentury A.Kwaśniewskiego. Kontrasygnatą objęto akty rządowe, mianem których określano akty, które wydaje Prezydent RP, korzystając ze swych konstytucyjnych i ustawowych kompetencji. Ten sposób pojmowania aktów rządowych i kontrasygnaty został przyjęty podczas końcowych prac i głosowań w Zgromadzeniu Narodowym, przy czym dokonano poszerzenia kompetencji wyłączonych spod kontrasygnaty¹⁰.

5. Poglądy wyrażane przez przedstawicieli doktryny.

Przechodząc do wskazania wypowiedzi doktryny, pragnę podkreślić, że są one w podstawowej mierze zbieżne, chociaż spotykamy i sądy zniuansowane albo wskazujące brak koncepcji precyzyjnej interpretacji..

B. Banaszak podnosił że Konstytucja „enumeratywnie określa” akty rządowe wyłączone spod obowiązku kontrasygnaty, zaś ustawodawca nie ma kompetencji do rozszerzania ich zakresu¹¹. L. Garlicki akcentował szeroki zakres aktów rządowych, uznając, że są nimi akty normatywne, akty prawne rodzące skutki prawne po stronie adresatów, a nawet akty rządowe, które nie wywołują wiążących skutków (sic!). Wskazywał dwie konsekwencje udzielenia kontrasygnaty, która jest zasadą : uzyskanie przez akt ważności oraz przejście

⁸ Por. dyskusję w ramach Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, biuletyn XI, Wyd.Sejmowe, Warszawa 1995, s.297-307. Zob. także biuletyn KK ZN nr XXXVII , Warszawa 1996,s.79-82.

⁹ Biuletyn KK ZN nr XL, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997, s.104 -105, 109.

¹⁰ Szerzej A. Rakowska, *Kontrasygnata aktów głowy państwa w wybranych państwach europejskich*, Toruń 2009, s.2010-2011. Zob. biuletyn KK ZN nr XLIV, Wyd. Sejmowe, Warszawa 1997,s.154-161.

¹¹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej; komentarz*, Warszawa 2012, s. 776 -777.

odpowiedzialności politycznej przed Sejmem przez Prezesa Rady Ministrów. **Udzielenie kontrasygnaty ma być zawsze udzielone politycznemu uznaniu premiera**¹². W tym przypadku uwagę zwraca napięcie pomiędzy Kancelarią Prezydenta RP a Kancelarią Prezesa Rady Ministrów, które dotyczyło potrzeby kontrasygnaty i spowodowało ponad miesięczny pat decyzyjny. Zdaniem wahających się urzędników Kancelarii Prezydenta, obwieszczenie było czynnością materialno techniczną, miało więc nie stanowić aktu urzędowego tylko informację o stanie już zastanym. Było w istocie etapem realizacji osobistej prerogatywy w zakresie powoływania sędziów oraz odmiennych ocen prawnych urzędników obu kancelarii¹³.

Zdaniem K.Wojtyczka obowiązująca zasada domniemania kontrasygnaty sprawia, że premier może odmówić współpodpisu, czyli nie ryzykować odpowiedzialności politycznej za dany akt. Natomiast wydanie aktu samodzielnie przez prezydenta (przy różnicy zdań) rodzi odpowiedzialność konstytucyjną prezydenta. Skutkiem braku kontrasygnaty jest nieważność danego aktu, zaś „adresaci danego aktu mają obowiązek odmówić podporządkowania się takiemu aktowi”¹⁴.

W analogicznym kierunku zmierzało rozumowanie P.Sarneckiego, który stwierdził, że prezydent jako samodzielny organ konstytucyjny ma kompetencje, które wykonuje we własnym imieniu, „na własny rachunek” i na własną odpowiedzialność. Przysługuje mu prawo merytorycznej oceny inicjatyw rządowych, podobnie jak premierowi - prawo oceny inicjatyw prezydenckich. Autor dopuszczał jednak taką interpretację katalogu prerogatyw, która dopuszcza obecność **tak zwanych kompetencji pochodnych od kompetencji wynikających**

¹² L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne ; zarys wykładu*, Warszawa 2017, s. 256- 257.

¹³ <https://www.tvn24.pl/wiadomości-z-kraju3/kontrasygnata-morawieckiego-spor-kancelarii-prezydenta-i-premiera,857835.html> (z 07.10.2018).

¹⁴ K. Wojtyczek, *Prezydent Rzeczypospolitej (w:) Prawo konstytucyjne* pod red.P.Sarneckiego, Warszawa 2014, s.367.

z prerogatyw¹⁵. Tytułem przykładu wykonanie inicjatywy ustawodawczej upoważnia także do swobodnego wniesienia poprawek do projektu ustawy albo do jego wycofania. Na gruncie logiki formalnej mamy tutaj do czynienia z argumentacją *a fortiori* : *argumentum a maiori ad minus* – skoro przysługuje kompetencja do wniesienia projektu ustawy, to tym bardziej uzasadnione są kompetencje do wnoszenia poprawek albo wycofania projektu. Poruszamy się tutaj w sferze *analogii iuris* oraz uzasadnień aksjologicznych¹⁶. P. Sarnecki przyjmował szerokie rozumienie terminu „akt urzędowy” oraz założenie domniemania obowiązku uzyskania kontrasygnaty przy każdym akcie „z wyjątkiem literalnie wymienionych w art.144 ust.3”. Wymóg kontrasygnaty nie czyni z aktów urzędowych, aktów „o wspólnym autorstwie”. Akty prezydenta nie opatrzone kontrasygnatą są wprawdzie aktami prawnie niewiązującymi, ale nie znaczy to, że nie istniejącymi, w tym mogą wywoływać „czasem istotne konsekwencje”. Innym razem, P. Sarnecki zasadnie przyjął, że nawet kontrasygnata, że kontrasygnata nie usuwa ryzyka odpowiedzialności konstytucyjnej prezydenta¹⁷. Wyraził nawet zdanie interesujące, chociaż trafny pogląd, a mianowicie uznał, że akt niekontrasygnowany jest wręcz jedynie projektem aktu i nie może wywierać żadnego skutku prawnego¹⁸. W moim przekonaniu akt nabiera waloru urzędowego dopiero po złożeniu dwóch podpisów (co oczywiście nie może dotyczyć prerogatywy).

W istocie analogiczne oceny formułował Z.Witkowski, który wskazał cechy istotne i konsekwencje kontrasygnaty albo jej braku. Podniósł także trzy istotne okoliczności. Po pierwsze, brak w polskim systemie tzw. kontrasygnaty dorozumianej, która wyrażałaby się tylko obecnością premiera (albo ministra) przy czynności prezydenta nie mającej albo mającej formę pisemną. Po drugie brak

¹⁵ Np. zwolnienie spod kontrasygnaty inicjatywy ustawodawczej oznacza, że akty będące wyrazem wycofania projektu lub jego zmiany są również wolne od kontrasygnaty – P. Sarnecki, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej; komentarz do przepisów*, Kraków 2000, s.53 – 60.

¹⁶ Z. Ziemiński, *ibidem*, s.252-253

¹⁷ P. Sarnecki, *Komentarz do art.144 ust.3 (w :) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz pod red. L.Garlickiego*, Wyd.Sejmowe, Warszawa 1999, s.2-6.

¹⁸ P. Sarnecki, *Prezydent...ibidem*, s. 59.

możliwości ustawowego kształtowania, dookreślania aktów wymagających albo nie wymagających kontrasygnaty, co potwierdza fakt, że jest to instytucja konstytucyjna. Po trzecie, przyjął, że wyjątki od aktów wymagających kontrasygnowania podlegają wykładni ścieśniającej (konsekwencja domniemania wymogu kontrasygnaty)¹⁹. Analogiczne rozważania odnajdziemy w podręczniku białostockim : „wymóg uzyskania kontrasygnaty jest wyraźnie określoną zasadą, a więc odnosi się do wszelkich aktów urzędowych Prezydenta RP wydawanych na podstawie Konstytucji RP oraz ustaw, z wyjątkiem tych, które zostały jednoznacznie z obowiązku kontrasygnaty wyłączone”²⁰.

D. Dudek w interesującej publikacji na temat autorytetu Prezydenta RP²¹ zwrócił uwagę na kilka zagadnień. Po pierwsze, skonstatował brak prawnej regulacji trybu, sekwencji czynności, w tym kolejności złożenia podpisów (aczkolwiek wykładnia art.144 ust.2 może wskazywać na pierwszeństwo prezydenta – JC). Po drugie, wyraził kontrowersyjny pogląd, że „nawet niewątpliwie ustalony brak waloru ważności aktu urzędowego Prezydenta nie zawsze oznacza, iż jest to akt prawny nieistniejący (*non existens*) i niewywołujący skutków prawnych”. Niestety praktyka instytucjonalna dowiodła, że takie akty faktycznie były w obrocie prawnym²². Po trzecie, niezbędnym korelatem kontrasygnaty jest polityczna (parlamentarna) odpowiedzialność premiera (w istocie całej Rady Ministrów). Po czwarte, zdaniem D.Dudka, konstytucyjne określenie cech i waloru prawnego kontrasygnaty skutkuje nieważnością aktu urzędowego, przy czym nie wyłącza odpowiedzialności prezydenta za kontrasygnowany akt, ponieważ prezydent ponosi odpowiedzialność konstytucyjną oraz odpowiedzialność przed wyborcami. Po piąte, „nie będąc formalnie i faktycznie autorem danego aktu, premier nie powinien być uznawany za współsprawcę deliktu konstytucyjnego, a raczej za

¹⁹ Z.Witkowski, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej*, (w :) *Prawo konstytucyjne* pod red. Z.Witkowskiego, Torun 2009, s. 391-397. Takie same oceny odnajdziemy w kolejnych wydaniach podręcznika toruńskiego.

²⁰ A.Olechno, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej* (w :) *Prawo konstytucyjne* pod red. M.Grzybowski, Białystok 2009, s.261- 262. Takie same poglądy odnajdziemy w kolejnych wydaniach podręcznika białostockiego.

²¹ D. Dudek, *Autorytet Prezydenta a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Wyd. KUL, Lublin 2013, s.63 -68.

²² Pisał o tym obszernie B.Szczurowski – B.Szczurowski, *Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej jako organ czuwający nad przestrzeganiem Konstytucji* Wyd.Sejmowe, Warszawa 2016,s.227 -231.

swoistego pomocnika, jeśli poprzez udzielenie kontrasygnaty dopuściłby do popełnienia deliktu przez prezydenta”. Autor konstatuje, że akt prezydenta niezgodny z Konstytucją, dokonany z kontrasygnatą premiera, nie ma charakteru aktu urzędowego, ale jest aktem bezprawnym.

B.Szczurowski akcentując, że prezydent jest sytuowany w systemie organów ochrony konstytucji, co sprawia, że powinien postępować ze szczególną ostrożnością, unikając ryzyk naruszenia Konstytucji. Podkreślał obowiązek respektowania formuły *exceptionis non sunt extendendae* oraz krytycznie odniósł się do nielicznych opinii, zgodnie z którymi zwolnione z pod kontrasygnaty winny być tzw. **kompetencje analogiczne**, czyli takie które wykazują podobieństwo do kompetencji wymienionych *expressis verbis* w katalogu prerogatyw. W moim przekonaniu są to w istocie kompetencje co najwyżej **quasi –analogiczne**. Ich akceptacja prowadzi do „nadinterpretacji” Konstytucji oraz naruszeń jej art.2 i 7 oraz art.144. Autor trafnie wskazał, np. na odrębny wymiar kompetencji w zakresie inicjatywy ustawodawczej od inicjatywy ustrojodawczej oraz uznał, że ewentualnych niedociągnięć ustrojodawcy nie można naprawiać za pomocą wątpliwych zabiegów interpretacyjnych²³. Mocniejsze uzasadnienie ma już postulat rozszerzenia katalogu prerogatyw o te kompetencje które są **pochodne** w stosunku do prerogatyw (zob. uwagi P.Sarneckiego i moje uwagi przy powoływaniu Jego stanowiska, chociaż może to być pogląd kontrowersyjny)²⁴. Podobnie jak R.Piotrowski²⁵, również B.Szczurowski przedstawił przykłady niesankcjonowanych naruszeń postanowień z art.144 ust.2i 3²⁶.

²³ B.Szczurowski, ibidem, s.82 -89.

²⁴ Na temat kontrasygnaty w praktyce instytucjonalnej –zob.R.Piotrowski, *Kontrasygnata – uwagi oznaczeniu praktyki instytucjonalnej* „Zagadnienia Sądownictwa Konstytucyjnego” nr 2/2012, Wyd.TK, Warszawa 2013, s.45 i n.

²⁶B.Szczurowski, ibidem, s.227- 228.

Kontrasygnacie poświęcone zostały dwa znane mi opracowania monograficzne : A. Frankiewicz i A. Rakowskiej²⁷. A. Frankiewicz przyjęła, że każdy akt urzędowy jest aktem prawnym oraz wskazała na absurdalny charakter niektórych kompetencji, które powinny być wyłączone spod kontrasygnaty, np. wydanie bez kontrasygnaty aktów powołujących marszałków – seniorów obu izb (w istocie praktykowany był brak kontrasygnaty na takich aktach urzędowych). Optymistycznie przyjmowała, że zamieszczenie sformułowania w art.144 ust.2 należy odczytywać jako zabezpieczenie przed możliwością wprowadzenia w życie aktu urzędowego, który pomimo braku wymaganego podpisu premiera nie będzie wywierał skutków prawnych.

Dodatkowym, a moim zdaniem podstawowym, uzasadnieniem domniemania wymogu kontrasygnaty jest założenie, że w ramach władzy wykonawczej, to rządowi przysługuje domniemanie kompetencji (art. 146 ust.2)²⁸.

A. Rakowska aprobowwała pogląd A. Frankiewicz, że każdy akt urzędowy jest aktem prawnym. Jej zdaniem jest to jednak tylko akt pisemny, bowiem objęcie kontrasygnatą wyłącznie aktów pisemnych wynika z istoty instytucji kontrasygnaty. Dlatego jedyną racjonalną przesłanką wyłączającą obowiązek kontrasygnaty powinien być brak formy pisemnej. Zgadzam się z Jej poglądem, że każdy akt urzędowy jest czynnością urzędową, lecz nie odwrotnie. Jednoznacznie polemizowała z opinią A. Frankiewicz, zgodnie z którą przyjęcie w Konstytucji koncepcji prezydenta- arbitra mogłoby skłaniać do odstępstw od bezwarunkowego stosowania zasady *exceptiones non sunt extendendae*²⁹.

Piszący niniejszą opinię ze szczególnym naciskiem stwierdza, że konstytucyjne zadania Prezydenta nie mogą determinować konstrukcji aktów urzędowych - w kontekście kontrasygnaty - wydawanych w celu ich realizacji, lecz powinny

²⁷ A. Frankiewicz, *Kontrasygnata aktów urzędowych Prezydenta RP*, Kraków 2004 ; A. Rakowska, *Kontrasygnata aktów głowy państwa w wybranych państwach europejskich*, Toruń 2009. Pomimo różnicy tytułów w obu książkach dominuje problematyka polska.

²⁸ A. Frankiewicz, *ibidem*, s. 88, 174- 175.

²⁹ A. Rakowska, *ibidem*, s.216 -219

ukierunkować przedmiot aktów, gdy ich wydanie zostanie uznane przez prezydenta za niezbędne (por.art.126 ust.1,3, art 134 ust.1).

Powracając do stanowiska A.Rakowskiej autorka podzieliła pogląd, w myśl którego, kontrasygnata stanowi warunek ważności aktu urzędowego, to nieważność taka nie ma charakteru bezwzględnej, jest to bowiem „nieważność względna”, ponieważ musi być stwierdzona przez odpowiedni organ, zaś normy konstytucyjne nie precyzują charakteru i trybu ustalania nieważności³⁰.

Dodam, że w stanowisku ekspertów Fundacji im. Stefana Batorego bardzo jednoznacznie uznano, że procedura wyboru sędziów SN jest procedurą nieważną, bowiem inicjujące ją obwieszczenie Prezydenta RP o wolnych stanowiskach sędziego nie zostało kontrasygnowane przez Prezesa Rady Ministrów. Nieważność obwieszczenia wywołuje nieważność sekwencji czynności podjętych w następstwie takiego aktu. Osoby ubiegające się o urząd sędziego muszą liczyć się z tym, że i powołanie na urząd będzie nieważne, tym samym nie będą sędziami³¹.

Piszący niniejszą opinię jest również autorem kilku publikacji poświęconych między innymi formom aktów urzędowych oraz kontrasygnacie³². Nie będę się do nich odnosił szerzej ze względu na przedmiot opinii dotyczący aktu z 2018 roku.

7. Wypowiedzi orzecznicze Trybunału Konstytucyjnego.

W najczęściej powoływanym wyroku (K4/06) Trybunał, orzekając w pełnym składzie, zajął jednoznaczne stanowisko. Orzekł o niekonstytucyjności przepisu ustawy, na mocy którego prezydent miał uzyskać nową kompetencję w zakresie powoływania i odwoływania Przewodniczącego Krajowej Rady Radiofonii i

³⁰ Ibidem, s.244-245. Autorka odwołuje się do poglądu S. Patryry- S.Patryra, *Uwagi o nowym kształcie kontrasygnaty w Konstytucji z 2 kwietnia 1997 roku* (w :) *Konstytucyjny ustrój państwa. Księga Jubileuszowa Profesora Wiesława Skrzydły*, Lublin 2000, s.2018.

³¹ [https://outlook.office.com/ow/?viewmodel=ReadMessageItem..\(z 06.09.2018\)](https://outlook.office.com/ow/?viewmodel=ReadMessageItem..(z%2006.09.2018))

³² J. Ciapała, *Prezydent w systemie ustrojowym Polski (1989 -1997)*, Wyd.Sejmowe, Warszawa 1999 ; *Charakter kompetencji Prezydenta RP. Uwagi w kontekście kompetencji w zakresie powoływania sędziów*” Przegląd Sejmowy nr 4 /2008 ; *Formy aktów urzędowych i instytucja kontrasygnaty w kontekście pozycji ustrojowej Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej* (w :) *W służbie dobru wspólnemu. Księga Jubileuszowa Profesora Janusza Trzcńskiego* pod red. R. Balickiego i M. Masternak- Kubiak, Warszawa 2012 ; *Przydałaby się kropka na „i” - o kontrasygnacie „Rzeczpospolita”* z 18.051998.

Telewizji. Oznaczałoby to obowiązek uzyskania kontrasygnaty premiera i niosło ryzyko wpływu rządu w stosunku do niezależnego od niego organu. Zdaniem TK, Kontrasygnata jest instytucją konstytucyjną a kompetencje prezydenta w sprawach określonych w art.144 ust.3 nie mogą być korygowane drogą ustawową również w przyszłości. Należy je interpretować ściśle, gdyż w przeciwnym razie dojdzie do korekty lub próby obejścia ustroju konstytucyjnego w drodze aktów podkonstytucyjnych. Od momentu wejścia w życie wyroku Przewodniczący KRRiTV nie może sprawować urzędu. Wniosek ten jest niezależny od tego, że wejście w życie wyroku nie czyni nieważnym samego aktu powołania, jednakże w świetle zasady legalizmu niedopuszczalna byłaby sytuacja, w której organ władzy publicznej, powołany niezgodnie z Konstytucją, wykonywałby swoje kompetencje. Zatem skoro rząd nie powinien mieć wpływu na KRRiTV, to tym bardziej dotyczy to władzy sądowniczej. Gdyby nawet premier uczestniczył (poprzez kontrasygnatę) w akcie ogłoszenia naboru na nowe stanowiska, to ujawniłaby się niezgodność z art.10 konstytucji, tj. z zasadą podziału i równowagi władz oraz zasadą niezależności SN. Dodajmy, że TK wyraźnie odrzucił koncepcje prerogatyw analogicznych oraz, co może budzić zastrzeżenia, prerogatyw pochodnych, opierając się o ścisłą interpretację zasady *exceptiones non sunt extendendae*.

W innej wypowiedzi TK (K 18/09) przyjął, że prerogatywy to „osobiste uprawnienia prezydenta”, pozostające w sferze wyłącznej gestii i odpowiedzialności, jednak prezydent nie może działać w pełni dyskrecyjnie, ponieważ niejednokrotnie wykonanie prerogatywy jest zdeterminowane zasadami i wartościami Konstytucji. Moja uwaga na temat prerogatyw związanych (obowiązku korzystania z nich) jest taka, że w następstwie obowiązywania innych norm konstytucyjnych, które prezydent musi wykonywać na podstawie norm konstytucyjnych wyodrębniamy obowiązki prezydenta (art.155 ust.2, art.99 ust.3,4 w zw. z art.143 ust.3 pkt.3). Zatem do określenia reguł znaczeniowych prerogatywy i wynikających z nich kompetencji niezbędna jest wykładni systemowa Konstytucji i podejści holistyczne. Druga uwaga dotyczy

potrzeby preferowania przez organy władzy publicznej terminu „kompetencja” zamiast „uprawnienie”. Wskażmy preferencje ustrojowawcy wobec zwrotu „kompetencja” w przypadku sytuacji organu władzy publicznej (por. 90 ust. 1, art. 134 ust. 4, art. 141 ust. 1, art. 142 ust. 2, art. 141 ust. 2, art. 144 ust. 1). Zatem określenie „uprawnienie” jest bardziej adekwatne do analizy sytuacji prawnej jednostek lub niekiedy organizacji pozarządowych.

Spośród nowszych orzeczeń uwagę zwraca sprawa K 34/15, w której TK podkreślił, że instytucję prerogatywy należy widzieć na tle stosunków głowa państwa- rząd- parlament, lecz nie może ona oznaczać ustanowienia odrębnej sfery władztwa prezydenckiego. Zakres prerogatyw daje pewną, ograniczoną swobodę do podejmowania działań nawet wbrew rządowi i parlamentowi. Moim zdaniem jest to wypowiedź kontrowersyjna, z uwagi na nakazaną (*wishful thinking* ?) dyrektywę współpracy organów władzy publicznej (preambuła Konstytucji)

Niektóre wypowiedzi TK należy ocenić krytycznie jak choćby postanowienie w istocie ostrożnie sankcjonujące kompetencję prezydenta do niepowołania sędziów pomimo pozytywnego wniosku KRS, przy czym postanowienia były wydane bez uzasadnienia. Negatywne stanowisko byłoby w istocie wydanie w następstwie opinii i ocen, których prezydent nie ujawnił i co do których prezydent nie miał kompetencji (Kpt1/08).

W jednym z orzeczeń dotyczących kompetencji do nabywania obywatelstwa, prezydent kwestionował ustawę pozwalającą na zwiększenie możliwości uzyskania obywatelstwa, w szczególności uznanie za obywatela. TK jednoznacznie wskazał na prerogatywę w zakresie nadawania i zgody na zrzeczenie się obywatelstwa (art. 137, art. 144 ust. 3 pkt 19). Przypomniał, że choć prerogatywa prezydenta ma wymiar uznaniowy, to regulacje ustawowe mogą rozszerzać możliwości nabycia obywatelstwa. Pomimo, że osłabiają doniosłość prerogatywy TK usankcjonował więc dokonywane w drodze ustawy osłabienie pozycji decyzyjnej prezydenta (Kp 5/09). Z kolei a rzecz prezydenta przemawiał wspomniany wyrok (K18/09) w którym TK uznał za zbyt krótki 1- miesięczny termin obowiązujący prezydenta do wykonania kompetencji z zakresie powoływania sędziego.

8.Podstawowe wnioski końcowe

8.1. Akt urzędowy (obwieszczenie), który zawierał wykaz stanowisk sędziowskich wolnych do obsadzenie w SN był jednoznacznie nieważny, naruszając normy art.144 ust.2 Konstytucji oraz art.7.Podkreślić należy, że z uwagi na fakt, że kontrasygnata jest instytucją konstytucyjną, to w formie aktu podkonstytucyjnego, np. ustawy aktu urzędowego prezydenta nie można korygować zakresu normowania i zakresu zastosowania postanowień konstytucyjnych.

8.3. Doniosłość ma teza, że nawet obecność podpisu nie zwolni od zarzutów wobec władzy wykonawczej, że na podstawie wielu regulacji doszło do naruszenie zasady podziału i równowagi władz oraz niezależności SN (nadmierny, zbyt duży wpływ władzy wykonawczej na władzę sądowniczą). Prezes RM ma w tym kontekście silne kompetencje - jako organ wydający Dziennik Ustaw” i „Monitor Polski” ma środek nacisku na prezydenta : możliwość odmowy publikacji aktu bez kontrasygnaty. W przypadku omawianego obwieszczenia, jak wskazywałem w (pkt5, s.5-6 opinii) zaistniał ponad miesięczny pat oraz wymiana korespondencji między urzędnikami obu kancelarii³³.

8.4. Omawiany akt miał i nadal ma doniosłość dla praw wielu osób, często negatywnie determinując ich sytuację życiową (por. art.30 i art. 60 Konstytucji).

8.5. Skoro brak jest podstaw prawnych do zwolnienia obwieszczenia spod wymogu kontrasygnaty, to w konsekwencji wydanie aktu - na podstawie art.31 par.1 u SN - jako nieważnego, skutkuje nieważnością sekwencji czynności i aktów będących jego konsekwencjami, tj. nieważnością etapów postępowania prawnego, mającego na celu obsadę wolnych stanowisk sędziowskich. Mogę dodać, że zarzuty nieważności można także podnieść wobec powołania przedstawiciela Prezydenta RP w KRS oraz tzw. zgod (albo ich odmowy) co do wniosków o

³³ *Kontrasygnata Morawieckiego .Spór kancelarii prezydenta i premiera* – [https:// tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kontrasygnata morawieckiego-spor –kancelarii prezydenta – i – premiera , 857835.html](https://tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kontrasygnata-morawieckiego-spor-kancelarii-prezydenta-i-premiera) (z 07.10.2018)

przedłużenie okresu sądzenia ponad wiek 65 lat. Wynika to zarówno z niekonstytucyjności uSN, jak i faktów- decyzji, które mogły być podejmowane bez akcesu premiera (naruszenie m.in. art.2, art.7 oraz 142 ust.2 i3 Konstytucji).

8.6. Wydanie obwieszczenia w sposób przedstawiony w opinii jest **oczywistym deliktem konstytucyjnym**. Przypomnę tutaj cechy deliktu : a) naruszenie Konstytucji lub ustaw poprzez działanie albo zaniechanie, które nie jest przestępstwem, d) dokonane w związku z zajmowanym stanowiskiem lub pełnioną funkcją przez osoby wskazane w Konstytucji, c) dokonane choćby nieumyślnie, d) postępowanie prawne podjęte w przypadku prezydenta się na wniosek co najmniej 140 parlamentarzystów toczy się niezależnie od zmiany kadencji izb, e) ściganie ulega przedawnieniu w okresie 10 lat od popełnienia³⁴. Od strony politycznej zastanawiające jest zaniechanie podjęcia samej próby i złożenie wniosków wobec kilku obecnie rządzących polityków jako form jednoznacznej demonstracji prawno – politycznej i to pomimo braku szans na ich rozpatrywanie.

8.7 . Zgodnie z koncepcją H.Kelsena akt wydany jako niezgodny z aktem o wyższej hierarchii w systemie źródeł prawa jest bezwzględnie nieważny i powinien być traktowany jako nieistniejący (por. jednak art.190 ust.3 i 4 Konstytucji). Należy również pamiętać o praktyce b.TK orzekania co do aktów, które utraciły moc obowiązującą, lecz wywołały istotne konsekwencje w sferze wolności i praw – wtedy osób poddanych represjom stanu wojennego.

8.8. Zasadna jest afirmacja kompetencji sądów powszechnych i administracyjnych oraz preferowanie w wątpliwych przypadkach bezpośredniego stosowania Konstytucji przez sądy, w tym inicjowanie uchwał SN i NSA. Uzasadnia to art.178 ust.1 stanowiący o podległości sędziego Konstytucji oraz ustawom. Taka teza znalazła wyraz w wyroku SN w 2003 roku³⁵. SN potwierdził, że sąd może w konkretnej sprawie pominąć normę aktu podustawowego jako jaskrawie niezgodną z Konstytucją i wydać wyrok na podstawie Konstytucji albo

³⁴ Ustawa o Trybunale Stanu – t.j. Dz.Uz 2016, poz. 2050.

³⁵ Był to okres napięcia między TK a SN dotyczącego interpretacji kompetencji do zadawania pytań prawnych na podstawie art.193 Konstytucji.

Konstytucji i ustawy. Może to także dotyczyć aspektu formalnego, czyli naruszenia norm w zakresie stanowienia prawa. Gdyby zaś zaszła pozytywna zmiana w TK na znaczeniu zyskałoby postanowienie art.188 pkt 3 Konstytucji.