

Dr Michał Ziółkowski

Przywracanie praworządności w TK po kryzysie konstytucyjnym: wybór i powołanie Prezesa TK

Dr Michał Ziółkowski

Przywracanie praworządności w TK po kryzysie konstytucyjnym: wybór i powołanie Prezesa TK

 Archiwum
Osiatyńskiego

Archiwum im. Wiktora Osiatyńskiego

Warszawa, 2019

www.archiwumosiatynskiego.pl

Archiwum im. Wiktora Osiatyńskiego
Fundacja Ośrodek Kontroli Obywatelskiej "OKO"
Madalińskiego 73/75 lok.1
02-549 Warszawa, Polska
kontakt@archiwumosiatsynskiego.pl
www.archiwumosiatsynskiego.pl

Tekst udostępniany na licencji Creative Commons.
Uznanie autorstwa na tych samych warunkach 3.0 Polska (CC BY 3.0 PL)

Projekt graficzny: Bartosz Kwiecień

Publikacja jest rozpowszechniana bezpłatnie
Publikacja uwzględnia stan literatury i orzecznictwa na 1. stycznia 2019

Warszawa 2019

Przywracanie praworządności w TK po kryzysie konstytucyjnym: wybór i powołanie Prezesa TK (analiza sporządzona dla Archiwum Osiatyńskiego)²

Część I: Główne tezy analizy

1. *Przekroczenie granic konstytucyjnego upoważnienia prawodawczego jako punkt wyjścia w przywracaniu praworządności po niekonstytucyjnym wyborze i przedstawieniu kandydatów na stanowisko Prezesa TK w 2016 r.* Czyniąc punktem wyjścia niekonstytucyjność przepisów stanowiących podstawę wyboru i przedstawienia kandydatów na Prezesa Trybunału Konstytucyjnego w 2016 r., odwołując się do brzmienia art. 194 ust. 2 i art. 197 Konstytucji, analizując wyrok TK z 7.11.2016 r. w sprawie K 44/16, niniejsze opracowanie ma na celu poddać pod dyskusję jedno z możliwych rozwiązań prawnych, które może posłużyć w przyszłości przywróceniu przez prawodawcę praworządności w TK. Restytucja konstytucyjności nie jest możliwa przy pomocy prostych działań prawodawczych z mocą wsteczną. Wynika to z faktu, że ewentualne działania prawodawcy dotyczyłyby organu konstytucyjnego, sędziego TK oraz osoby choć wybranej w niekonstytucyjnej ustawowej procedurze, to jednak powołanej bezpośrednio na podstawie przepisu konstytucyjnego na stanowisko Prezesa TK. Kolejnym problemem jest wadliwa konstytucyjnie obsada samego TK, którego legitymacja jest kwestionowana w debacie publicznej. Należy też zauważyć, że sama możliwość wszczęcia, choćby i na nowo uchwalonych zasadach, postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego TK piastującego stanowisko Prezesa TK (nawet przy założeniu, że w przyszłości w TK znów będą zasiadać wyłącznie sędziowie TK), a tym bardziej zakończenia takiego postępowania przed upływem kadencji urzędującego Prezesa TK, nie rozwiązuje w pełni

1 Adiunkt w Zakładzie Prawa Konstytucyjnego Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie; stypendysta Europejskiego Ośrodka Uniwersyteckiego we Florencji (2019-2020).

2 Serdecznie dziękuję Katarzynie Kubuj, Marzenie Laskowskiej, Adzie Paprockiej i Piotrowi Radziejewiczowi, za liczne rozmowy i krytykę, które pomogły mi napisać niniejszą opinię. Wszystko co w niej dobre stanowi efekt tych rozmów. Wszystko co złe, obciąża wyłącznie mnie. Sugerowany sposób cytowania: Ziółkowski M., *Przywracanie praworządności w TK po kryzysie konstytucyjnym: wybór i powołanie Prezesa TK (analiza sporządzona dla Archiwum Osiatyńskiego)*, Archiwum Osiatyńskiego z 1.10.2019 r.

problemu przywracania praworządności. Ewentualne złożenie sędziego TK z urzędu mocą orzeczenia sądu dyscyplinarnego nie wpływa automatycznie na prawną kwalifikację czynności przezeń dokonanych. Nie daje też podstaw prawodawcy do generalnego uregulowania statusu tychże czynności z mocą wsteczną. Możliwość wszczęcia postępowania dyscyplinarnego wobec Prezesa TK stanowi niewątpliwie doniosły przejaw indywidualnej odpowiedzialności za naruszenie zasad etycznych, zasady niezawisłości lub bezstronności. W mojej ocenie, nie zwalnia jednak ustawodawcy z obowiązku przywrócenia praworządności w przyszłości.

Pierwsza teza opracowania sprowadza się do twierdzenia, że kwalifikacja zasad wyboru Prezesa TK jako materii ustawowej zasadniczo utrudnia ustawodawcy – bez zmiany przepisów konstytucyjnych – pełne przywrócenie w przyszłości praworządności w TK (w zakresie dotyczącym Prezesa). Konieczne wówczas byłoby zaangażowanie samego TK w ocenę konstytucyjności obowiązujących przepisów ustawowych. Zaangażowanie takie wydaje się zaś co najmniej kontrowersyjne zarówno aksjologicznie, jak normatywnie. Wszakże w latach 2015–2018 w skład tego organu włączono osoby, które nie są konstytucyjnie upoważnione do orzekania. Osoby te nie są sędziami TK. Ponadto, zasady i reguły konstytucyjne uniemożliwiają prawodawcy z mocą wsteczną uregulować status wszystkich czynności związanych z niekonstytucyjnym wyborem Prezesa TK, jak również niezgodnych z prawem czynności tak wybranego Prezesa TK, skoro jego powołanie dokonało się bezpośrednio i tylko na podstawie przepisu konstytucyjnego, a wybór – w sytuacji ewentualnego rozstrzygnięcia o niekonstytucyjności jego podstawy prawnej – podlega jedynie wzruszeniu, a nie sankcji nieważności. W szczególności, aby nie narazić się na analogiczne zarzuty względem tych, które sformułowano wobec działań Sejmu VIII kadencji w sprawach K 34/15, K 35/15, U 8/15, K 47/15 oraz K 39/16, ustawodawca w przyszłości nie może, według własnej oceny (nawet motywowanej przywróceniem praworządności), unieważnić – bez szczególnej podstawy prawnej – raz dokonanego wyboru, ustawowo skrócić kadencję Prezesa TK albo unieważnić wszystkich jego czynności. Ustawodawca może uchylić obowiązujące przepisy, uregulować zasady wyboru na nowo na przyszłość oraz – co może wywoływać dyskusję – dokonać generalnej oceny legalności wcześniej uchwalonej ustawy (np. w preambule do ustawy uchylającej obowiązujące przepisy). Prawodawcze przywrócenie praworządności w TK odnosiłoby się zatem do przyszłości. Jedynie w wypadku ewentualnego przyszłego orzeczenia TK o niekonstytucyjności obowiązujących przepisów o wyborze i przedstawieniu kandydatów na Prezesa TK otwierałaby się droga dla ustawodawcy i – odpowiedniego upoważnionego ustawowo – organu do restytucji konstytucyjności w TK w ramach – szeroko i autonomicznie – rozumianego wznowienia, o którym stanowi art. 190 ust. 4 Konstytucji. Zasadne byłoby wówczas jednak uchwalenie odpowiednich przepisów ustawowych realizujących konstytucyjną regulację w analizowanym

zakresie. Wydaje się, że zgodnie z konstytucyjną koncepcją „wznowienia” ich adresatem powinno być samo Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK, które powinno ocenić na nowo wybór i przedstawienie kandydatów na prezesa TK i wiceprezesa TK zgodnie z wyrokiem TK i nową regulacją ustawową. Zadanie to wydaje się znów kontrowersyjne z uwagi zasiadanie w TK osób wybranych przez Sejm VIII kadencji na stanowisk sędziów TK legalnie obsadzone przez Sejm VII kadencji. Z analogicznym zarzutem może spotkać się powierzenie tej kompetencji w przyszłości Sądowi Najwyższemu wobec uchybienia przez prawodawcę i inne konstytucyjne organy władzy publicznej doniosłym wymogom konstytucyjnym podczas kształtowania jego składu w 2018 r.

Druga teza opracowania sprowadza się do twierdzenia, że drogę do pełnego przywrócenia praworządności w TK w przyszłości – bez konieczności zaangażowania samego TK lub innego konstytucyjnego organu w ocenę obowiązujących przepisów ustawowych – otwiera kwalifikacja przez ustawodawcę zasad wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK jako materii aktu wewnętrznego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. Wówczas można bowiem uznać, że w zakresie regulującym tę kwestię ustawy z 2016 r. zostały uchwalone poza granicami konstytucyjnej kompetencji prawodawczej. Ustawodawca tym samym działał nie tylko z naruszeniem merytorycznych norm konstytucyjnych ale z całkowitym przekroczeniem normy kompetencyjnej (*ultra vires*). Przyjmuję, że w takiej sytuacji to ustawodawca jest konstytucyjnie upoważniony nie tylko do uchylenia ustawy uchwalonej *ultra vires*, ale i określenia na nowo wszelkich skutków wywołanych przez tę ustawę, w tym do wprowadzenia sankcji nieważności w celu przywrócenia stanu zgodnego z Konstytucją. Regulacja „na przyszłość” powinna zaś należeć do Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (obradującego bez udziału osób, które nie są sędziami TK) i przyjąć formę aktu prawa wewnętrznego. Uważam, że w sytuacji naruszenia najpoważniejszego wymogu czynności prawodawczej i działania *ultra vires*, ustawodawca powinien dokonać samooceny swoich działań z przeszłości, a zarazem wyraźnie ograniczyć swą kompetencję na przyszłość. Z uwagi na naruszenie konstytucyjnego wymogu dochowania kompetencji przez ustawodawcę, przywracanie stanu konstytucyjności nie musi być bezwzględnie poprzedzone wydaniem wcześniejszego orzeczenia TK o niekonstytucyjności ustawy. Nie powstaje tym samym paradoks zaangażowania w procedurę przywracania praworządności samego TK, którego legitymacja i legalność są obecnie kwestionowane. Ustawodawca, interpretując i stosując przepisy konstytucyjne, może sam bowiem dokonać oceny swoich działań i stwierdzić, że nie został w ogóle konstytucyjnie upoważniony do regulowania zasad wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK, dokonać samoograniczenia, a konsekwencji – podjąć wszelkie niezbędne środki zmierzające do przywrócenia stanu sprzed naruszenia Konstytucji oraz w celu umożliwienia Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK dokonania wyboru i przedstawienia kandydatów na Prezesa TK na zasadach zgodnych z Konstytucją.

Poza zakresem opracowania pozostają konkretne propozycje *de lege ferenda*. Ich treść zależy bowiem od przyjęcia jednego z możliwych punktów wyjścia tj. zmiany przepisów konstytucyjnych, odwołania się do koncepcji sprawiedliwości tranzycyjnej, zastosowania istniejących środków konstytucyjnych lub – proponowanej poniżej – zmianie kwalifikacji charakteru zasad wyboru i przedstawienia kandydatów na stanowisko Prezesa TK.

Istota proponowanej przeze mnie drogi przywrócenia praworządności została sformułowana w pkt 5.3.2 niniejszej opinii. Pozostałe jej części odnoszą się do konkurencyjnej i nie podzielanej przeze mnie drogi (pkt 5.3.1.) oraz koniecznych ustaleń faktycznych, teoretycznych i dogmatycznych (części I oraz II).

Część II: Okoliczności przywracania praworządności

2. *Prawny i faktyczny kontekst analizy.* Niekontrowersyjne i niebudzące zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych oraz praktycznych – przez blisko 18 lat obowiązywania Konstytucji – przepisy o przedstawieniu przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK kandydatów i powołaniu spośród nich Prezesa TK przez Prezydenta³, zyskały nowy wymiar najpierw po wyborach parlamentarnych w grudniu 2015 r.⁴, a następnie w drugiej połowie 2016 r.⁵

Najpierw ustawodawca, ustawą o TK z 22.07.2016 r.⁶, zmienił ugruntowane w praktyce

3 Szerzej zob. m.in. L. Garlicki, *uwagi do art. 194*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 10 i n.; P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 194; A. Mączyński, J. Podkowiak, *uwagi do art. 194*, [w:] *Konstytucja. Tom I. Komentarz do art. 87–243*, Warszawa 2016, s. 1287 i n.; K. Wojtyczek, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013, s. 99–106; M. Zubik, *Status prawny sędziego Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2011, s. 72 i n.; L. Garlicki, *Ewolucja funkcji i zdań Trybunału Konstytucyjnego (dwadzieścia pięć tez na dwudziestopięciolecie)*, [w:] *Księga XXV-lecia Trybunału Konstytucyjnego. Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, Warszawa 2010, s. 12; W. Sokolewicz, *Wokół Konstytucji. Pisma wybrane*, Warszawa 2011, s. 453. Odrębnym zagadnieniem są zgłaszane niekiedy w nauce i debacie publicznej postulaty *de lege ferenda* dotyczące zmiany konstytucyjnej regulacji przedstawiania kandydatów na Prezesa TK przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK. Postulaty te nie będą przedmiotem dalszych rozważań.

4 Szerzej o kolejnych zmianach regulacji ustawowej oraz postępowaniach przed TK zob. A. Szmyt, *Spór o tryb wyboru i kadencję Prezesa Trybunału Konstytucyjnego*, *Przegląd Sejmowy* 2016, nr 2, s. 9 i n. oraz M. Laskowska, *Procedura wyboru Prezesa i Wiceprezesa Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego*, red. P. Radzewicz, P. Tuleja, Warszawa 2017, s. 200 i n.

5 Szerzej o przyczynach i przebiegu kryzysu konstytucyjnego zapoczątkowanego w 2015 roku zob.: *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego*, red. P. Radzewicz, P. Tuleja, Warszawa 2017

6 Ustawa z 22.07.2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym (Dz.U., poz. 1157).

ustrojowej zasady wyboru, przedstawienia kandydatów i powołania Prezesa TK, potem TK orzekł o ich konstytucyjności pod warunkiem ich prokonstytucyjnej interpretacji⁷. Następnie Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK z 30.11.2016 r. przedstawiło Prezydentowi trzech sędziów TK (S. Rymara, M. Zubika, P. Tuleje) jako kandydatów na Prezesa TK⁸. Prezydent zaniechał realizacji swej konstytucyjnej kompetencji powołania Prezesa TK do czasu aż prawodawca uchwalił 19.12.2016 r. nowe zasady obsady stanowiska Prezesa TK.

Zasady te zostały zawarte w dwóch ustawach: przepisach wprowadzających⁹ oraz ustawie o organizacji TK¹⁰. Pierwsza z ustaw (tj. przepisy wprowadzające) miała na celu m.in. sytuacyjne uregulowanie procedury przedstawiania kandydatów na stanowisko Prezesa TK bezpośrednio po uchyleniu ustawy z 22.07.2016 r., a przed wejściem w życie ustawy o organizacji TK. Na podstawie przepisów wprowadzających, w dniu 20.12.2016 r. kandydatami na Prezesa TK zostali M. Muszyński oraz J. Przyłębska, którą ostatecznie Prezydent powołał na stanowisko Prezesa TK¹¹. Druga z ustaw (o organizacji TK) miała na celu uregulowanie na przyszłość zasad wyboru i przedstawiania Prezydentowi kandydatów na Prezesa i Wiceprezesa TK w taki sposób, aby zagwarantować możliwie najszerszy wpływ organu władzy wykonawczej na obsadę stanowisk kierowniczych w TK, a zarazem zminimalizować faktyczny udział sędziów TK wybranych przed 2015 r. (tj. przed rozpoczęciem VIII kadencji Sejmu).

Nowa regulacja okazała się pod wieloma względami szczególna i wyróżniająca na tle dotychczas obowiązujących przepisów, praktyki ustrojowej, rozważań doktrynalnych oraz doświadczeń prawnoporównawczych.

Po pierwsze, ustawowo pozbawiono mocy prawnej wszystkie czynności Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 30.11.2016 r. Faktycznie unieważniono procedurę rozpoczętą legalnie i na podstawie – interpretowanych zgodnie z Konstytucją – przepisów ustawy o TK z 22.07.2016 r. (zob. art. 16 przepisów wprowadzających).

Po drugie, ustawowo „zdublowano” i *de facto* pozbawiono kompetencji, urzędującego wówczas

7 Wyrok TK z 7.11.2016 r., K 44/16.

8 Protokół obrad Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 30.11.2016 r., niepubl. (kopia dokumentu dostępna w wersji zdigitalizowanej w zbiorach Archiwum Osiatyńskiego).

9 Ustawa z 13.12.2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego, Dz.U., poz. 2074.

10 Ustawa z 30.11.2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz.U., poz. 2072.

11 Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 21.12.2016 r. nr 1131.25.2016 o powołaniu Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, M.P., poz. 1237.

Wiceprezesa TK¹² (S. Biernata), wprowadzając instytucję „sędziego pełniącego obowiązki Prezesa TK”¹³. W niekonstytucyjny sposób¹⁴, z naruszeniem odrębności władzy sądowni-

12 Pomimo iż art. 194 Konstytucji stanowi o „wiceprezesie Trybunału” w kontekście realizacji konstytucyjnej kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, uwzględniając koncepcję autonomii pojęć konstytucyjnych należało przyjąć, że samo posłużenie się przez ustrojodawcę tym pojęciem wiąże się z wyznaczeniem minimum treści oraz kompetencji, które należy rekonstruować na podstawie przepisów konstytucyjnych. Przeciwnie rozumowanie podważałoby ustrojowy sens konstytucjonalizacji stanowiska wiceprezesa Trybunału. Trafnie w doktrynie prawa konstytucyjnego przyjmuje się, że „z uwagi na wykreowanie bezpośrednio w Konstytucji RP stanowiska Wiceprezesa TK oraz procedurę jego powołania analogiczną do powołania Prezesa TK (wymóg wskazania kandydata przez ZO i powołanie przez Prezydenta RP), należy uznać, że ma on silniejszą pozycję ustrojową niż wiceprezesa NSA i Prezesa SN, co do których Konstytucja RP przesądza jedynie, że są powoływani przez Prezydenta RP, nie wymagając uzyskania przez nich poparcia sędziów tych sądów. Z tego powodu nie wydają się wykluczone unormowanie przewidujące równy podział obowiązków kierowniczo-reprezentacyjnych między Prezesa i Wiceprezesa TK oraz zastępcze wykonywanie przez Wiceprezesa TK wszystkich kompetencji przypisanych w Konstytucji RP lub w ustawie Prezesowi RP” (A. Mączyński, J. Podkowiak, [w:] *Konstytucja...*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa 2016, s. 1287). Wiceprezes TK jest jedynym organem konstytucyjnym, który może zastępować Prezesa TK. Uwzględniając ustrojową praktykę (K. Wojtyczek, *Sądownictwo...*, s. 99.) należało stwierdzić, że w razie wakatu na stanowisku Prezesa TK, Wiceprezes TK reprezentuje TK oraz wykonuje czynności z zakresu administracji sądowej oraz czynności o charakterze orzeczniczym nie zastrzeżone dla samego TK a związane z jego konstytucyjnie określonymi kompetencjami.

13 Trafnie w jednej z opinii przedstawionych w procesie legislacyjnym wskazano, że „rozwiązanie takie jest nieracjonalne, ryzykowne i przeczy celom założonym przez ustrojodawcę, wynikającym z art. 194 ust. 2 Konstytucji. Gwarancje konstytucyjne art. 194 ust. 2 mają zapewnić, że Prezes TK będzie kierować pracami Trybunału i reprezentować Trybunał na zewnątrz, zaś jedynym zastępcą Prezesa w tym zakresie będzie powołany przez Prezydenta RP Wiceprezes TK, a nie jakakolwiek inna osoba. Nie bez powodu tryb obsadzania stanowiska prezesa i wiceprezesa TK został określony na poziomie konstytucyjnym, a nie pozostawiony do uregulowania ustawie” (M. Chmaj, *Ekspertyza prawna z 4.11.2016 r. w przedmiocie: oceny konstytucyjności projektu ustawy o organizacji i trybie postępowania przed trybunałem konstytucyjnym (druk sejmowy nr 963)*, s. 5).

14 Należało przypomnieć, że w sferze organizacji TK przepisy konstytucyjne nie przewidują inicjatywy Prezydenta. Z uwagi na brzmienie art. 194 ust. 1 „rola Prezydenta ma wyraźnie charakter wtórny w stosunku do tego etapu procedury, który powierzono samemu Trybunałowi Konstytucyjnemu, a konkretnie Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK”. W orzecznictwie konstytucyjnym podkreśla się, że z uwagi na obowiązywanie zasady podziału i równowagi władzy oraz zasady niezależności władzy sądowniczej „aktywność głowy państwa ma stanowić odpowiedź na wcześniejsze rozstrzygnięcie wewnątrz Trybunału Konstytucyjnego” (wyrok TK z 3.12.2015 r., K 34/15, OTK ZU nr 11/A/2015, poz. 185, pkt III.4.3). Skoro niedopuszczalne konstytucyjnie jest takie ukształtowanie ustawowej procedury powoływania kandydatów, które oznaczałoby faktyczne przekazanie Prezydentowi całościowego i samodzielnego rozstrzygnięcia w kwestii obsady funkcji Prezesa lub Wiceprezesa TK, bez praktycznego uwzględnienia wypowiedzi i stanowiska Zgromadzenia Ogólnego w tej sprawie (wyrok TK w sprawie K 34/15, pkt III.4.3 oraz wyrok TK z 7.11.2016 r., K 44/16, pkt III.3.4), to tym bardziej niedopuszczalne jest ustawowe upoważnienie do powierzenia – wybranemu przez głowę państwa – sędziemu obowiązków Prezesa TK.

czej¹⁵, funkcję tę Prezydent powierzył J. Przyłębskiej¹⁶ w celu przeprowadzenia procedury wyboru i przedstawienia kandydatów na stanowisko Prezesa TK według nowych zasad (art. 17 przepisów wprowadzających).

Po trzecie, ustawowo zagwarantowano udział w Zgromadzeniu Ogólnym Sędziów TK trzem osobom (tj. M. Muszyńskiemu, H. Ciochowi, L. Morawskiemu), które nie były sędziami TK¹⁷, gdyż zostały wybrane przez Sejm VIII kadencji na stanowiska zgodnie z prawem

15 Uważam, że art. 17 i art. 18 przepisów wprowadzających w niekonstytucyjny sposób włączyły Prezesa Rady Ministrów w proces organizacji Trybunału Konstytucyjnego. Upoważniając Prezydenta do wydania postanowienia o powierzeniu sędziemu TK obowiązków prezesa TK, ustawodawca nie przewidział wyłączenia tego rodzaju aktu spod konstytucyjnego wymogu uzyskania podpisu Prezesa Rady Ministrów (art. 144 ust. 2 Konstytucji). Jedynie akty wymienione w art. 144 ust. 3 Konstytucji nie wymagają takiego podpisu dla swej ważności. Jednakże postanowienie Prezydenta, o którym mowa w art. 17 i art. 18 przepisów wprowadzających, nie mieściło się w żadnej z – wymienionych w art. 144 ust. 3 Konstytucji – kategorii aktów Prezydenta wyłączonych z wymogu uzyskania podpisu Prezesa Rady Ministrów. Do postanowienia Prezydenta nie sposób było też zastosować funkcjonalnej teorii kompetencji pochodnych P. Sarneckiego, aby wyłączyć je spod konieczności uzyskania kontrasygnaty. Art. 144 ust. 3 pkt 26 Konstytucji ma zresztą charakter wyjątku i nie podlega rozszerzającej interpretacji. Podobnie samo włączenie Prezydenta w procedurę wyboru i powoływania Prezesa Trybunału ma charakter wyjątku konstytucyjnego, który nie może podlegać jakiegokolwiek rozszerzeniu w toku tworzenia prawa przez ustawodawcę albo jego stosowania przez inne, choćby i konstytucyjne, organy państwa. Nie było tym samym podstaw konstytucyjnych aby włączyć kolejny organ władzy wykonawczej w procedurę wyłaniania organów kierowniczych Trybunału. Organ ten zaś został włączony, o czym świadczy podpis Prezesa Rady Ministrów na dokumencie, który J. Przyłębska okazała Sędziom TK po akcie powołania przez Prezydenta.

16 Postanowienie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z 20.12.2016 r. nr 1131.24.2016 o powierzeniu pełnienia obowiązków Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, M.P., poz. 1229.

17 Twierdzenie to stanowi konsekwencję stanowiska zajętego przez TK w wyroku K 34.15. Zob. też postanowienie TK z 7.01.2016 r., U 8/15, OTK ZU A/2016, poz. 1. oraz wyrok TK z 16.03.2017 r., Kp 1/17, OTK ZU A/2017, poz. 28). Obszernie twierdzenie to zostało wyjaśnione w jednym ze zdań odrębnych zgłoszonych w sprawie Kp 1/17. Sędzia TK S. Wronkowska-Jaśkiewicz, stwierdziła bowiem, że „skład rozstrzygający tę sprawę został ukształtowany z naruszeniem Konstytucji oraz – przynajmniej częściowo – z naruszeniem ustawy (...). Uniemożliwiono bowiem orzekanie trzem sędziom: Stanisławowi Rymarowi, Piotrowi Tulei oraz Markowi Zubikowi, bezzasadnie wyłączając ich ze składu, oraz nie dopuszczono do orzekania sędziego Stanisława Biernata, uzasadniając to koniecznością wykorzystania przez niego zaległego urlopu wypoczynkowego. Natomiast wyznaczono do składu orzekającego osoby wybrane 2 grudnia 2015 r. przez Sejm VIII kadencji na stanowiska sędziów konstytucyjnych: Henryka Ciocha, Lecha Morawskiego i Mariusza Muszyńskiego, od których to osób Prezydent odebrał ślubowanie sędziowskie (...) W wydaniu wyroku w sprawie o sygn. Kp 1/17 brali z kolei udział Henryk Cioch, Lech Morawski oraz Mariusz Muszyński wybrani 2 grudnia 2015 r. przez Sejm VIII kadencji na stanowiska sędziów Trybunału Konstytucyjnego. Prezes Trybunału, działająca wcześniej w charakterze osoby pełniącej obowiązki Prezesa, włączyła ich do składu Trybunału (brali oni m.in. udział w Zgromadzeniu Ogólnym w sprawie wyboru kandydatów na Prezesa Trybunału), przydzieliła im sprawy oraz stworzyła warunki umożliwiające wypełnianie obowiązków sędziowskich, mimo że legalność ich wyboru od początku budziła istotne wątpliwości. Przede wszystkim należy zauważyć, że przyjęty w Polsce system wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego przez Sejm zapewnia wpływ na obsadę stanowisk sędziowskich większości parlamentarnej wyłanianej w drodze kolejnych wyborów. Czteroletnia kadencja Sejmu oraz indywidualna dziewięcioletnia kadencja sędziego konstytucyjnego powinny – co do zasady – zapewniać obsadę stanowisk sędziowskich z udziałem różnych grup politycznych zasiadających w Sejmie oraz zabezpieczać przed monopolizowaniem decyzji o wyborze przez daną większość parlamentarną, a przez to zmniejszać wpływ bieżącej polityki na wybór sędziów Trybunału. Gwarancją skuteczności tego mechanizmu jest respektowanie zasady głoszącej, że nowego sędziego konstytucyjnego wybiera Sejm tej kadencji, w trakcie której wygaśł mandat jego poprzednika. 8 października 2015 r. Sejm VII kadencji wybrał na sędziów konstytucyjnych m.in. Romana Hausera, Andrzeja Jakubeckiego oraz Krzysztofa Ślebzaka. Wybór tych sędziów omawianej zasady nie naruszył. Mimo iż miejsca w Trybunale Konstytucyjnym zostały obsadzone (a zatem po raz kolejny obsadzone być nie mogły), 2 grudnia 2015 r. Sejm VIII kadencji wybrał do Trybunału kolejne trzy osoby. Wybór z 2 grudnia 2015 r. poprzedziło wprawdzie podjęcie

obsadzone przez Sejm VII kadencji (zob. art. 21 ust. 2 przepisów wprowadzających)¹⁸.

Po czwarte, ustawowo zagwarantowano możliwość odmowy publikacji wyroków TK w sprawach K 47/15 oraz K 44/16, które zawierały ustalenia o kluczowym znaczeniu dla negatywnej merytorycznej oceny nowych (tj. przyjętych w listopadzie i grudniu 2016 r.) zasad obsady stanowiska Prezesa TK (zob. art. 19 przepisów wprowadzających)¹⁹.

przez Sejm 25 listopada 2015 r. pięciu uchwał w sprawie braku mocy prawnej uchwał Sejmu z 8 października 2015 r. w sprawie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego, w tym sędziów Romana Hausera, Andrzeja Jakubeckiego i Krzysztofa Ślebzaka, jednakże na gruncie obowiązujących przepisów, w szczególności Konstytucji i regulaminu Sejmu, Sejm nie jest władny podjąć prawnie wiążącej uchwały stwierdzającej, że wybór piastuna organu władzy publicznej nie doszedł do skutku. Nie ma bowiem w polskim porządku prawnym reguł, które wskazywałyby Sejm jako organ upoważniony do takiego stwierdzenia, nie ma też procedury, w jakiej miałyby ono nastąpić, oraz wymogów, których naruszenie uprawniałoby do uznania obsadzenia danego stanowiska za nieważne. Odnosząc powyższe do kształtowania składu osobowego Trybunału, stwierdzam, że Sejm (dowolnej kadencji, tej samej lub innej) nie mógł raz dokonanego wyboru sędziów odwołać lub unieważnić ani stwierdzić jego bezprzedmiotowości" (zdanie odrębne Sędzi TK S. Wronkowskiej-Jaśkiewicz do wyroku do TK z 16.03.2017 r., Kp 1/17).

18 Zob. też W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, Sydney Law School Research Paper No. 18/01; A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts*, VerfBlog 2015, <https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts/> (dostęp: 10.05.2018). Zob. też: An Oxford symposium on the Polish constitutional crisis sparks public debate, <https://www.law.ox.ac.uk/news/2017-05-11-oxford-symposium-polish-constitutional-crisis-sparks-public-debate> (dostęp: 10.05.2018 r.).

19 Uważam, że przepis ten był naruszył art. 190 ust. 1 i 2 w związku z art. 10 i art. 173 Konstytucji. Po pierwsze, ustanawiał nieprzewidziany konstytucyjnie model ogłaszania orzeczeń, wyłączając spod regulacji konstytucyjnej część ostatecznych orzeczeń TK. Ogłoszenie orzeczenia Trybunału w dzienniku urzędowym jest czynnością o charakterze formalnym, która nie wpływa na byt prawny orzeczenia, choć determinuje niektóre jego skutki prawne (wyrok TK z 9.03.2016 r., K 47/15, OTK ZU nr A/2016, poz. 2). Ponadto, „Ustawodawca nie jest władny oceniać, które orzeczenia sądu konstytucyjnego mogą być publikowane, a które na publikację nie zasługują. Zagadnienia te w ogóle nie są materią ustawową; przesądza je ex lege art. 190 ust. 2 Konstytucji" (wyrok TK z 9.03.2016 r., K 47/15). Po drugie, art. 19 przepisów wprowadzających upoważnił ustawowo oznaczony podmiot (tj. sędziego pełniącego obowiązek Prezesa TK) do oceny podstaw wydania oraz treści orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego według kryterium zgodności z prawem. Należało tymczasem zauważyć, że żaden przepis konstytucyjny nie upoważnia ustawodawcy do wprowadzenia procedury weryfikacji treści orzeczeń TK (wyrok TK z 9.03.2016 r., K 47/15). Po trzecie, art. 19 przepisów wprowadzających naruszył bezwzględny wymóg niezwłocznej publikacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego (art. 190 ust. 2 Konstytucji). Ustawowo usankcjonowano niekonstytucyjną bezczynność organów konstytucyjnie zobowiązanych do niezwłocznej publikacji orzeczenia w dzienniku urzędowym. Zważywszy że unormowanie konstytucyjne wyklucza w tym zakresie swobodę działania organu administracji rządowej, nie przewiduje dla wydawcy dziennika urzędowego zadań innych niż techniczne (co w dobie cyfrowego obiegu dokumentów de facto sprowadza się do uruchomienia odpowiedniego programu komputerowego) oraz uwzględniając, iż konstytucyjne pojęcie niezwłoczności ma charakter autonomiczny, za niedopuszczalne w świetle art. 190 ust. 2 Konstytucji należało uznać rozwiązanie ustawowe, które modyfikuje konstytucyjne pojęcie „niezwłoczności ogłoszenia" obejmując nim również ogłoszenia wyroków Trybunału wydanych nawet rok przed wydaniem zarządzenia o skierowaniu wyroku do ogłoszenia (wyrok TK z 11.08.2016 r., K 39/16, OTK ZU nr A/2016, poz. 71). Po czwarte, stanowiąc o „wyrokach i rozstrzygnięciach Trybunału podjęt[ych] z naruszeniem przepisów ustawy" zakwestionowany przepis został sformułowany poza granicami ustrojowych kompetencji władzy ustawodawczej (Sejmu i Senatu) oraz bez jakichkolwiek podstaw faktycznych i merytorycznych. Ustawodawca przypisał sędziom TK działanie niezgodne z prawem, usprawiedliwiając w ten sposób wcześniejszą odmowę publikacji wyroków TK przez organ wydający dziennik urzędowy, i przydając samej czynności ogłoszenia orzeczenia Trybunału charakter wyjątku uzależnionego od woli władzy ustawodawczej. I jakkolwiek z konstytucyjnego punktu widzenia ocena zawarta w art. 19 przepisów wprowadzających nie może mieć i nie ma żadnego waloru prawnego, sama taka praktyka oczywiście narusza zasadę podziału i równowagi władz, obowiązek współpracy i współdziałania między konstytucyjnymi organami władzy publicznej, niezależność sądów i trybunałów oraz wszystkie te normy i zasady, które konstytuują elementarne podstawy ustroju państwa (wyrok

Po piąte, ustawowo zagwarantowano możliwość wyboru kandydata na Prezesa TK *de facto* wyłącznie głosami 5 osób wybranych przez Sejm VIII kadencji do składu TK, pomimo braku kworum oraz niezależnie od sprzeciwu pozostałej (większej) części składu²⁰, który w grudniu 2016 r. był zdominowany przez sędziów TK wybranych przez Sejm VII i VI kadencji (zob. art. 21 ust. 4–9 przepisów wprowadzających).

Wszystkie wymienione osobliwości, towarzyszące obsadzie stanowiska Prezesa TK w grudniu 2016 r., wymagały szczegółowej analizy konstytucyjnej²¹. W trakcie prac legislacyjnych²² oraz dyskusji parlamentarnej²³, jak również podczas posiedzenia Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK²⁴, podnoszono bowiem liczne zarzuty wobec przepisów wprowadzających oraz ich potencjalnego skutku. Analogiczne wątpliwości²⁵ zgłoszono odniesieniu do ustawy o organizacji TK w zakresie w jakim realizuje ona art. 194 ust. 2 Konstytucji²⁶.

TK z 11.08.2016 r., K 39/16). Zob. argumenty M. Florczak-Wątor, P. Mikuli, *A jednak Premier nie miała racji – polemika z Mariuszem Muszyńskim*, „Rzeczpospolita” z 27.12.2017 r.

20 Zob. protokół z obrad Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 20.12.2016 r., s. 2, niepubl. (kopia dokumentu dostępna w wersji zdigitalizowanej w zbiorach Archiwum Osiatyńskiego).

21 W moim przekonaniu ugruntowana i wieloletnia tendencja legislacyjna świadczy o tym w jaki sposób ustawodawca odczytuje swoją konstytucyjną kompetencję prawodawczą i jej granice. Radykalne odstępianie od ugruntowanej i zgodnej z Konstytucją regulacji, zwłaszcza jeżeli nie zostało ono szczegółowo uzasadnione, trudno pogodzić z założeniem o systemowej i funkcjonalnej racjonalności ustawodawcy. Bliskie jest mi zapatrywanie, że w demokratycznym państwie prawnym – poprzedzająca zmianę ustawową – konstatacja, iż dana norma prawna została ustanowiona w określonym czasie oraz w celu uniknięcia konkretnego negatywnego stanu (np. naruszenia zasady podziału władzy), który – pomimo upływu czasu i zmiany okoliczności faktycznych lub społecznych – nadal jest tak oceniany, stanowić może doniosły argument na rzecz zachowania tej normy w systemie prawnym. Obowiązkiem racjonalnego ustawodawcy jest szczegółowe uzasadnienie celu zmiany prawa, w tym wykazanie, czy według dostępnego stanu wiedzy nowowprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią i zgodnych z Konstytucją skutków. Tymczasem, w uzasadnieniu projektu ustawy o TK z 2016 r., podobnie jak w uzasadnieniach projektów ustaw z 19.11.2015 r. oraz 22.12.2015 r., nie podniesiono żadnego argumentu wskazującego na konstytucyjną zasadność odstępiania od standardu obowiązującego w latach 1997–2015. Projektodawca wyraził ogólny pogląd, że kwestie te mieszczą się w zakresie działania ustawodawcy wyznaczonym przez art. 197 Konstytucji oraz omówił proponowaną regulację, nie rozważając konstytucyjnej doniosłości i konsekwencji modyfikacji zasad wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału (zob. np. Sejm VIII kadencji, druk sejmowy nr 12).

22 Np. opinia KRS z 13.12.2016 r. do druku sejmowego nr 1059, GMS-WP-173-333/16.

23 Np. pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka (Nr 62) z 7.12.2016 r., s. 11 i n.

24 Np. protokół z obrad Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 20.12.2016 r., s. 2.

25 Np. opinia KRS z 15.11.2016 r. do druku sejmowego nr 963, GMS-WP-173-277/16, s. 3–5; opinia SN z 30.11.2016 r. do druku sejmowego nr 963, BSA III-021-479/16, s. 5–6; uchwała nr 7/S/2016 Krajowej Rady Radców Prawnych z 19.11.2016 r. w sprawie opinii o poselskim projekcie ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (druk nr 963), s. 6–9.

26 Należy jednak odnotować, że w procesie legislacyjnym przedstawiono również opinie prawne wskazujące na zgodność z Konstytucją proponowanych rozwiązań (np. B. Banaszak, *Opinia prawna z 3.11.2016 r. dotycząca zgodności z Konstytucją projektu ustawy o organizacji i trybie postępowania przed TK*; P. Sobczyk, *Opinia prawna z 3.11.2016 r.*

Zarzuty te w istotnej części pokrywały się lub co najmniej opierały się na dorobku orzecznictwa TK wyrosłym na kanwie kolejnych zmian dokonywanych przez Sejm VIII kadencji w przepisach regulujących skład, organizację i postępowanie przed TK²⁷.

Celem niniejszego opracowania jest poddanie pod dyskusję jednego z możliwych punktów wyjścia przyszłego prawodawcy, który podejmie się wysiłku przywrócenia praworządności w TK.²⁸ W świetle uzasadnień orzeczeń TK wydanych w sprawach K 34/15, K 35/15, U 8/15, K 47/15, K 39/16, a przede wszystkim K 44/16, nie wydaje się kontrowersyjne twierdzenie, że przepisy dotyczące przygotowania i przeprowadzenia Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, które 20.12.2016 r. przedstawiło J. Przyłębską i M. Muszyńskiego jako kandydatów na stanowisko Prezesa TK, są niekonstytucyjne. **Nie jest to jednak zwykła postać niekonstytucyjności²⁹, gdyż – zgodnie z prezentowanym w niniejszym opracowaniu stanowiskiem – ustawodawca działał *ultra vires* (tj. poza granicami konstytucyjnie określonej kompetencji prawodawczej). W mojej ocenie, stanowienie i stosowanie zasad wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK jest bowiem kompetencją Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. W konsekwencji przedstawienie kandydatów, a następnie powołanie J. Przyłębskiej na Prezesa TK było obarczone nieusuwalną wadą, która wpłynąć powinna na ocenę legalności wszystkich dokonanych przezeń czynności jako Prezesa TK, ocenę kwestii ewentualnej odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz konieczność systemowego ukształtowania statusu prawnego tych czynności (i ich konsekwencji) na nowo przez prawodawcę.** Jednakże aby zachować legitymację do tych działań oraz ustrzec się

dotycząca zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej Poselskiego projektu ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym). Niestety w zakresie odnoszącym się do ustawowej operajconalizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji opinie te – w moim przekonaniu – nie zawierają argumentacji konstytucyjnej i ograniczają się albo do rekapitulacji rozwiązań projektowanych albo odwołują się do argumentu z autorytetu – wskazując w tym kontekście na kontrowersyjny raport zespołu powołanego przez Marszałka Sejmu do spraw oceny sytuacji związanej z TK (*Raport Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2016r.*, Przegląd Sejmowy 2016, nr 4, s. 169 i n.).

27 Wyroki TK z 3.12.2015 r., K 34/15; z 9.12.2015 r., K 35/15, OTK-A 2015, nr 11, poz. 186; z 9.03.2016 r., K 47/15, niepubl.; z 11.08.2016 r., K 39/16, OTK-A 2016, poz. 71.

28 Opracowanie opiera się na założeniu, wynikającym z analizy orzecznictwa TK z 2016 r., a zwłaszcza rozstrzygnięć zapadłych w sprawach U 8/15, K 47/17, K 39/16, z których wynika, iż J. Przyłębska została skutecznie wybrana na stanowisko sędziego TK, choć odmienną ocenę można sformułować na podstawie samego tylko wyroku TK w sprawie K 34/15. Ewentualne uznanie, iż status urzędującej Prezes TK jest tożsamy z statusem trzech osób wybranych do składu TK przez Sejm VIII kadencji na stanowiska obsadzone przez Sejm VII kadencji, istotnie modyfikuje i w pewnym sensie upraszcza drogę przywracania praworządności. Wybrane z naruszeniem doniosłego wymogu konstytucyjnego, osoby te, nie będąc sędziami TK, nie korzystają wszakże ani z gwarancji kadencyjności, ani z gwarancji niezawisłości sędziowskiej.

29 Por. z uwagami o stopniowości naruszeń Konstytucji – W. Brzozowski, *Stopniowość naruszeń konstytucji*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2017, nr 4, s. 5 i n.

zarzutu naruszenia przepisów konstytucyjnych, prawodawca powinien w przyszłości przesądzić, że przekroczył granice swego upoważnienia 2016 r., a następnie dokonać samoograniczenia na rzecz Zgromadzenia Ogólnego TK (pkt 5 niniejszego opracowania).

Powołanie Prezesa TK przez Prezydenta poprzedzone jest złożoną procedurą, która została ogólnie określona w art. 194 ust. 2 Konstytucji jako przedstawienie kandydatów przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK. W przeciwieństwie do prezydenckiej czynności powołania, która jest prostą czynnością dokonywaną w oparciu o przepisy konstytucyjne (art. 194 ust. 2 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 21 Konstytucji), kompetencja do przedstawienia kandydatów ma charakter złożony. Historia legislacyjna, orzecznictwo konstytucyjne oraz praktyka ustrojowa wskazują, że jest to kompetencja wieloetapowa oraz podlega wielopoziomowej regulacji. Wszystkie te cechy wywołują doniosłe konsekwencje praktyczne, a ich poprawna rekonstrukcja pozwala precyzyjnie uchwycić specyfikę przedstawienia kandydatów i powołania spośród nich Prezesa TK w grudniu 2016 r. Uwzględniając stopień złożoności analizowanej problematyki, jak również mając na względzie rozpowszechniane w 2016 i 2017 r. w dyskusji publicznej uproszczenia dotyczące treści konstytucyjnej regulacji oraz dyrektyw jej wykładni, w pierwszej kolejności celowe było syntetyczne przypomnienie treści art. 194 ust. 2 Konstytucji oraz konsekwencji zeń wynikających dla ustawodawcy (pkt 3 niniejszego opracowania). Przypomnienie tych ustaleń wynika ponadto z faktu, że istotna ich część znalazła najpełniejsze rozwinięcie w wyrokach K 47/15, K 39/16 oraz K 44/16, które początkowo nie tylko nie zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw, ale ponadto zostały usunięte ze Zbioru Urzędowego Trybunału Konstytucyjnego³⁰. Zostały one opublikowane m.in. na stronach internetowych Rzecznika Praw Obywatelskich³¹. Z tej też przyczyny przed przystąpieniem do zasadniczej części rozważań omówiony zostanie wyrok TK w sprawie K 44/16 (pkt 4 niniejszego opracowania).

3. Interpretacja art. 194 ust. 2 Konstytucji. Konstytucja nie wskazuje wprost wieloetapowego i złożonego charakteru kompetencji, o której mowa w art. 194 ust. 2 Konstytucji. Cecha ta jest jednak konsekwencją statusu Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK jako konstytucyjnego organu kolegialnego. Ponadto wynika ona z istoty samej procedury przedstawienia kandydatów, jako szeroko rozumianej procedury wyborczej, która musi być zupełna, efektywna

30 Zob. list z 17.05.2017 r. Sędziów TK: S. Biernatta, L. Kieresa, P. Szczółkowskiego, M. Pyziak-Szafnickiej, S. Rymara, P. Tuleji, S. Wronkowskiej-Jaśkiewicz, M. Zubika, kierowany do Prezesa TK w sprawie usunięcia z bazy orzeczeń TK trzech wyroków Trybunału o sygnaturach K 47/15, K 39/16 i K44/16 (<http://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/541>; dostęp: 1.04.2018 r.).

31 Zob. <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-publikuje-usuniete-z-serwisu-trybuna%C5%82u-konstytucyjnego-wyroki-w-sprawach-k-4715-k-3916-k--4416> (dostęp: 1.04.2018 r.).

i skuteczna, a ponadto zgodna z wymogami konstytucyjnymi, w tym koniecznością zagwarantowania niezależności TK oraz niezawisłości sędziów TK.

W tym zaś kontekście należało uwzględnić, co następuje:

Po pierwsze, prawodawca konstytucyjny w sposób wyczerpujący określił zakres ingerencji Prezydenta w funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w art. 194 Konstytucji. Zważywszy, że „regulacja składu i podstaw organizacyjnych sądu konstytucyjnego, w tym jego organów wewnętrznych, w demokratycznych państwach prawnych stanowi tradycyjnie materię konstytucyjną”³², należało stwierdzić, że art. 197 Konstytucji nie może być interpretowany rozszerzająco³³. Aktualny pozostaje wyrażony we wcześniejszym orzecnictwie konstytucyjnym pogląd, że jedynie w drodze wyjątku prawodawca konstytucyjny dopuszcza wpływ władzy wykonawczej na jedną ze sfer funkcjonowania Trybunału jako władzy sądowniczej, w tym wypadku sferę organizacji³⁴.

Po drugie, skoro kompetencja do przedstawienia kandydatów została przyznana Zgromadzeniu Ogólnemu, a nie poszczególnym sędziom TK, którzy zasiadają w tym organie, to musi obowiązywać w systemie reguła umożliwiająca wyłonienie kandydatów Zgromadzenia Ogólnego spośród kandydatów zgłoszonych przez sędziów TK. Aby uznać, że zgłoszony przez sędziego TK kandydat jest zarazem kandydatem Zgromadzenia Ogólnego, musi uzyskać on poparcie większości sędziów. W przeciwnym razie kandydaci przedstawiani Prezydentowi byłiby *de facto* kandydatami poszczególnych sędziów TK, a nie kandydatami Zgromadzenia Ogólnego, które sprowadzone zostałyby do funkcji „notariusza”.

Po trzecie, skoro przepisy konstytucyjne wymagają zagwarantowania sędziom TK niezawisłości również w ramach czynności podejmowanych na Zgromadzeniu Ogólnym³⁵, a złą-

32 Wyrok TK w sprawie K 44/16, , pkt III.3.5; L. Garlicki, *uwaga 2 do art. 197, [w:] Konstytucja...*, t. 4, red. L. Garlicki, Warszawa 2005, s. 2.

33 Wyrok TK w sprawie K 44/16, , pkt III.3.5.

34 „To, że działanie Prezydenta przewidziane w art. 194 ust. 2 Konstytucji jest także – z uwagi na treść art. 144 ust. 3 pkt 21 Konstytucji – jedną z prerogatyw, oznacza li tylko, że kwestia obsady stanowisk Prezesa lub Wiceprezesa TK została wyraźnie wyłączona poza zakres oddziaływania innego – poza Prezydentem – organu władzy wykonawczej, a więc Rady Ministrów. Potwierdza to jednocześnie, że procedura, w której Prezydent bierze udział, powołując Prezesa i Wiceprezesa TK, ma charakter szczególny i nie wiąże się z prowadzeniem polityki wewnętrznej, stanowiącej podstawowe zadanie Rady Ministrów (art. 146 ust. 1 Konstytucji). Określenia aktu powołania Prezesa i Wiceprezesa TK jako uprawnień osobistego (prerogatywy) głowy państwa nie można zatem rozumieć jako przyznania Prezydentowi swobody decydowania o obsadzie tych stanowisk” (wyrok w sprawie K 34/15, pkt III.4.3; wyrok w sprawie K 39/16, pkt III.3.4).

35 TK wyroku K 39/16 stwierdził, że „w art. 195 ust. 1 Konstytucji ustrojodawca nieprzypadkowo nie odsyła ani do przepisów regulujących kompetencję TK (art. 122 ust 3, art. 131, art. 188, art. 189, art. 193 Konstytucji), ani do przepisu o wyrokowaniu w imieniu Rzeczypospolitej (art. 174 Konstytucji), ale posłużył się autonomicznym pojęciem „sprawowania urzędu” (por. analogicznie art. 178 ust. 1 Konstytucji). Konstytucyjne pojęcie „sprawowanie urzędu” nie jest zatem tożsame ani ze sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości, ani z wyrokowaniem w imieniu Rzeczypospolitej, ani nie ogranicza się do wykonywania li tylko czynności orzeczniczych. Sprawowanie urzędu sędziego TK obejmuje zarówno wyroko-

szający kandydatów sędziowie TK są sobie równi, to musi obowiązywać reguła zapewniająca jednakową wagę każdej zgłaszanej przez nich kandydaturze oraz reguła gwarantująca jednakową wagę każdego głosu oddanego przez sędziego TK podczas selekcji kandydatów.

Konstytucja nie wskazuje nominalnie liczby kandydatów przedstawianych Prezydentowi przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK. Nie oznacza to, że przepisy konstytucyjne są niejednoznaczne w tej kwestii. Prawodawca konstytucyjny pozostawił bowiem ustawodawcy wybór, określając minimalną i maksymalną liczbę kandydatów. Pierwsza liczba wynika wprost z brzmienia art. 194 ust. 2 Konstytucji, w którym użyto liczby mnogiej, obligując Zgromadzenie Ogólne do przedstawienia więcej niż jednego kandydata. Maksymalna liczba kandydatów stanowi wynik interpretacji art. 194 ust. 2 Konstytucji w świetle art. 173 Konstytucji (zasada niezależności władzy sądowniczej) oraz art. 10 Konstytucji (zasada podziału władzy). Przepisy konstytucyjne sprzeciwiają się bowiem arbitralnemu zwiększeniu liczby kandydatów przedstawianych Prezydentowi. Zarazem **jest przedmiotem dyskusji, czy przepisy konstytucyjne wymagają by kandydatów było maksymalnie dwóch, czy też przepisy te upoważniają ustawodawcę do wyboru między dwoma a trzema kandydatami. Możliwe są bowiem dwie interpretacje przepisów konstytucyjnych, których konsekwencją jest słabsza i mocniejsza ingerencja władzy ustawodawczej i wykonawczej w działalność Trybunału Konstytucyjnego.**

W świetle pierwszej interpretacji, którą podzielił TK w sprawie K 44/16, przepisy konstytucyjne upoważniają ustawodawcę na podstawie art. 197 Konstytucji do określenia maksymalnej liczby kandydatów przedstawianych Prezydentowi, nie większej jednak niż trzech. Przemawiają za tym następujące argumenty: po pierwsze, „gdyby przedstawienie przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK dwóch kandydatów było jedynym dopuszczalnym konstytucyjnie rozwiązaniem ustawowym, to *expressis verbis* zostałyby wskazane przez ustrojodawcę”³⁶. Przepisy konstytucyjne nie stanowią tymczasem wprost o liczbie kandydatów, a argument oparty na użyciu liczby mnogiej rzeczownika „kandydat” w art. 194 ust. 2 Konstytucji nie może mieć na gruncie konstytucyjnym waloru rozstrzygającego.

Po drugie, zwiększenia liczby kandydatów ponad trzech prowadziłyby do nadmiernej ingerencji organu władzy wykonawczej w proces wyłaniania organów kierowniczych Trybunału. Trybunał tymczasem w wyroku K 44/16 podkreślił, że choć włączenie Prezydenta stanowi przejaw „mechanizmu równoważenia się władz przewidzianego w art. 10 Konstytucji”, to zarazem jest ono wyjątkiem, „który nie może podlegać jakiegokolwiek rozsze-

wanie, orzekanie w innych sprawach konstytucyjnie powierzonych Trybunałowi, jak i wykonywanie wszystkich czynności związanych z zarządzaniem procesem orzekania”.

36 Wyrok TK w sprawie K 44/16, , pkt III.4.

rzeniu w toku tworzenia prawa przez ustawodawcę albo jego stosowania przez inne, choćby i konstytucyjne, organy państwa. Skoro zatem wykładnia językowa art. 194 ust. 2 Konstytucji prowadzi do wniosku, że ustrojodawca dopuścił możliwość wprowadzania wymogu dwóch lub trzech kandydatów, wykluczone jest zwiększenie tej liczby, ze względu na zasady podziału władzy, odrębności i niezależności władzy sądowniczej”.

Po trzecie, o przekroczeniu przez ustawodawcę dopuszczalnej konstytucyjnie granicy rozstrzyga nie tyle liczba kandydatów, którą może Zgromadzenia Ogólne przedstawić Prezydentowi, ale cała procedura wyboru. Trybunał Konstytucyjny zrelatywizował tym samym w wyroku K 44/16 interpretację art. 194 ust. 2 Konstytucji stwierdzając, że „Dopiero korelacja liczby kandydatów przedstawionych Prezydentowi, liczby głosów przysługujących sędziom TK w trakcie wyboru kandydatów oraz zasad tego wyboru bezpośrednio wpływa na zakres kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK oraz możliwość wypełniania przez ten organ konstytucyjnych funkcji”.

W świetle drugiej interpretacji, którą podzielam, przepisy konstytucyjne nie pozostawiają ani ustawodawcy, ani samemu Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK wyboru, a zatem kandydatów na Prezesa TK może być tylko dwóch. Opiera się ona na zawężającym i językowym odczytaniu art. 194 ust. 2 Konstytucji, które odpowiada zasadzie odrębności i niezależności organów władzy sądowniczej. Znajduje również uzasadnienie w utrwalonym w latach 1997–2015 zawężającym odczytaniu przepisu konstytucyjnego przez ustawodawcę i Zgromadzanie Ogólne Sędziów TK. Należało ponadto uwzględnić następujące argumenty:

Po pierwsze, twierdzenie, że ustawodawca zachowuje margines swobody w zakresie liczby kandydatów na Prezesa TK i może upoważnić Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do przedstawienia dwóch albo trzech kandydatów stoi w sprzeczności z nakazem zawężającego rozumienia wyjątków. Skoro samo włączenie Prezydenta w procedurę wyboru i powołania Prezesa TK stanowi przejaw równoważenia się władz, a zarazem wyjątek od zasady odrębności władzy sądowniczej, to wyjątek ten nie powinien być interpretowany rozszerzająco. Problemem, który znalazł dobitnie swój wyraz w uzasadnieniu wyroku K 44/16, jest jednak właściwe wyznaczenie punktu wyjścia dla wykładni wyjątku, który nie podlega rozszerzeniu. Zakaz rozszerzającej wykładni przepisu, którego treść można sprowadzić do twierdzenia, że kandydatów ma być „więcej niż jeden” powinien prowadzić do wniosku o ograniczeniu liczby konstytucyjnie dopuszczalnych kandydatów do dwóch. Zakaz rozszerzającej wykładni przepisu, którego treść można sprowadzić do twierdzenia, że kandydatów może być „co najmniej dwóch” powinien prowadzić do wniosku o ograniczeniu liczby konstytucyjnie dopuszczalnych kandydatów do trzech.

Po drugie, twierdzenie, że ustawodawca zachowuje margines swobody, ale nie może upoważnić Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do przedstawienia więcej niż trzech kandydatów opiera się na pozaprawnej argumentacji. Odwołuje się do oceny i szacunków racjonalnego obserwatora, a w istocie nawiązuje do wypowiedzi formułowanych w toku politycznych debat zarówno w Sejmie VIII, jak i Sejmie VIII kadencji w 2015 r.³⁷ Wobec braku kryteriów konstytucyjnych nie sposób bowiem przekonywająco i konstytucyjnie uzasadnić, że niedopuszczalne jest by Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK przedstawiało nie trzech, ale czterech kandydatów. Wszakże argument odwołujący się do ryzyka nadmiernej ingerencji władzy wykonawczej (Prezydenta) w funkcjonowanie TK zachowuje swą moc zarówno w wypadku trzech, czterech, jak i większej liczby kandydatów. Niewątpliwie z pragmatycznego punktu widzenia, ryzyko ingerencji może być stopniowalne i w ten sposób uzasadniać ograniczenia liczby kandydatów na Prezesa TK do możliwie jak najniższej. Tego rodzaju wybór lokuje się jednak poza wykładnią przepisów konstytucyjnych i stanowi przejaw realizacji określonej polityki prawa. Jedynie twierdzenie, że konstytucyjnie dopuszczalne jest przedstawienie dwóch kandydatów na Prezesa TK jest wolne od tego rodzaju zarzutu.

Po trzecie, opowiadając się za pozostawieniem ustawodawcy marginesu wyboru między dwoma a trzema kandydatami TK (w wyrokach K 47/15, K 39/16 i K 44/16) zdaje się albo skłaniać do koncepcji odpowiedniego zastosowania zasady proporcjonalności (w rozumieniu art. 2 Konstytucji) do oceny przepisów o charakterze ustrojowym albo do – wypracowanej na gruncie tzw. formalnej kontroli konstytucyjności ustaw – koncepcji o kumulacji naruszeń, które choć same w sobie nie mogą przesądzać o niekonstytucyjności kontrolowanej normy, to jednak ich suma prowadzi do niekonstytucyjności. Trybunał stwierdza bowiem, że „korelacja wspomnianych elementów, tj. liczby kandydatów przedstawionych Prezydentowi i liczby głosów przysługujących sędziom TK w trakcie wyboru kandydatów, bezpośrednio wpływa na zakres kompetencji Zgromadzenia Ogólnego oraz możliwość wypełniania przez ten organ konstytucyjnych funkcji. Ustawowe ukształtowanie procedury wyborczej ma znaczenie dla ustrojowego statusu Zgromadzenia Ogólnego (...) Nadmierna kumulacja ograniczeń proceduralnych funkcjonowania Zgromadzenia Ogólnego i sposobu wykonywania obowiązków przez jego członków ma zatem istotne znaczenie konstytucyjne”³⁸. Abstrahując od wątpliwości dotyczących tzw. koncepcji kumulacji naruszeń, należy zauważyć, że konsekwentne jej zastosowanie powinno prowadzić do wniosku, że kandydatów może być tylu ilu ustawodawca wskaże (np. czterech lub pięciu), pod warunkiem, że nie nastąpi kumulacja ograniczeń procesowych. Odwołanie się do proporcjonalności

37 Zob. syntetyczny opis jej przebiegu i podnoszonych przez posłów oraz senatorów argumentów – M. Laskowska, *Procedura wyboru...*, [w:] *Konstytucyjny spór...*, s. 203 i n.

38 Wyrok TK w sprawie K 39/16, pkt III.3.4.

lub kumulacji naruszeń przy ocenie przedmiotowo istotnych przepisów nie może logicznie – bez dodatkowych założeń pozaprawnych – doprowadzić do stwierdzenia, że „Konstytucja wymaga, aby liczba kandydatów przedstawianych Prezydentowi przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK wynosiła nie mniej niż dwóch, a zarazem nie więcej niż trzech”³⁹.

Po czwarte, skoro precyzyjny językowo art. 194 ust. 2 Konstytucji, który (w mojej ocenie) można interpretować tak aby wyprowadzić z niego regułę konstytucyjną (tj. Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK przedstawia zawsze dwóch kandydatów), nie przesądza – zdaniem TK – o maksymalnej liczbie kandydatów, to konsekwencja metodologiczna nakazywały by jednak powstrzymać się od wyprowadzenia tej liczby z przepisu, który wyraża zasadę konstytucyjną (np. art. 173 i art. 10 Konstytucji).

W konsekwencji uważam, że ze **względu na wyraźne brzmienie art. 194 ust. 2 Konstytucji i brak jakichkolwiek kryteriów konstytucyjnych niespójne wewnętrznie jest twierdzenie TK jakoby zasady wyboru kandydatów na Prezesa TK stanowiły materię ustawową, a zarazem przepisy konstytucyjne zakazywały ustawodawcy upoważnić Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do przedstawienia więcej niż trzech kandydatów na Prezesa TK. Teoretycznie spójne mogą być tylko twierdzenia, że: a) ustawodawca został upoważniony do samodzielnego określenia maksymalnej liczby kandydatów, a jedyną granicę stanowi oceniane *a casu ad casum* naruszenie niezależności organu; b) Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK zostało konstytucyjnie upoważnione do samodzielnego określenia maksymalnej liczby kandydatów zgodnie z art. 93 Konstytucji; c) regułą konstytucyjną jest przedstawienia dwóch kandydatów na Prezesa TK, a kompetencje ustawodawcy i Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK są w tym zakresie wyłączone. Z dogmatycznego punktu widzenia, z uwagi na obowiązywanie zasady niezależności i zakaz rozszerzającej interpretacji wyjątku jakim jest art. 194 ust. 2 Konstytucji, pierwsze z powyższych twierdzeń należy odrzucić. Wybór między drugim a trzecim zależy od przyjmowanej koncepcji rozdziału materii między konstytucję, ustawę, a akt wewnętrzny Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, które zostały omówione w części dalszej niniejszego opracowania.**

Przeprowadzone powyżej rozróżnienia mają też ewalor praktyczny. W zależności bowiem od rozumienia art. 194 ust. 2 Konstytucji inaczej trzeba ocenić obowiązujące przepisy w zakresie, w jakim upoważniają Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do przedstawienia trzech kandydatów Prezydentowi.

39 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.3.6.

4. *Znaczenie wyroku TK w sprawie K 44/16. Pomimo iż w wyroku K 44/16 TK orzekł o zgodności z Konstytucją przepisów ustawy o TK z 22.07.2016 r., które już nie obowiązują (zostały bowiem uchylone w związku z wejściem w życie przepisów wprowadzających i przepisów ustawy o organizacji TK), rozstrzygnięcie to ma istotne znaczenie na przyszłość.*

W pierwszej kolejności należało bowiem zauważyć, że po raz pierwszy w historii orzecznictwa konstytucyjnego w części merytorycznej uzasadnienia wyroku TK zawarto informację o podjętych przez sędziów TK działaniach, które miały bezpośrednio na celu unieemożliwić TK zrealizowanie jego konstytucyjnej kompetencji i wydanie wyroku. Sędziowie TK Z. Jędrzejewski, J. Przyłębska i P. Pszczołkowski w dniu rozprawy odmówili wykonania swoich konstytucyjnych obowiązków: „udziału w rozprawie pełnego składu Trybunału Konstytucyjnego (...) oraz wydania orzeczenia, pomimo uczestnictwa w naradach składu orzekającego”⁴⁰. Ich postawa spowodowała, że liczba sędziów TK uprawnionych do wyrokowania spadła z 12⁴¹ do 9, a zatem poniżej obowiązującego w dniu wyrokowania ustawowego wymogu rozpoznania sprawy w pełnym składzie (tj. 11 sędziów TK⁴²)⁴³. Trybunał Konstytucyjny udokumentował tym samym bezprecedensowy wypadek ukształtowania się mniejszości sędziowskiej, która zaniechała realizacji swych obowiązków tylko po to nie dopuścić do wydania wyroku, w którego wypracowaniu wzięła udział. Nie rozstrzygając w tym miejscu, czy tego rodzaju odmowa uzasadnia wszczęcie postępowania dyscyplinarnego wobec sędziego TK, zagadnienie to wymaga bowiem odrębnego opracowania, należy jedynie odnotować bezprecedensowy charakter omawianego fragmentu uzasadnienia wyroku TK, które wraz z aktami sprawy stanowi istotny dowód przy ocenie legalności działania wspomnianej trójki sędziów TK.

Wyrok TK w sprawie K 44/16 jest doniosły z innego jeszcze powodu. W jego uzasadnieniu TK dokonał bowiem delimitacji dyrektywy postępowania, że „pełny skład tworzą wszyscy sędziowie, którzy mają zdolność orzekania w dniu wydawania wyroku”, która została

40 Wyrok w sprawie K 44/16, pkt III.1.2.

41 Trybunał podkreślił, że „W dniu wydania niniejszego wyroku pełny skład Trybunału liczył 12 sędziów (...). W wyroku w sprawie K 34/15 Trybunał orzekł, że dwaj sędziowie Trybunału wybrani 8 października 2015 r. przez Sejm VII kadencji na miejsce sędziów, których kadencja upłynęła 2 i 8 grudnia 2015 r., nie zostali wybrani skutecznie. Natomiast trzech sędziowie Trybunału, którzy mieli obsadzić stanowiska opróżniane 6 listopada 2015 r., zostali tego samego dnia wybrani przez Sejm na zgodnej z Konstytucją podstawie prawnej, ale nie złożyli dotąd ślubowania wobec Prezydenta. Wybór sędziego przez Sejm oznaczał jednak skuteczne obsadzenie wakatu. Wyrok ten jest znany Trybunałowi z urzędu. Jest ostateczny i ma moc powszechnie obowiązującą (art. 190 ust. 1 Konstytucji) także w stosunku do Trybunału”.

42 Art. 26 ust. 1 pkt 1 lit. e ustawy o TK z 22.07.2016 r.

43 Szerzej o podstawach rozstrzygnięcia i problemach proceduralnych w sprawie K 47/15 zob. P. Radziejewicz, *O skutkach prawnych orzeczeń polskiego Trybunału Konstytucyjnego wydanych w składzie niewłaściwie obsadzonym*, Academia.EU 2017, <https://www.academia.edu/35720621> (dostęp: 5.09.2018 r.).

sformułowana w wydanym wcześniej wyroku w sprawie K 47/15. Wówczas pełny skład tworzyło 12 sędziów TK, w tym dwoje wybranych przez Sejm VIII kadencji (tj. J. Przyłębska, P. Pszczołkowski). Konsekwentne zastosowanie tego rozumowania w sprawie K 44/16 powinno oznaczać, że – wobec odmowy udziału trzech sędziów TK w wyrokowaniu – pełny skład w listopadzie 2016 r. powinien liczyć 9 sędziów TK (z liczby 12 sędziów TK uprawnionych konstytucyjnie do orzekania⁴⁴). Inaczej jednak niż w sprawie K 47/15, gdy zrab normy określającej pełen skład wprowadzono pośrednio z przepisów konstytucyjnych, gdyż ustawowe przepisy dotycząca składów były przedmiotem zaskarżenia, w sprawie K 44/16 obowiązywała ustawowa regulacja, w świetle której pełny skład liczył 11 sędziów TK. Innymi słowy, w sprawie K 44/15 powstało pytanie, czy stosować dyrektywę wywiedzioną bezpośrednio z Konstytucji w sprawie K 47/15 (wówczas TK powinien orzekać w składzie 9 sędziów TK), czy orzekać w ustawowym składzie 5 sędziów TK, czy powstrzymać się od orzekania z uwagi na niemożność orzekania w ustawowym składzie 11 sędziów TK. Trybunał Konstytucyjny wybrał drugi wariant, rozwijając koncepcję sformułowaną w sprawie K 47/15. Koncepcję tę można sprowadzić do następującego twierdzenia: o ile nic innego nie wynika z obowiązującego w dniu wyrokowania przepisu ustawy, a zarazem przepis ten nie jest przedmiotem kontroli konstytucyjności, pełny skład TK tworzą wszyscy sędziowie, którzy mają zdolność orzekania w dniu wydawania wyroku.

Podzielając ten kierunek interpretacji należało odnotować, że jeden z podniesionych w tym kontekście przez TK argumentów nie dowodził tezy. Trybunał przyjął bowiem, że ustawowa norma nakazująca rozpoznać sprawę w składzie 5 sędziów TK stanowi regulację ogólną, podczas gdy ustawowa norma nakazująca rozpoznać sprawę w składzie 11 sędziów TK jest wyjątkiem od regulacji ogólnej⁴⁵. Należało tymczasem zauważyć, że między tymi regulacjami nie zachodzi stosunek *lex specialis* – *lex generalis*, gdyż zakresy tych norm są rozłączne, a stosowanie jednej nie stoi w kolizji z stosowaniem drugiej normy. Niejasne jest stwierdzenie, że skoro rozpoznanie sprawy w pełnym składzie TK stanowi regulację wyjątkową to nie można jej interpretować rozszerzająco. Na czym miałyby bowiem polegać rozszerzająca interpretacja takiego przepisu? W zaistniałej w sprawie K 44/16 sytuacji procesowej nie było w ogóle potrzeby kwalifikowania przepisów ustawy jako regulacji ogólnej i wyjątkowej. Wystarczyło poprzestać na stwierdzeniu, że TK – zgodnie z art. 195 ust. 1 *in fine* w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji – odmawia *in casu* stosowania jednego z przepisów

44 Nie byli i nadal nie są uprawnieni do orzekania osoby, które zostały wybrane przez Sejm VIII kadencji na stanowiska sędziów TK, które zostały prawidłowo i zgodnie z prawem obsadzone przez Sejm VII kadencji (wyrok K 34/15).

45 TK przyjął, że przepis o rozpoznaniu sprawy w składzie 11 sędziów TK „stanowi wyjątek od ogólnej zasady oceny konstytucyjności ustaw w składzie pięciu sędziów TK (...). Z tej przyczyny nie może być interpretowany lub stosowany rozszerzająco, a tym bardziej w sposób, który uniemożliwia wykonywanie przez Trybunał jego konstytucyjnych kompetencji” (wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.1.2.).

ustawowych (tj. o rozpoznaniu sprawy w składzie 11 sędziów TK), gdyż jego zastosowanie doprowadziłoby do naruszenia konstytucyjnego nakazu wyrokowania przez TK i podważyłoby zasadę efektywnego działania organów władzy publicznej. Tego rodzaju odmowa aktualizowała obowiązek zrealizowania normy nakazującej rozpoznanie sprawy w składzie 5 sędziów TK.

Doniosłość wyroku K 44/16 polega również na tym, że jest to pierwsze w historii orzecznictwa konstytucyjnego rozstrzygnięcia, w którym dokonano (kreatywnej) wykładni kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK wyróżniając dwa etapy postępowania z art. 194 ust. 2 Konstytucji: konstytucyjny i ustawowo-regulaminowy. Trybunał stwierdził bowiem, że „konieczne jest rozróżnienie dwóch grup kandydatów: w rozumieniu ustawowym („kandydatów wybranych”) oraz w rozumieniu konstytucyjnym („kandydatów przedstawionych”). Pierwszą tworzą, kandydaci, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów spośród „kandydatów zgłoszonych” (...). Są to kandydaci wybrani przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK w celu wyłonienia spośród nich kandydatów w rozumieniu konstytucyjnym. Drugą grupę tworzą kandydaci na stanowisko prezesa i wiceprezesa Trybunału, którzy uzyskawszy poparcie Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, są przedstawiani Prezydentowi Rzeczypospolitej. Są to kandydaci wyłonieni z grupy kandydatów, którzy wcześniej uzyskali największą liczbę głosów spośród kandydatów zgłoszonych przez sędziów TK (...). Dokonanemu powyżej rozróżnieniu odpowiada wyodrębnienie dwóch podstawowych i złożonych czynności konwencjonalnych, które dokonywane są na forum Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK zwołanego w celu realizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji. Pierwsza z nich dokonywana jest na podstawie art. 16 ust. 2 zdanie pierwsze i ust. 3-7 uTK z 2016 r. oraz odpowiednich przepisów regulaminu TK. Wskazaniem wprost w ustawie rezultatem tej czynności jest „wybór kandydatów”, którzy uzyskali największą liczbę głosów w tajnym głosowaniu sędziów TK. Analizowana złożona czynność obejmuje kolejno: a) przekazanie listy kandydatów zgłoszonych przez sędziów Trybunału (...); b) sporządzenie karty do głosowania, na której wymienione są nazwiska i imiona kandydatów zgłoszonych (...); c) przeprowadzenie głosowania tajnego, w którym każdy sędzia TK „ma tylko jeden głos i może głosować tylko na jednego kandydata” (...). Wybrani w tej procedurze kandydaci nie są kandydatami w konstytucyjnym rozumieniu, gdyż z konieczności matematycznej i logicznej głosowanie na jednej karcie, na której jest wielu kandydatów, przy założeniu, że każdy głosujący sędzia ma tylko jeden głos, nie pozwala wyłonić kandydatów, którzy cieszyliby się poparciem większości głosujących sędziów TK (...). Druga z podstawowych i złożonych czynności konwencjonalnych Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK dokonywana jest bezpośrednio na podstawie art. 194 ust. 2 Konstytucji, art. 16 ust. 1 uTK z 2016 r. oraz odpowiednich przepisów regulaminu TK. Jej, wskazanym wprost w Konstytucji, rezultatem jest wyłonienie „kandydatów

przedstawionych”. Analizowana złożona czynność obejmuje: a) sporządzenie kart z nazwiskami kandydatów, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów w procedurze wyboru (...); b) głosowanie w celu wyłonienia wyłącznie trzech kandydatów w rozumieniu konstytucyjnym (tj. kandydatów przedstawionych) spośród kandydatów w rozumieniu ustawowym (tj. kandydatów wybranych) (...); c) podjęcie uchwały przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK i niezwłoczne przekazanie jej Prezydentowi (...). Za kandydatów w konstytucyjnym rozumieniu należy uznać wyłącznie trzech kandydatów, którzy uzyskali poparcie większości głosujących sędziów. Tylko tacy kandydaci mogą bowiem zostać uznani za popieranych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK (...). Interpretując art. 194 ust. 2 w związku z art. 10, art. 173 Konstytucji oraz preambułą Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że kandydaci w rozumieniu konstytucyjnym mogą zostać wyłonieni albo w indywidualnych głosowaniach nad każdą z kandydatur, w których każdy z głosujących sędziów ma jeden głos i może go oddać tylko na jednego kandydata, albo w głosowaniu ogólnym, w którym każdy z głosujących sędziów ma tyle głosów, ile jest kandydatur⁴⁶.

Część III: Jak przywrócić praworządność?

5. *Podmiot konstytucyjnie upoważniony do regulacji zasad wyboru Prezesa TK. Dwa punkty wyjścia przywrócenia praworządności w TK.* Konstytucja nie wskazuje wprost podmiotu, który upoważniony jest do szczegółowego uregulowania zasad wyboru kandydatów przedstawianych Prezydentowi. Odwołanie się w tym kontekście do istoty, zakresu przedmiotowego i funkcji ustawy w systemie prawnym nie wyjaśnia wszystkiego⁴⁷. Należało bowiem zauważyć, że z perspektywy teoretycznej dopuszczalne są co najmniej dwa – konkurencyjne stanowiska⁴⁸: osłabiające albo wzmacniające pozycję Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK

46 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.5.4.

47 Twierdzenie, że ustawa jest samoistnym źródłem prawa, którym reguluje się wszystkie materie niewyłączone konstytucyjnie spod zakresu regulacji stanowić jedynie punkt wyjścia rozważań. Nie ulega wszakże wątpliwości, że kompetencja prawodawcza ustawodawcy jest ograniczona treściowo, niekiedy wyłączona, a także – w zakresie konstytucją przewidzianym – może zostać przekazana innemu podmiotowi. Odrzucam zarazem twierdzenie, że jeżeli wyłączenie kompetencji ustawodawcy nie zostało wprost sformułowane w przepisie konstytucyjnym, to z samoistnego charakteru i roli ustawy w systemie źródeł prawa wynika dopuszczalność stanowienia o określonej materii w ustawie. Każdy przepis konstytucyjny wymaga wykładni, a zatem także przepisy dotyczące konstytucyjnej kompetencji prawodawczej ustawodawcy. Zarówno wyłączenia, jak i ograniczenia treściowe tej kompetencji mogą zostać wyprowadzone w procesie interpretacji przepisów konstytucyjnych. Uwzględniając w tym kontekście specyfikę i systemową doniosłość konstytucyjnych zasad prawa, jako norm nakazujących realizację określonych wartości, uważam, że każde działanie ustawodawcy musi znaleźć uzasadnienie i podstawę konstytucyjną.

48 W dalszych rozważaniach pomijam teoretyczne stanowisko, zgodnie z którym wybór i przedstawianie kandydatów na Prezesa TK to materia wyłącznie konstytucyjna, która nie podlega rozwinięciu ani w ustawie ani, w akcie wewnętrznym,

względem ustawodawcy. Rozróżnienie obu stanowisk ma zaś walor nie tylko teoretyczny, gdyż przekłada się bezpośrednio na: a) możliwość zakwestionowania w przyszłości przepisów wprowadzających oraz ustawy o organizacji TK w zakresie jakim realizują art. 194 ust. 2 Konstytucji; b) zakres dopuszczalnych wzorców kontroli; c) skutki ewentualnego wyroku oraz naprawcze działania ustawodawcy.

5.1. *Zasady wyboru Prezesa TK jako materia ustawowa.* W świetle pierwszego ze stanowisk, przyjętego przez TK w sprawie K 44/16 i nie kwestionowanego dotychczas przez naukę prawa konstytucyjnego, o ile przedstawianie kandydatów na Prezesa TK jest czynnością prawną dokonywaną bezpośrednio na podstawie przepisu konstytucyjnego i nie wymaga żadnej innej (ustawowej lub regulaminowej) podstawy prawnej, o tyle regulacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jest czynnością prawodawczą ustawodawcy, który może samodzielnie rozstrzygnąć tę kwestię w ustawie albo ustawowo upoważnić do tego Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK. Prawodawca konstytucyjny pozostawił ustawodawcy wybór czy, a jeżeli tak – to w jakim zakresie, ustawa powinna regulować zasady wyboru Prezesa TK⁴⁹. Ustawodawca jest zatem upoważniony do rozwinięcia regulacji wynikającej z art. 194 ust. 2 Konstytucji pod warunkiem jej zgodności z wszystkimi relewantnymi merytorycznie normami konstytucyjnymi⁵⁰. Trybunał stwierdził, że „Ustawodawca może przyznać Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK – *explicite* albo *implicite* – swobodę okre-

a wszystkie czynności Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK dokonywane powinny być bezpośrednio tylko na podstawie przepisów konstytucyjnych. Z uwagi na oszczędność regulacji konstytucyjnej w tym zakresie, stanowisko takie wymagałoby bowiem alternatywnie: a) rekonstrukcji wszystkich wymogów odnoszących się do czynności konwencjonalnej Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK w drodze *analogii iuris*; b) odwołania się do zwyczaju konstytucyjnego; c) wykreowania przedmiotowo istotnych wymogów w orzecznictwie. Wskazane drogi postępowanie – choć teoretycznie wyobrażalne – nie znajdują oparcia ani w dogmatyce ani w polskiej kulturze prawnej. W szczególności za wątpliwe należy uznać wykreowanie podstaw i granic działania Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK w orzecznictwie lub praktyce konstytucyjnej, jako obce tradycji konstytucyjnej. Dowodem tego jest nie tylko rozstrzygnięcie TK w sprawie K 44/16, ale przede wszystkim K 47/15, kiedy TK – stając przed dylematem dopuszczalności procedowania na podstawie przepisów, które są przedmiotem kontroli – odrzucił (aktywistyczną i prawotwórczą) możliwość rekonstrukcji wszystkich wymogów dotyczących procedury kontroli konstytucyjności aktu normatywnego wprost z Konstytucji (szerzej o paradoksie podstawy prawnej w sprawie K 47/15 zob. P. Radziewicz, *Pominięcie przez Trybunał Konstytucyjny ustawy określającej tryb kontroli konstytucyjności prawa*, Państwo i Prawo 2016, nr 10, s. 41 i n.).

49 Np. B. Banaszak, *Opinia...*, s. 6.

50 Wskazuje się na konieczność zachowania właściwych proporcji między regulacją ustawową a regulaminową. Ustawa powinna bowiem upoważniać do działania Zgromadzenie Ogólne w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla zachowania odrębności organu władzy sądowniczej oraz niezależności TK od organów władzy wykonawczej – por. A. Herbet, M. Laskowska, *Opinia prawna dotycząca przedstawionego przez Prezydenta RP projektu ustawy o Trybunale Konstytucyjnym* (druk nr 1590), s. 11. Również w trakcie prac legislacyjnych nad przepisami ustawy o organizacji TK zwracano uwagę, że w odniesieniu do przepisów o wyborze Prezesa TK „Ustawodawca powinien stworzyć podstawy, zaś szczegóły powinny zostać określone prawem wewnętrznym sądu konstytucyjnego, analogicznie do Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego” (P. Sobczyk, *Opinia prawna z 3.11.2016 r. dotycząca zgodności z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej Poselskiego projektu ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym*, s. 7).

ślenia procedury, w której dochodzi do wyłonienia kandydatów, bądź uregulować ją samodzielnie – działając na podstawie art. 197 Konstytucji i w konstytucyjnie wyznaczonych granicach”⁵¹. Przemawiają za tym następujące argumenty:

Po pierwsze, art. 197 Konstytucji upoważnia ustawodawcę do regulacji „organizacji Trybunału Konstytucyjnego”. Wyrażenie to obejmuje również organizację i sposób funkcjonowania organów wewnętrznych Trybunału, a zatem i Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. W wyroku K 44/16 TK stwierdził, że art. 197 Konstytucji „odnosi się do organizacji wewnętrznej i porządku pracy Trybunału oraz trybu działania jego organów, w tym Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. Zważywszy, że przepisy konstytucyjne nie regulują szczegółowo procedury, według której realizowana jest konstytucyjna kompetencja Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, nie wyłączają kompetencji prawodawczej ustawodawcy w tym zakresie oraz zawierają adresowane do ustawodawcy wymogi treściowe odnośnie do procedury wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału, należało uznać, że ustawodawca został konstytucyjnie upoważniony do zagwarantowania efektywnej realizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji”⁵².

Po drugie, gdyby regulacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK miała być wyłączona spod kompetencji ustawodawcy i objęta „autonomią regulaminową Zgromadzenia Ogólnego”⁵³, to wyłączenie tego rodzaju powinno wynikać wprost z przepisów konstytucyjnych. Należało bowiem zauważyć, że prawodawca konstytucyjny wprost uregulował sytuację autonomii regulaminowej organu władzy publicznej w art. 112 Konstytucji, wyłączając tym samym możliwość stanowienia o organizacji wewnętrznej izb parlamentu w drodze ustawy. Tego rodzaju regulacji nie przewidziano w rozdziale VIII Konstytucji. Z tej też przyczyny TK w sprawie K 44/16 TK stwierdził, że „żaden przepis konstytucyjny nie wyłącza wprost kompetencji prawodawczej ustawodawcy w tym zakresie. Wnioskodawca zaś nie przekonał Trybunału w niniejszej sprawie, że art. 188–197 Konstytucji – w analogii do art. 112 Konstytucji – pozwalają przyjąć, iż problematyka wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału objęta jest pełną autonomią regulaminową Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK”⁵⁴.

51 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.3.4.

52 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.3.5.

53 Pojęciem tym posługiwał się wnioskodawca w sprawie K 44/16.

54 Na marginesie niniejszych rozważań należy odnotować sposób sformułowania tego argumentu przez TK, który w moim przekonaniu nie jest przypadkowy. Trybunał wyraźnie bowiem zrelatywizował swoje stanowisko i uzależnił od niepełności argumentacji wnioskodawcy w postępowaniu. W kontekście wcześniejszego orzecznictwa i sposobu uzasadniania orzeczeń przez TK pozwala to sądzić, że twierdzenie o autonomii regulaminowej Zgromadzenia Ogólnego w zakresie dotyczącym art. 194 ust. 2 nie zostało pryncypialnie odrzucone i w przyszłości może zostać ponownie rozważone.

Po trzecie, z samego konstytucyjnego upoważnienia Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do przedstawienia kandydatów na Prezesa TK nie sposób wywieść, że obejmuje ono również pośrednio upoważnienie do uchwalenia przepisów regulujących procedurę wyboru i przedstawienia tych kandydatów, a tym bardziej wyłączność w tym zakresie. Są to bowiem dwa różne typy kompetencji. Pierwsza upoważnia do dokonania czynności prawnej, druga ma charakter prawodawczy. Tymczasem żaden przepis konstytucyjny nie upoważnia ani wprost ani pośrednio Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do wydawania uchwał bez wyraźnego upoważnienia ustawowego. Kompetencji do tworzenia prawa, choćby wewnętrznego (np. uchwalenia regulaminu dotyczącego zasad wyboru Prezesa TK), która wyłączałaby zarazem całkowicie kompetencję ustawodawcy, nie można zaś domniemywać⁵⁵. W szczególności aktualne pozostaje stanowisko, że o upoważnieniu do dokonania czynności prawodawczej nie można wnioskować na podstawie samych tylko funkcji organu, które zostały wyszczególnione w przepisach konstytucyjnych. Przeciwnie rozumowanie *in casu* zbliżałoby regulamin Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do aktu wykonawczego względem art. 194 ust. 2 Konstytucji, nadając mu zarazem postać podobną do tzw. aktów samoistnych, które w okresie przedkonstytucyjnym wydawane były bez wyraźnej podstawy prawnej. Kierunek ewolucji konstytucyjnej koncepcji aktów prawa wewnętrznego oraz systemu źródeł prawa sprzeciwia się zaś takiej kwalifikacji.

Po czwarte, zasady wyboru kandydatów na Prezesa TK zostały na poziomie konstytucyjnym uregulowane w podobny sposób do zasad wyboru kandydatów na Pierwszego Prezesa SN i Prezesa NSA, które nie są przecież objęte autonomią regulaminową Zgromadzenia Ogólnego Sędziów SN i Zgromadzenia Ogólnego Sędziów NSA, ale przynależą do materii ustawowej (art. 176 ust. 2 Konstytucji). Przyjęcie rozumowania odwrotnego oznaczałoby konieczność albo konstytucyjnego zróżnicowania statusu zasad wyboru Prezesa TK (uznając je za objęte autonomią regulaminową) i zasad wyboru Pierwszego Prezesa SN oraz Prezesa NSA (kwalifikując je jako objęte materią ustawową) albo uznania, że obie grupy zasad objęte są autonomią regulaminową zgromadzeń ogólnych odpowiednio: Sędziów TK, Sędziów SN oraz Sędziów NSA. Brak jest tymczasem wprost wskazanych ku temu podstaw konstytucyjnych. W sprawie K 44/16 wyrażono pogląd, że „art. 194 ust. 2 Konstytucji reguluje kwestię wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału w sposób podobny do art. 183 ust. 3 i art. 185 Konstytucji, które upoważniają Zgromadzenia Ogólne Sędziów SN oraz Sędziów NSA do przedstawienia Prezydentowi kandydatów odpowiednio na stanowisko: Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego oraz Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego. Podobnie jak art. 194 ust. 2 Konstytucji, art. 183 ust. 3 oraz art. 185 Konstytucji nie określają ani liczby przedstawianych kandydatów, ani sposobu głosowania nad kandydaturami.

55 Por. K. Działocha, *uwaga 6 do art. 93*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskie. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, s. 12.

Zagadnienia te zostały przekazane do regulacji ustawowej (art. 176 ust. 2 Konstytucji)⁵⁶.

Po piąte, kwalifikacja zasad i reguł wyboru Prezesa TK jako materii ustawowej znajduje uzasadnienie w argumencie historycznym, odwołującym się do prac Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego. W sprawie K 44/16, TK stwierdził bowiem, że „W trakcie debaty konstytucyjnej rozważano zarówno rozwiązanie, w świetle którego prezesa i wiceprezesa Trybunału wybierają sędziowie, jak i regulację upoważniającą Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do wskazania dwóch kandydatów na każde stanowisko (Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr XXV, s. 11). Ostatecznie Komisja Konstytucyjna zaproponowała wybór Prezesa Trybunału przez Sejm spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Narodowe (zob. Sprawozdanie Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego o projekcie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, druk Zgromadzenia Narodowego nr 14). Na skutek poprawek zgłoszonych przez Prezydenta, Zgromadzenie Narodowe przyjęło obowiązujące brzmienie art. 194 ust. 2 Konstytucji. Należało zatem uznać, że skoro prawodawca konstytucyjny odstąpił zarówno od wyboru prezesa Trybunału przez organ władzy sądowniczej, jak i konstytucyjnego wskazania liczby kandydatów w wypadku powołania prezesa przez organ władzy ustawodawczej (...) to kwestia regulacji podstawowych zasad wyboru prezesa i wiceprezesa Trybunału została zaliczona do materii ustawowej w momencie konstytucjonalizacji⁵⁷.

Konsekwencją tego stanowiska jest osłabienie konstytucyjnej pozycji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK względem ustawodawcy oraz zrelatywizowanie wymogu zachowania odrębności władzy sądowniczej (w zakresie wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK) do wyniku ważenia różnych zasad konstytucyjnych. Ustawodawca rozstrzyga, czy: a) ustawowo upoważni Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do szczegółowej regulacji zasad wyboru Prezesa TK; b) ureguluje ustawowo wszystkie kwestie związane z wyborem Prezesa TK; c) upoważni Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK do regulacji zasad wyboru Prezesa TK w zakresie nie uregulowanym w ustawie. Tym samym powstaje w pierwszej kolejności konieczność wykazania, które zasady konstytucyjne ograniczają ustawodawcę, a w następnym kroku – w jakim stopniu to czynią. Każdorazowo powstaje pytanie o granice działania ustawodawcy, który na podstawie art. 197 Konstytucji reguluje materię wskazaną w art. 194 ust. 2 Konstytucji. W ujęciu tym, ostateczne rozstrzygnięcie o podziale materii między ustawę a akt wewnętrzny Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, nie jest ostre i stanowić powinno wynik ważenia zasad konstytucyjnych.

56 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.3.5.

57 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt III.3.5.

5.2. *Zasady wyboru Prezesa TK jako materia aktu wewnętrznego.* **W świetle drugiego stanowiska, które podzielam, zarówno przedstawienie kandydatów na Prezesa TK, jak i regulacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK, są czynnościami dokonywanymi bezpośrednio na podstawie i w celu wykonania przepisu konstytucyjnego przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK. Nie wymagają żadnej innej (ustawowej) podstawy prawnej. Akt regulujący zasady wyboru kandydatów na Prezesa TK ma charakter aktu prawa wewnętrznego w rozumieniu art. 93 Konstytucji, którego wydanie przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK nie wymaga upoważnienia ustawowego. Do jego wydania wystarcza bowiem konstytucjonalizacja Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK oraz powierzenie mu przez prawodawcę konstytucyjnego – doniosłej dla kompozycji i funkcjonowania TK – kompetencji z art. 194 ust. 2 Konstytucji. Przyjmuję zarazem, że konstytucyjne upoważnienie Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do uregulowania wszystkich zasad niezbędnych do zrealizowania kompetencji z art. 194 ust. 2 Konstytucji w akcie prawa wewnętrznego jest równoznaczne z wyłączeniem kompetencji ustawodawcy zarówno do określenia tychże zasad w ustawie, jak i rozdzieleniem przez ustawodawcę regulacji zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK między ustawę, a akt prawa wewnętrznego. Obowiązywanie zasad odrębności i niezależności TK oraz *analogia iuris* do art. 112, art. 144 ust. 3 pkt 28, art. 146 ust. 4 pkt 12 Konstytucji wyłącza ją z zakresu ustawy, o której mowa w art. 197 Konstytucji, regulację zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK. Określenie organizacji i trybu postępowania w tych sprawach stanowi wyłączną konstytucyjną kompetencję prawodawczą Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK.**⁵⁸

58 Na marginesie powyższych rozważań należy odnotować, że analizowana koncepcja może prowadzić do jednej kontrowersji, której pojawienie się i względny charakter zależy od interpretacji art. 93 Konstytucji. Zwolennicy zawężającego odczytania tego przepisu mogą argumentować, że w obowiązującym porządku konstytucyjnym akty wewnętrzne Rady Ministrów mogą być wydawane na podstawie konstytucyjnych przepisów, które stanowią o zadaniach organu konstytucyjnego. Akty wewnętrzne wszystkich zaś innych organów, o ile nic innego nie wynika wprost z regulacji konstytucyjnej (np. art. 112 Konstytucji) mogą być wydawane na innej podstawie prawnej, co nie oznacza konieczności uchwalenia przepisu szczegółowo upoważniającego do wydawania aktu wewnętrznego, ale przepisu, który choćby ogólnie przyznaje kompetencję prawodawczą konkretnemu organowi (por. S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej z dnia 20 czerwca 2002 r.*, Warszawa 2004, s. 268). Niedopuszczalne konstytucyjnie są bowiem akty samoistne rozumiane jako akty wydawane bez jakiegokolwiek upoważnienia na podstawie tylko ogólnie określonych zadań organów władzy publicznej. Przy takim odczytaniu art. 93 Konstytucji analizowana w niniejszym opracowaniu koncepcja może zostać sprowadzona do następującego twierdzenia, że: o ile przedstawienie kandydatów na Prezesa TK jest czynnością prawną dokonywaną bezpośrednio na podstawie i w celu wykonywania przepisu konstytucyjnego, o tyle regulacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK to czynność prawodawcza Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK dokonywana na podstawie przepisu ustawowego przewidującego wydanie aktu prawa wewnętrznego niezbędnego do realizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji. Zarazem jednak art. 10 i art. 173 Konstytucji zakazują ustawodawcy regulacji zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK w ustawie, o której mowa w art. 197 Konstytucji. Innymi słowy z uwagi na obowiązywanie art. 194 ust. 2 w związku z art. 93 oraz art. 10 i art. 173 Konstytucji, ustawa dotycząca TK może zawierać przepis na podstawie, którego Zgromadzenie Ogólne Sędziów wyda akt wewnętrzny, w którym samodzielnie ureguje wszystkie

Przemawiają za tym następujące argumenty:

Po pierwsze, w rozdziale III Konstytucji przyjęto podział na akty prawa powszechnie obowiązującego i akty prawa wewnętrznego.⁵⁹ Zarazem – zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem nauki prawa konstytucyjnego oraz orzecznictwa – katalog drugiego rodzaju aktów ma charakter otwarty podmiotowo oraz – co niekiedy jest dyskutowane – przedmiotowo. Innymi słowy, akty prawa wewnętrznego mogą wydawać nie tylko podmioty nominalnie wskazane w art. 93 Konstytucji (tj. Rada Ministrów, jej prezes lub ministrowie), ale wszystkie organy władzy publicznej. Aktem prawa wewnętrznego może być zaś nie tylko uchwała i zarządzenie, ale i inaczej nazwany akt normatywny, który nie może zostać zakwalifikowany do aktów powszechnie obowiązujących. Z uwagi na obowiązywanie art. 93 Konstytucji Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK jest zatem kompetentne do uregulowania zakresu swej działalności w formie aktu prawa wewnętrznego, który powinien przyjąć formę uchwały – jako typowego aktu wydawanego przez organ kolegialny.

Po drugie, uwzględniając przebieg prac w Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego, oraz brzmienie art. 93 ust. 1 Konstytucji (i różnicę względem art. 92 ust. 1 Konstytucji), w kontekście zasady sprawności działania instytucji publicznych (Preambuła), w nauce prawa konstytucyjnego oraz orzecznictwie konstytucyjnym przyjmuje się, że dla wydania aktu wewnętrznego nie jest konieczne szczegółowe upoważnienie ustawowe⁶⁰. Posłużenie się zwrotem „tylko na podstawie ustawy” przez prawodawcę konstytucyjnego oznacza, że akty wewnętrzne mogą być wydane na podstawie samej Konstytucji (np. uchwały Rady Ministrów), na podstawie „przepisów przyznających organom zdania lub kompetencje”⁶¹ (np. art. 148 pkt 2 Konstytucji⁶²) lub na podstawie ustawowego przepisu kompetencyjnego. Tym samym można przyjąć, że przyznanie Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK doniosłej konstytucyjnie kompetencji w art. 194 ust. 2 Konstytucji uzasadnia – z uwagi na brzmienie art. 10, art. 93 i art. 173 Konstytucji – zarazem upoważnienie tego organu do wydania aktu

kwestie związane wyborem kandydatów na Prezesa TK.

59 Szerzej o pojęciu, podstawach, treści i granicach aktu prawa wewnętrznego w polskim porządku konstytucyjnym zob. K. Działocha, *uwagi do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, s. 1 in.; L. Garlicki, [w:] *System prawa administracyjnego*, t. 1, *Konstytucyjne podstawy funkcjonowania administracji publicznej*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 77 i n.; M. Wiącek, *uwagi do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, s. 195 i powołane tam prace S. Wronkowskiej, G. Wierczyńskiego, A. Bień-Kacały oraz W. Płowca.

60 Zob. L. Garlicki, [w:] *System...*, t. 2, s. 82; M. Wiącek, *uwagi do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 29, s. 200.

61 M. Wiącek, *uwagi do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 29, s. 200. Por. jednak K. Działocha, *uwaga 5 do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, s. 10.

62 M. Wiącek, *uwagi do art. 93*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 31, s. 201.

wewnętrznego niezbędnego do realizacji tej kompetencji.

Po trzecie, wnioskowanie z art. 194 ust. 2 w zw. z art. 93 Konstytucji o kompetencji prawodawczej Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK do samodzielnego uregulowania zasad wyboru Prezesa TK nie stoi samo w sobie w sprzeczności z zasadą demokratycznego państwa prawnego i nie powinno być łączone z odrzuconą na gruncie obowiązującej Konstytucji koncepcją aktu samoistnego (w znaczeniu jakie pojęciem tym posługiwano się w okresie obowiązywania Konstytucji z 1952 r.), gdyż przedmiotowo istotny akt wewnętrzny ma wąski bardzo zakres przedmiotowy i jest adresowany wyłącznie do sędziów TK uczestniczących w Zgromadzeniu Ogólnym. Nie zachodzi tym samym ryzyko ekscesu prawodawczego, do którego doprowadziło rozwinięcie koncepcji S. Rozmaryna w poprzednim porządku konstytucyjnym. W szczególności akt Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK nie może stanowić podstawy decyzji wobec osób fizycznych i prawnych.

Po czwarte, skoro obowiązywanie art. 112, art. 144 ust. 3 pkt 28, art. 146 ust. 4 pkt 12 Konstytucji znajduje uzasadnienie aksjologiczne w ocenie prawodawcy konstytucyjnego, że w niektórych wypadkach zasada podziału władzy wymaga zachowania autonomii w organizacji wewnętrznej organów władzy ustawodawczej względem wykonawczej (np. art. 112 Konstytucji) lub organów władzy wykonawczej względem ustawodawczej (np. art. 146 ust. 4 pkt 12 Konstytucji) albo dwóch różnych organów przynależnych do tej samej władzy (np. art. 112 lub art. 144 ust. 3 pkt 28 Konstytucji), a zarazem prawodawca konstytucyjny jest racjonalny, to należy przyjąć, że obowiązuje również norma-konsekwencja odnosząca się do Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, która wymaga zachowania jego autonomii względem władzy ustawodawczej i wykonawczej oraz znajduje uzasadnienie w tej samej ocenie prawodawcy konstytucyjnego. Aksjologiczne uzasadnienie: autonomii regulaminowej Sejmu i Senatu, uprawnienia Prezydenta do nadania statutu kancelarii Prezydenta lub Rady Ministrów do samodzielnego określenia swej organizacji, wyłączające kompetencję ustawodawcy i chroniące wymienione organy przed ingerencją w ich wewnętrzną organizację ze strony innych organów, jest bardziej widoczne w wypadku Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. Jest to wszakże organ wewnętrzny organu władzy sądowniczej, na którego organizację wewnętrzną (w szczególności w zakresie wyboru kandydatów na Prezesa TK) inne organy powinny mieć jak najmniejszy wpływ. Należy zarazem odrzucić użyty przez TK w sprawie K 44/16 argument, że gdyby prawodawca konstytucyjny chciał zagwarantować autonomię Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK to przewidziałby ją wprost w przepisach konstytucyjnych. Jest to bowiem wnioskowanie z przeciwności, które na gruncie konstytucyjnym jest albo w ogóle odrzucane albo ma wąski zakres zastosowania. Po piąte, jak trafnie zauważył TK w sprawie K 44/16, powołując się na kryteria sformuło-

wane w sprawie U 3/11⁶³, Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK jest jednostkowym w skali państwa organem, któremu normy konstytucyjne przypisują niepowtarzalną i konkretną nazwę. Ze swej istoty organ ten nie jest ograniczony terytorialnie i nie ma charakteru lokalnego. Jego utworzenie jest obligatoryjne. Konstytucja określa także wyczerpująco jego skład oraz w sposób pośredni granice kompetencji – przez sformułowanie kompetencji samego Trybunału oraz kompetencji Prezydenta. Konstytucjonalizacja wewnętrznego organu TK i przyznanie mu wprost doniosłej kompetencji w kontekście funkcjonowania samego TK, wywołuje w moim przekonaniu dalej idące konsekwencje niż tylko obowiązek utworzenia Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK i zapewnienia mu możliwości efektywnego działania⁶⁴. Przede wszystkim do organu tego znajduje zastosowanie art. 173 Konstytucji. Skoro ustawodawcy konstytucyjnie zakazane jest naruszenie niezależności i odrębności konstytucyjnego organu władzy sądowniczej przez stanowienie przepisów odnoszących się do tego organu, to również zakazane jest naruszenie teź niezależności i odrębności przez stanowienie przepisów odnoszących się do organu wewnętrznego organu władzy sądowniczej wprost wskazanego w Konstytucji. Przeciwnie rozumowanie prowadziłoby do podważenia zasady niezależności TK. Oznaczałoby również, że prawodawca konstytucyjny jest niekonsekwentny w swych ocenach. Nawiązując zaś do twierdzenia, że „każdy podmiot o konstytucyjnym przymiocie niezależności będzie dysponował przestrzenią autonomiczną uzasadniającą wydanie aktów prawa wewnętrznego”⁶⁵, a także iż „wysoki poziom autonomii jest koniecznością, gdy dany organ w konstytucji został określony *expressis verbis* jako niezależny”⁶⁶, uważam że konsekwencją niezależności samego TK jest niezależność Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (co najmniej w zakresie niezbędnym do realizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji), która – z uwagi na jego inne niż orzecznicze kompetencje – sprowadza się do gwarancji odrębności organizacyjnej oraz odrębności funkcjonalnej w konstytucyjnym rozumieniu⁶⁷. Stosując odpowiednio rozumowanie przyjęte przez TK w wyroku K 35/09⁶⁸, należy przyjąć, że skoro Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK ma zachować niezależność w wykonywaniu swej kompetencji z art. 194 ust. 2 Konstytucji to trzeba uznać, iż organ ten musi dysponować – z wyłączeniem ustawodawcy – swobodą, której nie należy mylić

63 Wyrok TK z 4.12.2012 r., U 3/11, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 131.

64 Zob. też A. Mączyński, J. Podkowiak, *uwagi do art. 197*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 22-26, s. 1312; A. Mączyński, J. Podkowiak, *uwagi do art. 194*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 93-98, s. 1287.

65 A. Bień Kacała, *Źródła prawa wewnętrznego w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Toruń 2013, s. 223.

66 W. Brzozowski, *Niezależność konstytucyjnego organu państwa i jej ochrona*, Warszawa 2016, s. 269.

67 Szerzej o pojęciach zob. wyrok TK w sprawie K 39/16.

68 Wyrok TK z 19.10.2010 r., K 35/09, OTK ZU nr 8/A/2010, poz. 77.

z dowolnością (art. 93 Konstytucji), w określeniu zasad wyboru kandydatów, których przedstawi Prezydentowi.

Po szóste, interpretacja wyłączająca z zakresu ustawy, o której mowa w art. 197 Konstytucji, regulację zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK i upoważniająca do tego wyłącznie Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK wprost na podstawie samej Konstytucji, znajduje uzasadnienie zarówno w kategorycznej⁶⁹, jak i optymalizacyjnej koncepcji niezależności konstytucyjnego organu⁷⁰, które w moim przekonaniu prezentowane są w orzecznictwie i nauce prawa konstytucyjnego. Kategoryczna koncepcja, którą podzielam na gruncie art. 173 Konstytucji, sprowadza się do twierdzenia, że problematyka niezależności organu i podziału władzy „opisuje (...) dwie odmienne sfery zjawisk (...) niezależność organu nie wiąże się z wytyczeniem sfery właściwej danemu organowi, lecz delimituje możliwe formy ingerencji w tę sferę, podejmowane przez inne organy (...) istotą niezależności (...) jest (...) ograniczenie możliwości wpływania na działalność organu przez inne organy”⁷¹. Tym samym nie ma podstaw odwołanie się do art. 10 Konstytucji w zakresie, w jakim stanowi on o równoważeniu się władz, w celu „skorygowania” konsekwencji zasady niezależności. Optymalizacyjna koncepcja niezależności władzy sądowniczej – dominująca w orzecznictwie TK⁷² – sprowadza się z kolei do twierdzenia o konieczności wyważenia *a casu ad casum* między odrębnością, niezależnością a podziałem i rolwągą władz. Dopuszcza tym samym mechanizmy wzajemnego hamowania organów władzy sądowniczej przez organy władzy wykonawczej lub ustawodawczej⁷³. W mojej ocenie niezależnie do kategorycznego lub optymalizacyjnego odczytania art. 173 Konstytucji, uniezależnienie procedury wyboru kandydatów na Prezesa TK (w tym również ustanowienia zasad tegoż wyboru) od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej jest konstytucyjnie konieczne. Mechanizm „równoważenia się władz” został wszakże zrealizowany już na poziomie konstytucyjnym przez

69 Np. W. Brzozowski, *Niezależność...*, s. 90-91. Należy zastrzec, że autor ten odnosi się do zagadnienia niezależności szerzej niż w rozważanym przeze mnie wypadku (tj. również poza zakresem art. 173 Konstytucji). Por. z ustaleniami E. Łętowskiej (*Władza sądownicza a pozostałe władz – stan równowagi czy jej zachwiania*, [w:] *Pozycja ustrojowa sędziego*, red. R. Piotrowski, Warszawa 2015, s. 152–154).

70 Np. P. Wiliński, P. Karlik, *uwagi do art. 173*, [w:] *Konstytucja...*, t. 2, red. M. Safjan, L. Bosek, nb. 22, s. 968–999.

71 W. Brzozowski, *Niezależność...*, s. 91.

72 Np. wyrok TK z 15.01.2009 r., K 45/07, OTK ZU-A 2009, nr 1, poz. 3.

73 W wyroku K 45/09 TK stwierdził, że „art. 173 Konstytucji, w którym ustrojodawca wskazuje na sądy jako organy władzy odrębnej i niezależnej od innych władz, nie znosi podstawowej zasady ustrojowej, jaką jest równoważenie się władzy ustawodawczej, wykonawczej i sądowniczej, ani też w żadnym stopniu jej nie modyfikuje. W istocie stanowią one jedną konstrukcję ustrojową. W jej ramach władze zobowiązane są do współdziałania w celu zapewnienia rzetelności i sprawności instytucji publicznych (zasada współdziałania władz określona w preambule Konstytucji). Odrębność i niezależność sądów nie może prowadzić do zniesienia mechanizmu koniecznej równowagi pomiędzy władzami, gdyż wymóg taki wynika bezpośrednio z art. 10 Konstytucji” (wyrok TK z 15.01.2009 r., K 45/09).

włączenie organu władzy ustawodawczej w kompozycję TK (art. 194 ust. 1 Konstytucji), a organu władzy wykonawczej w wybór organów wewnętrznych TK (art. 194 ust. 2 Konstytucji). Ustawodawca jest ponadto upoważniony w konstytucyjnie wyznaczonych granicach uregulować postępowanie przez TK (art. 197 Konstytucji). Nie ma tym samym podstaw twierdzenie o konieczności dalszego włączenia organów innych władz w sferę, którą Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK powinno uregulować zgodnie z art. 93 Konstytucji.

Po siódme, odmiennie niż TK w sprawie K 44/16, uważam, że przebieg dyskusji na forum Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (oraz kolejne zmiany brzmienia projektu art. 194 ust. 2 Konstytucji) nie uzasadniają kwalifikacji zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materii ustawowej. Wnioskowanie TK opiera się bowiem na pewnym uproszczeniu, które można sprowadzić do twierdzenia, że skoro prawodawca konstytucyjny odstąpił od zasady powoływania Prezesa TK przez Zgromadzenie Ogólne sędziów TK i włączył w ten proces Prezydenta, to zarazem należy przyjąć, że upoważnił ustawodawcę do określenia zasad wyboru kandydatów i powołania Prezesa TK. Należy tymczasem rozdzielić pytanie o podmiot upoważniony do dokonania czynności prawnych wyboru i powołania Prezesa TK od pytania o podmiot upoważniony do dokonania czynności prawodawczej uchwalenia zasad regulujących czynność wyboru i powołania Prezesa TK. Sam fakt upoważnienia w toku prac konstytucyjnych organu władzy wykonawczej do dokonania wspomnianej czynności prawnej nie rozstrzyga kwestii podmiotu konstytucyjnie upoważnionego do dokonania wspomnianej czynności prawodawczej. W tym zaś kontekście istotne jest, że dyskusja na forum Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego skoncentrowana była na zagwarantowaniu możliwie jak największej niezależności i odrębności Trybunału Konstytucyjnego wobec organów władzy wykonawczej i ustawodawczej. Argument z „momentu fundacyjnego” nie powinien mieć zresztą rozstrzygającej doniosłości, jeżeli nie chcemy żyć w rzeczywistości rządzonej „martwą ręką”.

Po ósme, obowiązujące w latach 1997–2015 przepisy ustawowe jedynie ogólnie odnosiły się do zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK, podczas gdy szczegółowa regulacja zawarta była w akcie wewnętrznym Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK⁷⁴. Niewątpliwie można było mówić o ugruntowanej tendencji legislacyjnej w zakresie regulaminowej regulacji zasad wyboru kandydatów, o których mowa w art. 194 ust. 2 Konstytucji. Przedmiotem sporu mogło być jedynie to, czy kompetencja Zgromadzenia Ogólnego do określenia zasad wyboru ma swoje źródło konstytucyjne, czy wynika z upoważnienia ustawowego.

Na marginesie podniesionej argumentacji, uwzględniając ograniczoną moc argumentu

74 Załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 22.10.1997 r. w sprawie regulaminu Trybunału Konstytucyjnego, t.j. M.P. z 2011 r., poz. 668, ze zm.; załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 3 października 2006 r. w sprawie Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego, M.P. Nr 72, poz. 720; załącznik do uchwały Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK z 15.09.2015 r. w sprawie Regulaminu Trybunału Konstytucyjnego, M.P., poz. 823.

z prawa obcego na gruncie konstytucyjnym należy zauważyć, choć nie sposób wskazać jednego lub choćby kilku dominujących modeli regulacji zasad powoływania prezesów sądów i trybunałów konstytucyjnych w państwach Unii Europejskiej lub państwach członkowskich Rady Europy, tym niemniej regulacje zasad wyboru kandydatów na prezesa sądu lub trybunału konstytucyjnego pozwalają jako dyrektywę przyjąć szeroki margines autonomii organizacyjnej sądu lub autonomię wykluczającą ingerencję innych organów władzy publicznej w procedurę wyboru kandydatów. Do „zetsknięcia” się kompetencji organu władzy innej niż sędziowska dochodzi, podobnie jak w Polsce, choć nie jest to regułą, zwykle dopiero na etapie powoływania kandydatów na stanowisko. Tym samym ostrożnie można sformułować dyrektywę takiej interpretacji przepisów konstytucyjnych, która gwarantuje maksymalny możliwy zakres autonomii Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK przy wyborze kandydatów na Prezesa TK. Tego rodzaju zakres gwarantuje zaś wyłączenie kompetencji ustawodawcy.

Konsekwencją tego stanowiska jest wzmocnienie konstytucyjnej pozycji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK względem ustawodawcy oraz pełna realizacja konstytucyjnej zasady niezależności i odrębności władzy sędziowskiej w wypadku wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK. Nie zachodzi bowiem konieczność wyznaczania granic kompetencji ustawodawczej, gdyż każda próba ustawowej regulacji zasad wyboru Prezesa TK naraża się na zarzut niekonstytucyjności. Ustawodawca działa wówczas *ultra vires*. Nie ma tym samym potrzeby materialnej oceny takiej ustawy. Wystarczy stwierdzić, że ustawodawca w ogóle nie był upoważniony do dokonania takiej regulacji naruszony został art. 194 ust. 2 w zw. z art. 93 Konstytucji. Ewentualna kontrola konstytucyjności przepisów ustawowych uchwalonych z naruszeniem wymogów odnoszących się wprost

5.3. *Następstwa uchybienia przez ustawodawcę wymogowi formy regulacji i ich znaczenia dla przywrócenia praworządności w TK.* Wybór między omówionymi powyżej koncepcjami nie sprowadza się li tylko do rozstrzygnięcia teoretycznego. Wywołuje on doniosłe praktyczne skutki w kontekście ewentualnego podjęcia w przyszłości przez ustawodawcę lub odpowiedni konstytucyjny organ oceny konstytucyjności przepisów wyprowadzających oraz przepisów o organizacji TK z art. 194 ust. 2 Konstytucji, a następnie w celu dokonania niezbędnych czynności konwencjonalnych restytucji konstytucyjności. Inaczej kształtują się bowiem skutki zarówno dla ustawodawcy, jak i samego TK, w wypadku stwierdzenia niekonstytucyjności przepisów ustawowych z uwagi koncepcję sformułowaną w wyroku K 44/16, inaczej zaś przy przyjęciu, że w 2016 r. w zakresie dotyczącym art. 194 ust. 2 Konstytucji ustawodawca działał całkowicie poza granicami konstytucyjnego upoważnienia a tym samym naruszył jeden z najdonioślejszych wymogów konstytucyjnych dotyczących czyn-

ności stanowienia prawa⁷⁵.

5.3.1. *Następstwa naruszenia przez ustawodawcę wymogów w świetle koncepcji przyjętej wyroku K 44/16.* Opowiedzenie się za koncepcją przyjętą w wyroku K 44/16 (tj. kwalifikującą zasady wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materię ustawową) oznacza, że uchwalając przepisy wprowadzające oraz ustawę o organizacji TK ustawodawca działał w granicach konstytucyjnego upoważnienia z art. 197 Konstytucji, tyle że z naruszeniem merytorycznych norm konstytucyjnych. W zakresie, w jakim w 2016 r. doszło do ustawowej operacjonalizacji art. 194 ust. 2 Konstytucji, nie ma zatem konstytucyjnych podstaw do formułowania zarzutu działania przez ustawodawcę *ultra vires* lub odwoływania się do teoretycznych rozważań o nieważności aktu normatywnego, w tym nieważności ze skutkiem od dnia uchwalenia ustawy. Konsekwentne rozwinięcie koncepcji sformułowanej w wyroku K 44/16 oznacza, że przepisy wprowadzające i ustawa o organizacji TK mogą zostać albo uchylone przez prawodawcę samodzielnie na przyszłość albo najpierw ocenione przez TK pod kątem zgodności z wzorcami kontroli wymienionymi w tym wyroku, a następnie uchylone. Jednakże ani uchylenie wspomnianych przepisów, ani utrata przezeń mocy obowiązującej na skutek ewentualnego negatywnego wyroku TK nie będą automatycznie prowadzić do wzruszenia czynności prawnych dokonanych na podstawie przepisów wprowadzających lub ustawy o organizacji TK. Nie unieważnią oraz nie wzruszą automatycznie wyboru, przedstawienia, a następnie powołania J. Przyłębskiej na stanowisko Prezesa TK, chociaż dwóch pierwszych z tych aktów dokonano na niekonstytucyjnej podstawie.

Paradoksalnie zakwalifikowanie zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materii ustawowej, nie oznacza szerokiego marginesu działania ustawodawcy w przyszłości⁷⁶.

75 Użytecznym narzędziem dalszej analizy jest pojęcie czynności konwencjonalnej, za którą uważa się czynność psychofizyczną albo czynność konwencjonalną niższego stopnia, jeżeli określona reguła sensu, wyraźnie ustanowiona lub wykształcona zwyczajowo, przypisuje jej nowy sens kulturowy (L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, *Studia Prawnicze* 1972, nr 33, s. 73-99; zob. też S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, *Państwo i Prawo* 2013, nr 2, s. 3 i n. oraz cytowana tam literatura). Reguły te określają: nazwę czynności konwencjonalnej, podmiot upoważniony do jej dokonania oraz czynność wyjściową, której nadawany jest nowy sens kulturowy. Reguły te można przy tym podzielić na konwencjonalizujące, których spełnienie konstituuje czynność konwencjonalną oraz reguły formalizujące, które choć doniosłe dla prawidłowego dokonania czynności konwencjonalnej nie rozstrzygają o jej istocie (S. Czepita, *Formalizacja a konwencjonalizacja działań w prawie*, [w:] *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, red. S. Czepita, Szczecin 2006, s. 9-27). Z naruszeniem różnego rodzaju wymogów odnoszących się do czynności konwencjonalnej i jej wytworu łączy się różny skutek np. nieważność czynności konwencjonalnej, bezskuteczność itd. (zob. odpowiednio na przykładzie orzekania o niekonstytucyjności aktu normatywnego – M. Herman, *Stwierdzenie niekonstytucyjności jako czynność konwencjonalna unieważnienia aktu normatywnego*, [w:] *Skutki wyroków Trybunału Konstytucyjnego w sferze stosowania prawa*, red. M. Bernatt, J. Królikowski, M. Ziółkowski, Warszawa 2013, s. 251–260).

76 Pomijam w dalszych rozważaniach dwie sytuacje: zmiany przepisów konstytucyjnych oraz ewentualnego uchwalenia większością konstytucyjną przez Sejm ustawy regulującej *pro futuro* problematykę skutków prawnych wyboru Prezesa TK z naruszeniem przepisów konstytucyjnych. Zwłaszcza druga z sytuacji zasługuje na odrębną, szczegółową analizę.

Niewątpliwie może on uchylić zarówno przepisy wprowadzające, które stanowiły podstawę wyboru J. Przyłębskiej na Prezesa TK, jak i przepisy ustawy o organizacji TK, a następnie uregulować zagadnienie *pro futuro*. Nie ma przeszkód aby kandydat na kolejnego Prezesa TK został wybrany i przedstawiony na zasadach i regułach niebudzących konstytucyjnych wątpliwości. Bez zmiany przepisów konstytucyjnych tego rodzaju uchylenie nie może jednak doprowadzić do zniesienia skutków indywidualnych i konkretnych, które wywołała niekonstytucyjna podstawa ustawowa (zwłaszcza, że sam akt powołania Prezesa TK dokonywany był bezpośrednio i wyłącznie na podstawie konstytucyjnej). Z uwagi na obowiązywanie zasady odrębności i niezawisłości TK oraz zasady demokratycznego państwa prawnego, ustawą nie można też: unieważnić konkretnych czynności prawnych Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK w procedurze wyboru kandydata na Prezesa TK, unieważnić lub ubezskutecznić rozstrzygnięć Prezesa TK, odwołać takiego Prezesa TK albo skrócić jego kadencji. Abstrahując od faktu, że w celu przywrócenia praworządności działania te w niektórych wypadkach wymagałyby zamieszczenia w ustawie norm, które nie mają charakteru generalnego i abstrakcyjnego, a zatem narażałyby ustawodawcę na zarzut naruszenia art. 2 Konstytucji, tego rodzaju rozwiązania zasługują na krytykę w świetle dotychczasowego orzecznictwa konstytucyjnego. Równie niedopuszczalne wydaje się upoważnienie organu władzy sądowniczej albo wykonawczej do odwołania lub skrócenia kadencji urzędującego Prezesa TK, choćby został wybrany na niekonstytucyjnej podstawie prawnej, skoro podstawa ta została uchwalona w ramach realizacji konstytucyjnej kompetencji prawodawczej i następnie jedynie uznana za niezgodną z merytorycznymi normami konstytucyjnymi. Uważam przy tym, że bez znaczenia dla negatywnej oceny konstytucyjnej w tym kontekście powinna być intencja ustawodawcy. Sama wola przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją nie może prowadzić do sytuacyjnego uchylania się ustawodawcy od obowiązujących zasad konstytucyjnych. Twierdzenia odwołujące się do wyjątkowego charakteru sytuacji oraz skali dokonanych naruszeń, które wymagają działań naprawczych, choć mają istotne znaczenie publiczne, doniosłe znaczenie legitymizacyjne i argumentacyjne, nie mogą rozstrzygać problemu konstytucyjnego. W istocie tego rodzaju działanie ustawodawcy narażałoby się na tego samego rodzaju zarzuty, które podniesiono w odniesieniu do działań Sejmu VIII kadencji w sprawach K 35/15, K 47/15 oraz K 39/16.

Przy kwalifikacji zasad wyboru i przedstawienia kandydatów na stanowisko Prezesa TK jako materii ustawowej, modelowo pierwszym krokiem na drodze przywracania stanu konstytucyjności w TK powinna być materialna ocena konstytucyjności przepisów wprowadzających, jak i ustawy o organizacji TK w zakresie w jakim szczegółowo odnoszą się do wyboru kandydatów na Prezesa TK. W obowiązującym stanie konstytucyjnym oceny konstytucyjności, ze skutkiem przewidzianym w art. 190 ust. 3 i 4 Konstytucji, może dokonać wyłącznie TK. Ewentualne powierzenie takiej kompetencji innemu organowi (np. Sądowi

Najwyższemu), niezależnie od celowości takiego zabiegu wobec trafnych w mojej ocenie wątpliwości co do konstytucyjności obsady tego organu w 2018 r., naraża się na zarzut naruszenia konstytucyjnej kompetencji TK (art. 188 Konstytucji). Wzorce takiej oceny wskazał TK w sprawie K 44/16, stwierdzając, że regulując zasady wyboru Prezesa TK ustawodawca ograniczony jest w szczególności zasadami: „sprawności, rzetelności i efektywności działania instytucji publicznych (preambuła Konstytucji), poprawnej legislacji (art. 2 Konstytucji), podziału i równoważenia się władzy (art. 10 Konstytucji), odrębności władzy sądowniczej (art. 173 Konstytucji), zachowania kompetencji Trybunału (art. 188 Konstytucji), niezawisłości sędziów TK (art. 195 ust. 1 Konstytucji). Ponadto ustawa, o której mowa w art. 197 Konstytucji, powinna stanowić wewnętrznie spójny zbiór norm, w którym nie występują normy sprzeczne, przeciwne oraz niezgodne prakseologicznie”⁷⁷. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem konstytucyjnym, orzeczenie o niekonstytucyjności przepisów o wyborze i przedstawieniu kandydatów na stanowisko Prezesa TK wywołało by skutek „w czasie” zarówno dla organów stosujących prawo, jak i samego prawodawcy⁷⁸. Mógłby on, po negatywnym wyroku TK, sięgnąć również po retroaktywne lub retrospektywne rozwiązania prawodawcze w celu realizacji wyroku TK i przywróceniu stanu niekonstytucyjności.

Należy jednak zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym i faktycznym nie wydaje się możliwe wydanie przez TK wyroku, który mógłby zainicjować proces przywracania konstytucyjności przez przyszłego prawodawcę. Wielokrotnie w debacie publicznej⁷⁹, w tym międzynarodowej⁸⁰, poddano w wątpliwość legitymację tego organu po zmianach dokonanych w jego składzie w latach 2015-2018. Zasiadają w nim osoby nieupoważnione konstytucyjnie do orzekania. Nawet zaś gdyby przyjąć, że ewentualnej oceny konstytucyjności przepisów wprowadzających ustawę o TK oraz przepisów o postępowaniu przed TK, w zakresie w jakim odnoszą się do wyboru Prezesa TK, mógł dokonać skład złożony tylko z sędziów TK, aktualny pozostaje problem legitymacji oraz brak gwarancji proceduralnych. Analiza praktyki Prezesa TK wskazuje uzasadnia bowiem zarzuty, iż nie przestrzega on ustawo-

77 Wyrok TK w sprawie K 44/16, pkt 3.5. *in fine*.

78 Szerzej o skutkach orzeczeń TK w czasie zob. M. Ziółkowski, *Skutki czasowe wyroków Trybunału Konstytucyjnego (w świetle orzecznictwa TK i SN)*, Europejski Przegląd Sądowy 2012, nr 4 i cyt. tam orzecznictwo oraz doktryna.

79 Np. M. Matczak, *How to Demolish an Independent Judiciary with the Help of a Constitutional Court*, VerfBlog, 2017/6/23, <https://verfassungsblog.de/how-to-demolish-an-independent-judiciary-with-the-help-of-a-constitutional-court/>, DOI: <https://dx.doi.org/10.17176/20170623-103309>; M. Matczak, *Poland's Constitutional Tribunal under PiS control descends into legal chaos*, VerfBlog, 2017/1/11, <https://verfassungsblog.de/polands-constitutional-tribunal-under-pis-control-descends-into-legal-chaos/>.

80 Np. Uzasadniony wniosek Komisji Europejskiej zgodnie z art. 7 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej dotyczący praworządności w Polsce, Bruksela, dnia 20.12.2017, COM(2017) 835 final, 2017/0360(NLE).

wych przepisów o wyznaczaniu składów orzekających⁸¹.

Słabością tego rozumowania jest też konieczność odpowiedzi na pytanie o procedurę i organ upoważniony do oceny konstytucyjności przepisów wprowadzających, na podstawie których przedstawiono kandydata na Prezesa TK w grudniu 2016 r. O ile ewentualna przyszła kontrola konstytucyjności przez TK przepisów ustawy o organizacji TK, które regulują zasady wyboru i przedstawiania kandydatów na stanowisko Prezesa TK, nie budzi kontrowersji, o tyle w wypadku poddania takiej kontroli przepisów wprowadzających, na podstawie których wybrano i przedstawiono kandydaturę J. Przyłębskiej, podnieść można zarzut wyczerpania ich zakresu zastosowania w 2016 r. Zasadność tego zarzutu stanowiłaby negatywną przesłankę kontynuacji postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym. Skutkowałoby to koniecznością umorzenia postępowania⁸². W wypadku ewentualnej przyszłej kontroli konstytucyjności przepisów wprowadzających nie zachodzi bowiem sytuacja analogiczna do tej, która miała miejsce w sprawie K 34/15⁸³. Wówczas oceniany konstytuujący przepis

81 Szerzej zob. M. Ziółkowski, [w:] *Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2014–2017. Raport Zespołu Ekspertów Prawnych Fundacji im. Stefana Batorego*, red. K. Łakomiec, Warszawa 2018, s. 57–135 (<http://www.batory.org.pl/upload/files/Programy%20operacyjne/Forum%20Idei/Funkcjonowanie%20Trybunału%20Konstytucyjnego.pdf>; dostęp 05.09.2018 r.).

82 Zob. aktualne również w obecnym stanie prawnym wyroki TK z: 14.11.2000 r., K 7/00, OTK ZU nr 7/2000, poz. 259; 24.04.2007 r., SK 49/05, OTK ZU nr 4/A/2007, poz. 39; 16.03.2011 r., K 35/08, OTK ZU nr 2/A/2011, poz. 11; 11.07.2012 r., K 8/10, OTK ZU nr 7/A/2012, poz. 78; a także postanowienia TK z: 19.12.2012 r., K 32/11, OTK ZU nr 11/A/2012, poz. 143; 28.11.2001 r., SK 5/01, OTK ZU nr 8/2001, poz. 266; 6.11.2008 r., P 5/07, OTK ZU nr 9/A/2008, poz. 163

83 TK stwierdził wówczas, że „Istotnie art. 137 ustawy o TK wyczerpał już zakres swojego zastosowania, ponieważ na jego podstawie zostały dokonane zgłoszenia kandydatów na wszystkie stanowiska sędziów Trybunału, które należało obsadzić w 2015 r. Niemożliwe jest także przywrócenie trzydziestodniowego terminu składania wniosków, gdyż termin ten wygasł ex natura. W tym sensie art. 137 ustawy o TK nie może być już stosowany pro futuro, pozostaje jedynie podstawą prawną pewnych czynności prawnych, dokonanych w przeszłości, które stanowiły obligatoryjny element postępowania w sprawie wyboru sędziów Trybunału przez Sejm w 2015 r. Trzeba również odnotować, że w ustawie o TK nie została przewidziana żadna procedura unieważnienia lub wznowienia postępowania w sprawie wyboru sędziego Trybunału, wobec którego Sejm podjął już uchwałę o wyborze na stanowisko (przeprowadził głosowanie sfinalizowane wyborem sędziego Trybunału). Tym samym nie ma podstaw, aby w jakikolwiek sposób „powrócić” do etapu zgłaszania kandydatów na sędziego Trybunału na mocy art. 137 ustawy o TK. Takie przepisy w orzecznictwie Trybunału charakteryzuje się jako tzw. regulacje skonsumowane i uznaje za nieobowiązujące w rozumieniu ustawy o TK. Choć tak zasugerował wnioskodawca, podstawą kontynuowania postępowania przez Trybunał nie może być art. 104 ust. 3 ustawy o TK. Ani zgłoszenie kandydata na sędziego Trybunału przez Prezydium Sejmu lub grupę 50 posłów, ani tym bardziej sam wybór takiej osoby na stanowisko sędziego Trybunału nie tworzą kandydatów i organom, które go zgłaszają, żadnych konstytucyjnych praw podmiotowych lub roszczeń prawnych (do bycia wybranym na to stanowisko przez Sejm). Problematyka wyboru sędziego Trybunału nie ma związku z ochroną konstytucyjnych wolności i praw (o tej przesłance wspomina art. 104 ust. 3 ustawy o TK); jest to zagadnienie o charakterze wyłącznie ustrojowym. Niezależnie jednak od powyższych uwag Trybunał przesądził, że art. 137 ustawy o TK podlega kontroli konstytucyjności w zakresie, w jakim dotyczy postępowań w sprawie wyboru sędziego Trybunału, które zostały zainicjowane w 2015 r. i – w dniu orzekania przez Trybunał – nie zostały zakończone złożeniem wobec Prezydenta ślubowania (zob. art. 21 ustawy o TK). Trybunał stwierdził, że w tej części art. 137 ustawy o TK nadal obowiązuje jako fragment mechanizmu prawnego, inicjowanego wnioskiem w sprawie zgłoszenia kandydata na sędziego Trybunału, a zamykanego odebraniem przez Prezydenta ślubowania od osoby wybranej przez

nie wyczerpał w pełni zakresu swojego zastosowania. W wypadku ewentualnej przyszłej kontroli przepisów wprowadzających należałoby tym samym albo szukać – dyskusyjnego – rozwiązania podobnego do przyjętego w sprawie K 34/15 albo związku z obowiązującymi przepisami o wyborze kandydatów na Prezesa TK albo wprost ustawowo upoważnić TK do dokonania takiej kontroli.

Nawet gdyby *in casu* przyjąć dopuszczalność kontroli przepisów wprowadzających i przepisów ustawy o organizacji TK w zakresie odnoszącym się do art. 194 ust. 2 Konstytucji, nierozwiązywalne w obecnym stanie konstytucyjnym pozostanie zagadnienie skutków wyroku o hierarchicznej niezgodności norm. W wypadku ewentualnego orzeczenia o niekonstytucyjności przepisów stanowiących podstawę wyboru, skutki dla systemu prawnego określać będzie art. 190 ust. 3 i 4 Konstytucji⁸⁴ i aktualne staną się wszystkie ustalenia TK zawarte we wcześniejszym orzecznictwie⁸⁵, a dotyczące następstw „w czasie” niekonstytucyjności podstawy prawnej skutecznie dokonanego powołania osoby fizycznej na określone stanowisko⁸⁶. **Skoro przepisy wprowadzające oraz ustawa o organizacji TK mieściły się w granicach kompetencyjnych wyznaczonych przez art. 197 Konstytucji, to ich późniejsza negatywna merytoryczna ocena konstytucyjna (niezależnie**

Sejm na stanowisko sędziego Trybunału. Dopóki przewidziana prawem sekwencja czynności nie zostanie zakończona, art. 137 ustawy o TK – mimo że nie może być podstawą nowych czynności wyborczych – powinien być traktowany jako jedna z podstaw prawnych postępowania w sprawie obsadzenia stanowiska sędziego na dziewięcioletnią kadencję, które wciąż się toczy” (wyrok TK w sprawie K 34/15).

84 Szerzej o rozumieniu tego przepisu zob. K. Gonera, E. Łętowska, *Wieloaspektowość następstw stwierdzenia niekonstytucyjności*, Państwo i Prawo 2008, nr 5, s. 20-37; A. Wróbel, „Odroczenie” przez Trybunał Konstytucyjny utraty mocy obowiązującej przepisu niezgodnego z Konstytucją. Zagadnienia wybrane, [w:] *Ratio est anima legis Księga jubileuszowa ku czci profesora Janusza Trzczińskiego*, Warszawa 2007, s. 106-109; P. Radziejewicz, *Umarzanie postępowania przez Trybunał Konstytucyjny ze względu na utratę mocy obowiązującej przepisu przed wydaniem orzeczenia*, Przegląd Sejmowy 2006, nr 2, s. 26–30; M. Derlatka, *Sąd Najwyższy a Trybunał Konstytucyjny – wybrane problemy wzajemnych relacji z punktu widzenia ochrony praw jednostki*, [w:] *Z zagadnień Współczesnych społeczeństw demokratycznych*, red. A. Jamróz, S. Bożyk, Białystok 2006, s. 184-185; A. Mączyński, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Księga XX-lecia Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Warszawa 2006, s. 79-132; K. Pietrzykowski, *O tak zwanych „interpretacyjnych” wyrokach Trybunału Konstytucyjnego*, Przegląd Sądowy 2004, nr 3, s. 15-30; K. Gonera, E. Łętowska, *Artykuł 190 Konstytucji i jego konsekwencje w praktyce sądowej*, Państwo i Prawo 2005, nr 9, s. 3 i n.; P. Sarnecki, *Głosa do wyroku NSA z 7 kwietnia 2004 r. (sygn. akt FSK 16/04)*, Przegląd Sejmowy 2004, nr 6, s. 201-205; M. Safjan, *Skutki prawne orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, Państwo i Prawo 2003, nr 3, s. 4-5; J. Trzcziński, *Orzeczenia interpretacyjne Trybunału Konstytucyjnego*, Państwo i Prawo 2002, nr 1, s. 6; Z. Czeszejko-Sochacki, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego: pojęcie, klasyfikacja i skutki prawne*, Państwo i Prawo 2000, nr 12, s. 24; L. Garlicki, *Uwagi o charakterze prawnym orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym*, red. J. Trzcziński, B. Banaszak, Wrocław 1997, s. 85 i n.; R. Hauser, J. Trzcziński, *Prawotwórcze znaczenie orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego*, Warszawa 2010; M. Florczak-Wątor, *Orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego i ich skutki prawne*, Poznań 2006; Z. Czeszejko-Sochacki, *Sądownictwo konstytucyjne w Polsce na tle porównawczym*, Warszawa 2003, s. 443 i n.

85 Szerzej zob. M. Ziółkowski, *Skutki czasowe...*, s. 11 i n. oraz cyt. tam orzecznictwo.

86 Np. wyrok TK z 24.11.2003 r., K 26/03, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 95, dotyczący wyboru członka Rady Polityki Pieniężnej, w której to sprawie TK oceniał przepisy na podstawie, których doszło do skutecznego obsadzenia stanowiska.

od skali i powagi niekonstytucyjności) sama w sobie nie podważa ważności czynności prawnych dokonanych na podstawie tych przepisów, w okresie gdy były one obowiązujące i przysługiwało im domniemanie konstytucyjności⁸⁷. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, „wobec sytuacji już ukształtowanych na podstawie normy uznanej za niekonstytucyjną – sanację zapewnia art. 190 ust. 4 Konstytucji, mówiący o ponownym rozstrzygnięciu sprawy, w której wykorzystano niekonstytucyjną normę jako podstawę rozstrzygnięcia”⁸⁸.

W wypadku obsady stanowiska Prezesa TK problem polega jednak na tym, że żaden obowiązujący przepis prawny nie przewiduje procedury wzruszenia skutków wyboru i przedstawienia kandydata na Prezesa TK na podstawie przepisów, które zostały następnie uznane za niekonstytucyjne. W mojej ocenie, sam brak ustawowej regulacji prawnej nie powinien prowadzić jednak do pozbawienia skuteczności art. 190 ust. 4 Konstytucji w wypadku ewentualnego wyroku o niekonstytucyjności zasad wyboru i przedstawienia Prezesa TK. Teoretycznie możliwe jest też uchwalenie przez prawodawcę w przyszłości przepisów o wznowieniu postępowania (w rozumieniu konstytucyjnym) w przepisach ustawy, o której mowa w art. 197 Konstytucji. Uchwałę Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK o wyborze kandydatów i uchwałę o przedstawieniu należałoby zakwalifikować wówczas jako „inne rozstrzygnięcie”, a całe postępowania jako „zasady i tryb” w rozumieniu art. 190 ust. 4 Konstytucji. W świetle tego przepisu jedynie Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK mogłoby zostać upoważnione „wznowienia postępowania” i ponownej oceny aktu dokonanego w 2016 r.

Nawet gdyby udało się w przyszłości przezwyciężyć wszystkie sygnalizowane powyżej trudności i: a) uchylić przepisy ustawy o organizacji TK w zakresie w jakim realizują art. 194 ust. 2 Konstytucji albo b) doprowadzić do sytuacji, w której w TK orzekają wyłącznie sędziowie TK, c) uchwalić ustawę upoważniającą TK do kontroli przepisów wprowadzających oraz upoważniającą Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK (z wyłączeniem urzędującego Prezesa TK) do wznowienia postępowania w sprawie wyboru i przedstawienia kandydatów na Prezesa TK w wypadku orzeczenia o niekonstytucyjności przez TK podstawy takiego wyboru i przedstawienia, d) a następnie przeprowadzić postępowanie przed TK zakończone wyrokiem o hierarchicznej niezgodności norm, który wywoła skutki z art. 190 ust. 3 i 4 Konstytucji, e) wznović postępowanie przed Zgromadzeniem Ogólnym Sędziów TK przed upływem kadencji urzędującego Prezesa TK, **to pozostaje jeszcze jedna przeszkoda o randze konstytucyjnej. Jak bowiem**

87 Stwierdzenie niekonstytucyjności nie powoduje automatycznej nieważności czynności konwencjonalnych opartych na niekonstytucyjnych normach (zob. na przykładzie umów o ustanowienie użytkownika wieczystego – wyrok pełnego składu TK z 20.02.2002 r., K 39/00, OTK ZU nr 1/A/2002, poz. 4; na przykładzie świadectw maturalnych - wyrok TK z 16.01.2007 r., U 5/06, OTK ZU nr 1/A/2007, poz. 3).

88 Wyrok z 18.07.2008 r., K 25/07, OTK ZU nr 7/A/2007, poz. 80.

wspominałem, o ile wybór i przedstawienie kandydata na Prezesa TK zostało dokonane na niekonstytucyjnej podstawie ustawowej, o tyle przedstawienie kandydata Prezydentowi w 2016 r., a następnie jego powołanie zostało dokonane wprost na podstawie przepisu konstytucyjnego. Tym samym ewentualne wznowienie postępowania przed Zgromadzeniem Ogólnym Sędziów TK i ponowne rozstrzygnięcie o wyborze i przedstawieniu kandydatów na Prezesa TK na podstawie ustawy nie musi doprowadzić do zniesienia skutku wywołanego przed realizacją konstytucyjnych kompetencji Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK i Prezydenta. Przy tym stopniu spiętrzenia trudności prawnych i faktycznych, zwolenników konsekwentnego rozwinięcia koncepcji przedstawionej w wyroku K 44/16, może usatysfakcjonować jedynie fakt, że szczegółowa analiza kolejnych etapów działania Zgromadzania Ogólnego Sędziów TK w grudniu 2016 r. wskazuje, iż organ ten podjął jedną uchwałę (zamiast dwóch: o wyborze i o przedstawieniu). Można zatem rozważyć, czy doszło w ogóle do realizacji kompetencji konstytucyjnej, czy też tylko ustawowej.

Podsumowując tę część uważam, że **kwalifikacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materii ustawowej, paradoksalnie nie ułatwia przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją w przyszłości ani przez ustawodawcę, ani przez sam TK. Ewentualna przyszła regulacja, nie tylko ze względu na autorytet prawa ale i legitymację Sejmu oraz TK, powinna zawierać wiele dodatkowych i szczególnych instytucji, które mogłyby (przed końcem kadencji niekonstytucyjnie wybranego Prezesa TK) doprowadzić do wzruszenia czynności prawnych dokonanych pod koniec 2016 r. Przy przyjęciu omawianej koncepcji, może się zatem zdarzyć i tak, że zdolność „odnowy”⁸⁹ systemu prawa będzie ograniczona i finalnie nie obejmie czynności dotyczących wyboru Prezesa TK oraz czynności samego Prezesa TK poczynszy**

89 Zdaniem P. Radziejewicza „system prawa ma zdolność do odnowy i co istotne, odnowa ta jest możliwa także po pewnym czasie, tzn. wtedy gdy zaistnieją po temu odpowiednie warunki polityczne i prawne. Zadaniem i odpowiedzialnością przyszłego ustawodawcy jest zatem przywrócenie praworządności i wyciągnięcie konsekwencji z nielegalnych zachowań oraz wywołanych przez nie skutków prawnych. Jeżeli będzie to konieczne, w tym celu powinny zostać przygotowane specjalne rozwiązania normatywne (ustawy), stosowane pro futuro, które – w zgodzie z normami konstytucyjnymi – rozstrzygną o trwałości stanu prawnego ukształtowanego przez akty władzy publicznej podjęte niegdyś z naruszeniem prawa. Takie podejście pozwala restytuować i zachować ciągłość systemu prawa, jest jednak obciążone poważnym ryzykiem. Może bowiem zdarzyć się i tak (o czym w tej chwili nie wiemy), że degradacja systemu prawa stanie się nieodwracalna, a możliwa do wyobrażenia przyszłość nie dostarczy sposobności, aby podjąć sanację za pomocą środków mieszczących się w jego granicach. Alternatywą będzie wówczas erygowanie w stosownym momencie nowego systemu prawa z jego konstytucyjnym fundamentem i – niestety – ze wszelkimi niedogodnościami i niebezpieczeństwami, które się z tym wiążą” – P. Radziejewicz, *O skutkach prawnych orzeczeń polskiego Trybunału Konstytucyjnego wydanych w składzie niewłaściwie obsadzonym* (https://www.academia.edu/35720621/O_skutkach_prawnych_orzecze%C5%84_polskiego_Trybuna%C5%82u_Konstytucyjnego_wydanych_w_sk%C5%82adzie_niew%C5%82a%C5%9Bciwie_obsadzonym).

od grudnia 2016 r.

5.3.2. *Następstwa naruszenia przez ustawodawcę wymogów w świetle koncepcji odmiennej względem przyjętej wyroku K 44/16. **Opowiedzenie się za drugą koncepcją, bronią w niniejszym opracowaniu (tj. kwalifikującą zasady wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materię aktu wewnętrznego), oznacza, że uchwalając w 2016 r. przepisy wprowadzające oraz ustawę o organizacji TK, w zakresie odnoszącym się do art. 194 ust. 2 Konstytucji, ustawodawca działał poza granicami konstytucyjnego upoważnienia z art. 197 Konstytucji. Tym samym zachodzi podstawa do sformułowania zarzutu działania *ultra vires* oraz odwołania się do teoretycznych (ale i obecnych w orzecznictwie konstytucyjnym⁹⁰) rozważań o nieważności ustawy z uwagi na naruszenia jednego z najdonioślejszych wymogów czynności prawodawczej ustawodawcy (tj. konstytucyjnego wyłączenia materii spod regulacji ustawowej i przekazania jej do regulacji aktu wewnętrznego konstytucyjnego i niezależnego organu władzy sądowniczej).***

Przy takim założeniu **możliwe są dwie drogi ewentualnego dalszego postępowania: trybunalska i ustawodawcza.** W pierwszym wypadku TK mógłby dokonać kontroli konstytucyjności przepisów ustawowych o wyborze i przedstawieniu kandydatów na stanowisko Prezesa TK nie tyle pod kątem zgodności z wzorcami kontroli wymienionymi w wyroku w sprawie K 44/16 (tzw. wymogami dotyczącymi samej treści ustawy), ile pod kątem zgodności z konstytucyjnymi wymogami odnoszącymi się do legalności samej ustawy (tzw. wymogami dotyczącymi samej kompetencji prawodawczej). Ewentualne orzeczenie o niekonstytucyjności przepisów z uwagi na działanie *ultra vires* ustawodawcy i naruszenie autonomii regulaminowej Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK wymagałoby z pewnością rewizji poglądu wyrażonego w sprawie K 44/16. Gdyby zaś do niego doszło zastosowanie mogłaby znaleźć wypracowana w orzecznictwie konstytucyjnym, i akceptowana przez część nauki prawa konstytucyjnego, koncepcja nieważności ustawy⁹¹ uchwalonej

90 Zob. *mutatis mutandis* wyrok TK z 27.11.2007 r., K 39/07, OTK ZU 10A/2007, poz. 129 oraz odpowiednio zastosowane rozważania zawarte w postanowieniu TK z 7.01.2016 r., U 8/15.

91 W wyroku o sygn. K 39/07 TK stwierdził, że „oczywiste jest, że zarówno stwierdzenie nie-konstytucyjności kwestionowanego przepisu ze względu na jego treść, jak i ze względu na tryb uchwalenia, prowadzi do tego samego skutku, tzn. eliminacji danego przepisu (lub całej ustawy) z porządku prawnego. Różnica jednak tkwi w konsekwencjach orzeczenia. Niekonstytucyjność z uwagi na tryb powoduje niedojście do skutku ustawy uchwalonej w tym trybie. Akt nieskuteczny, przyjmujący zewnętrzne tylko znamiona ustawy, nie może bowiem doprowadzić do zmian w systemie źródeł prawa, a tym samym (jeśli niekonstytucyjność z uwagi na braki procedury dotyczy ustawy zmieniającej) konsekwencją jest dalsze obowiązywanie ustawy w wersji, którą miała zmienić nieefektywna nowelizacja” (wyrok TK z 28.11.2007 r., K 39/07, OTK ZU nr 10A/2007, poz. 129). Zob. też wyrok TK z 16.07.2009 r., Kp 4/08, OTK ZU nr 7A/2009, poz. 112

z naruszeniem doniosłego wymogu dotyczącego czynności prawodawczej⁹². Koncepcję tę można by zastosować wspólnie lub samodzielnie wraz z koncepcją „odżycia norm”⁹³, które obowiązywały przed wejściem w życie norm uznanych za niekonstytucyjne (tj. w analizowanym wypadku przepisów ustawy o TK z 22.07.2016 r. w interpretacji przedstawionej przez TK w wyroku K 44/16). Należy jednak zauważyć, że koncepcja nieważności jako skutku kontroli legalności stanowienia ustawy i koncepcja „odżycia norm” są kontrowersyjne i krytykowane – moim zdaniem słusznie – w nauce prawa⁹⁴. Ponadto ich zastosowanie samo w sobie nie daje gwarancji przywrócenie praworządności przed upływem kadencji – wybranego i powołanego z naruszeniem Konstytucji w 2016 r. – Prezesa TK z uwagi na sygnalizowane w punkcie poprzedzającym dodatkowe problemy związane z legitymacją, podstawami prawnymi i granicami kompetencji zarówno samego TK, jak i Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK.

Paradoksalnie zakwalifikowanie zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jako materii aktu wewnętrznego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, oznacza przyznanie szerokiego marginesu działania ustawodawcy w przyszłości w celu przywracania konstytucyjności przez uchylenie przepisów wprowadzających i czynności prawnych dokonanych na ich podstawie. Niezależnie od procedury kontroli konstytucyjności dochowania kompetencji do wydania ustawy, w obowiązującym stanie prawnym to ustawodawca jest upoważniony do oceny swej wcześniejszej czynności prawodawczej jako działania poza granicami konstytucyjnej kompetencji (działania *ultra vires*), a następnie do uchylenia ustawy w ten sposób uchwalonej i rozstrzygnięcia o statusie wszelkich czynności podjętych na podstawie ustawy uchwalonej z przekroczeniem kompetencji konstytucyjnej.

Zarazem konsekwentna kwalifikacja zasad wyboru kandydatów na Prezesa TK jako aktu wewnętrznego istotnie zawęży margines ustawodawcy w odniesieniu do regulacji tychże zasad po uchyleniu niekonstytucyjnych przepisów uchwalonych w 2016 r. Stanowisko to sprzeciwia się bowiem uchwaleniu nowych zasad ustawowych. Tego rodzaju interwencja ustawodawcy naraziłaby się

92 Zob. M. Ziółkowski, *Standard legalności ustawy w orzecznictwie konstytucyjnym*, [w:] *Kontrola legalności ustawy w Sejmie*, red. P. Radziejewicz, Warszawa 2015, s. 289 i n. oraz cyt. orzecznictwo.

93 W wyroku o sygn. K 53/07, TK stwierdził, że uchybienie istotnym wymogom czynności prawodawczej nie prowadzi do utraty mocy obowiązującej przepisu od momentu jego wprowadzenia do systemu prawnego. Jednakże w orzeczeniu tym TK dopuścił odżycie przepisów i uznał, że niekonstytucyjność trybu uchwalenia ustawy zmieniającej powoduje nieskuteczność zmiany prawodawczej i obowiązywanie przepisów dawnych.

94 Np. P. Radziejewicz, *Nieważność jako skutek wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sferze stanowienia prawa*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2012, nr 1, 121-124 oraz cyt. tam poglądy doktryny.

bowiem na ten sam zarzut naruszenia autonomii regulaminowej Zgromadzenia Ogólnego TK, który – uwzględniając przedstawione wyżej argumenty – można sformułować wobec obowiązujących przepisów wprowadzających i ustawy o organizacji TK. Naruszenie przez ustawodawcę konstytucyjnie chronionej autonomii regulaminowej Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK w 2016 r. nie uzasadnia dopuszczalności ponownego naruszenia tej autonomii w przyszłości nawet w celu przywrócenia stanu zgodności z Konstytucją. Z tej perspektywy, dozwolone konstytucyjnie działanie ustawodawcy powinno polegać na uchyleniu – wprowadzonych z naruszeniem art. 197 Konstytucji – przepisów wprowadzających oraz przepisów ustawy o organizacji TK, uregulowaniu skutków prawnych czynności dokonanych na ich podstawie. Czynności te nie powinny pozostawiać żadnych wątpliwości, że to Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK upoważnione jest w sposób generalny i abstrakcyjny do uregulowania zasad wyboru i przedstawienia Prezesa TK.

W wypadku kwalifikacji uchwalenia przepisów realizujących art. 194 ust. 2 Konstytucji jako działania *ultra vires*, czynności dokonane na ich podstawie nie korzystają z ochrony konstytucyjnej. Ich pozostawienie w systemie nie służy realizacji zasady pewności prawa, ochronie odrębności władzy sądowniczej, niezależności Trybunału Konstytucyjnego lub ochronie stabilności stosunków społecznych. Proponowana koncepcja pozwala ustawodawcy przywrócić stan zgodności z Konstytucją począwszy od uchwalenia w 2016 r. przepisów wprowadzających i ustawy o organizacji TK, a zarazem ciężar zagwarantowania zgodności z Konstytucją w przyszłości przenosi na Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK oraz sam TK, przy założeniu, że będą w nim zasiadać wyłącznie sędziowie TK, a nie osoby upoważnione do orzekania jak obecnie. Nie naraża się przy tym na zarzuty konstytucyjne analogiczne do tych, które podniesiono przeciwko działaniom Sejmu VIII kadencji w sprawach K 35/15, K 47/15 oraz K 39/16. Po pierwsze, wspomniane ewentualne działania naprawcze ustawodawcy nie stanowią naruszenia zasady podziału władzy, gdyż zakładają samoograniczenie się z mocą wsteczną ustawodawcy na rzecz Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK w zakresie niezbędnym do realizacji kompetencji wynikającej z art. 194 ust. 2 Konstytucji. Po drugie, proponowane tutaj działania naprawcze nie stanowią ingerencji w niezależność Trybunału Konstytucyjnego, gdyż podstawa prawna działań jego organu wewnętrznego w 2016 r. została uchwalona poza granicami konstytucyjnej kompetencji ustawodawcy i z naruszeniem owej niezależności. Samoograniczenie się ustawodawcy należy postrzegać raczej jako równoznaczne ze zniesieniem w sposób trwały i definitywny wprowadzonych w ustawach z 2016 r. ograniczeń niezależności.⁹⁵ Po trzecie, stanowiąca możliwą

95 Jest to zatem sytuacja odmienna od tej, która powstała wraz z wejściem w życie przepisów wprowadzających, kiedy to ustawodawca ustawowo ubezskutečnił ważne i dokonane zgodnie z wyrokiem K 44/16, czynności Zgromadzenia

konsekwencje samoograniczenia się prawodawcy i realizacji art. 194 w zw. art. 197 i art. 10 Konstytucji, nieważność przepisów o wyborze i przedstawieniu kandydatów na Prezesa TK, pociągające za sobą nieważność wszystkich czynności w ten sposób dokonanych, nie wpływa automatycznie na status samego sędziego TK, który był piastunem organu, przy wykonywaniu sędziowskich kompetencji związanych z orzecznictwem. Rozstrzygnięcie o ewentualnym złożeniu z urzędu takiego sędziego TK nie należy do kompetencji ustawodawcy i powinno być przedmiotem obrad sądu dyscyplinarnego. Po czwarte, odwołanie się przez ustawodawcę do koncepcji nieważności ustawy jako skutku naruszenia konstytucyjnej normy kompetencji prawodawczej i związane z tym samoograniczenie się na rzecz Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK, nie wyklucza przyszłej kontroli konstytucyjności przyjętego rozwiązania prawodawczego.

Niniejsze opracowanie miało na celu zwrócenie uwagi na podstawowe problemy jakie wiążą się z przywracaniem praworządności przez ustawodawcę przy pomocy legalnych i mieszczących się z granicami systemu prawnego oraz podejmowanych bez konieczności zmiany konstytucyjnej narzędzi, w sytuacji powstałej w następstwie uchwalenia niekonstytucyjnych przepisów o wyborze i przedstawieniu kandydatów na Prezesa TK w 2016 r. Uważam, że restytucji konstytucyjności służyć może odwołanie się przez ustawodawcę do koncepcji nieważności przepisów uchwalonych *ultra vires*, które połączone jest z samoograniczeniem się ustawodawcy na rzecz innego organu konstytucyjnego. Wydaje się bowiem, że tylko w ten sposób ustawodawca może uniknąć zarzutu arbitralności lub naruszenia merytorycznych norm konstytucyjnych przy przywracaniu stanu zgodności z Konstytucją ze skutkiem od 2016 r. a zarazem bez angażowania TK, którego organów i członków składu orzekającego bezpośrednio dotyczą niekonstytucyjne przepisy.

Konkludując, uważam, że drogę do pełnego przywrócenia praworządności w TK w przyszłości – bez konieczności zaangażowania samego TK lub innego konstytucyjnego organu w ocenę obowiązujących przepisów ustawowych – otwiera kwalifikacja przez ustawodawcę zasad wyboru i przedstawiania kandydatów na Prezesa TK jako materii aktu wewnętrznego Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK. Wówczas można bowiem uznać, że w zakresie regulującym tę kwestię ustawy z 2016 r. zostały uchwalone poza granicami konstytucyjnej kompetencji prawodawczej. Ustawodawca tym samym działał nie tylko z naruszeniem merytorycznych norm konstytucyjnych, ale z całkowitym przekroczeniem normy kompetencyjnej (*ultra vires*). Przyjmuję, że w takiej sytuacji to ustawodawca jest konstytucyjnie

Ogólnego Sędziów TK, które przedstawiło Prezydentowi S. Rymara, M. Zubika i P. Tuleję jako kandydatów na Prezesa TK.

upoważniony nie tylko do uchylecia ustawy uchwalonej ultra vires, ale i określenia na nowo wszelkich skutków wywołanych przez tę ustawę, w tym do wprowadzenia sankcji nieważności w celu przywrócenia stanu zgodnego z Konstytucją. Regulacja „na przyszłość” powinna zaś należeć do Zgromadzenia Ogólnego Sędziów TK (obradującego bez udziału osób, które nie są sędziami TK) i przyjąć formę aktu prawa wewnętrznego. Uważam, że w sytuacji naruszenia najpoważniejszego wymogu czynności prawodawczej ustawodawca powinien dokonać samooceny swoich działań z przeszłości, a zarazem wyraźnie ograniczyć swą kompetencję na przyszłość. Z uwagi na naruszenie konstytucyjnego wymogu dochowania kompetencji przez ustawodawcę, przywracanie stanu konstytucyjności nie musi być bezwzględnie poprzedzone wydaniem wcześniejszego orzeczenia TK o niekonstytucyjności ustawy. Nie powstaje tym samym paradoks angażowania w procedurę przywracania praworządności „niepraworządnego” TK, którego legitymacja i legalność są obecnie kwestionowane. Ustawodawca, interpretując i stosując przepisy konstytucyjne, może sam bowiem dokonać oceny swoich działań i stwierdzić, że nie został w ogóle konstytucyjnie upoważniony do regulowania zasad wyboru i przedstawienia kandydatów na Prezesa TK, dokonać samoograniczenia, a konsekwencji – podjąć wszelkie niezbędne środki zmierzające do przywrócenia stanu sprzed naruszenia Konstytucji oraz w celu umożliwienia Zgromadzeniu Ogólnemu Sędziów TK dokonania wyboru i przedstawienia kandydatów na Prezesa TK na zasadach zgodnych z Konstytucją.

 Archiwum
Osiatyńskiego

www.archiwumosiatynskiego.pl