



Uniwersytet
Wrocławski

RZĄDY PRAWA JAKO WARTOŚĆ UNIWERSALNA

Księga jubileuszowa

Profesora Krzysztofa Wójtowicza



redakcja
Artur Kozłowski



Wrocław 2022

RZĄDY PRAWA JAKO WARTOŚĆ UNIWERSALNA

Księga jubileuszowa

Profesora Krzysztofa Wójtowicza



RZĄDY PRAWA JAKO WARTOŚĆ UNIWERSALNA

Księga jubileuszowa Profesora Krzysztofa Wójtowicza

pod redakcją

Artura Kozłowskiego

Uniwersytet Wrocławski
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
ORCID: [0000-0003-4386-3343](https://orcid.org/0000-0003-4386-3343)

Wrocław 2022

Kolegium Redakcyjne

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

dr Julian Jezioro – zastępca przewodniczącego

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

mgr Bożena Górna – członek

mgr Aleksandra Lassota – członek

Publikacja współfinansowana ze środków funduszu Uniwersytetu Wrocławskiego na rzecz badań naukowych i komercjalizacji ich wyników (20404).

Recenzenci: *prof. dr hab. Maciej Perkowski, UwB;*

dr hab. Wojciech Staszewski, prof. KUL

© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

Korekta (język polski): *Aleksandra Dorywała, Marta Godlewska, Karina Sołtysiak, Magdalena Wojcieszak*

Korekta (język angielski): *Now English Barbara Skatacka-Harrold*

Projekt i wykonanie okładki: *Andrzej Malenda*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszką, eBooki.com.pl*

Fot. na stronie 7 za zgodą Wyższej Szkoły Prawa we Wrocławiu.

Druk: *Agencja Reklamowa TOP, Agnieszka Łuczak*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-66601-85-7 (oprawa miękka)

ISBN 978-83-66601-86-4 (oprawa twarda)

ISBN 978-83-66601-87-1 (online)



Profesor Krzysztof Wójtowicz



Uniwersytet Wrocławski, uroczystość jubileuszu 70. urodzin Profesora Krzysztofa Wójtowicza. Na zdjęciu od lewej: Adriana Kalicka-Mikołajczyk, Dagmara Kornobis-Romanowska, Artur Kozłowski, Krzysztof Wójtowicz, Justyna Bazylińska-Nagler, Agata Wnukiewicz-Kozłowska, Dariusz Adamski, Aleksander Cieśliński, Agnieszka Frąckowiak-Adamska, Jakub Kociubiński, Barbara Mielnik, Wojciech Kilarski, Bartłomiej Krzan, Michał Stępień. Fot. Bartosz Palewicz.

Spis treści

Słowo od redaktora	15
Życiorys Profesora.....	17
Wykaz najważniejszych publikacji	25
Wykaz wypromowanych doktorów	37
 CZĘŚĆ I. PRAWO KRAJOWE	
Ryszard Balicki	
Pozycja ustrojowa Prezydenta RP (uwagi w związku z propozycją noweli- zacji Konstytucji RP zgłoszoną w 2020 r.)	41
Stanisław Biernat	
Czy obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej powinni mieć pra- wo zrzeszania się w partiach politycznych w Polsce?	49
Marek Bojarski, Katarzyna Liżyńska	
O (bez)zasadności czynów przepołowionych	63
Krzysztof Comlak	
Tajwan: prawdziwa historia Trybunału Konstytucyjnego, którego nie było... ..	73
Monika Florczak-Wątor	
Orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego jako punkt odniesie- nia w argumentacji konstytucyjnej polskiego Trybunału Konstytucyjnego ...	91
Józef Frąckowiak	
O tworzeniu, stosowaniu i nauczaniu prawa	107
Leszek Garlicki	
<i>Reczkowicz p. Polsce</i> , czyli o sojuszu europejskich Trybunałów.....	119
Mirosław Granat	
The meaning of human dignity in constitutional law	133
Hanna Gronkiewicz-Waltz	
Uwarunkowania osiągnięcia spójności Konstytucji RP, ustawy o NBP i trak- tatu lizbońskiego	143
Mariusz Jabłoński	
Z kręgu rozważań o uprawnieniach „nadzwyczajnych” prezydenta RP	159

Maria Kruk	
Wokół wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie kadencji Rzecznika Praw Obywatelskich	173
Małgorzata Masternak-Kubiak	
Kontrola wprowadzenia stanu wojennego w Polsce	187
Mirosław Stec	
Reforma ustroju województwa z 1998 r. – geneza, założenia, projekt	201
Michał Stępień	
Sądowy immunitet państwa a Trybunał Konstytucyjny	215
Hanna Suchocka	
Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej	229
Andrzej Szmyt	
Próba zmiany art. 90 Konstytucji RP z 1997 r.	241
Piotr Tuleja	
Artykuł 90 Konstytucji RP jako podstawa ratyfikowania umów międzyna- rodowych	253
 CZĘŚĆ II. PRAWO MIĘDZYNARODOWE	
Justyna Bazylińska-Nagler	
Od dywergencji do konwergencji – prawa do rozwoju i życia w czystym środowisku obecnych i przyszłych pokoleń jako filary zrównoważonego rozwoju	265
Anna Czaplińska, Władysław Czapliński	
Czy art. 9 Konstytucji RP jest sprzeczny z Konstytucją?	281
Elżbieta Dynia	
Kształtowanie się zasady demokratycznej formy rządów w prawie między- narodowym	295
Andrzej Gadkowski, Tadeusz Gadkowski	
Problematyka podmiotowości w kontekście minimum definicyjnego orga- nizacji międzynarodowych	321
Elżbieta Karska	
Prawa człowieka wobec biznesu i korporacji transnarodowych – wzajem- ne relacje a nowe tendencje w świetle prawa międzynarodowego	339
Artur Kozłowski, Agata Wnukiewicz-Kozłowska	
Zasada <i>pacta sunt servanda</i> – uwagi na tle członkostwa Polski w Unii Euro- pejskiej	351

Roman Kwiecień

Otwarcie prawa krajowego na prawo międzynarodowe, źródłowy sens i rola <i>rule of law</i> a kontrowersja monizm–dualizm	373

Piotr Łaski

Refleksje na temat zwyczaju międzynarodowego	395

Jerzy Menkes

Czy leci z nami pilot? – czyli o polskich wersjach językowych bilateralnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w obiegu prawnym w Polsce ..	405

Cezary Mik

Agresja Rosji na Ukrainę i jej konsekwencje dla rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Szkic problematyki	429

Barbara Mikołajczyk

<i>Pacta sunt servanda</i> pod presją migracyjną. Uwagi na temat kryzysu na polsko-białoruskiej granicy	471

Tomasz Srogosz

Demokracja i rządy prawa w Australii w kontekście kolonialnej przeszłości państwa i Pierwszych Narodów	485

CZĘŚĆ III. PRAWO EUROPEJSKIE

Monika Adamczak-Retecka

6 <i>versus</i> 33. Pierwsza sprawa klimatyczna przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka	503

Jacek Barcik

Zasada państwa prawnego jako element europejskiej tożsamości konstytucyjnej	511

Aleksander Cieśliński, Ewa Bobin-Dobrzańska

Dopuszczalność stosowania środków tymczasowych wobec uchybień zobowiązaniom państwa członkowskiego UE	523

Agnieszka Frąckowiak-Adamska

Naruszanie praw podstawowych lub praworządności jako przyczyna odmowy przekazywania osób w Unii Europejskiej	543

Robert Grzeszczak

Nie zatrzymuj się – bo upadniesz. Kryzysy i nieoczywisty rozwój struktur integracyjnych ostatniej dekady	555

Adriana Kalicka-Mikołajczyk

Jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach dotyczących Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa	569

Jakub Kociubiński	
Europejski system ochrony przed szkodliwymi subsydiami zagranicznymi – między beczynnością a protekcjonizmem	585
Tomasz Tadeusz Koncewicz	
From POLEXIT to E(U)EXIT? Poland, European Union and beyond. The essay in constitutional pessimism	597
Dagmara Kornobis-Romanowska	
Rola i znaczenie krajowych organów ochrony prawnej dla budowania Unii Europejskiej jako wspólnoty opartej na prawie. Rozważania na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE	619
Bartłomiej Krzan	
Zasada solidarności w prawie Unii Europejskiej	633
Katarzyna Kubuj	
O pierwszeństwie prawa Unii Europejskiej w orzecznictwie najwyższych francuskich sądów: nowe idee czy stare dylematy?	647
Sylwia Majkowska-Szulc	
Zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru w Unii Europejskiej w kontekście zmiany warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych	657
Justyna Maliszewska-Nienartowicz	
Promowanie wartości Unii Europejskiej na arenie międzynarodowej	673
Barbara Mielnik	
W sprawie tożsamości europejskiej	689
Michał Rynkowski	
Współczesny pleban między biskupem a wójtem, czyli o prawie duchownego do rzetelnego procesu sądowego w rozumieniu art. 6 EKPC	705
Roman Wieruszewski	
Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej – <i>think tank</i> czy <i>watch-dog</i> ?	715
Anna Wyrozumka	
Trybunał Konstytucyjny na początku walki o niewykonywanie wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE (orzeczenia U 2/20 i Kpt 1/20)	733
Mieczysława Zdanowicz, Anna Doliwa-Klepacka	
Funkcjonowanie europejskiej inicjatywy obywatelskiej na przykładzie <i>Minority SafePack</i>	753
Bibliografia	763

Słowo od redaktora

Rządy prawa to jeden z przewodnich motywów spajających prace badawcze Profesora Krzysztofa Wójtowicza. Wybór tematu książki jubileuszowej był zatem zupełnie oczywisty. Jej tytuł pozwala w sposób harmonijny zespolić poszczególne elementy dorobku naukowego Jubilata z podstawowymi dziedzinami jego specjalizacji, czyli z prawem konstytucyjnym, prawem międzynarodowym i prawem Unii Europejskiej. Ponadto umożliwia nawiązanie do idei rządów prawa jako źródła wartości aspirujących do miana uniwersalnych, odczuwanych jako punkt odniesienia w kluczowych debatach i stała przenikająca instytucje społeczne, stabilizująca państwa, życie ich obywateli, idei umożliwiającej wypełnianie głębszą treścią funkcji państwa w ciągle zmieniającej się rzeczywistości, nadającej porządkujący sens wielu zasadom, regułom czy normom prawnym, niekiedy wprost lub pośrednio afirmowanej i docenianej, innym razem bezrefleksyjnie lub intencjonalnie, wprost lub pośrednio, osłabianej.

Poszczególne elementy książki jubileuszowej, prace przedłożone przez grono wybitnych prawników, można odczytywać jako niezależne źródło wiedzy na temat wyodrębnionych zagadnień, ale również jako wywody dobrze nawiązujące do złożoności idei rządów prawa, wyrażanej w pracach bezpośrednio lub jako domyślny komponent analizy, jako rozważania podkreślające jej wielowymiarowość, różnorodność kontekstów, w jakich może być odczytywana, znaczenia w wyróżnionych obszarach czy ostatecznie źródło wniosków pozwalających na wyprowadzenie w miarę stabilnego wspólnego mianownika dla wątków prowadzonych na pozornie oddalonych od siebie polach badań. Ten przymiot książki jubileuszowej, waga i zainteresowania samych autorów, istota przedłożonych przez nich artykułów dobrze nawiązują do drogi naukowej Profesora Krzysztofa Wójtowicza, jej poszczególnych etapów i wyznaczanych nimi nowych horyzontów badawczych.

Życiorys Profesora

Dostojny Jubilat, Profesor Krzysztof Maria Wójtowicz urodził się 3 maja 1947 r. w Krakowie. Z chwilą tą wiąże się rodzinna anegdota. Rodzice Profesora w owym czasie mieszkali pod Wrocławiem. Jednak jedna z cioć, mieszkająca w Krakowie, stanowczo zachęciła mamę Profesora do przyjazdu właśnie do Krakowa, uważała bowiem, że dziecko powinno mieć godne miejsce urodzenia. O krakowskich korzeniach Profesora świadczy też jego drugie imię, które w tych stronach tradycyjnie nadawano chłopcom urodzonym w rodzinach przywiązanych do tradycji.

W latach 1965-1969 Profesor odbył studia wyższe na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego. Po ukończeniu studiów z wynikiem bardzo dobrym i uzyskaniu tytułu magistra prawa został zatrudniony na stanowisku stażysty w Zakładzie Prawa Państwowego tej uczelni. W roku 1970 powołano go na stanowisko asystenta, a w roku 1972 na stanowisko starszego asystenta w tym samym Zakładzie. Stopień doktora nadała mu w 1976 r. Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego na podstawie rozprawy doktorskiej *Partia w mechanizmie władzy państw Afryki Wschodniej*. W październiku 1976 r. objął stanowisko adiunkta w Zakładzie Prawa Państwowego UW. W 1996 r. Rada Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego nadała mu stopień doktora habilitowanego nauk prawnych w zakresie prawa konstytucyjnego na podstawie rozprawy habilitacyjnej *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych* (Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995). Dnia 1 grudnia 1997 r. został mianowany na stanowisko Profesora nadzwyczajnego w Uniwersytecie Wrocławskim. W roku 1998 został kierownikiem Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, którą to funkcję sprawował do 2016 r., na rok przed przejściem na emeryturę przekazawszy pałeczkę młodszemu pokoleniu, w którego gronie nosi zaszczytny tytuł seniora katedry. Tytuł naukowy profesora uzyskał 12 listopada 2013 r. Od 2017 r. jest zatrudniony na stanowisku Profesora w Wyższej Szkole Prawa we Wrocławiu, nauczając wszystkich tych dziedzin, które badał podczas swojej kariery – prawa konstytucyjnego, prawa europejskiego i prawa międzynarodowego. Stale też obecny jest w życiu swojego zespołu uniwersyteckiego, towarzysząc nam zarówno w naukowych, jak i towarzyskich wydarzeniach.

Ścieżka naukowo-dydaktyczna Profesora jest bardzo bogata i obfituje nie tylko w doświadczenia krajowe, ale również zagraniczne. Zwłaszcza te ostatnie pozwoliły mu na zapoznanie się z nowymi ideami i kierunkami rozwoju prawa. Profesor odbył studia specjalistyczne w zakresie prawa Wspólnot Europejskich

w Centre Européen Universitaire, Nancy, Francja (1975-1976) oraz staże naukowo-badawcze bądź szkoleniowe w takich ośrodkach naukowych jak University of Illinois, Chicago, USA (1977/1978); Leiden-Amsterdam-Columbia Summer School in American Law, Holandia (1980); Salzburg Seminar – American Law, Austria (1981); Nuffield College, Oxford, Wielka Brytania (1987); University of Virginia, Charlottesville, USA (1990/1991); Université Libre de Bruxelles, Belgia / University of Bradford, Wielka Brytania (1995); Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Niemcy (2002); European University Institute, Fiesole, Włochy (2003).

Jako Profesor wizytujący wykładał na następujących uczelniach: Université de Poitiers, Francja (1998); Université du Maine, Francja (1999); Université René Descartes Paris V, Francja (2000); University of California, Santa Barbara, USA (2007); Université Paris-Dauphine, Francja (2008); Université de Nice, Francja (2009); Macquarie University, Sydney, Australia (2010). Profesor, ze swoją elokwencją i swobodą towarzyską, świetnie wkomponowywał się w klimat i specyfikę zagranicznych uczelni, a później barwnie relacjonował i wykorzystywał zdobyte tam doświadczenia w kierowanej przez siebie Katedrze.

W pierwszym okresie pracy w Uniwersytecie Wrocławskim Profesor Krzysztof Wójtowicz skupił się na badaniu prawa konstytucyjnego, zwłaszcza państw obcych. Początkowo szczególnie interesowała go recepcja instytucji ustrojowych, wykształconych w państwach rozwiniętych i powierzchownie kopiowanych przez uwalniające się od zależności kolonialnych nowopowstałe państwa afrykańskie. Badania w tym obszarze zaowocowały przygotowaniem i opublikowaniem rozprawy doktorskiej poświęconej funkcjonowaniu partii politycznych w mechanizmie władzy państw Afryki Wschodniej oraz siedmiu artykułów, z których jeden ukazał się w języku angielskim.

Na drugi nurt badawczy tego okresu składają się prace uwzględniające zagadnienia polskiego prawa konstytucyjnego. Dotyczyły one przede wszystkim konstytucyjnych zasad sprawowania wymiaru sprawiedliwości oraz kontroli konstytucyjności prawa. Problematykę przemian ustrojowych w Polsce lat 90. przybliżył czytelnikom zagranicznym w pracach zamieszczonych w zbiorowych opracowaniach w języku angielskim. Jednym z opracowań z tego zakresu jest studium *Constitution of Poland* zamieszczone jako rozdział w pracy *Encyclopedia of World Constitutions, Facts on File*, New York 2006. Warto podkreślić, że popularyzacja wiedzy o polskim prawie, szczególnie w zakresie konstytucyjnym, stanowi istotny element dorobku Profesora.

Trzeci ważny obszar badawczy w aktywności naukowej Krzysztofa Wójtowicza przed uzyskaniem stopnia doktora habilitowanego to prawo konstytucyjne Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych. Ten kierunek badawczy został pogłębiony i rozwinięty w monografii *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych* (Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995), którą Autor przedstawił jako rozprawę habilitacyjną. Było to pierwsze w literaturze polskiej opracowanie tej problematyki. Ujęto w nim w sposób zbiorczy i całościowy uprawnienia

prezydenckie, których wykonywanie stanowi odstępstwo od normalnych reguł konstytucyjnego sprawowania władzy, a więc w sytuacjach zagrożenia wewnętrznego lub zewnętrznego.

W swych pracach poświęconych problematyce ustrojowej państw obcych Profesor uwzględniał, obok warstwy normatywnej, także praktykę funkcjonowania instytucji politycznych, takich jak partie polityczne czy grupy nacisku.

Po uzyskaniu w roku 1996 stopnia doktora habilitowanego główne kierunki zainteresowań badawczych Profesora Krzysztofa Wójtowicza uległy zmianie. Perspektywa przystąpienia Polski do Unii Europejskiej oraz merytoryczne przygotowanie w zakresie prawa Wspólnot Europejskich uzyskane w trakcie rocznych studiów w Centre Européen Universitaire w Nancy (Francja) skłoniły go do zajęcia się prawnymi aspektami integracji europejskiej. U podstaw jego prac poświęconych problematyce integracyjnej legło założenie, iż specyfika procesów integracyjnych zmusza nie tylko do stałej obserwacji zmieniających się przepisów prawa unijnego i krajowego, ale także do uważnej analizy orzecznictwa sądowego.

W ramach problematyki integracyjnej można wyodrębnić sześć bardziej skonkretyzowanych obszarów badawczych. Pierwszego dotyczą prace poświęcone wpływowi procesów integracyjnych na zasadę suwerenności. Obserwacja zmian w treści traktatów unijnych oraz stanowiska niektórych sądów konstytucyjnych skłoniła Profesora Krzysztofa Wójtowicza do postawienia tezy, iż wprowadzenie, w wyniku rewizji lizbońskiej, do Traktatu o Unii Europejskiej wymogu poszanowania przez Unię tożsamości narodowej państw członkowskich, nierozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, nadało materialny sens twierdzeniu o istnieniu granic kompetencyjnych Unii. Drugi szczegółowy obszar badawczy to zasady stosowania prawa unijnego w krajowych porządkach prawnych. Tu mieszczą się zarówno publikacje systematyzujące tę problematykę, jak i prace analizujące poszczególne zasady – zasadę pierwszeństwa oraz zasadę skutku bezpośredniego. Trzeci, wyodrębniający się z ogólnej problematyki integracyjnej kierunek badań Profesora dotyczy kwestii przystosowania polskiej konstytucji do wymogów związanych z członkostwem w Unii Europejskiej. Dowodem uznania Jego kompetencji w tym zakresie jest fakt, że ówczesny Marszałek Sejmu RP Bronisław Komorowski powierzył Profesorowi Krzysztofowi Wójtowiczowi obowiązki przewodniczącego zespołu naukowego, którego zadaniem było przygotowanie propozycji zmian w Konstytucji RP w zakresie spraw europejskich. W wyniku prac zespołu powstało opracowanie *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej* (Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010) zawierające projekt ustawy o zmianie Konstytucji z uzasadnieniem. Czwarty nurt obejmuje relacje między sądami w europejskiej przestrzeni prawnej, ze szczególnym uwzględnieniem zagadnienia rozwiązywania sytuacji kolizyjnych na styku prawa unijnego i konstytucyjnego. Syntezą tego kierunku badawczego stała się monografia *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej* (Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012). Profesor przygotował ją w ramach grantu indywidualnego przyznanego przez

Narodowe Centrum Nauki. Uaktualniona wersja tej monografii została opublikowana w języku angielskim *Constitutional Courts and European Union Law* (E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UW, Wrocław 2014). Piąty aspekt integracji, który znalazł odzwierciedlenie w pracach Profesora, to funkcjonowanie parlamentów narodowych w ramach Unii Europejskiej. Wreszcie szósty, bardziej szczegółowy obszar badawczy, to materialne prawo Unii Europejskiej, zwłaszcza prawa podstawowe i prawo telekomunikacyjne, które badał interdyscyplinarnie wraz z przedstawicielami innych gałęzi prawa, realizując pionierskie w tej dziedzinie granty badawcze.

Niezależnie od zagadnień integracyjnych w kilku opracowaniach Profesora Krzysztofa Wójtowicza została również uwzględniona problematyka prawnomiedzynarodowa dotycząca zwłaszcza źródeł prawa i stosowania prawa międzynarodowego przez sądy.

Wkład Profesora Krzysztofa Wójtowicza w rozwój nauki wysoko ocenili recenzenci w postępowaniu kwalifikacyjnym do tytułu Profesora, stwierdzając m.in., że jest on „cenionym i uznanym znawcą prawa konstytucyjnego, a gdy chodzi o powiązanie prawa konstytucyjnego i prawa europejskiego, chyba najwybitniejszym specjalistą w naszym kraju” (prof. Lech Garlicki). Według prof. Janusza Trzcieskiego „Osiągnięcia w tej dziedzinie dały prof. Wójtowiczowi uznanie także w środowisku europejskich znawców prawa unijnego”. Zdaniem zaś prof. Stanisława Biernata walory pisarstwa Krzysztofa Wójtowicza i uznanie dla jego pozycji naukowej „zapewniają mu respekt w środowisku prawników zajmujących się prawem konstytucyjnym i europejskim”. Tak sformułowane recenzje wybitnych znawców prawa świadczą o umiejętności wychwytywania przez Profesora Wójtowicza aktualnych trendów w prawie, łączenia wiedzy z różnych jego gałęzi i prowadzenia interdyscyplinarnych badań. Uczony dokonał udanego mariażu prawa konstytucyjnego, międzynarodowego i europejskiego.

W ramach grantów przyznanych przez Komitet Badań Naukowych (Narodowe Centrum Nauki) Profesor był wykonawcą zadań badawczych w ramach takich projektów jak: „Problemy prawne Wspólnot Europejskich” (1992); „Podstawowe dylematy teoretyczne nowej Konstytucji RP” (1997); „Funkcje prawa telekomunikacyjnego w społeczeństwie informacyjnym” (2002) oraz kierownikiem i wykonawcą projektu indywidualnego „Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej” (2010-2012). Sprawował również funkcje kierownika grantów promotorskich zakończonych przygotowaniem rozpraw doktorskich.

Dorobek naukowy Profesora obejmuje 169 pozycji. Profesor zorganizował kilka międzynarodowych konferencji naukowych, w tym we współpracy z Komisją Rady Europy „Demokracja przez prawo” (tzw. Komisją Wenecką), z Duńską Szkołą Administracji Publicznej czy Polskim Towarzystwem Legislacji. Wygłaszał też liczne referaty na międzynarodowych konferencjach naukowych zorganizowanych za granicą i w Polsce oraz na konferencjach krajowych. Niezależnie od przedstawiania referatów na konferencjach naukowych wygłaszał również wykłady okolicznościowe

w instytucjach naukowych i publicznych z okazji szczególnych wydarzeń. Dnia 3 maja 1991 r. na University of Maryland – College Park, USA, z okazji 200 rocznicy Konstytucji 3 maja wygłosił referat pt. *Dwieście lat polskiego konstytucjonalizmu*. Z okazji inauguracji roku akademickiego 2000/2001 na Uniwersytecie Wrocławskim wygłosił 2 października 2000 r. w Auli Leopoldyńskiej wykład pt. *Suwerenność państwowa w procesie integracji europejskiej*. W ramach refleksyjnych spotkań w Trybunale Konstytucyjnym dotyczących znaczenia preambuły do Konstytucji RP wygłosił 17 marca 2009 r. wykład pt. *O potrzebie współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej – Preambuła Konstytucji RP*.

Profesor opracowywał również ekspertyzy na potrzeby różnych instytucji. Z jednej z ekspertyz skorzystała Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego w trakcie prac nad rozdziałem Konstytucji RP dotyczącym stanów nadzwyczajnych.

Działalność dydaktyczną Profesora Krzysztofa Wojtowicza w Uniwersytecie Wrocławskim można podzielić na dwa okresy. Pracując w Zakładzie Prawa Państwowego (później Konstytucyjnego), prowadził ćwiczenia, seminaria i wykłady z prawa konstytucyjnego oraz konwersatoria z ustrojów państw obcych – na kierunkach prawo i administracja, w trybie stacjonarnym i zaocznym. Po przejściu do Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego zmienił przedmioty wykładowe i skoncentrował się na prawie Unii Europejskiej oraz prawie międzynarodowym. Prowadził wykłady i seminaria z tych przedmiotów na różnych kierunkach studiów (prawo, administracja) zarówno w trybie stacjonarnym, jak i niestacjonarnym.

Będąc kierownikiem Katedry Prawa w Centrum Studiów Niemieckich i Europejskich im. W. Brandta, od chwili jego utworzenia w roku 2002 prowadził wykłady z prawa Unii Europejskiej i z konstytucyjnego prawa porównawczego oraz seminaria doktoranckie.

Pracując poza Uniwersytetem Wrocławskim, wykładał prawo Unii Europejskiej w Wyższej Szkole Zawodowej w Legnicy (w latach 1999/2000) oraz prawo międzynarodowe i prawo Unii Europejskiej w Wyższej Szkole „Humanitas” w Sosnowcu (w latach 2001-2010).

Prowadził również uniwersyteckie wykłady i seminaria w języku angielskim. W ramach dwuletnich studiów magisterskich „Global Studies – a European Perspective” – wspieranych przez program Erasmus Mundus i realizowanych wspólnie przez konsorcjum składające się z Uniwersytetu w Lipsku, Uniwersytetu Wiedeńskiego, London School of Economics and Political Science oraz Uniwersytetu Wrocławskiego – wykładał przedmiot European Union and Constitutional Transformation in Europe. Wykładał też przedmiot Institutions and Law of the European Union na kierunku Managerial Economics na Uniwersytecie Wrocławskim. Prowadził wykład Law and Law-Making in the European Union na kierunku Administration in International Organizations oraz wykład na kierunku LLB International and European Law.

W trakcie pracy w Uniwersytecie Wrocławskim zorganizował w 1992 r. międzywydziałowe studium Wiedzy o Europie, przekształcone w roku 1994 w Studium Prawa i Gospodarki Unii Europejskiej. Od chwili powstania Studium był jego

kierownikiem i do roku 2007 prowadził wykłady na temat systemu prawa Unii Europejskiej oraz ochrony praw człowieka. W wyniku postępowania konkursowego powyższa działalność dydaktyczna została wsparta przez Komisję Europejską w ramach programów Unii Europejskiej, najpierw jako European Module, a następnie jako Permanent Course.

Profesor był inicjatorem zorganizowania we współpracy z Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Strasbourg cyklu dydaktycznego pozwalającego na uzyskanie przez polskich studentów francuskiego „Diplôme d'études supérieures spécialisées – Décisions publiques en Europe”. Sprawował też merytoryczną opiekę nad stypendystami Fundacji im. L. Kirklanda oraz Międzynarodowego Funduszu Wyszehradzkiego odbywającymi roczne staże w Uniwersytecie Wrocławskim w zakresie specjalizacji prawo międzynarodowe i prawo Unii Europejskiej.

W okresie poprzedzającym przystąpienie Polski do Unii Europejskiej Profesor uczestniczył jako wykładowca w szkoleniach sędziów, adwokatów i radców prawnych. W latach 2010 i 2011 prowadził dla uczestników Aplikacji Legislacyjnej wykłady dotyczące zasad stosowania prawa Unii Europejskiej.

Wypromował 20 doktorów, z których znakomita większość kontynuuje swoje kariery naukowe, uzyskując kolejne stopnie i tytuły naukowe oraz pracując zarówno w polskich, jak i zagranicznych instytucjach badawczych, a także unijnych. Wychowanie i przygotowanie do pracy badawczej tak sporego grona młodych ludzi świadczy o wysokim poziomie wiedzy Profesora Wójtowicza, jak również o jego autorytecie i umiejętności inspirowania kolejnych pokoleń akademików i równocześnie traktowania ich z powagą i zaangażowaniem.

Rokrocznie Profesor był promotorem prac magisterskich na kierunku prawo, a także administracja.

Profesor Krzysztof Wójtowicz, obok ścieżki naukowej, rozwijał też swoje kompetencje organizacyjne, uczestnicząc w pracach na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego i pełniąc określone funkcje w jej organach. W latach 2002-2005 był Prorektorem Uniwersytetu Wrocławskiego do spraw badań naukowych i współpracy z zagranicą. Dobrze pamiętamy ten okres jego pracy, który oznaczał nieustającą gotowość do podróży do innych uczelni oraz przyjmowania gości z całego świata. W okresie prorektorstwa Profesor nie rozstawał się praktycznie z walizką. Ktoś mógłby rzec, że była to okazja do zwiedzenia licznych miejsc, ale trzeba też zauważyć, że podróże te stanowiły realizację istotnej misji prezentacji macierzystej uczelni jako solidnego uniwersytetu wartego utrzymywania z nim relacji badawczo-dydaktycznych. Profesor bez wątpienia zaszczytną, ale też niełatwą rolę ambasadora uczelni wypełnił znakomicie. Był przewodniczącym komisji statutowej Senatu UWr oraz przedstawicielem zarówno grupy pracowników niesamodzielných, jak i później pracowników samodzielnych w Senacie UWr. Zasiadał w Radzie Fundacji dla Uniwersytetu Wrocławskiego. W latach 1998-2016 był kierownikiem Katedry Prawa Międzynarodowego i Europejskiego. Kierował również Katedrą Prawa w Centrum Studiów Niemieckich i Europejskich im. W. Brandta i był członkiem Rady Kuratorów Centrum.

Profesor był dwukrotnie przewodniczącym Wydziałowej Komisji Wyborczej, Przewodniczącym Uczelnianej Komisji Wyborczej, członkiem Komisji Rozwoju Wydziału oraz Komisji ds. nostryfikacji dyplomów. Wielokrotnie przewodniczył wydziałowym komisjom rekrutacyjnym. Dziewięciokrotnie otrzymał nagrody Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego za działalność organizacyjną. W roku 2002 został odznaczony Złotym Krzyżem Zasługi oraz medalem 300-lecia Uniwersytetu Wrocławskiego.

Profesor Krzysztof Wójtowicz od wielu lat jest zaangażowany we współpracę z instytucjami i organizacjami naukowymi w kraju i za granicą. Był lub jest członkiem zespołów redakcyjnych bądź rad programowych w takich czasopismach naukowych jak: „Przegląd Sejmowy” (Warszawa), „Przegląd Legislacyjny” (Warszawa), „Kwartalnik Prawa Publicznego” (Warszawa-Toruń), „Polish Review of International and European Law” (Warszawa), „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” (Wrocław), „Państwo Prawne” (Wrocław, red. naczelny), „Przegląd Konstytucyjny” (Kraków). Był też konsultantem „Polskiego Przeglądu Dyplomatycznego”.

Od roku 1993 do 2001 przez dwie kadencje był sekretarzem Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego, a w latach 2000-2004 członkiem Rady Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawa Konstytucyjnego (International Association of Constitutional Law). Był też członkiem zarządu Polskiego Stowarzyszenia Prawa Europejskiego (2007-2010).

W latach 1996-2001 przygotowywał opinie prawne jako asystent sędziego Trybunału Konstytucyjnego.

W latach 2012-2018 był członkiem Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów RP. Wcześniej wchodził w skład Komitetu doradczego ds. Prawa Europejskiego przy Ministrze Sprawiedliwości (2004-2005) oraz był członkiem Doradczego Komitetu Prawnego przy Ministrze Spraw Zagranicznych (1999-2002). Był członkiem Komitetu Sterującego dla priorytetu „Pomoc techniczna przy wdrażaniu *acquis communautaire*” (2005-2006).

My – współpracownicy pana Profesora Krzysztofa Wójtowicza w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego – zapamiętamy go jako bardzo dobrego szefa. Przejmując jednostkę po profesorze Janie Kolasie i mając w pamięci wkład w jej rozwój nestorów szkoły wrocławskiej – profesorów Stanisława Huberta i Karola Wolfkego – miał wysoko postawioną poprzeczkę. Nie tylko utrzymał ten poziom i tradycję, ale też pozwolił nam rozwijać swoje zainteresowania w różnych kierunkach. Dając nam tę wolność, Profesor uznał naszą ogólną i naukową dojrzałość. To piękny gest z jego strony, chlubnie wieńczący karierę Profesora w roli dydaktyka i wychowawcy w macierzystej uczelni. Jako badaczowi zaś życzymy mu, aby nieustająco był inspirowany do eksplorowania prawa i rzeczywistości, kontynuując swoje bogate dzieło jako *homo academicus*.

Agnieszka Frąckowiak-Adamska
Agata Wnukiewicz-Kozłowska

Wykaz najważniejszych publikacji Profesora Krzysztofa Wójtowicza

Książki

1. *Partia w mechanizmie władzy państw Afryki Wschodniej*, Ossolineum, Wrocław 1980.
2. *Stany nadzwyczajne (Analiza prawno-porównawcza z uwzględnieniem Projektu Konstytucji RP)*, Archiwum Sejmu, Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Ekspertyzy 1995/96, nr 68.
3. *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych*, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1995.
4. *Analiza regulacji europejskich dotyczących rozliczeń międzyoperatorskich*, współautor, Wydawnictwo Telefonii Lokalnej „Dialog”, Wrocław 1998.
5. *Poland Constitutional Law*, [w:] *International Encyclopaedia of Laws*, red. R. Blanpain, Kluwer Law International 2002, współautor, The Hague 2002.
6. *Prawo europejskie*, współautor M. Lis, B. Mielnik, Kolonia Limited, Wrocław 2002.
7. *Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich. Wybór aktów prawnych z wprowadzeniem*, oprac. K. Wójtowicz, T.T. Koncewicz, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.
8. *Zasady stosowania prawa wspólnotowego w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Centrum Europejskie Natolin, Warszawa 2003.
9. *Europejskie i polskie prawo telekomunikacyjne*, współautor, LexisNexis, Warszawa 2004.
10. *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport końcowy z badań, Basic Problems of Applying the Constitution of the Republic of Poland. Final Research, Report*, publikacja dwujęzyczna, red. K. Działocha, współautor, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
11. *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012.
12. *Constitutional courts and European Union law*, tłum. B. Madejski, K. Wójtowicz, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UWr, Wrocław 2014.

Rozdziały w monografiach zbiorowych, artykuły i inne opracowania

1. *Konstytucyjne zasady sprawowania wymiaru sprawiedliwości w PRL*, [w:] *Konstytucja PRL po 30 latach jej obowiązywania*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 688, „Prawo” 1983, Wydawnictwo UWr, s. 245-257.
2. *Pytania prawne*, [w:] *Trybunał Konstytucyjny. Materiały konferencyjne*, red. J. Trzciński, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1037, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1987, s. 213-228.
3. *Studia nad udziałem grup interesów w procesie tworzenia prawa*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 918, „Prawo” 1987, t. 152, Wydawnictwo UWr, s. 78-79.
4. *Zracjonalizowany parlamentaryzm*, „Polityka Polska” 1990, nr 2, s. 44-46.
5. *Nowe tendencje w brytyjskiej praktyce ustrojowej*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1290, „Prawo” 1992, t. 200, Wydawnictwo UWr, s. 85-94.
6. *Samorząd lekarski jako „lobby”*, „Sztuka i Medycyna” 1992, nr 2, s. 16-17.
7. *Spór o uprawnienia wojenne w amerykańskiej doktrynie konstytucyjnej*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 1, s. 76-86.
8. *La participation du citoyen au contrôle de la constitutionnalité du droit dans les projets de nouvelle Constitution polonaise*, [w:] *Le citoyen et le contrôle de la constitutionnalité des lois en Pologne et en France*, red. H. Roussillon, A. Patrzalek, Toulouse 1994, s. 99-113.
9. *Prawo Wspólnot Europejskich a zasada suwerenności w prawie konstytucyjnym państw członkowskich*, [w:] *Wspólnoty Europejskie. Wybrane problemy prawne*, cz. 1, red. J. Kolasa, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1653, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1994, s. 9-22.
10. *Stosunek ustawy do prawa ponadnarodowego*, [w:] *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, praca zbiorowa, red. J. Trzciński et al., Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1994.
11. *Ustawa i tryb jej uchwalania w belgijskim prawie konstytucyjnym*, „Przegląd Sejmowy” 1994, nr 2, s. 43-57.
12. *Common law*, [w:] *Główne kultury prawne współczesnego świata*, red. B. Banaszak et al., Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.
13. *Udział obywatela w kontroli konstytucyjności prawa w projektach nowej Konstytucji RP*, [w:] *Obywatel a kontrola konstytucyjności prawa w Polsce i we Francji na tle rozwiązań europejskich. Materiały z konferencji międzynarodowej we Wrocławiu w 1993 roku*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1691, „Prawo” 1995, t. 239, Wydawnictwo UWr, s. 37-46.
14. *Zasada nadrzędności prawa Wspólnot Europejskich nad prawem wewnętrznym państw członkowskich*, [w:] *Przeobrażenia we współczesnym prawie konstytucyjnym*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1817, „Prawo” 1995, t. 247, Wydawnictwo UWr, s. 111-116.
15. *Zasady stosowania prawa Wspólnot Europejskich w prawie wewnętrznym państw członkowskich*, [w:] *Wspólnoty Europejskie (UNIA). Wybrane problemy prawne*,

- cz. 2, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 1703, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1995, s. 105-154.
16. *Orzeczenie wstępne Trybunału Wspólnot Europejskich*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 1850, „Przegląd Prawa i Administracji” 1996, t. 34, Wydawnictwo UWr, s. 131-138.
 17. *Projektowana regulacja prawna gospodarki widmem częstotliwości w Danii*, [w:] *Zagadnienia prawne telekomunikacji w Europie. Cz. 3. Gospodarka widmem częstotliwości radiowych*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1996, s. 27-33.
 18. *Regulacja prawna gospodarki widmem częstotliwości we Francji*, [w:] *Zagadnienia prawne telekomunikacji w Europie. Cz. 3. Gospodarka widmem częstotliwości radiowych*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1996, s. 35-44.
 19. *Regulacja zagadnienia kompatybilności elektromagnetycznej we Francji*, [w:] *Zagadnienia prawne telekomunikacji w Europie. Cz. 2. Kompatybilność elektromagnetyczna*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1996, s. 45-56.
 20. *Sprawozdanie z IV Światowego Kongresu Międzynarodowego Stowarzyszenia Prawa Konstytucyjnego (Tokio, 25-28 IX 1995)*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 7-8, s. 155-158.
 21. *Istota i źródła prawa wspólnotowego. Konsekwencje dla prawa krajowego*, [w:] *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*, red. M. Kruk, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 145-158.
 22. *Koncepcje nadzwyczajnych uprawnień władzy wykonawczej*, [w:] *Polskie zmiany ustrojowe w literaturze prawniczej. Wybór tekstów*, red. R. Balicki, B. Banaszak, M. Jabłoński, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1997, s. 239-250.
 23. *Les conditions de l'admission dans l'Union Européenne et le droit constitutionnel polonais*, „Droit Polonais Contemporain” 1997, nr 1, s. 109-115.
 24. *Osobowość prawnomiędzynarodowa Wspólnot Europejskich*, [w:] *Studia nad prawem konstytucyjnym. [Dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze]*, red. J. Trzeciński, B. Banaszak, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 1963, „Prawo” 1997, t. 257, Wydawnictwo UWr, s. 291-298.
 25. *Prezydenckie uprawnienia nadzwyczajne. (Analiza prawnoporównawcza)*, [w:] *Ustrój i struktura aparatu państwowego i samorządu terytorialnego*, red. nauk. W. Skrzydło, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 118-132.
 26. *Art. 90, art. 91 Konstytucji*, [w:] *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, red. J. Boć, Kolonia Limited, Wrocław 1998.
 27. *Konstytucyjne uwarunkowania integracji Polski z Unią Europejską w świetle projektu Konstytucji RP opracowanego przez Komisję Konstytucyjną Zgromadzenia Narodowego*, [w:] *Zmiany konstytucyjne związane z członkostwem w Unii Europejskiej. Materiały z seminarium „Zmiany konstytucyjne związane z członkostwem w Unii Europejskiej” zorganizowanego przez Instytut Europejski w Łodzi oraz*

- Akademii Prawa Europejskiego w Trewirze w dniach 30-31 stycznia 1997 roku w Łodzi*, red. nauk. K. Wójtowicz, Instytut Europejski, Łódź 1998.
28. *Podstawowe założenia europejskiego systemu koncesyjnego w telekomunikacji*, [w:] *Zagadnienia Prawne Telekomunikacji w Europie. Cz. 6. Podstawowe kierunki rozwoju regulacji europejskich w dziedzinie telekomunikacji*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1998, s. 9-12.
 29. *Regulacja zagadnienia kompatybilności elektromagnetycznej w prawie francuskim*, [w:] *Zagadnienia Prawne Telekomunikacji w Europie. Cz. 5. Propozycja rozwiązań prawnych w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1998, s. 11-14.
 30. *Regulacja zagadnienia kompatybilności elektromagnetycznej w Wielkiej Brytanii*, [w:] *Zagadnienia Prawne Telekomunikacji w Europie. Cz. 5. Propozycja rozwiązań prawnych w zakresie kompatybilności elektromagnetycznej*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1998, s. 23-25.
 31. *Skutki przystąpienia Polski do Unii Europejskiej dla sądów i Trybunału Konstytucyjnego RP*, [w:] *Wejście w życie nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. XXXIX Ogólnopolska Konferencja Katedr Prawa Konstytucyjnego. Księga pamiątkowa*, red. Z. Witkowski, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa Dom Organizatora, Toruń 1998, s. 81-91.
 32. *Konstytucyjne podstawy przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, [w:] *Spółeczeństwo w przełomie. Polska, Niemcy i Unia Europejska*, red. M. Maciejewski, Wydawnictwo UWr, Wrocław 1999, s. 109-125.
 33. *Kontrola przestrzegania prawa telekomunikacyjnego w Wielkiej Brytanii*, [w:] *Zagadnienia Prawne Telekomunikacji w Europie. Cz. 9. Zarys funkcji kontrolnych państwa w telekomunikacji. Organy regulacyjne i ich zadania*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1999, s. 65-68.
 34. *Kontrola przestrzegania prawa telekomunikacyjnego we Francji*, [w:] *Zagadnienia Prawne Telekomunikacji w Europie. Cz. 9. Zarys funkcji kontrolnych państwa w telekomunikacji. Organy regulacyjne i ich zadania*, Państwowa Agencja Radiokomunikacyjna. Zarząd Krajowy, Warszawa 1999, s. 33-38.
 35. *The receptivity of the Constitution of the Republic of Poland to international and supranational law*, [w:] *The principles of basic institutions of the system government in Poland*, red. P. Sarnecki, A. Szmyt, Z. Witkowski, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999, s. 255-272.
 36. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, [w:] *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, red. E. Popławska, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000.
 37. *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów 1-3 czerwca 2000*, red. M. Granat, KUL, Lublin 2000, s. 67-75.

38. *Rola sądów krajowych w procesie stosowania prawa wspólnotowego*, [w:] *Problemy prawa angielskiego i europejskiego oraz reformy w Europie Środkowej (Polska, Węgry)*, red. K. Nowacki, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2244, „Prawo” 2000, t. 272, Wydawnictwo UWr, s. 199-214.
39. *Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii*, [w:] *Opozycja parlamentarna*, red. E. Zwierzchowski, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2000.
40. *Proposed changes in the Polish Constitution of 1997 ahead of Poland's accession to the European Union*, „Polish Yearbook of International Law” 2001, vol. 25, s. 27-44.
41. *Suwerenność państwowa w procesie integracji europejskiej*, [w:] *Międzynarodowy podział pracy – integracja europejska – restrukturyzacja. (Tendencje i doświadczenia)*, red. L. Olszewski, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2330, „Ekonomia” 2001, t. 9, Wydawnictwo UWr, s. 91-97.
42. *Suwerenność w procesie integracji europejskiej*, [w:] *Spór o suwerenność*, red. W.J. Wołpiuk, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 156-176.
43. *Konstytucja RP a przystąpienie Polski do Unii Europejskiej*, [w:] *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2002, s. 77-83.
44. *Konstytucja RP z 1997 r. a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2002, s. 415-433.
45. *Ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] *System ochrony praw człowieka*, red. B. Banaszak et al., Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2003.
46. *Bezpośredni skutek przepisów prawa wspólnotowego w porządku prawnym RP*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4, s. 43-70.
47. *Non-Military Security Issues in Central Europe*, „International Relations” 2004, nr 18, s. 43-53.
48. *[Opinia] w sprawie statusu prawnego „wielkiej” sejmowej komisji ds. europejskich*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2, s. 114-116.
49. *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, [w:] *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, red. K. Działocha, Warszawa 2004, s. 293-327.
50. *Pozycja ustawy w polskim porządku konstytucyjnym po akcesji. (Tezy referatu)*, [w:] *Parlament Europejski i parlamenty narodowe*, red. B. Banaszak, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2647, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2004, s. 53-65.
51. *Projekt Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy – podstawy ustroju i porządku prawnego Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2004, nr 2, s. 13-59.
52. *Współpraca sądów krajowych z Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości – wybrane zagadnienia ustrojowe*, [w:] *Polska w Unii Europejskiej. XLVI Zjazd Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Wierzba, 3-5 czerwca 2004 r.*, red. M. Kruk, J. Wawrzyniak, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2005, s. 211-224.

53. *Dostęp do informacji o prawie w prawie i orzecznictwie europejskim*, [w:] *Informacja prawna a prawa obywatela. Konferencja z okazji XXXV-lecia informatyki prawniczej w Polsce i XV-lecia systemu informacji prawnej LEX*, Gdańsk, 19-20 czerwca 2006, red. K. Grajewski, J. Warylewski, Wolters Kluwer Polska, Sopot 2006, s. 45-60.
54. *Konstytucyjne granice pierwszeństwa prawa wspólnotowego w świetle orzecznictwa krajowych sądów konstytucyjnych*, [w:] *Prawo w XXI wieku. Księga pamiątkowa 50-lecia Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk*, red. W. Czapliński, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006, s. 1070-1083.
55. *Zasada proporcjonalności jako wyznacznik konstytucjonalności norm*, [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. nauk. M. Zubik, Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2006, s. 265-280.
56. *Odpowiedzialność sądów krajowych za naruszenie prawa wspólnotowego – perspektywa polska*, [w:] *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski. Materiały z polsko-francuskiej konferencji naukowej*, Warszawa, 21-22 października 2005 roku, red. M. Granat, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 56-69.
57. *Polskie sądy wobec wykładni prawa zawartej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, [w:] *Ratio est anima legis. Księga jubileuszowa ku czci Profesora Janusza Trzcńskiego*, red. J. Góral et al., Naczelny Sąd Administracyjny, Warszawa 2007, s. 447-463.
58. *Funkcja kontrolna Sejmu w zakresie integracji europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 3, s. 77-92.
59. *La funzione di controllo del Sejm nell’ambito dell’integrazione europea*, [w:] *Gwarancje konstytucyjne i środki kontroli w państwie demokratycznym. Porównanie Włoch i Polski. II prawnicze kolokwium polsko-włoskie*, Toruń, 4-5 czerwca 2008 r., red. Z. Witkowski, G. Candido De Martina, K.M. Witkowska-Chrzczonek, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa. Dom Organizatora, Toruń 2008, s. 165-190.
60. *Otwarcie systemu konstytucyjnego Niemiec na sprawy jedności Europy*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 6, s. 125-136.
61. *Poland*, [w:] *The role of domestic courts in treaty enforcement. A comparative study*, red. D. Sloss, współautor, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 370-409.
62. *Standard regionalny/międzynarodowy odpowiedzialności władzy publicznej za zapewnienie bezpieczeństwa*, [w:] *Współczesne wyzwania wobec praw człowieka w świetle polskiego prawa konstytucyjnego*, red. Z. Kędzia, A. Rost, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2009, s. 11-29.
63. *Świadomi potrzeby współpracy ze wszystkimi krajami dla dobra Rodziny Ludzkiej*, [w:] *Preambuła Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2009, s. 77-84.

64. *Francuski model kontroli konstytucyjności prawa krajowego implementującego prawo wspólnotowe*, [w:] *Prawa człowieka, społeczeństwo obywatelskie, państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, red. P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 220-228.
65. *Kwestia wykonalności orzeczeń sądów międzynarodowych. Wybrane przykłady*, współautor A. Frąckowiak-Adamska, [w:] *Współczesne sądownictwo międzynarodowe. T. 2. Wybrane zagadnienia prawne*, red. J. Kolasa, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2010, s. 295-328.
66. *La lutte contre le terrorisme et la garantie des droits fondamentaux. Quelques remarques sur la constitutionnalité de certaines mesures antiterroristes*, [w:] *L'Union Européenne et la lutte contre le terrorisme. L'état des lieux et perspectives*, red. J. Auvret-Finck, Larcier, Bruxelles 2010, s. 151-161.
67. *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 9-21.
68. *Rola sądów konstytucyjnych w tworzeniu zintegrowanej europejskiej przestrzeni prawnej*, [w:] *Europejska przestrzeń sądowa = L'espace judiciaire européen*, red. A. Frąckowiak-Adamska, R. Grzeszczak, tłum. A. Grzelak, M. Kazek, M. Gawron-Zaborska, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2010, s. 13-26.
69. *Wprowadzenie*, [w:] *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, red. P. Radziejewicz, Kancelaria Sejmu – Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
70. *Podsumowanie*, [w:] *Europeizacja konstytucji państw Unii Europejskiej*, red. K. Kubuj, J. Wawrzyniak, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2011, s. 343-359.
71. *Przyczynek do dyskusji na temat skutków interpretacyjnych Deklaracji nr 17 dołączonej do Aktu końcowego Konferencji Międzyrządowej (Traktat z Lizbony)*, [w:] *Prawo karne wykonawcze w systemie nauk kryminologicznych. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Leszka Boguni*, red. T. Kalisz, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2011, s. 360-369.
72. *Receptivity of the Constitution of the Republic of Poland of 1997 to international and supranational law*, [w:] *Polish constitutionalism. A reader*, red. P. Korzec, J. Urbanik, M. Wyrzykowski, Wydział Prawa i Administracji UW, Warszawa 2011, s. 133-154.
73. *Status nacional'nih konstitucijnih sudiv u proceduri preudicijnih zapitiv do Tribunalu Spravedlivosti ES*, „Wrocławsko-Lwowskie Zeszyty Prawnicze” 2011, nr 2, s. 135-141.
74. *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE. Uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K32/09)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11, s. 4-11.

75. *Autonomia prawa Unii Europejskiej w wersji ofensywnej – uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Kadi*, [w:] *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu. Prace dedykowane Profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2012, s. 262-271.
76. *Constituição e Integração. Novas perspectivas da soberania nacional*, [w:] *Entre Brasil e Polônia. Um debate sobre direito e democracia*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro 2012, s. 87-95.
77. *Kontrola konstytucyjności aktów Unii Europejskiej podjętych „ultra vires”. Między pryncypiami a lojalną współpracą*, [w:] *W służbie dobru wspólnemu. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Trzecińskiemu*, red. R. Balicki, M. Masternak-Kubiak, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012, s. 515-524.
78. *Rada Europejska. Art. 235-236*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. T. 3, (Art. 223-358)*, red. nauk. A. Wróbel, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 135-143.
79. *Rola parlamentów narodowych w świetle postanowień traktatów stanowiących podstawę Unii Europejskiej*, [w:] *Parlamentarny system rządów. Teoria i praktyka*, red. nauk. J. Mołdawa, J. Szymanek, M. Mistygacz, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2012, s. 184-196.
80. *Le Parlement polonais et le respect du principe de subsidiarité*, [w:] *Le Parlement européen après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne*, red. J. Auvret-Finck, Larcier, Bruxelles 2013, s. 253-263.
81. *Opinia o projekcie ustawy o zmianie ustaw regulujących warunki dostępu do wykonywania niektórych zawodów (3 etap deregulacji). (RL-0303-25/13)*, „Przegląd Legislacyjny” 2013, nr 4, s. 119-135.
82. *Wpływ procesu integracji europejskiej na krajowe organy sądowe*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2013, nr 9, s. 115-131.
83. *Hasła: dobre usługi, koncyliacja, mediacja, negocjacje, pierwszeństwa zasada, rozwiązywanie sporów międzynarodowych*, [w:] J. Symonides, D. Pyć (red.), *Wielka encyklopedia prawa. T. IV. Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, Warszawa 2014.
84. *Konstytucyjny spór w Kalifornii o prawo do zawierania małżeństwa*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, nr 31, s. 461-469.
85. *Odpowiedzialność międzynarodowa państwa*, [w:] *Prawowitość władzy państwowej*, red. M. Masternak-Kubiak, A. Młynarska-Sobaczewska, A. Preisner, Beta-Druk, Wrocław 2014, s. 515-530.
86. *Zakłócenie dialogu sądów w europejskiej przestrzeni prawnej. Uwagi na tle wyroku Sądu Konstytucyjnego Republiki Czeskiej w sprawie „emerytur słowackich”*, [w:] *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata. Księga jubileuszowa dedykowana pani profesor Genowefie Grabowskiej*, red. B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz-Katowice 2014, s. 544-552.

87. *Allgemeingültige Wertvorstellungen und das eigenständige System des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union*, [w:] *Deutsch-Polnische Gesellschaft der Universität Wrocław (Breslau). 15 Jahre gemeinsam auf dem Weg in das geeinte Europa*. Bd. 2, Akademische Fastreden, N. Heisig, Wrocław 2016, s. 214-229.
88. Art. 9 [Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego], [w:] *Konstytucja RP. T. 1, Komentarz. Art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 325-335.
89. *Obywatelstwo a przynależność do partii politycznych*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2016, t. 12, s. 273-283.
90. *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej a kompetencje państw członkowskich*, [w:] *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej. Prawo i praktyka*, red. A. Szerba-Zawada, J. Galster, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2016, s. 73-85.
91. *Traktat akcesyjny. Komentarz* [do wyroku z dnia 11 maja 2005 r., K 18/04], [w:] *Na straży państwa prawa. Trzydzieści lat orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 501-518.
92. *Zakres swobody państw członkowskich Unii Europejskiej w regulowaniu zasad prawa własności. Wątpliwości legislacyjne*, [w:] *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu*. T. 1-2, red. J. Sawicki, K. Łucarz, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3710, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2016, s. 264-272.
93. *Zasada pierwszeństwa i ochrona uprawnień wynikających z prawa unijnego a odroczenie daty utraty mocy przepisu krajowego przez Trybunał Konstytucyjny*, [w:] *Ubi ius, ibi remedium. Księga dedykowana Pamięci Profesora Jana Kolasy*, red. nauk. B. Krzan, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 603-609.
94. *EU-related amendments to the Constitution of Poland of 2nd April 1997*, [w:] *The consequences of Membership in the EU for new Member States – structural, political and economic changes*, red. B. Mielnik, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii UWr, Wrocław 2017, s. 13-22.
95. *Poszanowanie tożsamości narodowej państw członkowskich Unii Europejskiej z perspektywy wspólnych wartości*, [w:] *O prawach człowieka. Księga Jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, red. nauk. G. Baranowska et al., Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, s. 83-92.
96. *Prawne aspekty wystąpienia Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej*, „Przeгляд Konstytucyjny” 2017, nr 2, s. 38-54.
97. *Standardy demokratyczne Unii Europejskiej a Konstytucja RP. Doświadczenia praktyki ustrojowej*, [w:] *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, red. J. Jaskiernia, K. Spryszak, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017, s. 437-453.

98. *Stosowanie rozporządzeń Unii Europejskiej w świetle art. 91 ust. 3 Konstytucji RP i prawa UE*, [w:] *Minikomentarz dla maksi profesora. Księga jubileuszowa profesora Leszka Garlickiego*, red. nauk. M. Zubik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2017, s. 420-429.
99. *Granice przekazania kompetencji na rzecz Unii Europejskiej w świetle dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny wykładni art. 90 ust. 1 Konstytucji RP*, [w:] *Potentia non est nisi ad bonum. Księga Jubileuszowa dedykowana Prof. Zbigniewowi Witkowskiemu*, red. M. Serowaniec, A. Bień-Kacała, A. Kustra-Rogatka, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2018, s. 903-915.
100. *Kształtowanie się zasad odpowiedzialności karnej osób prawnych za przestępstwa o charakterze korupcyjnym we współczesnym prawie międzynarodowym i w prawie Unii Europejskiej*, [w:] *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, red. A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys, Stowarzyszenie Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej, Wrocław 2018, s. 1313-1333.
101. *Przewidywane zmiany w stosowaniu prawa unijnego w Zjednoczonym Królestwie po wystąpieniu z Unii Europejskiej*, [w:] *Z problematyki prawa międzynarodowego europejskiego i krajowego. Księga pamiątkowa poświęcona pamięci Doktora Macieja Lisa*, red. B. Mielnik, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2018, s. 205-219.
102. *The position of customary international law in the Polish legal system in the light of article 9 of the Constitution of 1997*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2018, vol. 8, no. 2, s. 244-248.
103. *Wspólnota wartości w Unii Europejskiej z perspektywy art. 90 ust. 1 Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, R. 80, z. 1, s. 111-118.
104. *Independent status of national courts as a requirement of EU law*, [w:] *Development of Constitutional Law Through Constitutional Justice: Landmark Decisions and Their Impact on Constitutional Culture. XXth International Congress On European and Comparative Constitutional Law*, Gdańsk, 20-23 September 2018, red. R. Arnold, A. Rytel-Warzocha, A. Szmyt, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019, s. 385-389.
105. *Zasada pomocniczości jako kryterium kontroli projektów aktów ustawodawczych Unii Europejskiej przez parlamenty narodowe*, [w:] *Parlamenty narodowe wobec zasady pomocniczości w świetle prawa i praktyki Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2019, s. 155-166.
106. *Il rafforzamento della dimensione rappresentativa della democrazia nell'Unione Europea*, [w:] *La democrazia diretta in Italia, Polonia e Unione europea = Demokracja bezpośrednia we Włoszech, w Polsce oraz w Unii Europejskiej*, red. G.C. De Martin, A. Szmyt, P. Gambale, M. Serowaniec, Luiss University Press, Roma 2020, s. 81-89.
107. *Odpowiedzialność państwa członkowskiego Unii Europejskiej za nieskierowanie przez sąd krajowy pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii*

Europejskiej – uwagi na tle wyroku w sprawie C-416/17 Komisja przeciwko Francji, „Państwo Prawne” 2020, no. 1(10), s. 53-69.

108. *Podmiotowość jednostek samorządu terytorialnego jako członków europejskich ugrupowań współpracy terytorialnej. Konstrukcja prawna*, [w:] *Podmiotowość samorządu terytorialnego – ustrojowe pytania i dylematy*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 35-54.

Glosy i recenzje

1. *Glosa do orzeczenia z 30 XI 1988, K 1/88, Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 1, s. 138-144.
2. Rec. pracy: *Treatise on Belgian Constitutional Law*, ed. by André Alen, Deventer-Boston 1992, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 1, s. 92-96.
3. Rec. pracy: *O stanie wojennym w Sejmowej Komisji Odpowiedzialności Konstytucyjnej. Sprawozdanie komisji i wnioski mniejszości wraz z ekspertyzami i opiniami historyków*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 6(29), s. 96-100.
4. *Glosa do orzeczenia francuskiej Rady Konstytucyjnej z dnia 10 czerwca 2004 r. (sygn. 2004-496 DC)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1, s. 158-166.
5. *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. (sygn. akt K 18/04)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 6, s. 190-196.
6. Rec. pracy: K. Kubuj, *Implementacja prawa wspólnotowego na tle doświadczeń Francji*, Warszawa 2006, „Państwo i Prawo” 2007, R. 62, z. 2, s. 116-118.
7. Rec. pracy: K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym. Wybrane zagadnienia prawnokonstytucyjne*, Wydawnictwo UJ, Kraków 2007, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 5(94), s. 228-236.
8. Rec. pracy: *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2009, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2009, R. IX, nr 1-2, s. 217-224.
9. *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego (Izba Cywilna) z dnia 14 czerwca 2012 r. (sygn. akt I CSK 577/11)*, „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2013, nr 9, s. 173-179.

Redakcja naukowa

1. *Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w nowej konstytucji. Materiały naukowe XXXVIII Sesji Katedr Prawa Konstytucyjnego*, Jamrozowa Polana 7-8.VI.1996 r., red. K. Wójtowicz, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1969, „Prawo” 1997, t. 258, Wydawnictwo UWr.
2. *Ten years of the democratic constitutionalism in Central and Eastern Europe*, współred. K. Działocha, R. Mojak, Wydawnictwo Mopol, Lublin 2001.

3. Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2595, „Przegląd Prawa i Administracji” 2003, t. 55, red. K. Wójtowicz, Wydawnictwo UWr.
4. *Polska i Niemcy wobec wyzwań procesów integracyjnych*, współred. L. Olszewski, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2689, Wydawnictwo UWr, Wrocław 2004.
5. *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
6. *Aktualne problemy prawa międzynarodowego i europejskiego*, red. K. Wójtowicz, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3176, „Prawo” 2009, t. 309, Wydawnictwo UWr.
7. *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, współred. A. Bator, M. Jabłoński, M. Maciejewski, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013.
8. „Państwo Prawne”, redaktor naczelny, Wydawnictwo Wyższej Szkoły Prawa we Wrocławiu.

Wykaz wypromowanych doktorów

1. Michał Rynkowski (2003, dr hab., Komisja Europejska)
2. Robert Grzeszczak (2003, prof. dr hab., Uniwersytet Warszawski)
3. Elżbieta Karska (2004, dr hab., prof. Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie)
4. Dariusz Adamski (2004, prof. dr hab., Uniwersytet Wrocławski)
5. Adriana Kalicka-Mikołajczyk (2004, dr, adiunkt, Uniwersytet Wrocławski)
6. Tomasz Tadeusz Koncewicz (2005, dr hab., prof. Uniwersytetu Gdańskiego)
7. Krzysztof Scheuring (2006, dr, starszy wykładowca, Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa w Sulechowie)
8. Izabela Wróbel (2006, dr hab., prof. Wyższej Szkoły Bankowej we Wrocławiu)
9. Agnieszka Frąckowiak-Adamska (2007, dr hab., prof. Uniwersytetu Wrocławskiego)
10. Krzysztof Załucki (2007, dr, adiunkt, Uniwersytet Opolski)
11. Agnieszka Zaleśna (2008, dr, Sąd Okręgowy we Wrocławiu)
12. Justyna Bazylińska-Nagler (2010, dr, adiunkt, Uniwersytet Wrocławski)
13. Aleksandra Zawelak (2012, dr)
14. Jakub Kociubiński (2012, dr hab., prof. Uniwersytetu Wrocławskiego)
15. Miras Daulenov (2012, dr, rektor Uniwersytetu Narxoz w Ałmaty, Kazachstan)
16. Bartosz Ziemblicki (2012, dr, adiunkt, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu)
17. Wiktor Czabaj (2012, dr, radca prawny, wykładowca w Wyższej Szkole Zarządzania i Bankowości w Krakowie)
18. Amelia Tosik (2015, dr, adwokat)
19. Justyna Nowakowska-Gancarz (2015, dr, radca prawny)
20. Łukasz Stępkowski (2019, dr, adiunkt, Uniwersytet Opolski)

Część I

Prawo krajowe

Pozycja ustrojowa Prezydenta RP (uwagi w związku z propozycją nowelizacji Konstytucji RP zgłoszoną w 2020 r.)

1. Jubileusz Profesora Krzysztofa Wójtowicza to znakomita okazja do przypomnienia Jego bogatego i wieloaspektowego dorobku naukowego. Większość swojej aktywności badawczej prof. K. Wójtowicz poświęcił oczywiście tematyce prawa europejskiego i międzynarodowego, z tą specjalnością związał się bowiem podczas swojej pracy na Uniwersytecie Wrocławskim. Jednak nie należy zapominać, że początek kariery naukowej Profesora miał miejsce w ówczesnym Zakładzie Prawa Państwowego (obecnie Katedrze Prawa Konstytucyjnego) UWr i to właśnie świat konstytucjonalistów wywarł znaczący wpływ na późniejszy rozwój akademicki prof. K. Wójtowicza.

Wśród zainteresowań naukowych Profesora znaczące miejsce zajmowały zagadnienia związane z funkcjonowaniem głowy państwa, w tym zwłaszcza prezydenckie uprawnienia nadzwyczajne (zarówno w Polsce, jak i w innych państwach)¹, dlatego też artykuł dedykowany Profesorowi poświęcam pozycji ustrojowej Prezydenta RP. Pretekstem do niego stała się także propozycja nowelizacji Konstytucji RP, zgłoszona 6 kwietnia 2020 r. przez grupę posłów klubu PiS².

Ad Multos Annos, Panie Profesorze!

2. Urząd Prezydenta (wówczas jeszcze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej) został przywrócony do polskiego systemu ustrojowego nowelą z dnia 7 kwietnia 1989 r. Postanowienia wówczas przyjęte były konsekwencją kompromisu zawartego podczas obrad Okrągłego Stołu i stanowiły część uzgodnionego pakietu reform instytucji państwowych³. Rządzący wówczas (czyli tzw. strona koalicyjno-rządowa) oczekiwali, że zachodzące zmiany pozostawać będą w zgodzie z panującym wówczas, socjalistycznym systemem politycznym, co jednak nie spotkało się z akceptacją

* Dr hab. Ryszard Balicki, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0002-9192-908X](https://orcid.org/0000-0002-9192-908X).

¹ Zob. zwłaszcza K. Wójtowicz, *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995; ale także *idem*, *Prezydenckie uprawnienia nadzwyczajne (analiza prawno-porównawcza)*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Ustrój i struktura aparatu państwowego i samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 118-132.

² Druk nr 337.

³ „Ustanowienie urzędu Prezydenta uzasadnione zostało potrzebą utrzymania stabilności państwa [...]”, W. Salmonowicz (red.), *Porozumienia „Okrągłego Stołu”*. Warszawa, 6 luty – 5 kwietnia 1989 r., [s.n.], Olsztyn 1989, s. 10.

strony solidarnościowo-opozycyjnej⁴. Bronisław Geremek podkreślał przy tym, że „[...] instytucja prezydentury leży w aspiracjach Polaków, ale albo jako układ w pełni demokratyczny, albo jako otwierający drogę do demokracji”⁵. W toku późniejszych rozmów pojawiła się szansa na kompromis, polegający na akceptacji wyboru głowy państwa⁶ przez parlament (jak chciała strona rządowa), ale w zamian za wolne wybory do reaktywowanego równocześnie Senatu⁷.

Legislacyjnym następstwem obrad Okrągłego Stołu była nowelizacja Konstytucji PRL z dnia 7 kwietnia 1989 r.⁸ Zdecydowano wówczas, że prezydent nie tylko przejmie kompetencje dotychczas przysługujące Radzie Państwa i jej przewodniczącemu, ale także zostanie wyposażony w dodatkowe uprawnienia, umożliwiające pełnienie funkcji swoistego „strażnika transformacji”⁹.

W związku z ówczesną sytuacją polityczną szczególną rolę odgrywały uprawnienia prezydenta do rozwiązania Sejmu (a z uwagi na związanie kadencji obu izb – również i Senatu) w sytuacjach wskazanych w konstytucji. Do przesłanek tych (oprócz niepowołania rządu i nieuchwalenia budżetu) zaliczono też uchwalenie przez Sejm ustawy (a także podjęcie uchwały) uniemożliwiającej prezydentowi wykonywanie konstytucyjnych uprawnień dotyczących stania na straży bezpieczeństwa państwa i sojuszy politycznych i wojskowych. Regulacja ta została oceniona jednoznacznie negatywnie: „[...] ostatnia z [...] przesłanek miała tak nieokreślony charakter, iż wyraźnie akcentowało to antyparlamentarny («rezerwowy») sens ówczesnej polskiej prezydentury”¹⁰.

Do polskiego systemu ustrojowego powróciła więc instytucja prezydenta, ale nie było to efektem prac nad głębszą reformą systemu, lecz jedynie konsekwencją politycznych uzgodnień. Oczywiście jest także, że oczekiwania ówczesnej strony rządowej nie wykraczały poza niedookreśloną „demokratyzację” systemu socjalistycznego¹¹ i – w rzeczywistości – obejmowały dopuszczenie tzw. konstruktywnej opozycji do współodpowiedzialności za tragiczną sytuację społeczną i gospodarczą. W literaturze

⁴ B. Geremek, J. Żakowski, *Rok 1989. Bronisław Geremek opowiada, Jacek Żakowski pyta*, Plejada, Warszawa 1990, s. 51.

⁵ K. Dubiński, *Magdalenka: transakcja epoki. Notatki z poufnych spotkań Kiszczał-Wałęsa*, Polska Oficyna Wydawnicza „BGW”, Warszawa 1990, s. 64.

⁶ Pomimo zgłaszanych przez doktrynę wątpliwości w tym zakresie używam zwyczajowego pojęcia „głowa państwa” jako odpowiednik pojęcia „prezydent”, zob. szerzej M.M. Wiszowaty, *Relikt monarchii czy filar republiki? Refleksje na temat instytucji Prezydenta III RP na tle polskich i amerykańskich reminiscencji ustrojowych*, [w:] D. Dudek (red.), *Zmieniać Konstytucję Rzeczypospolitej czy nie zmieniać? 58. Ogólnopolski Zjazd Katedr Prawa Konstytucyjnego Zamość, 2-4 czerwca 2016 r.*, KUL, Lublin 2017, s. 136 i n.

⁷ Zob. R. Mojak, *Instytucja Prezydenta RP w okresie przekształceń ustrojowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1995, s. 72.

⁸ Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Dz. U. z 1989 r. Nr 19, poz. 101.

⁹ Należy też podkreślić, że prezydent przejmował także kompetencje Rady Państwa określone w ustawach, które nie zostały wyraźnie przekazane na rzecz innych organów.

¹⁰ L. Garlicki, *Uwaga 20 do art. 4*, [w:] K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, M. Wyrzykowski, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995, s. 12-13.

¹¹ Ewentualne zamiany miały być bowiem realizowane w ramach „socjalistycznego rozwoju ustrojowego Polski”; zob. S. Zawadzki, *Problemy teoretyczne prac nad zmianą konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 10, s. 6.

przedmiotu zwraca się także uwagę na dodatkową motywację, którą kierował się generał Wojciech Jaruzelskiego, jedyny kandydat ówczesnej partii władzy na urząd prezydenta. Jak podkreślała Daria Nałęcz, „On sam do tej roli przygotowywał się bardzo starannie. Chciał zmyć wizerunek osoby współodpowiedzialnej za masakrę Wybrzeża w 1970 r. i stan wojenny, chciał stać się liderem zmian i autorem sukcesu”¹².

Plany generała Jaruzelskiego były zgodne z działaniami ówczesnej władzy, która pragnęła wyposażać prezydenta w uprawnienia znacznie przekraczające typowe kompetencje głowy państwa w systemie parlamentarno-gabinetowym¹³. W konsekwencji powodowało to zbliżenie ówczesnego systemu ustrojowego do systemu semiprezdenckiego (półprezdenckiego)¹⁴. Należy jednak zaznaczyć, że prezydent Wojciech Jaruzelski (wybrany najmniejszą możliwą przewagą przez Zgromadzenie Narodowe¹⁵) ze swych kompetencji korzystał w sposób bardzo oszczędny, nie angażując się nadmiernie w bieżące spory polityczne. Sytuacja uległa radykalnej zmianie po objęciu urzędu przez Lecha Wałęsę – pierwszego prezydenta wybranego w wyborach powszechnych. Powszechna, demokratyczna legitymizacja powodowała, że nastąpił radykalny wzrost aktywności głowy państwa na scenie politycznej¹⁶. Tak więc w ramach tych samych uregulowań konstytucyjnych, stwarzających podwaliny pod władczą prezydenturę, mieliśmy do czynienia z rzeczywistym funkcjonowaniem dwóch zasadniczo różniących się modeli sprawowania władzy, od wstrzemięźliwej prezydentury generała W. Jaruzelskiego, do aktywnej roli głowy państwa w wykonaniu L. Wałęsy¹⁷.

3. Przyjęta przez Sejm i Senat ustawa konstytucyjna z dnia 17 października 1992 r. o wzajemnych stosunkach między władzą ustawodawczą i wykonawczą Rzeczypospolitej Polskiej oraz o samorządzie terytorialnym¹⁸ (zwana Małą konstytucją

¹² D. Nałęcz, *Relacje prezydenta Jaruzelskiego z ZSRR jako element wschodniej polityki Polski w latach 1989–1990*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2018, nr 1(60), s. 222.

¹³ Można się spotkać z poglądem, że była to „próbą zinstytucjonalizowania dotychczas nieformalnych środków oddziaływania I sekretarza KC PZPR”; P. Sarnecki, *Dokonania konstytucyjne na drodze ku III Rzeczypospolitej. XXXIV Ogólnopolska Sesja Katedr Prawa Konstytucyjnego*, Jastrzębia Góra 1992 (maszynopis powielony).

¹⁴ Zob. A. Antoszewski, *Forma rządu*, [w:] A. Antoszewski, R. Herbut (red.), *Demokracje Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997, s. 59. Tadeusz Szymczak uznał wówczas, że stopień ukształtowania ówczesnego modelu prezydentury jest na tyle oryginalny i kompletny, że może zajmować pośrednie miejsce pomiędzy pozycją prezydenta w modelu parlamentarno-gabinetowym, a pozycją szefa państwa w modelu prezydenckim (zob. T. Szymczak, *Instytucja prezydenta (założenia ogólne)*, „Studia Konstytucyjne” 1990, nr 8, s. 180). Po latach należy jednak stwierdzić, że był to pogląd zbyt optymistyczny.

¹⁵ W głosowaniu brało udział 544 członków Zgromadzenia Narodowego, oddano 7 głosów nieważnych, za kandydaturą oddano 270 głosów, przeciw 233, zaś 34 członków ZN wstrzymało się od głosu.

¹⁶ Zob. też R. Balicki, *Uprawnienia Prezydenta w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zagadnienia podstawowe*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2079, „Przegląd Prawa i Administracji” 1998, t. XL, s. 22.

¹⁷ Działania podejmowane przez prezydenta L. Wałęsę często miały na celu poszerzenie kompetencji głowy państwa, jednym z przykładów – już na gruncie Małej konstytucji z 1992 r. – stała się praktyka tzw. „resortów prezydenckich”, zob. A. Chorążewska, *Model prezydentury w praktyce politycznej po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r.*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, s. 25.

¹⁸ Dz. U. z 1992 r. Nr 84, poz. 426.

z 1992 r.) na nowo ukształtowała system polityczny w Polsce, a co za tym idzie, także i uprawnienia prezydenta. Niewątpliwym wpływ na to miała wspomniana powyżej aktywność prezydenta L. Wałęsy, która była możliwa zwłaszcza w warunkach braku precyzyjnej regulacji ustrojowej.

Kompetencje prezydenta uwarunkowane zostały wprowadzeniem zasady podziału władzy jako podstawy określenia stosunków pomiędzy władzą ustawodawczą a wykonawczą (w tym również prezydentem). Warto przy tym podkreślić, że zasada ta została uregulowana z uwzględnieniem możliwości wzajemnego współdziałania władz, a więc zgodnie z rozwiązaniem przyjmowanym dla parlamentarnych systemów rządów. Mała konstytucja z 1992 r. na nowo także określiła przesłanki rozwiązania Sejmu przez prezydenta – przede wszystkim została usunięta możliwość przedterminowego zakończenia kadencji Sejmu w wypadku przyjęcia ustawy lub uchwały uniemożliwiającej prezydentowi wykonywanie konstytucyjnych uprawnień. Prezydent otrzymał natomiast znaczącą rolę w procedurze powołania rządu, jednak w praktyce decydujące znaczenia miała wola większościowej koalicji parlamentarnej¹⁹.

Prezydent nadal był wybierany w wyborach powszechnych i definiowany ustrojowo jako najwyższy przedstawiciel państwa (zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i międzynarodowych). Jednak istotnym doprecyzowaniem rzeczywistej roli spełnianej przez prezydenta stał się ówczesny artykuł 46 Małej konstytucji z 1992 r. wprowadzający instytucję kontrasygnaty²⁰, któremu towarzyszył – w art. 47 – wykaz aktów prawnych głowy państwa z tego obowiązku zwolnionych.

Analiza kompetencji prezydenta zawartych w ustawie konstytucyjnej z dnia 17 października 1992 r. pozwala na stwierdzenie, że podjęta została wówczas próba zawarcia swoistego kompromisu konstytucyjnego²¹ i ponownego uregulowania pozycji ustrojowej głowy państwa. Nie udało się jednak twórcom Małej konstytucji zrealizować założeń konkretnego systemu rządów, a przyjęty mechanizm sprawowania władzy miał charakter hybrydalny, czerpał zarówno z systemu parlamentarnego, jak i prezydenckiego²². W odniesieniu do zakresu normowania pozycji organów władzy wykonawczej była to realizacja zapoczątkowanej już uprzednio koncepcji silnej prezydentury, ograniczonej tym razem zasadami podziału władz i kompetencjami parlamentu, a przez to odpornej na pokusy bonapartyzmu²³.

¹⁹ Pomimo wyraźnie wyrażanej dezaprobaty prezydent L. Wałęsa powołał Jana Olszewskiego po wyborach z 1991 r. na Prezesa Rady Ministrów – decydujące okazała się bowiem wola utworzonej właśnie koalicji parlamentarnej; zob. szerzej A. Antoszewski, *Forma rządu...*, s. 60.

²⁰ Zgodzić się przy tym należy, że przyjęty sposób regulacji instytucji kontrasygnaty budził wiele wątpliwości; zob. szerzej R. Mojak, *Instytucja Prezydenta RP...*, s. 315-316.

²¹ Zob. M. Kruk, *Wstęp. Między konstytucją a konstytucją*, [w:] eadem (red.), *„Mała konstytucja” w procesie przemian ustrojowych w Polsce*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1993, s. 8.

²² Zob. też J. Ciapała, *Prezydent w systemie ustrojowym Polski (1989-1997)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999, s. 35.

²³ Zob. W. Sokolewicz, *Pomiędzy systemem parlamentarno-gabinetowym a systemem prezydencko-parlamentarnym: prezydentura ograniczona lecz aktywna w Polsce i Rumunii*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 3(15), s. 35.

4. Mogłoby się wydawać, że żmudny i długotrwały proces przygotowania i uchwalenia Konstytucji RP z 1997 r.²⁴ pozwolił członkom Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego (KK ZN) na jasne i jednoznaczne zdefiniowanie projektowanego systemu rządów i uniknięcie dzięki temu późniejszych sporów interpretacyjnych. Rzeczywistość jednak temu przeczy. Twórcy konstytucji nie byli bowiem wolni od spoglądania na najważniejszy dokument ustrojowy poprzez pryzmat dotychczasowego piastuna urzędu prezydenckiego bądź też osoby, która urząd ten mogłaby potencjalnie sprawować. Zjawisko to nie jest nowe, występowało przecież także w II Rzeczypospolitej i odcisnęło znaczące piętno na kształcie zarówno Konstytucji marcowej (pisanej przecież „przeciwko” marszałkowi Józefowi Piłsudskiemu), jak i Konstytucji kwietniowej (tworzonej z myślą o marszałku jako silnym prezydencie odpowiedzialnym wyłącznie przed Bogiem i historią). Również przygotowując nową ustawę zasadniczą, parlamentarzyści mieli na uwadze dotychczasową aktywność L. Wałęsy i niewątpliwie to krytyczna jej ocena przeważała nad koniecznością konceptualizacji jasno zdefiniowanego modelu rządów. Także – zaskakująca wówczas – wygrana Aleksandra Kwaśniewskiego w wyborach prezydenckich z 1995 r. nie przyczyniła się do uzyskania jasno sprecyzowanego modelu prezydentury. Dotychczasowy przewodniczący Komisji Konstytucyjnej sprzyjał bowiem osłabianiu roli głowy państwa, jednak wyłącznie do uzyskania zwycięstwa w wyborach prezydenckich. Istotna zmiana zauważalna stała się wiosną 1996 r., kiedy to przedstawiciel prezydenta w KK ZN zaproponował pakiet poprawek umacniających pozycję głowy państwa. Zgłoszone propozycje zmian zostały w części zaakceptowane przez Komisję, co niewątpliwie doprowadziło do kolejnego wahnięcia w zakresie stosunków prezydent – Rada Ministrów. Tak daleko idące zmiany na końcowym etapie prac nad konstytucją zostały określone jako wyraz „koniunkturalizmu i personalnego podchodzenia do instytucji konstytucyjnych”²⁵. W ostatecznym kształcie twórcy obowiązującej Konstytucji RP nie zrealizowali żadnego modelu ustrojowego w formie klasycznej²⁶, a funkcjonujący system rządów nadal stwarza problemy z jednoznacznym ujęciem go w ramach doktrynalnych pojęć²⁷.

5. Konstytucja z 1997 r., idąc w ślady Małej konstytucji z 1992 r., zaliczyła prezydenta (w art. 10 ust. 2) do organów władzy wykonawczej, pozostawiła także przyjętą w 1990 r. zasadę jego kreacji w drodze wyborów powszechnych na pięcioletnią kadencję. Możliwe jest tylko dwukrotne piastowanie tego stanowiska przez

²⁴ Dz. U. Nr 78, poz. 483 (ze sprost. i zm.).

²⁵ Wypowiedź posła Jerzego Ciemnińskiego [za:] J. Ciapała, *Prezydent...*, s. 46.

²⁶ Zob. np. B. Banaszak, *Prezydentura w projektach nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1850, „Przegląd Prawa i Administracji” 1996, t. XXXIV, s. 109.

²⁷ O politycznym kompromisie mającym wpływ na ostateczny kształt konstytucji zob. W. Tomaszewski, *Kompromis polityczny w procesie stanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej z 2 kwietnia 1997 roku*, Akademia Humanistyczna im. Aleksandra Gieysztora, Pułtusk 2007, s. 216; J. Jaskiernia, *Konstytucja RP jako efekt kompromisu politycznego*, [w:] Z. Maciąg (red.), *Stosowanie Konstytucji RP z 1997 roku – doświadczenia i perspektywy. Międzynarodowa konferencja naukowa*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne – Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2006, s. 95.

tę samą osobę. Z art. 127 ust. 2 wynika, że zasada ta obowiązuje bez względu na to, czy reelekcja nastąpi bezpośrednio po zakończeniu kadencji, czy też po pewnej przerwie, w której urząd prezydenta sprawował będzie ktoś inny.

Konstytucja daje także swój wyraz dążeniu do zapewnienia całkowitego podziału władz w aspekcie personalnym i zabrania prezydentowi piastowania innych urzędów lub funkcji publicznych, z wyjątkiem tych, które są bezpośrednio związane z pełnieniem urzędu Prezydenta RP.

Konstytucja nie dokonuje klasyfikacji kompetencji prezydenta ani nie stara się enumeratywnie ich wymienić, odsyłając w art. 126 ust. 3 do szczegółowych uregulowań ustawowych. Dla określenia pozycji ustrojowej prezydenta istotne jest jednak wyróżnienie w art. 126 ust. 1 i 2 wyraźnie trzech grup funkcji prezydenta. Należą do nich: reprezentowanie RP i gwarantowanie ciągłości władzy państwowej, czuwanie nad przestrzeganiem konstytucji, stanie na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. W sposób ogólny scharakteryzowano kierunki i cele działań prezydenta, a tym samym i rolę odgrywaną przez niego w systemie organów państwowych. Z nakreślonymi w art. 126 funkcjami wiążą się konkretne kompetencje sformułowane w przepisach szczegółowych (konstytucyjnych i ustawowych). Prezydent, korzystając z nich, wydaje akty urzędowe. Konstytucja przyjmuje przy tym w art. 144 ust. 2 generalną zasadę, że akty te dla swej ważności wymagają współpodpisu Prezesa Rady Ministrów, który kontrasygując je, ponosi równocześnie za nie odpowiedzialność przed Sejmem. Nowa konstytucja precyzyjniej jednak niż Mała konstytucja z 1992 r. zdefiniowała akty wymagające kontrasygnaty. Po pierwsze stwierdziła, że chodzi tu o „akty urzędowe”, a więc praktycznie o wszelkie działania podejmowane przez prezydenta w ramach wykonywanego przez niego urzędu²⁸. Po drugie zaś określiła enumeratywnie w art. 144 ust. 3 akty niewymagające kontrasygnaty (w teorii prawa konstytucyjnego mówi się w tym przypadku o prerogatywach).

Do osobistych uprawnień prezydenta zaliczone zostało: zarządzenie wyborów do Sejmu i Senatu, zwołanie pierwszego posiedzenia obu izb, skrócenie kadencji Sejmu w przypadkach określonych w konstytucji, skorzystanie z prawa inicjatywy ustawodawczej, zarządzenie referendum ogólnokrajowego, podpisanie lub też odmowę podpisania ustawy, zarządzenie ogłoszenia ustawy i umowy międzynarodowej w Dzienniku Ustaw, zwrócenie się z orędziem do Sejmu, Senatu lub Zgromadzenia Narodowego, złożenie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego, złożenie wniosku o przeprowadzenie kontroli przez Najwyższą Izbę Kontroli, desygnowanie i powoływanie Prezesa Rady Ministrów, przyjęcie dymisji Rady Ministrów oraz powierzenie jej tymczasowego pełnienia obowiązków, złożenie wniosku do Sejmu o pociągnięcie członka rządu do odpowiedzialności przed Trybunałem Stanu, odwołanie ministra

²⁸ Używając pojęcia „akty urzędowe” (nb. stosowanego również w Konstytucji marcowej), ustrojodawca uniknął sporów powstałych w związku z interpretacją stosowanego w Małej konstytucji z 1992 r. pojęcia „akty prawne”, które rodziło przypuszczenia, że mogą istnieć inne oficjalne akty prezydenta niebędące jednak „prawnymi” i w związku z tym nieobjęte koniecznością uzyskania kontrasygnaty.

po uprzednim wyrażeniu mu przez Sejm wotum nieufności, zwołanie Rady Gabinetowej, nadawanie orderów i odznaczeń, powoływanie sędziów, stosowanie prawa łaski, nadawanie obywatelstwa polskiego oraz wyrażanie zgody na jego zrzeczenie się, powołanie Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, prezesów Sądu Najwyższego i wiceprezesów NSA, złożenie wniosku do Sejmu o powołanie prezesa Narodowego Banku Polskiego, powoływanie członków Rady Polityki Pieniężnej, powoływanie i odwoływanie członków Rady Bezpieczeństwa Narodowego, powoływanie członków Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, nadawanie statutu Kancelarii Prezydenta RP oraz powoływanie i odwoływanie jej Szefa, wydawanie zarządzeń na zasadach określonych w art. 93 konstytucji oraz zrzeczenie się urzędu.

Zakres uprawnień konstytucyjnych prezydenta (w szczególności jego prerogatyw) pozwala na określenie pozycji ustrojowej głowy państwa. Należy więc stwierdzić, że polski ustrojodawca przyjął koncepcję rządów parlamentarnych z aktywną jednak rolą wypełnianą przez prezydenta.

Konstytucja osłabiła co prawda pozycję prezydenta wobec parlamentu (poprzez np. zmniejszenie z $\frac{2}{3}$ do $\frac{3}{5}$ większości niezbędnej w Sejmie do odrzucenia weta czy też odebranie prezydentowi możliwości założenia weta przeciwko ustawie budżetowej) oraz wobec rządu (w wyniku rezygnacji z tzw. resortów prezydenckich oraz zmniejszenia wpływu prezydenta na zmiany dokonywane w składzie rządu). Jednak zakres uprawnień będących w gestii głowy państwa, zwłaszcza oparty na autorytecie osoby sprawującej ten urząd, oraz dysponowanie legitymizacją pochodzącą z powszechnych wyborów nadal pozwalają na prowadzenie samodzielnej polityki, która może pozostawać w sprzeczności z wolą drugiego członu władzy wykonawczej²⁹ – rządu (oraz wspierającej go większości parlamentarnej).

6. Polski system rządów, budowany po roku 1989 r., nigdy nie był w swej konstrukcji jednorodny³⁰. Problem z wzajemnym dopasowaniem instytucji zauważalny był od samego początku zmian ustrojowych, kiedy do dotychczasowego modelu ustrojowego, opierającego się na socjalistycznym modelu rządów i konstytucyjnie zdefiniowanej dominacji Sejmu dodana została instytucja jednoosobowej głowy państwa³¹. Nieprzypadkowo Jerzy Ciapała określał ówczesną pozycję prezydenta jako „niedookreśloną, niedopracowaną i niespójną”³². Zauważalna przy tym była, zapoczątkowana już

²⁹ Zgodnie z art. 10 ust. 2 konstytucji władza wykonawcza sprawowana jest przez Prezydenta Rzeczypospolitej i Radę Ministrów.

³⁰ Janina Zakrzewska podkreślała, że rozstrzygnięcia często podejmowane były siłą inercji i „bez wcześniejszej wyraźnej decyzji, do jakich zasadniczych rozstrzygnięć należy dopasować konkretne rozwiązania”; J. Zakrzewska, *Spór o konstytucję*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992, s. 125.

³¹ W literaturze polskiego prawa konstytucyjnego podkreśla się, że wprowadzenie do systemu prawnego w 1989 r. urzędu prezydenta nie było jednak powiązane z jednoznacznym rozstrzygnięciem modelu budowanej prezydentury, zob. P. Sarnecki, *Prezydent jako organ czuwający nad przestrzeganiem konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11, s. 14.

³² J. Ciapała, *Prezydent...*, s. 26.

nowelą kwietniową do Konstytucji PRL w 1989 r., tendencja do utrzymywania wzmocnionej – w porównaniu z klasycznym modelem parlamentarnym – pozycji prezydenta³³.

Celowe wydaje się więc przeprowadzenie całościowej analizy funkcjonowania przyjętego systemu rządów i – po zrealizowaniu powyższej ewaluacji – dokonanie pożądanych zmian. Jednak roli takiej nie mogą spełniać inicjatywy dotyczące wyłącznie wybranego, bardzo ograniczonego aspektu roli spełnianej przez Prezydenta RP. Z taką właśnie propozycją nowelizacji Konstytucji RP mieliśmy do czynienia w roku 2020³⁴. Grupa posłów przedłożyła wówczas Sejmowi projekt nowelizacji odnoszącej się wyłącznie do nowego określenia długości kadencji głowy państwa (siedem lat, bez możliwości jej ponowienia). Jakkolwiek sama propozycja pojawiała się już w dyskursie naukowym³⁵, to jednak tym razem nie towarzyszyła jej jakakolwiek głębsza analiza ustrojowa, a załączone uzasadnienie zawierało się w trzech akapitach i nie przekraczało strony maszynopisu. Nie dziwi więc, że i sami posłowie nie potraktowali zgłoszonej propozycji poważnie i – w praktyce – nie rozpoczęli prac sejmowych nad procedurą zmiany Konstytucji.

Należy bowiem zgodzić się ze stanowiskiem zajętym przez Wojciecha Sadurskiego, że „dyskusja nad ewentualnymi zmianami rozgraniczenia kompetencji prezydenta i premiera musiałaby zatem być wtórna wobec bardziej zasadniczej dyskusji ustrojowej: nad tym, czy Polska powinna przejść w kierunku systemu w pełni parlamentarno-gabinetowego, czy w pełni prezydenckiego”³⁶.

Pytanie podstawowe więc brzmi – jaki system rządów należy wybrać, które rozwiązania umożliwią sprawne i demokratyczne funkcjonowanie państwa? Dopiero po udzieleniu na nie odpowiedzi możliwe będzie rozważanie dalszych działań i określenie, jakie modyfikacje konstytucyjnego systemu sprawowania władzy należy wprowadzić. Rozwiązanie podnoszonych w doktrynie problemów jest jednak celowe, istniejący dotychczas eklektyzm rozwiązań nie może być utrzymywany – nie można budować państwa, w którym silny ma być zarówno prezydent, jak i szef rządu³⁷.

Jednak – co najważniejsze – wszelkie zmiany ustrojowe muszą być przeprowadzane w warunkach koniecznej zgody narodowej, tak aby tym razem nie powstało wrażenie, że są one jedynie wyrazem kalkulacji politycznych i chęcią zdyskontowania chwilowej większości osiągniętej w parlamencie.

³³ Zob. L. Garlicki, M. Zubik, *Idea parlamentaryzmu zrationalizowanego w praktyce ustrojowej III RP*, [w:] A. Łabno, E. Zwierchowski (red.), *Księga pamiątkowa profesora Marcina Kudeja*, Oficyna Wydawnicza Wacław Walasek, Katowice 2009, s. 179.

³⁴ Zob. M. Haczkowska, *Zmiana Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej „w czasach zarazy”*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3996, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. CXXIII, s. 147.

³⁵ Zgłosił ją prezydent Lech Kaczyński w liście do uczestników 51. Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego; zob. *List Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego*, [w:] M. Zubik (red.), *Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 12.

³⁶ W. Sadurski, *Kwestie konstytucyjne*, [w:] L. Kolarska-Bobińska (red.), *Co warto, co należy zmienić? Poprawa jakości demokracji w Polsce*, Fundacja Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2008, s. 18.

³⁷ Zob. np. propozycje zmian: R. Balicki, *Relacje między organami władzy wykonawczej – na drodze do systemu kanclerskiego*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010, s. 329.

Czy obywatele państw członkowskich Unii Europejskiej powinni mieć prawo zrzeszania się w partiach politycznych w Polsce?

1. Odpowiedź na tytułowe pytanie dotyka wielu istotnych i spornych kwestii z dziedziny prawa konstytucyjnego i prawa Unii Europejskiej. Kwestie te są poruszane w literaturze, ale nie doczekały się dotąd jednoznacznego rozstrzygnięcia. Obszernie wypowiadał się na ten temat Profesor Krzysztof Wójtowicz¹.

Na pozór w obecnym stanie prawnym w Polsce sprawa wydaje się jasna. Według art. 11 ust. 1 zdanie drugie Konstytucji²: „Partie polityczne zrzeszają na zasadach dobrowolności i równości obywateli polskich w celu wpływania metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa”. Ponadto, stosownie do art. 2 ust. 1 ustawy o partiach politycznych³: „Członkami partii politycznych mogą być obywatele Rzeczypospolitej Polskiej, którzy ukończyli 18 lat”. W świetle przytoczonych przepisów prawo zrzeszania się w partiach przedstawia się zatem jako konstytucyjne prawo obywatelskie, które nie przysługuje osobom niemającym polskiego obywatelstwa⁴.

Sprawa nie jest wszakże jednoznaczna. Od dawna wyrażane są poglądy, że prawo przynależności do partii politycznych powinno zostać przyznane także obywatelom innych państw członkowskich Unii Europejskiej⁵. Argumenty na poparcie tej tezy są wywodzone z prawa unijnego. Chodzi tu o przepisy wyznaczające status obywateli Unii⁶, a zwłaszcza przyznające im czynne i bierne prawo wyborcze do

* Prof. dr hab. Stanisław Biernat, emerytowany profesor w Katedrze Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, były wiceprezes Trybunału; ORCID: 0000-0001-8923-0766.

¹ K. Wójtowicz, *Obywatelstwo a przynależność do partii politycznych*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2016, t. XII, s. 273 i n.

² Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm. – dalej: Konstytucja RP.

³ Ustawa z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych, t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 580, z 2021 r. poz. 1407.

⁴ Takie stanowisko zajmują autorzy komentarzy do art. 11 Konstytucji, nie wspominając o dyskusjach w Polsce na ten temat. Por. J. Sułkowski, *Komentarz do art. 11 Konstytucji*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 359; W. Sokolewicz, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016, s. 387, z niejasnym zastrzeżeniem: P. Tuleja, *Komentarz do art. 11 Konstytucji*, [w:] *idem* (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 61.

⁵ Dalej także: UE.

⁶ W tym opracowaniu pojęcie „obywateli Unii” odnosi się do obywateli innych państw członkowskich UE. Zastrzeżenie to jest istotne, ponieważ obywatele RP są również obywatelami Unii.

Parlamentu Europejskiego i do organów władzy lokalnej w państwach członkowskich, w których zamieszkują (art. 22 ust. 1 i 2 TFUE)⁷, a także zakazujące dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 18 TFUE)⁸. Wobec tego formułowane są postulaty takiej wykładni art. 11 Konstytucji, z której nie wynikałby zakaz przynależności do partii osób niebędących obywatelami polskimi, a także wprowadzenia zmian w ustawie o partiach politycznych.

Wymaganie umożliwienia obywatelom Unii członkostwa w partiach politycznych nie zostało sformułowane wprost w traktatach. Uważa się, że pozostaje ono w związku z prawami wyborczymi obywateli Unii; będzie o tym mowa niżej. Tutaj wystarczy tylko wstępnie zaznaczyć, że Komisja Europejska⁹ od dawna domagała się od państw członkowskich dokonania stosownych zmian w prawie krajowym.

2. Zagadnienie członkostwa w partiach politycznych osób niebędących obywatelami polskimi wywołało zainteresowanie w literaturze już niedługo po przystąpieniu Polski do Unii.

Jedną z pierwszych prac poruszających ten temat był artykuł Adama Bodnara¹⁰. Autor przypomniał wymaganie, aby prawa obywateli Unii, w tym prawa wyborcze, były skuteczne. Nie sprzyja temu zakaz zrzeszania się obywateli Unii w partiach w niektórych państwach. Powoduje to, że bierne prawo wyborcze staje się iluzoryczne. Ponadto obywatele Unii są w tym względzie dyskryminowani w stosunku do obywateli danego państwa. Podnoszony przeciwny argument o naruszeniu suwerenności narodu nie jest przekonujący, ponieważ obywatele Unii nie korzystają z praw wyborczych na szczeblu krajowym.

Autor stwierdził, że nie jest niezbędna nowelizacja art. 11 Konstytucji, natomiast wymagana byłaby jego nowa wykładnia. Wystarczająca byłaby zmiana przepisów ustawy o partiach politycznych. Jako przykład do naśladowania została przywołana wykładnia art. 62 Konstytucji w świetle wyroku Trybunału Konstytucyjnego¹¹ w sprawie K 18/04¹².

Obszerne rozważania na omawiany temat można znaleźć w pracy Marcina Dąbrowskiego¹³. Autor opowiedział się za wykładnią art. 11 Konstytucji w sposób dopuszczający zrzeszanie się cudzoziemców w partiach, w tym także obywateli UE.

⁷ Por. S. Biernat, *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, [w:] *idem* (red.), *System prawa Unii Europejskiej*, t. 1. *Podstawy i źródła prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 592 i n.

⁸ *Ibidem*, s. 551 i n.

⁹ Dalej także: Komisja albo KE.

¹⁰ A. Bodnar, *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, „Zeszyty OIDE” 2008, t. 9. *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, s. 90 i n.

¹¹ Dalej także: TK.

¹² Wyrok z 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK ZU 5A/2005, poz. 49.

¹³ M. Dąbrowski, *Konstytucyjny aspekt zrzeszania się cudzoziemców w partiach politycznych w Polsce*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 2, s. 107 i n. Autor zajmował się już wcześniej tym zagadnieniem. Por. jego artykuł *Zrzeszanie się obywateli UE w partiach politycznych w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 4, s. 63 i n.

Jego zdaniem treści art. 11 ust. 1 zdanie 2 Konstytucji nie powinno się interpretować za pomocą wnioskowania *a contrario*.

Na poparcie tej tezy została przytoczona interpretacja art. 62 Konstytucji w świetle wyroku TK w sprawie K 18/04. Autor wywiódł, że partie oprócz wpływania metodami demokratycznymi na politykę państwa oddziałują także na kształtowanie polityki samorządowej i polityki UE. W tym względzie dopuszczalne jest członkostwo cudzoziemców w partiach. Nie ogranicza to suwerenności narodu ani suwerenności państwa, natomiast zapewniałoby zgodność prawa polskiego z prawem unijnym.

Na uwagę zasługuje ze względu na swą rangę i treść opinia Rady Legislacyjnej z 2012 r.¹⁴ Jej projekt przygotowali prof. Krzysztof Wójtowicz i dr Adam Krzywoń. Opinia została wydana w związku z wezwaniem Polski przez KE do zmiany prawa i dopuszczenia obywateli Unii do członkostwa w partiach politycznych, a także w związku z przeciwnym temu stanowiskiem Ministra Spraw Wewnętrznych, który opowiedział się za pozostawieniem ograniczenia przynależności do partii wyłącznie do obywateli polskich. Rada Legislacyjna opowiedziała się za interpretacją art. 11 Konstytucji odbiegającą od literalnego brzmienia przepisu i przyznaniem prawa do członkostwa w partiach obywatelom Unii na stałe zamieszkającym w Polsce. Taka propozycja nie ogranicza, zdaniem Rady, niezależności państwa, oznacza natomiast prounijną wykładnię Konstytucji i pozwala na uniknięcie potencjalnego konfliktu z Unią Europejską. Konstytucja zapewnia w art. 11 poziom minimalny gwarancji praw, co nie wyklucza szerszych unormowań ustawowych. Do przedstawionych tu wniosków Rada Legislacyjna doszła po obszernej i wielowątkowej analizie, obejmującej m.in. stanowiska doktryny i orzecznictwa TK dotyczące konstytucyjnych praw politycznych. Szczególne znaczenie miała wykładnia art. 62 Konstytucji i wyrok TK w sprawie K 18/04. Ponadto przedstawione zostało prawo dotyczące obywatelstwa UE i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁵ oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak również przegląd porządków prawnych kilku państw europejskich rozszerzających krąg członkostwa w partiach poza swoimi obywatelami.

Obszernym głosem w dyskusji na omawiany temat jest artykuł Krzysztofa Wójtowicza¹⁶. Punktem wyjścia w rozważaniach Autora jest pluralizm polityczny i będąca jego przejawem ustrojowa zasada wolności zrzeszania się, w tym wolność tworzenia i działania partii. W świetle prawa UE i orzecznictwa TSUE budzi wątpliwości zapewnienie tej ostatniej wolności wyłącznie dla obywateli polskich. Autor przedstawia zastrzeżenia zgłaszane przez KE wobec porządków prawnych kilku państw członkowskich, a także omawia rozwiązania prawne w kilku innych państwach, które zezwalają na członkostwo w partiach obywateli Unii. K. Wójtowicz

¹⁴ Opinia Rady Legislacyjnej dotycząca interpretacji art. 11 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i możliwości ewentualnej nowelizacji ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych, „Przegląd Legislacyjny” 2012, nr 4, s. 99 i n.

¹⁵ Dalej także: TSUE.

¹⁶ Por. przypis 1.

rozważa, czy dla zapewnienia zgodności z prawem unijnym wymagana byłaby nowelizacja art. 11 Konstytucji, czy też wystarczy modyfikacja ustawy o partiach politycznych. Czyni to w szerszym kontekście roli prawa unijnego w porządku prawnym RP, wyznaczonej przez art. 90 i 91 Konstytucji oraz orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Autor przywołał konstytucyjne zasady sformułowane w orzecznictwie TK: przychylności dla procesu integracji europejskiej oraz wykładni przyjaznej prawu europejskiemu. Przypominał, że kierując się tymi zasadami, TK dokonał interpretacji art. 62 Konstytucji w kontekście praw wyborczych obywateli Unii. Na koniec doszedł do wniosku, wspierając się stanowiskiem Rady Legislacyjnej i poglądami wyrażonymi w literaturze, że analogiczną, przyjazną dla prawa europejskiego wykładnię można zastosować także do art. 11 Konstytucji i przyznać w ustawie obywatelom UE prawo do zrzeszania się w działających w Polsce partiach.

3. W przedstawionych wyżej wypowiedziach powtarzał się postulat zastosowania wobec art. 11 Konstytucji wykładni analogicznej do tej, jaka została przyjęta w odniesieniu do art. 62 Konstytucji. Warto zatem w tym miejscu przypomnieć dyskusję, jaka się toczyła przez kilka lat na przełomie XX i XXI w., i zastanowić się, czy i jakie elementy używanej wówczas argumentacji mogłyby być przydatne dla niniejszych rozważań.

W okresie przed przystąpienia do UE przeprowadzana była analiza polskiego porządku prawnego mająca na celu zidentyfikowanie przepisów, które są niezgodne z prawem unijnym i mogą stać się przeszkodą dla akcesji. Jednym z takich przepisów był art. 62 Konstytucji, który przyznaje prawo udziału w referendum i czynne prawo wyborcze w wyborach wszystkich szczebli obywatelom polskim. Przepis ten rozumiany literalnie wykluczał przyznanie praw wyborczych obywatelom Unii zamieszkałym w Polsce. Taki stan prawny pozostawał w kolizji z przepisami traktatowymi przyznającymi obywatelom Unii prawa wyborcze w wyborach do władz lokalnych i do Parlamentu Europejskiego. Ze względu na rygorystyczną procedurę zmiany Konstytucji przedmiotem dyskusji stała się zatem możliwość wykładni art 62 Konstytucji, która odbiegałaby od wykładni literalnej. Poglądy dopuszczające taką możliwość były prezentowane już kilka lat przed akcesją w opinii Rady Legislacyjnej¹⁷ i w literaturze¹⁸.

¹⁷ Opinia z 26 maja 1999 r., o zgodności prawa wspólnotowego z Konstytucją RP, „Przegląd Legislacyjny” 1999, nr 2, s. 154 i n.

¹⁸ Por. np. S. Dudzik, *Konstytucyjna pozycja samorządu terytorialnego a perspektywy integracji europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 1999, s. 270 i n.; S. Biernat, *Czy konieczne są zmiany w Konstytucji przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej?* oraz *idem*, *Polska jako państwo członkowskie w Unii Europejskiej*, oba artykuły [w:] J. Barcz (red.), *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, ISP, Warszawa 2002, s. 55 i n.; s. 101 i n.; K. Działocha, *Zgodność zmian w prawie wyborczym z Konstytucją RP (w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 11, s. 13 i n.

Argumenty przytaczane na poparcie takiej tezy były różnorodne. Jednym z nich było przekonanie, że art. 62 Konstytucji ma charakter gwarancyjny wobec obywateli polskich, czyli zapewnia im z mocy najwyższego aktu prawnego prawa wyborcze. Z omawianego przepisu nie wynika jednak wykluczenie dopuszczalności rozszerzania praw wyborczych na inne podmioty w drodze ustawowej. Innymi słowy Konstytucja wyznacza jedynie minimalny krąg podmiotów uprawnionych. Podział konstytucyjnych wolności i praw na obywatelskie i powszechne („człowiecze”), czyli przysługujące każdemu nie jest sztywny. W wielu przypadkach dopuszczalne jest rozszerzanie w ustawach kręgu uprawnionych podmiotów, poza obywatelami. Przykłady na to można znaleźć w ustawach i wiele z nich nie wzbudza kontrowersji¹⁹. Muszą istnieć jednak względy, które przemawiają za rozszerzeniem zakresu podmiotowego beneficjentów pewnych wolności i praw ponad to, co wynika z brzmienia Konstytucji. W przypadku art. 62 Konstytucji takim przekonującym względem są wymagania prawa unijnego oraz konstytucyjna zasada otwarcia na integrację europejską i wynikająca z niej wykładnia Konstytucji przyjazna prawu europejskiemu. Zasada suwerenności narodu, przywoływana niekiedy w dyskusjach jako przeszkoda dla rozszerzania kręgu osób korzystających z praw wyborczych, nie obejmuje akurat tych wyborów, które mają być dostępne dla obywateli Unii.

Przedstawione wyżej poglądy zostały uznane za przekonujące przez ustawodawcę. Nie został zmieniony art. 62 Konstytucji, natomiast przed przystąpieniem do Unii Europejskiej została znowelizowana ustawa – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw²⁰, a także uchwalona ustawa – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego²¹. Ustawy te przyznały czynne i bierne prawa wyborcze obywatelom Unii do rad gmin oraz do Parlamentu Europejskiego.

Wątpliwości konstytucyjne dotyczące zgodności prawa unijnego z art. 62 Konstytucji zostały później rozstrzygnięte przez TK w przytaczanym już wyroku w sprawie K 18/04 zgodnie z przedstawionymi wyżej poglądami wyrażonymi w literaturze. Zarzuty wnioskodawców – grup posłów dotyczyły tego, że przyznanie obywatelom UE czynnego i biernego prawa wyborczego w wyborach do samorządu terytorialnego jest bezprawnie rozciągane na inne osoby. Rozważając ten zarzut, TK przywołał art. 16 ust. 1 Konstytucji, stosownie do którego wspólnotę samorządową stanowi z mocy prawa „ogół mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego”. Konstytucja nie uzależnia zatem przynależności do wspólnoty samorządowej od polskiego obywatelstwa. Przy wyborze do organów samorządu terytorialnego (zwłaszcza w gminach) nie wchodzi w grę realizacja suwerennych praw Narodu, ale praw wspólnoty mieszkańców, której członkami pozostają wszyscy mieszkańcy danej jednostki samorządowej.

¹⁹ Por. np. art. 61 Konstytucji i art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2176 ze zm.

²⁰ Ustawa z dnia 16 lipca 1998 r. – Ordynacja wyborcza do rad gmin, rad powiatów i sejmików województw, Dz. U. z 2003 r. Nr 159, poz. 1547 ze zm. Por. art. 6a i art. 7.

²¹ Ustawa z dnia 23 stycznia 2004 r. – Ordynacja wyborcza do Parlamentu Europejskiego, Dz. U. z 2004 r. Nr 25, poz. 219 ze zm. Por. art. 8 i 9.

Trybunał Konstytucyjny odrzucił stanowisko, że wszystkie prawa przyznane w Konstytucji obywatelom polskim miałyby charakteryzować „swoista ekskluzywność” rozumiana w ten sposób, że jeżeli dane prawo przyznane zostało obywatelowi polskiemu, to nie można go ponadto przyznać obywatelom innych państw. Taka ekskluzywność konstytucyjnych praw obywateli nie znajduje, zdaniem TK, jednoznacznego uzasadnienia w postanowieniach samej Konstytucji. W szczególności nie każde rozciągnięcie określonego prawa obywatelskiego na inne osoby prowadzi do naruszenia gwarancji konstytucyjnej udzielonej temu prawu. Trybunał Konstytucyjny zastosował przy tym prounijną wykładnię Konstytucji, wiążąc prawa wyborcze z obywatelstwem Unii i prawem do przemieszczania się. W rezultacie TK orzekł, że traktat akcesyjny w związku z art. 19 ust. 1 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (proklamujący prawa wyborcze obywateli Unii) nie jest niezgodny z art. 62 ust. 1 Konstytucji.

Obecnie omawiana materia jest unormowana w kodeksie wyborczym²². Obywatel UE niebędący obywatelem polskim, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat oraz stale zamieszkuje na terytorium RP, ma prawo wybierania (czynne prawo wyborcze) w wyborach do Parlamentu Europejskiego w RP (art. 10 § 1 pkt 2 k.w.). Prawo wybieralności (bierne prawo wyborcze) w wyborach do Parlamentu Europejskiego ma natomiast osoba mająca prawo wybierania w tych wyborach, która najpóźniej w dniu głosowania kończy 21 lat i od co najmniej 5 lat stale zamieszkuje w RP lub na terytorium innego państwa członkowskiego UE (art. 11 § 1 pkt 4 k.w.)

Jeśli chodzi natomiast o wybory do rady gminy, czynne prawo wyborcze ma obywatel UE niebędący obywatelem polskim, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat oraz stale zamieszkuje na obszarze tej gminy (art. 10 § 1 pkt 3 lit. a k.w.) Z kolei prawo wybieralności (bierne prawo wyborcze) ma osoba posiadająca prawo wybierania (art. 11 § 1 pkt 5). W tym przypadku zakresy podmiotowe czynnego i biernego prawa wyborczego pokrywają się.

4. Rozważając, czy i w jakiej mierze przywołana tu dyskusja sprzed ok. dwudziestu lat może się przydać w kontekście rozważań nad art. 11 Konstytucji, warto zwrócić uwagę na dwa elementy.

Po pierwsze, chociaż oba omawiane tu przepisy Konstytucji, tj. art. 11 i 62, normują różną materię, to jednak w kontekście niniejszych rozważań wykazują pewne funkcjonalne powiązania. Przyznanie członkostwa w partiach politycznych przy pewnej wykładni art. 11 Konstytucji miałyby się przyczynić do bardziej efektywnego korzystania z praw wyborczych obywateli Unii, co w świetle polskiego prawa umożliwia odpowiednio interpretowany art. 62 Konstytucji.

Po drugie, przy analizie obu przepisów konstytucyjnych w kontekście niniejszych rozważań chodzi o ten sam problem: czy konstytucyjne prawa obywatelskie

²² Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1319 ze zm. Dalej także: k.w.

mogą być rozumiane w taki sposób, że mogą z nich także korzystać obywatele Unii. Jest to zatem problem, czy zarówno prawo wyrażone w art. 62, jak i wolność zagwarantowana w art. 11 Konstytucji cechują się w taki sam sposób brakiem „ekskluzywności”, posługując się terminologią użytą w wyroku TK K 18/04, albo inaczej rzecz nazywając: mogą ulegać „uniwersalizacji”, choć były zastrzeżone pierwotnie dla obywateli RP²³.

W kontekście art. 62 Konstytucji odpowiedzi twierdzącej udzielił TK, a w kontekście art. 11 sprawa jest jeszcze otwarta.

5. Poniższe rozważania będą kontynuacją przedstawionej wyżej dyskusji rozwiniętej z udziałem K. Wójtowicza. Potrzeba dalszego zajmowania się omawianym zagadnieniem wynika z dwóch względów. Po pierwsze, wypowiedzi na ten temat jest w polskiej doktrynie niewiele²⁴ i trudno byłoby powiedzieć, że jest to stanowisko dominujące. Po drugie, trzeba stwierdzić, że obecnie mamy do czynienia z nową sytuacją w relacjach Polski z Unią Europejską w ogólności, jak również konkretnie w odniesieniu do wykładni art. 11 Konstytucji. Zagadnienie członkostwa obywateli Unii w partiach jest obecnie pilniejsze, ale równocześnie trudniejsze do rozwiązania niż jeszcze kilka lat temu. Wynika to z pewnych okoliczności leżących zarówno po stronie Unii, jak i Polski.

Aby nie trzymać Czytelników w męczącej niepewności, zdradzę od razu, że w kwestii członkostwa obywateli Unii w partiach politycznych podzielam pogląd K. Wójtowicza przedstawiony wyżej. Nie kieruje mną jednak w tym miejscu szacunek dla Jubilata (którym go oczywiście darzę!), ale przekonanie, że przedstawione przez niego argumentacja i wnioski są trafne oraz zasługujące na poparcie i rozwinięcie.

6. Nową okolicznością, nader istotną, jest to, że w grudniu 2021 r. Komisja Europejska wniosła do TSUE skargę przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej²⁵ o stwierdzenie, że odmawiając obywatelom Unii Europejskiej, którzy nie posiadają obywatelstwa polskiego, ale którzy mają swoje miejsce zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, prawa do członkostwa w partii politycznej, Rzeczpospolita Polska uchybiła zobowiązaniom, które ciążą na niej na mocy art. 22 TFUE.

W ten sposób omawiane tu zagadnienie wkracza w kolejny, sądowy etap, którego wynik może się okazać decydujący.

Wniesienie skargi świadczy o tym, że KE nie była w stanie przekonać wszystkich państw członkowskich do zmiany ich porządków prawnych. Jak już wynika z wcześniejszych rozważań, zagadnienie członkostwa obywateli innych państw

²³ Takiego zwrotu używa K. Działocha, *Zgodność zmian...*, s. 18.

²⁴ Stanowisko podobne do przedstawionych wyżej przedstawił także P. Uziębło, *Kilka uwag o ustawie o partiach politycznych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 2, s. 315.

²⁵ Sprawa C-814/21, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=254329&pageIndex=0&doclang=pl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1333466> [dostęp 29.07.2022].

członkowskich w partiach było od dawna przedmiotem zainteresowania Komisji. Brak możliwości należenia do partii przez obywateli państw członkowskich w Polsce został zakwestionowany przez KE już w 2012 r. W 2014 r. Komisja skierowała do Polski uzasadnioną opinię²⁶. Nie ma dostępnych informacji o tym, czy i jakie działania były podejmowane w następnych latach. Z wspomnianego komunikatu wynika, że w grudniu 2020 r. Komisja wystąpiła do Polski o przekazanie w ciągu dwóch miesięcy aktualnych informacji na temat wszelkich zmian legislacyjnych. Polska nie zgłosiła jednak żadnych zmian legislacyjnych dotyczących omawianej kwestii, twierdząc, że prawo krajowe jest zgodne z prawem unijnym. Komisja podtrzymała jednak stanowisko, że ograniczenia utrudniające obywatelom UE niebędącym obywatelami Polski należenie do partii są sprzeczne z prawem UE, i podjęła decyzję o wystąpieniu ze skargą do TSUE.

Można łatwo obliczyć, że postępowanie przed Komisją od pierwszego formalnego wystąpienia do państw członkowskich, aż do wniesienia skargi do TS trwała długo, bo ok. 9 lat. Można się domyślać, że KE chciała pozostawić państwom członkowskim więcej czasu na wprowadzenie zmian w krajowych porządkach prawnych w drażliwej politycznie materii. O tym, że czynnik czasu miał w omawianej kwestii znaczenie, a podejście Komisji było trafne, mogą świadczyć fakty. Jak wynika z informacji, do których odniesienia znajdują się w przytaczanych wyżej publikacjach, KE zwróciła się początkowo o wyjaśnienia do 11 państw członkowskich. Odpowiedzi lub podjęte działania czterech z nich zostały uznane za zadowalające, wobec czego Komisja nie rozpoczęła formalnego postępowania wobec Niemiec, Malty, Bułgarii i Finlandii. Postępowania zostały natomiast wszczęte przeciwko siedmiu państwom (Czechom, Hiszpanii, Grecji, Litwie, Łotwie, Polsce i Słowacji). Ten ruch zapewne spowodował dostosowanie porządków prawnych do wymagań unijnych przez cztery z wymienionych państw. Uzasadniona opinia została w 2014 r. skierowana zatem do Czech, Łotwy i Polski. Skarga do TSUE została natomiast wniesiona, jak wspomniano, jedynie przeciwko Polsce siedem lat później. Należy z tego wnosić, że w międzyczasie Łotwa i Czechy dostosowały swoje prawo do wymagań unijnych.

W streszczeniu skargi zostały zamieszczone zarzuty i główne argumenty: na podstawie art. 22 TFUE każdy obywatel Unii mający miejsce zamieszkania w państwie członkowskim, którego nie jest obywatelem, ma prawo głosowania i kandydowania w wyborach lokalnych i w wyborach do Parlamentu Europejskiego w państwie członkowskim, w którym ma miejsce zamieszkania, na takich samych zasadach jak obywatele tego państwa. Komisja uważa, że odmówienie obywatelom Unii, którzy nie posiadają obywatelstwa polskiego, ale którzy mają swoje miejsce zamieszkania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, prawa do członkostwa w partii politycznej uniemożliwia tym obywatelom Unii wykonywanie ich praw politycznych przyznanych im na mocy art. 22 TFUE na takich samych zasadach jak obywatele polscy.

²⁶ Komisja Europejska, *Główne kwietniowe decyzje o wszczęciu postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego*, Bruksela, 16 kwietnia 2014, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/MEMO_14_293 [dostęp 29.07.2022].

7. W dostępnych materiałach KE nie tłumaczy się wprost, na czym ma polegać związek przynależności do partii politycznych z korzystaniem z biernego prawa wyborczego. Związek ten jest jednak wyraźny. We wszystkich państwach partie odgrywają bowiem ważną rolę w procesie wyborczym. Rola ta może się różnić w zależności od rodzaju wyborów, np. ogólnokrajowych, regionalnych czy lokalnych albo do Parlamentu Europejskiego, ale w każdym przypadku jest istotna. Świadczą o tym rozbudowane przepisy k.w. dotyczące komitetów wyborczych. Stosownie do art. 84 § 1 komitetom przysługuje prawo zgłaszania kandydatów w wyborach. Wykonują one również inne czynności wyborcze, a w szczególności prowadzą na zasadzie wyłączności kampanię wyborczą na rzecz kandydatów.

Według art. 84 § 2 w wyborach do Parlamentu Europejskiego komitety wyborcze mogą być tworzone przez partie polityczne i koalicje partii oraz przez wyborców. Natomiast stosownie do art. 84 § 4 k.w. w wyborach do organów stanowiących jednostek samorządu terytorialnego komitety wyborcze mogą być tworzone przez partie polityczne i koalicje partii, stowarzyszenia i organizacje społeczne, zwane dalej „organizacjami”, oraz przez wyborców. Na podstawie art. 86 § 1 funkcję komitetu wyborczego partii pełni organ partii upoważniony do jej reprezentowania na zewnątrz, a stosownie do art. 88 § 1 funkcję komitetu wyborczego organizacji pełni organ organizacji upoważniony do reprezentowania jej na zewnątrz. Z kolei stosownie do art. 89 § 1 obywatele, w liczbie co najmniej 15, mający prawo wybierania mogą tworzyć komitet wyborczy wyborców.

Z przytoczonych przepisów wynika, że we wszystkich analizowanych tu rodzajach wyborów komitety wyborcze mogą być tworzone przez partie polityczne i koalicje partii. Oznacza to, że partie polityczne i ich koalicje mają w praktyce najszersze możliwości zakładania komitetów wyborczych i prowadzenia kampanii wyborczych. Partie dysponują także stosownymi formami organizacyjnymi użytecznymi dla ukształtowania komitetów wyborczych. Formalnie zrównani są z partiami w omawianym kontekście wyborcy. Mogą oni tworzyć komitety wyborcze, które jednak niejako z natury rzeczy są mniej zorganizowane niż komitety partyjne. Z kolei stowarzyszenia i organizacje społeczne mogą tworzyć komitety wyborcze w wyborach do rad gmin.

Analiza przepisów k.w. wskazuje, że niemożność przynależności obywateli Unii do partii ogranicza szanse na zgłoszenie ich kandydatur na listach wyborczych i sam wybór. W braku możliwości należenia do partii kandydatury obywateli Unii mogą być zgłaszane tylko przez komitety wyborcze organizacji i komitety wyborców. Można się z tego względu zgodzić z tezą, że kandydaci w wyborach wysuwani przez partie startują zasadniczo na lepszych warunkach i mają większe szanse sukcesu niż pozostali kandydaci. W tym właśnie kontekście należy widzieć przekonanie KE, że zamknięcie obywatelom innych państw członkowskich drogi do członkostwa w partiach ogranicza ich bierne prawa wyborcze. Nie ma co prawda przeszkód, aby partie wysuwały jako kandydatów osoby niebędące ich członkami. Korzystanie z takich rozwiązań wydaje się jednak raczej wyjątkowe. Oczywiście jest też możliwe, że

obywatele Unii kandydujący do Parlamentu Europejskiego lub w wyborach lokalnych poza partyjnymi komitetami wyborczymi odniosą sukces i wyeliminują kandydatów partyjnych. Rzecz jednak w tym, aby dla obywateli Unii były otwarte wszystkie możliwości korzystania z praw wyborczych, takie same jak dla obywateli danego państwa.

Komisja podkreśla, że położenie nacisku na rzeczywiste rozszerzenie możliwości korzystania z biernego prawa wyborczego obywateli Unii na zasadzie równości jest podyktowane dążeniem do wzmocnienia demokratycznego charakteru Unii i pogłębienia integracji obywateli Unii²⁷. Chodzi o to, aby razem z mającym największe znaczenie w praktyce prawem obywateli Unii do przemieszczania się na terytorium państw członkowskich rozwijać dalsze prawa, które przyczynią się do włączania migrujących obywateli do spraw społeczności, w której zamieszkują²⁸. W korzystaniu z praw wyborczych przejawia się wprost ich udział w życiu politycznym, a członkostwo w partiach ten udział urealnia.

8. Opór wobec przyznania członkostwa w partiach obywatelom Unii ma źródło m.in. w roli, jaką odgrywają partie w pluralistycznym systemie politycznym państwa. Według przytaczanego już art. 11 ust. 1 zd. drugie Konstytucji ogólnym celem zrzeszania się obywateli w partiach jest „wpływanie metodami demokratycznymi na kształtowanie polityki państwa”. Komentatorzy podkreślają, że nie jest to równoznaczne z samym kształtowaniem tej polityki. Syntetyczne sformułowanie konstytucyjne jest konkretyzowane poprzez wyodrębnianie różnych funkcji partii. Jedną z podstawowych jest funkcja wyborcza²⁹.

Na tym tle rodzi się wątpliwość, czy osobom niebędącym obywatelami polskimi należy przyznawać udział we wpływaniu na kształtowanie polityki państwa³⁰. Można zauważyć, że status obywateli Unii jako członków partii może być ukształtowany w statucie lub w innych dokumentach partyjnych w szczególnie sposób, niepokrywający się w pełni ze statusem członków – obywateli danego państwa³¹. Można sobie wyobrazić ograniczenia odnośnie do udziału obywateli Unii we władzach partii albo reprezentowania ich na zewnątrz³². O możliwych zróżnicowaniach świadczą

²⁷ Por. o tym szeroko A. Sikora, *Zagadnienia demokratycznego charakteru Unii Europejskiej*, [w:] S. Biernat (red.), *System prawa...*, t. 1, s. 463 i n.

²⁸ Por. S. Biernat, *Obywatelstwo...*, s. 592.

²⁹ Por. J. Sułkowski, *Komentarz do art. 11 Konstytucji...*, s. 361; W. Sokolewicz, M. Zubik, *Konstytucja...*, s. 381; P. Tuleja, *Komentarz do art. 11 Konstytucji...*, s. 59.

³⁰ W literaturze pojawiła się propozycja odróżnienia zrzeszania się obywateli w celu wpływania na kształtowanie polityki państwa od zrzeszania się wyborców w celu wpływu na kształtowanie polityk samorządowych i polityki Unii, co umożliwiłoby członkostwo w partiach obywatelom Unii. Por. M. Dąbrowski, *Konstytucyjny aspekt...*, s. 123.

³¹ Stosownie do § 2 ust. 3 pkt 1 niemieckiej ustawy o partiach politycznych (w brzmieniu nadanym przez obwieszczenie z 31.01.1994 r. ze zmianami) polityczne zrzeszania nie są partiami, jeżeli większość ich członków, albo większość członków zarządu jest cudzoziemcami.

³² Por. P. Uziębło, *Kilka uwag...*, s. 315.

przykłady z innych państw członkowskich³³. Istotne jest tylko zachowanie równości przy wysuwaniu i popieraniu kandydatur członków partii w wyborach lokalnych i do Parlamentu Europejskiego. Prawo unijne nie wnika natomiast w inne aspekty organizacji i funkcjonowania partii.

Wprowadzenie niektórych ograniczeń dla członków partii z innych państw członkowskich poza dziedziną kandydowania w wyborach pozwala na rozproszenie obaw co do ewentualnego przejścia przez nich kontroli nad partiami, czy choćby wywierania nadmiernego wpływu. Skoro członkostwo takich osób w partiach w 25 państwach członkowskich UE nie stworzyło takiego zagrożenia, nie ma powodu, aby się go obawiać w Polsce. Nie ma też podstaw do zakładania, że status partii w świetle Konstytucji w Polsce jest na tyle swoisty w porównaniu z innymi państwami, aby go uznać za element tożsamości narodowej czy konstytucyjnej naszego państwa.

Motywy omawianej tu aktywności Komisji Europejskiej na rzecz praw wyborczych obywateli Unii jest spostrzeżenie o ich zbyt ich skromnym udziale w życiu politycznym państw czy społeczności, w których mieszkają, a nie nadmiernym. Potwierdzeniem tego mogą być dane dotyczące ostatnich wyborów w Polsce, jakie udało się ustalić na podstawie dokumentów Państwowej Komisji Wyborczej. Są to dane dotyczące czynnego prawa wyborczego³⁴. Nie ma natomiast dostępnych informacji o korzystaniu z biernego prawa wyborczego przez obywateli Unii ani o ich ewentualnych sukcesach wyborczych.

9. Można sobie wyobrazić rozmaite scenariusze co do tego, jakie będą następstwa wniesienia skargi przez Komisję do TSUE przeciwko Polsce. Poniższe refleksje mają charakter hipotetycznych przewidywań. Wypada zacząć od scenariuszy pozytywnych.

Jest możliwe, że Polska³⁵ po zapoznaniu się ze skargą Komisji uzna trafność powołanych w niej argumentów i doprowadzi do odpowiedniej zmiany w ustawie o partiach politycznych. W takim przypadku prawdopodobne jest wycofanie skargi z TSUE przez Komisję i zakończenie w ten sposób postępowania.

Inną możliwością jest jednak to, że Polska nie zaakceptuje stanowiska Komisji i będzie bronić swoich racji w postępowaniu przed TSUE. Jeżeli jednak TK nie podzieli tych racji i wyda wyrok, w którym stwierdzi uchybienie zobowiązań traktatowych, obowiązkiem Polski będzie wykonanie tego wyroku, czyli dokonanie zmiany prawa. W tym scenariuszu zakłada się, że omawiany obowiązek zostanie zrealizowany.

³³ Por. cząstkowe informacje, K. Wójtowicz, *Obywatelstwo...*, s. 276.

³⁴ W wyborach do rad gmin przeprowadzonych w październiku 2018 r. uprawnionych do głosowania do rad w gminach do 20 tys. mieszkańców, powyżej 20 tys. mieszkańców oraz do rad dzielnic m.st. Warszawy było w sumie 2416 obywateli Unii niebędących obywatelami polskimi. Wydano takim osobom 1834 karty do głosowania. Z kolei w spisach wyborców przed wyborami do Parlamentu Europejskiego w maju 2019 r. ujęto 2513 obywateli Unii Europejskiej niebędących obywatelami polskimi. Por. o źródłach tych informacji: S. Biernat, *Obywatelstwo...*, s. 597.

³⁵ Przed TSUE państwo członkowskie reprezentuje jego rząd.

Byłoby to zgodne z tym, jak postępują państwa członkowskie po wydaniu przeciwko nim wyroków TSUE.

Niestety, nie można jednak wykluczyć scenariuszy negatywnych. Polegałyby one na wyraźnej albo faktycznej odmowie wykonania przez Polskę wyroku TSUE, jeśli okazałby się dla Polski niekorzystny. Gdyby tak się stało, należy się spodziewać uruchomienia przez Komisję Europejską procedury z art. 260 ust. 2 TFUE i wniesienia nowej skargi przeciwko Polsce do TSUE. Trybunał wyda wówczas kolejny wyrok, w którym w razie stwierdzenia faktu niezastosowania się do wcześniejszego wyroku zostanie nałożona na Polskę kara pieniężna. Prawdopodobnie będzie to kumulatywnie kara w formie ryczałtu i kary okresowej (art. 260 ust. 2 akapit 2)³⁶. Byłoby to rozwiązanie nader niekorzystne, ale nie można go wykluczyć. Od pewnego czasu występuje bowiem w Polsce lekceważenie wyroków TSUE.

Jednym ze sposobów dyskredytowania orzecznictwa TSUE stało się od niedawna przeciwstawianie mu orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Niebezpieczne to zjawisko polega na tym, że badanie zgodności działań organów polskich z prawem unijnym, do czego jest właściwy TSUE, jest sztucznie przeobrażane w badanie zgodności prawa unijnego z Konstytucją przez TK.

Zjawisko to zostało określone wyżej jako niebezpieczne, ponieważ odbiega od występującego dawniej w orzecznictwie TK poszanowania wzajemnych kompetencji przez oba trybunały, a także w razie potrzeby, współpracy z wykorzystaniem stosownych instrumentów proceduralnych³⁷.

Problem prawny w omawianej tutaj sprawie dotyczy, jak wiadomo, tego, czy polskie prawo niedopuszczające członkostwa w partiach obywateli Unii jest zgodne z przepisami unijnymi o obywatelstwie Unii. Jest jednak prawdopodobne, że problem ten zostanie przekształcony np. przez prokuratora generalnego albo grupę posłów z koalicji rządzącej we wniosku skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego. To przekształcenie może przybrać postać przedstawienia TK do rozstrzygnięcia zagadnienia: czy przepisy prawa unijnego dotyczące praw wyborczych obywateli Unii rozumiane w ten sposób, że wymagają umożliwienia obywatelom Unii należenia do partii w Polsce, są zgodne Konstytucją RP. W takiej sytuacji, w intencji wnioskodawców, wyrok Trybunału Konstytucyjnego, który orzekłby o niezgodności prawa unijnego z Konstytucją, miałyby na celu pozbawienia praktycznie skuteczności w Polsce wyroku TSUE orzekającego o uchybieniu zobowiązań traktatowych.

Oczywiście nie można do końca przewidzieć, jakie byłoby orzeczenie TK w razie zrealizowania się omawianego scenariusza. Niestety, jest obecnie mało prawdopodobne, aby wydał postanowienie o umorzeniu postępowania z powodu niedopuszczalności wydaniu wyroku, co byłoby rozwiązaniem prawidłowym (art. 59 ust. 1

³⁶ Por. o takiej możliwości w świetle orzecznictwa TSUE: A. Sikora, *Sankcje finansowe w razie niewykonania wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011, s. 208 i n.

³⁷ Por. postanowienie TK z 19 grudnia 2006, P 37/05, OTK ZU 11A/2006, poz. 177; wyrok TK z 16 listopada 2011 r., SK 45/09, OTK ZU 9A/2011, poz. 97.

pkt 2 ustawy z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym)³⁸.

Gdyby jednak TK zdecydował się na orzekanie merytoryczne, znowu mogłyby wejść w grę dwa scenariusze.

Pierwszy z nich polegałby na kontynuacji dawnego orzecznictwa, wyznaczonego przez omówiony już wyrok K 18/04. Tak jak w tamtym wyroku TK orzekł o dopuszczalności przyznania praw wyborczych obywatelom Unii, mimo że prawa te zostały w Konstytucji wyrażone jako prawa obywatelskie, tak i w obecnie omawianej, hipotetycznej sytuacji TK mógłby orzec, że konstytucyjne prawo obywateli polskich do członkostwa w partiach może zostać przyznane także obywatelom Unii. W jednym i drugim przypadku jako uzasadnienie służy „nieekskluzywny” charakter omawianych obywatelskich praw konstytucyjnych, a także wykładnia Konstytucji przyjazna dla integracji europejskiej.

Nie da się jednak wykluczyć innego scenariusza. W ostatnim czasie należy bowiem odnotować orzecznictwo TK podważające skuteczność prawa unijnego i orzecznictwa TSUE w Polsce³⁹. Możliwe jest zatem, że TK wydałby wyrok, w którym orzekłby, iż wynikające z prawa unijnego wymaganie otwarcia członkostwa w partiach dla obywateli Unii jest niezgodne z Konstytucją RP. Jako argumenty mogłyby zostać przywołane zasady: nadrzędności konstytucji, suwerenności narodu i zasada przyznania (art. 5 ust. 2 i art. 4 ust. 1 TFUE), wraz z konkluzją, że TSUE wykroczył poza kompetencje przekazane Unii, czyli działał *ultra vires*.

10. Jak się okazuje, rozwinięcie myśli Krzysztofa Wójtowicza dotyczących interpretacji art. 11 Konstytucji może w obecnej, niestabilnej sytuacji prowadzić do rozmaitych, niejednoznacznych przewidywań. Zweryfikuje je przyszłość.

³⁸ Tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2393.

³⁹ Por. w szczególności wyroki TK: z 14 lipca 2021 r., P 7/20 i z 7 października 2021 r., K 3/21. To ostatnie rozstrzygnięcie jest odpowiedzią na orzecznictwo TSUE, a zwłaszcza na wyrok z 2 marca 2021 r., C-824/18, A.B., ECLI:EU:C:2021:153. Por. też S. Biernat, E. Łętowska, *Komentarz do oświadczenia sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021 r.*, Monitor Konstytucyjny, <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/20015> [dostęp 29.07.2022].

*Drogi Jubilacie,
w hołdzie dla Twoich osiągnięć
dedykujemy Ci poniższe opracowanie*

O (bez)zasadności czynów przepołowionych

Początkowe zbliżenie wykroczeń do gałęzi prawa administracyjnego w nowo tworzącym się państwie polskim po odzyskaniu przez Polskę niepodległości przejawiało się we wpisaniu w kanon wykroczeń nakazów i zakazów porządkowych. Spór o miejsce wykroczeń w systemie prawa i przynależności prawa o wykroczeniach do prawa karnego trwał bardzo długo. Podkreślano różnicę pomiędzy prawem karnym powszechnym a karno-administracyjnym, upatrywaną w jakościowo odmiennej definicji, którą w przeszłości spełniały te dwa działy prawa. Wskazywano, że prawo karne powszechne ma służyć realizacji państwowego *ius puniendi*, natomiast prawo karno-administracyjne ma pomagać w wykonywaniu państwowej funkcji administrowania, a więc powinno dotyczyć sfery administracyjno-porządkowej w celu ułatwienia administracji wykonywania jej zadań¹. Także procedura, na podstawie której organy administracyjne orzekały o winie i karze wobec sprawców wykroczeń, budziła wątpliwości co do przynależności wykroczeń do gałęzi prawa karnego, tworząc orzecznictwo karno-administracyjne.

Późniejsze zmiany coraz bardziej uwidaczniały przynależność prawa o wykroczeniach do prawa karnego, a wątpliwości rozwiązała ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o przeniesieniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karno-administracyjnego². Wówczas to ustawodawca poprzez dekryminalizację niektórych przestępstw włączył do kanonu wykroczeń czyny o charakterze kryminalnym, które ze względu na niski stopień społecznej szkodliwości mogły być rozpoznawane przez kolegia karno-administracyjne. Ustawa przenosiła niektóre przestępstwa do kategorii wykroczeń, uznając za podstawowe kryterium rozgraniczenia wykroczenia

* Prof. dr hab. dr h.c. mult. Marek Bojarski, Wyższa Szkoła Prawa we Wrocławiu, ORCID: [0000-0002-9635-940X](https://orcid.org/0000-0002-9635-940X).

** Dr Katarzyna Liżyńska, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0002-9666-1019](https://orcid.org/0000-0002-9666-1019).

¹ M. Bojarski, *W sprawie ostatecznego uregulowania kwestii tzw. czynów przepołowionych*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012, s. 37.

² Dz. U. z 1966 r. Nr 23, poz. 149.

i przestępstwa wartość przedmiotu wykroczenia lub wysokość wyrządzonej szkody. Tylko w jednym przypadku art. 10 cyt. ustawy – prowadzenia zarobkowej działalności wytwórczej, przetwórczej, handlowej lub usługowej bez wymaganego zezwolenia w ramach gospodarki nieuspołecznionej, gdy czyn stanowił wypadek mniejszej wagi – ustawodawca przyjął ocenne kryterium rozgraniczenia. Przepoławianie, które następowało w drodze rozwarstwiania dotychczasowych przestępstw, wskazywało na płaszczyźnie normatywnej na podział jednej normy, rdzennie prawnokarnej, na dwie części. Jedna z nich dedykowana była drobniejszym naruszeniom i została przeniesiona do prawa wykroczeń. Druga natomiast pozostawała w prawie karnym³. W zależności od przyjętego kryterium typy czynów zabronionych charakteryzujące się niemal identycznym jurydycznym określeniem znamion zaczęły podlegać różnym reżimom odpowiedzialności⁴. Prowadzenie przez państwo dwóch polityk kryminalnych w sprawach o jednorodne czyny musiało prowadzić do różnic i zamętu⁵.

I tak do wykroczeń zostały przekazane czyny kryminalne:

- kradzież lub przywłaszczenie mienia społecznego o wartości do 300 zł,
- kradzież lub przywłaszczenie mienia innego niż społeczne o wartości do 300 zł,
- wyrąb drzewa w lesie albo kradzież lub przywłaszczenie z lasu wyrąbanego lub powalonego drzewa, jeżeli wartość nie przekraczała 150 zł,
- paserstwo umyślne mienia o wartości do 300 zł,
- paserstwo umyślne drzewa, określonego wyżej o wartości do 150 zł,
- paserstwo nieumyślne mienia o wartości do 300 zł,
- paserstwo nieumyślne drzewa, określonego wyżej o wartości do 150 zł,
- umyślne uszkodzenie lub uczynienie mienia niezdatnym do użytku, jeżeli szkoda nie przekraczała 300 zł,
- spekulacja towarami o wartości nieprzekraczającej 300 zł,
- sprzedaż z zyskiem biletów na widowiska lub imprezy, jeżeli cena biletów nie przekraczała 300 zł,
- oszukiwanie nabywców przy sprzedaży towarów, jeżeli szkoda wyrządzona nabywcy nie przekraczała 50 zł,
- żądanie i pobieranie za usługi zapłaty wyższej od obowiązującej o kwotę nieprzekraczającą 300 zł,
- i wspomniane wyżej prowadzenie zarobkowej działalności wytwórczej, przetwórczej, handlowej lub usługowej bez wymaganego zezwolenia w ramach gospodarki nieuspołecznionej, gdy czyn stanowił wypadek mniejszej wagi.

³ M. Błaszczuk, *Problematyka czynów przepoławionych*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2016, s. 156.

⁴ Tak J. Raglewski, *Konstrukcja tzw. czynów przepoławionych*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowickowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2011, s. 287.

⁵ A. Marek, *Kierunki postulowanych zmian prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 2, s. 31.

Należy zwrócić uwagę, że wszystkie wymienione wyżej wykroczenia, poza paserstwem nieumyślnym, zagrożone były najsurowszą restrykcją za wykroczenia – karą aresztu. Wojciech Radecki zwraca uwagę, że wskazana dekryminalizacja czynu poprzez jego kontrawencjonalizację była pozorna, bowiem kradzież mienia o wartości niewiele niższej niż „graniczna” była traktowana przez kolegium jako czyn bardzo poważny (jeszcze parę złotych więcej, a już byłoby to przestępstwo), za który wymierzano się karę zbliżoną do maksymalnego zagrożenia. Natomiast kradzież mienia o wartości niewiele wyższej niż „graniczna” traktowana była przez prokuratorów i sędziów jako przestępstwo bagatelne (parę złotych mniej, a czyn byłby tylko wykroczeniem), co pociągało za sobą nierzadko umarzanie postępowań z uwagi na znikome społeczne niebezpieczeństwo, a tym samym pełną bezkarność sprawcy⁶. Na taką krytyczną argumentację zwracano uwagę już przy pracach nad kodyfikacją prawa karnego w 1969 r., gdzie rozważano zasadność utrzymania bitypów. Przywoływano wyniki badań empirycznych świadczące o surowym traktowaniu przez organy orzekające sprawców wykroczeń przeciwko mieniu o niewielkiej obiektywnej wartości w zestawieniu z łagodniejszym traktowaniem sprawców czynów o przedmiocie niewiele przekraczającym granicę wykroczeń przyjmującym postać warunkowego umorzenia postępowania, bądź też bezwarunkowego umorzenia postępowania z uwagi na znikomy stopień społecznej szkodliwości⁷. Pojawiły się zatem wątpliwości co do zabezpieczenia praworządności postępowania przed kolegiami oraz trafności wydawanych orzeczeń⁸.

Ustawa z 1966 r. zaostriżyła także odpowiedzialność sprawców wykroczeń czynów przepoławionych poprzez wprowadzenie karalności usiłowania, podżegania i pomocnictwa oraz wyłączyła możliwość uznania za wykroczenie czynu przepoławionego, który ze względu kryterium rozgraniczenia winien stanowić wykroczenie, jednak z uwagi na przedmiot czynu – kradzież z włamaniem, jeżeli przedmiotem czynu była broń lub amunicja, tudzież w sytuacji, gdy sprawca kradzieży używał przemocy lub groził użyciem natychmiastowego gwałtu na osobie albo doprowadził człowieka do stanu nieprzytomności lub bezbronności, aby utrzymać w posiadaniu zabrane mienie, bądź gdy sprawca popełnił wykroczenie chuligańskie uszkodzenia lub uczynienia mienia niezdatnym do użytku. Przepisy ustawy nie znajdowały zastosowania wobec recydywistów. Ci sprawcy, pomimo spełnienia kryterium wskaźnika kwotowego czy uznania wypadku mniejszej wagi, nie mogli odpowiadać za wykroczenie, a podlegali odpowiedzialności na podstawie Kodeksu karnego.

Cel, który przyświecał ustawodawcy przy dokonywaniu przepoławiania wskazanych czynów, był czysto ustrojowo-polityczny. Wobec pojawiającej się idei polaryzacji przestępczości powstał nowy kierunek polegający na osłabianiu represyjnej reakcji wobec sprawców czynów zabronionych o zdecydowanie małym ciężarze

⁶ W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 13.

⁷ Tak: P. Gensikowski, [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 401 i cyt. tam literatura.

⁸ J. Szumski, *Kontrawencjonalizacja w Polsce (Refleksje krytyczne)*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 9, s. 34.

gatunkowym, a nawet na ewentualnej rezygnacji z represji karnej w tych sprawach. Powyższy kierunek wyrażał się w ogólnej tendencji do przekazywania wymiaru sprawiedliwości w ręce społeczeństwa w szerszym niż poprzednio zakresie⁹. Nie bez znaczenia dla przyjęcia czynów przepoławionych była konieczność odciążenia sądów i prokuratur od spraw błahych. Chodziło o to, aby sądy skoncentrowały swoją działalność na sprawach poważniejszych, natomiast sprawami drobnymi mogły zająć się kolegia karno-administracyjne¹⁰.

Idea czynów przepoławionych została utrwalona przez ustawodawcę w pierwszej kodyfikacji prawa o wykroczeniach. Uchwalony 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń inkorporował czyny przepoławione do przepisów ustawy, a proces ten uległ na przestrzeni lat pogłębieniu. Do Kodeksu wykroczeń włączono zatem czyn przepoławiony kradzieży i przywłaszczenia mienia, kradzieży leśnej, uszkodzenia mienia, spekulacji towarami i biletami, jednak już bez względu na ich wartość, spekulację biletami wstępu na imprezy bez względu na ich wartość, prowadzenie zarobkowej działalności wytwórczej, przetwórczej, handlowej lub usługowej bez wymaganego zezwolenia w ramach gospodarki nieuspołecznionej, bez względu na to, czy czyn stanowił wypadek mniejszej wagi, żądanie i pobieranie za usługi zapłaty wyższej od obowiązującej bez względu na wysokość nadwyżki, usuwanie oznaczeń z towarów, bez względu na ich wartość. W ramach kontrawencjonalizacji do Kodeksu wykroczeń zostały wpisane także wykroczenia będące uprzednio występkami. I tak Kodeks wykroczeń przejął z Kodeksu karnego czyny nieopuszczenia zbiegowiska publicznego (art. 50, poprzednio przestępstwo z art. 162 k.k. z 1932 r.), usuwanie znaków umieszczonych przez organ państwowy na przedmiocie (art. 69, poprzednio przestępstwo z art. 139 k.k. z 1932 r.), szalbierstwo (art. 121, poprzednio przestępstwo z art. 265 k.k. z 1932 r.), zabór, przywłaszczenie, zniszczenie lub uszkodzenie rzeczy o wartości niemajątkowej (art. 126, poprzednio przestępstwo z art. 272 k.k. z 1932 r.), prowadzenie pojazdu przez nietrzeźwego sprawcę (art. 87, poprzednio przestępstwo z art. 28 ustawy z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu, Dz. U. Nr 69, poz. 434 ze zm.)¹¹. Proces kontrawencjonalizacji objął nie tylko Kodeks wykroczeń, ale także ustawodawstwo pozakodeksowe. Przykładem tego procesu była zmiana ocen samowoli lokalowej i budowlanej. Samowolne objęcie lokalu w 1959 r. stanowiło przestępstwo z art. 80 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 30 stycznia 1959 r. – Prawo lokalowe (t.j. Dz. U. z 1962 r. Nr 47, poz. 227), ale już w 1974 r. traktowane było jako wykroczenie z art. 63 ustawy z dnia 10 kwietnia 1974 r. – Prawo lokalowe (t.j. Dz. U. z 1983 r. Nr 11, poz. 55 ze zm.). W latach 70. i 80. XX w. pojawiły się w pozakodeksowym prawie wykroczeń także czyny o znacznym (jak na wykroczenia) stopniu społecznego niebezpieczeństwa (dzisiaj: społecznej szkodliwości). Najwyraźniejsze przykłady to wykroczenia z art. 106 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o ochronie

⁹ Tak: J. Skupiński, *Model polskiego prawa o wykroczeniach*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1974, s. 150-152.

¹⁰ W. Radecki, [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń...*, s. 11.

¹¹ *Ibidem*, s. 15.

i kształtowaniu środowiska (Dz. U. Nr 3, poz. 6 ze zm.), a zwłaszcza z art. 62 ustawy z dnia 10 kwietnia 1986 r. – Prawo atomowe (Dz. U. Nr 12, poz. 70 ze zm.)¹².

W kolejnych okresach, pomimo krytycznych głosów za utrzymaniem czynów przepołowionych dalej poszerzano krąg czynów przepołowionych w kodeksie wykroczeń, np. o czyny związane z warunkami zdrowotnymi żywności i żywienia. Przez kolejne lata zmianie ulegało nie tylko kryterium wartościujące pod względem kwotowym, które kształtowało się początkowo od 300 zł do obecnie 500 zł¹³, ale także kryterium ocenne znamion czynów zabronionych, które kształtowały kolejne czyny przepołowione (wypadek komunikacyjny – kolizja drogowa, kierowanie pojazdem w stanie nietrzeźwości – kierowanie pojazdem w stanie po użyciu alkoholu)¹⁴.

Odnosząc się do kryterium rozgraniczenia wykroczeń i przestępstw w oparciu o kryterium rzeczowe, warto zatrzymać się na nowelizacji Kodeksu wykroczeń z 2013 r.¹⁵, kiedy to ustawodawca przyjął do rozróżnienia wykroczenia i przestępstwa kryterium nazwowo-parametryczne, określając je na $\frac{1}{4}$ minimalnego wynagrodzenia. Od tej pory, jeżeli wartość szkody bądź wartość rzeczy nie przekraczała $\frac{1}{4}$ minimalnego wynagrodzenia, czyn stanowił wykroczenie, jeżeli zaś wartość szkody bądź wartość rzeczy przekraczała $\frac{1}{4}$ minimalnego wynagrodzenia, czyn stanowił przestępstwo. Zmiana ta wzbudziła szereg uwag krytycznych i to nie tylko ze strony doktryny, ale przede wszystkim praktyków. Brakowało intertemporalnych przepisów¹⁶ o charakterze uniwersalnym, nieograniczonych w czasie, rozstrzygających kwestię wyboru i stosowania ustawy karnej w przypadku zmiany statusu czynu z przestępstwa na wykroczenie dla tych wszystkich przypadków, które przed zmianą ustawodawstwa karnego były popełnione, a nie zostały prawomocnie osądzone¹⁷. Zauważone zostało to już na początku 2014 r.¹⁸ Coroczna zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia powodowała automatyczną zmianę w dniu 1 stycznia treści przepisów karnych statuujących odpowiedzialność karną za typy przepołowione między prawo karne a prawo wykroczeń z grupy czynów zabronionych przeciwko mieniu¹⁹. Rodziło to konieczność z dniem 1 stycznia każdego roku przeglądu akt przez sędziów i dokonywanie kontrawencjonalizacji, ze szczególnym baczeniem na przedawnienie karalności czy przedawnienie wykonania kary stosunkowo krótszych przy wykroczeniach aniżeli przy przestępstwach. Violetta Konarska-Wrzošek już

¹² *Ibidem*, s. 16.

¹³ Ustawa z dnia 4 października 2018 r. o zmianie ustawy Kodeks wykroczeń oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2018 r. poz. 2077.

¹⁴ Zob. K. Liżyńska, *Z problematyki czynów przepołowionych*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, t. 29, s. 256.

¹⁵ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r. poz. 1247.

¹⁶ Ustawodawca w art. 50 cyt. ustawy przewidział jedynie przepisy intertemporalne dla przypadków kontrawencjonalizacji czynów prawomocnie osądzonych przed datą wejścia tej ustawy w życie.

¹⁷ V. Konarska-Wrzošek, *Nowo przyjęte kryteria przepoławiania czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu na przestępstwa oraz wykroczenia i ich materialnoprawne oraz procesowe konsekwencje*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, z. 13, s. 152.

¹⁸ Przypomnieć należy, że ustawa weszła w życie w dniu 9 listopada 2013 r.

¹⁹ V. Konarska-Wrzošek, *Nowo przyjęte kryteria...*, s. 150.

w 2014 r. formułowała wniosek o powrót do kryterium kwotowego, które przy ustabilizowanej wartości złotego nie wymaga częstej zmiany i nie angażuje zupełnie niepotrzebnie do dodatkowej pracy obciążonych nią już i tak nadmiernie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości²⁰.

Wskazane wyżej problemy zostały zauważone przez ustawodawcę, a wyrazem tego było wprowadzenie do Kodeksu wykroczeń w 2015 r. art. 2a²¹, normującego przepisy intertemporalne odnoszące się do zamiany kary w przypadkach depenalizacji częściowej. Kolejnymi krokami, które miały zniwelować zauważone problemy związane z kontrawencjonalizacją, były dwie nowelizacje Kodeksu wykroczeń: najpierw wydłużenie w 2017 r. okresu przedawnienia karalności wykroczeń o kolejny rok (maksymalnie do 3 lat od czasu popełnienia wykroczenia) w art. 45 § 1 k.w., a następnie, o czym była mowa już wyżej, w 2018 r. rezygnacja z nazwowo-parametrycznego kryterium rozgraniczającego wykroczenia przeciwko mieniu od przestępstw w postaci ¼ minimalnego wynagrodzenia i zastąpienie go kryterium kwotowo-liczbowym w wysokości 500 zł. To ostatnie posunięcie ustawodawcy ostatecznie rozwiązało istniejący od 2013 r. problem²² i zasługuje na aprobatę.

Konsekwencją wprowadzenia czynów przepołowionych, a co za tym idzie – przeniesienia niektórych przestępstw do kategorii wykroczeń, było także recypowanie, niestety w sposób wybiórczy, niektórych instytucji z prawa karnego materialnego, jak np. instytucji warunkowego zawieszenia kary aresztu, odstąpienie od wymierzenia kary. Jednak koncepcja czynów przepołowionych, jak wspomniano wyżej, od samego początku spotykała się z krytyką. Przede wszystkim zaczęła się zacierać granica podziału czynów przepołowionych o charakterze *stricte* kryminalnym w sytuacji, gdy podział opierał się na znamionach ocennych²³. Kontrowersje pojawiały się chociażby w wypadku wykroczenia spenalizowanego w art. 52a k.w. Wprowadzony nowelą z 24 października 1986 r.²⁴ przepis art. 52a k.w. miał wyraźnie służyć interesom politycznym do walki z opozycją. Potraktowanie takiego zachowania jako wykroczenia tylko pozornie wskazywało, że ustawodawca, wyłączając pewną sferę z opisu przestępstwa, łagodzi odpowiedzialność. Jeśli przejrzymy statystyki sądowe za tamten okres (sprzed przepołowienia czynu z art. 255 k.k.), to stwierdzimy, że są to śladowe ilości skazań za przestępstwo. Gdy czyn przepołowiono – jedno kolegium skazywało z tego przepisu więcej sprawców w ciągu miesiąca niż sądy w całej Polsce w okresie roku²⁵. Kryterium jego odróżnienia od przestępstwa z art. 255 § 1 k.k. początkowo i aktualnie określone ocennie poprzez wskazanie przez

²⁰ *Ibidem*, s. 157.

²¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2015 r. poz. 396.

²² J. Sawicki, *Nowelizacje Kodeksu wykroczeń – uwagi co do ich zakresu i celowości*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Reforma prawa karnego w latach 2015-2019*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2020, s. 412-413.

²³ K. Liżyńska, *Z problematyki czynów...*, s. 256.

²⁴ Ustawa z dnia 24 października 1986 r. o zmianie niektórych przepisów prawa o wykroczeniach, Dz. U. z 1986 r. Nr 39, poz. 193.

²⁵ M. Bojarski, *W sprawie ostatecznego uregulowania...*, s. 41.

ustawodawcę, że zasięg czynu albo jego skutki nie mogą być znaczne, mogą budzić niepokój o zróżnicowaną interpretację tego przepisu. Ustawodawca kilkakrotnie nowelizował przepis art. 52 a k.w., a kolejne zmiany, w szczególności zmiana ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.²⁶, wprowadzały chaos interpretacyjny w zakresie tegoż czynu przepołowionego, gdyż nie pozwalały na wykazanie jakiegokolwiek kryterium podziału, umożliwiającego odróżnienie przestępstwa od wykroczenia w wypadku publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa lub przestępstwa skarbowego²⁷. Ustawa ta poprzez umieszczenie zapisu bezpośrednio po opisie zachowania tylko jednej z form czynności sprawczych – „publicznego pochwalania popełnienia przestępstwa” wskazywała, że kryterium to odnosiło się tylko i wyłącznie do tej czynności sprawczej, pozostawiając pozostałe dwie zupełnej dowolności interpretacyjnej. Obecnie literalna treść przepisu, pomimo zachowania tożsamej treści, z uwagi na odmienny jego zapis i umieszczenie kryterium zasięgu czynu albo jego skutków, które nie mogą być znaczne, pod wymienionymi zachowaniami sprawcy, powoduje możliwość zakwalifikowania czynu jako wykroczenie bądź jako przestępstwo, jednak nadal z uwagi na pozostawienie kryterium ocennego może budzić nieścisłości interpretacyjne. Podkreślić należy za Ryszardem A. Stefańskim, że wykroczenie sankcjonowane w art. 52a pkt 1 k.w. nie jest wyodrębnione z przestępstwa ze względu na nieznaczny zasięg lub nieznaczne skutki czynu, jak niekiedy stwierdzone jest to w literaturze. W art. 52a k.w. ustanowiono bowiem wyższy próg. Skutki lub zasięg czynu, o których mowa w art. 52a k.w., nie są znaczne²⁸. Jest to zatem różnica ilościowa – określenie „nie są znaczne” oznacza coś więcej niż „nieznaczne”²⁹.

Zdawać by się mogło, że przedstawiona przez ustawodawcę graniczna kwota 500 zł jest na tyle rzeczowo wskazana, że nie powinna nastroczać większych trudności przy ocenie, czy dany czyn potraktować jako wykroczenie, czy też jako przestępstwo. Oczywiście zamysłem ustawodawcy było stworzenie logicznej relacji wykluczania się wykroczenia i przestępstwa przy czynach przepołowionych³⁰. Nie ulega jednak wątpliwości, że konstrukcja ta nastrocza wiele problemów dowodowych. Sąd Najwyższy wyraźnie wykluczył w tym przypadku dowolność przy ustalaniu wartości rzeczy czy wysokości szkody, co często niestety występuje w praktyce, wskazując, że wartość tę należy ustalić na podstawie obiektywnych dowodów³¹. Dla określenia wartości rzeczy czy szkody nie wystarczy samo jej wskazanie przez po-krzywdzonego, a konieczne jest obiektywne potwierdzenie tej wartości przez

²⁶ Ustawa z dnia 8 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2009 r. poz. 1589.

²⁷ Zob. J. Raglewski, *Konstrukcja...*, s. 289.

²⁸ R.A. Stefański, *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa (art. 255 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1, s. 24.

²⁹ J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 6, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2019, s. 197.

³⁰ K. Fila, *Porównanie struktury dogmatycznej występku i wykroczenia w kontekście użyteczności czynów przepołowionych*, „Palestra” 2020, nr 2, s. 8.

³¹ Wyrok SN z 16 lipca 1973 r., I KR 324/72, OSNKW 1974, nr 1, poz. 9.

zastosowanie odpowiednich cenników, zaś przy nasuwających się wątpliwościach wykorzystanie dowodu z bieglego. Prawidłowe ustalenie wartości skradzionego mienia jest niezmiernie istotne w sprawie karnej, np. o kradzież. Nie chodzi tylko o sytuacje, w których wartość przedmiotu wykonawczego jest na pograniczu przestępstwa i wykroczenia. Ta okoliczność czynu znacznie wpływa na stopień materialnego bezprawia kradzieży i należy ją ustalić w sposób niebudzący wątpliwości w każdym przypadku³². Podobne problemy następuje sytuacja, w której wykroczenia dopuściło się dwóch sprawców. Wówczas wartość tej ukradzionej czy przywłaszczonej rzeczy ocenia się według tego, co wspólnie zabrali, a nie według wartości rzeczy, którą się podzielili jako łupem kradzieży³³. Nie jest także dopuszczalne rozbicie czynu dotyczącego ogółu zaboru na czyny stanowiące wykroczenia, a odnoszące się jedynie do poszczególnych przedmiotów tego samego zaboru³⁴. Wartość rzeczy stanowi wartość efektywnej szkody wyrządzonej poszkodowanemu (*damnum emergens*) i nie można włączyć w nią szkody w szerokim rozumieniu tego znaczenia w postaci utraconych korzyści (*lucrum cessans*)³⁵. Kolejne problemy interpretacyjne dotyczą czynu przepołowionego paserstwa, który znalazł uregulowanie w przepisach 122 § 1 i § 2 k.w. oraz art. 291 k.k. i art. 292 k.k. W doktrynie i orzecznictwie spotkać możemy się z trzema interpretacjami rozgraniczenia wykroczenia i występkę paserstwa. Po pierwsze, elementem odróżniającym wykroczenie od przestępstwa jest nie tylko wartość rzeczy, ale także źródło pochodzenia rzeczy. Warunkiem bytu wykroczenia z art. 122 k.w. jest to, aby mienie pochodziło z kradzieży lub przywłaszczenia oraz aby jego wartość nie przekraczała 500 zł, a w wypadku mienia w postaci drzewa wyrąbanego lub powalonego w lesie uzyskanego w wyniku kradzieży lub przywłaszczenia – nie przekraczała wartości 250 zł. Obydwa te warunki muszą współistnieć jednocześnie, a istnienie tylko jednego z nich wyłącza możliwość zastosowania kwalifikacji z art. 122 k.w. W wypadku zaś, gdy wartość mienia przekracza te granice kwotowe lub gdy mienie pochodzi z innego rodzajowo niż kradzież lub przywłaszczenie czynu zabronionego, czyn będzie stanowił przestępstwo, a sprawca odpowie na podstawie art. 291 k.k.³⁶ Inaczej czyn pasera postrzega Sąd Najwyższy w innym orzeczeniu, w którym stwierdza, że przedmiotem wykroczenia z art. 122 § 1 k.w. może być także rzecz pochodząca z kradzieży z włamaniem, jeżeli jej wartość nie przekracza 250 (obecnie 500) zł³⁷. I wreszcie trzecia koncepcja przyjęcia rozgraniczenia paserstwa, która zakłada, że analizując paserstwo i związaną z tym czynem kradzież, należy odnieść się do nazwy czynu zabronionego „kradzież” i dopiero wówczas będzie można stwierdzić, czy czyn sprawcy stanowić będzie wykroczenie

³² T. Tyburcy, *Świadomość znamienia kwotowego przepołowionego typu czynu zabronionego*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 7, s. 76.

³³ M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń...*, s. 773.

³⁴ Wyrok SN z 26 czerwca 1987 r., WRN 15/87, OSNKW 1988, nr 1-2, poz. 7.

³⁵ Wyrok SN z 26 września 1970 r., II KR 104/70, OSNKW 1971, nr 2, poz. 27.

³⁶ Tak wyrok SN z 19 września 1978 r., III KR 136/78, OSNKW 1979, nr 4, poz. 43.

³⁷ Uchwała SN z 24 września 1997 r., I KZP 15/97, OSNKW 1997, nr 11-12, poz. 96.

z art. 122 k.w., czy też występki z art. 291 k.k.³⁸ Do właściwej kwalifikacji czynu konieczne jest zatem ustalenie świadomości sprawcy co do pochodzenia mienia będącego przedmiotem paserstwa. W sytuacji gdy sprawca swoją świadomością nie obejmuje faktu, że rzecz pochodzi z którejś z kwalifikowanych form kradzieży, a jedynie że rzecz pochodzi z czynu zabronionego, a wartość tej rzeczy nie będzie przekraczać 250 zł (obecnie), to czyn sprawcy według omawianej koncepcji powinniśmy zakwalifikować jako wykroczenie z art. 122 k.w.³⁹

Tomasz Tyburcy zwraca uwagę na jeszcze jeden problem przy przestępstwach przeciwko mieniu, kiedy to kradzież zostanie przerwana i zakończy się na etapie usiłowania. Autor posługuje się przykładem sprawcy, który wszedł do mieszkania pokrzywdzonego przez otwarte okno, zatem nie nastąpiło włamanie i w tej sytuacji kontrawencjonalizacja kradzieży powoduje fatalne skutki praktyczne. Jak wskazuje autor, to, czy nastąpiło usiłowanie kradzieży z art. 119 § 1 k.w., czy też z art. 278 § 1 k.k., należy oceniać wedle zamiaru sprawcy. Ustaleń tych niekiedy będzie można dokonać wyłącznie w oparciu o osobę sprawcy, czyli bardzo słabej poszlaki⁴⁰. Także ukształtowanie przez ustawodawcę analizowanej konstrukcji w zakresie czynów przeciwko mieniu wyłącznie na podstawie skutku, a więc wartości przedmiotu wykonawczego, który to element strony przedmiotowej czynu zabronionego nie zawsze jest przez sprawcę zamierzony, również należy ocenić krytycznie⁴¹.

Opisane powyżej przykładowe trudności interpretacyjne wskazują na wciąż aktualny problem potrzeby zmian w zakresie czynów przepołowionych i opowiedzeniem się za odejściem od koncepcji utrzymania czynów przepołowionych. Wykroczenia kryminalne winny z powrotem zostać włączone do Kodeksu karnego, zrywając tym sposobem raz na zawsze z wywodzącą się z czasów PRL koncepcją „przenoszenia” przestępstw aksjologicznych (*mala per se*) do kategorii wykroczeń (np. w przypadku kradzieży)⁴². Jak podkreślano wcześniej, wykroczenia przepołowione – kryminalne – wykazują jedynie różnice ilościowe od przestępstw, gdy większość wykroczeń o naturze porządkowej różni się od czynów ujętych w Kodeksie karnym jakościowo, a to przecież było głównym zamierzeniem ustawodawcy przy tworzeniu prawa o wykroczeniach. W konsekwencji system prawa wykroczeń zbudowany zarówno z typizacji o charakterze porządkowym, jak i z naruszeń o charakterze kryminalnym, wykazuje niepokojącą podatność na zmiany w kierunku zaostrzenia poziomu represyjności, zacierając różnice jakościowe pomiędzy wykroczeniami i przestępstwami, a eksponując różnice ilościowe i prowadząc do uczynienia z prawa wykroczeń „małego” prawa karnego⁴³. Powrót wykroczeń kryminalnych do Kodeksu karnego

³⁸ Wyrok SN z 28 lipca 2004 r., V KK 104/04, Lex nr 121684.

³⁹ K. Liżyńska, *Z problematyki czynów...*, s. 262.

⁴⁰ T. Tyburcy, *Świadomość znamienia...*, s. 79.

⁴¹ Tak: M. Budyn-Kulik, *Wykroczenia – małe przestępstwa czy czyny o charakterze administracyjnym*, [w:] T. Grzegorzczak, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017, s. 49.

⁴² R. Kmiecik, *Sprawa o wykroczenie a proces karny*, „Prokurator” 2002, nr 3-4, s. 9.

⁴³ M. Błaszczak, *Problematyka...*, s. 167.

pozwoliłby na prowadzenie jednolitej i racjonalnej polityki kryminalnej z uwzględnieniem stosowania tożsamyh środków wychowawczyh i probacyjnych co do tożsamyh jakościowo czynów, na co zwracano uwagę już w czasie kodyfikacji karnej z 1969 r.⁴⁴ W 1991 r. Zespół ds. Ujednolicenia Rozwiązań Prawa Karnego i Prawa o Wykroczeniach opracował co prawda projekt kodeksu wykroczeń, w którym przeniesiono wykroczenia kryminalne do Kodeksu karnego, podkreślając, że zapoczątkowany w 1966 r. kierunek przepoławiania czynów nie przyniósł spodziewanyh korzyści, a spowodował szereg ujemnyh następstw w zakresie polityki represyjnej, rzutując negatywnie na postawę ludzi i obniżając autorytet organów orzekających⁴⁵, jednak nie spotkał się on z aprobatą ustawodawcy. Nieaktualna pozostaje także przyczyna, dla której utworzono czyny przepoławione. Argument potrzeby odciążenia sądów dla lepszej ich koncentracji na sprawach poważniejszyh i oddanie orzekania, także w zakresie czynów przepoławionych traktowanyh jako wykroczenia, organom pozasądowym nie pozostaje dziś aktualny. W dniu 17 października 1997 r. weszła w życie Konstytucja RP, która po wielu latach sporów powierzyła orzekanie w sprawach o wykroczenia wyłącznie sądom. Nie oceniając w tym miejscu poczynionych rozwiązań ustawodawczyh, wskazać jedynie należy, że sprawy o wykroczenia spowodowały „zatkanie” sądów rejonowych. W rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektóryh innyh ustaw z 2012 r. zwraca się uwagę na „zbędne angażowanie sędziów do czynności, które z powodzeniem mogą być dokonywane przez czynnik niesądowy”⁴⁶. Reasumując, likwidacja czynów przepoławionych przybliżyłaby prawo wykroczeń do jego pierwotnego, szczególnego charakteru, przejawiającego się w tym, że wykroczenia to normy naruszające normy administracyjne i porządkowe, a nie czyny kryminalne⁴⁷.

⁴⁴ Tak A. Marek, *Kierunki...*, s. 31.

⁴⁵ Tak Uzasadnienie projektu wykroczeń (redakcja z lutego 1991 r.), Warszawa 1991, s. 2.

⁴⁶ Uzasadnienie druku sejmowego nr 870, s. 1.

⁴⁷ M. Bojarski, *W sprawie ostatecznego uregulowania...*, s. 45.

Tajwan: prawdziwa historia Trybunału Konstytucyjnego, którego nie było¹

Celem niniejszego opracowania jest pokazanie organizacji, kompetencji, do-robku orzeczniczego oraz tragicznej przyszłości jednego z pierwszych w świecie, a w Azji pierwszego organu kontroli przestrzegania konstytucji. Gdy piszę o tragedii, to myślę również o marnym losie Tajwanu, którego niezawisłość zostanie złożona w ofierze – w imię pragmatyzmu tzw. wspólnoty międzynarodowej. Smutne fatum tej wyspy zapowiada dzisiejszy Hongkong, gdy tzw. Chińska Republika Ludowa dokonuje przyśpieszonego łamania porozumień dotyczących tej enklawy, których sama niedawno zobowiązała się przestrzegać. Przypadek Tajwanu jest o tyle gorszy, że nie ma tutaj podstawy międzynarodowej do jakiegokolwiek namiastki odrębności, którą należałoby uszanować². Dla Chin kontynentalnych wyspa Formoza była zawsze i jest częścią jej terytorium państwowego. Te fakty bardziej lub mniej znane tzw. międzynarodowej opinii publicznej będą przedmiotem opracowania o tyle, o ile wiązać się będą z historią i funkcjonowaniem tajwańskiego Trybunału Konstytucyjnego (dalej też: TK).

1. Prapoczątek: wrogość do prawa i jej przewyższenie

W Chinach do Rewolucji Sun Jat Sena z 1911 r. nie istniało prawo ani prawnicy. To, co nazywamy prawem, można by było nieprecyzyjnie określić jako prawo obyczajowe. Był to bardziej rytuał, etykieta czy ceremoniał przekazywany z pokolenia na pokolenie. Przenikał on nie tylko stosunki międzyludzkie, ale rozstrzygał też o stroju, gestach czy mimice osoby. Im ktoś więcej posiadał tych uświęconych tradycją zachowań, tym miał większe szanse na zajęcie wyższej pozycji społecznej. O awansie nie

* Prof. dr hab. Krystian Complak, Wydział Prawa Uniwersytetu Medycznego w Sennaj (Indie), ORCID: [0000-0001-9569-8760](https://orcid.org/0000-0001-9569-8760).

¹ Wielkie podziękowania należą się Dyrektorowi Generalnemu aparatu urzędniczego TK Tajwanu – byłemu sędziemu Wyższego Sądu – Chou-Chen Hhsu, który odpowiedział mi na wiele pytań szczegółowych oraz przysłał i/lub wręczył szereg ważkich książek i publikacji TK.

² Na temat złożonego statusu prawnomiędzynarodowego wyspy Formozy, por. P.L. Hsieh, *An Unrecognized State in Foreign and International Courts: The Case of the Republic of China on Taiwan*, "Michigan Journal of International Law" 2007, vol. 28, no. 4, s. 765-814. Autor dowodzi, że dla uniknięcia powstania globalnej „czarnej dziury” jurysdykcyjnej oficjalne uznanie Tajwanu za państwo we wszelkiego rodzaju postępowaniach sądowych „jest konieczne oraz pragmatyczne”. Por. także E. Haliżak (red.), *Tajwan w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Scholar, Warszawa 1997.

decydowało pochodzenie, ale zdolność przyswajania, jak dzisiaj powiedzielibyśmy, tych standardów³.

Istotą życia publiczno-prywatnego w tzw. Państwie Środka (Chinach) było przestrzeganie hierarchii społecznej. Przykład poprawnego obyczaju dawał albo co najmniej powinien dawać jedynowładca. Jeśliby rządzący zdecydowali się na ustawodawcze regulowanie omawianych wzorców zachowań, normy te mogłoby mieć negatywny wpływ na państwo, ograniczając władzę cesarza – wyłącznego przewodnika moralnego poddanych. W tych warunkach zrozumiałby był brak stanu sędziowskiego, nie mówiąc o wymiarze sprawiedliwości, z armią prokuratorów, adwokatów czy też juryskonsultów wszelkiej maści. W konsekwencji z tego powodu nie istniały w Chinach ciała ustawodawcze, organy stosowania prawa czy tym bardziej stojące na straży przestrzegania hierarchicznej struktury prawa, nie mówiąc o ochronie praw jednostki (człowieka).

Przewyższenie chińskiego nastawienia do działalności prawotwórczej państwa jest dziełem stosunkowo niedawnym. Do początku XX w. panował w tym kraju pogląd o prawie jako bezwartościowym elemencie. Dopiero przeprowadzenie na początku ubiegłego stulecia szeregu reform zwanych nową polityką doprowadziło do utworzenia w 1906 r. Sądu Najwyższego. Rozpoczęcie przez ten organ działalności w 1909 r. oraz zniesienie monarchii i proklamowanie republiki dwa lata później doprowadziło do zasadniczych zmian, w tym o prawnym charakterze. Duże zasługi w tym zakresie Sun Jat Sena. Ten wybitny działacz i myśliciel społeczny przyczynił się do akceptacji budowy nowoczesnego państwa według modelu północnoatlantyckiego.

Podstawą nowej organizacji państwa było wyróżnienie jej trzech głównych sfer aktywności publicznej. Pierwszą sferę (dziedzinę) konstytuowała koncepcja i praktyka wielkich Chin. Obejmowały one nie tylko tzw. Państwo Środka w ścisłym znaczeniu, ale także Mandżurię, Mongolię, Ujgurię oraz Tybet. Była to zasada *minzu*, czyli jedności moralno-politycznej pięciu podstawowych grup etnicznych Chin. Druga domena (sfera) obejmowała gospodarkę kraju. Miała się ona opierać na powszechnym dobrobycie. Jego podstawą powinien być oprócz rolnictwa również przemysł. Taki system założeń ekonomicznych państwa zwano zasadą *miszeng*. Najbardziej skomplikowany był sposób rządzenia krajem, ściśle mówiąc republiką, czyli zasada *minkuan*. Miała ona wyrażać demokrację z wykorzystaniem jej najróżniejszych form w ramach monteskiuszowskiego trójpodziału władzy, uzupełnionym o jej dwa człony: kontrolny i egzaminacyjny⁴.

³ Z bogatego piśmiennictwa na ten temat por. dwie monografie: W.W. Maliawicz, *Kitajska cywilizacja*, Moskwa 2001 oraz Ch.-F. Lo, *The legal culture and system in Taiwan*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006. Wybitny współczesny rosyjski sinolog zauważa, że jednym z najważniejszych czynników określających swoistość chińskiego prawa jest wzajemne powiązanie ludzkiej działalności z przyrodą (s. 138).

⁴ Te ogólne założenia znalazły konkretny wyraz w doktrynie Sun Jat Sena, czyli w „trzech zasadach ludowych” (nacionalizm, demokracja i dobrobyt) oraz w koncepcji pięciu władz (ustawodawcza, wykonawcza, sądownicza, egzaminacyjna, kontrolna).

2. Pięciopodział władzy

Jeśli Chińska Republika Ludowa pozostała wierna konfucjańskiej koncepcji jedności władzy, Tajwan wybrał sunjatsenowski schemat sprawowania władzy⁵. Zgodnie nim obowiązująca Konstytucja Tajwanu (dalej też: UZ) wyróżnia pięć rodzajów władz. Oprócz trzech tradycyjnych jej gałęzi jak władza ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza, ustawa zasadnicza wyspy Formozy przewiduje władzę egzaminacyjną oraz kontrolną. Jeśli pierwsze trzy wymienione władze pełnią tradycyjnie im przypisane funkcje, to tzw. władza egzaminacyjna zajmuje się organizacją i zarządzaniem aparatem urzędniczym państwa. Do tego juanu (tradycyjna nazwa działu władzy to juan) należy rekrutacja, awanse oraz jakiekolwiek przesunięcia organizacyjno-personalne funkcjonariuszy publicznych. Juanowi egzaminacyjnemu podporządkowane są cztery organy. Najważniejszym z nich jest Komisja ds. ochrony służby cywilnej i szkolenia wraz Narodową Akademią Służby Cywilnej. W zakresie działania tych organów znajdują się najistotniejsze kompetencje związane z kadrą urzędniczą Tajwanu.

Na czele Juanu Kontrolnego stoi prezes i wiceprezes oraz 19-osobowy zarząd. Powołuje ich – na 6-letnią kadencję – prezydent Republiki za zgodą parlamentu. Dopuszczalna jest reelekcja. Prezesa i wiceprezesa organu desygnuje się spośród jego członków. Do jego głównych uprawnień należy prowadzenie śledztw w sprawie przewinień urzędniczych, ich korygowanie i ganienie naruszcycieli, pociąganie do odpowiedzialności konstytucyjnej w razie większych przestępstw oraz kontrola budżetu państwa. Jeśli chodzi o ten ostatni zakres działania, to urzeczywistnia go tzw. rewizor generalny. Mimo wyodrębnienia organizacyjnego i dużej niezależności tamtejszy szef NIK-u pozostaje w strukturze organizacyjnej Juanu Kontrolnego. Prowadzenie dochodzeń w sprawach naruszeń funkcjonariuszy jest nieco osłabione z uwagi na zasadę wyłączności odpowiedzialności karnej przed sądami, a urzeczywistnianie impeachmentu ogranicza się do jego wdrożenia przed właściwymi organami państwa⁶.

Jeśli chodzi o sankcjonowanie i korygowanie działalności organizacji i podmiotów prywatnych, to uprawnienia dochodzeniowe Juanu Kontrolnego pokrywają się z kompetencjami organu ustawodawczego, a kryminalne z sądowo-prokuratorskimi. Dlatego utrudnione (wyłączone) jest wykonywanie tych pełnomocnictw przez ten pion organizacyjny państwa. W praktyce omawiany rodzaj władzy nie ma większego znaczenia⁷.

⁵ Por. w szczególności M. Kania, *Wpływ konfucjanizmu na kształtowanie się systemu prawa w Chinach*, „Acta Erasiana” 2012, t. II. *Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*.

⁶ Jeśli chodzi o pociąganie do odpowiedzialności konstytucyjnej urzędników administracji centralnej i lokalnej, Juan Kontrolny składa wnioski w tej sprawie do Komisji sankcji dyscyplinarnych wobec funkcjonariuszy publicznych, czyli sądowego organu podejmującego ostateczną decyzję co do przedstawienia zarzutów. W przypadku pociągania do odpowiedzialności sędziów stworzono specjalną komisję oraz trybunał dyscyplinarny. Co się dotyczy pociągania do odpowiedzialności prezydenta i wiceprezydenta republiki, wnioski w tej sprawie składa ciało ustawodawcze, a orzeka Trybunał Konstytucyjny. Biorąc pod uwagę słabości władzy kontrolnej, nie ustają projekty jej zniesienia.

⁷ Por. W.-C. Chang, *Constitutional Reform of Taiwan in a New Century: On the Abolishment of Control Yuan, Examination Yuan and the National Assembly*, „Taiwan Law Review”, no. 115, s. 209 i n.

3. Skąpe podstawy sądownictwa konstytucyjnego w ustawie zasadniczej kraju

Obowiązująca konstytucja Republiki Chińskiej z 1947 r. nie wymienia TK jako jednego z organów państwa. Trybunał Konstytucyjny *eo nomine* pojawił się dopiero w V Poprawce do UZ z 2005 r. Nie oznacza to, że przed tą datą na Tajwanie nie istniała instytucja kontroli konstytucyjności prawa. Organ tego rodzaju powstał już w 1948 r. na mocy uchwalonej rok wcześniej konstytucji. Powołani wówczas tzw. Wysocy Sędziowie zdołali, przed przemieszczeniem się czy raczej ucieczką na Tajwan, wydać zaledwie dwa orzeczenia. Zasadnicza działalność organu rozpoczęła się w 1952 r., gdy 2 maja wydany został wyrok nr 3⁸. Od tej daty do chwili obecnej organ ten wydał ponad 800 orzeczeń. Niektóre z nich miały wielkie znaczenie ustrojowe, zwłaszcza począwszy od rozpoczętej pod koniec lat 80. ubiegłego wieku tzw. demokratyzacji kraju.

Podstawą sądownictwa konstytucyjnego był wówczas – i jest dotychczas – art. 78 ustawy zasadniczej Tajwanu (UZ). Głosi on, że władza sądownicza „dokonuje wykładni konstytucji oraz jest uprawniona do zapewnienia jednolitości wykładni ustaw i przepisów”. Ten skromny artykuł uzupełniony został przez V Poprawkę do UZ, która w art. 5 ust. 4 stanowi, że „Wysocy Sędziowie władzy sądowniczej oprócz wykonywania obowiązków na podstawie art. 78 Konstytucji tworzą Trybunał Konstytucyjny celem rozstrzygania spraw dotyczących oskarżeń wobec prezydenta i wiceprezydenta [republiki – K.C.] oraz rozwiązania niekonstytucyjnych stronnictw politycznych”. W następnym ustępie art. 5 V poprawki czytamy, że partia polityczna jest uważana za niezgodną z UZ, „jeśli jej cele lub działalność zagraża istnieniu Republiki Chińskiej lub wolnemu demokratycznemu porządkowi konstytucyjnemu”. Dotychczas nie doszło do delegalizacji jakiegokolwiek stronnictwa politycznego Tajwanu.

4. Sposób powoływania sędziów

W skład Trybunału Konstytucyjnego wchodzi 15 tzw. Wysokich Sędziów⁹. Powoływani są oni przez prezydenta republiki za zgodą władzy kontrolnej. Mimo

⁸ Trybunał Konstytucyjny, począwszy od 2007 r., publikuje orzeczenia w dwujęzycznym zbiorze (równolegle w chińskim i w angielskim) pod tytułem *The Republic of China Constitutional Court Reporter*. Dotychczas wyszło osiem tomów tego monumentalnego wydawnictwa. Oprócz komitetu redakcyjnego pod przewodnictwem kolejnych prezesów TK (do piątego tomu włącznie był nim dr Yueh-Sheng Weng) ważnym jego przedłużeniem jest zespół kilkudziesięciu tłumaczy o zmiennym składzie. Złożony jest on z prawników – w tym cudzoziemskich – z dobrą znajomością prawniczego języka angielskiego, a także chińskiego. Pełne teksty orzeczeń można znaleźć też na stronie Sądu Konstytucyjnego Tajwanu, nie są one jednak ustrukturyzowane jak w kolejnych tomach opracowania tajwańskiego sądu nad prawem (T.-L. Hsu (ed.), *Leading Cases of the Taiwan Constitutional Court. Judicial Yuan*, t. I–III, *Judicial Yuan*, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5253> [dostęp 11.08.2022]).

⁹ Określenie „Wysoki Sędzia” (preferowane tutaj), jak i inna nieprecyzyjna nazwa – „Wielki Sędzia” (np. w pracy M.E. Kołodziejczak, *Status prawny sędziego w Republice Chińskiej (Tajwanie)*, [w:] B. Przywora, A. Wróbel (red.), *Status prawny sędziego. Państwa pozaeuropejskie*, t. 1, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2020, s. 447–476) pochodzi od angielskiego słowa

że art. 82 Konstytucji postanawia, że organizację władzy sądowniczej oraz hierarchię sądów określi ustawa, rozdział VII UZ Tajwanu ma jeszcze dwa artykuły poświęcone pośrednio sędziom konstytucyjnym. Według art. 80 powinni oni być bezstronni, czyli „rozstrzygać sprawy samodzielnie zgodnie prawem, oraz będąc wolnymi od jakiegokolwiek ingerencji”. Mimo że Konstytucja stanowi, iż sędziowie sprawują funkcje dożywotnio, V Poprawka ustanowiła indywidualną ośmioletnią kadencję wysokich sędziów. Jest ona jednorazowa w tym znaczeniu, że nie można być wybranym na kolejną kadencję bezpośrednio po zakończeniu poprzedniej. Artykuł 5 ust. 2 zd. 2 dodaje, że gwarancja ośmioletniej kadencji nie dotyczy sprawowania funkcji prezesa lub wiceprezesa omawianej instytucji.

Sędziowie Trybunału Konstytucyjnego wywodzą się z różnych środowisk. Przede wszystkim są nimi starsi sędziowie, tzn. mający za sobą co najmniej dziesięć lat pracy w wymiarze sprawiedliwości, profesorowie prawa, ustawodawcy (deputowani) z przynajmniej dziewięcioletnim okresem sprawowania mandatu parlamentarnego, byli sędziowie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w Hadze, wybitni znawcy prawa publicznego lub porównawczego oraz politycy mający wykształcenie prawnicze. Liczba wybranych sędziów Trybunału Konstytucyjnego z każdej wymienionych grup nie może przekraczać jednej trzeciej ogólnego składu organu¹⁰.

5. Sposób pracy

Tajwański Trybunał Konstytucyjny pracuje wyłącznie na wnioski podmiotów uprawnionych do ich składania. Oznacza to, że TK nie może wszczynać spraw z własnej inicjatywy. Może on natomiast prowadzić własne dochodzenia oraz wzywać wnioskodawców lub inne osoby mające związek ze sprawą do złożenia wyjaśnień lub dodatkowych materiałów. Prawem inicjatywy wszczęcia postępowania przed TK rozporządzają – w zależności od procedury – na przykład w razie abstrakcyjnej kontroli organy konstytucyjne, w tym terenowe instytucje władzy publicznej, a od 1993 r. jedna trzecia parlamentarzystów. Wszczęcie tzw. kontroli konkretnej należy do sędziów sądów powszechnych, a złożenie skargi indywidualnej do każdego – także do organizacji, partii politycznych.

Trybunał Konstytucyjny Tajwanu zbiera się trzy razy w tygodniu, chyba że zachodzi konieczność zwołania posiedzenia nadzwyczajnego (posiedzeń nadzwyczajnych). Rozpatruje on napływające sprawy według kolejności ich wpływu.

justice zamiast *judge*, stosowane zwłaszcza wobec sędziów SN USA. We francuskiej terminologii sędziowie wyższego szczebla zwani są *magistrats*. Zapożyczając amerykańskie regulacje i instytucje, w ten sposób wkomponowano kategorię *justice* do tworzonego chińskiego systemu prawnego.

¹⁰ Por. H. Chiu, J.-P. Fa, *Taiwan's legal system and legal profession*, "Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies" 1994, no. 5, s. 8 *passim*. Pomijając pewne niekonsekwencje w powyższym wyczeniu osób uprawnionych do zajęcia stanowiska sędziego konstytucyjnego, ich kadencyjność jest wyłomem w zasadzie dożywotniego sprawowania funkcji. W rezultacie niewielu sędziów było wybieranych wielokrotnie do TK. Rekord „długowieczności” należy do Yueh-Sheng Weng. Był on Wysokim Sędzią przez 35 lat (1972-2007).

Rozdzielane są one między sędziów losowo. Z chwilą ich przygotowania są one poddawane rozstrzygnięciu¹¹. Podstawową formą rozpatrywania przedłożonych spraw jest rozprawa ustna, podczas której dochodzi do roztrząsania sporu czy wątpliwości o prawno-konstytucyjnym charakterze oraz do przedstawienia argumentacji stron. Podstawą rozprawy są wcześniej przedkładane dokumenty i pisma uczestników postępowania. Niekiedy przed rozprawą TK może odbyć nieformalne posiedzenie. Na te narady czy wysłuchania zapraszani są naukowcy lub specjaliści. Mają oni za zadanie dostarczenie analiz i omówień oświetlających różne aspekty rozpatrywanej sprawy, jej tła oraz konsekwencji społecznych, politycznych czy gospodarczych wyroku.

Przedkładane sprawy wymagają obowiązkowego wstępnego rozpatrzenia odnośnie do dopuszczalności ich rozpoznania. W tym celu zbiera się zespół złożony z trzech sędziów. Po odbyciu odpowiednich posiedzeń lub sesji sędziowie wnioskuje przyjęcie do rozpatrzenia sprawy lub jej odrzucenie. Rozstrzygnięcia tych zespołów podlegają ocenie pozostałych członków TK. Inny zespół trzyosobowy lub liczniejszy może podważyć decyzję wstępną kolegów. Olbrzymia większość spraw ginie na tym etapie. Z 7640 wniosków i/lub skarg o zbadanie konstytucyjności tajwański TK rozpatrzył w latach 1948-2003 zaledwie 566¹².

6. Wyrokowanie

Warunkiem wydania orzeczenia jest odpowiednie kworum. Jest ono zależne od rozpatrywanej sprawy. Najwyższe wymogi obowiązują przy podejmowaniu rozstrzygnięć o rozwiązaniu partii politycznych. Dla podjęcia decyzji o delegalizacji stronnictwa politycznego wymagana jest obecność co najmniej $\frac{3}{4}$ członków TK, a dla podjęcia rozstrzygnięcia potrzeba aż $\frac{2}{3}$ głosów za wszystkich obecnych. Jeśli w grę wchodzi konstytucyjność ustawy, podjęcie decyzji wymaga obecności $\frac{2}{3}$ członków TK, z których $\frac{2}{3}$ musi opowiedzieć się za. Przegłosowanie wniosku w sprawie konstytucyjności przepisów niższej rangi wymaga obowiązkowej obecności takiej samej liczby minimalnej członków Trybunału, ale już nie wydanie wyroku. Dla podjęcia decyzji potrzebne jest zaledwie oddanie za konstytucyjnością połowy głosów. Jeśli chodzi o wydanie ujednoliconej wykładni ustaw i norm administracyjnych, minimalna obecność jest ustalona na połowę Wysokich Sędziów, z których połowa powinna wypowiedzieć się za taką interpretacją.

Możliwe jest składanie zdań odrębnych przez sędziów do podejmowanych rozstrzygnięć. Mają oni na to pięć dni od wydania wyroku. Przybierają one postać

¹¹ W niezmiernie rzadkich przypadkach sprawy doniosłe czy o dużym wydzwisku społeczno-politycznym mogą korzystać z priorytetu rozpatrzenia.

¹² Warto dodać, że tajwański TK może oddalać skargi i wnioski tylko z przyczyn proceduralnych. W przeciwieństwie do SN USA tajwańscy Wysocy Sędziowie nie mogą dobierać sobie do rozpatrzenia sprawy ze względu na ich merytoryczne znaczenie konstytucyjne.

zdań zgodnych albo przeciwnych rozstrzygnięciu¹³. Począwszy od lat 80. ubiegłego stulecia, liczba zdań odrębnych do wyroków tajwańskiego Trybunału Konstytucyjnego znacznie wzrosła. Jeśli do 1985 r. nie było żadnych tzw. zgodnych *votum separatum*, a liczba odrębnych była znikoma, w następnych trzech dziesięcioleciach ich liczba przekraczała sto, z tendencją zwyżkową w poszczególnych dekadach.

7. Sposób wyrokowania

TK, wydając orzeczenia, liczy się z ich odbiorem społecznym, a zwłaszcza ze zdaniem organizacji pozarządowych i innych grup nacisku. Stosuje wypracowane w zachodnioeuropejskim sądownictwie konstytucyjnym sposoby podejmowania decyzji. Jedną ze swoistych procedur jest tzw. dialektyczna metoda ustalania konstytucyjności prawa. Polega ona na proponowaniu alternatywnych dróg rozwiązania zamiast wydania jednoznacznych, przesądzających decyzji. Dopiero po wyroku, w toku późniejszych dyskusji, zainteresowane strony dokonują wyboru przedstawionych opcji. Na przykład w wyroku nr 520 z 2001 r. dotyczącym zawieszenia działalności elektrowni atomowej TK nie dokonał wyraźnego rozstrzygnięcia, lecz nakazał rządowi przeprowadzenie pertraktacji z opozycją celem znalezienia rozwiązania problemu zadowalającego obie strony. Podobnie w wyroku nr 550 z 2002 r. wezwał władze centralne do pertraktacji z samorządem terenowym celem zawarcia polubownego porozumienia. Tego rodzaju orzeczenia pozwoliły TK uchronić się przed zmasowaną krytyką mimo wielu skomplikowanych i ostrych zatargów o polityczno-instytucjonalnym charakterze.

Innym posunięciem w ramach poszukiwania rozwiązań konfliktów na drodze dyskursywnej było przenoszenie przez TK potencjalnych i realnych konfliktów na prawną płaszczyznę. Według Wysokich Sędziów wyrok rozstrzygający spór, aby był skuteczny, wymaga oparcia przyszłych stosunków między stronami na podstawie ustawowej. Bez upoważnienia ustawodawczego – wyraźnego i szczegółowego – regulacje niższego szczebla byłyby niezgodne z konstytucją. Uzupełnieniem dogmatu o delegacji ustawowej było zastrzeżenie wszelkich unormowań praw i wolności jednostki dla parlamentu¹⁴.

Trybunał Konstytucyjny potrafił też w ramach omawianej niekonfrontacyjnej strategii odraczać wydanie wielu swoich wyroków, a nawet odstępować od ich wydania po dłuższym czasie bezczynności. I tak gdy reformy prawa wyborczego z 2005 r.

¹³ Od 1987 r. – po zmianach przepisów proceduralnych – w tajwańskim Trybunale Konstytucyjnym odróżnia się dodatkowo zdania odrębne z uzasadnieniem od zdań odrębnych co do rezultatu, albo nawet *votum separatum* jednocześnie częściowo zgodne oraz częściowo rozbieżne. Por. Q. Zhang, *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, London 2012, s. 189-190.

¹⁴ Na temat odesłań i/lub zastrzeżeń ustawowych por. J.-R. Yeh, *Presidential Politics and the Judicial Facilitation of Dialogue between Political Actors in New Asian Democracies: Comparing the South Korean and Taiwanese Experiences*, "International Journal of Constitutional Law" 2010, no. 8, s. 948 *passim*.

doprowadziły po głosowaniu powszechnym w 2008 r. do znacznego zróżnicowania miejsc w organie ustawodawczym między partią zwycięską a drugim stronnictwem parlamentarnym, ugrupowanie opozycyjne wniosło skargę, kwestionując taki wynik wyborów. Trybunał Konstytucyjny zwlekał przez dwa lata z podjęciem orzeczenia. Gdy w lipcu 2009 r. wydał postanowienie oddalające skargę, wskazał, że ewentualne przyszłe zaprzeczenia dużym różnicom między mandatami parlamentarnymi stronnictw należy regulować drogą zmiany konstytucji¹⁵.

W omawiany rodzaj działań wpisuje się seria wyroków TK w sprawie zwalczania swoistej dla Tajwanu codziennej przestępczości stojącej na granicy między fizycznymi aktami bezprawia a wymuszaniem, szantażem albo inną formą dokuczliwości wobec jednostek czy grup społecznych. Wobec tej drobnej, bardziej lub mniej zorganizowanej przestępczości na poziomie lokalnym – zwanej *liumang*¹⁶ – obowiązujące przepisy prawne stosowały uproszczone dochodzenia, doraźne procedury prawa policyjno-wykroczeniowego, a przede wszystkim możliwość długotrwałego (do trzech lat) pozbawienia wolności bez wyroku sądowego. Zatrzymane i odosobnione w ten sposób jednostki poddawane były reedukacji, pracy przymusowej czy po prostu uciążliwemu dozorowi organów utrzymania porządku społecznego.

W zwalczanie tego rodzaju chuligaństwa – chińskiej odmiany mafijnej aktywności – zaangażował się na przełomie ostatniego tysiąclecia najwyższy strażnik konstytucji. Swoimi wyrokami podważał różne aspekty ustawodawstwa na ten temat. Nigdy nie uchylał obowiązujących przepisów. Ograniczał się do wezwań władzy ustawodawczej o dopasowanie obowiązujących regulacji do wymogów państwa prawnego. W pierwszym wyroku 384 z 28 marca 1995 r. organ ten uznał pięć artykułów ustawy o *liumang*¹⁷ za niezgodne z Konstytucją. Dotyczyło to obowiązku stawienictwa osób podejrzanych na policji, w tym ich przymusowego doprowadzania, nieujawniania tożsamości świadków, stosowania szkolenia poprawczego przed albo po odbyciu kary więzienia (łapania zakazu dwukrotnego karania), długotrwałego przetrzymywania osób aresztowanych bez nakazu sądowego czy niedopuszczalności odwoływania się od tych środków.

Jeszcze skromniejsze były żądania wyroku 523 z 22 marca 2001 r. Ograniczyły się one do nakazu sprecyzowania możliwości stosowania odosobnienia oraz jego uchylenia, wstrzymania albo wznowienia. Również ten wyrok nie zawierał wezwania do

¹⁵ Tak w wyroku nr 721 z czerwca 2014 r. podjętym na wniosek dwóch mniejszych partii. Mimo tego TK uznał, że dokonane w 2005 r. zmiany wyborcze są zgodne z Konstytucją.

¹⁶ Stowarzyszenia bandytów, złodziei i innych wyrzutków były w XVIII w. tajnymi bractwami, z których w późniejszym okresie wyłoniły się triady, czyli chińskie gangi. Mao Tse Tung poświęcił im referat w 1930 r., nazywając ich włóczęgami. Mimo że w partii komunistycznej istniał prąd chcący ich „zagospodarować w armii”, z uwagi na przypisywaną tym elementom przestępnym „bitność”, przeważał pogląd (i praktyka) ich zwalczania.

¹⁷ Zjawisko określane tym samym terminem występuje też Chińskiej Republice Ludowej. W tamtejszym reżymie politycznym brutalny sposób obchodzenia się z *liumang* nie jest szeroko kwestionowane, choć też jest przedmiotem reform. Por. M.K. Lewis, J.A. Cohen, *How Taiwan Constitutional Court Reined in Police Power: Lessons for the People's Republic of China*, „Fordham International Law Journal” 2014, vol. 37, no. 4, s. 909 i n.

zerwania z systemem przewidzianym przez ustawę o *liumang*. Dopiero po trzecim niekonfrontacyjnym (dyskursywnym) orzeczeniu TK z 1 lutego 2008 r. parlament uznał całe ustawodawstwo dotyczące samowolnego pozbawiania wolności osób bez wyroku sądowego za niezgodne z ustawą zasadniczą kraju oraz za nieobowiązujące¹⁸.

8. Orzecznictwo TK

Tak zwana progresywna tematyka w orzecznictwie konstytucyjnym rozpoczęła się w latach 80. ubiegłego stulecia. W czerwcu 1990 r. TK wydał przełomowy dla dotychczasowego ustroju wyrok (nr 263). Nakazał on zniesienie systemu nieskończenie przedłużanych mandatów parlamentarnych – pochodzących z okręgów wyborczych części kontynentalnej Chin – znajdujących się od 1949 r. poza władztwem Tajwanu. W tym czasie TK zaczął wydawać coraz więcej wyroków skierowanych przeciwko obowiązującym regulacjom. Wtedy Rada Wysokich Sędziów zaskarbiła sobie miano najbardziej awangardowego organu kontroli konstytucyjności prawa w regionie. Okres, kiedy instytucja ta zatwierdzała jedynie decyzje rządzących, minął bezpowrotnie¹⁹.

Począwszy od ostatniej dekady minionego wieku, Wysocy Sędziowie stali się decydującym organem w państwie. Nastąpiło to w samodzielny sposób, tzn. bez podstawy prawnej, zwłaszcza konstytucyjnej. Punktem wyjścia było unieważnienie reform konstytucyjnych (poprawek do UZ) w 2000 r. oraz w 2005 r. W wyroku z 2001 r. organ ten przeciwstawił się zmianom w prawie wyborczym. Do czynników wzmacniających pozycję TK należy zaliczyć również coraz częstsze odwoływanie się do dokumentów prawa międzynarodowego. Taka postawa pozwala kwestionować regulacje Konstytucji w razie ich niespójności z prawem międzynarodowym, zwłaszcza z prawami człowieka²⁰.

9. Rosnąca liczba wyroków interpretacyjnych

Mimo że art. 171 i 172 Konstytucji Tajwanu nakazują uznawania za „niebyłe i nieważne” sprzeczne z nią przepisy, TK stwierdzał różny stopień utraty mocy prawnej norm niezgodnych z UZ: niekonstytucyjne, ale obowiązujące; konstytucyjne, ale

¹⁸ Trudno powiedzieć, czy te wyroki TK pomogły wyeliminować lub ograniczyć na Tajwanie zjawisko *liumang*. Nie ulega wątpliwości, że przyczyniły się do humanitarnego traktowania ludzi zaangażowanych w ten rodzaj działalności.

¹⁹ Por. R. Dixon, T. Ginsburg, *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham 2014, s. 47 i n.; S. Cooney, *A Community Changes: Taiwan's Council of Grand Justices and Liberal Democratic Reform*, [w:] K. Jayasuriya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia: The Rule Law and Legal Institutions*, Routledge, London 1999, s. 25-280; rozdział w książce pod red. W.W. Maklakowa, *Konstitucionnyj kontrol w zarubieżnych stranach. Uczenoje Posobije*, Norma Infra-M, 2010, s. 472 i n.

²⁰ W ten sposób tajwański TK stał się „najważniejszym organem konstytucyjnym w realizacji państwa prawa”. Por. Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford 2017, s. 54-55.

wymagające poprawy, częściowo konstytucyjne i/lub częściowo niekonstytucyjne, stosowane do wejścia w życie wyroku w przyszłości; niekonstytucyjne ze ścisłym określeniu daty anulowania wątpliwych przepisów²¹. Jeśli chodzi o pierwszy rodzaj wyroku, to TK, mimo że dostrzegał niekonstytucyjność regulacji, nie decydował się na uznanie jej za nieważną, gdyż prowadziłoby to do ostrej konfrontacji z rządem (wyrok 86 z 1960 r.) czy dalekosiężnej zmiany wielu aktów obowiązujących w danej dziedzinie (wyrok 483 z 1999 r.).

Trybunał Konstytucyjny uznawał niekiedy za niezgodne z UZ przepisy, ale ich nie anulował. Wzywał on do zastąpienia tych norm w przyszłości regulacjami niebudzącymi zastrzeżeń konstytucyjnych (wyrok 211 z 1986 r.). Trzecim rodzajem wyroków interpretacyjnych TK były deklaracje o ograniczonej konstytucyjności lub niekonstytucyjności. Na przykład w wyroku 509 z 2000 r. TK tak zinterpretował przepis kodeksu karnego o zniesławieniu, że wykluczył odpowiedzialność karną osób, które nie były w stanie dowieść prawdziwości oczernienia, ale mogły wskazać istnienie przesłanek przemawiających za tym. Wydając deklarację o ograniczonej niekonstytucyjności w wyroku 585 z 2004 r., TK uznał część przepisów o śledczej komisji parlamentarnej za niezgodną z UZ. Mimo tego fragmentarycznego stwierdzenia niekonstytucyjności badanej regulacji wyrok miał stuprocentowy skutek. Komisja nie została uruchomiona.

Czwartym rodzajem omawianych wyroków były rozstrzygnięcia TK, w których organ ten uznawał niekonstytucyjność przepisu, wyznaczając mu ostateczną datę utraty ważności w przyszłości. Tego rodzaju orzeczenia są dość częste w praktyce TK. W latach 2003-2012 TK wydał 51,5% orzeczeń z odroczoną datą wejścia ich w życie. Mimo zastrzeżeń do tego rodzaju praktyki jej stosowanie do dzisiaj ma się w najlepsze.

10. Zasada proporcjonalności

W arsenale metod orzekania TK Tajwanu nie zabrakło również zasady proporcjonalności. Najwyżsi sędziowie zmodyfikowali ją nieco. Do trójskładnikowej struktury zasady proporcjonalności dodali czwarty element. Wymogi racjonalności, konieczności oraz zakazu nadmiernej ingerencji uzupełniono obowiązkiem badania celu ustawodawczego kwestionowanej regulacji. W szczególności ustalenie zamiaru ustawodawcy miało determinować „prawowitość” celu parlamentarzystów oraz zgodność uchwalonych środków z intencją ustawodawczą. Pomijając zagadnienie,

²¹ Do tych wyroków można zaliczyć orzeczenia w sprawie bezczynności organu. TK wzywa jedynie do wypełnienia obowiązku wykonania przepisu ustawy zasadniczej, bez rozstrzygania o konstytucyjności czy niekonstytucyjności normy będącej podstawą takiego nakazu, jak w wyroku 632 z 15 sierpnia 2007 r. Z ciekawym tłem faktograficznym sprawy można się zapoznać w dwóch uwagach od wydawcy towarzyszących wyrokowi w półoficjalnym zbiorze wszystkich orzeczeń TK Tajwanu w języku chińskim i angielskim: *The Republic of China Constitutional Court Reporter. Interpretations Nos. 623-669 (2007-2009)*, Taipei, s. 162-165.

czy nakaz racjonalności jest tym samym co przydatność albo odpowiedniość, dodanie tak wątpliwego składnika wydaje się czynić tę zasadę nieco odmienną od niemieckiego wzoru²².

Praktyka stosowania badanej zasady na Formozie przez TK potwierdza wspomnianą swoistość tajwańskiej odmiany proporcjonalności. Na przykład w wyroku 428 z 1997 r. Wysocy Sędziowie stwierdzili brak naruszenia proporcjonalności w wymierzeniu kary śmierci za przemyt narkotyków. Podobnie w wyroku 554 z 2004 r. TK nie dopatrywał się przekroczenia zakazu nadmiernej ingerencji w karaniu cudzołóstwa. Dopuścił utratę na zawsze możliwości uzyskania uprawnień taksówkarza z uwagi na wcześniejsze skazania, m.in. za przestępstwa seksualne czy za wyrwanie torebki z ręki²³. Z drugiej strony, organ ten uznał żądanie oddania odcisków palców przy wyrabianiu dowodu osobistego za niezgodne z konstytucyjnym prawem do prywatności (wyrok 603 z 2005 r.).

11. Przełomowe wyroki

Wśród ponad 800 wyroków wydanych przez TK w ciągu 73 lat jego istnienia wiele było o tzw. precedensowym charakterze. Większość tych orzeczeń zapadło po 1990 r., gdy w skali świata doszło do zakończenia zimnej wojny, a w poszczególnych krajach nastąpiły procesy demokratyzacji²⁴. Z okresu autorytarnego możemy wymienić wyrok 2 TK z 6 stycznia 1949 r., w którym organ ten określił okoliczności, w jakich rząd może złożyć wniosek o jednolitą wykładnię ustaw i innych przepisów prawnych, oraz następny z 21 maja 1952 r., na podstawie którego Juan Kontrolny uzyskał pozwolenie na składanie do parlamentu projektów ustawodawczych

²² W polskiej literaturze zdecydowanym przeciwnikiem czwartego składnika zasady proporcjonalności jest K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze, Kraków 1999, s. 153-154. Nie muszę dodawać, że odczytanie wymogu przydatności czy odpowiedności (pierwszego aspektu proporcjonalności) jako racjonalności jest wyraźnym ukłonem w stronę anglosaskiego odpowiednika (ale nie równoważnika) zasady proporcjonalności. Por. A.D.P. Brady, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 52-53 *passim* oraz E.Th. Sullivan, R.S. Frase, *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 37 i n.

²³ W wyroku tym – nr 584 z 17 września 2004 r. – TK sformułował swego rodzaju ogólną zasadę proporcjonalności w zderzeniu z wolnością wyboru zawodu: jeśli chodzi o subiektywne warunki zdadności do wykonywania określonej pracy, jak wykształcenie, znajomość rzeczy, warunki fizyczne, moralność, to ograniczenia powinny być wąsko zakreślane; gdy chodzi o sposób pracy, czas i miejsce, to ustawodawca ma większą swobodę. Por. dwujęzyczny zbiór orzecznictwa *The Republic... Interpretations Nos 571-622 (2004-2006)*.

²⁴ Nieocenionej pomocy w ustaleniu znaczących wyroków udzielił mi ukazujący się w kolejnych latach, począwszy od 2018 r., pod auspicjami prezesa TK Tajwanu Tzon-Li Hsu, trzytomowy zbiór *Leading Cases of the Taiwan Constitutional Court. Judicial Yuan*, Wydawnictwo The Judicial Yuan. Przedstawiono tam łącznie 68 tzw. spraw wiodących. Ostatni przedstawiony przypadek tego rodzaju to wyrok nr 763 z 4 maja 2018 r.

w sprawach dotyczących swego zakresu działania²⁵. Bardzo ważny wyrok Wysokich Sędziów zapadł 15.08.1960 r., gdy wyłączyli oni sądy usytuowane hierarchicznie poniżej Sądu Najwyższego z podporządkowania organizacyjnego władzy wykonawczej i podporządkowali je juanowi sądowniczemu.

Ostatnia dekada ubiegłego wieku rozpoczęła wysyp tzw. wyroków kontrowersyjnych dotyczących polityki, moralności czy praw człowieka. Już 23.09.1994 r. zapadł pierwszy wyrok (nr 365) w sprawach genderowych. W jego rezultacie usunięty został z obrotu prawnego art. 1089 kodeksu cywilnego, przyznający ojcu ostateczny głos w razie sporu między nim a matką o wykonywanie praw rodzicielskich wobec wspólnych dzieci. W innym kierunku poszedł wyrok 728 z 20 marca 2015 r. w sprawie kwalifikacji następców w organizacji (gildii) zajmującej się kultem przodków. Bez odwoływania się do płci art. 4 ust. 1 Karty Stowarzyszenia (gildii) oddawania czci poprzednikom biologicznym wyrok z 31 lipca 1986 r. nakazuje przenoszenie praw właścicielskich, administracyjnych i innych według zasad obowiązujących przed jej wejściem w życie, czyli męskim potomkom. TK uznał ten artykuł statutowy za zgodny z konstytucją, gdyż tego rodzaju tryb dziedziczenia szanuje „zasadę autonomii prywatnej celem zachowania stabilności porządku prawnego”.

Zdecydowaną zmianę linii orzeczniczej oznaczał wyrok 748 z 24 maja 2017 r. Dopuszczył on możliwość zawierania małżeństw między osobami należącymi do tej samej płci. Biorąc pod uwagę stosunkową dużą niezgodę przeważającej części ludności kraju, TK odroczył wejście w życie praw gejów czy lesbijek do legalnego łączenia się węzłem małżeńskim. 24 listopada 2018 r. odbyło się referendum, w którym zdecydowana większość Tajwańczyków opowiedziała się przeciwko małżeństwom jedнопłciowym oraz na rzecz ograniczenia nauczania o LGBT w szkołach. Biorąc to pod uwagę, parlament uchwalił ustawę o wdrożeniu wyroku 748. Wydany akt ustawodawczy ograniczył prawa par jedнопłciowych w dziedzinie adopcji dzieci oraz co do możliwości zlecenia przez nie zapłodnień *in vitro*.

Do poważnego rozszerzenia wolności praw politycznych oprócz już w omówionych w wyrokach (261, 721) przyczynili się Wysocy Sędziowie, orzekając odnośnie do dwóch wolności: organizowania zgromadzeń oraz zrzeszania się. Według obowiązujących przed wyrokiem przepisów odbycie zgromadzenia wymagało spełnienia szeregu kłopotliwych warunków dotyczących wczesnego zgłoszenia zamiaru przeprowadzenia manifestacji, zakazu głoszenia w ich trakcie określonych treści oraz niedopuszczenia do wyrządzenia ewentualnych szkód w mieniu publicznym lub prywatnym. Mając tak szeroko zakreślone okoliczności wyłączające, organy policji i służby administracyjne państwa mogły zakazać każdego przemarszu czy parady. Dlatego TK w wyroku 445 z 23 stycznia 1998 r. nakazał uwzględnienie tzw.

²⁵ Do tej grupy orzeczeń zalicza się wydany prawie dokładnie trzydzieści lat później (25.05.1982 r.) w identycznej kwestii wyrok dotyczący tym razem prawa inicjatywy ustawodawczej juana sądowniczego. Por. *Leading Cases...*, t. 1, s. 47-50. Jego trzeci tom wymienia jeszcze trzy wyroki tego rodzaju wydane przed 1990 r. Odnoszą się one do szczegółowych zagadnień o administracyjnym i/lub proceduralnym charakterze. Wydane one zostały w latach 80. (1982, 1984 i 1987) ubiegłego stulecia. Czas ten uważa się za okres przejściowy między autorytaryzmem a większym ludowładztwem.

wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa, a nie przyszłych hipotetycznych zagrożeń czy przewidywanych wypowiedzi. Podobnie organ ten uznał za nieprecyzyjne i nieproporcjonalne ograniczenia wolności zrzeszania w organizacje tylko dlatego, że stały one w sprzeczności z „ideologią Wielkich Chin”. W wyroku 479 Wysocy Sędziowie zezwolili na przemianowanie „Chińskiego Stowarzyszenia Prawa Porównawczego” na „Tajwańskie Towarzystwo Prawa”. Podobnie postąpił TK w sprawie utworzenia organizacji „Nowi Tajwańczycy na rzecz niepodległości Tajwanu”. Również w tym przypadku Wysocy Sędziowie doszli do wniosku, że zakazy promowania komunizmu oraz wyodrębnienia terytorialnego Formozy były zbyt sztywno rozumiane i stosowane.

Inną sferą, w której tajwański TK podjął ważne decyzje, były spory między konstytucyjnymi organami państwa. Orzekając co do wstrzymania budowy przez władzę wykonawczą czwartej elektrowni atomowej na Tajwanie, Wysocy Sędziowie stwierdzili w wyroku 520 z 15 stycznia 2001 r., że możliwa jest taka decyzja pod warunkiem zachowania dostępnych procedur w tym zakresie. Mimo charakteru ustawodawczego budżetu państwa można odstąpić od realizacji niektórych czy jednej pozycji w ustawie finansowej państwa, jeśli rząd przedstawi parlamentowi argumentację, odpowie na interpelacje posłów, uzasadni zmianę w „doniosłej polityce narodowej”. W razie niezgody między stronami egzekutywa może zażądać przeprowadzenia głosowania nad wnioskiem zaufania, a parlament może przegłosować rezolucję o odwołaniu rady ministrów²⁶.

15 grudnia 2004 r. TK wydał znaczące orzeczenie w sprawie zakresu działania parlamentarnej komisji śledczej powołanej w następstwie zamachu na kandydatów na prezydenta i wiceprezydenta Tajwanu w przeddzień wyborów powszechnych z 19.03.2004 r. Wysocy Sędziowie wyrokiem tym potwierdzili większość uprawnień tego ciała ustawodawczego, nie stwierdzając naruszenia rozdziału władz. Takie rozstrzygnięcie podjęli oni celem zapewnienia „skutecznego wykonywania konstytucyjnych uprawnień”, które mimo swego dochodzeniowo-prokuratorskiego charakteru należą również do parlamentu. Instytucja przedstawicielska może zbierać informacje niezbędne do wykonywania swych obowiązków, doprowadzając „swe funkcje podziału władz oraz wag i przeciwwag do pełnego uruchomienia”. Nie oznacza to jednak, że omawiana komisja może wkraczać w zastrzeżone kompetencje innych władz, w szczególności naruszać „przywilej egzekutywy”²⁷.

Rozstrzygając o konflikcie między władzą wykonawczą a ustawodawczą w sprawie obsady osobowej Narodowej Rady Medialnej, TK stwierdził, że premier jako

²⁶ W toku sporu doszło do odwrócenia ról, gdy „przekonany” parlament opowiedział się za kontynuacją budowy siłowni jądrowej, podczas gdy nowo wybrana egzekutywa – po wyborach prezydenckich w maju 2005 r. – wystąpiła przeciwko. W marcu 2018 r. rząd podjął decyzję o zamknięciu czwartego reaktora oraz postawił sobie za zadanie wstrzymanie pracy wszystkich elektrowni atomowych na wyspie do 2025 r.

²⁷ Wyrok z 15 grudnia 2004 r. należy do jednych z obszerniejszych orzeczeń tajwańskiego TK. Por. jego pełny tekst we wspomnianym dwujęzycznym oficjalnym wydaniu *The Republic of China Constitutional Court Reporter*, s. 209-281.

osoba odpowiedzialna za całość administracji państwowej nie może być pozbawiony istotnych uprawnień wobec środków masowego przekazu. Ustalenie składu personalnego 18-osobowej Rady nie może polegać na tym, że 15 powołuje parlament według klucza przynależności partyjnej, a zaledwie 3 osoby desygnuje szef rządu. Takie przepisy są niezgodne z Konstytucją. Zgodny z Ustawą Zasadniczą jest natomiast wybór przewodniczącego i wiceprzewodniczącego Rady przez jej członków. Również nie narusza UZ specjalny system zaskarżania podejmowanych decyzji przez Narodową Radę Medialną. W ten sposób TK przyczynił się do lepszego ułożenia stosunków między władzą wykonawczą a ustawodawczą, znajdując złoty środek w regulacji Narodowej Rady Medialnej między jej „niezależnością, jednością administracyjną oraz polityką rozliczalności”²⁸.

12. Prawa człowieka *in concreto*

Lista praw człowieka w konstytucji Tajwanu, odzwierciedlając okres historyczny jej powstania, była krótka i zwięzła²⁹. Dlatego też art. 22 Konstytucji stanowił, że ustawa zasadnicza gwarantuje ponadto wszelkie inne prawa „nieszkodliwe dla porządku społecznego lub dobrobytu powszechnego”. Oprócz kompetencji parlamentu do ograniczania praw podstawowych z czterech względów podanych w art. 23 Konstytucji ważną rolę w ich uściśleniu odegrał i nadal odgrywa TK. Najwyższy strażnik norm podstawowych swoimi orzeczeniami doprowadził do likwidacji uprawnień policji do ograniczania wolności osobistej, w tym do skazywania na pracę przymusową³⁰. Podstawą takiego działania sił porządkowych była walka z zagrożeniem komunistycznym. Nieprzypadkowo więc argument pogwałcenia wolności myśli i słowa stanowił podstawę zawieszenia, a potem zniesienia nadzwyczajnego ustawodawstwa represyjnego.

Ważkim odcinkiem ochrony praw jednostki była walka z zapożyczonym z prawa zachodnioeuropejskiego tzw. systemem specjalnych stosunków władczych. Reżym ten polegał na wyłączeniu całych kategorii osób, m.in. urzędników służby publicznej, żołnierzy, studentów, więźniów spod obowiązywania powszechnych przepisów ochronnych. Osoby te poddane były nadzwyczajnym stosunkom zależności wobec władzy państwa. Oznaczało to niedostępność dla tych osób wielu ważkich praw

²⁸ T.-L. Hsu, *How does the Judicial Activism of the TCC Shape the Liberal Democratic Constitutional Order in Taiwan*, [w:] T.-L. Hsu (ed.), *In Celebration of the 70th Anniversary of Constitutional Interpretation 2018 International Conference, Taiwan Constitutional Court, Judicial Yuan (Conference Proceedings)*, wykaz artykułów, poz. 1, s. 17, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2178&id=310062> [dostęp 11.08.2022].

²⁹ Bo jak inaczej możemy określić trzynastą jednodaniową ogólną artykułów (9-21) w II rozdziale Konstytucji na ten temat. Zaledwie art. 8 dotyczący wolności osobistej ma rozbudowaną czteroakapitową strukturę.

³⁰ Zmniejszenie uprawnień policji nie odbywało się bez oporu. Pierwszy wyrok z 1980 r. został zignorowany przez ówczesne władze. Dopiero wyrok 251 z 1990 r. doprowadził do eliminacji opresyjnego ustawodawstwa, ograniczającego prawa osób bez udziału sądu.

podstawowych człowieka. I tak funkcjonariusze publiczni dzięki serii³¹ wyroków TK uzyskali – celem dochodzenia swych uszczuplonych praw – dostęp do wymiaru sprawiedliwości³². Studenci w razie relegacji, kar porządkowych czy innych posunięć zmieniających ich położenie na uczelni otrzymali, na podstawie wyroków 382 i 430, prawo do odwoływania się od nich. Począwszy od wyroku 653, w którym wysocy Sędziowie mocno podkreślili zasadę *ubi ius, ibi remedium*, sprawa podległości nadzwyczajnym węzłom prawnym utraciła na znaczeniu prawnym³³.

Z uwagi na szczupłą listę konstytucyjnych praw podstawowych ważką rolę w jej uzupełnieniu i sprecyzowaniu przypadła najwyższemu strażnikowi UZ Tajwanu. W związku z tym organ ten podjął oprócz już częściowo omówionych praw i wolności osobistych oraz politycznych tematykę praw ekonomicznych, socjalnych, kulturalnych, w tym praw zbiorowych ludności tubylczej. Doniosłe zadania w tej sferze odgrywało wprowadzenie i rozbudowywanie sporów sądowych w interesie publicznym przez różnego rodzaju organizacje społeczeństwa obywatelskiego. Ostatecznie trafiały one do Trybunału Konstytucyjnego. Jeśli chodzi o prawa osobiste i polityczne, to na uwagę zasługuje orzeczenie 263 z 1990 r. dotyczące kary śmierci, w którym TK nakazał ostrożne posługiwanie się najwyższą sankcją³⁴. Wiele z orzeczeń TK doprowadziło do oczyszczenia kodeksu cywilnego z przepisów niekorzystnych dla kobiet³⁵. Na podkreślenie tutaj zasługują również wyroki TK o prawach obywateli do udziału w życiu publicznym. Na przykład w orzeczeniu 721 z 6 czerwca 2014 r. organ ten dopuścił nierówności między okręgami, dowodząc, że w ten sposób mieszkańcy mniejszych i oddalonych obwodów do głosowania mieli dogodniejsze możliwości wyrażenia swych preferencji politycznych. W wyroku 290 z 24 stycznia 1992 r. TK zalecił parlamentowi uchwalenie przepisów uwzględniających osoby z niepełnosprawnościami przy ubieganiu się o stanowiska łączące się z posiadaniem określonego poziomu wykształcenia niemożliwego do zdobycia przez jednostki ułomne fizycznie i/lub umysłowo.

Z uwagi na umiejscowienie tematyki praw społeczno-gospodarczych w rozdziale UZ poświęconym wytycznym dla rządu TK miał mniejszą rolę do odegrania. Strażnik najwyższych przepisów w państwie ograniczał się do precyzowania aspektów wymiaru intelektualnego jednostki. I tak odnośnie do prawa do pracy – wyjątkowo

³¹ Wyrok SN ChRL z 2 września 2001 r., *Qi Yuling vs. Chen Xiaoli i inni*, okrzyknięty na Zachodzie jako chiński *Marbury vs. Madison*, przeszedł bez echa w systemie sądowym tego kraju. Został on uchylony i usunięty ze zbioru orzecznictwa tzw. Siódma Decyzją SN z 18 grudnia 2008 r. Sędzia SN, który wydał wyrok, został skazany na dożywocie za łapownictwo w styczniu 2010 r. Por. J.-R. Yeh, *Presidential Politics...*, s. 173-175.

³² Wyroki TK nr 187 z 3 sierpnia 1984 r., 298 z 12 czerwca 1992 r., 323 z 18 czerwca 1993 r., 338 z 25 lutego 1994 r., 455 z 5 czerwca 1998 r., 483 z 14 maja 1999 r.

³³ W sprawach 681 i 691 TK poruszył system warunkowego zwalniania z zakładów karnych. Wysocy Sędziowie stwierdzili jednomyślnie, że decyzja o warunkowym zwolnieniu narusza prawa więźnia w tym znaczeniu, że jeśli on nie zgadza się z nią, nie może jej podważyć w postępowaniu sądowym.

³⁴ Na temat kary śmierci TK wypowiadał się jeszcze dwa razy. Pierwszy raz w 1985 r. (wyrok 194), podczas obowiązywania ustawodawstwa nadzwyczajnego na Tajwanie, i później w 1999 r. (wyrok 476). Nie trzeba dodawać, że TK sprzeciwił się zniesieniu kary zasadniczej.

³⁵ W szczególności wyrok 410 z 19 lipca 1996 r. oraz wyrok 452 z 10 kwietnia 1998 r.

konstytucyjnie regulowanego jako indywidualne prawo – TK wydał sześć znaczących wyroków. Sprowadziły one to prawo – tak jak chce to widzieć współczesna nauka i praktyka prawa konstytucyjnego – do „wolności wyboru i wykonywania zawodu oraz wyboru miejsca pracy”³⁶. Wolność pracy może być ograniczona przez różnego rodzaju wymogi jak wiedza, kompetencja, wiek czy warunki fizyczne. Wymienione restrykcje muszą jednak mieć solidne oparcie w donioślejszym interesie publicznym i mogą być nakładane wyłącznie w razie bezwzględnej konieczności.

Oprócz przymusowego krajowego systemu ubezpieczeń zdrowotnych, do którego obowiązkowa przynależność została zakwestionowana przed TK, większe zainteresowanie wzbudziła sprawa możliwości deportowania Chińczyków bez zachowania należytego postępowania prawnego. Najwyższy strażnik UZ uznał – w wyrokach 708 oraz 710 z 2013 r. – takie prawo władz administracyjnych kraju za niezgodne z konstytucją. TK stanął też zdecydowanie w obronie praw ludności tubylczej. Gdy zakwestionowano przepisy o zamówieniach rządowych wymagających od wygrywającego oferenta zatrudniającego ponad 100 pracowników, aby przyjął do pracy określony procent ludności tubylczej, TK zdecydowanie poparł taką regulację w wyroku 719 z 18 kwietnia 2014 r.

13. Podsumowanie i wnioski

Tajwański TK mimo swej przeszłości niemal zerowego aktywizmu orzeczniczego zaczął podejmować, poczynawszy od lat 90. ubiegłego stulecia, „zapierające dech decyzje”. Spowodowało to, że z punktu widzenia kryteriów liberalnej demokracji stał się on jednym z najbardziej awangardowych organów tego rodzaju w Azji. Biorąc pod uwagę dotychczasową praktykę orzecniczą organu, należy spodziewać się w przyszłości jego dalszych osiągnięć na drodze wytyczanej przez promotorów nowego konstytucjonalizmu. Można się cieszyć z tego kierunku ewolucji tajwańskiego TK. Można się też zastanawiać, czy taki rozwój orzecznictwa może być przydatny w kontekście nierozwiązanego dotąd statusu międzynarodowego wyspy.

Z kontynentalnej części Chin docierają bowiem inne wiadomości, wnioski i zalecenia. Chińska Republika Ludowa, mimo że straciła wiele z pierwotnej ortodoksji państwa socjalistycznego (komunistycznego), jest nadal państwem zarządzanym przez partię sprawującą rolę kierowniczą, niedopuszczającą do konkurencyjnych wyborów powszechnych. W optyce tego stronnictwa nie leży ograniczanie swej niepodzielnej władzy, a na pewno tworzenie sądownictwa konstytucyjnego. Rozważania o możliwości pogodzenia zasady jednolitości władzy państwowej z organem

³⁶ Oprócz orzeczenia 584, bezpośrednio albo pośrednio (514) poruszającego to zagadnienie, innymi uściślającymi wyrokami były: 649 (osoba niedowidząca), 711 (łączenie zawodu aptekarza z wykwalifikowaną pielęgniarcią), 549 (wyplata ubezpieczenia dziecku przysposobionemu mimo braku dokonania adopcji ze względu na śmierć ubezpieczonej osoby adoptującej), 578 (prawo do świadczeń emerytalnych dziecka przysposobianego przed dokonaniem formalnej adopcji w związku ze wcześniejszą śmiercią ubezpieczonego przyszłego rodzica).

mogącym mieć inny pogląd na sposób jej sprawowania, czy tym bardziej rozwijania tzw. burżuazyjno-liberalnych praw człowieka nie są prowadzone w Państwie Środka. Dowodzi tego nie tylko smutny los sprawy *Qi Yuling*, ale przede wszystkim kierunek rozważań na temat kontroli konstytucyjności prawa w Chinach. Propozycje czy raczej kontrpropozycje powołania na przykład Konfucjańskiej Akademii Konstytucyjnej są tego wyrazem. Byłby to bardziej organ egzekwowania konstytucji niż badania konstytucyjności prawa³⁷.

Przyszłe przyłączenie Tajwanu do Chińskiej Republiki Ludowej, do którego dojdzie w bliższej czy dalszej przyszłości³⁸, skończy się kasacją Trybunału Konstytucyjnego oraz przekreśleniem dotychczasowego jego dorobku. Miękkie gwarancje USA dla Tajwanu nie przeszkodzą w blitzkriegowym zajęciu wyspy. Jest ono tym bardziej prawdopodobne ze względu na niedawny przykład zajęcia Krymu przez Rosję oraz, co trzeba podkreślić, bynajmniej niemałe poparcie ludności Formozy dla takiego rozwiązania. Kolejny raz polityka mocarstwowa przeważy nad idealistyczną wizją i praktyką stosunków międzynarodowych. Nie będzie w tym zachowaniu niczego nowego. Jak mawiał Heraklit, wszystko na świecie jest zmienne, płynne, nie trwałe – wszystko płynie.

³⁷ Por. pogłębione studium N.S. Bui, *Beyond Judicial Review: The Proposal of Constitutional Academy*, "The Chinese Journal of Comparative Law" 2014, vol. 2, no. 1, s. 43-77. Według autora proponowana Akademia drogą dialogu konstytucyjnego oraz za pośrednictwem doradczych i upominających decyzji mogłaby być skuteczna w usuwaniu z obrotu prawnego niekonstytucyjnych przepisów „bez potrzeby agresywnego kwestionowania” najwyższej pozycji parlamentu w państwie, s. 74.

³⁸ Wystarczy zapoznać się wywiadem udzielonym „Rzeczpospolitej” (2.11.2021, s. A6) przez ministra spraw zagranicznych Tajwanu. W jednym z jego fragmentów Joseph Wu oświadczył: „Z naszej perspektywy nie jest ważne, czy atak nastąpi za 4, 6 czy 10 lat. Musimy być gotowi na jego odparcie już dziś”.

Orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego jako punkt odniesienia w argumentacji konstytucyjnej polskiego Trybunału Konstytucyjnego

1. Wstęp

Niemiecki model sądownictwa konstytucyjnego, podobnie jak model polski, realizuje założenia austriackiej (kelsenowskiej) koncepcji kontroli konstytucyjności prawa wzbogaconej o elementy amerykańskiego *judicial review*. W modelu niemieckim widoczna jest również recepcja niemieckich tradycji ustrojowych sięgających początków XIX w.¹, które nie mają swojego odpowiednika w polskim konstytucjonalizmie. Różna jest geneza obu sądów oraz okoliczności ich powstania. Federalny Trybunał Konstytucyjny (dalej: FTK) od początku był planowany jako organ zabezpieczający stabilność i trwałość ustroju demokratycznego, opartego na rządach prawa i ochronie praw człowieka. Jest on jednym z „bezpieczników konstytucyjnych” niemieckiej Ustawy Zasadniczej z 1949 r. Z kolei polski Trybunał Konstytucyjny (dalej: TK) projektowany był na początku lat 80. ubiegłego stulecia przez ówczesne władze Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej jako instytucja fasadowa, kontrolowana przez parlament, któremu przyznano ostatnie słowo w kwestii obowiązywania ustawy uznanej za niekonstytucyjną. Mimo to TK szybko stał się strażnikiem i gwarantem zasady demokratycznego państwa prawnego wprowadzonej do polskiego porządku konstytucyjnego w grudniu 1989 r.², a nade wszystko organem, który podjął się realizacji procesu demokratyzacji ustroju państwa w okresie oczekiwania na przyjęcie nowej konstytucji.

W tym procesie budowania od podstaw państwa opartego na rządach prawa i zasadach demokracji polski TK korzystał z rozwiązań wypracowanych w orzecznictwie

* Prof. dr hab. Monika Florczak-Wątor, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-4324-5652](https://orcid.org/0000-0002-4324-5652).

¹ Sąd Kameralny Rzeszy już przed 1806 r. miał kompetencję do kontroli zgodności ustaw części składowych Rzeszy z ustawami federalnymi, w tym prawami fundamentalnymi Rzeszy. Zob. P. Czarny, *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech*, [w:] M. Florczak-Wątor, P. Czarny (red.), *Oddziaływanie sądu konstytucyjnego na porządek prawny Austrii, Niemiec i Polski*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2019, s. 40.

² Art. 1 zmieniony przez art. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 grudnia 1989 r. o zmianie Konstytucji Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej (Dz. U. Nr 75, poz. 444).

innych sądów konstytucyjnych³. Zdecydowanie jednak najczęściej odwoływał się do dorobku judykacyjnego niemieckiego FTK. W późniejszym okresie, zwłaszcza w sprawach europejskich, orzecznictwo FTK było ważnym punktem odniesienia dla polskiego TK⁴. Okoliczność ta oczywiście nie może dziwić, bowiem jak słusznie zauważył kiedyś Krzysztof Wójtowicz, „Republika Federalna Niemiec nie tylko zapoczątkowała, wraz z Francją, Włochami i krajami Beneluxu, proces integracji w Europie, ale uczyniła to, opierając się na podstawach konstytucyjnych zawartych w Ustawie Zasadniczej. Jej postanowienia interpretowane są przez Federalny Trybunał Konstytucyjny w taki sposób, by wykonywanie zobowiązań wynikających z członkostwa we Wspólnotach/Unii Europejskiej nie kolidowało z podstawowymi zasadami niemieckiego porządku konstytucyjnego”⁵. Z tego też powodu orzecznictwo FTK w sprawach europejskich uważane było nie tylko przez polski TK za prekursorskie.

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie praktyki odwoływania się przez TK do dorobku orzeczniczego niemieckiego FTK. Praktyka ta zostanie zaprezentowana w ramach czterech wyznaczonych przeze mnie okresów⁶. Pierwszym jest okres od utworzenia TK do wejścia w życie Konstytucji RP z 1997 r.⁷, drugim – okres obowiązywania tej Konstytucji aż do czasu przystąpienia Polski do UE, w dalszej kolejności – okres funkcjonowania państwa polskiego w strukturach unijnych aż do momentu przejścia TK przez rządzących na przełomie 2016 i 2017 r., a ostatnim z rozważanych będzie obecny okres naznaczony kryzysem wokół Trybunału Konstytucyjnego. Niniejsza analiza będzie zmierzała do ustalenia tego, czy TK wypracował spójną metodologię stosowania odwołań do orzecznictwa FTK, a także przesądzenia tego, jakie było faktyczne znaczenie tych odwołań w całości kształcie argumentacji konstytucyjnej TK⁸.

³ Więcej na ten temat zob. P. Czarny, M. Florczak-Wątor, *Precedents and Case-Based Reasoning in the Case-Law of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland*, [w:] M. Florczak-Wątor (ed.), *Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning*, Routledge, London 2022, s. 162-184.

⁴ Jak zauważa M. Balczyk: „Orzeczenia trybunałów konstytucyjnych innych państw członkowskich mogą stanowić źródło inspiracji, potwierdzenia dla przyjętego toku rozumowania, czy też krytycznej analizy pozwalającej na znalezienie alternatywnych rozwiązań, a w efekcie mogą przyczynić się do stworzenia celnego merytorycznie rozwiązania na poziomie krajowym”. Zob. M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2017, s. 35.

⁵ K. Wójtowicz, *Otwarcie systemu konstytucyjnego Niemiec na sprawy jednostki Europy*, „Przegląd Sejmowy” 2009, nr 6, s. 135.

⁶ Badania, których wyniki prezentuję, zostały przeprowadzone w ramach projektu badawczego „Specyfika sądownictwa konstytucyjnego i jego znaczenie” finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki (DEC-2015/18/E/HS5/00353).

⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

⁸ Na temat dopuszczalności i zasadności powoływania się w orzecznictwie konstytucyjnym na argumenty z orzecznictwa obcego zob. G. Halmai, *The use of foreign law in constitutional interpretation*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 1330-1333; M. Rosenfeld, *Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 43-52; S. Choudhry, *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, [w:] idem (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, s. 1-13.

2. Odesłania do orzecznictwa FTK w przedkonstytucyjnych judykatach TK

W okresie poprzedzającym wejście w życie obecnie obowiązującej Konstytucji RP Trybunał bardzo rzadko sięgał do orzecznictwa sądów zagranicznych, w tym również orzecznictwa FTK. Pierwsze tego rodzaju odwołania pojawiły się w latach 90. ubiegłego wieku⁹. Miały one służyć wyjaśnieniu znaczenia treści normatywnej nowych zasad ustrojowych, które zostały wprowadzone do polskiego porządku konstytucyjnego w okresie transformacji politycznej, takich jak choćby zasada pluralizmu politycznego, zasada demokracji czy zasada podziału władzy. W orzecznictwie FTK wszystkie te zasady miały bowiem od lat swoją ustaloną i utrwaloną treść¹⁰.

Pierwszym rozstrzygnięciem TK zawierającym odesłanie do dorobku judykacyjnego FTK było orzeczenie z 26 stycznia 1993 r., U 10/92, w sprawie zgodności z Konstytucją przepisów regulaminu Sejmu dotyczących zasad organizowania się posłów w kluby i koła poselskie¹¹. W uzasadnieniu tego orzeczenia TK wskazał, że „Konieczność zapewnienia efektywnego przebiegu prac parlamentarnych pozwala [...] na różnicowanie pozycji silniejszych i słabszych ugrupowań politycznych w systemie organizacji pracy parlamentu. Reguły demokracji, oparte o stopień poparcia udzielonego danej partii w wyborach, taką możliwość wręcz zakładają”. Następnie TK przywołał orzeczenie FTK z 1991 r., wskazując, że FTK uzasadnia różnicowanie uprawnień ugrupowań politycznych w niemieckim parlamencie względami „wydolności reprezentacji i sprawności funkcjonowania parlamentu”¹². W ten sposób TK w orzecznictwie FTK znalazł dodatkowy argument wspierający tezę o dopuszczalności różnego traktowania ugrupowań parlamentarnych.

Problematyki parlamentarnej, a konkretnie ryczału poselskiego i senatorskiego w okresie przerwy między kadencjami, dotyczyło również drugie odwołanie do orzecznictwa FTK z tego samego okresu zawarte w orzeczeniu TK z 20 grudnia 1994 r., K 8/94. Trybunał stwierdził, że problem rekompensaty, czyli odpowiednika polskiego ryczału, „zajmuje sporo miejsca w prawie i orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Republiki Federalnej Niemiec. O ile partie polityczne korzystają zarówno z klauzuli zaporowej, jak i zasady «wyrównywania szans», o tyle wobec indywidualnego deputowanego podkreśla się zasadę równości. Również w zakresie świadczeń pieniężnych, jakie deputowani otrzymują w okresie międzykadencyjnym”. Dla potwierdzenia, że FTK takie właśnie stanowisko prezentuje, TK przywołał dwa rozstrzygnięcia tego organu, a konkretnie orzeczenia z 5 listopada 1975 r. i z 14 stycznia 1986 r. Także zatem w tej sprawie judykaty FTK wspierały

⁹ Orzeczenia TK zawierające odesłania ustalono na podstawie bazy orzeczeń zawartej na stronie internetowej TK (trybunal.gov.pl) oraz bazy orzeczeń programu elektronicznego LEX.

¹⁰ Zob. P. Czarny, *Oddziaływanie niemieckiego FTK na treść norm konstytucyjnych*, [w:] M. Florczak-Wątor, P. Czarny, *Oddziaływanie sądu konstytucyjnego...*, s. 128-149.

¹¹ Zob. częściowo krytyczną głosę do tego orzeczenia autorstwa J. Trzcińskiego – *idem*, *Glosa do orzeczenia TK z dnia 26 stycznia 1993 r., U 10/92, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 2, s. 330 i n.*

¹² Orzeczenie FTK z 16 czerwca 1991 r., 2 BvE 1/91.

kierunek rozstrzygnięcia wybrany przez TK. Dodać można jeszcze, że sposób przywołania obu orzeczeń FTK w tej sprawie jest również charakterystyczny dla tego wczesnego okresu działalności orzeczniczej polskiego Trybunału. Podał on jedynie daty i daty orzeczeń FTK, bez ich sygnatur czy miejsc publikacji.

Ostatnim orzeczeniem TK z okresu przedkonstytucyjnego, w którym znajdujemy odwołanie do dorobku judykacyjnego FTK, było orzeczenie z 22 listopada 1995 r., K 19/95, dotyczące sytuacji prawnej spółek powstałych w wyniku komercjalizacji przedsiębiorstwa państwowego w celu prywatyzacji oraz sytuacji prawnej osób, którym przyznano uprawnienia do nieodpłatnego nabycia należących do Skarbu Państwa akcji spółki. Trybunał Konstytucyjny w tej sprawie odwołał się do dorobku orzeczniczego FTK w tym fragmencie swojego orzeczenia, w którym analizował treść normatywną zasady podziału władzy oraz nieprzekraczalne granice między kształtowanymi w ustawach uprawnieniami poszczególnych władz. W tym kontekście uznał za zasadne przytoczenie w oryginalnym brzmieniu, tj. w języku niemieckim, poglądu FTK, zgodnie z którym o naruszeniu zasady podziału władzy można mówić dopiero wtedy, gdy ingerencja parlamentu dotyczy samej istoty władzy wykonawczej¹³.

W okresie poprzedzającym wejście w życie Konstytucji TK rzadko odwoływał się zatem do orzecznictwa FTK, choć jeśli już to czynił, to w kontekście ustalania znaczenia podstawowych zasad konstytucyjnych. Trzy przywołane wyżej orzeczenia TK zawierające interesujące nas odwołania jedynie odnotowywały relewantne dla sprawy wypowiedzi orzecznicze FTK, nie poddając ich jednak bardziej szczegółowej analizie.

3. Odesłania do orzecznictwa FTK w przedakcesyjnych judykatach TK

Po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r. argument komparatystyczny oparty na judykatach innych sądów oraz na ich autorytecie nadal nie był często stosowany, a wyroków TK zawierających odesłania do dorobku judykacyjnego FTK było zaledwie kilka. Zauważalna jest jednak zmiana sposobu cytowania rozstrzygnięć tego ostatniego organu. Zamiast własnych omówień Trybunał zaczął przywoływać fragmenty orzeczeń FTK w polskim tłumaczeniu.

W wyroku z 26 kwietnia 1999 r., K 33/98, dotyczącym zasad udzielania zezwoleń na prowadzenie w celach zarobkowych przewozu osób w Polsce, Trybunał Konstytucyjny zacytował obszerniejsze fragmenty dwóch orzeczeń FTK z lat 50. i 60. dla uzasadnienia wygłoszonej przez siebie tezy o tym, że w orzecznictwie FTK znajdujemy „podobne stanowisko” do tego przyjętego przez TK¹⁴.

¹³ BVerfGE, Band IX (1959), s. 280. Przywołany przez TK fragment orzeczenia FTK w oryginalnym brzmieniu miał następującą treść: „Erst wenn zugunsten des Parlaments ein Einbruch in den Kernbereich der Exekutive erfolgt, ist das Gewaltenteilungsprinzip verletzt”.

¹⁴ Chodziło o orzeczenia FTK: 1 BvL 596/56 – t. 7, s. 403 i BvL 5, 14/64 oraz 5, 11 i 12/65 – t. 25, s. 11-12.

W kolejnym orzeczeniu, tj. wyroku z 8 marca 2000 r., Pp 1/99, badając zgodność z Konstytucją RP zasad działania partii politycznej Chrześcijańska Demokracja III RP, Trybunał Konstytucyjny wyszedł w swoich rozważaniach od przywołania treści art. 21 Ustawy Zasadniczej, który określa pozycję ustrojową partii politycznych oraz zasady i system kontroli ich konstytucyjności w niemieckim systemie politycznym. W ramach analizy treści normatywnej tego właśnie przepisu Trybunał przywołał dwa orzeczenia, w tym zacytował fragment jednego z nich, zauważając: „Federalny Trybunał Konstytucyjny przyjmuje możliwość stwierdzenia niekonstytucyjności partii i w konsekwencji jej rozwiązania: «Jeżeli odstępstwo od demokratycznych podstawowych zasad organizacyjnych w wewnętrznym porządku partii osiągnie taki stopień, iż może być odczytane tylko jako wyraz zachowania wrogiego wobec demokracji, wtedy mianowicie, kiedy taki stosunek partii mogą potwierdzić także inne okoliczności, może zostać wypełniony stan faktyczny dyspozycji art. 21 ust. 2 Ustawy Zasadniczej» (teza nr 5 wyroku FTK z 23 października 1952, Orzecznictwo, t. 2, s. 1-2)”.

Dwa kolejne orzeczenia TK z okresu bezpośrednio poprzedzającego przystąpienie Polski do Unii Europejskiej dotyczyły problematyki prawnokarnej, a konkretnie problemu określoności znamion czynu zabronionego.

W wyroku z 9 października 2001 r., SK 8/00, badając zgodność z Konstytucją sposobu zdefiniowania pojęcia przemocy oraz groźby bezprawnej w kodeksie karnym, TK odwołał się do orzecznictwa niemieckiego FTK, który przyjmuje, że „przemoc w sensie znamienia czynu przestępnego – zmuszania polega wprawdzie na użyciu siły cielesnej, jednak miara koniecznej użytej siły stale się zmniejsza, zaś wymóg jej fizycznego oddziaływania w stosunku do zmuszanej ofiary całkowicie zanika. Sprawca przy użyciu małego nakładu siły może niewspółmiernie oddziaływać psychicznie na wolność wyboru ofiary (por. orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec – sprawa nr 1 BvR 718 – 719/89 oraz 722 – 723/89 z 10 stycznia 1995 r.)”. Zjawisko to – jak podkreślił TK – określane bywa jako „odmaterializowanie” pojęcia przemocy.

Z kolei w wyroku z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, stwierdzając niekonstytucyjność przepisu wprowadzającego odpowiedzialność wykroczeniową za świadczenie porad prawnych w ramach działalności gospodarczej przez osoby niewykonywujące zawodu radcy prawnego lub adwokata, Trybunał odwołał się do orzecznictwa FTK dotyczącego zasady określoności w prawie karnym wywodzonej z art. 103 ust. 2 niemieckiej Ustawy Zasadniczej. Stwierdził, że w orzecznictwie tego organu wskazuje się, iż „w prawie karnym ustawodawca stoi przed koniecznością udźwignięcia rachunku wielokształtności życia (por. BVerfGE 96, 68 <97 f>)”. TK przywołał również dwa orzeczenia FTK z 2000 r. jako źródło tezy, zgodnie z którą „Szczególny nakaz określoności w art. 103 ust. 2 Ustawy Zasadniczej służy podwójnemu celowi. Z jednej strony chodzi o ochronę adresatów normy w ramach państwa prawa – każdy powinien móc przewidzieć, jakie zachowanie jest zakazane i zagrożone karą względnie grzywną. Z drugiej strony powinno być zagwarantowane, że ustawodawca sam rozstrzyga

o karalności”¹⁵. Dodatkowo TK odwołał się do dalszego fragmentu jednego z tych orzeczeń, w którym FTK stwierdził, że nakaz określoności ustawy uwzględnia również „możność wykładni i jej niedostatek w akcie prawnym. Ustawy nie mogą wszystkich przyszłych przypadków detalicznie przewidzieć; powinny przyjmować zmiany stosunków i sprostować specyfice pojedynczych przypadków. Klauzule generalne albo niedookreślone, pojęcia wymagające wypełnienia wartościującego [dosł. *wertausfüllungsbedürftige Begriffe*] są z tego powodu w prawie karnym konstytucyjnoprawnie nie do zakwestionowania, kiedy norma z pomocą zwykłych metod wykładni stanowi niezawodną podstawę wykładni i stosowania lub kiedy obejmuje [przejmuje] ustalone orzecznictwo i stąd otrzymuje dostateczną określoność”¹⁶. To samo orzeczenie FTK z 2000 r. TK przywołał, analizując w dalszej części swojego wyroku znaczenie pojęcia „czyn zabroniony” z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Podkreślił wówczas: „jak słusznie zaznaczył w jednym z orzeczeń niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny, «samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy» (BVerfG, 2 BvR 1881/99 z 26 kwietnia 2000 r.)”.

Podsumowując ten okres działalności orzeczniczej TK, stwierdzić należy, że choć odwołania do judykatów FTK nadal nie były liczne, to jednak judykaty te przywoływane były bardziej precyzyjnie, łącznie z zacytowaniem stosownych ich fragmentów. W sprawach dotyczących sposobu rozumienia zasady określoności w obszarze prawa karnego można nawet przyjąć, że orzecznictwo FTK wyznaczyło kierunek obrany następnie przez polski TK.

4. Odwołania do orzecznictwa FTK w poakcesyjnych judykatach TK

4.1. Zakres odwołań

Po przystąpieniu Polski do UE w 2004 r. znacząco wzrosła liczba spraw, w których TK odwoływał się do orzecznictwa FTK. Przez kolejnych 10 lat co roku było wydawanych przez TK kilka takich orzeczeń, a w sumie w latach 2004-2015 odwołania do judykatów FTK pojawiły się w ponad 30 orzeczeniach TK¹⁷. Był to więc znaczący wzrost liczby orzeczeń TK cytujących orzecznictwo FTK w stosunku do okresu przedakcesyjnego, gdy – jak wyżej wspomniano – tego rodzaju odwołania pojawiały się w orzecznictwie TK sporadycznie. Można przypuszczać, że powodem tak dużego zainteresowania orzecznictwem FTK było przede wszystkim przystąpienie Polski do UE, co rodziło potrzebę systematycznego monitorowania orzecznictwa

¹⁵ Jako źródło tej tezy TK wskazał dwa orzeczenia FTK: z 9 października 2000 r., 1 BvR 1627/95; z 26 kwietnia 2000 r., 2 BvR 1881/99.

¹⁶ Orzeczenie FTK z 26 kwietnia 2000 r., 2 BvR 1881/99.

¹⁷ Zob. orzeczenia TK wydane w sprawach: P 2/03, SK 44/03, P 4/04, Kp 1/04, P 10/04, P 25/02, SK 56/04, K 32/04, K 18/04, K 31/06, P 37/05, SK 50/06, K 38/07, K 44/07, K 42/07, SK 48/02, K 54/07, SK 26/08, K 32/09, K 6/09, SK 52/08, SK 45/09, P 38/08, K 8/10, K 33/12, P 56/11, SK 55/13, K 54/13, K 23/11, K 52/13, K 12/14, K 21/14, SK 28/15.

sądów konstytucyjnych innych państw członkowskich UE, w tym również FTK, w sprawach analogicznych do tych zawisłych przed polskim TK¹⁸.

Analiza orzecznictwa TK umożliwia wskazanie pięciu kategorii spraw, w których orzecznictwo FTK stanowiło istotny punkt odniesienia dla polskiego TK, determinując niekiedy nawet kierunek rozstrzygnięcia w sprawach zawisłych przed tym organem¹⁹. Są to sprawy z zakresu prawa karnego, prawa unijnego i ochrony praw jednostki, a ponadto sprawy niemal identyczne do tych wcześniej rozstrzyganych przez FTK oraz sprawy, w których prezentowana była szersza perspektywa porównawcza kilku państw. Pokazanie specyfiki odesłań w każdej z tych pięciu kategorii spraw wymaga przywołania stosownych przykładów z orzecznictwa TK.

4.2. Odwołania do orzecznictwa FTK w sprawach karnych

Pierwsza kategoria to sprawy z zakresu prawa karnego, a w szczególności te dotyczące zasady określoności znamion czynu zabronionego w prawie karnym. W tym zakresie widoczna jest wyraźna kontynuacja linii orzeczniczej zapoczątkowanej w okresie przedakcesyjnym wspomnianym już wcześniej wyrokiem z 26 listopada 2003 r., SK 22/02, w którym TK w nawiązaniu do orzecznictwa FTK stwierdził, że szczególny nakaz określoności znamion czynu zabronionego nie wyklucza pewnej elastyczności prawa karnego, zapewniającej możliwość objęcia regulacją prawną zmieniających się stosunków i sytuacji nietypowych. Jednocześnie TK za „słuszny” uznał pogląd FTK, że „samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy”²⁰. Ten ostatni pogląd został powtórzony w wyroku z 5 maja 2004 r., P 2/03, w którym TK orzekł o niekonstytucyjności przepisu zakazującego pod groźbą kary komentowania tekstu sprostowania w tym samym numerze lub audycji, w której sprostowanie to zostało opublikowane. W tej sprawie również analizowane było znaczenie pojęcia „czyn zabroniony” z art. 42 ust. 1 Konstytucji i ponownie przywołana została teza FTK, zgodnie z którą „samo ryzyko karalności powinno być rozpoznawalne dla adresatów normy”. Ten sam pogląd w ślad za orzecznictwem FTK został przytoczony również w wyroku TK z 28 czerwca 2005 r., SK 56/04. Do orzecznictwa FTK dotyczącego zasady określoności w prawie karnym nawiązywał również TK w kilku innych judykatach²¹.

4.3. Odwołania do orzecznictwa FTK w sprawach ochrony praw i wolności jednostki

Drugą kategorią spraw, w których widoczny jest znaczący wpływ odwołań polskiego TK do orzecznictwa FTK, są sprawy dotyczące problematyki praw i wolności jednostki. TK przywoływał orzeczenia FTK w sprawach dotyczących ochrony

¹⁸ Na temat stosowania argumentu porównawczego w tym kontekście zob. A. Paprocka, *Argument komparatystyczny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 7, s. 46.

¹⁹ Zob. P. Czarny, M. Florczak-Wątor, *Precedents and Case-Based Reasoning...*, s. 171-174.

²⁰ Orzeczenie FTK z 26 kwietnia 2000 r., 2 BvR 1881/99.

²¹ Zob. wyroki TK: z 25 maja 2004 r., SK 44/03; z 9 czerwca 2010 r., SK 52/08.

godności jednostki²², wolności osobistej²³, wolności wykonywania zawodu²⁴, wolności zgromadzeń²⁵ oraz prawa do sądu²⁶. Rekonstruuąc standard ochrony prawa do prywatności na potrzeby rozstrzygnięcia spraw dotyczących gromadzenia danych o obywatelach przez służby, a konkretnie przez policję²⁷ oraz przez Centralne Biuro Antykorupcyjne²⁸, TK nawiązał do orzeczenia z 3 marca 2004 r. w sprawie *Grosser Lauschangrif*, w którym FTK stwierdził, że poszanowanie prywatności mieszkania stawia wyższe wymagania legalności ingerencji władzy stosującej podsłuchy niż wkroczenie w tajemnicę korespondencji. Bardziej szczegółowej analizy poglądów FTK na temat zasad gromadzenia przez służby danych telekomunikacyjnych dotyczących sprawców²⁹, a tym samym zasad ingerencji państwa w sferę prywatności jednostki, polski TK dokonał w wyroku z 30 lipca 2014 r., K 23/11. Do orzecznictwa FTK odwołał się również w sprawie dotyczącej przymusowego wykupu akcji³⁰.

4.4. Odwołania do orzecznictwa FTK w sprawach europejskich

Trzecią kategorią orzeczeń TK, w których widoczny jest wyraźny wpływ dorobku orzeczniczego FTK na działalność judykacyjną TK, są orzeczenia wydane we wspomnianych już wcześniej tzw. sprawach europejskich, a zatem sprawach, w których rozstrzygany był zarzut niekonstytucyjności prawa unijnego lub prawa krajowego implementującego prawo unijne. W zasadzie w każdym ważniejszym wyroku wydanym w tego rodzaju sprawach znajdujemy odwołanie do orzecznictwa FTK.

I tak w wyroku z 11 maja 2005 r., K 18/04, badając konstytucyjność Traktatu Akcesyjnego, Trybunał stwierdził, że art. 90 ust. 1 Konstytucji przewidujący

²² Wyroki TK z 5 marca 2003 r., K 7/01; z 30 września 2008 r., K 44/07; z 28 października 2015 r., K 21/14.

²³ Wyrok TK z 10 lipca 2007 r., SK 50/06, dotyczący możliwości zarządzenia obserwacji podejrzanego w szpitalu psychiatrycznym, w którym TK odwołał się do orzeczeń FSK: z 21 maja 2004 r., 2 BvR 715/04 oraz z 9 października 2001 r., 2 BvR 1523/01. Zwłaszcza to pierwsze orzeczenie zdeterminowało sposób rozumienia w tej sprawie wymogu proporcjonalności (jako materialnej przesłanki zarządzenia obserwacji szpitalnej) w stosunku do wagi sprawy oraz oczekiwanej kary bądź środka poprawczego lub zabezpieczającego.

²⁴ Wyrok TK z 26 kwietnia 1999, K 33/98, w którym przywołano orzeczenia FTK w sprawach 1 BvL 596/56 i BvL 5, 14/64 oraz 5, 11 i 12/65. Także wyrok TK z 10 grudnia 2014 r., K 52/13 dotyczący uboju rytualnego, w którym przywołano wyrok FTK z 15 stycznia 2002 r., 1 BvR 1783/99.

²⁵ Wyrok TK z 10 listopada 2004 r., Kp 1/04.

²⁶ Wyrok TK z 3 lipca 2008 r., K 38/07, dotyczący konieczności zapewnienia sądowej kontroli postanowienia prokuratora, w którym przywołano orzeczenie FTK z 20 lutego 2001 r., 2 BvR 1444/00 (*Wohnungsdurchsuchung*), a także wyrok TK z 3 czerwca 2008 r., K 42/07, dotyczący dostępu oskarżonego do akt sprawy, w którym odwołano się do dwóch orzeczeń FTK: z 19 stycznia 2006 r., 2 BvR 1075/05 oraz z 11 lipca 1994 r., 2 BvR 777/94. Także wyrok TK z 12 maja 2011 r., P 38/08, dotyczący kompetencji referendarzy sądowych, w którym przywołano orzeczenie FTK z 18 stycznia 2000 r., BVerfGE 101, 397, 1 BvR 321/96, stwierdzające, że urzędnik sądowy (*Rechtspfleger*) w orzecznictwie FTK nie jest uważany za sędziego ani na gruncie Ustawy Zasadniczej, ani na gruncie GVG.

²⁷ Wyrok TK z 12 grudnia 2005 r., K 32/04.

²⁸ Wyrok TK z 23 czerwca 2009 r., K 54/07.

²⁹ Chodziło o poglądy wyrażone w orzeczeniu FTK z 2 marca 2010 r., 1 BvR 256/08.

³⁰ Wyrok TK z 21 czerwca 2005 r., P 25/02, w którym przywołano orzeczenia FTK: z 7 sierpnia 1962 r. w sprawie *Feldmühle* oraz z 23 sierpnia 2000 r. w sprawie *Moto Meterz*.

możliwość przekazania organizacji międzynarodowej kompetencji organów władzy publicznej w niektórych sprawach nie uprawnia do przekazania tych kompetencji w takim zakresie, że Rzeczpospolita Polska nie mogłaby funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne. Formułując ten pogląd, TK podkreślił, że jest on „zbieżny, co do zasady, ze stanowiskiem” FTK i jako dowód w tym zakresie przywołał wyrok FTK z 1993 r. w sprawie *Maastricht*³¹. Z kolei w postanowieniu z 19 grudnia 2006 r., P 37/05, Trybunał umorzył postępowanie w sprawie badania zgodności ustawy o podatku akcyzowym z prawem UE, stwierdzając, że to sąd powinien rozstrzygać o tym, czy ustawa koliduje z prawem wspólnotowym, a jeśli ma wątpliwości co do znaczenia prawa wspólnotowego, to powinien wystąpić do TSUE. Jako wsparcie dla tego poglądu przywołał wyrok FTK z 1990 r.³², w którym analogiczny pogląd został wyrażony. Obszerną analizę orzecznictwa FTK na tle orzeczeń innych sądów konstytucyjnych zawierają również wyroki TK dotyczące europejskiego nakazu aresztowania³³, mechanizmu stabilności³⁴ czy traktatu z Lizbony³⁵. Zwłaszcza w tej ostatniej sprawie olbrzymie znaczenie dla rozstrzygnięcia TK miało odwołanie się do wyroku FTK z 30 czerwca 2009 r., w którym zaprezentowana została rozwinięta koncepcja ochrony niemieckiej tożsamości konstytucyjnej³⁶.

W kontekście spraw europejskich warto również wspomnieć o wyroku z 16 listopada 2011 r., SK 45/09, w którym TK stwierdził, że jego kompetencja do badania zgodności z Konstytucją prawa unijnego ma charakter subsydiarny i w związku z tym przed orzeczeniem o niekonstytucyjności należy się upewnić co do treści tego aktu, występując z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. Jak dodał TK: „Analogiczny pogląd wyraził niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 6 lipca 2010 r. w sprawie *Honeywell* (sygn. 2 BvR 2661/06)”. Dalej TK podkreślił, że tylko wyjątkowo sąd konstytucyjny może dokonać bezpośredniej kontroli zgodności aktów unijnego prawa pochodnego z konstytucjami krajowymi, przywołując w tym zakresie dwa orzeczenia niemieckiego FTK w sprawie *Solange II*³⁷ oraz w sprawie *Bananenmarktordnung*³⁸. Nawiązując do obu tych orzeczeń, TK powtórzył zawarte w nich ustalenia, stwierdzając w szczególności, że „Od skarżącego należy wymagać, aby wskazując na czym polega naruszenie jego wolności lub praw, czyli przedstawiając argumenty przemawiające za merytoryczną niezgodnością unormowań stanowiących przedmiot skargi z przepisami Konstytucji, równocześnie należycie uprawdopodobnić, że kwestionowany akt pochodnego prawa unijnego

³¹ Wyrok FTK z 12 października 1993 r. w sprawie *Maastricht*, 2BvR 2134, 2159/92.

³² Wyrok FTK z 31 stycznia 1990 r., 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87.

³³ Wyrok TK z 5 października 2010 r., SK 26/08.

³⁴ Wyrok TK z 26 czerwca 2013 r., K 33/12.

³⁵ Wyrok TK z 24 listopada 2010, K 32/09. Zob. K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K 32/09)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11, s. 4-11.

³⁶ Więcej na ten temat zob. K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 18-20.

³⁷ Orzeczenie FTK z 22 października 1986 r. w sprawie *Solange II*, 2 BvR 197/83.

³⁸ Orzeczenie FTK z 7 czerwca 2000 r. w sprawie *Bananenmarktordnung*, 2 BvR 1/97.

istotnie obniża poziom ochrony praw i wolności w porównaniu z tym, który gwarantuje Konstytucja. Uprawdopodobnienie to jest koniecznym składnikiem wymagania dokładnego wykazania sposobu naruszenia wolności lub praw”. Analogiczny pogląd sformułował niemiecki FTK.

4.5. Odwołania do orzecznictwa FTK w sprawach analogicznych do spraw rozstrzyganych przez TK

Czwartą grupę orzeczeń TK odsyłających do orzecznictwa FTK stanowią orzeczenia wydane w sprawach niemal identycznych do tych poprzednio już rozstrzyganych przez FTK. W tym zakresie można podać cztery przykłady relewantnych rozstrzygnięć.

I tak w wyroku z 30 września 2008 r., K 44/07, stwierdzając niekonstytucyjność przepisu zezwalającego na zestrzelenie samolotu użytego jako środek ataku terrorystycznego, TK przywołał wydany dwa lata wcześniej wyrok FTK, w którym stwierdzono niekonstytucyjność podobnego co do istoty przepisu ustawy o bezpieczeństwie żeglugi powietrznej³⁹. W orzeczeniu tym polski TK podzielił argumentację niemieckiego FTK, że badane przepisy naruszają prawo do życia oraz nakaz ochrony godności ludzkiej znajdujących się na pokładzie samolotu niewinnych osób (pasażerów i personelu). Tak samo jak FTK, polski TK uznał, że badany przepis ustawowy nie rodziłby tak poważnych wątpliwości konstytucyjnych, gdyby zezwalał wyłącznie na zestrzelenie samolotu, na którego pokładzie znajdują się tylko zamachowcy. Posiłkując się sformułowaniem przyjętym przez FTK w wyroku z 15 lutego 2006 r., stwierdził, że skutkiem zastosowania zakwestionowanego przepisu jest „depersonifikacja” i „refifikacja” znajdujących się na pokładzie samolotu Renegade, niebędących agresorami ludzi (pasażerów i członków załogi). Osoby te stają się jedynie obiektem (przedmiotem) akcji ratunkowej, skierowanej na zapobieganie hipotetycznym, dalszym i prawdopodobnie większym stratom, jakie mogłoby wywołać celowane uderzenie terrorystyczne. Nawiązał również do niemieckiej koncepcji obowiązków ochronnych państwa⁴⁰, uznając, że znalezienie się przez pasażerów samolotu i załogę w takiej sytuacji jest pośrednio „przejawem niepowodzenia państwa w realizacji pozytywnych obowiązków ochronnych”. Wyraził też swoją świadomość, że orzeczenie jego zostanie negatywnie odebrane przez część doktryny i przedstawicieli administracji, tak jak to miało miejsce w przypadku orzeczenia FTK, o którego krytyce polski TK wspomniał. Stwierdził jednak: „Zrozumiałe skądinąd dążenie do maksymalnej efektywności stanowiących norm, zwłaszcza regulujących sposób postępowania w sytuacjach

³⁹ Wyrok FTK z 15 lutego 2006 r. w sprawie *Luftsicherheitsgesetz*, BGBl. I, s. 78.

⁴⁰ Na temat tej koncepcji zob. E. Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, „Neue Juristische Wochenschrift” 1989, nr 27; U. Preuß, *The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-Political Background*, [w:] A. Sajo, R. Uitz (eds.) *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht 2005; J. Fedtke, *Drittwirkung in Germany*, [w:] D. Oliver, J. Fedtke (eds.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Routledge, New York 2007; M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014, s. 126-150.

zagrożenia, nie stanowi jednak wystarczającego argumentu za negowaniem podstawowego kanonu wartości chronionych przez Konstytucję i cały system prawny”.

Drugim orzeczeniem, w którym polski TK oparł się na podobnym co do istoty wcześniejszym orzeczeniu FTK, był wyrok z 24 lutego 2010 r., K 6/09, dotyczący świadczeń emerytalnych byłych funkcjonariuszy organów bezpieczeństwa państwa komunistycznego. Zaskarżone przepisy przewidywały obniżenie tych świadczeń, a TK po zbadaniu regulacji występujących w innych krajach doszedł do wniosku, że generalnie można zaobserwować tendencję do ograniczania przywilejów emerytalnych tych funkcjonariuszy i do zrównywania ich ze świadczeniami pobieranymi przez innych obywateli. Wśród krajów analizowanych znalazły się Niemcy, gdzie FTK stwierdził niekonstytucyjność przepisów dyskryminujących byłych funkcjonariuszy Ministerstwa Bezpieczeństwa Państwa/Urzędu Bezpieczeństwa Narodowego. FTK uznał, że wartość świadczeń emerytalnych ustalonych na podstawie zaskarżonego przepisu jest tak niska, że nie dają się one porównać z wartością świadczeń wypłacanych osobom wykonującym w przeszłości różnorakie zawody i piastującym różnorakie stanowiska, chyba że ustawodawca uznał, iż osoby pracujące w Ministerstwie Bezpieczeństwa miały kwalifikacje znacznie poniżej przeciętnych. Świadczenia polskich funkcjonariuszy były znacznie powyżej średniej, więc ten problem w polskiej sprawie się nie pojawił. TK stwierdził zgodność z konstytucją zaskarżonych przepisów poza jednym przepisem dotyczącym sposobu przeliczenia emerytury członkom Wojskowej Rady Ocalenia Narodowego. Orzeczenie FTK nie było więc kluczowe dla rozstrzygnięcia TK, ale pozwoliło na pokazanie szerszego tła porównawczego dla badanego zjawiska.

Trzecim orzeczeniem, w którym TK rozstrzygał problem konstytucyjności przepisów podobnych do tych badanych wcześniej przez FTK, był wyrok z 25 listopada 2014 r., K 54/13, w którym TK za niekonstytucyjny uznał przepis zakazujący korzystania z aparatu telefonicznego przez tymczasowo aresztowanego w celu porozumiewania się z obrońcą. TK zauważył, że konieczność zapewnienia osadzonemu w areszcie możliwości telefonicznego kontaktu z obrońcą została jednoznacznie potwierdzona w orzecznictwie niemieckiego FTK. Posłużenie się zakazem rozmów telefonicznych z adwokatem ocenione zostało przez FTK jako naruszenie zasady sprawiedliwości proceduralnej⁴¹.

Czwartym orzeczeniem, które pokazuje istotny wpływ judykatów FTK na praktykę orzeczniczą TK, jest wyrok tego ostatniego organu z 9 lipca 2009 r., SK 48/05, dotyczący obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa w pojazdach samochodowych. Badając, czy obowiązek ten nie narusza wolności osobistej osoby podróżującej, TK przywołał postanowienie FTK z 1982 r. stwierdzające, że kaski ochronne dla motocyklistów nie naruszają gwarantowanej konstytucyjnie wolności jednostki⁴². Zgodność przepisów o obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa z Ustawą Zasadniczą została orzeczona przez FTK w dwóch późniejszych orzeczeniach przywołanych przez

⁴¹ Orzeczenie FTK z 7 marca 2012 r., 2 BvR 988/10.

⁴² Orzeczenie FTK z 26 stycznia 1982 r., 1 BvR 1925/80.

TK w tej samej sprawie⁴³. W tych wszystkich sprawach FTK podkreślił, że wówczas, gdy następstwa wysokiego i przewidywalnego ryzyka występującego w ruchu drogowym poważnie obciążają ogół społeczeństwa, można wymagać od jednostki zmniejszenia tego ryzyka za pomocą prostych i nieuciążliwych środków. Podobnego argumentu użył TK w polskiej sprawie, stwierdzając, że przepisy wprowadzające obowiązek zapinania pasów bezpieczeństwa mają na uwadze dobro wszystkich uczestników ruchu drogowego i nie naruszają w sposób niekonstytucyjny godności podróżujących oraz ich prawa do prywatności.

Ostatnim orzeczenie, o którym warto wspomnieć w kontekście spraw podobnych, jest wyrok TK z 11 października 2016, SK 28/15, dotyczący przepisów określających zasady pobierania od oskarżonego materiału biologicznego do badań genetycznych. Badając konstytucyjność tych przepisów, TK nawiązał do wyroku FTK stwierdzającego zgodność z Ustawą Zasadniczą przepisu niemieckiego kodeksu postępowania karnego, zezwalającego na określenie profilu DNA podejrzanego lub skazanego w celu ustalenia tożsamości w ewentualnych przyszłych postępowaniach karnych⁴⁴. W tej ostatniej sprawie polski TK również stwierdził zgodność z Konstytucją zaskarżonych przepisów.

4.6. Odwołania do orzecznictwa FTK w sprawach, w których TK prezentował szerszą perspektywę porównawczą

Osobną kategorię spraw, w których występują odwołania do orzecznictwa FTK, stanowią sprawy, w których TK prezentował rozstrzygany problem w ramach pewnej szerszej perspektywy porównawczej, obejmującej regulacje prawne innych państw oraz relewantne dla tych regulacji orzecznictwo sądów konstytucyjnych. Tego rodzaju metoda stosowana była we wszystkie większych sprawach europejskich, o których wcześniej była mowa, ale również w sprawach nie dotyczących bezpośrednio procesów integracyjnych, lecz problemów wspólnych dla większej grupy państw, zwłaszcza tych z regionu Europy Środkowo-Wschodniej.

Dobrym przykładem w tym zakresie jest wyrok z 11 lipca 2012, K 8/10, dotyczący konstytucyjności przepisów regulujących zasady działania ogródków działkowych. Dla uzyskania wspomnianej wyżej perspektywy porównawczej TK przedstawił analogiczne regulacje prawne obowiązujące w czasach komunistycznych w państwach sąsiadujących z Polską oraz zaprezentował ocenę ich konstytucyjności przez sądy konstytucyjne tych państw. Zauważył, że „Dotychczas Federalny Sąd Konstytucyjny (dalej: FSK), dwukrotnie orzekał w przedmiocie konstytucyjności norm stanowiących podstawę funkcjonowania ogródków działkowych w Niemczech. W wyroku z 12 czerwca 1979 r. FSK dokonał kontroli konstytucyjności przepisów ustawy z 1919 r. w brzmieniu nadanym nowelizacją z 1969 r. FSK orzekł wówczas m.in., że niezgodne z ustawą zasadniczą jest podporządkowanie prywatnych wdzierzawiających szczególnemu reżimowi umów dzierżawy ogródków działkowych

⁴³ Orzeczenia FTK: z 24 lipca 1986 r., 1 BvR 331/85 oraz z 9 marca 1992 r., 1 BvR 74/92.

⁴⁴ Orzeczenie FTK z 14 grudnia 2000 r., 2 BvR 1741/99, 2 BvR 276/00 i 2 BvR 2061/00.

(sztywne ceny, wyłączenie możliwości zawierania umów na czas określony), a także że zastrzeżenie udzielenia zgody na wypowiedzenie umowy dzierżawy ogródków działkowych nie odpowiada wymaganiom państwa prawa. Z kolei w wyroku z 23 września 1992 r. FSK rozstrzygał o konstytucyjności przepisów ustawy z 1983 r. o regulacji czynszów dzierżawnych, stwierdzając, że ograniczenie czynszu dzierżawy ogródków działkowych jest w swojej wysokości dla prywatnych dzierżawców niezgodne z zasadą ochrony własności wyrażoną w art. 14 ustawy zasadniczej”.

O ile we wspomnianej wcześniej sprawie dotyczącej obowiązku zapinania pasów bezpieczeństwa orzeczenia innych sądów mogły być argumentem przemawiającym za zgodnością z Konstytucją takiego obowiązku, o tyle w sprawie dotyczącej ogródków działkowych odwołanie się do orzecznictwa innych sądów konstytucyjnych miało na celu przede wszystkim pokazanie skali i znaczenia problemu, o którym TK orzekał. To samo spostrzeżenie dotyczy przywołanego wyżej odwołania do orzecznictwa FTK.

5. Odwołania do orzecznictwa FTK w dobie kryzysu konstytucyjnego

Po 2017 r., gdy znaczenie TK uległo marginalizacji wskutek jego przejęcia przez rządzących, odwołania do orzecznictwa sądów konstytucyjnych innych państw w orzecznictwie TK zaczęły zanikać. Potwierdzeniem tezy o marginalizacji argumentu komparatystycznego opartego na orzecznictwie zagranicznym w judykatach TK wydanych w dobie kryzysu konstytucyjnego jest wyrok z 22 października 2020 r., K 1/20, który doprowadził do delegalizacji aborcji w Polsce, wywołując masowe protesty społeczne. W zdaniu odrębnym do wydanego 23 lata wcześniej pierwszego orzeczenia aborcyjnego⁴⁵ sędzia TK Leszek Garlicki stwierdził, że przy rozwiązywaniu niezwykle kontrowersyjnego problemu dopuszczalności aborcji „nie można tracić z pola widzenia doświadczeń innych krajów naszego kręgu cywilizacyjnego, a w szczególności doświadczeń legislacyjnych i orzecznich krajów Europy Zachodniej, z których dorobku Trybunał Konstytucyjny stale stara się korzystać w swoich rozstrzygnięciach”. Mimo to we wspomnianym wyroku z 22 października 2020 r., K 1/20, Trybunał w ogóle nie uwzględnił orzecznictwa europejskich sądów konstytucyjnych, w tym również orzecznictwa FTK. Uczynił to dopiero w swoim zdaniu odrębnym do tego orzeczenia sędzia TK Piotr Pszczółkowski, przywołując orzeczenia sądów konstytucyjnych Austrii, Włoch, Hiszpanii i francuskiej Rady Konstytucyjnej. Sędzia ten podkreślił, że „ustalenia sądów konstytucyjnych naszego kręgu kulturowego nie przesądzają o konieczności uznania, iż ochrona dziecka w fazie prenatalnej wymaga wykreowania na jego rzecz praw podmiotowych, a tym bardziej tego, iż musi mieć ona ten sam stopień intensywności, jaką ma ochrona osób narodzonych”. W ten sposób zwrócił on uwagę na złożoność problematyki, której nie dostrzegł TK, pomijając perspektywę prawnoporównawczą w rozstrzyganej sprawie.

⁴⁵ Orzeczenie TK z 28 maja 1997 r., K 26/96.

Charakterystyczne jest, że w okresie po 2017 r. odwołania do orzecznictwa FTK, jeśli już występują, to w zdaniach odrębnych do orzeczeń TK. W sprawach dotyczących braku instytucjonalizacji związków jednopłciowych, które TK umorzył postanowieniem z 1 lipca 2021 r., SK 4/19, oraz postanowieniem z 1 lipca 2021 r., SK 15/17, orzecznictwo FTK przywołał w swoim zdaniu odrębnym Andrzej Zielenacki⁴⁶. Z kolei w sprawie rzekomego sporu kompetencyjnego między Sejmem RP a Sądem Najwyższym oraz między Prezydentem RP a Sądem Najwyższym zdanie odrębne do postanowienia z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, przywołujące dwa orzeczenia FTK⁴⁷, zgłosił Mariusz Muszyński.

Z tego okresu warto wspomnieć o jeszcze jednym orzeczeniu polskiego TK, a mianowicie wyroku z 14 lipca 2021 r., P 7/20, w którym po raz pierwszy stwierdzono niekonstytucyjność przepisów traktatu unijnego. W uzasadnieniu tego rozstrzygnięcia TK odnotował, że jego orzeczenia wydane w sprawach K 18/04, K 32/09, SK 45/09 zostały wymienione w uzasadnieniu postanowienia FTK z 23 czerwca 2021 r. (2 BvR 2216/20, 2 BvR 2217/20) wśród orzeczeń innych europejskich sądów konstytucyjnych dopuszczających kontrolę unijnej działalności normotwórczej, a konkretnie sądów konstytucyjnych: Belgii, Danii, Estonii, Włoch, Łotwy, Hiszpanii, Czech i Chorwacji, a także francuskiej Rady Konstytucyjnej, francuskiej Rady Stanu oraz irlandzkiego Sądu Najwyższego. Sam jednak TK w tej sprawie, mimo że była ona jedną z najważniejszych spraw europejskich w historii polskiego sądownictwa konstytucyjnego, nie odwołał się już do dorobku orzeczniczego FTK.

6. Zakończenie

Choć polski Trybunał Konstytucyjny od niemal 30 lat przywołuje w swoim orzecznictwie rozstrzygnięcia europejskich sądów konstytucyjnych, w tym również orzeczenia FTK, to jednak w całości kształcie jego argumentacji konstytucyjnej ten rodzaj argumentu komparatystycznego najczęściej nie ma większego znaczenia. Nie tylko analiza ilościowa, ale również jakościowa trybunalskich odwołań do orzecznictwa zagranicznego prowadzi do wniosku, że częściej orzeczenia innych sądów, w tym również FTK, były przywoływane przez TK jako ciekawostka poszerzająca perspektywę rozważań lub jako potwierdzenie istniejącej tendencji orzeczniczej, a znacznie rzadziej były przedmiotem pogłębionej refleksji uwzględniającej kontekst wydania orzeczenia, treść przepisów, których ono dotyczyło, oraz praktykę ich stosowania. Dodatkowo TK najczęściej odwoływał się do pojedynczych orzeczeń, znacznie rzadziej powoływał się na istnienie „ustabilizowanej” lub „utrwalonej” linii orzeczniczej FTK⁴⁸.

⁴⁶ W obu zdaniach odrębnych zacytowano fragmenty wypowiedzi FTK z orzeczeń: z 17 lipca 2002 r., 1 BvF 1/01 i 1 BvF 2/01 oraz z 7 lipca 2009 r., 1 BvR 1164/07.

⁴⁷ W zdaniu odrębnym wskazano na orzeczenia FTK: z 30 czerwca 2009 r., 2 BvE 2/08; z 30 lipca 2019 r., BvR 685/14.

⁴⁸ Tak zob. w wyroku TK z 7 września 2004 r., P 4/04, gdzie na potwierdzenie istnienia ustabilizowanej linii orzeczniczej wskazującej na to, że ustawowy zakaz przeciwdowodu niemożności poniesienia

Nie można niestety wskazać istnienia spójnej metodologii cytowania orzecznictwa FTK. Ta ostatnia nie została wypracowana przez TK również w okresie poakcesyjnym, gdy liczba odwołań do orzecznictwa FTK była największa. Jednocześnie nie wydaje się, by TK był świadomy najważniejszych problemów metodologicznych, do których można byłoby zaliczyć m.in. fragmentaryczność dokonywanej analizy oraz brak wyraźnego wskazania roli porównania w analizie konstytucyjnej⁴⁹. Problematiczne jest również to, że TK praktycznie nie wypowiada się co do znaczenia tego argumentu w procesie wykładni przepisów konstytucyjnych lub też w procesie hierarchicznej kontroli norm. Jak wskazuje Ada Paprocka, „Znacznie obniża to wartość argumentacyjną odwołań komparatystycznych i powoduje, że ich rola, inna niż informacyjna lub edukacyjna, jest trudna do uchwycenia dla odbiorcy uzasadnienia”⁵⁰.

Jeszcze kilka lat temu można było zaobserwować rozwijanie się w orzecznictwie TK bardzo pozytywnego zjawiska polegającego na tym, że wzrostowi liczby odwołań do orzecznictwa FTK towarzyszyła coraz bardziej wnikliwa analiza tego orzecznictwa przez polski TK. To pozwalało mieć nadzieję na bardziej świadome stosowanie argumentu komparatystycznego w praktyce działania tego organu. Niestety jednak po 2017 r. nastąpił widoczny regres w działalności orzeczniczej TK. Obecnie, jak się wydaje, prounijne orzecznictwo FTK nie stanowi istotnego punktu odniesienia dla polskiego TK.

kosztów postępowania uznany stanowi niedopuszczalną ingerencję w prawo do sądu i zasadę równego traktowania TK przywołał dwa orzeczenia FTK. Podobnie w wyroku TK z 28 października 2015 r., K 21/14 powołał się na utrwaloną linię orzeczniczą dotyczącą traktowania jako prawa podstawowego oczekiwania jednostki na zapewnienie jej minimum egzystencji, którą zobrazował dwoma orzeczeniami FTK.

⁴⁹ A. Paprocka, *Argument komparatystyczny...*, s. 51.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 52-53.

O tworzeniu, stosowaniu i nauczaniu prawa

1. Kiedy otrzymałem zaproszenie do napisania artykułu do książki pamiątkowej poświęconej Profesorowi Krzysztofowi Wójtowiczowi, w pierwszej chwili pomyślałem o temacie, który byłby związany w obszarem zainteresowania Profesora i moim, czyli o związkach prawa unijnego oraz polskiego prawa handlowego. Są one jednak na tyle oczywiste i omówione w doktrynie, że trudno byłoby napisać coś godnego takiej książki. Profesora Krzysztofa Wójtowicza znam od 1965 r., czyli od czasu, gdy przyjechałem do Wrocławia jako kolejny Górnolazak, który wybrał to miasto na miejsce swoich studiów, i rozpocząłem studia na ówczesnym Wydziale Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego. Nasze losy układały się przez te lata w wielu aspektach podobnie. Po studiach zaczęliśmy pracę na Wydziale. Przeszliśmy karierę naukową od magistra do profesora tytularnego. Byliśmy w niewielkim odstępie czasu prorektorami naszego Uniwersytetu, uczestniczyliśmy w kształceniu kilkuset magistrów oraz kilkunastu doktorów prawa, pośród których są już doktorzy habilitowani i profesorowie. Tak się złożyło, że uczestniczyliśmy w różnym wprowadzaniu, ale nieodległym czasie, jako członkowie Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, także w procesie stanowienia prawa. Pomyślałem, że może Jubilata zainteresują moje refleksje dotyczące naszych kontaktów z prawem. Zaproponowany temat wymaga jednak pewnego uściślenia. Zdaję sobie sprawę, że na temat tworzenia, stosowania i nauczania prawa napisano już tak wiele, że na kilku stronach nie sposób dodać coś nowego. Nie chodzi jednak o ściśle naukową analizę tych podstawowych procesów związanych z prawem, ale o moje osobiste doświadczenia na tych polach, o kilka osobistych refleksji na temat tworzenia, stosowania i nauczania prawa. Przynajmniej ilościowo te doświadczenia prezentują się dosyć pokaźnie. Kilkuletni udział w pracach Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów oraz udział w sejmowej komisji jako ekspert przy tworzeniu kodeksu spółek handlowych, a także udział w opiniowaniu aktów prawnych przez Sąd Najwyższy. Przez przeszło 17 lat jako Sędzia Sądu Najwyższego w Izbie Cywilnej oraz kilkanaście lat jako radca prawny i członek rad nadzorczych w kilku znaczących podmiotach obserwowałem stosowanie prawa. Jak już wspominałem, po ukończeniu studiów w 1969 r. nauczałem prawa do 2018 r. Te dziesiątki lat moich kontaktów z prawem na różnych płaszczyznach pozwalają mi na sformułowanie kilku obserwacji, którymi chciałbym się podzielić.

* Prof. dr hab. Józef Frąckowiak, dr h.c. Uniwersytetu Paris Dauphin, emerytowany profesor Uniwersytetu Wrocławskiego, sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, ORCID: [0000-0003-3076-0986](https://orcid.org/0000-0003-3076-0986).

2. Rozpocznę od tworzenia prawa. Procedury związane z dochodzeniem do tego, że określona norma postępowania w społeczeństwie uzyskuje rangę prawa, są skomplikowane i zależne od tego, jakiego państwa i jakiego okresu dotyczą. Niewątpliwie jednak decydujące znacznie ma tu to, co nazwać można w skrócie siłą sprawczą. Wprawdzie formalnie rzecz ujmując, choć łatwo wskazać organy państwa, uchwalające akty normatywne, to równie łatwo wykazać, że podstawowe znaczenie mają tu co najmniej dwie okoliczności. Po pierwsze, jaki jest układ sił w tych organach, czyli w państwach demokratycznych partia lub partie o jakiej orientacji mają w nich przewagę. Dopóki przewagę mają siły polityczne, które przestrzegają i zamierzają przestrzegać zasad państwa prawa, nie stwarza to zagrożenia dla funkcjonowania demokratycznego państwa prawa. Nie jest jednak wykluczone, że partia, która uzyskuje decydujący wpływ w organach uchwalających akty normatywne, odstępuje od wspomnianych zasad i dąży do stworzenia rządów autorytarnych¹. Dlatego niezwykle ważną rolę pełni stan świadomości przeważającej większości społeczeństwa, aby w kolejnych wyborach można było tego rodzaju siły polityczne odsunąć od wpływu na tworzenie prawa i decydowanie o obsadzaniu podstawowych urzędów w państwie². Drugą okolicznością, która ma istotny wpływ na tworzenie prawa, jest sposób, w jaki dochodzi do powstawania projektów aktów normatywnych i nadawania ostatecznego kształtu zawartym w nich przepisom. O tym, w jaki sposób wykorzystać potencjalną wiedzę prawniczą oraz z innych dziedzin potrzebną dla stworzenia optymalnej regulacji prawnej, decyduje wiele bardzo różnorodnych czynników. Jak to wygląda w rozwiniętej demokracji, przekonują wspomnienia między innymi jednego z prezydentów USA, który przedstawił, ile wysiłku wymagało uchwalanie aktów normatywnych, których zadaniem była zmiana dotychczasowych niesprawiedliwych regulacji w ochronie zdrowia na nowoczesne, bardziej sprawiedliwe z punktu widzenia każdego obywatela³. Z własnych doświadczeń mogę zaś wspomnieć o sposobie dochodzenia do ustalania ostatecznego kształtu przepisów w przy tworzeniu kodeksu spółek handlowych. Gdy kończyła się era gospodarki centralnie sterowanej, w Komisji Kodyfikacyjnej, z której wychodziły projekty najważniejszych ustaw, przyjęto możliwie jak najmniej sformalizowany model legalnego podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, który miał zachęcać i legalizować w jak najszerszym zakresie prowadzenie tej działalności. Nie zdecydowano się więc na przywrócenia kodeksu handlowego, lecz uchwalono ustawę

¹ Jaskrawym przykładem są losy Niemiec w latach 30. XX w., kiedy w 1933 r. partia, której przywódcą był Adolf Hitler, przy pomocy niemieckiej partii komunistycznej, legalnie wygrała wybory, a następnie przekształciła Niemcy w kraj skrajnie autorytarny i faszystowski.

² Zdają sobie z tego sprawę, po demokratycznym przejściu władzy, rządzący i starają się przemawiać środki masowego przekazu, aby indoktrynować społeczeństwo na rzecz systemu autorytarnego, sięgając po populistyczne środki z zakresu ekonomii i historii. Dobrym przykładem może być tu również propaganda organizowana przez J. Goebbelsa w latach panowania w Niemczech faszyzmu.

³ Zob. B. Obama, *Ziemia obiecana*, przeł. D. Żukowski, Agora, Warszawa 2021, s. 457-521, który opisuje, ile wysiłków wymagało uchwalenie ustawy zapewniającej lepszą opiekę zdrowotną obywatelom USA.

regulującą publiczne i prywatne aspekty prowadzenia działalności gospodarczej⁴. Taka decyzja zaważyła na tym, że w miejsce jedności prawa prywatnego, w ramach którego harmonijnie współistniały prawo cywilne i prawo handlowe⁵ jako dwa odrębne działy prawa prywatnego, pojawiła się zasada formalnej jedności prawa cywilnego, która niesie za sobą do dzisiaj wiele problemów w tworzeniu i stosowaniu prywatnoprawnej regulacji stosunków gospodarczych⁶.

W jednym obszarze stosunków prywatnoprawnych regulujących stosunki gospodarcze udało się stworzyć w miarę dobrą, uwzględniającą także regulacje wynikające z przynależności Polski do Unii Europejskiej, regulację prawną. Utrzymaną przez przepisy wprowadzające kodeks cywilny częścią przepisów kodeksu handlowego poświęconą spółkom, zastąpiono kodeksem spółek handlowych. Na bazie pierwotnego projektu przygotowanego przez zespół powołany przez Komisję Kodyfikacyjną kierowany przez Profesora Alfreda Kleina, kolejny zespół kierowany przez Profesora Stanisława Sołtysińskiego stworzył projekt ustawy regulującej tworzenie i funkcjonowanie spółek⁷. Projektowi temu, który pierwotnie powstał jako prawo spółek handlowych, wbrew zasadom techniki legislacyjnej, w nawiązaniu do tradycji, że spółki znajdowały się w kodeksie handlowym, nadano ostatecznie nazwę kodeks spółek handlowych. Po trwającej kilka lat żmudnej pracy, wychodząc od regulacji zawartej w kodeksie handlowym, po licznych dyskusjach stworzono projekt ustawy, który został poddany pod obrady Sejmu. Sejm powołał specjalną komisję złożoną z posłów i ekspertów, którymi były osoby biorące udział we wcześniejszych pracach nad przygotowaniem kodeksu spółek handlowych, w tym gronie znalazłem się również ja. Poseł Przewodniczący tej komisji przyjął oryginalną metodę pracy. Gdy eksperci powołani przez Sejm nie mogli uzgodnić stanowiska w trakcie prac komisji, ogłaszał przerwę i zalecał: „Panowie, wracamy do pracy, jak dojdziecie do porozumienia”. Pozwoliło to na w miarę szybkie zamknięcie prac komisji i uchwalenie w dniu 15 września 2000 r. ustawy Kodeks spółek handlowych, która weszła w życie 1 stycznia 2001 r.

Poczynione uwagi pozwalają na stwierdzenie, że tworzenie prawa, chociaż formalnie rzecz ujmując jest procesem mającym określone w Konstytucji⁸ proste ramy organizacyjne, jest procesem skomplikowanym. Żeby powstało prawo, które

⁴ Była to ustawa przywracająca przede wszystkim zasadę wolności w podejmowaniu i prowadzeniu działalności gospodarczej oraz wyznaczająca granice administracyjnej ingerencji w te prace, z drugiej zaś strony zawierająca ważne dla regulacji prywatnoprawnej normatywne definicje przedsiębiorcy (podmiotu gospodarczego) oraz działalności gospodarczej; ustawa z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 41, poz. 324).

⁵ Na ten temat zob. S. Janczewski, *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Trzaska, Evert i Michalski, Warszawa 1946, s. 16-18.

⁶ Bliżej na ten temat zob. A. Szajkowski, *Deklarowana jedność prawa cywilnego*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wydawnictwo Stowarzyszenia Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej „Rejent”, Wrocław 2018, s. 1111 i n.

⁷ O szczegółach tego projektu zob. *Uzasadnienie projektu ustawy – Prawo spółek handlowych*, „Studia Prawnicze” 1999, nr 1-2.

⁸ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483).

ma być sztuką czynienia tego, co dobre i sprawiedliwe, potrzeba nie tylko dobrych uwarunkowań politycznych, ale także stworzenia zaplecza legislacyjnego, które pozwala na wykorzystanie potencjału aktualnej wiedzy prawniczej, oraz innych obszarów wiedzy potrzebnej przy tworzeniu określonego aktu normatywnego, wreszcie racjonalnego podejścia członków organów tworzących prawo, którzy zdając sobie sprawę z ciążącej na nich odpowiedzialności, umiejętnie potrafią skorzystać z wiedzy ekspertów.

3. Zasadnicze znaczenie dla oceny wartości prawa ma to, w jaki sposób ono powstaje, co współcześnie oznacza, w jaki sposób jest uchwalane. To, czy dana ustawa lub inny akt normatywny będzie pomocny dla dobrego uregulowania stosunków społecznych na danym obszarze i w danym czasie, zależy od wielu czynników, które od wieków poddawane są analizie. Jeżeli uda się, wykorzystując gromadzoną przez stulecia wiedzę prawniczą, uchwalić akt normatywny, który odpowiada na zapotrzebowanie nie tylko oczekiwań społecznych, jakie są w momencie jego uchwalania, to może on być uznawany i wykorzystywany przez dziesiątki, a nawet setki lat. Dotyczy to w szczególności najważniejszych w danym obszarze aktów prawnych, czyli kodeksów. Ważne znaczenie odgrywa jednak również sposób, w jaki jest ono stosowane. To ogólne określenie „stosowanie prawa” wymaga jednak doprecyzowania. Dla całego systemu prawa istotną rolę odgrywa, kto i w jaki sposób może decydować o tym, jak rozumieć użyte w akcie prawnym określenia. W prawie prywatnym stosowanie prawa ma jednak także szersze znaczenie. Normy prawa prywatnego są bowiem tak skonstruowane, że pozostawiają często samym adresatom znaczny zakres swobody w określaniu, jak ma wyglądać ostatecznie norma prawna, która znajdzie zastosowanie dla oceny ich zachowania. W doktrynie dla wskazania, jak powstaje norma prawna, którą stosujemy, stworzono pojęcie stosunku cywilnoprawnego oraz zdarzeń, które są jego źródłem. Te konstrukcje pozwalają w sposób precyzyjny wskazać, jakie elementy tworzą w prawie prywatnym wzór dozwolonego i nakazanego zachowania, czyli stosunek cywilnoprawny, który pełni tę samą funkcję co norma prawa stosowanego⁹.

Gdy chodzi o to, kto i w jaki sposób może dokonywać wykładni przepisów, to współcześnie przyjmuje się zazwyczaj, że o stosowaniu prawa decydują ostatecznie wyspecjalizowane i niezależne od władzy ustawodawczej i wykonawczej zespoły wysokokwalifikowanych prawników, czyli trybunały i sądy. Sformułowany przez Monteskiusza¹⁰ trójpodział władzy wydaje się najlepiej zabezpieczać ochronę poszczególnych obywateli przed onnipotencją władzy wykonawczej, która z reguły

⁹ Bliżej na ten temat zob. J. Frąckowiak, *Stosunek prawny a norma prawa stosowanego*, [w:] M. Tomalak (red.), *Ius Est A Iustitia Appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 789 i n.

¹⁰ Charles Louis de Montesquieu (1689-1755), zwany Monteskiuszem, w swoim dziele *O duchu praw* z 1748 r. sformułował zasadę podziału władz, która miała zagwarantować obywatelom zachowanie ich praw i wolności.

ma tendencje, aby proces stosowania prawa wykorzystywać przede wszystkim dla ochrony interesów osób związanych z tą władzą¹¹. Jeżeli organy odpowiedzialne za przesądzanie o tym, jak rozumieć użyte w akcie normatywnym określenia, nie dokonują tego, kierując się wiedzą prawniczą bez oglądania się na to, czy będzie to zgodne z interesem aktualnie rządzących, stosowanie prawa może wypaczyć sens użytych w akcie normatywnym pojęć¹².

Ważne znaczenie przy ocenie tego, jaką rolę odgrywa stosowanie prawa, ma uznawany od czasów starożytnych podział na *lex* i *ius*. Przez *lex* rozumiemy ustawę w takiej postaci, w jakiej została ona uchwalona i jak jest rozumiana, przyjmując znaczenie użytych w niej określeń tak, jak powszechnie się je rozumie w danym języku. Natomiast *ius* to pojęcia użyte w ustawie w takim rozumieniu, jakie nadaje im organ uprawniony do jego stosowania, czyli ten, który ostatecznie i w sposób wiążący rozstrzyga problemy związane z rozumieniem użytych w ustawie wyrażań w odniesieniu do konkretnego, w danym czasie i miejscu, stanu faktycznego. W sytuacji gdy od uchwalenia ustawy mijają lata, a czasem wieki, stosowanie prawa odgrywa pierwszoplanową rolę w ustalaniu tego, czym jest *ius*, czyli norma prawna, która będzie obowiązywała w danym miejscu i czasie. To, że *lex* i *ius* mogą się różnić, zostało dostrzeżone już przez prawników rzymskich¹³. Stworzyli oni jednocześnie ogólne, ale wyraźne kryteria, jakimi ma się kierować stosujący prawo, odwołując się do moralności i sprawiedliwości. Uznali bowiem, że *ius*, czyli prawo, które mamy zastosować, jest sztuką czynienia tego, co dobre i sprawiedliwe. Oczywiście ustalenia tego, co dobre i sprawiedliwe, zależy od tego, jak pojęcia te są postrzegane w czasie, gdy mamy zastosować daną normę prawną, a właściwie jak stosujący prawo je postrzega, gdy z przepisów zawartych w akcie normatywnym tworzy tę normę. W czasach, gdy to określenie było tworzone, chodziło o pretora, współcześnie jest to sędzia, a precyzyjnie rzecz ujmując, poglądy sędziów,

¹¹ Dobre pole do obserwacji jak stosowanie prawa wpływa na jego treść mamy w Polsce po roku 2015, kiedy najważniejsze organy odpowiedzialne za stosowanie prawa, najpierw Trybunał Konstytucyjny, a następnie Sąd Najwyższy, zostały obsadzone w przeważającej części osobami wskazanymi przez rządzących. Natomiast Prezydent, związany z obozem rządzącym, jako pierwszy obrońca Konstytucji często zamiast jej bronić, dopuszczał się jej łamania.

¹² Można tu przywołać problem z tym, jak rozumieć prawo łaski przysługujące prezydentowi. Korzystając z niego, prezydent ułaskawił związane z obozem władzy osoby, bez czekania na to, aż wyrok stanie się prawomocny. Charakterystyczne było uzasadnienie tej decyzji – prezydent stwierdzał, że chce wyręczyć sądy od konieczności orzekania, przyznał sobie kompetencję zastrzeżoną w Konstytucji dla sądów, czyli złamał zasadę podziału władz. Następnie Trybunał Konstytucyjny, orzekający w przeważającym gronie sędziów powołanych przez Sejm zdominowany już przez rządzących, który zajmował się pojęciem granic prezydenckiego prawa łaski, uznał, że nie ma przeszkód do ułaskawiania, zanim ktoś zostanie prawomocnie skazany. Logicznie kontynuując tę drogę wykładni przepisów o prawie łaski, nie ma przeszkód, aby ułaskawić kogoś, kto w ogóle jeszcze nie został skazany nawet nieprawomocnie. W zderzeniu z konstytucyjnie gwarantowanym nieuznawaniem winnym kogoś, kto nie został za takiego uznany w prawomocnym wyroku sądu, dochodzimy do wniosku, że tak pojmowane prawo ułaskawiania stoi w sprzeczności z domniemaniem niewinności. Z formalnego punktu widzenia decydujące znacznie ma jednak stanowisko Trybunału Konstytucyjnego, które zalegalizowało działanie prezydenta.

¹³ Jej sformułowanie przypisuje się Celsusowi, którego powołał Ulpian. Odnajdujemy ją w *Digestach* Justyniana (D. 1,1,1).

którzy wydają ostateczny, prawomocny wyrok, wpływają na to, jaką normę prawną stworzą. Współcześnie na kształt *ius*, czyli normy prawnej, którą stosujemy, istotny wpływ ma bowiem to, jak w procesie wykładni ukształtują ją stosujący prawo, przede wszystkim sądy, a w związku ze strukturą sądów – orzecznictwo Sądu Najwyższego. Na temat roli orzecznictwa w polskiej doktrynie od dawna toczy się dyskusja, w której wskazuje się na prawotwórczą rolę orzecznictwa Sądu Najwyższego¹⁴. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że sprawę przesądził art. 87 Konstytucji RP, który zawiera katalog źródeł prawa i nie wskazuje tam orzecznictwa. Jednakże jeżeli odróżnić *lex*, czyli normy prawa stanowionego, od *ius*, czyli norm prawa stosowanego, to łatwo wykazać, jak znacząca jest rola orzecznictwa w kształtowaniu norm, prawa stosowanego¹⁵. Kilka wybranych przykładów z orzecznictwa Sądu Najwyższego, które miałem okazję współtworzyć, wyraźnie na to wskazuje.

Na tle przepisów regulujących użytkowanie wieczyste i odrębną własność lokali powstał istotny problem. Jeżeli odrębna własność lokalu dotyczy budynku położonego na gruncie oddanym w użytkowanie wieczyste, co w miastach jest regułą, właściciel lokalu powinien wystąpić z wnioskiem o przedłużenie prawa użytkowania wieczystego przed terminem, kiedy prawo to wygaśnie. Z ustawy nie wynika, co się dzieje z prawem własności, kiedy z takim wnioskiem właściciel nie wystąpi. Z jednej strony mamy wyraźny przepis, że prawo do gruntu, na którym jest posadowiony budynek, w którym znajduje się lokal stanowiący odrębną własność, wygasa, gdy nie złożono wniosku o przedłużenie prawa użytkowania wieczystego, a z drugiej strony nie ulega wątpliwości, że prawo własności jest bezterminowe. Tę swoistą kwadraturę prawniczego koła rozwiązała uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego na korzyść prawa własności¹⁶. Oczywiście właściciel lokalu powinien niezwłocznie wystąpić o przedłużenie prawa użytkowania gruntu, gdyż takie stanowisko Sądu Najwyższego nie przekreśliło znaczenia art. 236 k.c., ale w imię ochrony prawa silniejszego, jakim jest prawo własności, stworzyło swoisty wyjątek od regulacji przewidzianej w tym przepisie. Przy ustalaniu wysokości odszkodowania praktyka zakładów ubezpieczeń była z reguły taka, że wysokość odszkodowania pomniejszano, biorąc pod uwagę zużycie uszkodzonych części. Sąd Najwyższy przesądził, że należy się odszkodowanie uwzględniające wartość części nowych, a tylko gdyby spowodowało to wzrost wartości samochodu, zakład ubezpieczeń może obniżyć należne odszkodowanie¹⁷.

¹⁴ A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1998, s. 296-308 oraz powołana tam literatura.

¹⁵ Bliżej na ten temat zob. J. Frąckowiak, *Stosunek prawny...*, s. 790 i n.

¹⁶ Upływ terminu, na który zostało ustanowione prawo użytkowania wieczystego gruntu, nie powoduje wygaśnięcia prawa odrębnej własności lokalu znajdującego się w budynku położonym na tym gruncie – uchwała 7 sędziów SN z 25 sierpnia 2017 r., III CZP 11/17, OSNC 2017, Nr 12, poz. 132.

¹⁷ Zakład ubezpieczeń zobowiązany jest na żądanie poszkodowanego do wypłaty, w ramach odpowiedzialności z tytułu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadacza pojazdu mechanicznego, odszkodowania obejmującego celowe i ekonomicznie uzasadnione koszty nowych części i materiałów służących do naprawy uszkodzonego pojazdu. Jeżeli ubezpieczyciel wykaże, że prowadzi to do wzrostu wartości pojazdu, odszkodowanie może ulec obniżeniu o kwotę odpowiadającą temu wzrostowi – uchwała 7 sędziów SN z 12 kwietnia 2012 r., III CZP 80/11, OSNC 2012, nr 10, poz. 112.

W kolejnej uchwale Sąd Najwyższy, dokonując dynamicznej wykładni przepisów ustawy o odrębnej własności lokali, uznał, że wspólnota mieszkaniowa jest jednostką organizacyjną, o której mowa w art. 33¹ k.c., czyli osobą ustawową¹⁸.

Tych kilka z bardzo wielu podobnych przykładów pokazuje, jak twórczą rolę odgrywa orzecznictwo przy kształtowaniu norm prawnych, które są stosowane. Należy wobec tego stwierdzić, że jeżeli uznać, iż można obok norm prawa stanowionego wyróżnić normy prawa, które stosujemy, to orzecznictwo jest również źródłem prawa, gdyż to właśnie ono przesądza o ich kształcie, co wywiera doniosłe skutki dla adresatów tych norm. Trzeba jednak wyraźnie stwierdzić, że to ustawodawca ma ostatecznie głos decydujący i może przesądzić, gdy uznaje określony pogląd wyrażony w orzecznictwie za niesłuszny, poprzez zmianę przepisów, jak należy kształtować normę prawną, którą mamy zastosować. Dobrym przykładem może być problem prokury łącznej. Sąd Najwyższy w jednej ze swoich uchwał uznał za niedopuszczalne, aby prokurentem łącznym mógł być członek zarządu lub wspólnik spółki osobowej¹⁹, uzasadniając to ważnymi względami wynikającymi z funkcji, jakie pełnią te osoby. Spotkało się to z reakcją ustawodawcy, który kierując się względami praktycznymi, dopuścił, zmieniając przepisy kodeksu cywilnego, aby prokurentem łącznym mógł być członek zarządu spółki kapitałowej lub wspólnik spółki osobowej²⁰.

Jeżeli chodzi o stosowanie prawa prywatnego, to należy wskazać na jeszcze jedną istotną okoliczność. Przepisy prawa prywatnego odnoszące się do bardzo wielu zróżnicowanych sytuacji często przyznają kompetencję adresatom tych przepisów do ukształtowania własnym zachowaniem ich ostatecznej treści. Oznacza to, że tworząc normę prawa prywatnego, którą mamy zastosować, należy także uwzględniać prawotwórczą rolę adresatów takich norm. Rolą sądu jest wtedy tylko sprawdzenie, czy taka działalność adresatów norm prawa prywatnego mieści się w granicach przyznanych im kompetencji oraz jak kwalifikować ich zachowanie. Przykładem może tu być problem związany z kształtowaniem relacji w spółkach handlowych poprzez uchwały samych wspólników. W związku z tym, że takie uchwały mogą dotyczyć tylko spraw wewnątrz spółki albo być elementem czynności prawnej, której dokonuje spółka, rodzą się trudności z kwalifikacją prawną takich uchwał. W doktrynie sporne jest, czy uchwały wspólników, szczególnie spółek kapitałowych, mogą być kwalifikowane jako czynności prawne, czy taki charakter mają tylko te uchwały, które są elementem czynności prawnej dokonywanej przez spółkę z osobami trzecimi. Sąd Najwyższy uznał, że każda uchwała organów spółek kapitałowych jest wewnątrzkorporacyjną czynnością prawną i przy okazji podkreślił, że skoro podejmowana ona jest nie na zasadzie konsensusu osób biorących w jej podjęciu, a na zasadzie większości oddanych za nią głosów, nie można do jej oceny stosować art. 65

¹⁸ Uchwała 7 sędziów SN z 21 grudnia 2007 r., III CZP 65/07, OSNC 2008, nr 7-8, poz. 69.

¹⁹ Uchwała 7 sędziów SN z 30 stycznia 2015 r., III CZP 34/14, OSNC 2015, nr 7-8, poz. 80.

²⁰ Ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców (Dz. U. poz. 2255), która wprowadziła art. 109⁴ § 1¹ k.c.

§ 2 k.c. Przepis ten, jak wiadomo, wskazuje, że w umowach należy badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, a nie ich dosłowne brzmienie²¹.

Omawiając problem norm prawa prywatnego, które mamy zastosować, warto podkreślić, że w doktrynie prawa cywilnego ujmuje się ten problem poprzez konstrukcję stosunku cywilnoprawnego²², którego podstawowym źródłem jest czynność prawna. Stosunek cywilnoprawny rozumiany jako wzór dozwolonego i nakazanego zachowania jego stron jest konstruowany ze znaczenia przepisów prawnych oraz norm pozaprawnych, do których one odsyłają, a także z tego, co w granicach prawa postanowiły jego strony w czynności prawnej, która powołała go do życia. Czynność prawna określa bowiem zasadnicze elementy stosunku prawnego, jego strony oraz przedmiot i treść. Bliższa analiza wskazuje na to, że doktryna prawa cywilnego, uznając za podstawowe pojęcie stosunek cywilnoprawny, rozumie od strony funkcjonalnej przez niego to, co w istocie jest normą prawa stosowanego²³.

Dla stosowania prawa ważne znaczenie, od chwili gdy Polska stała się członkiem Unii Europejskiej, ma również to, jaki wpływ ma na ten proces prawo unijne oraz relacje pomiędzy polskimi sądami a Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Przepis art. 91 Konstytucji RP²⁴ wyraźnie wskazuje, że Polska przystępując do Unii Europejskiej, zgodziła się na stosowanie na swoim terytorium prawa unijnego, którego postanowienia w razie sprzeczności z prawem polskim mają pierwszeństwo. Dlatego polski sędzia, tworząc normę prawa stosowanego, powinien brać pod uwagę także to, co wynika z prawa unijnego. W razie wątpliwości, czy przepis zawarty w polskiej ustawie jest zgodny z prawem unijnym, polski sąd ma obowiązek zwrócenia się do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w formie pytania prejudycjalnego, który decyduje w tej sprawie. W żadnym razie nie może go zastąpić sąd krajowy. Brak takiej kompetencji także Sądowi Najwyższemu²⁵. Wydaje się, że w tej

²¹ Wyrok SN z 18 lipca 2014 r., IV CSK 640/13, OSN Izba Cywilna, 2015, nr 6, poz. 75.

²² Na temat pojęcia i znaczenia stosunku cywilnoprawnego, zob. A. Klein, *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław 1964; Z. Banaszczyk, *Stosunek cywilnoprawny*, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 1. *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 943 i n.; A. Olejniczak, *Przedmowa*, [w:] Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. XXIII–XXIV.

²³ Zob. J. Frąckowiak, *Stosunek prawny...*, s. 789 i n.

²⁴ Art. 91. „Umowa międzynarodowa w krajowym porządku prawnym 1. Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. 2. Umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. 3. Jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowiące jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami”.

²⁵ W sytuacji gdy Sąd Najwyższy dochodzi do wniosku o konieczności skierowania pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości w trakcie rozpoznawania zagadnienia prawnego przedstawionego przez sąd na podstawie art. 390 k.p.c., nie jest władny sam wystąpić z tym pytaniem. Sąd Najwyższy nie może pełnić roli przekazującego pytanie, wobec tego odmawia odpowiedzi na zagadnienie prawne związane z wykładnią prawa unijnego, gdyż właściwym w tej sprawie jest tylko Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, postanowienie SN z dnia 23 lutego 2018 r., III CZP 95/17.

sytuacji nie powinno ulegać wątpliwości, iż prawo unijne ma prymat nad prawem krajowym. Wątpliwości takie ma jednak polski Prezes Rady Ministrów, który zwrócił się do polskiego Trybunału Sprawiedliwości o rozstrzygnięcie, czy regulacje prawa unijnego są zgodne z polską Konstytucją. Pomimo wniosku ze strony władz unijnych o wycofanie tego wniosku²⁶ Trybunał Konstytucyjny zamierza orzec w tej sprawie²⁷.

4. O tym, czy prawo będzie dobrze tworzone i stosowane, w znacznej mierze decyduje, jak jest ono nauczane. Studia prawnicze w ostatnich dziesięcioleciach przechodziły różne reformy. Zasadniczo trwają one pięć lat, chociaż wiele roczników kończyło studia czteroletnie, w tym dostojny Jubilat i ja sam. Nie to jednak ma podstawowe znaczenie. Wydaje się, że istotne jest to, czego chcemy nauczyć najpierw studentów, a następnie podczas nauczania bardziej specjalistycznego (aplikacji) tych, którzy wybierają zawody ściśle prawnicze, czyli sędziów (prokuratorów), adwokatów (radców prawnych) czy notariuszy. Z grubsza rzecz ujmując, zazwyczaj sprowadza się to do skłonienia uczących się do opanowania jak największej ilości wiedzy zawartej w obowiązujących przepisach prawnych. Mając jednak na uwadze liczbę tych przepisów, trzeba zauważyć, że nikt nie jest w stanie opanować całości tak rozumianego materiału. Dlatego w dążeniu do zapoznawania uczących się z obowiązującymi przepisami w pierwszym rzędzie należy wybrać te akty normatywne, które zawierają najważniejsze z punktu widzenia stosowania prawa przepisy, a następnie ujmując rzecz lapidarnie, kłaść nacisk na to, aby uczący się nie tyle mieli kodeks w głowie, co nauczyli się, że prawnik powinien mieć głowę w kodeksie. Innymi słowy, aby nawet mając bardzo dobrą pamięć, zawsze sprawdzili treść konkretnego przepisu. Praca każdego prawnika sprowadza się bowiem do poszukiwania odpowiedzi na pytanie, jak interesujący mnie adresat danego przepisu (podsądny, klient lub oczekujący porady prawnej) ma

²⁶ Unijny komisarz Didier Reynders wysłał do polskich władz list, wskazując w nim, że wszystkie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej są wiążące dla władz państw członkowskich, w tym dla sądów krajowych. W związku z tym Komisja prosi o wycofanie wniosku premiera (Mateusza Morawieckiego) z Trybunału Konstytucyjnego. Zob. „Dziennik Gazeta Prawna” 10.06.2021.

²⁷ Komunikat Rzecznika Rządu: „Podczas posiedzenia Rady Ministrów w dniu 3 marca 2021 r. odbyła się dyskusja dotycząca przekroczenia kompetencji przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej polegającego na stwierdzeniu wyższości prawa europejskiego nad Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z utrwalonym, wieloletnim orzecznictwem polskiego Trybunału Konstytucyjnego nie ma żadnej wątpliwości co do nadrzędności polskich norm konstytucyjnych nad innymi normami prawnymi. Potwierdzają to liczne rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, w różnych składach orzekających, od początku polskiego członkostwa w Unii Europejskiej. Spory prawne dotyczące suwerenności państw członkowskich w zakresie kompetencji nieprzekazanych na rzecz Unii Europejskiej występowały w wielu krajach Unii Europejskiej. Były one jednak jednoznacznie rozstrzygane i wskazywały na nadrzędność norm konstytucyjnych nad prawem europejskim. Takich jednoznacznych rozstrzygnięć dokonały m.in. właściwe sądy lub trybunały w takich państwach, jak Niemcy, Francja, Włochy, Dania, Czechy itd. Na wniosek Rady Ministrów, mając na celu zachowanie spójności polskiego systemu prawnego, Prezes Rady Ministrów skieruje do Trybunału Konstytucyjnego wniosek dotyczący kompleksowego rozstrzygnięcia kwestii kolizji norm prawa europejskiego z Konstytucją RP oraz potwierdzenia dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie”.

się zachować, aby jego zachowanie było zgodne z prawem. Punktem wyjścia będzie wtedy odnalezienie przepisu, który ma zastosowanie do oceny danego stanu faktycznego i umiejętność zbudowania przy jego pomocy normy prawnej (stosunku prawnego), która będzie zawierała odpowiedź na wspomniane wyżej pytanie. W konkluzji – porównując nauczanie prawa do nauki języka obcego – trzeba podkreślić, że nauczanie prawa sprowadza się w pierwszym rzędzie do uczenia studenta nie tyle treści przepisów prawnych (słówek), co zasad łączenia informacji zawartej w przepisach, czyli nie tylko samych słówek, co raczej gramatyki i stylistyki. Takie podejście wymaga, aby w pierwszym rzędzie wykształcić nauczycieli, którzy będą zdolni do proponowanej organizacji procesu dydaktycznego. Truizmem jest stwierdzenie, że tylko dobrze prowadzone przez nauczycieli akademickich badania naukowe stanowią podstawę dla przekazywania wiedzy studentom, jak i to, że umiejętność nauczania nie zawsze idzie w parze z dobrymi osiągnięciami na polu naukowym. Przyjęty aktualnie model kształcenia sprowadza się przede wszystkim, na wstępnym jego etapie, do przekazywania wiedzy w formie wykładów i ćwiczeń, a następnie seminariów. Trudno zaproponować tu jakieś radykalne zmiany. Należy tylko jeszcze raz zauważyć, że niezależnie od rodzaju zajęć warto kłaść nacisk na nauczanie nie tyle treści zawartej w przepisach aktów normatywnych, co na sposób budowania z nich norm prawnych. To samo dotyczy nauczania on-line, które przez pandemię weszło do procesu nauczania i w mniejszym zakresie, ale zapewne w nim pozostanie.

Podstawowym warunkiem, aby nauczanie prawa przebiegało w zaproponowany wyżej sposób, jest dobór kandydatów na nauczycieli akademickich. Duże znaczenie ma tu już proces wyboru kandydatów najpierw na seminaria, a następnie na studia doktoranckie. To wtedy warto już zwrócić uwagę na predyspozycje studentów do pracy naukowej i dydaktycznej. Decydujące znacznie ma jednak w moim przekonaniu, w jaki sposób organizuje się zajęcia na seminariach ze studentami i doktorantami. Powinny one zachęcać do podejmowania tematów opracowań, które mogą stać się podstawą do dyskusji. Dyskusja powinna być nakierowana na pokazanie, jak można formułować argumenty przemawiające za obroną bronionego przez zabierającego głos poglądu. W toku takich zajęć prowadzący może należycie ocenić zarówno wiedzę potencjalnego nauczyciela akademickiego o treści zawartej w przepisach prawnych, jak i jego predyspozycje do budowania przy pomocy tych przepisów norm prawnych.

Zdaję sobie sprawę, że poczynione wyżej uwagi wynikają przede wszystkim z moich doświadczeń. W taki bowiem sposób starałem się prowadzić swoje zajęcia. Mam jednak kilka argumentów, które mogą świadczyć o ich użyteczności. Na moje seminaria musiałem zawsze prowadzić kwalifikację, aby spośród licznie zgłaszających się kandydatów wybrać liczbę uczestników, określoną przez władze wydziału. Na seminarium doktoranckie także przyjmowałem tylko kilku najlepszych absolwentów, z reguły tych, którzy u mnie obronili z wyróżnieniem prace magisterskie. Pozwoliło to obronić pracę doktorską 21 osobom, z których kilku jest już profesorami tytularnymi.

Przechodząc na emeryturę²⁸, pozostawiłem moim młodszym współpracownikom w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Handlowego Uniwersytetu Wrocławskiego 12 doktorantów, z których kilku już zdążyło uzyskać stopień doktora.

5. Mam nadzieję, że Jubilat Profesor Krzysztof Wójtowicz oraz czytelnicy tej książki odniosą się ze zrozumieniem do tych moich bardzo osobistych uwag na temat tworzenia, stosowania i nauczania prawa. Znając Jubilata od dziesiątków lat i współpracując z nim na różnych polach, mam nadzieję, że tak będzie. Co do innych czytelników, to pozostaje mi tylko liczyć na ich życzliwość.

²⁸ Konieczność przejścia w 2018 r. na emeryturę wiązała się z tym, że zatrudnienie kończyło mi się 30 września 2018 r., a 1 października tego roku weszła w życie zmiana ustawy, która zabroniła zwalniania z uczelni wyższych osób, będących sędziami TK, SN i NSA, zob. art. 121a ustawy Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 478); Sędzią Sądu Najwyższego byłem zaś do połowy listopada 2019 r.

Reczkowicz p. Polsce, **czyli o sojuszu europejskich Trybunałów**

1. Sposób powiązania wymagań prawa międzynarodowego z nadrzędnością konstytucji jako „najwyższego prawa krajowego” zawsze budził kontrowersje zarówno w doktrynie prawa, jak i w politycznej praktyce poszczególnych państw. Problem nabrał szczególnej wyrazistości wraz z rozwojem ponadnarodowych systemów integracji gospodarczej oraz ochrony praw jednostki. Prawo ponadnarodowe, a także orzeczenia ponadnarodowych sądów uzyskały bowiem bezpośrednią stosowalność w krajowych systemach prawnych, a sądy krajowe stały się zobowiązane do bezpośredniego stosowania owych uregulowań i orzeczeń. W perspektywie europejskiej (więc – od ponad 20 lat – także polskiej) kontrowersje ujawniały się zwłaszcza na tle prawa Unii Europejskiej oraz systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹.

Zwłaszcza pierwszy z tych systemów stał się przedmiotem wnikliwych badań Profesora Krzysztofa Wójtowicza. Nie podejmując nawet próby całościowego ich przedstawiania, wspomnę tylko jego monografię *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*². Słusznie zwrócono w niej uwagę na – niejako endemiczne – napięcie między europejskim a suwerennościowym podejściem do statusu prawa unijnego. Napięcia tego nie da się – w ramach obecnego multcentrycznego porządku źródeł prawa – usunąć przez zastosowanie tradycyjnych metod prawniczej interpretacji. Stawia to w szczególnie odpowiedzialnej sytuacji sądy – tak unijne, jak i narodowe, bo tylko ich działalność orzecznicza może łagodzić stan potencjalnego konfliktu dwóch porządków prawnych. W tej perspektywie niezwykle istotne jest kultywowanie wykładni „przyjaznej” wobec porządku unijnego oraz podbudowywanie jej poszukiwaniem wspólnych wartości, jak godność i prawa człowieka, wolność i demokracja, równość oraz rządy prawa. Stwarza to parametry orzecznicze pozwalające na wyprowadzanie zbliżonych konkluzji zarówno z pierwotnego prawa UE, jak i z konstytucji narodowych.

* Prof. dr hab. Leszek Garlicki, Uniwersytet Warszawski, *emeritus* oraz Washington University in Saint Louis, USA, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, w latach 2002-2012 sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

² Warszawa 2012, Wyd. Trybunału Konstytucyjnego. Już wcześniej, pod redakcją prof. Wójtowicza, ukazała się praca zbiorowa *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne* (Warszawa 2006, Wydawnictwo Sejmowe).

2. Obserwacje te nie straciły po dziesięciu latach aktualności, co więcej, nabrały dodatkowego znaczenia na tle polskiego kryzysu konstytucyjnego. Jak wiadomo, w wymiarze prawnym kryzys ten znalazł szczególne rozwinięcie w kwestiach rządów prawa, zwłaszcza tzw. reform ustroju i kompozycji władzy sądowniczej. W pierwszym etapie głównym celem stał się Trybunał Konstytucyjny, a – po jego politycznej absorpcji – kierunek działań politycznych i zmian legislacyjnych przesunął się w stronę Sądu Najwyższego i całego systemu sądów powszechnych. Istotny element stanowiły, oczywiście, kwestie personalne, czego przesłanką stała się gruntowna przebudowa Krajowej Rady Sądownictwa, eliminująca autonomiczność jej powiązania z samorządem sędziowskim. Dotknęło to szczególnie silnie Sąd Najwyższy, bo jednocześnie przekształcono jego strukturę i wprowadzono dwie nowe Izby wymagające kompletu nowych sędziów. Z biegiem czasu coraz silniej rysują się też skutki naturalnego ruchu kadrowego we wszystkich sądach, bo stale rośnie grupa sędziów powołanych bądź awansowanych w nowej procedurze, na podstawie wniosków nowej KRS.

Wątpliwości dotyczące procedury powoływania „nowych” sędziów przekładają się na pytania, czy orzeczenia wydawane z ich udziałem spełniają wymagania „sądu ustanowionego ustawą”, więc czy cały wymiar sprawiedliwości nie traci zdolności do funkcjonowania w ramach wymagań wskazanych zarówno w art. 45 ust. 1 Konstytucji RP³, jak i w odpowiednich postanowieniach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz prawa Unii Europejskiej. Stopniowo staje się to przedmiotem rozstrzygnięć najwyższych instancji sądowych, tak w Polsce, jak i na poziomie europejskim.

Swego rodzaju punktem wyjścia stało się orzecznictwo TSUE. Poczynając od „portugalskiego” wyroku z 2018 r.⁴, Trybunał – w szeregu spraw polskich⁵ – wskazał na kolizje nowych uregulowań i praktyk z wymaganiami Traktatów unijnych, przy czym podstawowe znaczenie przypisano art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE (obowiązek zapewnienia „skutecznej ochrony prawnej” w dziedzinach objętych prawem Unii). Kolizje te dotyczą całokształtu zmian w systemie sądownictwa, a najbardziej drastyczny rozmiar przybrały w odniesieniu do Izby Dyscyplinarnej SN. Tu bowiem chodzi nie tylko o bezstronność i niezawisłość zasiadających w niej sędziów, ale także o cały schemat jej procedury i właściwości. Dało to podstawę do żądań zlikwidowania Izby Dyscyplinarnej⁶.

³ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁴ Wyrok z 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117.

⁵ Zwłaszcza wyroki: z 24 czerwca 2019 r., *Komisja Europejska p. Polsce*, C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615; z 5 listopada 2019 r., *Komisja Europejska p. Polsce*, C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924; z 19 listopada 2019 r., *A.K. i inni*, sprawy połączone C-585/18, C-624/18 C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; z 2 marca 2021 r., *A.B. i inni p. KRS*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153; z 15 lipca 2021 r., *Komisja p. Polsce*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 oraz z 6 października 2021 r., *W.Ż.*, C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798. Zob. też J. Barcz, A. Grzelak R. Szyndlauer (wstęp, wybór i redakcja), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2021; L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice A Casebook Overview of Key Judgments since The Portuguese Judges Case*, Swedish Institute of European Policy Studies, Stockholm 2021.

⁶ Jak wiadomo, w czerwcu 2022 r. zastąpiono ją przez Izbę Odpowiedzialności Zawodowej. Trudno jednak przewidzieć, na ile usatysfakcjonuje to władze unijne, zwłaszcza gdyby miało się

Wywołało to też stosowne reakcje polskiego sądownictwa, zwłaszcza – uchwałę trzech połączonych izb SN z 23 stycznia 2020 r.⁷, wskazującą, że nieprawidłowość składu orzekającego w SN zachodzi zawsze, gdy w składzie tym bierze udział osoba powołana na urząd sędziego SN na wniosek (nowej) KRS. W podobnym kierunku rozwinęło się orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego⁸. Natomiast zdecydowanie przeciwne stanowisko zajął Trybunał Konstytucyjny, uznając nie tylko niekonstytucyjność styczniowej uchwały Sądu Najwyższego⁹, ale także – zakresowo – dwóch przepisów TUE, na podstawie których TSUE dokonywało ocen polskich reform sądowych¹⁰.

3. Dialog polskich sądów z Trybunałem luksemburskim miał początkowo tylko dwustronny charakter. Dopiero w 2021 r. pojawił się nowy, ważny partner tego dialogu: Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Orzecznictwo Trybunału strasburskiego dawno już zdefiniowało wymagania, jakie art. 6 ust. 1 Konwencji łączy z pojęciem „niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego ustawą”. Odnoszą one także do prawidłowości obsadzania stanowisk sędziowskich¹¹. Akceptuje się przy tym różnorodność procedur powoływania sędziów, stosownie do tradycji poszczególnych krajów, wymagając jednak, by zapewniały one sędziemu wystarczający stopień niezawisłości, zwłaszcza od organów władzy wykonawczej oraz od stron sprawy¹². W sprawach polskich kwestie te już kiedyś ujawniły się w odniesieniu do statusu asesorów sądowych¹³.

Nie pojawiały się one natomiast na tle procedur powoływania sędziów wyższych sądów. Dopiero w końcu minionej dekady okazję po temu dał spór o prawidłowość obsady nowo utworzonego sądu apelacyjnego w Islandii. Trybunał strasburski wydał ostateczne rozstrzygnięcie w końcu 2020 r., uznając, że doszło do naruszenia wymagań

okazać, że w składzie tej Izby, po jej powołaniu przez Prezydenta RP, znajdują się także „nowi” sędziowie SN.

⁷ Uchwała Trzech Połączonych Izb SN z 23 stycznia 2020 r., BSA I-4110-1/20. Zob. też wyrok SN z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, OSNP 2020, nr 4, poz. 38.

⁸ Zob. zwłaszcza serię wyroków z 6 maja 2021 r., II GOK 2/18; II GOK 3/18; II GOK 5/18; II GOK 6/18; II GOK 7/18 – dostępne w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

⁹ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, OTK ZU A/2020, poz. 61. Zob. też postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, OTK ZU A/2020, poz. 60, wydane w procedurze sporu kompetencyjnego.

¹⁰ Wyrok TK z 7 października 2021 r., K 3/21 (jeszcze nieopublikowany z OTK ZU), do którego powracam w dalszym toku rozważań.

¹¹ Zob. np. wyrok z 4 marca 2003 r., *Posokhov p. Rosji*, nr 63486/00 oraz wyrok z 11 czerwca 2006 r., *Gurov p. Mołdawii*, 36455/02.

¹² Wyrok ETPC z 28 czerwca 1984 r., *Campbell and Fell p. Zjednoczonemu Królestwu*, 7819/77 i 7878/77, § 78. Zob. też Raport Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 12 grudnia 1978 r., *Zand p. Austrii*, 7360/76.

¹³ Wyrok ETPC z 20 listopada 2010 r., *Henryk Urban i Ryszard Urban p. Polsce*, nr 2361408, w którym wskazano, że nie można przypisać cechy niezawisłości sądowi, w którego składzie zasiada asesor powołany według ówczesnych przepisów (§ 55). Zarazem jednak – zgadzając się ze stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z 24 października 2007 r., SK 7/06, OTK ZU 2007, nr 9A, poz. 108, zwłaszcza pkt III.6.4-6) – uznano, że nie istniała automatyczna korelacja pomiędzy tym uchybieniem a ważnością każdego orzeczenia wydanego wcześniej przez asesorów w poszczególnych sprawach (§ 67).

art. 6 ust. 1 Konwencji¹⁴. Jednocześnie Trybunał sformułował test ogólniejszy, mający znajdować zastosowanie do wszystkich późniejszych spraw o podobnym przedmiocie.

Tzw. „test Astradssona” wymaga zbadania, czy:

- 1) w procesie powoływania sędziego doszło do oczywistego (*manifest*) naruszenia „prawa krajowego”;
- 2) czy naruszenie to miało dostatecznie poważny charakter;
- 3) czy zostało ono ustalone i naprawione na szczeblu sądów krajowych.

Wydając to orzeczenie, Trybunał strasburski zdawał sobie oczywiście sprawę z szerszego kontekstu, co m.in. znalazło wyraz w szerokim – i aprobującym – przywołaniu rozstrzygnięć TSUE wydawanych w sprawach polskich. Nie było też niespodzianką, że pierwsze zastosowania nowego testu nastąpiły w sprawach polskich.

W wyroku z 7 maja 2021 r., *Xero Flor p. Polsce* (4907/18)¹⁵ ETPC rozpoznał zarzut niewłaściwej obsady Trybunału Konstytucyjnego, orzekającego o skardze konstytucyjnej z udziałem „spornego” sędziego, powołanego w końcu 2015 r. Trybunał strasburski najpierw rozważył, czy art. 6 Konwencji znajduje zastosowanie do postępowania przed polskim TK. Uznano, że „postępowanie przed TK miało «skutek» bezpośrednio decydujący dla roszczenia o charakterze cywilnoprawnym [*civil right*] dochodzone przez podmiot prywatny” (§ 209), więc podlegało ocenie na tle art. 6 ust. 1 Konwencji.

Meritum skargi rozstrzygnięto poprzez odpowiednie zastosowanie „testu Astradssona”, co potwierdziło jego uniwersalny charakter. Najwięcej uwagi ETPC poświęcił pytaniu, czy doszło do „oczywistego naruszenia prawa krajowego” i – udzielając afirmatywnej odpowiedzi – szeroko nawiązał do wyroków polskiego TK z końca 2015 r. i początku 2016 r.¹⁶ Nie było też trudne wykazanie, że naruszenie prawa krajowego miało „poważny” charakter (§ 287), nie budziło wreszcie wątpliwości, że normalne procedury sądowe nie dawały możliwości kontroli tych naruszeń (§ 288). Dało to postawę do stwierdzenia, że udział „nieprawidłowego” sędziego w składzie orzekającym prowadził do naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą”, więc – naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji (§ 290-291).

Waga wyroku *Xero Flor* polegała przede wszystkim na potwierdzeniu stosowalności „testu Astradssona” do kontrowersji wokół powoływania polskich sędziów

¹⁴ Wyrok Wielkiej Izby z 1 grudnia 2020 r., *Gudmundur Andri Astradsson p. Islandii*, 26374/18 (zob. L. Garlicki, *Trybunał strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku ETPCz z 1.12.2020, Astradsson p. Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 4, s. 5 i n.), poprzedzony „izbowym” wyrokiem z 12 marca 2019 r. w tej samej sprawie (zob. m.in. L. Garlicki, *Astradsson a sprawa polska*, [w:] R.M. Czarny, Ł. Baratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak (red.), *Ustroje – prawa człowieka – bezpieczeństwo – integracja europejska. Księga Jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Jerzego Jaskierni*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2019, s. 221 i n.; L. Bosek, G. Żmij, *Uwarunkowania prawne procesu powoływania sędziów w świetle wyroku ETPCz z dnia 12.03.2019 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 7, s. 30 i n.; M. Szwed, *Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu w świetle wyroku ETPCz z 12.03.2019 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 7, s. 42 i n.).

¹⁵ Zob. M. Szwed, *Wyrok ETPCz w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce*, <https://oko.press/etpcz-trybunal-konstytucyjny-w-skladzie-z-dublerami-nie-jest-sadem/> [dostęp 8.05.2021].

¹⁶ Za nieprzekonujący uznano natomiast wyrok TK z 24 października 2017 r., K 1/17, OTK ZU A/2017, poz. 87, wydany zresztą z udziałem „spornych” sędziów (§ 271-273).

po 2015 r. Zarazem jednak wyrok ten nie mógł wyjaśnić wszystkich wątpliwości. Ograniczony był do sytuacji w Trybunale Konstytucyjnym, odnosząc się do jednorazowego – choć brzemienne w skutki – naruszenia procedury nominacyjnej. Utrudniało to analogie z ogólną sytuacją w sądownictwie, która ma charakter systemowy, bo niemal wszystkie nowe nominacje sędziowskie dokonywane są z udziałem KRS (która natomiast nie uczestniczy w procedurze wyborów sędziów TK). Bardzo ostrożnie ujęto też skutki wyroku, przyznając skarżącym jedynie zwrot poniesionych kosztów, a odmawiając zarówno dalszego zadośćuczynienia, jak i merytorycznego rozpatrzenia zarzutu naruszenia prawa do ochrony mienia (art. 1 Protokołu nr 1)¹⁷.

Trybunał Konstytucyjny niemal od razu zdecydowanie odrzucił stanowisko ETPC¹⁸, a kontynuacją stało się rozstrzygnięcie w sprawie K 7/21, do czego jeszcze powrócę.

4. Niemniej wyrok *Xero Flor* należy traktować jako punkt wyjścia dla dalszego orzecznictwa ETPC w sprawach polskich. Już po dwóch miesiącach znalazł on rozwinięcie w wyroku z 22 lipca 2021 r., *Reczkowicz p. Polsce* (43447/19). Tym razem sprawa dotyczyła centralnego elementu systemowego, bo statusu sędziów Izby Dyscyplinarnej SN. Chodziło o odrzucenie kasacji wniesionej przez adwokata od orzeczenia sądu dyscyplinarnego o zawieszeniu go w prawach wykonywania zawodu. Skarżący podniósł zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 Konwencji, bo rozstrzygnięcia Izby Dyscyplinarnej nie można traktować jako pochodzącego od „sądu ustanowionego ustawą” (§ 179).

Nie ulegało tym razem wątpliwości, że sprawy procedur dyscyplinarnych objęte są zakresem art. 6. Zarazem ETPC mógł nawiązać do równoległego orzecznictwa TSUE, dotyczącego procedur powoływania sędziów SN, statusu Izby Dyscyplinarnej oraz natury nowej KRS.

Trybunał strasburski oparł swoje analizy na odpowiednim zastosowaniu „testu Astradssona”. Przypomniano, że inherentnym elementem „sądu ustanowionego przez ustawę” jest to, że „składa się on z sędziów dobranych w oparciu o kompetencje – to znaczy sędziów, którzy spełniają wymagania wiedzy (kompetencji) technicznych i nieskazitelności moralnej. [...] Im wyżej dany sąd umiejscowiony w hierarchii sądowej, tym bardziej rygorystyczne kryteria doboru muszą znajdować zastosowanie” (§ 217).

Punktem wyjścia musiało być ustalenie, czy miało miejsce „oczywiste naruszenie prawa krajowego”¹⁹. ETPC zdecydował się na przeprowadzenie bardzo

¹⁷ W tym fragmencie w pełni należy się zgodzić z krytycznymi uwagami wyrażonymi w zdaniu odrębnym przez sędziego Wojtyczka.

¹⁸ Postanowienie z 15 czerwca 2021 r., P 7/20, gdzie – odrzucając wniosek o wyłączenie jednego ze „spornych” sędziów – wskazano, iż wyrok ETPC został „wydany bez podstawy prawnej, z przekroczeniem przez ETPC powierzonych mu kompetencji, i stanowi bezprawną ingerencję w krajowy porządek prawny, w szczególności w kwestie, które pozostają poza właściwością ETPC; z tych powodów musi być uznany za wyrok nieistniejący” (pkt II.2.2).

¹⁹ W tym kontekście przypomniano, że „nawet brak takiego naruszenia nie musi wykluczyć możliwości stwierdzenia, że złamano prawo do sądu określonego ustawą, gdyż procedury, które wydają

rozbudowanego wyводу, bo – jak wiadomo – sądy polskie różniły się w ocenie zgodności procedury obsadzenia stanowisk w ID SN z prawem krajowym. Ostatecznie podzielono pogląd wyrażony m.in. w uchwale SN z 23 stycznia 2020 r., wyraźnie wskazując również na jej powiązanie z wypowiedziami orzecznictwa TSUE. Szczegółowo rozważono też – idące w odwrotnym kierunku – rozstrzygnięcia Trybunału Konstytucyjnego, ostatecznie dochodząc do wniosku, że „wobec oczywistego braku całościowej, wyważonej oraz obiektywnej analizy wymagań stawianych przez Konwencję, należy uznać, że oceny TK muszą być uznane za arbitralne i niezdolne do wywarcia jakiegokolwiek wpływu na konkluzje [ETPC – L.G.]” (§ 262)²⁰. Doprowadziło to do wniosku, że „w niniejszej sprawie doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego” (§ 264), a proces powoływania sędziów Izby Dyscyplinarnej miał inherentnie „wadliwy charakter, ze względu na udział [w nim – L.G.] Krajowej Rady Sądownictwa – ciała pozbawionego niezależności wobec władz ustawodawczej i wykonawczej” (§ 265)²¹.

Drugim elementem testu było ustalenie, czy naruszenia prawa krajowego miały „dostatecznie poważny charakter”. ETPC poddał analizie polityczny kontekst reorganizacji składu Krajowej Rady Sądownictwa, zauważając m.in., że nowe przepisy pozwoliły „na uzyskanie przez władzę ustawodawczą i wykonawczą decydującego wpływu na skład KRS” (§ 274). W konkluzji stwierdzono, że skoro konieczny element procesu obsadzania stanowisk w ID SN „stanowiły wnioski KRS – ciała pozbawionego dostatecznych gwarancji niezawisłości legislatury i egzekutywy”, to doszło do „fundamentalnej nieprawidłowości [*irregularity*], która niekorzystnie oddziaływała na cały ten proces i doprowadziła do naruszenia prawowitości [*compromising the legitimacy*] sądu złożonego z tak powołanych sędziów” (§ 276). Wszelka procedura powoływania sędziów, która „wykazuje nieprawidłowy wpływ [*undue influence*] legislatury i egzekutywy na te powołania, jest, *per se*, niepołączalna z art. 6 par. 1 Konwencji” (*ibidem*).

Podobnie jak w sprawie *Xero Flor*, uznano, że normalne procedury sądowe nie dawały możliwości kontroli zaistniałych naruszeń, co wyłączało stosowalność trzeciego etapu „testu Astradssona” (§ 278-279).

W ostatecznym podsumowaniu Trybunał stwierdził, iż „nieprawidłowości procesu powoływania [sędziów – L.G.] naruszyły prawowitość Izby Dyscyplinarnej w stopniu [...] powodującym, że była i nadal jest pozbawiona cech «sądu» [...] w rozumieniu art. 6 ust. 1” (§ 280). Tym samym Izba ta, rozpoznając sprawę skarżącego, nie była „sądem ustanowionym przez prawo” (§ 282). Odpowiednio zasądzono na rzecz skarżącego zwrot kosztów oraz zadośćuczynienie szkody niemajątkowej.

się być zgodne z przepisami krajowymi, mogą rodzić skutki niepołączalne z przedmiotem i celem tego prawa” (§ 222).

²⁰ Nawiązano tu do ustaleń wyroku w sprawie *Astradsson* (§ 244), co nie zmienia faktu, że tak ostre sformułowania nie są na ogół stosowane przy dialogu z sądami najwyższymi państw członkowskich.

²¹ Wskazano przy tym, że konkluzje ETPC zostały podjęte „po szczegółowej i ostrożnej analizie odpowiednich przepisów polskiego prawa, dokonanej z perspektywy podstawowych standardów wynikających z Konwencji oraz z prawa UE, przy zastosowaniu wskazówek [*guidance*] TSUE oraz istniejącego orzecznictwa” (§ 264).

5. Podobnie jak wyrok *Xero Flor*, także rozstrzygnięcie ETPC w sprawie *Reczkowicz* nie przesądziło wszystkich ważnych kwestii²².

Po pierwsze, otwarte pozostało pytanie o skutki wyroku dla sprawy dyscyplinarnej skarżącego. Pamiętać należy, że orzeczenia strasburskie nie mają bezpośrednich skutków kasacyjnych i nie powodują *ex lege* uchylenia rozstrzygnięć wydanych z naruszeniem przepisów Konwencji. O ile pominąć zadośćuczynienie przyznawane na podstawie art. 41 Konwencji, to sposób usunięcia naruszenia pozostawiony jest decyzjom władz krajowych, tyle że działających pod nadzorem Komitetu Rady Ministrów RE²³. Niemniej Trybunał udziela czasami bliższych wskazówek, np. zalecając wznowienie postępowania krajowego lub inne formy naprawienia rozstrzygnięcia, które dało podstawę dla skargi do Strasburga²⁴. Tym razem jednak nie skorzystano z tej możliwości.

Stworzyło to lukę wykraczającą poza sprawę *Reczkowicz*. Skoro bowiem naruszenie art. 6 ust. 1 Konwencji wynikało z systemowych braków procesu formowania ID SN, to – niejako automatycznie – odnosi się ono do wszystkich orzeczeń wydawanych w tej Izbie. Niemało z nich ma charakter merytoryczny, przesądzając o winie i karze w postępowaniu dyscyplinarnym i – w tych wszystkich wypadkach – konieczność ich weryfikacji jest znacznie bardziej oczywista niż w sytuacjach odmowy rozpoznania wniosku kasacyjnego. Oczywiście ETPC nie mógł wykraczać poza przedmiot badanej sprawy, co więcej – ani wyrok *Xero Flor*, ani – co ważniejsze – wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Astradssona* nie dostarczały sugestii w tym zakresie. Z drugiej jednak strony ETPC mógł nawiązać do stanowiska sądów polskich, przede wszystkim do uchwały SN z 23 stycznia 2020 r., która jednoznacznie zdyskwalifikowała wszystkie rozstrzygnięcia podejmowane w ramach Izby Dyscyplinarnej.

Po drugie, niejasny pozostał zakres, w jakim ustalenia z wyroku *Reczkowicz* mogą znajdować przeniesienie na orzeczenia wydawane poza Izbą Dyscyplinarną.

²² Obie, omawiane niżej, niejasności wyroku znalazły trafne odnotowanie w zdaniu odrębnym sędziego Wojtyczka (zob. pkt 2).

Niepozbawiona racji jest też jego uwaga, że wywód Trybunału w kwestii wystąpienia „oczywistego naruszenia prawa krajowego” jest tak rozwleczony (39 kolejnych paragrafów), iż staje się mało czytelny: „Naruszenie, [analiza – L.G.] którego wymaga trzydziestu dziewięciu paragrafów nie wydaje się oczywiste” (pkt 1.3). Pamiętać jednak należy, że ETPC miał tu do czynienia z rozbieżnymi rozstrzygnięciami polskich sądów i musiał przygotować solidny grunt dla krytyki stanowiska TK (uznanego – przypomnijmy – za „arbitralne”).

W zdaniu odrębnym zaznaczono też, że oszczędne posługiwanie się argumentami konstytucyjnymi pozbawia stanowisko ETPC przymiotu kategoryczności (pkt 1.4-1.10). Może bowiem sugerować, że Konstytucja RP pozostawia ustawodawcy swobodę np. w ustalaniu sposobu powoływania członków KRS. Jest o tyle słuszne, że obecnemu rozwiązaniu można, moim zdaniem, postawić zarzut niekonstytucyjności (dość wyraźnie sugeruje to np. uchwała SN z 23 stycznia 2020 r.), co odpowiada zarazem na pytanie, czy doszło do naruszenia prawa krajowego. Ale trzeba też pamiętać, że Trybunał Konstytucyjny zajął odmienne stanowisko. Jedną zaś z podstaw zasady subsydiarności jest, że ETPC może wskazywać niepołączalność wyroków krajowych z wymaganiami Konwencji, natomiast musi być ostrożny we wskazywaniu krajowym sądom konstytucyjnym, jaka jest poprawna wykładnia konstytucji.

²³ Zob. szerzej A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018 i powołana tam literatura.

²⁴ A. Wróbel, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. II, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 386-387.

Analiza nieprawidłowości prowadzących do pozbawienia tej Izby charakteru „sądu ustanowionego przez ustawę” ma charakter generalny. ETPC przyjął, że systemowy „grzech pierworodny” dotyczy nie tyle Izby Dyscyplinarnej, co Krajowej Rady Sądownictwa. Nowy sposób formowania Rady czyni ją podatną na oddziaływania władz politycznych, a to rodzi problemy z uznaniem, że nowo powołani sędziowie dają pełne gwarancje niezawisłości i bezstronności, wymagane na tle art. 6 Konwencji. W takim ujęciu wyrok ETPC mógłby znajdować zastosowanie do wszystkich „nowych” sędziów, do wszystkich sądów, w których sędziowie ci zasiadają, oraz do wszystkich rozstrzygnięć wydawanych z ich udziałem. Trybunał nie widział jednak potrzeby zajmowania stanowiska w tych kwestiach.

Podobne podejście zastosowano w kolejnych polskich sprawach. W wyroku z 8 listopada 2021 r., *Dolińska-Filcek i Ozimek p. Polsce* (49868/19 i 57511/19) Trybunał – według analogicznego rozumowania – uznał, że orzeczenia Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN nie zostały wydane przez „sąd ustanowiony ustawą”. Podobnie jak w sprawie *Reczkowicz*, nadano temu ustaleniu charakter generalny, bo powiązano go z wadliwością procedury powoływania sędziów IKNiSP, za brak podstawowy uważając zakłócenie niezależności nowej KRS od władz politycznych (§ 348). Elementem dodatkowym stało się natomiast zignorowanie przez Prezydenta RP postanowień NSA nakazujących zawieszenie procedury nominacyjnej do czasu rozstrzygnięcia skarg zawisłych przed tym sądem (§ 338 i 353)²⁵. Także to orzeczenie znajdowało wyraźne oparcie w uchwale SN z 23 stycznia 2020 r. oraz w orzecznictwie TSUE. W wyroku z 3 lutego 2022 r., *Advance Pharma p. Polsce* (1469/20), Trybunał zastosował podobne podejście do „nowych” sędziów zasiadających w innych izbach Sądu Najwyższego²⁶.

Warto zauważyć, że w wyroku *Dolińska-Filcek i Ozimek* Trybunał strasburski zwrócił uwagę, że konsekwencje obecnego statusu KRS mogą sięgać poza proces obsadzania stanowisk w nowych izbach SN. Mogą bowiem „systematycznie rzutować na przyszłe nominacje sędziowskie nie tylko w pozostałych izbach SN, ale też w sądach powszechnych, wojskowych i administracyjnych” (§ 368). Stwierdzenie to stanowi jedynie *obiter dictum*. Nie wskazuje, czy i w jakim zakresie wadliwości procedury obsadzania tych stanowisk sędziowskich mogą lub muszą przekładać się na wadliwość orzeczeń wydawanych z udziałem „nowych” sędziów. Jest to jednak istotny sygnał, choć trzeba pamiętać, że „podejście absolutystyczne” pozbawione byłoby pełnego oparcia w uchwale SN z 23 stycznia 2020 r., która zajęła tu stanowisko mniej radykalne niż przy ocenie orzeczeń wydawanych przez nowe izby SN. Nie przyjęto bowiem automatyzmu stwierdzania wadliwości orzeczeń, a zaserwowano technikę analizowania każdego orzeczenia na podstawie całokształtu

²⁵ Ocena ETPC sformułowana została w zdecydowanie ostry sposób, bo postępowanie Prezydenta określono jako *blatant defiance of the rule of law* (§ 338). Nawiązano też do ustaleń TSUE zawartych w wyroku *W.Ż.* z 6 stycznia 2021 r.

²⁶ Potwierdzenie stanowiska ETPC dokonało się zaś w wyroku Wielkiej Izby z 13 marca 2022 r., *Grzęda p. Polsce* (43572/18).

okoliczności towarzyszących zarówno procesowi powoływania sędziów, jak i rozstrzyganej sprawie²⁷.

Są to bardzo złożone zagadnienia, a dodatkowo komplikują je różnego rodzaju zakazy i represje, których celem jest pozbawienie sądów możliwości orzeczniczego rozważania wskazanych wyżej problemów. Za wcześniej na przewidywanie przyszłego orzecznictwa ETPC.

6. Jest warto podkreślenia, że kryzys polskiego sądownictwa nie tylko znalazł wyraźny (i bardzo krytyczny) oddźwięk w orzecznictwie obu europejskich Trybunałów, ale też – do czego jeszcze powrócę – zrodził daleko idącą integrację treści rozstrzygnięć zapadających w Luksemburgu i w Strasburgu.

Wywołało to też ostre reakcje polskich władz politycznych, ulegające następnie przetłumaczeniu na język orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego. Wspomniany już wyrok TK z 7 października 2021 r. uznał niekonstytucyjność dwóch zasadniczych przepisów TUE (art. 1 w zw. z 4 ust. 3 oraz art. 19 ust. 1) w zakresie, w jakim mają one przyznawać polskim sądom kompetencje do kontroli prawidłowości procesu powoływania sędziów (więc m.in. legalności uchwał podejmowanych przez nową KRS) oraz do odmowy stosowania odpowiednich przepisów Konstytucji bądź ustaw. Oparto to na ogólniejszym stwierdzeniu, że Unia Europejska osiąga „nowy etap”, przyzwalający jej na wykracanie poza kompetencje przekazane jej w traktatach, na przekreślanie nadrzędności polskiej konstytucji i możliwości funkcjonowania Polski jako państwa suwerennego i demokratycznego – co samo w sobie też stanowi naruszenie polskiej Konstytucji²⁸. Nie ma sensu wdawać się tu w szerszą analizę słabości tego rozstrzygnięcia²⁹, zwłaszcza że głębiej jego jurydycznych analiz można będzie poznać dopiero po opublikowaniu pełnego uzasadnienia.

Kontynuacją tego trendu orzeczniczego stały się dwa wyroki uznające zakresową niekonstytucyjność art. 6 § 1 EKPC. W wyroku z 24 listopada 2021, K 6/21³⁰ uznano, że sprzeczność taka zachodzi m.in., gdy pojęciem „sądu” użytym w art. 6 § 1 Konwencji obejmuje się Trybunał Konstytucyjny. W jeszcze szerszym zakresie

²⁷ Zob. L. Garlicki, *Trybunał strasburski...*, s. 17-18.

²⁸ „[...] w zakresie, w jakim Unia Europejska [...] – osiąga «nowy etap», w którym: a) organy Unii Europejskiej działają poza granicami kompetencji przekazanych przez Rzeczypospolitą Polską w traktatach, b) Konstytucja nie jest najwyższym prawem Rzeczypospolitej Polskiej, mającym pierwszeństwo obowiązywania i stosowania, c) Rzeczypospolita Polska nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne” (pkt 1 sentencji wyroku K 3/21)” – Dz. U. z 2021 r. poz. 1852.

²⁹ Odesłać natomiast należy m.in. do oświadczenia 26 sędziów TK w stanie spoczynku z 10 października 2021 r. (zob. np. 26 sędziów TK w stanie spoczynku. 10 nieprawd rozstrzygnięcia z dnia 7.10.2021, Monitor Konstytucyjny, <https://konstytucyjny.pl/26-sedziow-tk-w-stanie-spozynku-10-nieprawd-rozstrzygnięcia-z-dnia-7-10-2021-r/>, dostęp: 2.09.2022) oraz do komentarza do tego oświadczenia opublikowanego 10.10.2021 przez S. Biernat i E. Łętowską (zob. np. S. Biernat, E. Łętowska, *Komentarz do oświadczenia sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021 r.*, <https://konstytucyjny.pl/s-biernat-e-letowska-komentarz-do-oswiadczenia-sedziow-trybunalu-konstytucyjnego-w-stanie-spozynku-z-10-pazdziernika-2021-r/>, dostęp 26.10.2021).

³⁰ OTK ZU A/2022, poz. 9.

stwierdzono niekonstytucyjność art. 6 § 1 w wyroku z 10 marca 2022 r., K 7/21³¹, odmawiającym ETPC właściwości do badania prawidłowości statusu sędziów w Sądzie Najwyższym i sądach powszechnych.

Przywołanie tych – bezprecedensowych w skali europejskiej – orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego pozwala na sformułowania kilku uwag ogólniejszych.

7. Przede wszystkim trzeba pamiętać, że skutki prawne orzeczenia o niekonstytucyjności mają bardzo złożony charakter, gdy przedmiotem kontroli są postanowienia umowy międzynarodowej.

Odmienne niż przy kontroli konstytucyjności ustaw, orzeczenie o niezgodności umowy międzynarodowej nie może prowadzić do jej uchylenia, bo tego nie można dokonać jednostronną decyzją państwa-strony. Przyjąć, co najwyżej, można, że orzeczenie o niekonstytucyjności całej umowy (lub zasadniczych jej przepisów) rodzi obowiązek krajowych władz politycznych do podjęcia działań w kierunku wypowiedzenia lub zmiany tej umowy. W perspektywie prawa międzynarodowego umowa – do momentu jej wypowiedzenia – zachowuje jednak ważność i rodzi obowiązek jej lojalnego wykonywania przez państwa będące jej stronami. Jeszcze mniej wyraźne są prawnomiędzynarodowe skutki uznania niekonstytucyjności pojedynczych przepisów umowy międzynarodowej, bo państwo nie może selektywnie wycofać się z obowiązku przestrzegania umowy międzynarodowej.

Z prawnomiędzynarodowego punktu widzenia orzeczenie o zakresowej niekonstytucyjności art. 6 ust. 1 EKPC ma charakter czystej demonstracji, bo chodzi o niewielki – choć w praktyce bardzo istotny – fragment Konwencji europejskiej. Natomiast zakres niekonstytucyjności odniesiony do TUE jest bardziej niepokojący, bo obejmuje (zwłaszcza w odniesieniu do art. 1 TUE) kwestie o charakterze fundamentalnym. Nie można więc wykluczyć użycia go – dziś lub kiedyś – jako jednego z argumentów mających legitymizować wyjście Polski z UE.

Niemniej w dzisiejszej sytuacji sens obu rozstrzygnięć Trybunału odnieść trzeba do bardziej szczegółowej perspektywy prawa krajowego. Orzeczenie o niekonstytucyjności może być traktowane przez władze jako przyzwolenie na odmowę stosowania odnośnych przepisów umowy międzynarodowej przez władze krajowe. Stanowiłoby to oczywiście naruszenie prawnomiędzynarodowych obowiązków państwa i – w tej płaszczyźnie – tworzyłoby podstawę jego odpowiedzialności, ale władze krajowe dysponują dostatecznym arsenałem środków przymusu, by uniemożliwić realne stosowanie przepisów uznanych za niekonstytucyjne. Taki, jak się wydaje, jest podstawowy cel obu wniosków przedstawionych Trybunałowi Konstytucyjnemu, bo jego orzeczenia – niezależnie od ich mocy przekonywającej – mogą być wykorzystane jako prawny pretekst do karania sędziów, którzy będą powoływali się na wyroki TSUE i ETPC przy ocenie, czy rozstrzygnięcia polskich sądów pochodzą od „sądu ustanowionego ustawą”. Innymi słowy, służyć one będą „uszczelnieniu” zakazów

³¹ OTK ZU A/2022, poz. 24.

wprowadzonych przez nowelizację ustaw sądowych z początku 2020 r. (i – tylko połowicznie – zmienionych w czerwcu 2022 r.), bo zostały one podbudowane stanowiskiem Trybunału Konstytucyjnego.

8. Należy dalej zauważyć, że choć te orzeczenia dotyczą – w pierwszym rzędzie – zakwestionowania właściwości obu europejskich Trybunałów do oceniania krajowych ujęć procedury obsadzania stanowisk sędziowskich (oraz – w kontekście polskim – oceniania roli i niezależności „nowej KRS”), to na tym kończy się ich podobieństwo.

Gdy chodzi o traktaty unijne, to ich badanie nie może abstrahować od kwestii kompetencyjnych. Zakres działania UE jest zbudowany na koncepcji „kompetencji powierzonych”, więc każde działanie organów unijnych wymaga wskazania odpowiedniej podstawy kompetencyjnej. Nie oznacza to jednak, że problem może zostać rozwiązany przez proste (i – skądinąd słuszne) stwierdzenie, że regulacja krajowego ustroju sądowego pozostaje poza kompetencjami Unii, a orzecznictwo innych państw UE dostarcza przykładów kontroli konstytucyjności prawa unijnego.

Z jednej strony trzeba pamiętać, że TUE – obok pojęcia „kompetencji powierzonych” (art. 4 ust. 1) mówi też o obowiązkach państw członkowskich oraz o „dziedzinach objętych prawem Unii” (art. 19 ust. 1). Nie są to pojęcia tożsame zakresowo, bo obowiązki mogą odnosić się do tych dziedzin prawa krajowego, które pozostają wprawdzie poza kompetencjami Unii, ale mogą mieć znaczenie dla realizacji tych kompetencji w krajowym porządku prawnym.

Znaczenie podstawowe ma obowiązek przestrzegania wartości wskazanych w art. 2 TUE (w tym – obowiązek poszanowania państwa prawnego). Z kolei art. 19 ust. 1 ustala obowiązek zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii. Wymaga to od państw członkowskich m.in. podjęcia działań regulacyjnych, tzn. ustanowienia przepisów adaptujących procedury krajowe do potrzeb ochrony prawa unijnego. Nie da się tego zrealizować bez zapewnienia prawa do sądu, a to otwiera konieczność zapewnienia bezstronności i niezawisłości sędziów, w każdym razie przy orzekaniu o sprawach wymagających stosowania prawa UE. Jest niesporne, że – w wymiarze pozytywnym – nie daje to organom Unii kompetencji do regulowania ustroju sądów krajowych (bo oznaczałoby to „przekazanie kompetencji”). Nie ma natomiast podstaw do twierdzenia, że – w wymiarze negatywnym – przekreśla to wszelką właściwość sądów unijnych do wskazywania sytuacji, gdy krajowe przepisy sądownicze kolidują z obowiązkiem zapewnienia skutecznej ochrony prawnej, nałożonym na państwa przez art. 19 ust. 1. Wówczas – spoczywający na państwie członkowskim – „obowiązek zapewnienia” wymaga podjęcia odpowiednich działań regulacyjnych, także w zakresie spraw ustroju sądownictwa.

Z drugiej strony nie można zapominać, że większość orzeczeń krajowych sądów konstytucyjnych dotyczących prawa UE koncentrowała się na kwestiach kompetencyjnych. Nierzadko formułowano różnego rodzaju ostrzeżenia, ale zupełnie wyjątkowo posuwano się do prostego stwierdzenia niekonstytucyjności. Dość przywołać ustalenia zawarte w dawniejszych publikacjach prof. Wójtowicza. Nie przekreśla ich

aktualności wyrok niemieckiego Trybunału z 5 maja 2020 r.³² Jego relewantność wynika z faktu, że FTK uznał w nim, iż „wyrok TSUE może, sam w sobie, stanowić akt wydany z przekroczeniem kompetencji [ultra vires]”³³. Poza tym jednak dotyczył on innego wymiaru. Nie podejmował prób orzekania o konstytucyjności przepisów zawartych w traktatach unijnych, a oceniał kompetencje Europejskiego Banku Centralnego, konfrontował badany akt z wymaganiami zasady proporcjonalności (art. 5 ust. 4 TUE) oraz wskazywał dość prosty sposób rozwiązania sytuacji³⁴. Odmienność wyroku polskiego TK polega na tym, że idzie znacznie dalej i kwestionuje podstawowe elementy pojmowania zasady nadrzędności prawa unijnego oraz zasady jego bezpośredniego efektu. Co więcej, opiera się na szczególnej konstrukcji logicznej. Za punkt wyjścia przyjmuje się stwierdzenie, że Unia Europejska osiąga „nowy etap” o szczególnej charakterystyce, a potem wskazuje, że – wobec tego – doszło do różnorodnych kolizji z polską konstytucją.

Taki sposób rozumowania można określić mianem „wykładni nowatorskiej”, niepasującej do tradycyjnie przyjętej typologii wykładni prawa. Najpierw ustala się bowiem, że cechą „nowego etapu” funkcjonowania UE jest działanie poza kompetencjami przekazanymi jej w Traktatach, przekreślanie nadrzędności polskiej konstytucji oraz możliwości funkcjonowania Polski jako państwa suwerennego i demokratycznego. Potem zaś wyprowadza się – dość oczywisty – wniosek, że taka rola Unii pozostaje w kolizji z postanowieniami polskiej Konstytucji. Nie bardzo jednak wiadomo, na podstawie jakich argumentów prawnych TK sformułował charakterystykę owego „nowego etapu” i uznał, że zaistniał w obecnej rzeczywistości. Gdyby zaś to ustalenie TK uznać za dotknięte polityczną arbitralnością, to fałszywość przesłanki przekreślałaby poprawność procesu wnioskowania i nadawała wnioskowi bezwartościowy charakter³⁵.

³² BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15, paras. 1-237, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html [dostęp 2.09.2022].

³³ Paragraf 119 wyroku z 5 maja 2020 r. (zob. D. Grimm, *A Long Time Coming*, „German Law Journal” 2020, vol. 21, s. 948).

³⁴ W myśl wyroku FTK zakaz uczestniczenia instytucji niemieckich w zakwestionowanym programie EBC ulegał bowiem pominięciu, jeżeli „Rada EBC przyjmie nową decyzję, w której – w całościowy i uzasadniony sposób – wykaże, iż cele polityki monetarnej realizowane przez EBC nie mają dysproporcjonalnego charakteru wobec skutków dla polityki ekonomicznej i fiskalnej, jakie wynikają z Programu” (§ 235). Odpowiednio Rada Banku przedstawiła stosowną decyzję i w końcu czerwca 2020 r. rząd federalny stwierdził, że ma ona satysfakcjonujący charakter i że Niemiecki Bank Centralny może kontynuować udział w Programie. Jak zauważył Dieter Grimm, a trudno kwestionować jego wiedzę o omawianej materii: „As far as case-related considerations are concerned, it is sufficient that the ECB issue a declaration, in any form, setting out why its bond-buying programme satisfies the requirements arising from the principle of proportionality [...]. If the ECB were to issue such a declaration, the main adverse effect of the judgment would then lie in its encouraging effect on those EU Member States that keep drifting further away from the rule of law. This is pointed out by almost all critics, and there is hardly any doubt that Hungary and Poland will refer to the German judgment in their dispute with the Commission” (*ibidem*, s. 949).

³⁵ Przesłanka fałszywa to przesłanka uznana z zastosowaniem sposobu niedającego gwarancji jej prawdziwości (Z. Ziemia, *Postulat prawdziwości przesłanki a postulat jej uzasadnienia*, „Studia Logica” 1962, t. 13, s. 229).

9. Argumenty kompetencyjne odgrywają znacznie mniejszą rolę przy badaniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jej zakres obowiązywania jest oparty na zasadzie uniwersalności, bo Konwencja (więc – odpowiednio – właściwość ETPC) obejmuje naruszenia „konwencyjnych” praw i wolności, ujawniające się w sferze jurysdykcji danego państwa członkowskiego. Każde orzeczenie polskiego sądu może więc angażować pytanie, czy zostało wydane przez „sąd ustanowiony ustawą” (czyli m.in. złożony z niezawisłych i bezstronnych sędziów), a wyjaśnienie tej kwestii zależy m.in. od ustalenia, czy proces powoływania sędziów dostatecznie chroni przed zawłaszczaniem decyzji personalnych przez władze polityczne. Takie pojmowanie „prawa do sądu” jest od dawna ustabilizowane w orzecznictwie strasburskim, a sprawa *Astradsson* miała charakter raczej podsumowujący niż kreacyjny.

Toteż gdy chodzi o sprawę K 6/21, trudno byłoby wskazać argumenty wspierające tezę, że polskiego TK nie można traktować jako „sądu” w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji. Pomijam już kwestie terminologiczne, choć nieprzypadkowo oba autentyczne teksty Konwencji posługują się pojęciem *tribunal*. Ważniejsze jest, że orzecznictwo ETPC od dawna przyjmuje, iż stosowalność art. 6 ust. 1 jest wyznaczana nie tyle przez naturę organu rozstrzygającego, co przez naturę sprawy rozstrzyganej. We wszystkich sytuacjach, gdy rozstrzygnięcie sprawy ma lub może mieć decydujące znaczenie dla oskarżenia w sprawie karnej bądź dla „praw i obowiązków o charakterze cywilnym”³⁶, dostępne muszą być gwarancje z art. 6 ust. 1. Prawda, że sądy konstytucyjne mają mieszaną naturę ustrojową, a ich zakres właściwości może znacząco wykraczać poza sferę objętą przez art. 6 Konwencji. Niemniej wszędzie tam, gdzie występuje powiązanie z tą sferą, sąd konstytucyjny jest – *mutatis mutandis* – objęty wymaganiami tego przepisu. Powiązanie to jest najbardziej wyraźne w procedurze pytań prawnych, ale występuje też w procedurze skargi konstytucyjnej, bo wyrok TK – choć bezpośrednio prowadzi tylko do zmiany stanu prawnego – może dawać podstawę do wznowienia postępowania w sprawie skarżącego. Nieprzypadkowo zresztą polska Konstytucja zaliczyła procedurę skargi konstytucyjnej do „środków ochrony wolności i praw”, wydzielając jej regulację poza przepisy ustrojowe, a sam Trybunał Konstytucyjny uznała za element władzy sądowniczej.

Tym samym sądy konstytucyjne – orzekając w sprawach objętych zakresem art. 6 ust. 1 Konwencji – muszą spełniać wszystkie cechy „sądu ustanowionego ustawą” i złożonego z niezawisłych i bezstronnych sędziów. Spełnienie tych warunków jest, w pierwszym rzędzie, badane incydentalnie, na tle okoliczności konkretnej sprawy³⁷. Nie można też jednak wykluczać, że naruszenia prawa oraz polityczny

³⁶ Pamiętać należy, że ETPC nadaje temu pojęciu bardzo szeroki charakter (P. Hofmański i A. Wróbel, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie...*, t. I, s. 261 i n.).

³⁷ W tym kontekście występują poważne kłopoty, gdy do składu sądu konstytucyjnego wprowadza się niedawnych polityków, aktywnie uczestniczących w uchwalaniu ustaw, które potem stają się przedmiotem badania przez ten sąd (tak już L. Garlicki, *Uwaga 6 do art. 194*, [w:] *idem* (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005; L. Garlicki, M. Derlatka, *Nowa ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 11-12, s. 36, a o sytuacji bieżącej, np. M. Wolny, M. Szuleka, *Narzędzie w rękach władzy. Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2016–2021*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2021, s. 30 i n.).

kontekst powoływania sędziego mogą rodzić trwałe wątpliwości w tych kwestiach. Takie podejście uformowało się w orzecznictwie europejskim i nie wydaje się, by w polskim systemie prawa można było odnaleźć argumenty na rzecz jego niekonstytucyjności.

10. Uwagi te mają niedokończony charakter, bo dynamizm sytuacji przewyższa tempo prac wydawniczych. Można jednak zakończyć je obserwacją, że zakłócenia rządów prawa w Polsce doprowadziły do daleko posuniętej jednolitości w podejściu obu europejskich Trybunałów.

Choć ETPC włączył się ostatecznie w ten proces dwa lata później niż TSUE, to – gdy chodzi o istotę problemu – można mówić o wspólnym ustaleniu interpretacji pojęcia „sądu ustanowionego ustawą” oraz o wspólnym uznaniu, że kryteria te muszą też obejmować prawowitość procedury obsadzania stanowisk sędziowskich. Gdy zaś chodzi o kwestie „warsztatowe”, to widzimy, że oba Trybunały szeroko, wzajemnie i chętnie nawiązują do swojego orzecznictwa. Aksjologiczną podstawą tego podejścia jest wspólność wartości europejskich, pojmowanych jednolicie tak w systemie Rady Europy, jak i Unii Europejskiej. Oba Trybunały mają świadomość, że rozpoznawane sprawy, niezależnie od stopnia szczegółowości poszczególnych materii, stanowią odzwierciedlenie problemu systemowego, bo zagrożenie dotyka właśnie zasad i wartości systemowych.

Zrodziło to nowy, bardzo interesujący etap dialogu między sądami europejskimi. Pamiętać przecież należy, że ich tradycyjne relacje pozostawały zwykle w kategoriach „szorstkiej przyjaźni”. Prawda, że oba Trybunały działały w takim wymiarze kultury prawnej, że potrafiły unikać frontalnych kolizji. Nie eliminowało to jednak napięć, które, w pewnych kwestiach, przybierały charakter endemiczny³⁸. Nie jest jednak wykluczone, że oba Trybunały traktują obecną sytuację jako na tyle wyjątkową i niebezpieczną, iż konieczne jest zachowanie wspólnego „europejskiego” stanowiska o prawie jednoznaczny charakterze.

Stanowisko to tworzy legalną i wiążącą podstawę dla orzecznictwa sądów krajowych. Nie ma też powodów innych niż dyktowane prymatem polityki nad prawem, by odmienne treści wydobywać z przepisów Konstytucji RP z 1997 r.³⁹

³⁸ Np. L. Garlicki, *Cooperation of courts. The role of supranational jurisdictions in Europe*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 6, no. 3-4, s. 530.

³⁹ Nieco prostsza jest tutaj sytuacja węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego, bo działa on na podstawie nowej konstytucji, co może zachęcać do kontrastowania jej „istoty” z obu systemami europejskimi. Przywołać tu należy zwłaszcza wyrok z 5 grudnia 2016 (22/2016), w którym sformułowano pojęcie „węgierskiej tożsamości konstytucyjnej”, ujmując je w sposób tworzący dogodną bazę dla dalszych sporów dotyczących prymatu prawa UE (zob. m.in. G. Halmai, *National(ist) constitutional identity? Hungary's road to abuse constitutional pluralism*, „EUI Working Papers. LAW” 2017, vol. 8; F. Gardos-Orosz, *Challenges to constitutional adjudication in Hungary after 2010*, [w:] M. Belov (ed.), *The Role of Constitutional Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven, The Hague 2019, s. 336 i n.).

The meaning of human dignity in constitutional law

Human dignity is one of the most important concepts introduced by the Constitution of Poland of April 2, 1997. The provision, which introduces the principle of human dignity (Article 30), does so in a very profound way. The analysis of this regulation is of fundamental significance in discussing human rights and civil liberties. This article deals with human dignity as a value and as a legal norm.

According to Article 30 of the Constitution of the Republic of Poland of 1997, “The inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities.” In this provision, human dignity has a dual status. By this I mean that it is both a human right and the supreme constitutional value, as explained below.

There are numerous reasons for taking an interest in the meaning of human dignity as a principle of law. I would like to demonstrate the content of human dignity as a legal category by analyzing the provisions of the Constitution of 1997. The Constitution invokes human dignity in Article 30 (at the beginning of Chapter II on human rights) as well as in the Preamble (introduction). Despite the fact that human dignity is considered to be the cornerstone of the Polish system of law, neither Article 30 nor the Preamble specifies the content of this category. If the meaning of human dignity in law is not established, then it will be treated merely as a lofty catchword, even though it is invoked in the Constitution. In constitutional discussions human dignity frequently occurs as a ‘filler’ in the absence of a possibility to reach an agreement, “when people want to sound serious, but they are not sure what to say”¹. It is frequently the case that the principle of human dignity is invoked, even if there is no agreement as to what it means or how it functions in relation to human rights.

Of key importance in explaining the meaning of human dignity of Article 30 is constitutional jurisprudence. It demonstrates how dignity ‘works.’ However, so far there has been no case before the Constitutional Tribunal in which human dignity would be the only higher-level norm for review². Therefore, in the jurisprudence of

* Prof. dr hab. Miroslaw Granat, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Faculty of Law and Administration, retired judge of the Constitutional Tribunal, ORCID: [0000-0002-8439-6940](https://orcid.org/0000-0002-8439-6940).

¹ J. Waldron, *How Law Protects Dignity*, New York University, School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 2011, no. 11-83, p. 2; A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015, p. XVII.

² It seems that the Constitutional Tribunal was close to such a situation when examining case no. SK 20/14. The challenged provision was Article 20 Paragraph 5 of the Act of 18 October 2006 on the disclosure of information concerning documents of state security bodies from the years 1944-1990. The

the Constitutional Tribunal, the violation of dignity is primarily of 'situational' character, *i.e.*, it is related to a violation of a particular right or freedom.

First, I will attempt to explain the meaning of human dignity as a constitutional value (Section I) and next as a constitutional right (Section II).

1. Human dignity in the Constitution of Poland

Human dignity as a value is the basis of the entire system of law in Poland. It is situated beyond, or above, the law. It serves every human being, so its character is universal rather than selective. It is also identical for all people (every person has the same dignity). Furthermore, it is inviolable, as stated in Article 30, *i.e.*, it is not subject to any interference and even the humiliation of a human being does not take away his or her dignity. Human dignity cannot be suspended or exchanged for a different value. It cannot be lost. Dignity, understood in this way, is called human dignity. Human dignity is a different category than personal dignity. The concept of personal dignity is narrower than human dignity. Personal dignity, which occurs mainly in civil law, concerns the kind of contribution that a person makes to society. It may also be a person's position in society or certain qualities or abilities he or she has. Personal dignity may be greater or lesser and may even be lost. It is a dynamic element in human life. Its protection in the law is expressed through the so-called personal rights. The protection of dignity understood in this way is our subjective right. Let me return, however, to human dignity in the Constitution understood as a value³.

According to Article 30 of the Constitution, human dignity constitutes "a source of freedoms and rights of persons and citizens". How should we understand the meaning of 'source' here? In my opinion, being a source indicates that human dignity is primary to freedoms and rights of persons and citizens and that it is their basis. Dignity, however, is not the 'cause' of human rights, *i.e.*, it does not generate the content of the law. Dignity does not give birth to the law. The law comes from the democratically legitimate legislator. In my opinion, the relationship between dignity and human rights could be explained in such a way that realizing human dignity is the goal of regulating human rights. In this sense, human rights would be the means to realize human dignity. Human dignity would be the aim of regulating human rights. I must admit that such an explanation of the relationship between dignity and human rights is not satisfactory. It seems that it reverses the relation of dignity to human

proceedings were discontinued due to the death of the applicant. Cf. decision of 22 July 2015, OTK-A, no. 7, item 115.

³ See M. Granat, *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna* (Human dignity in the meaning of Article 30 of the Polish Constitution as a value and as legal norm), „Państwo i Prawo” 2014, no. 8, p. 3; M. Piechowiak, *Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka* (Dignity as the foundation of the obligation of law towards a human being), [w:] *Urzeczywistnienie praw człowieka w XXI wieku. Prawo i etyka* (The realization of human rights in the 21st century. Law and ethics), red. P. Morciniec, S.L. Stadniczenko, Opole 2004.

rights. It is especially incompatible with the absolute nature of human dignity. Presumably, the relationship between human dignity (Article 30) and human rights (regulated in Chapter II) is such that human rights are manifestations of human dignity or human dignity constitutes the core of human rights. This means that human dignity can be better understood if it is expressed through a system of human rights and freedoms. To illustrate this relationship, an analogy is often invoked, according to which human dignity resembles a tree whose boughs are human rights. Human dignity pulsates in human rights, which means that it is the deepest reason for their defence. This metaphor helps the understanding that there are different constitutional regulations of human rights, but human dignity remains one and it has an absolute character. In the jurisprudence of the Constitutional Tribunal, human dignity is the only axiomatic value, which means it does not need to be argued for. The prohibition by the legislator of its violation is absolute.

Human dignity as a value is, according to the Constitutional Tribunal, “of fundamental significance to the axiological basis of current constitutional solutions”⁴. It is “the axiological basis and premise of the entire constitutional order”⁵. It is of great significance for the interpretation and application of “all the other provisions concerning the rights, freedoms, and responsibilities of an individual”⁶. Names are indeed of secondary importance, but the Constitutional Tribunal defines it as “a transcendental value”, which indicates that it originates beyond the legal order. It is an absolute value. The Tribunal also speaks about the rank of human dignity, which is manifested in the fact that dignity is “a link between natural law and positive law.” In sum, it is clear that human dignity exerts influence on the law, but itself remains beyond or above the law. It is a primary value in constitutional law, which itself does not require prior achievement.

Human dignity as a constitutional value plays a dual role in the law. First, it is a point of reference, a kind of horizon for other constitutional values. It is a matrix for other constitutional values (*e.g.*, liberty, equality, and social justice). It enables understanding these values and the principles of law that embody them. It serves as a point of reference for other constitutional values. Constitutional rights of persons and citizens without reference to dignity would lose their meaning and significance. Dignity is used to ‘order’ them, obviously with reference to a specific case. It is therefore a regulator of other rights and freedoms. Human dignity is used to measure particular rights and freedoms of persons and citizens. An example of such an application of human dignity is case no. SK 48/05 of 9 July 2009⁷. In this case, the applicant claimed in a constitutional complaint that the provision of road traffic law obliging him to wear a seatbelt in his own car is inconsistent with Article 30 of the Constitution, because “he is allowed to do everything that does not endanger others.”

⁴ Cf. judgement of 30 September 2008, K 44/07, OTK-A 2008, no. 7, item 126, p. 1131.

⁵ Cf. judgement of 9 July 2009, SK 48/05, OTK-A 2009, no. 7, item 128, p. 1102.

⁶ Cf. judgement of 30 September 2008, K 44/07, OTK-A 2008, no. 7, item 126, p. 1131.

⁷ Cf. judgement of 9 July 2009, SK 48/05, OTK-A 2009, no. 7, item 1008, p. 1103.

According to the applicant, the violation of “the principle of respecting and protecting human dignity by a public authority” consisted in the legislator forcing him “to act in a certain way.” An authority compels people to make certain decisions in their own case, within their own living space. Furthermore, according to the applicant, the legislator should undertake only “persuasive actions” that will not interfere with the principle of the inherent and inalienable dignity of the human being. According to the applicant, imposing on a citizen the obligation to wear a seatbelt while driving a car deprives him or her of the right to decide about their own safety. The legislator’s infringement upon the person’s freedom to decide about themselves was not, according to the complainant, justified by the legislator with any of the values listed in the Constitution. Moreover, in the applicant’s opinion, the challenged provision also violated the right to legal protection of private life (Article 47 of the Constitution and Article 8 of the European Convention on Human Rights). This is because it dictates specific behaviour in matters belonging to a citizen’s personal choice. The Constitutional Tribunal obviously found the challenged provision consistent with Article 30 and Article 47 of the Constitution. The Constitutional Tribunal stated that the applicant had not presented arguments demonstrating that the obligation to wear seatbelts in a car leads to the violation of human dignity by a public authority. One cannot adopt the view that any imposition of an obligation on a person by the legislator violates their dignity. Such a claim cannot be accepted in the light of human dignity itself⁸. In my opinion, this example accurately illustrates the importance of human dignity as a measure for the assessment of the regulation of human rights and freedoms by the legislator. Human dignity was used here as a measure for a legal regulation which, according to the applicant, violated his dignity and personal liberty.

Human dignity is primary to the law (including the rights and freedoms). It affects the law, but itself remains beyond, or above, the law. In this sense, human dignity is an absolute value in the Constitution. What does human dignity as an absolute value mean? It should be noted that an absolute value in the world of law may have a weak power of persuasion. It can lead to the reluctance of lawyers to dealing with the issue of human dignity because it is located beyond the law or above it. Such a qualification of dignity must be understood in such a way that among constitutional values, there is no higher value. This means that dignity cannot be suspended or exchanged for another value. Dignity does not depend on the circumstances either. The fact that dignity is an absolute value does not mean that it should be excluded from the debate regarding, for example, the sources of its origin or ways of its functioning. The most important thing is its primacy among other constitutional values. This primacy is absolute, although in some cases, such as in the case of shooting down an aircraft (K 44/07), dignity as a basis of review turns out to be effective if it corresponds with a different value (here: the common good). The Constitutional Tribunal’s application of human dignity as a value is accompanied by invoking other constitutional values. The role of human dignity is manifested in the

⁸ *Ibid.*

fact that it expresses a certain harmony thanks to which constitutional principles and values interact with each other in resolving the case.

Another case before the Constitutional Tribunal which demonstrated the significance of human dignity as a value was a judgement of 30 September 2008 no. K 44/07 on the provision of Aviation Law concerning the shooting down of an aircraft qualified as RENEGADE, *i.e.*, an aircraft used for unlawful acts, in particular as a means of a terrorist attack. The challenged provision of Aviation Law (Article 122a) envisaged the possibility of shooting down a passenger aircraft in the event of a threat to the security of the state, and where an organ of the air defence command, taking into account information provided by the air traffic service, found that the aircraft in question had been used for unlawful acts, in particular as a means for carrying out a terrorist attack. Article 122a was introduced by the Polish legislator as a reaction to the terrorist attacks in New York in 2001.

The Constitutional Tribunal declared the challenged regulation to be incompatible with Article 30 of the Constitution. In this case, the value that required protection on the one hand was the security and the lives of the people on the ground at risk of an attack. On the other hand, the same value applied to the lives of the people on board the aircraft (inseparably connected with the lives of terrorists). The challenged Article 122a perhaps would not give rise to so significant constitutional concerns if it related to shooting down an aircraft with only terrorists on board. In this case, then, a 'life for life' dispute arose: whose lives should be saved, the people on the ground, or aircraft passengers'? Resolving this problem was related to taking a decision by the Constitutional Tribunal regarding the hierarchy of constitutional values, including human life. The declaration of unconstitutionality of Article 122a of Aviation Law was based on an argument that 'a last resort' (shooting down an aircraft) would be directed against people on board, *i.e.*, against the passengers and the crew, which would violate their dignity⁹. The result of the application of Article 122a would be 'de-personification' and 'reification' of these people. According to the Constitutional Tribunal, in a state ruled by law, whose axiological basis is the inviolable and inalienable dignity of every human being, it is not acceptable for a public authority to have the right to decide about the deliberate causing of death of innocent people, even if it led to the achievement of other objectives, such as the protection of the common good, state security, or the lives of other people. The Tribunal stated that human dignity must be attributed in equal measure to both the people on board the plane as well as the people on the ground at risk of attack. The good which could be destroyed was the lives of the people in each of these groups and the right to avoid death belongs to all equally. The Tribunal stressed that human life is not subject to differentiation under the Constitution. It is a fundamental right which determines the possession of "all other rights and freedoms." The Constitutional Tribunal explained the legal protection of life in Article 38 of the Constitution as "the prohibition of depriving a person of their life." The legal protection of life is a consequence of the

⁹ Cf. judgement of 30 September 2008, K 44/07, OTK-A 2008, no. 7, item 126, p. 1131.

fact that everyone has the right to life. Hence, Article 38 requires that public authorities should undertake positive actions to protect life.

A characteristic thing in this case was that the Tribunal did not examine Article 122a from the perspective of one of the emergency states provided for in the Constitution. It declared that even in the event of an state of emergency, or martial law, the rights in Article 30 and Article 38 shall not be limited¹⁰. Emergency states in the country, as it follows, do not suspend human dignity. The issue of a RENEGADE aircraft was considered by the Tribunal in the situation of the standard functioning of the state.

It is worth emphasizing the part of reasoning of the Tribunal in which it rejected the position of some participants of the proceedings who invoked the principle of proportionality (Article 31 Paragraph 3 of the Constitution). They claimed that the protection of some people's lives (in this case the passengers') may be limited or even suspended pursuant to Article 5 of the Constitution, according to which it is a duty of the state to ensure "the security of the citizens." It was proposed, therefore, that "the protection of human dignity", expressed in the guarantee of the right to life should be subject to evaluation.

In my opinion, issuing the judgement in case K 44/07 and declaring Article 122a of the Aviation Law to be inconsistent with Article 30 of the Constitution, the Tribunal did not resolve the dilemma (life for life, or whose life is more important) on the basis of human dignity. Article 30 of the Constitution, despite its potential, was unable to support the declaration of the unconstitutionality of Article 122a of Aviation Law. In this case, the value of human life was on both sides of the conflict (both the passengers of the aircraft and the inhabitants of the city). Human dignity certainly does not divide people into 'guilty' ones (the aircraft with whom can be shot down) and 'innocent' ones (who will survive), *e.g.*, by a decision of the military commander, who is beyond the field of potential destruction. The Tribunal emphasized the symmetry of lives, the 'rescued' ones and the 'sacrificed' ones. It was impossible to determine which was which, the more so that the problem could not be resolved on the basis of Article 38 of the Constitution, *i.e.*, the legal protection of life. In my opinion, in this case, given the equivalence of goods involved, the Tribunal resolved the case with the use of the principle of the common good. This principle (expressed in Article 1 of the Constitution) was not a basis of review in this case, but its implicit presence in the jurisprudence is much more significant than it seems. The common good enabled the Tribunal to look at the dispute over the shooting down of an aircraft from a more general perspective. The value of the common good in this case was emphasized by the Constitutional Tribunal in such a way that the duty of the legislator is to respect each life, because each life is related to human dignity. The deliberate destruction of life, whether of plane passengers or city inhabitants, would contradict the common good. The violation of the principle that it is unacceptable to shoot innocent people in any situation (even if there are few of them) would destroy this value. The value

¹⁰ *Ibid.*, p. 1312-1313.

of the common good in this case meant that the lives of the minority cannot be sacrificed for the lives of the majority. Case K 44/07 therefore shows that it is impossible to imagine a law which would be an expression of the common good and which at the same time would violate human dignity. The common good in this case was one of the faces of human dignity. The Constitutional Tribunal's concern for the common good constituted here the concern for human dignity. This article does not deal with the relationship between the principle of the common good and the principle of human dignity. Certainly, however, it should be stressed that the common good is a value that does not contradict human dignity.

The Tribunal's order addressed to the legislator: "respect all lives", both the lives of innocent passengers and the inhabitants of the city which can be attacked with the plane, is certainly grounded both in human dignity and in the principle of the common good, and not solely in the first of these. The principles of the common good and human dignity prevented the legislator from adopting an 'economic' approach to life (if the plane is shot down, others will be saved). They also prevented the consideration of the value of life in terms of the category 'minority.'

The fact that dignity in the Constitution has the status of the supreme value is justified by the wording of Article 30 of the Constitution, according to which human dignity is "a source of freedoms and rights of persons and citizens." As an absolute value in the above sense, it aspires to be the foundation of the system of law and human rights. In Article 30 not only is there no antinomy between dignity as a value and dignity as a legal norm, but they are two sides of human dignity. If dignity were only a constitutional value (like, for example, beauty in the Preamble), it would fall outside the Constitution as being devoid of, as lawyers say, operational value. If it were only the legal norm, it would certainly be subject to balancing by the Constitutional Tribunal as other norms, but this is not the case.

2. Human dignity as a subjective right

Human dignity of Article 30 of the Constitution which functions as a legal norm is more tangible than dignity as a value. This is because it serves as a subjective right of the person.

Human dignity understood as a subjective right determines the position of an individual in society. It means that a person should be treated as free, autonomous, and able to develop. Dignity as an individual right is independent of the person's qualifications, psychophysical condition, or current life situation. Dignity here is a kind of respect to which every person is entitled. The Constitutional Tribunal, treating human dignity as a right, separates it from other particular rights and freedoms in its jurisprudence. It is usually the case that a violation of human dignity as a right is recognized in connection with a violation of another particular right or freedom. For example, excessive interference by the legislator into the right to privacy or the right to social security may be declared as violating human dignity. In the judgement of

5 March 2003 (no. K 7/01) concerning lustration¹¹, the Constitutional Tribunal stated that not every infringement of the right to private life entails a violation of dignity. It is not always the case that “interference into the constitutionally protected private sphere affects human dignity.” There must be a *iunctim* between an infringement of the right to privacy and a violation of human dignity¹². Accordingly, in the 2010 judgement concerning the reduction of pensions of former officers of the Security Service (no. K 6/09), the Tribunal stated that the legislator had the right to reduce those pensions, and it did not affect the dignity of these people as their right. A characteristic thing was that the applicant (a group of MPs) argued that the relationship between the right to social security of former officers of the Security Service and human dignity was such that having a higher pension than others was linked to human dignity. Such a view, obviously, could not be upheld by the Tribunal.

Dignity as a right must be respected. It seems that respect is an adequate response to human dignity understood as a right. This response takes the form of a demand to respect human dignity and determines the actions of state bodies in the event of its violation. The Constitutional Tribunal does not balance human dignity with other constitutional rights. If in a given case dignity is considered by the Tribunal as a legal norm, it does not compete with other constitutional norms. If the Tribunal conducted a test of proportionality in relation to Article 30 of the Constitution, it would mean that dignity is measured by a different norm. Another constitutional norm would serve to measure human dignity. Therefore, dignity as a right must always win the competition with other rights. The prohibition of violation of dignity under Article 30 is absolute and applies to everyone. Likewise, the inviolability of dignity has its consequence in excluding dignity from the test of proportionality. It is, therefore, not clear how much dignity weighs. Dignity as a right is out of competition, *i.e.*, it is not subject to evaluation. As an inviolable right it is beyond comparison with other rights and freedoms. Thus, human dignity is used to measure human rights and freedoms, but it cannot measure other dignities.

The Tribunal, treating human dignity as a right, separates it from other specific rights and freedoms. An example of such an approach of the Tribunal is the case concerning the obligation to wear seatbelts in a car (SK 48/05). The Tribunal declared the weakening of the protection of human freedom constitutional, upholding the obligation to wear seatbelts. It emphasized that a weaker protection of freedom does not entail diminishing human dignity. The situation was similar in the lustration case cited above (K 7/01), *i.e.*, not every infringement of the right to private life entails a violation of dignity. The right to protection of private life, as well as other rights and freedoms, is grounded in dignity, but identifying any violation of any right or freedom with the violation of dignity is not approved by the Constitutional Tribunal. Although dignity as a value is manifested in human rights and freedoms, it is not the sum of rights and freedoms.

¹¹ Cf. judgement of 5 March 2003, K 7/01, OTK-A 2003, no. 3, item 19.

¹² *Ibid.*

3. Summary

1. The provision of Article 30 of the Constitution of Poland is one of the deepest expressions of human dignity in contemporary constitutionalism. It stands out from constitutional regulations in many other countries (*e.g.*, German Basic Law), as well as among legal acts, such as the Charter of Fundamental Rights of the European Union.
2. The Constitutional Tribunal does not overuse the principle of human dignity. It seems that this principle is invoked and applied only in situations of a serious threat to human rights. Such judicial restraint of the Constitutional Tribunal in the application of human dignity is justified.
3. Human dignity of Article 30 is dual, and the constitutional jurisprudence highlights the meaning of such understanding of dignity. This duality consists in distinguishing between human dignity as a constitutional value and as a constitutional right. Human dignity of Article 30 is both. It serves as the foundation of the system of law and as an inviolable right. As already pointed out, as a value it is beyond, or above, the legal order. As a legal norm, it is part of the law. This way of expressing human dignity is neither a drawback of the regulation of Article 30 of the Constitution, nor the drawback of the Tribunal's consideration of dignity. It is anchored in Article 30 of the Constitution.
4. Understanding dignity both as a value and as a norm seems to be somewhat paradoxical. On the one hand, human dignity is inviolable (which must mean that it is not subject to any interference). On the other hand, the same provision requires that public authorities respect and protect human dignity. A question may be asked of why dignity should be protected if it cannot be violated? How to reconcile the constitutional inviolability of human dignity with frequent violations of human dignity? It must be intriguing to resolve *prima facie* inconsistencies in the expression of human dignity through Article 30. In my opinion, this regulation can be explained through the duality of human dignity, *i.e.*, that dignity is both a constitutional right and a constitutional value.

Uwarunkowania osiągnięcia spójności Konstytucji RP, ustawy o NBP i traktatu lizbońskiego

1. Bank centralny w Polsce – od Imperium Rosyjskiego do zawarcia traktatu z Maastricht

Historia bankowości centralnej w Polsce jest tak burzliwa jak historia Polski. Zanim powstał Bank Polski po odzyskaniu niepodległości po pierwszej wojnie światowej, pierwszym bankiem centralnym był Bank Polski, który został założony 1828 r. w Królestwie Polskim. Działał, póki ziemie polskie posiadały pewną autonomię w ramach Imperium Rosyjskiego. Wraz z ograniczeniem autonomii, potem jej likwidacją po powstaniu styczniowym w roku 1863 r., nastąpiła rusyfikacja Banku Polskiego¹.

Po odzyskaniu niepodległości² zdecydowano się w roku 1923 na reformę finansów i reformę walutową z jednoczesnym utworzeniem Banku Polskiego jako banku centralnego. W pierwszym rządzie trzeba było zdecydować o formie prawnej Banku Polskiego. Koncepcje były dwie: pierwsza – propagowana przez ówczesnego Ministra Skarbu Stanisława Karpińskiego – jako banku państwowego, druga – popierana przez Władysława Grabskiego – jako Banku Polskiego w formie spółki akcyjnej. Ta druga koncepcja została przyjęta pod wpływem międzynarodowej opinii. W przypadku przyjęcia pierwszej koncepcji obawiano się, że centralny bank państwa będący instytucją państwową może przekształcić się w praktyce w drukarnię Ministra Skarbu. Podjąwszy decyzję co do formy prawnej spółki akcyjnej, Prezes Banku podkreślił, że Bank Polski nie ma być własnością akcjonariuszy, lecz własnością narodu. Trzeba przyznać, że myślenie o banku centralnym na początku XX w. jako o banku niezależnym od rządu było dość awangardowe. Niezależność Banku Polskiego zagwarantowana była ustawowo: „[...] publiczny charakter działalności Banku Polskiego będzie przestrzegany”. Dodano do tego w ustawie o naprawie Skarbu Państwa i reformie walutowej z 11 stycznia 1924 r.³ zakaz korzystania z kredytu w banku emisyjnym zarówno na pokrycie bieżących potrzeb administracyjnych, jak i inwestycyjnych. Ponadto art. 1 statutu Banku Polskiego jako pierwszy cel banku

* Prof. dr hab. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, w latach 1992-2001 Prezes Narodowego Banku Polskiego, ORCID: 0000-0003-0386-6531.

¹ W. Morawski, *Bank Polski 1828–1885*, https://mowiawieki.pl/templates/site_pic/files/NBP-z-dziejow-gospodarczych-Polski-odcinek-1.pdf, s. 67 [dostęp 8.09.2022].

² Opracowano na podstawie: C. Leszczyńska, *Zarys historii polskiej bankowości centralnej*, NBP. Departament Edukacji i Wydawnictw, Warszawa 2010.

³ Dz. U. Nr 4, poz. 28.

określił utrzymanie stałości pieniądza i regulowanie obiegu pieniężnego i kredytu⁴. W latach 20. rzadko który bank centralny miał tak nowocześnie sformułowany zakaz kredytowania Skarbu Państwa oraz określony cel działalności. Niezależność Banku Polskiego miała pewne statutowe ograniczenia. Mimo formy prawnej spółki akcyjnej władze banku w postaci Rady Banku i Prezesa Banku były powiązane funkcjonalnie z Ministrem Skarbu. Co prawda 12 członków Rady było wybieranych przez walne zebranie, ale Ministrowi Skarbu przysługiwało prawo zgłoszenia sprzeciwu wobec któregośkolwiek członka Rady bez podania przyczyn. Co ciekawe, art. 29 statutu stanowił o niepołączalności członkostwa w Radzie Banku z funkcją posła, senatora, urzędnika państwowego i czynnego wojskowego. Zarówno niepołączalność funkcji członka Rady Banku z funkcjami politycznymi, jak i stanowiskami urzędniczymi czy wojskowymi wskazywała na chęć oddzielenia Banku od bieżących wpływów politycznych. Z kolei wymogi w postaci pełni praw obywatelskich czy też jasny status majątku wprowadzały wysokie standardy dla członków Rady Banku. Warunkiem uczestnictwa w Radzie Banku był brak pozbawienia praw obywatelskich oraz nie mogło być wszczęte w stosunku do ich majątku postępowanie upadłościowe⁵. Wyraźnie też wprowadzono zakaz, by „członkowie Rady oddziaływali osobiście w dyrekcji, władzach i oddziałach Banku na bieg spraw przedsiębiorstw, w których piastują jakikolwiek urząd”. Takie sformułowanie było sygnałem dla pracowników banku, że mają prawo bronić się przed „prywatnymi” interwencjami, powołując się na przepisy statutu. Prezes Banku był powoływany przez Prezydenta na wniosek Rady Ministrów na 5-letnią kadencję z możliwością ponownego powołania. Prezes mógł być odwołany tylko w szczególnym trybie w sytuacji, kiedy nie wypełniał swoich obowiązków lub nie był zdolny do ich pełnienia bądź podjął jedną z funkcji, która kolidowała z jego stanowiskiem. Ocena tych przyczyn nie leżała w gestii organów go powołujących (Prezydenta czy Rady Ministrów), lecz należała do kompetencji specjalnej komisji składającej się z członków powołanych przez Ministra Skarbu (1), Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego (1), Prezesa Najwyższego Trybunału Administracyjnego (1). Mimo że komisja powołana była na zlecenie Ministra Skarbu, to przeważały w niej osoby powołane przez władze sądowe. Dopiero po wydaniu orzeczenia przez komisję Rada Ministrów mogła wystąpić do Prezydenta o odwołanie Prezesa Banku Polskiego. Z orzeczenia musiało wynikać, że Prezes nie wypełnia swych obowiązków lub nie jest zdolny do ich pełnienia, lub że zaczął pełnić wyżej wymienione funkcje, które nie powinny być łączone ze stanowiskiem Prezesa Banku Polskiego⁶. Interesujący był skład komisji, ponieważ przeważali w niej przedstawiciele władzy sądowniczej, co przypomina nieco możliwości odwołania aktualnego

⁴ Statut Banku Polskiego, odbitka z Dz. U. Nr 8 z 25 maja 1924 r. poz. 25, Nakładem Sekcji Naukowej Br. pomocy studentów Wyższej Szkoły Handlowej w Warszawie 1926 r.

⁵ Przepisy dla Rady Banku Polskiego uchwalone przez Radę 10 maja 1924 r., z poprawkami, wprowadzonymi 10 marca 1927 r. i 12 stycznia 1928 r., § 10.

⁶ Statut Banku Polskiego jako załącznik do rozporządzenia prezydenta z 20 stycznia 1924 r., Dz. U. z 1924 r. Nr 8, poz. 75.

prezesa Europejskiego Banku Centralnego w świetle statutu ESBC tylko przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Trzeba przyznać, że w pierwszej połowie XX w. sposób powoływania prezesa Banku Polskiego, kadencyjność oraz sposób usunięcia ze stanowiska zbliżone były do regulacji współczesnych, zarówno krajowych, jak i europejskich.

Prezes Banku Polskiego w porównaniu z członkami Rady Banku nie tylko nie mógł łączyć swojej funkcji z funkcją posła, senatora, urzędnika państwowego i wojskowego, ale nie mógł ponadto sprawować żadnej funkcji w sektorze prywatnym, tzn. nie mógł być członkiem organu zarządzającego lub nadzorującego przedsiębiorstwo ani też wspólnikiem firmowym lub komandytowym. Podobnie jak członek Rady Banku, musiał mieć prawa obywatelskie, a do jego majątku nie mogło być wdrożone postępowanie upadłościowe.

Ustawodawca przewidział również, że może dojść do konfliktu między Rządem a Bankiem Polskim. Jak już wcześniej wspomniano, konflikty miała rozpatrywać specjalnie powołana Komisja Rozjemcza składająca się z Prezesa Sądu Najwyższego jako Przewodniczącego i czterech członków – dwóch powołanych przez Prezesa Rady Ministrów, a dwóch przez Radę Banku. Większość zatem stanowili przedstawiciele władzy sądowniczej oraz przedstawiciele Banku Polskiego⁷. Zatem zapewniony został proceduralny mechanizm mający na celu ochronę niezależności Banku Polskiego.

Wojenne losy Banku Polskiego splótły się z losami polskiego rządu i wielu instytucji publicznych. Działalność Banku w czasie pobytu w Londynie koncentrowała się na finansowaniu niektórych wydatków rządu polskiego, administrowaniu składnikami majątku i aktywami zdeponowanymi w bankach zagranicznych.

Na posiedzeniu PKWN w Moskwie 22 lipca 1944 r. ogłoszona została koncepcja Narodowego Banku Polskiego NBP. W sierpniu 1944 r. do Lublina zaczęły przyjeżdżać z Moskwy transporty biletów złotych z napisem Narodowy Bank Polski⁸.

Pozycja, jaką zajął NBP w systemie finansowym i gospodarczym Polski Ludowej, zasadniczo odbiegała od czynności banku centralnego właściwych dla gospodarki rynkowej. Pozycję tę budowano stopniowo.

Jeszcze przed obradami okrągłego stołu 31 stycznia 1989 r. uchwalono nową ustawę, w myśl której NBP był centralnym bankiem państwa, bankiem emisyjnym, centralną instytucją kredytową rozliczeniową oraz dewizową. Istotnym *novum* było wskazanie podstawowego celu NBP – miało nim być w szczególności umacnianie pieniądza polskiego, inicjowanie kierunków polityki pieniężno-kredytowej oraz współdziałanie w kształtowaniu i realizacji polityki gospodarczej państwa⁹. Kolejnych zmian dokonano w 1992 r., kiedy to wprowadzono przepisy wzmacniające niezależność NBP¹⁰. Dotyczyły one kadencyjności prezesa NBP (6 lat). Powoływał go sejm na wniosek prezydenta. Precyzyjnie określono warunki jego odwołania. Poszerzono

⁷ *Ibidem*.

⁸ Za: C. Leszczyńska, *Zarys historii...*, s. 41.

⁹ Ustawa z dnia 31 stycznia 1989 o Narodowym Banku Polskim, Dz. U. z 1989 r. Nr 4, poz. 22.

¹⁰ Ustawa o Narodowym Banku Polskim, Dz. U. z 1992 r. Nr 72, poz. 360.

kompetencje banku centralnego w zakresie regulacji systemu bankowego, wyposażając go w narzędzia pozwalające na wzmocnienie jego stabilności (licencjonowanie banków, normy ostrożnościowe, kontrola przepływów kapitałowych) oraz zwiększenie skuteczności polityki pieniężnej¹¹.

W tym samym czasie kraje Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej podpisały w Maastricht Traktat o Unii Europejskiej, który zawierał postanowienia dotyczące dalszego etapu integracji, polegającego na budowie unii gospodarczej i walutowej (dalej też: UGW)¹². Uczestnictwo w UGW zostało obwarowane spełnieniem kryteriów zbieżności gospodarczej (konwergencji), które dotyczyły m.in. polityki budżetowej (zakaz finansowania przez bank centralny deficytu budżetowego oraz udzielania kredytów przedsiębiorstwom i instytucjom sektora publicznego), wysokości deficytu budżetowego i długu publicznego oraz kryteriów z zakresu polityki monetarnej (niska inflacja, niskie stopy procentowe). Traktat przewidywał, że w przyszłej unii będzie realizowana jednolita polityka pieniężna, którą miał prowadzić Europejski System Banków Centralnych (dalej też: ESBC) złożony z Europejskiego Banku Centralnego oraz krajowych banków centralnych. W traktacie przyjęto, że polityka pieniężna ESBC powinna być ukierunkowana na realizację celu inflacyjnego. Uznano też, że warunkiem skuteczności będzie zapewnienie ESBC pełnej niezależności. Ze względu na to, że ESBC miały współtworzyć banki krajowe, zobowiązano kraje członkowskie do przeprowadzenia zmian w ustawodawstwie gwarantujących im odpowiednią autonomię, jeszcze przed ustanowieniem unii walutowej¹³.

Polska stała się członkiem Unii Europejskiej 1 maja 2004 r. Tym samym NBP został członkiem Europejskiego Systemu Banków Centralnych. Przystąpienie Polski do strefy euro zostało przesunięte na przyszłe lata, przy czym nie wskazano jego daty.

2. Konstytucja a ustawa o NBP

Zarówno Bank Polski SA w okresie dwudziestolecia międzywojennego, jak i NBP nie były wspomniane w ówczesnych konstytucjach. Bank Polski nie był wymieniony nawet w kontekście uprawnień Prezydenta, który na wniosek Rady Ministrów powoływał Prezesa i wiceprezesów. Natomiast przy okazji zmian Konstytucji PRL z 1952 r. wprowadzonych 1989 r. dodano art. 32f pkt 6, który wśród kompetencji utworzonego urzędu Prezydenta wymieniał występowanie z wnioskiem do Sejmu o powołanie i odwołanie Prezesa NBP¹⁴. Przed wejściem do UE Polska musiała dokonać zmiany

¹¹ H. Gronkiewicz-Waltz, *Bank centralny – od gospodarki planowej do rynkowej. Zagadnienia administracyjno-prawne*, Centrum Edukacji i Rozwoju Biznesu Olympus, Warszawa 1994, s. 25.

¹² Traktat o Unii Europejskiej z dnia 11 grudnia 1991 r., podpisany 11 lutego 1992 r., wszedł w życie 1 listopada 1993 r., Dz. U. Nr 2, poz. 7.

¹³ H. Gronkiewicz-Waltz, *Europejska Unia Gospodarcza i Walutowa*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 96 i n.

¹⁴ Ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji PRL, Dz. U. z 1989 r. Nr 19, poz. 101; przedtem na wniosek Rady Ministrów.

szeregu przepisów, w tym w zakresie pozycji NBP jako banku centralnego. Dlatego w drugiej połowie lat 90. opracowano istotne aktualizacje zarówno w prawie bankowym, jak i ustawie o NBP. W tym samym czasie była też przygotowana nowa Konstytucja. Główną zmianą jakościową i ustrojową w ustawie o NBP było zwiększenie niezależności NBP, Sejm nie uchyla od tej pory założeń polityki pieniężnej, a tylko po przesłaniu ich przez NBP zapoznaje się z nimi (art. 21)¹⁵. Wtedy też utworzono Radę Polityki Pieniężnej (dalej też: RPP), odpowiedzialną za kształtowanie i realizację polityki pieniężnej, oraz Komisję Nadzoru Bankowego odpowiedzialną za nadzór, które przejęły dotychczasowe kompetencje Prezesa NBP w tym zakresie.

W Konstytucji uchwalonej 2 kwietnia 1997 r. wprowadzono art. 227, który poświęcony był NBP, a w ust. 6 uregulowano, że RPP ustala corocznie założenia polityki pieniężnej i przedkłada je Sejmowi do wiadomości. W ciągu pięciu miesięcy od zakończenia roku budżetowego RPP składa Sejmowi sprawozdanie z wykonania założeń polityki pieniężnej (art. 12 ustawy o NBP).

Zarówno Konstytucja¹⁶, jak i ustawa o NBP uchwalone zostały w 1997 r. Jednakże regulacje te nie są spójne. Z punktu widzenia niniejszej analizy istotne są kwestie ustrojowe. NBP jest określony jako centralny bank państwa zarówno w Konstytucji (art. 227 ust. 1), jak i w ustawie o NBP (art. 1), któremu przysługuje wyłączne prawo emisji oraz ustalania i realizowania polityki pieniężnej. Ustawa precyzuje, że politykę ustala RPP (art. 12), a realizuje Zarząd, co wynika pośrednio z przepisu o realizowaniu uchwał Rady (art. 17 ust. 3), a wprost z art. 12 ust. 3, który mówi, że Rada dokonuje oceny działalności Zarządu NBP w zakresie realizacji założeń polityki pieniężnej. Kompetencje te są zatem rozdzielone między dwa organy. W przypadku funkcji emisyjnej to Prezes NBP jest tym organem, który decyduje o wprowadzeniu do obiegu znaków pieniężnych oraz wymianie zużytych (rozdz. 5 ustawy o NBP).

Jak zatem określić charakter prawny centralnego banku państwa? Co to za podmiot? Czy jest organem państwa? NBP nie jest podmiotem, który mieści się w trójpodziale władzy, chociaż większość jego działań ma charakter wykonawczy. Dysponuje na mocy Konstytucji władztwem monetarnym. Nie jest jednym z wielu banków w konkretnym państwie – jest bankiem centralnym. Przyglądając się ESBC, widać, że istnieje nawet pewien standard cech banków centralnych, które przyjęto w UGW. Można go zdefiniować poprzez funkcje, które wykonuje, jak również relacje z budżetem. NBP, tak jak inne banki centralne, pełni funkcję emisyjną, funkcję banku państwa oraz banku banków. Podobnie jak inne banki centralne, budżet nie może zaciągać zobowiązań w NBP (art. 220 ust. 2 Konstytucji). Zdecydowanie łatwiej jest określić, czym NBP nie jest, niż to, czym jest. Cezary Kosikowski twierdzi, że NBP na pewno nie jest centralnym organem państwa¹⁷. Eugenia Fojcik-Mastalska traktuje

¹⁵ Ustawa o Narodowym Banku Polskim z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 140, poz. 938.

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

¹⁷ C. Kosikowski, *Publiczne prawo bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1999, s. 267.

go jako organ państwa, ale jednocześnie szczególny bank¹⁸. Najbardziej nietypowa jest definicja Sławomira Fundowicza, który uważa, że NBP jest zakładem publicznym stanowiącym jedność rzeczy i osób powołaną do trwałej realizacji określonego zadania publicznego¹⁹. Autorce niniejszej publikacji najbliższe jest określenie, że bank centralny jest podmiotem hybrydowym, poddanym ewolucji charakteru prawnego od uprzywilejowanego banku, który pożyczka władzy, do agencji, która wyposażona w kompetencje władcze staje się *quasi*-organem władzy wykonawczej.

Bardzo istotną wspólną cechą części banków centralnych jest cel ich działania. Jednakże i w tym przypadku w Konstytucji i w ustawie o NBP jest on odmiennie sformułowany. Konstytucja mówi, że celem, za który odpowiada NBP, jest wartość polskiego pieniądza, a ustawa, że stabilność cen oraz wspieranie polityki gospodarczej rządu, jeśli to nie jest sprzeczne ze stabilnością cen. W pierwszym przypadku chodzi o to, by utrzymywanie wartości pieniądza było celem zarówno w stosunkach wewnętrznych, jak i zewnętrznych (np. Nowa Zelandia czy Chile)²⁰. W wielu ustawach jako cele wymienia się pełne zatrudnienie, popieranie wzrostu dochodów realnych, prowadzenie polityki zapewniającej dobrobyt społeczny (Szwajcaria, Stany Zjednoczone)²¹. Im bank ma większy zakres niezależności, tym cel jest sformułowany wężziej. Polityka pieniężna jest realizowana bardziej transparentnie, zbyt wielu celów nie da się realizować w tym samym czasie. W dyskusji nad projektem Konstytucji zdecydowanie popierano utrzymywanie celu w postaci wartości pieniądza. W okresie prac nad Konstytucją koncentrowano się na wartościach, które wymagają ochrony na poziomie konstytucyjnym (lata 90. ubiegłego stulecia). W ustawie tej ochronę określono precyzyjnie jako stabilność cen. Do wartości pieniądza przywiązywano dużą wagę, gdyż złoty charakteryzował się niską siłą nabywczą na rynku wewnętrznym i był walutą słabą w stosunku do innych walut. Poszukiwanie jednego celu skoncentrowało wszystkich wokół walki z inflacją, która powodowała wzrost cen, stóp procentowych i zmniejszenie dynamiki wzrostu PKB, wyższe bezrobocie. Obniżanie inflacji stało się głównym celem banków centralnych, który to cel określono pojęciem stabilności cen. Pojęcie stabilności cen dotyczy ogólnego poziomu cen w gospodarce i wiąże się z koniecznością unikania zarówno inflacji, jak i deflacji. Stabilność cen przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu aktywności gospodarczej i zatrudnienia²². Ten cel został postawiony przed wszystkimi bankami centralnymi we wspólnocie europejskiej, a następnie zamieszczony w traktacie z Maastricht w art. 105 TWE (obecnie w art. 127 TFUE). Do dziś głównym celem ESBC jest utrzymanie stabilności cen. Ponadto ESBC wspiera ogólne polityki gospodarcze we wspólnocie.

¹⁸ E. Fojcik-Mastalska (red.), *Prawo bankowe w zarysie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004, s. 35.

¹⁹ S. Fundowicz, *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2005, s. 83 i n.

²⁰ H. Gronkiewicz-Waltz, *Bank centralny...*, s. 26.

²¹ *Ibidem*.

²² H. Scheller, *Europejski Bank Centralny. Historia, rola i funkcje*, Europejski Bank Centralny, Frankfurt nad Menem 2006, s. 48.

Przy okazji późniejszych zmian podkreślono, że wspieranie polityk gospodarczych musi odbywać się bez uszczerbku dla celu podstawowego, jakim jest utrzymanie stabilności cen (art. 127 TFUE). Zamieszczenie tego celu jest konieczne w ustawach wszystkich państw członkowskich, również tych, które jeszcze nie przyjęły euro, gdyż cel ten zalicza się do kryterium jakościowego konwergencji, tzn. że musi znaleźć się w ustawie i ma być wdrożony w praktyce. Artykuł 3 ust. 1 ustawy o NBP ustala ten cel identycznie. Podstawowym celem działalności NBP jest utrzymanie stabilnego poziomu cen przy jednoczesnym wspieraniu polityki gospodarczej Rządu, o ile nie ogranicza to podstawowego celu NBP. W ustawie o NBP jest właśnie tak sformułowany cel, ale nie jest on tożsamy z celem zawartym w Konstytucji. Dlaczego występuje różnica w sformułowaniu celu na ten sam temat w dwóch projektach aktów prawnych przygotowywanych w tym samym czasie? Otóż utrzymanie wartości pieniądza jest wartością chronioną na podstawie Konstytucji, a stabilność cen na poziomie ustawowym i została upowszechniona w Europie wraz z traktatem z Maastricht. Konstytucja wymagała jak najszerzego poparcia i uniknięcia kontrowersji, aby mogła być zaakceptowana w referendum.

Nie ma natomiast rozbieżności między Konstytucją a ustawą, jeśli chodzi o organy NBP, długość kadencji, sposób ich powoływania, niepołączalność z innymi funkcjami (art. 227 ust. 2 i 3 Konstytucji).

3. Zakres dostosowania regulacji polskich do regulacji unii walutowej

Od 2004 r. w raportach o konwergencji EBC dokonuje oceny zgodności ustawodawstwa polskiego, w tym Konstytucji, z wymogami prawa Unii Europejskiej dotyczącymi członkostwa NBP w ESBC oraz w przyszłości w Eurosystemie. Ocena ta dokonywana jest przede wszystkim pod kątem: niezależności banku centralnego, kwestii poufności, zakazu finansowania ze środków banku centralnego oraz integracji prawnej z Eurosystemem.

Aby Polska mogła przyjąć euro, oprócz kryteriów konwergencji ilościowej należy spełnić kryteria jakościowe, do których należy kompatybilność prawna. Można to osiągnąć przez umieszczenie odwołań do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i statutu ESBC i EBC²³ bądź przez włączenie do prawa krajowego odpowiednich przepisów albo zastosować obie metody. Ustawodawstwo krajowe powinno być zgodne z art. 130 i 131 TFUE. Pierwszy zakazuje, by organy Unii i państw członkowskich oraz wszelkie jednostki z nimi związane wydawały instrukcje EBC i krajowym bankom centralnym oraz by nie wpływały na członków ich organów w zakresie wypełnianych zadań. Oczywiście również członkowie tych organów nie mogą pytać o instrukcje. W art. 131 nałożony jest obowiązek dostosowania prawodawstwa do Traktatu i statutu ESBC i EBC.

²³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), EUR-Lex, http://data.europa.eu/eli/treaty/tfeu_2016/oj [dostęp 9.09.2022].

Jedną z zasadniczych cech, które charakteryzują banki centralne w państwach UE, jest niezależność. Niezależność banku centralnego stała się istotną wartością życia gospodarczego i społecznego, ponieważ występująca w wielu krajach wysoka inflacja utrudniała rozwój gospodarczy, była przyczyną wysokiego bezrobocia. Rządy oczekiwały łagodniejszej polityki pieniężnej i wywierały presję na banki centralne, by te nie podnosiły stóp procentowych pomimo inflacji. A przecież większość instrumentów, takich jak podatki, różnego typu ulgi, była w dyspozycji rządów. Według Europejskiego Instytutu Walutowego niezależność banku centralnego jest zbudowana z kilku członów: funkcjonalnej, personalnej i finansowej oraz instytucjonalnej. Niektóre z nich są częściowo zawarte już w Konstytucji. W Konstytucji niezależność funkcjonalna banku centralnego sformułowana jest jako wyłączność w ustalaniu i realizacji polityki pieniężnej. Niezależność personalną gwarantuje kadencyjność władz banku w art. 227 ust. 3 Konstytucji i art. 5 ustawy o NBP, zawierającym ściśle określone warunki odwołania tychże władz. Z kolei z art. 220 ust. 2 Konstytucji wynika, że ustawa budżetowa nie może przewidywać pokrywania deficytu budżetowego przez zaciąganie zobowiązań w centralnym banku państwa. Niezależność instytucjonalna to wyodrębnienie banku spośród innych organów, nadanie kompetencji i ograniczenie kontroli przez inne organy państwa (np. NIK).

Również Trybunał Konstytucyjny (wyrok z 16 lipca 2009 r., Kp 4/08) przypominał znaczenie zasady niezależności w kilku wyrokach. Trybunał zwracał już uwagę, że realizowanie przez Narodowy Bank Polski zadań konstytucyjnych „w dużym stopniu wymaga jego niezależności”. Konstytucja nie formułuje wprost zasady niezależności centralnego banku państwa, jednakże analiza przepisów konstytucyjnych dotyczących Narodowego Banku Polskiego prowadzi do wniosku, że zasada ta została wyrażona w Konstytucji *implicite*. Prawodawca konstytucyjny, stanowiąc przepisy konstytucyjne dotyczące banku centralnego, wziął pod uwagę trzy podstawowe aspekty jego niezależności – niezależność finansową, funkcjonalną i instytucjonalną.

Niezależność finansowa polega na wykluczeniu możliwości wywierania finansowego nacisku na decyzje banku centralnego bądź wyeliminowaniu możliwości finansowania wydatków rządu (deficytu budżetowego) bezpośrednio lub pośrednio z kredytów banku centralnego.

Niezależność funkcjonalna jest pojęciem szerszym, gdyż obejmuje również samodzielność w wypełnianiu innych funkcji statutowych banku centralnego.

Niezależność instytucjonalna dotyczy przede wszystkim pozycji banku centralnego w systemie organów państwa oraz sposobu powoływania i odwoływania władz banku²⁴. Na instytucjonalną i funkcjonalną odrębność funduszy NBP i jego polityki pieniężnej w stosunku do polityki finansowej realizowanej przez Radę Ministrów i Sejm wskazuje także art. 220 ust. 2 Konstytucji, stanowiąc, że „ustawa budżetowa nie może przewidywać pokrywania deficytu budżetowego przez zaciąganie zobowiązania w centralnym banku państwa”. Trybunał Konstytucyjny zwracał

²⁴ Zob. wyroki: z 24 listopada 2003 r., K 26/03, OTK ZU nr 9/A/2003, poz. 95, s. 1084-1085 oraz z 22 września 2006 r., U 4/06, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 109, s. 1165.

już uwagę na konieczność ochrony niezależności banku centralnego przed ingerencją z zewnątrz. Badając konstytucyjność jednej z uchwał sejmowych, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że „ustawowa podstawa prawna przyznania bankowi centralnemu i jego organom dodatkowych kompetencji nie uchyla znaczenia niezależności NBP także w innych sprawach, niż konstytucyjnie wyznaczone. Przeciwnie – uzasadnione jest założenie, że ustawodawca także ze względu na cechę niezależności powierzył te kompetencje właśnie NBP, a nie innym organom państwa”²⁵. Nawiązując do dotychczasowej linii orzeczniczej, Trybunał stwierdził, że konstytucyjna zasada niezależności Narodowego Banku Polskiego zabezpiecza realizację określonych celów konstytucyjnych i musi być wykładana w świetle tych celów. Zasadniczym celem niezależności banku centralnego jest ochrona wartości polskiego pieniądza. Polityka pieniężna musi być prowadzona przez Narodowy Bank Polski w ramach konstytucyjnie wyznaczonych, w szczególności przez konstytucyjną zasadę społecznej gospodarki rynkowej oraz obowiązek urzeczywistniania zasad sprawiedliwości społecznej. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę na to, że niezależność banku centralnego musi mieć pewne granice, ale prawodawca powinien zagwarantować tę niezależność na takim poziomie, który jest optymalny z punktu widzenia realizacji założonych zadań banku centralnego²⁶. Skuteczna polityka gospodarcza wymaga koordynacji polityki pieniężnej prowadzonej przez bank centralny z innymi elementami polityki gospodarczej, prowadzonej przez rząd, co z kolei zakłada stworzenie odpowiednich instrumentów prawnych ułatwiających taką koordynację²⁷.

W raportach sporządzanych przez KE i EBC przedstawione są oczekiwania, co należy zmienić, aby uregulowania prawne były kompatybilne z Traktatem i statutem. W każdym z raportów powtarza się uwaga, że w prawie krajowym powinno *expressis verbis* być zawarte sformułowanie, iż osoby zasiadające w organach banku centralnego nie mogą poszukiwać zewnętrznych instrukcji lub też radzić się Rządu przy okazji podejmowania przez nich decyzji, które z kolei wpływałyby na sposób wypełnienia zadań przez NBP. Przepis w ustawie o NBP jest niekompatybilny z art. 130 TFUE oraz art. 7 statutu ESBC. Podobnie traktuje art. 1 pkt 2 ustawy o NBP, który zobowiązuje Prezesa NBP do przekazywania projektów założeń polityki Pieniężnej Radzie Ministrów i Ministrowi Finansów. Bank centralny nie powinien być zobowiązany ustawowo do takich działań, współpraca z innymi przedstawicielami władz powinna opierać się na zasadach partnerskich.

Zakres kontroli NIK powinien być jasno określony, nie powinien ograniczać działalności niezależnych zewnętrznych biegłych rewidentów Narodowego Banku Polskiego. W szczególności należy zapewnić, by podczas kontroli działalności Narodowego Banku Polskiego stosowane przez NIK kryterium celowości nie rozciągało się na ocenę działań Narodowego Banku Polskiego związanych z głównym celem

²⁵ Wyrok z 22 września 2006 r., U 4/06, OTK ZU nr 8/A/2006, poz. 109, s. 1165.

²⁶ A. Wojtyna, *Szkice o niezależności banku centralnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Kraków 1998, s. 119.

²⁷ *Ibidem*.

utrzymania stabilności cen. W tym zakresie należy dostosować art. 203 ust. 1 Konstytucji do postanowień art. 130 Traktatu i art. 7 statutu.

Raport zawiera też uwagi dotyczące sformułowania niezależności personalnej w sposób odbiegający od Traktatu. Artykuł 9 ust. 5 ustawy o NBP reguluje sposób odwoływania Prezesa Narodowego Banku Polskiego przez Sejm RP, w przypadku gdy: nie wypełnia on swych obowiązków na skutek długotrwałej choroby, został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za popełnione przestępstwo, złożył niezgodne z prawdą oświadczenie lustracyjne, stwierdzone prawomocnym orzeczeniem sądu, Trybunał Stanu orzekł wobec niego zakaz zajmowania kierowniczych stanowisk lub pełnienia funkcji związanych ze szczególną odpowiedzialnością w organach państwowych. Ponadto, na podstawie art. 25 ust. 3 w związku z art. 3 oraz art. 1 ust. 1 pkt 3 ustawy o Trybunale Stanu, Prezes Narodowego Banku Polskiego może również zostać usunięty z urzędu, jeżeli naruszy postanowienia Konstytucji lub ustawy²⁸.

Podstawy odwołania wymienione powyżej uzupełniają powody odwołania określone w art. 14 ust. 2 statutu. Prezes może być odwołany, gdy nie spełnia już warunków koniecznych do wykonywania swych funkcji lub dopuścił się poważnego uchybienia. Przyczyny możliwości odwołania Prezesa ze stanowiska są określone ogólnie i niekonkretnie, inaczej niż w ustawie o NBP. W związku z tym art. 9 ust. 5 ustawy o NBP i odpowiednie przepisy ustawy o Trybunale Stanu należy dostosować do art. 14 ust. 2 statutu.

W odniesieniu do zasady gwarantującej stabilność sprawowania urzędu i podstawy odwołania innych członków organów decyzyjnych Narodowego Banku Polskiego zaangażowanych w realizację zadań związanych z uczestnictwem w ESBC (tj. członków Zarządu, pierwszego zastępcy Prezesa NBP oraz członków Rady Polityki Pieniężnej) art. 13 ust. 5 oraz drugie zdanie art. 17 ust. 2b ustawy o NBP stosuje się odpowiednio, co w tym przypadku oznacza takie same powody odwołania i taki sam zakres ochrony.

Prezes Narodowego Banku Polskiego wykonuje swoje funkcje w podwójnej roli – jako członek organów decyzyjnych Narodowego Banku Polskiego oraz odpowiednich organów decyzyjnych EBC. Artykuł 9 ust. 3 ustawy o NBP, który określa treść przysięgi składanej przez Prezesa Narodowego Banku Polskiego, wymaga zmiany w ten sposób, aby odzwierciedlał status i obowiązki Prezesa Narodowego Banku Polskiego jako członka odpowiednich organów decyzyjnych EBC. Już obecnie Prezes NBP jest członkiem Rady Ogólnej.

Ustawa o NBP nie określa, czy sądy krajowe są uprawnione do rozpatrywania skarg na decyzje o odwołaniu członków organów decyzyjnych krajowego banku centralnego zaangażowanych w wykonywanie zadań związanych z uczestnictwem w ESBC. Możliwość skorzystania z takiego uprawnienia dają zasady ogólne prawa polskiego, jednak wprowadzenie wyraźnego postanowienia w tym zakresie poprawiłoby pewność prawa.

²⁸ Ustawa z dnia 26 marca 1982 r. o Trybunale Stanu, t.j. z dnia 23 marca 2022 r., Dz. U. z 2022 r. poz. 762.

Dotychczas znany jest jeden przypadek przeprowadzony prawnie do końca, tzn. do orzeczenia TSUE. Prezes Banku Łotwy został zawieszony w swych obowiązkach wskutek podejrzenia o korupcję. Nie zgodził się z tym zarzutem i wniósł skargę do TSUE, podobnie postąpiła Rada Prezesów, żądając przedstawienia dowodów. Republika Łotewska zakwestionowała jurysdykcję Trybunału, jednakże TSUE sprawę się zajął i stwierdził, że wartością chronioną jest niezależność krajowych banków centralnych. Podkreślił, że art. 130 TFUE, dotyczący tej niezależności, który stwarza warunki, aby EBC wykonywał powierzone mu zadania bez nacisków politycznych, ma swoiste zabezpieczenie w art. 14 ust. 2 statutu ESBC i EBC, w którym wymienione są warunki odwołania prezesa przed zakończeniem kadencji oraz możliwość skontrolowania przez TSUE legalności tego zwolnienia²⁹.

Kolejnym elementem dostosowania przepisów ustawy o NBP jest niezależność finansowa. Na skutek wejścia w życie w marcu 2019 r. ustawy o zmianie ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne oraz ustawy o Narodowym Banku Polskim ograniczono wzrost wynagrodzenia prezesa NBP. Zgodnie z art. 66 ust. 3 zmienionej ustawy o NBP³⁰ maksymalne wynagrodzenie pracowników Narodowego Banku Polskiego (poza członkami Zarządu Narodowego Banku Polskiego) nie może przekroczyć 0,6-krotności wynagrodzenia Prezesa Narodowego Banku Polskiego (przy czym wynagrodzenie Prezesa jest ustalane na podstawie odrębnych przepisów, które nie zostały zmienione). Jednakże zawarte w projektach legislacyjnych zmiany prowadzące do obniżenia wynagrodzeń są niezgodne z zasadą niezależności finansowej, jeśli negatywnie wpływają na zdolność krajowego banku centralnego do zatrudniania i zatrzymywania pracowników w celu niezależnego wykonywania zadań nałożonych w Traktacie i statucie ESBC. Przyjęte rozwiązania legislacyjne powinny uwzględniać mechanizm współpracy z NBP na wypadek, gdyby NBP uznał, że zachodzi konieczność wprowadzenia wyjątku od ustawowego ograniczenia wysokości wynagrodzeń. Taki wyjątek powinien być ustalany w ramach ścisłej współpracy i w zgodzie z zasadą poufności ESBC, w związku z tym ustawę o NBP należy dostosować do art. 37 statutu regulującego tajemnicę służbową. Członkowie organów decyzyjnych i personelu EBC oraz krajowych banków centralnych są obowiązani, nawet po zakończeniu pełnienia swoich obowiązków, do nieudzielania informacji objętych tajemnicą służbową i podlegają w tym zakresie prawu Unii, gdyż mają dostęp do danych podlegających prawu Unii. NBP jest członkiem ESBC i musi przestrzegać tych regulacji.

Ponadto z uwagi na fakt, że Najwyższa Izba Kontroli posiada na mocy art. 203 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej szerokie uprawnienia do kontrolowania działalności Narodowego Banku Polskiego, dysponuje ona również szerokim dostępem

²⁹ H. Gronkiewicz-Waltz, *Gwarancje niezależności krajowego banku centralnego – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 26.02.2019 r., sprawy połączone C-202/18 i C-238/18, Ilmārs Rimšēvičs i Europejski Bank Centralny przeciwko Republice Łotewskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 9.

³⁰ Ustawa z dnia 22 lutego 2019 r. o zmianie ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 2399) oraz ustawa o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2019 r. poz. 371).

do informacji poufnych i dokumentów Narodowego Banku Polskiego. Jednakże na podstawie art. 37 statutu ESBC i EBC w powiązaniu z art. 130 Traktatu dostęp do informacji poufnych i dokumentów Narodowego Banku Polskiego przez NIK musi być ograniczony do informacji koniecznych do wykonywania przez nią jej zadań statutowych. Dostęp do informacji poufnych nie może również naruszać zasad niezależności i poufności ESBC, do przestrzegania których są zobowiązani członkowie organów decyzyjnych krajowych banków centralnych i ich pracownicy. Ponadto odpowiednie przepisy prawa polskiego powinny zostać znowelizowane w taki sposób, aby Najwyższa Izba Kontroli zapewniała ochronę poufności informacji i dokumentów przekazywanych jej przez Narodowy Bank Polski na poziomie odpowiadającym poziomowi ochrony zapewnianemu przez Narodowy Bank Polski.

Kolejną kwestią, która należy uregulować, jest osiągnięcie pełnej zgodności z art. 123 Traktatu dotyczącym zakazu finansowania deficytu budżetowego, udzielania kredytów instytucjom unijnym, krajowymi lokalnym, jak również bezpośredniego nabywania ich papierów dłużnych. Artykuł 42 ust. 1 w powiązaniu z art. 3 ust. 2 pkt 5 ustawy o NBP przewiduje możliwość udzielania przez Narodowy Bank Polski kredytu refinansowanego bankom spełniającym określone warunki bez sprecyzowania, w jakich sytuacjach. Między udzielaniem kredytów refinansowych a udzielaniem bankom wsparcia płynnościowego przebiega bardzo cienka linia demarkacyjna. Powinno się dostosować ustawę o NBP w taki sposób, by jasne było, że wsparcie płynności ma jedynie tymczasowy charakter i że nie można go udzielać niewypłacalnym instytucjom finansowym (art. 42 ust. 3 – możliwość udzielenia kredytu bankowi w celu realizacji programu naprawczego). Artykuł 220 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej stanowi, że „ustawa budżetowa nie może przewidywać pokrywania deficytu budżetowego przez zaciąganie zobowiązań kredytowych w centralnym banku państwa”. O ile artykuł ten zakazuje państwu finansowania deficytu budżetowego poprzez Narodowy Bank Polski, EBC rozumie, że nie implementuje on art. 123 Traktatu (który zakazuje finansowania ze środków banku centralnego), ponieważ zakres tego finansowania jest odmienny niż w Traktacie.

W raporcie jest wymienionych szereg artykułów z ustawy o NBP, które zdaniem EBC nie uwzględniają uprawnień EBC w tym zakresie. Należą do nich zarówno art. 227 Konstytucji ust. 1 i 6, art. 3 ust. 2 pkt 5, art. 12, 23 i 38-50a oraz art. 53 ustawy o NBP, które określają zadania Narodowego Banku Polskiego dotyczące polityki pieniężnej, gdyż polityka pieniężna nie będzie już prowadzona przez NBP, tylko przez EBC. Ponadto zmiany wymagają: art. 3 ust. 2 pkt 7 oraz art. 23 ustawy o NBP, wyznaczające zadania Narodowego Banku Polskiego w zakresie: gromadzenia informacji statystycznych, art. 3 ust. 2 pkt 2 oraz art. 52 ustawy o NBP w zakresie zarządzania rezerwami dewizowymi, art. 3 ust. 2 pkt 1 ustawy o NBP w zakresie organizowania rozliczeń oraz art. 69 ust. 1 w zakresie badania sprawozdań finansowych NBP, art. 3 ust. 2, art. 5 ust. 1 i art. 11 ust. 3 ustawy o NBP, które określają prawo Narodowego Banku Polskiego do uczestnictwa w międzynarodowych instytucjach finansowych

i bankowych. Żaden z tych artykułów nie zawiera uprawnień EBC, które wynikają ze statutu ESBC i EBC.

I najważniejsze – art. 227 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz art. 4 i art. 31-37 ustawy o NBP, które określają wyłączne prawo Narodowego Banku Polskiego do emisji banknotów i monet będących prawnym środkiem płatniczym i wycofywania ich z obiegu, oraz art. 3 ust. 2 pkt 3, art. 17 ust. 4 pkt 2 i art. 24 ustawy o NBP, które określają zadanie Narodowego Banku Polskiego dotyczące realizowania polityki kursowej w porozumieniu z Radą Ministrów, nie uznają uprawnień Rady i EBC w tym zakresie.

Od początku kontrowersyjne były uprawnienia NIK do kontroli działalności Narodowego Banku Polskiego, gdyż powinny pozostawać bez uszczerbku dla działań niezależnych zewnętrznych biegłych rewidentów Narodowego Banku Polskiego. Również treść przysięgi Prezesa NBP wymaga dostosowania do art. 14 ust. 3 statutu, tzn. że będzie szanował wytyczne i instrukcje Rady Prezesów i dostarczał jej niezbędnych informacji.

Jeśli chodzi o art. 21 ust. 4 ustawy o NBP, który określa prawa Narodowego Banku Polskiego do opiniowania projektów aktów normatywnych dotyczących działalności banków i mających znaczenie dla systemu bankowego, należy zauważyć, że zasięganie opinii Narodowego Banku Polskiego nie zwalnia z konieczności zasięgania opinii Europejskiego Banku Centralnego na mocy art. 127 ust. 4 i art. 282 ust. 5 Traktatu.

4. Czy przyjęcie euro wymaga zmiany Konstytucji?

Przed przyjęciem euro należy rozstrzygnąć, czy proces ten wymaga zmiany Konstytucji. W doktrynie wyodrębnić można dwa zasadnicze podejścia. Pierwsze – mające za sobą większość konstytucjonalistów – to propozycja zmian art. 227 Konstytucji.

Druga koncepcja opiera się na przedstawieniu ciągu działań i wywodu, że takiej zmiany nie musimy dokonywać. Oto zawarte w nim główne argumenty³¹.

Przystępując do Unii Europejskiej, Polska stała się stroną traktatów, które zobowiązują nasz kraj do przyjęcia euro. Zgodnie z tymi traktatami decyzja o tym, kiedy Polska wejdzie do strefy euro, nie zostanie podjęta przez władze naszego kraju, lecz przez władze Unii Europejskiej, a w traktatach unijnych przystąpienie do strefy euro nosi nazwę uchylenia derogacji. Z punktu widzenia prawa do przyjęcia euro przez Polskę niezbędne jest spełnienie odpowiednich kryteriów, zwanych kryteriami konwergencji, przyjętych w traktacie z Maastricht. Kryteria te dotyczą dobrego funkcjonowania polityki budżetowej i walutowej Polski oraz zasad, na których opiera się działanie Narodowego Banku Polskiego. Do przyjęcia euro nie jest natomiast

³¹ M. Skubiszewski, *Najnowsza propozycja zmiany Konstytucji – wielowymiarowa kompromitacja*, 10.04.2013, <http://www.skubi.net/euro-konstytucja.html> [dostęp 9.09.2022].

potrzebny wniosek ze strony polskich władz. Jeśli Polska spełni kryteria konwergencji, to powinniśmy zostać obowiązkowo wpisani do strefy euro. W praktyce decyzja władz unijnych o przyjęciu Polski do strefy euro na pewno nie zostanie podjęta wbrew woli Polski. Jest też prawdopodobne (ale nie do końca pewne), że nikt nie będzie wyciągał negatywnych konsekwencji wobec Polski za odmowę przystąpienia do euro czy też za przesadne opóźnianie decyzji w tej sprawie. Ryzyko, że jakieś konsekwencje jednak będą, wynika z tego, że Polska otrzymuje od Unii wiele milionów euro rocznie tytułem polityki spójności. Pieniądze te są ściśle związane z tym, że Polska ma zamiar przystąpić do strefy euro. Jeśli odwrócimy się od strefy euro, to mogą pojawić się żądania, abyśmy te pieniądze przestali otrzymywać albo nawet oddali to, co już dostaliśmy. Dla porównania: Szwecja, która jest zobowiązana do przyjęcia euro tak samo jak Polska, w roku 2003 zdecydowała w drodze referendum, że nie chce tego robić. Decyzja ta, chociaż stanowiąca pogwałcenie prawa unijnego, nie wywołała żadnych negatywnych konsekwencji wobec Szwecji, gdyż nikt w Unii Europejskiej nie ma zamiaru zmuszać jakiegokolwiek kraju do przyjęcia euro. W przypadku Szwecji kwestia ewentualnego zwrotu pieniędzy pochodzących z polityki spójności nie mogła być postawiona tak, jak może to mieć miejsce w przypadku Polski: Szwecja jest od Polski dużo zamożniejsza i w przeciwieństwie do naszego kraju nigdy nie otrzymywała od Unii znaczącej pomocy netto.

Wyrozumiałość, na jaką możemy liczyć, jeśli nie będziemy chcieli przyjąć euro, nie zmienia faktu, że prawo jest prawem. Jeśli Polska chce być krajem godnym zaufania, powinna prawa przestrzegać, a więc zrobić to, co niezbędne, by przystąpienie do euro stało się możliwe w dającym się przewidzieć czasie. Albo przynajmniej, jeśli rzeczywiście Polska będzie chciała opóźniać decyzję w sprawie przystąpienia do euro lub wręcz zrezygnować z przyjęcia wspólnej waluty, nasz kraj powinien dobrze uzasadnić tego rodzaju decyzję, tak aby nasi partnerzy rozumieli, że ewentualne nieprzestrzeganie traktatów unijnych przez Polskę ma poważne przyczyny.

Jednym słowem: zobowiązaliśmy się do przyjęcia euro i jeśli chcemy być traktowani poważnie, to nie możemy tego zobowiązania traktować tak, jakby ono nie istniało. Czy zatem zmiana Konstytucji jest konieczna? Autor tej koncepcji stoi na stanowisku, że Konstytucję należy interpretować celowościowo, a nie literalnie. Artykuły 90 i 227 należy czytać razem, tzn. przyjąć, że na podstawie umowy międzynarodowej, w tym przypadku Traktatu akcesyjnego, Polska przekazała część kompetencji UE, które wymienione są w art. 3 TFUE (m.in. polityka pieniężna). Konsekwencją czego jest jego obowiązywanie tak jak prawa polskiego, po uprzedniej ratyfikacji w trybie art. 90 Konstytucji. To oznacza, że kompetencje NBP będą przekazane do EBC.

Przystąpienie Polski do strefy euro będzie oznaczało również, że Narodowy Bank Polski przestanie prowadzić emisję pieniądza. Tym samym art. 227 ust. 1 Konstytucji przestanie być stosowany. Tego rodzaju zaprzestanie stosowania przepisu Konstytucji można oczywiście uznać za szczególnego rodzaju zmianę Konstytucji.

Obowiązująca Konstytucja została uchwalona w roku 1997. W tym czasie proces prowadzący do celu, jakim była akcesja Polski do Unii Europejskiej, był już zaawansowany. Fakt, że według unijnych traktatów euro ma stać się wspólną walutą Unii (w tym również walutą Polski), także był znany w 1997 r. Obowiązujące do dziś zasady działania euro, w tym to, że przyjęcie wspólnej waluty jest co do zasady obowiązkowe, wprowadzono bowiem traktatem z Maastricht, który wszedł w życie już 1 listopada 1993 r. Oczywiście można było już wówczas sformułować pozycję NBP na tyle ogólniej, aby nie trzeba było zmieniać Konstytucji. Gdyby konstytucjonaliści przed uchwaleniem Konstytucji sformułowali tezę (choćby popartą słabymi argumentami, choćby niesłuszną), zgodnie z którą Konstytucja sprzeciwia się przyjęciu euro przez Polskę, to taka teza zaowocowałaby odpowiednim doprecyzowaniem zapisów Konstytucji, które by dało pewność, że przystąpienie do Unii Europejskiej i do strefy euro nie będzie stanowiło problemu. Przypomnijmy, że Sejm i Senat, które do roku 1997 pracowały nad Konstytucją, były nastawione proeuropejsko.

Jednak wątpliwości zaczęto podnosić dopiero w roku 2003. Wówczas Konstytucja już była ostatecznie uchwalona. Od 2003 r. do dziś partie antyeuropejskie, pragnące za wszelką cenę zablokować przystąpienie Polski do strefy euro, mają mniejszość blokującą, dostateczną do udaremnienia w Sejmie odpowiedniej ustawy o zmianie Konstytucji. Jednym słowem niemożliwość przyjęcia euro pod rządami obecnie obowiązującej Konstytucji to problem, który jakimś dziwnym trafem został publicznie zauważony dopiero wtedy, kiedy nie było już łatwego sposobu, by go rozwiązać.

Sprawą przyjęcia euro zajmował się Trybunał Konstytucyjny, odpowiadając na pytanie: czy przepisy traktatu akcesyjnego przewidujące przyjęcie euro są sprzeczne z Konstytucją? W wyroku z 11 maja 2005 r. stwierdził³², że zawarte w traktacie akcesyjnym przepisy dotyczące kwestii walutowych nie mają „charakteru samowynikonalnego”, czyli nie są na tyle precyzyjne, aby mogły zostać bezpośrednio wykonane (do ich wykonania potrzebne jest uchwalenie jeszcze innych aktów prawnych). Zdaniem Trybunału brak samowynikonalności oznacza, że „nie można mówić wprost o kolizji tego unormowania przepisów unijnych dotyczących banków centralnych z art. 227 ust. 1 Konstytucji”.

Projekt zmiany Konstytucji w związku z wejściem Polski do unii walutowej przygotował m.in. Prezydent Bronisław Komorowski³³. Projekt ten zawiera nowy rozdział „Członkostwo Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej”. W części dotyczącej ESBC przede wszystkim likwiduje się organ, który zajmował się do tej pory polityką pieniężną – Radę Polityki Pieniężnej, gdyż polityka pieniężna odtąd będzie uchwalana i realizowana przez Radę Prezesów EBC. Artykuł 227 ust. 1 projektu został tak zmieniony, by był spójny z systemem określonym traktatami. Po pierwsze, potwierdzono w nim, że NBP jest częścią ESBC (od 2004 r.), a Prezes NBP do

³² Wyrok z 11 maja 2005 r., K 18/04, OTK-A 2005/5/49/A.

³³ W przedstawionym przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej projekcie ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (druk sejmowy nr 3598), wniesionym do Sejmu 12 listopada 2010 r.

momentu przyjęcia euro jest członkiem jednego z organów ESBC – Rady Ogólnej. Po drugie, *expressis verbis* wyraża zasadniczy cel działania, czyli że NBP zapewnia stabilność cen. Po trzecie, wprost nadaje przymiot niezależności swoich działań od innych organów państwowych. Odpowiada też na oczekiwania opinii EBC co do podmiotów mogących w określonym zakresie kontrolować NBP. Artykuł 227 ust. 2 wyraźnie stanowi, że kontrola NIK nie może dotyczyć realizowania zadań i wykonywania kompetencji określonych w Traktatach.

Chciałabym, aby nie było konieczności zmian Konstytucji ze względu na przyjęcie waluty euro i pewnie dałoby się to przyjęcie wyinterpretować z dotychczasowych sformułowań Konstytucji, gdyby nie podwójność obecnego stanu prawnego spowodowanego zmianami chociażby w składzie Trybunału Konstytucyjnego. Nie można narażać wejścia euro do obiegu na ryzyko podważenia legalności tej waluty przez eurosceptyków, a tym samym wzbudzenia nieufności do euro już na samym początku. Z tego też względu wyraźne sformułowanie w Konstytucji, że przyjmujemy euro i że jesteśmy częścią Eurosystemu, jest konieczne.

Nie ulega wątpliwości, że nie ma dzisiaj atmosfery politycznej, która sprzyjałaby możliwości wstąpienia do strefy euro, chociaż odczuwana drożyzna może tę sytuację zmienić. Obecnie urzędujący Prezes NBP jest zdania, że euro nigdy nie będzie w Polsce w obiegu³⁴. Nie oznacza to, że sytuacja w przyszłości nie może ulec zmianie, ale na razie nie zanosz się na uzyskanie większości, która by pozwoliła na zmianę Konstytucji.

³⁴ Szef NBP: Polska powinna złotego zachować na zawsze, Business Insider Polska, 24.06.2021, <https://businessinsider.com.pl/gielda/kursy-walut/o-przyjeciu-euro-i-zlotym-oraz-energetyce-jadrowej-prof-adam-glapiński-prezes-nbp/18xpckg> [dostęp 9.09.2022].

Z kręgu rozważań o uprawnieniach „nadzwyczajnych” prezydenta RP

1. Słowo wstępne

Problematyka funkcjonowania instytucji prezydenta jako organu władzy wykonawczej w państwie demokratycznym była przedmiotem istotnego zainteresowania badawczego profesora Krzysztofa Wójtowicza. W okresie przed ostatecznym transferem z Katedry Prawa Konstytucyjnego do Katedry Prawa Międzynarodowego (potem Prawa Międzynarodowego i Europejskiego) Wydziału Prawa i Administracji (a następnie Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii) jako doceniany konstytucjonalista z olbrzymim zacięciem komparatystyczno-prawnym, Profesor poświęcił się badaniu uprawnień nadzwyczajnych prezydenta Stanów Zjednoczonych¹. Było to jedno z pierwszych i wszechstronnych opracowań dotyczących tego zagadnienia w polskiej literaturze prawa konstytucyjnego, które do dzisiaj pozostaje aktualne oraz bardzo inspirujące. Co więcej, można z całą pewnością stwierdzić, że wiele spostrzeżeń i wniosków sformułowanych w tej monografii przez Profesora K. Wójtowicza, jak również w innych opracowaniach dotyczących już rodzimych rozwiązań dedykowanych głowie państwa, sprawdzało się w praktyce funkcjonowania tego organu w ostatnim ćwierćwieczu².

Oczywiście dorobek naukowy mojego dobrego i serdecznego Kolegi, Profesora K. Wójtowicza jest olbrzymi i szczególnie – w okresie ostatnich dwudziestu kilku lat – łączony z zagadnieniami prawa europejskiego, ale mając na uwadze jego wcześniejsze zainteresowania naukowe, postanowiłem przygotować opracowanie, w którym zaprezentuję jedno ze szczegółowych zagadnień wiążących się z funkcjonowaniem organu władzy wykonawczej, jakim jest prezydent Rzeczypospolitej Polskiej. Wybrałem przykład, który w mojej ocenie pozwoli zobrazować kształtowanie się uprawnień głowy naszego państwa, w pewnym jedynie ujęciu mogących zostać zakwalifikowane jako „nadzwyczajne” (ale na pewno nie jako klasyczne).

* Prof. dr hab. Mariusz Jabłoński, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0001-8347-1884.

¹ K. Wójtowicz, *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995.

² Zob.: K. Wójtowicz, *Stany nadzwyczajne (Analiza prawno-porównawcza z uwzględnieniem Projektu Konstytucji RP)*, Archiwum Sejmu, Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Ekspertyzy 1995/96, nr 68, s. 1 i n.; idem, *Prezydenckie uprawnienia nadzwyczajne (analiza prawno-porównawcza)*, [w:] W Skrzydło (red.), *Ustrój i struktura aparatu państwowego i samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997, s. 123 i n.

Analizowane zagadnienie dotyczy kwestii identyfikacji numeru służbowego telefonu komórkowego użytkowanego przez głowę państwa jako informacji publicznej i *prima facie* wydaje się, że nie ma nic wspólnego z klasycznymi kompetencjami prezydenta RP, zaliczanymi modelowo do tych, które klasyfikuje się od dawna jako nadzwyczajne³. Wbrew jednak temu, co oczywiste ustrojowo, postaram się wskazać, na czym polega ów tajemniczy charakter „nadzwyczajnego” uprawnienia prezydenta RP z perspektywy praktyki sądowego definiowania charakteru informacji o jego służbowym numerze telefonu komórkowego i skutków, jakie z niej wynikają.

2. Numer telefonu komórkowego prezydenta jako informacja publiczna

Na początku rozważań w tym zakresie warto zauważyć, że w Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴, a dokładnie w jej art. 61, zdefiniowano podmiotowe prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne (ust. 1). Mamy tu do czynienia z potwierdzeniem istnienia roszczenia jednostki (w konstytucyjnym ujęciu – obywatela⁵) o przekazanie informacji przez podmiot zobowiązany (w tym przypadku organy władzy, osoby pełniące funkcje publiczne i inne zobowiązane podmioty), w granicach wyznaczonych przez przepisy ustaw (ust. 3 i 4), w następstwie wykonania obowiązku indywidualizowanego każdorazowo w treści przedstawionego przez uprawnionego żądania (ust. 2). Na zobowiązanym spoczywa obowiązek merytorycznego rozpatrzenia takiego żądania, jak również udostępnienia przedmiotowej informacji, jeżeli dotyczy ona jego działalności w duchu prokonstytucyjnej transparentności funkcjonowania sfery publicznej państwa. Podmiot realizujący prawo decyduje natomiast o: zainicjowaniu procedury udostępnienia informacji; o skonkretyzowaniu przedmiotu (zakresu) informacji, którą chce uzyskać od zobowiązanego.

Dopiero 6 września 2001 r. uchwalona została ustawa o dostępie do informacji publicznej, która ostatecznie skonkretyzowała nie tylko tryb udzielania przedmiotowej informacji, ale również pewne zasady szczegółowe⁶. Zgodnie z treścią jej art. 1 za informację publiczną uznaje się każdą informację dotyczącą sprawy

³ Na temat wcześniejszych ujęć K. Prokop, *Uprawnienia nadzwyczajne Prezydenta Rzeczypospolitej w świetle przepisów konstytucji kwietniowej z 1935 r.*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, t. XVIII, z. 2, s. 204 i n.; *idem*, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Temida 2, Białystok 2005, s. 20 i n.; M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007; K. Eckhardt, *Stan nadzwyczajny jako instytucja polskiego prawa konstytucyjnego*, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Przemyśl-Rzeszów 2012.

⁴ Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁵ Obywatel ma prawo do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne. Na ten temat zob. szerzej: M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016; M. Bernaczyk, „Dokument wewnętrzny” jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Rozstrzyganie kolizji w teorii i praktyce prawa, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 45–123.

⁶ Ustawa z dnia 6 września 2001 r., t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 902, dalej: u.d.i.p.

publicznej⁷, za zobowiązanego uznano m.in. organy władzy publicznej (art. 4 ust. 1 pkt 1), a ponadto wskazano, kto (każdy bez konieczności wykazywania interesu prawnego i/lub interesu faktycznego – art. 2 u.d.i.p.⁸) i w jaki sposób (tryb wnioskowy i bezwnioskowy – art. 8 i n.) może skutecznie realizować przyznane mu uprawnienia (art. 3 i n.).

Oczywiście dwudziestoletni okres obowiązywania u.d.i.p. wiązał się z różnymi problemami interpretacyjnymi⁹, ale pomijając ten wątek szczegółowy – mając też na względzie, że przed organem definiowanym w ustawie zasadniczej jako Trybunał Konstytucyjny po raz kolejny zawisła jest sprawa dotycząca zgodności jej postanowień z Konstytucją RP¹⁰ – nie budziło większych wątpliwości, że informacja dotycząca wydatkowania środków publicznych, dysponowania majątkiem publicznym

⁷ W szerokim ujęciu za źródło informacji uznaje się „nie tylko każdy dokument w sensie prawnym, utrwalony w jakiegokolwiek postaci, czy materiał urzędowy, ale w ogóle dane utrwalone w jakiegokolwiek postaci, choćby nie przyjęły one sformalizowanej postaci dokumentu (np. przedmiot). W takim ujęciu informacja może być uzyskana w jakiegokolwiek formie (wglądu, kopii dokumentu, przesłania dokumentu w postaci pliku, zdjęcia skanu, dostępu do przedmiotu itd.), również za pośrednictwem bezpośredniej wypowiedzi osób wchodzących w skład organów publicznych lub osób uprawnionych lub zobowiązanych do reprezentacji takiego organu oraz pracowników zapewniających jego obsługę, co oznacza, że z punktu widzenia ochrony informacji konieczne staje się odróżnienie jej elementów składowych” – por. wyrok WSA w Warszawie z dnia 3 stycznia 2011 r., II SAB/Wa 264/10; wyrok NSA z dnia 18 września 2008 r., I OSK 315/08.; zob. szerzej: I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 17 i n.

⁸ M. Jabłoński, *Udostępnienie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Presscom, Wrocław 2013, s. 47 i n.

⁹ Do tej pory w sprawach rozstrzyganych przez Trybunał Konstytucyjny potwierdzano nadrzędność poszanowania prokonstytucyjnej zasady transparentności. Ten kierunek postrzegania istoty i znaczenia prawa dostępu do informacji publicznej potwierdzany jest od dawna, por.: wyrok TK z 16 września 2002 r., K 38/01; z 20 marca 2006 r., K 17/05; z 12 maja 2008 r., SK 43/05; z 15 października 2009 r., K 26/08; z 13 listopada 2013 r., P 25/12; z 7 czerwca 2016 r., K 8/15; a nawet z 18 grudnia 2018 r., SK 27/14.

¹⁰ Chodzi tu o wniosek I Prezesa SN z 16 lutego 2021 r., K 1/21, w którym sformułowano 6 zarzutów:

- 1) „art. 4 ust. 1 i 2 oraz art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (dalej: u.d.i.p.) w zakresie, w jakim nie konkretyzują znaczenia pojęć: „władze publiczne”, „inne podmioty wykonujące zadania publiczne, „osoby pełniące funkcje publiczne” oraz „związek z pełnieniem funkcji publicznych”, przez co w sposób nieuprawniony poszerzają rozumienie podmiotów obowiązanych do udostępnienia informacji publicznej z art. 61 ust. 1 oraz z zasadą określoności przepisów prawa, która stanowi element klauzuli państwa prawnego z art. 2 Konstytucji RP;
- 2) art. 5 ust. 2 i 3 u.d.i.p. w zakresie, w jakim nakładają na władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne obowiązek udostępniania informacji publicznych „o osobach pełniących funkcje publiczne, mających związek z pełnieniem tych funkcji” również w odniesieniu do informacji należących do sfery prywatności tych osób oraz do danych osobowych z art. 47, art. 51 ust. 2, art. 61 ust. 1 i art. 61 ust. 2 Konstytucji RP oraz z zasadą określoności przepisów prawa, która stanowi element klauzuli państwa prawnego z art. 2 Konstytucji RP, jak również z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2;
- 3) art. 4 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 ust. 1 u.d.i.p. w zakresie, w jakim nie regulują w postępowaniu o udostępnienie informacji publicznej udziału osób pełniących funkcje publiczne, w sytuacji,

przez organy władzy publicznej czy konkretne osoby pełniące funkcję publiczną musi być zakwalifikowana jako informacja publiczna¹¹.

Za taką też informację uznana została informacja o numerze telefonu komórkowego posiadanego przez prezydenta jednego z miast w Polsce. Sąd administracyjny, rozpatrując blisko dekadę temu zasadność wniosku o udostępnienie informacji o numerach telefonów komórkowych prezydenta miasta (organu wykonawczego gminy), których koszty utrzymania ponosi gmina, stwierdził, że „Telefon służbowy (komórkowy) Prezydenta Miasta służy niewątpliwie wykonywaniu przez niego czynności służbowych, a więc jest narzędziem służącym do wykonywania powierzonych mu prawem zadań publicznych. Identyfikację tego narzędzia stanowi numer telefonu. Informacja o tym numerze wynika wprost z dokumentu dotyczącego

w której żądana informacja dotyczy tych osób z art. 47, art. 51 ust. 2, art. 51 ust. 5, art. 61 ust. 1, art. 61 ust. 2 i art. 61 ust. 4 Konstytucji RP;

- 4) art. 1 ust. 1 i 2 w związku z art. 5 ust. 1 u.d.i.p. w zakresie, w jakim nie regulują, w sposób jednoznaczny relacji między nimi a przepisami szczególnymi normującymi dostęp albo ograniczenie dostępu do określonych typów danych znajdujących się w posiadaniu podmiotów wymienionych w art. 61 ust. 1 Konstytucji RP lub w art. 4 ust. 1 lub ust. 2 u.d.i.p., w tym danych chronionych z mocy uregulowań szczególnych, a także stanowiących element akt spraw indywidualnych, jakie były lub są prowadzone przez organy władz publicznych, lub do danych świadczących o wynikach takich postępowań z art. 51 ust. 2, art. 51 ust. 5, art. 61 ust. 1, art. 61 ust. 2 i art. 61 ust. 4 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz z zasadą określoności przepisów prawa, która stanowi element klauzuli państwa prawnego z art. 2 Konstytucji RP;
- 5) art. 5 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 2 ust. 2 u.d.i.p. w zakresie, w jakim przepisy te, nakładając na władze publiczne oraz inne podmioty wykonujące zadania publiczne obowiązek udostępniania informacji publicznej, nie regulują kwestii anonimizacji danych osobowych lub innych danych ze sfery prywatności oraz wyłączają możliwość weryfikacji interesu prawnego lub faktycznego w pozyskaniu tych danych w kontekście nadużycia prawa podmiotowego do uzyskania informacji publicznej z art. 47, art. 51 ust. 2, art. 51 ust. 5, art. 61 ust. 1, art. 61 ust. 2 i art. 61 ust. 4 Konstytucji RP oraz z art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2;
- 6) art. 23 u.d.i.p. w zakresie, w jakim nie spełnia postulatu określoności ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP oraz art. 7 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 oraz z zasadą określoności przepisów prawa, która stanowi element klauzuli państwa prawnego z art. 2 Konstytucji RP”.

¹¹ M. Chmaj, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 61, 62*, Difin, Warszawa 2020; zob. też wyrok NSA z 19 stycznia 2021, III OSK 2714/21, w którym uznano fakturę za informację publiczną w kontekście jej przekazania (w postaci skanu). Bardzo mocno podkreślono to w orzeczeniach NSA: „Kopie faktur wydatków Gminy stanowią informację o majątku jednostek samorządu terytorialnego”, III OSK 56/21; a także z 8 października 2020 r., I OSK 1969/18. Warto w tym miejscu podkreślić, co uczynił też Trybunał Konstytucyjny, odwołując się do wyroku NSA z 21 lipca 2011 r., I OSK 678/11, w którym podniesiono, że „ustawodawca, formułując w art. 61 Konstytucji zasadę «prawa do informacji», wyznaczył tym samym podstawowe reguły wykładni tego uprawnienia. Jeżeli bowiem stanowi ono prawo konstytucyjne, to ustawy określające tryb dostępu do informacji powinny być interpretowane w taki sposób, aby gwarantować obywatelom i innym osobom i jednostkom szerokie uprawnienia w tym zakresie, a wszelkie wyjątki winny być rozumiane wąsko. Oznacza to stosowanie w odniesieniu do tych ustaw takich zasad wykładni, które sprzyjają poszerzaniu, a nie zawężaniu obowiązku informacyjnego” – wyrok TK z 7 czerwca 2016 r., K 8/15.

świadczenia na rzecz dysponenta tego telefonu usługi telekomunikacyjnej. Informacja o numerze tego telefonu spełnia zatem kryteria uznania jej za informację publiczną – podobnie jak to jest z innymi telefonami Urzędu Miejskiego podanymi w Biuletynie Informacji Publicznej Urzędu”¹².

Kwalifikacja przyjęta przez sąd opierała się na kryterium podmiotowym – prezydent miasta jako organ władzy wykonawczej jest organem władzy publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p., przedmiotowym związanym z wykazaniem, że jego używanie służy realizacji zadań publicznych przez konkretnego funkcjonariusza publicznego. Jego zakup, jak i finansowanie użytkowania odbywa się ze środków publicznych (kryterium przedmiotowe)¹³. Podobna kwalifikacja i rozstrzygnięcie wojewódzkiego sądu administracyjnego dotyczyły zasadności udostępnienia informacji o numerze telefonu komórkowego zastępcy dyrektora Departamentu Administracji Podatkowej Ministerstwa Finansów z jednoczesnym podkreśleniem bezzasadności powoływania się na przesłankę ograniczenia dostępu w tym zakresie, jaką miałyby być ochrona jego prywatności¹⁴.

¹² Odrzucona została argumentacja opierająca się na wskazaniu tego, że: „żądanie informacji o numerach telefonów komórkowych pozostających w dyspozycji Prezydenta Miasta nie mieści się w pojęciu informacji o sprawach publicznych, nie jest również wymieniona w kategorii spraw określonych w art. 6 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej. Informacją taką byłaby informacja o ilości tych telefonów czy też o ponoszonych wydatkach na te telefony, jednak o taką informację skarżący nie występował” – wyrok WSA w Szczecinie z 9 sierpnia 2012 r., II SAB/Sz 28/12. Od tego wyroku nie została złożona kasacja.

¹³ Por. wyroki: WSA we Wrocławiu z 10 kwietnia 2013 r., IV SAB/Wr 3/13; WSA w Warszawie z 9 lipca 2013 r., II SAB/Wa 186/13.

¹⁴ „[...] numer telefonu służbowego funkcjonariusza publicznego zajmującego stanowisko organu władzy publicznej nie jest elementem jego prywatnego życia. Telefon taki został bowiem przyznany takiej osobie w związku z pełnioną przez nią funkcją publiczną. Na podstawie ust. 2 art. 5 u.d.i.p. prawo do informacji publicznej podlega zaś ograniczeniu ze względu na prywatność osoby fizycznej. Numery telefonów służbowych są zaś nieodłącznie związane z pełnieniem czynności służbowych i zajmowanym stanowiskiem. Telefon służbowy zastępcy dyrektora Departamentu Administracji Podatkowej Ministerstwa Finansów niewątpliwie służy wykonywaniu czynności służbowych, a więc jest narzędziem służącym do wykonywania powierzonych prawem zadań publicznych. Informacja o numerach telefonów służbowych stanowi zatem informację publiczną, co potwierdza dość już ugruntowane orzecznictwo sądowoadministracyjne. Organy mają więc obowiązek podać taką informację każdemu kto tego zażąda. Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja organu, że udostępnienie numerów służbowych telefonów komórkowych, po godzinach pracy, może doprowadzić do naruszenia sfery prywatności osób z nich korzystających. Telefon służbowy winien być czynny w godzinach pracy urzędowania funkcjonariusza publicznego. Dlatego też funkcjonariusz publiczny nie musi odbierać połączeń telefonicznych w czasie wolnym od pracy, tak aby nie zakłócało to jego życia rodzinnego, czy osobistego” – wyrok WSA w Warszawie z 2 kwietnia 2014 r., VIII SA/Wa 11/14. Skarga kasacyjna została w pewnym zakresie uwzględniona przez NSA zob.: wyrok z 14 października 2015 r., I OSK 2056/14. Co istotne, w uzasadnieniu rozstrzygnięcia NSA stwierdził, że „Za nietrafny uznać [...] argument, że służbowy telefon komórkowy stanowi majątek publiczny i nie ma przeszkód, aby udostępnić pełną wiedzę o elemencie tego majątku. Informacją o sposobie wykorzystania majątku publicznego będzie w tej sytuacji informacja o cenie zakupu aparatu i kosztach jego użytkowania. Numer telefonu komórkowego, sam w sobie, nie posiada wartości majątkowej i nie zawiera informacji o majątku publicznym”.

3. Numer telefonu komórkowego prezydenta RP jako informacja techniczna i niestanowiąca informacji publicznej

Niedługo po wydaniu wskazanych wyżej rozstrzygnięć sądowych do Kancelarii prezydenta RP wpłynął tożsamy wniosek, w treści którego uprawniony wystąpił o udostępnienie numeru telefonu komórkowego, który posiada i użytkuje głowa państwa. Podkreślił jednocześnie, że koszty nabycia i wykorzystywania takiego telefonu pokrywane były (i są na bieżąco) ze środków budżetowych (publicznych)¹⁵. Wnioskodawca konkretnie zażądał przekazania mu drogą elektroniczną jako informacji publicznej numeru służbowego telefonu komórkowego prezydenta RP.

Po uzyskaniu informacji od zobowiązanego (w drodze zawiadomienia przesłanego przez Szefa Kancelarii Sejmu), że numer taki nie jest informacją publiczną, wnioskodawca wystąpił do sądu administracyjnego.

Sąd administracyjny, rozpatrując skargę, potwierdził że prezydent RP jest organem zobowiązanym do udzielania informacji publicznej, ponieważ bez wątpliwości należy go identyfikować jako organ władzy publicznej w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 1 u.d.i.p. Jednak aby mogło dojść do zobowiązania go do udostępnienia konkretnej informacji, musi on ją posiadać, a dodatkowo musi to być informacja publiczna, a więc dotycząca sprawy publicznej w rozumieniu art. 1 ust. 1 u.d.i.p., a nie jakakolwiek informacja.

Mając powyższe na względzie, w kontekście badania tej właśnie sprawy, sąd uznał, że „[...] numery telefonów służbowych Prezydenta RP nie mają charakteru informacji publicznych. Numery te, są jedynie narzędziem w wykonywaniu

¹⁵ Mniej więcej w tym samym czasie wnioski takie kierowane były w stosunku do Ministra Sprawiedliwości i Prokuratora Generalnego. Już przy ich rozpatrywaniu sąd uznał, że „[...] numery telefonów służbowych Ministra Sprawiedliwości nie mają charakteru informacji publicznej. Numery te są jedynie narzędziem w wykonywaniu obowiązków nałożonych na Ministra Sprawiedliwości, służą zatem do komunikowania się z innymi organami w Polsce i za granicą w każdym – wybranym lub wymuszonym okolicznościami czasie. Podanie do publicznej wiadomości takiego numeru telefonu mogłoby doprowadzić do szeregu negatywnych skutków łącznie z zablokowaniem. Ponadto należy wskazać, że żądanie skarżącego nie sprowadza się w istocie do uzyskania dostępu do numeru telefonu jako zbioru cyfr, ale dostępu do kontaktu z określoną osobą – Ministrem Sprawiedliwości. Tymczasem jak słusznie wskazuje organ, dostęp ten z uwagi na charakter urzędu, a przede wszystkim rozliczne obowiązki państwowe, nie jest faktycznie możliwy – ani czasowo, ani logistycznie. Zadania związane z udostępnianiem obywatelom kontaktu we wszystkich sprawach mieszczących się w zakresie działania Ministra Sprawiedliwości sprawuje Ministerstwo Sprawiedliwości. Ministerstwo Sprawiedliwości udostępnia też informacje publiczne związane z działalnością Ministra Sprawiedliwości w sposób przewidziany w art. 10 ustawy o dostępie do informacji publicznej tj. w BIP oraz na wniosek zainteresowanej osoby. W tym celu prowadzona jest strona internetowa. Osoby zainteresowane kontaktem telefonicznym przez Wydział Skarg i Wniosków Biura Ministra. Numery telefonów znajdują się pod adresem www.bip.ms.gov.pl. Żądanie udostępnienia w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej numerów telefonu Ministra Sprawiedliwości, nie mogło zostać przez organ uwzględnione, gdyż numery te nie stanowią informacji publicznej w rozumieniu cytowanej ustawy” – wyrok WSA w Warszawie z 28 maja 2014 r., II SAB/Wa 527/13.

obowiązków nałożonych na Głowę Państwa, służą zatem do komunikowania się z innymi organami w Polsce i za granicą w każdym – wybranym lub wymuszonym okolicznościami, czasie. Podanie do publicznej wiadomości takiego numeru telefonu mogłoby doprowadzić do szeregu negatywnych skutków łącznie z zablokowaniem”¹⁶. Jednocześnie stwierdził, że w przypadku tego żądania nie sprowadza się ono „w istocie do uzyskania dostępu do numeru telefonu jako zbioru cyfr, ale dostępu do kontaktu z określoną osobą – Prezydentem RP. Tymczasem [...] dostęp ten, z uwagi na charakter urzędu, a przede wszystkim rozliczne obowiązki państwowe i dyplomatyczne, nie jest faktycznie możliwy – ani czasowo, ani logistycznie. Prezydent RP kontaktuje się bowiem z obywatelami poprzez orędzia, spotkania, rozliczne wypowiedzi medialne i wywiady, nie można jednak wymagać aby odbywał rozmowy telefoniczne z każdym zainteresowanym obywatelem oddzielnie”¹⁷. Jednocześnie sąd podkreślił, że uzyskanie kontaktu jest możliwe pośrednio przez realizację zadań i funkcji przynależnych Kancelarii, będącej zgodnie z art. 143 Konstytucji „organem pomocniczym Prezydenta RP”¹⁸.

Jak można zauważyć, w przypadku rozstrzygnięcia o udostępnieniu numeru telefonu komórkowego prezydenta RP doszło do zupełnie odmiennej – od wcześniej zastosowanych – kwalifikacji przez sąd charakteru żądanej przez uprawnionego informacji.

Ten kierunek wykładni potwierdzony został w kolejnym rozstrzygnięciu sądu, w którym podniesiono ponadto, że telefon komórkowy jest jedynie narzędziem służącym „Prezydentowi Rzeczypospolitej Polskiej w wykonywaniu nałożonych na niego obowiązków, poprzez komunikowanie się z określonymi osobami, jak np. z innymi organami w Polsce i za granicą w każdym, wybranym lub wymuszonym okolicznościami, czasie, zapewniając w ten sposób prawidłowe wykonywanie urzędu Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej”, natomiast osoby, które chcą uzyskać kontakt w sprawach mieszczących się w zakresie działania tego organu władzy wykonawczej, mogą go realizować poprzez organ pomocniczy, jakim jest Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej¹⁹. Podobne rozstrzygnięcia dotyczyły udostępnienia

¹⁶ Wyrok WSA w Warszawie z 16 kwietnia 2014 r., II SAB/Wa 415/13 i wyrok WSA w Warszawie z 15 maja 2014 r., II SAB/Wa 106/14.

¹⁷ Wyrok WSA w Warszawie z 16 kwietnia 2014 r., II SAB/Wa 415/13.

¹⁸ „Kancelaria udostępnia też informacje publiczne związane z działalnością Prezydenta RP oraz funkcjonowaniem Kancelarii w sposób wskazany w art. 10 ustawy o dostępie do informacji publicznej tj. w BIP oraz na wniosek zainteresowanej osoby. W tym celu prowadzona jest też strona internetowa www.prezydent.pl. Osoby zainteresowane kontaktem telefonicznym z Kancelarią Prezydenta RP mają możliwości skontaktowania się z właściwym tematycznie biurem merytorycznym Kancelarii. Numery telefoniczne do wszystkich biur znajdują się w BIP-ie Kancelarii pod adresem www.prezydent.pl.” – wyrok WSA w Warszawie z 16 kwietnia 2014 r., II SAB/Wa 415/13.

¹⁹ Wyrok WSA w Warszawie z 15 maja 2014 r., II SAB/Wa 106/14.

numerów telefonu komórkowego Prokuratora Generalnego RP²⁰ czy Dyrektora Urzędu Morskiego²¹.

NSA przychylił się do stanowiska przedstawionego przez wojewódzki sąd administracyjny, potwierdzając, że informacja na temat numeru telefonu komórkowego prezydenta RP nie stanowi informacji publicznej. W uzasadnieniu takiego stanowiska podniesiono m.in., że „numer telefonu jest pojęciem czysto technicznym”, zaś informacja „o numerze telefonu, sama w sobie zaś nie stanowi informacji o sprawach publicznych” w rozumieniu art. 1 ust. 1 u.d.i.p.²²

Ostatecznie więc doszło do ustalenia, że informacja dotycząca numeru telefonu komórkowego należącego do prezydenta RP ma charakter informacji technicznej, a nie dotyczącej sprawy publicznej²³. Informacja taka co do zasady charakteryzuje się następującymi cechami²⁴:

- nie przesądza w żadnej mierze o kierunkach działań organu;
- służy użytkowi wewnętrznemu i w żaden sposób nie determinuje czynności organu w sferze zewnętrznej;
- dotyczy sposobu korzystania z konkretnego urządzenia²⁵ i/lub systemu²⁶.

²⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 27 maja 2014 r., II SAB/Wa 434/13 – wniośł o zobowiązanie Prokuratora Generalnego RP do podania mu, opublikowanie numerów telefonów służbowych stacjonarnego i komórkowego, „pod którymi organ jest osiągalny, telefony odbiera”. NSA odrzucił kasację w tej sprawie, zob. wyrok NSA z 5 lutego 2016 r., I OSK 2607/14, wskazując że „Znajomość numeru telefonu służbowego funkcjonariusza publicznego jest więc jedynie środkiem umożliwiającym uzyskanie z daną osobą kontaktu głosowego (za pośrednictwem telefonu). Informacja o numerze telefonu, sama w sobie zaś nie stanowi informacji o sprawach publicznych. Oczywiście, nawiązanie kontaktu telefonicznego z konkretną osobą publiczną może w dalszej kolejności prowadzić do uzyskania od niej nawet szeregu informacji publicznych, ale jest to już odrębne zagadnienie. Tak samo zresztą należy ocenić sytuację, w której dzięki znajomości numeru służbowego telefonu funkcjonariusza publicznego, każdy, kto ten numer posiada, jest w stanie dokonać pewnych ustaleń, pozwalających na uzyskanie różnych informacji (w tym publicznych) związanych z działalnością danego funkcjonariusza. Tym niemniej należy stwierdzić, że organ, do którego skierowano zapytanie w trybie informacji publicznej, nie ma obowiązku domysławiania się, jaką informację publiczną (czy też informacje publiczne), wnioskuje jedynie o podanie mu numeru telefonu służbowego określonego funkcjonariusza publicznego, chciałby w rzeczywistości uzyskać. W tego rodzaju sytuacji nic nie stoi na przeszkodzie by zapytanie, kierowane w trybie informacji publicznej dotyczyło owej rzeczywistej informacji, którą wnioskodawca chciałby poznać”. Por. rozstrzygnięcia NSA w innych sprawach: z 21 kwietnia 2016 r., I OSK 2553/14; z 5 lutego 2016 r., I OSK 2607/14 i I OSK 2458/14.

²¹ Wyrok WSA w Szczecinie z 25 czerwca 2015 r., II SAB/Sz 61/15.

²² Wyrok NSA z 5 lutego 2016 r., I OSK 2458/14.

²³ W innych sprawach por. np. wyrok NSA z 10 stycznia 2014 r. I OSK 2254/13; wyrok NSA z 5 lutego 2016 r., I OSK 2458/14; wyrok NSA z 12 kwietnia 2019 r., I OSK 1648/17; wyrok NSA z 29 kwietnia 2020 r., I OSK 1348/19; wyrok NSA z 12 stycznia 2021 r., III OSK 43/21.

²⁴ Por. wyrok NSA z 4 kwietnia 2019 r., I OSK 1838/17.

²⁵ Zob. np. wyrok NSA z 12 kwietnia 2019 r., I OSK 1648/17.

²⁶ „Należy każdorazowo oddzielać problematykę regulowaną ustawą o dostępie do informacji publicznej, od problematyki związanej z techniczną sferą funkcjonowania narzędzi, jakimi organ posługuje się realizując zadania publiczne. Udostępnianie informacji technicznych np. wskazujących na częstotliwość logowania się do danego narzędzia, czy przedstawiających okresy aktywności lub zmniejszonej aktywności w systemie teleinformatycznym organu, może prowadzić do ujawnienia danych mających istotny wpływ np. na bezpieczeństwo danego narzędzia informatycznego (okresy kiedy będzie mniej lub bardziej podatne na ataki). Z tego powodu dane takie, mające w zasadzie charakter techniczny, nie

Przyjmując założenie, zgodnie z którym w wielu przypadkach nie można w klarowny sposób powiązać przedmiotowej informacji ze sprawą publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 u.d.i.p., nie można skutecznie traktować jej jako informacji publicznej podlegającej udostępnieniu zgodnie z zasadami w ustawie tej sprecyzowanymi.

4. Kwestie systemowe i ich ewentualne skutki

Analizując dotychczasową praktykę orzecniczą, warto podnieść, że numer telefonu (w tym także telefonu komórkowego) jest daną osobową w rozumieniu obowiązujących już od dawna przepisów²⁷. Przyjmując jednak, że numer telefonu służbowego, służącego przecież realizacji zadań i obowiązków przez funkcjonariusza publicznego, nie mógłby skutecznie zostać objęty ochroną w rozumieniu art. 5 ust. 2 u.d.i.p., to w przypadku prezydenta RP warto byłoby zastanowić się nad tym, czy systemowo nie byłoby zasadne objęcie tej przedmiotowej informacji (i nośnika, przecież istnieją dokumenty zakupu telefonu, jak i inne definiujące i identyfikujące jego numer) ochroną na gruncie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych²⁸. Zgodnie z definicją ustawową informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „zastrzeżone”, jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej (art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych). Warto jednocześnie pamiętać, że w odniesieniu do zobowiązanego (zgodnie z treścią art. 1 ust. 2 pkt 1 lit. b ustawy o ochronie informacji niejawnych jest nim prezydent RP), mając też na względzie ustawowe zdefiniowanie pojęć: ryzyka, szacowania ryzyka i zarządzania ryzykiem²⁹ (art. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych), nie powinniśmy mieć wątpliwości, że podstawowym zagadnieniem jest ustalenie przyczyn ewentualnego nieobjęcia tej konkretnej informacji stosowną i wymaganą przez przepisy prawa ochroną.

O tym, że sytuacja taka miała miejsce w latach poprzednich, wiemy z całą pewnością. Gdyby było bowiem inaczej, to niepotrzebna byłaby długotrwała batalia sądowa dotycząca *de facto* „odnalezienia” sposobu odmiennej kwalifikacji informacji,

będą stanowić informacji publicznej. Granica tego rodzaju ocen jest bardzo płynna. Informacje z pozoru techniczne mogą bowiem służyć realizacji celów przewidzianych w ustawie o dostępie do informacji publicznej. Ocena w tym zakresie, z uwagi na niedookreślony charakter tego czy mamy do czynienia z informacją ze sfery technicznej, czy też informacją już spełniającą cechy informacji publicznej, może zatem przysparzać znacznych trudności” – wyrok NSA z 10 stycznia 2014 r., I OSK 2254/13.

²⁷ Por.: M. Krzysztofek, *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie. Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 43.

²⁸ Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742.

²⁹ Zob. szerzej: M. Jabłoński, T. Radziszewski, *Bezpieczeństwo fizyczne i teleinformatyczne informacji niejawnych*, Presscom, Wrocław 2012, s. 96 i n.

jaką jest informacja o numerze telefonu służbowego prezydenta RP od tożsamej informacji dotyczącej innych funkcjonariuszy publicznych (prezydenta miasta czy dyrektora departamentu), uznanych we wcześniejszym orzecznictwie za informację publiczną. W przypadku objęcia określonej informacji ochroną na gruncie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych istniałaby czytelna podstawa do wydania przez zobowiązanego decyzji o odmowie dostępu na podstawie u.d.i.p. ze względu na faktyczne przesłanki, które już wcześniej uzasadniły objęcie tej właśnie konkretnej informacji przedmiotową ochroną. Decyzja taka wydawana byłaby na podstawie art. 5 ust. 1 u.d.i.p. w związku z art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych (gdyby chodziło o klauzulę zastrzeżone, to byłby ust. 4) i odpowiednich przepisów proceduralnych³⁰. Rozwiązanie takie nie deprecjonowałyby jednocześnie racjonalnego powiązania informacji o numerze telefonu, który jest użytkowany przez funkcjonariusza publicznego w zakresie realizacji swoich zadań i kompetencji – i z tego też powodu finansowania ze środków publicznych jego kosztów – z pojęciem informacji publicznej w rozumieniu art. 1 u.d.i.p.

Z perspektywy urzędu głowy państwa tego typu praktyka (brak odpowiedniej ochrony w perspektywie przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych) wydaje się być jednocześnie w istotny sposób nieracjonalna ze względu na konieczność odpowiedniego zabezpieczenia urządzenia, jakim jest telefon użytkowany przez prezydenta RP i to zarówno w kontekście zagrożeń zewnętrznych (ataków obcego wywiadu), jak i wewnętrznych (od najprostszych hakerskich, których celem byłoby samo włamanie, jeszcze bez kradzieży danych czy informacji). Nie budzi też wątpliwości, że z punktu widzenia obowiązujących przepisów z zakresu ochrony danych osobowych (prezydent RP jest administratorem danych) istotne jest wdrożenie zabezpieczeń technicznych oraz organizacyjnych (zastosowane środki bezpieczeństwa i procedur bezpiecznego przetwarzania danych), jak również wywiązania się z innych obowiązków nałożonych przez prawodawstwo unijne i przepisy prawa krajowego³¹.

Warto przecież pamiętać, że ochrona informacji o numerze telefonu komórkowego prezydenta RP nie powinna następować w ramach specyficznie definiowanego przez sąd mechanizmu zaprzeczenia, że jest to informacja publiczna w rozumieniu art. 1

³⁰ Z uwzględnieniem orzecznictwa sądowego, zgodnie z którym: „Należy zatem przyjąć, że jeżeli organ (lub inny zobowiązany podmiot) dysponuje żadaną informacją publiczną i istnieje podstawa do jej udostępnienia, to w postępowaniu tym nie mają w ogóle zastosowania przepisy k.p.a., ponieważ informacja publiczna jest wtedy po prostu udostępniana, co przybiera postać czynności materialno-technicznej. Dla wszczęcia takiego postępowania wystarczy wniosek ustny, bądź złożony w innej niesformalizowanej formie, który nie musi być poparty żadnym uzasadnieniem ani wskazaniem interesu prawnego. Sytuacja natomiast wygląda inaczej, gdy organ zamierza wydać decyzję o odmowie udostępnienia wnioskowanej informacji publicznej w trybie art. 16 ust. 1 u.d.i.p. bądź też umorzyć postępowanie na mocy art. 14 ust. 2 u.d.i.p. lub też wydać jakikolwiek inny akt administracyjny, który wiązałby się z ustaleniem podmiotu, od którego pochodzi wniosek” – wyrok NSA z 10 grudnia 2018 r., I OSK 1574/18; por. wyrok NSA z 31 lipca 2018 r., I OSK 443/18; wyrok WSA w Warszawie z 27 listopada 2018 r., II SA/Wa 595/18; wyrok NSA z 19 czerwca 2020 r., I OSK 1342/19; wyrok NSA z 19 czerwca 2020 r., I OSK 62/20.

³¹ Zob. szerzej: M. Jabłoński, K. Wygoda, *Legalność pozyskiwania i przetwarzania danych osobowych w przestrzeni publicznej. Aspekty praktyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 107 i n.

ust. 1 u.d.i.p. Z drugiej też strony musimy jednocześnie mieć na uwadze, że już sama ochrona bezpieczeństwa publicznego w pełnym zakresie uzasadnia zapewnienie (ale i konieczność) odpowiedniego wyłączenia (ograniczenia w rozumieniu u.d.i.p.) dostępu do informacji choćby o: fakturze zakupu takiego telefonu (lub innego urządzenia), kosztów jego użytkowania, naprawy, zniszczenia itd. Opieranie się na koncepcji, że każde z tych żądań dotyczy informacji technicznej, może prowadzić do niekończącej się historii ponownie definiowanych wniosków i konieczności „merytorycznego i racjonalnego” poszukiwania właściwego ich rozpatrzenia przez zobowiązanego w rozumieniu u.d.i.p, jak i przez sąd rozstrzygający.

Za irracjonalne należałoby przyjąć, że analiza charakteru informacji o numerze telefonu komórkowego użytkowanego przez prezydenta RP, jak i sumy innych informacji z przedmiotowym telefonem związanych (od faktury zakupu do protokołu zniszczenia karty czy samego urządzenia itd.), nie została poddana odpowiedniej ocenie ryzyka, nie doszło do odpowiedniego szacowania ryzyka, a także nie został wdrożony odpowiedni mechanizm zarządzania ryzykiem w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie informacji niejawnych. Trudno też zakładać, że z perspektywy istniejących realnie zagrożeń związanych z korzystaniem z telefonu komórkowego (także prywatnego) nie doszło do ich analizy (szkodliwego wpływu) z punktu widzenia wykonywania przez prezydenta RP zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli itd.

Szokujące byłoby stwierdzenie, że suma różnego rodzaju dokumentów, które powiązane są z użytkowaniem przez prezydenta RP telefonu komórkowego, chroniona byłaby przez odwołanie się już nie do pojęcia informacji technicznej, ale do pojęcia dokumentu (nośnika) wewnętrznego³² czy roboczego³³.

³² Czyli: „nośnika informacji o charakterze wewnętrznym, porządkowym, ewidencyjnym, który ma służyć zapewnieniu bezpieczeństwa” zobowiązanego – np. wyrok NSA z 2 grudnia 2015 r. I OSK 2337/15. Por. wyrok NSA z 14 września 2012 r., I OSK 1203/12; z 25 marca 2014 r., I OSK 2320/13; z 31 lipca 2014 r., I OSK 2770/13; z 18 września 2014 r., I OSK 3073/13; z 2 grudnia 2015 r. I OSK 2337/15; z 30 kwietnia 2020 r., I OSK 3351/19, a ponadto wyroki WSA w Warszawie: z 19 marca 2015 r., II SA/Wa 2081/14, z 16 kwietnia 2015 r., II SAB/Wa 1055/14, z 12 stycznia 2015 r., II SAB/Wa 668/14. W wyroku z 13 listopada 2013 r., P 25/12, również Trybunał Konstytucyjny zgodził się z koncepcją, że z „szerokiego zakresu przedmiotowego informacji publicznej wyłączeniu podlegają [...] treści zawarte w dokumentach wewnętrznych, rozumiane jako informacje o charakterze roboczym (zapisy, notatki), które zostały utrwalone w formie tradycyjnej lub elektronicznej i stanowią pewien proces myślowy, proces rozważań, etap wypracowywania finalnej koncepcji, przyjęcia ostatecznego stanowiska przez pojedynczego pracownika lub zespół. W ich przypadku można bowiem mówić o pewnym stadium na drodze do wytworzenia informacji publicznej. Od «dokumentów urzędowych» w rozumieniu art. 6 ust. 2 u.d.i.p. odróżnia się zatem «dokumenty wewnętrzne» służące wprawdzie realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nieprzesadzające o kierunkach działania organu. Dokumenty takie służą wymianie informacji, zgromadzeniu niezbędnych materiałów, uzgadnianiu poglądów i stanowisk. Nie są jednak wyrazem stanowiska organu, wobec czego nie stanowią informacji publicznej”, do którego odwoływał się Trybunał również w wyroku z 9 kwietnia 2015 r., K 14/13.

³³ Konkretyzację dokumentu roboczego Trybunał Konstytucyjny zaprezentował w wyroku z 13 listopada 2013 r., P 25/12; podobnie w orzecznictwie sądów administracyjnych – por.: wyrok WSA w Rzeszowie z 3 czerwca 2014 r., II SAB/Rz 25/14 z jednoczesnym przywołaniem postanowienia NSA

Gdyby jednak okazało się, że w praktyce działania takie nie zostały podjęte lub wprowadzone zostały, ale w dalszym ciągu ta sfera informacyjna nie została objęta odpowiednią ochroną i wynikającymi z niej konsekwencjami (tak w zakresie identyfikacji procedury i upoważnienia do udostępniania numeru tego telefonu, jak i jego zabezpieczenia w ramach użytkowania), jeżeli nośniki tych informacji nie zostały opatrzone właściwymi klauzulami, to wtedy właśnie mielibyśmy do czynienia z praktyką ukształtowania się „nadzwyczajnych” i pozasystemowych uprawnień prezydenta RP. Sytuacja taka byłaby równoznaczna m.in. z istnieniem swobody decydowania przez głowę państwa, kiedy i komu udostępnia swój numer telefonu komórkowego.

Należy mieć nadzieję, że w praktyce tego typu przypuszczenia są jedynie hipotetyczne, a istniejący obecnie system identyfikacji informacji, specyfiki objęcia jej ochroną na podstawie obowiązujących przepisów prawa i oczywiście w zgodzie z nimi, szacowania ryzyka itd., ma obecnie charakter kompletny. Nic bardziej nie pogłębia autorytetu głowy państwa jak definiowanie modelowych rozwiązań i to nie tylko w kontekście realizacji konstytucyjnych kompetencji (prerogatyw) i zadań, ale i tych wynikających z przepisów ustawowych³⁴.

Oczywiste jest również to, że działania w przedmiotowo wskazanym obszarze informacyjnym nie będzie podejmował samodzielnie prezydent RP. Istotne jest tym bardziej, aby odpowiednie instytucje miały świadomość tego, że nie mogą być one realizowane w próżni i/lub z pominięciem tych regulacji (oraz skutków ich prawidłowego stosowania), które w immanentnym zakresie muszą być systemowo uwzględniane.

5. Podsumowanie

Zasada legalizmu wyrażona w art. 7 Konstytucji RP sprowadza się do czytelnego potwierdzenia, że „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Przyjąć należy, że zasada ta powinna zawsze determinować ocenę istniejących praktyk, jak również działalności konkretnych organów i instytucji publicznych. Oczywiście bowiem jest, że prezydent RP sam nie może definiować nowych kompetencji, które identyfikowane byłyby nie tylko jako zwykłe, ale przede wszystkim jako

z 11 grudnia 2002 r., II SAB 105/02; wyrok WSA w Warszawie z 17 maja 2007 r., II SA/Wa 69/07; wyrok WSA w Warszawie z 16 listopada 2007 r., II SAB/Wa 68/07; wyroki NSA: z 11 maja 2006 r., II OSK 812/05; z 14 września 2010 r., I OSK 1035/10; z 22 czerwca 2010 r., I OSK 385/10. Zob. też: wyrok NSA z 27 stycznia 2012 r., I OSK 2130/11; z 23 lipca 2012 r., I OSK 896/12. „Racjonalny ustawodawca konstytucyjny, kreując prawo dostępu do informacji publicznej, nie zmierzał do wyposażenia obywateli w nieskrępowaną możliwość żądania ujawnienia wszelkich – nawet nieoficjalnych i roboczych – materiałów czy dokumentów, które organy władzy publicznej wytwarzają, pozyskują lub z których korzystają w toku swojej działalności. Wszak nieracjonalnie szerokie i bezwyjątkowe ujęcie prawa do informacji mogłoby w skrajnych przypadkach prowadzić wręcz do paraliżu funkcjonowania organów władzy” – wyrok NSA z 27 lutego 2014 r., I OSK 1769/13; wyrok NSA z 30 kwietnia 2020 r., I OSK 3351/19.

³⁴ Zob. szerzej: D. Dudek, *Autorytet Prezydenta a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013, s. 17 i n.

„nadzwyczajne”. Uprawnień takich nie posiada również sąd rozstrzygający o sprawach, które – tak przynajmniej mogłoby się wydawać – nie mają nic wspólnego z definowaniem „jakichś” nowych kompetencji czy też uprawnień przynależnych organom państwowym.

Szersze i systemowe spojrzenie na konsekwencje funkcjonujących w rzeczywistości praktyk powinno eliminować te, które prowadzą nie tylko do zaprzeczenia racjonalności ustawodawcy, ale co chyba ważniejsze, do poszanowania zasady legalizmu i odpowiedniego wywiązywania się z obowiązków przez każdy organ władzy publicznej potwierdzonych w obowiązujących przepisach prawa.

Powaga i autorytet organu władzy, jakim jest prezydent RP, wymagają tego, aby nawet tak drobne kwestie, jak określenie charakteru i statusu informacji o numerze telefonu komórkowego, którym jako funkcjonariusz publiczny się posługuje, nie były sprowadzane do parodii prawnych rozwiązań systemowych.

Wokół wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie kadencji Rzecznika Praw Obywatelskich

Tytuł niniejszego tekstu otwiera słowo „wokół”, zapowiadające szereg uwag związanych ze wskazanym w tytule wyrokiem polskiego Trybunału Konstytucyjnego (z 15 kwietnia 2021 r., K 20/20), ale niestanowiących w sumie systematycznej i jednolitej doktrynalno-konstytucyjnej analizy wyroku. Z kilku powodów. Pierwszy jest taki, że wyrok ten jest pod wieloma względami tak bardzo nieprzemyślany, że nie ma on szansy wzbogacić polskiej doktryny konstytucyjnej i utrwalić w niej jakichś dodanych wartości, a choćby otworzyć drogi dla ich przemyśleń. I właściwie jest to powód wystarczający. Ale z drugiej strony trudno ten wyrok pominąć całkowitym milczeniem, bo to by oznaczało, że bez słowa krytyki pozostawia się go w dorobku polskiego orzecznictwa konstytucyjnego. Tym bardziej, że na kanwie tego orzeczenia pojawia się szereg spraw, które warto podjąć niejako „przy okazji” – jedne omówić, inne tylko zauważyć jako przedmiot dyskusji, wreszcie niektóre zasygnalizować jako przejaw nowych zjawisk w polskiej kulturze politycznej i prawnej.

Na początek kwestia autorstwa wniosku. Nie ulega wątpliwości prawo parlamentarzystów (50 posłów, 30 senatorów) do wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o kontrolę zgodności z konstytucją określonego aktu normatywnego. Jak wiadomo, akty normatywne podlegające kontroli TK są różne (art. 188 Konstytucji RP z 1997 r.¹) i różne są podmioty uprawnione do takich wniosków (art. 191 i 79 tejże Konstytucji), przy czym w obu przypadkach – zarówno co do aktów, jak i podmiotów – Konstytucja wymienia je enumeratywnie. Daje to możliwość wystąpienia o kontrolę podmiotowi, który został „dotknięty” aktem, bądź to jako reprezentant interesu społecznego, jako podmiot wykonujący (stosujący) akt, bądź osobiście (art. 79), ale niebędącemu autorem aktu ani niedysponującemu możliwością jego zmiany czy inicjowania zmiany. W pewnym sensie można tu dostrzec specyficzny aspekt kontroli konstytucyjności i swego rodzaju jej uniwersalny charakter. To nie wyklucza oczywiście uprawnienia parlamentarzystów w stosunku do ustaw, bo z jednej strony przepis Konstytucji jest ogólny, z drugiej – odpowiada na potrzeby różnych sytuacji, w tym układów politycznych w parlamencie (prawa opozycji), kiedy Trybunał Konstytucyjny może być bezstronnym arbitrem.

* Prof. dr hab. Maria Kruk, Uczelnia Łazarskiego, Warszawa, ORCID: [0000-0002-2788-1755](https://orcid.org/0000-0002-2788-1755).

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.; Dz. U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319; Dz. U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471; Dz. U. z 2009 r. Nr 114, poz. 946).

Jak było w tym konkretnym przypadku i czy może to mieć znaczenie? Z wnioskiem o niekonstytucyjność przepisu ustawy² wystąpiła grupa posłów należących do partii (koalicji) od kilku lat rządzącej, mającej większość w Sejmie (a wcześniej też w Senacie) i w praktyce z dużą łatwością uchwalającej czy nowelizującej ustawy, nawet przy sprzeciwie całej opozycji, także przy sprzeciwie Senatu, który to sprzeciw jest w Sejmie łatwo odrzucany. Fakt istnienia tej okrzepłej większości, która ma za sobą szereg „dokonań” w zakresie zmiany ustaw, wskazywałby na takie właśnie logiczne działanie, czyli zmianę przepisu. Nieco inaczej wyglądałaby sytuacja opozycji, której inicjatywy bywają odkładane lub odrzucane. Bo decyduje większość.

Tym bardziej łatwa byłaby zmiana tego (jak i innego) przepisu, zamiast zaskarżania go, zwłaszcza że można by zarazem uchwalić jakieś jego nowe brzmienie. Bo trzeba wziąć pod uwagę zasadę skargowości, powodującą, że Trybunał nie jest dopytywany przez ewentualnie wątpiących, czy aby dany przepis jest zgodny z Konstytucją, lecz podmiot skarżący jest o niezgodności przekonany i dowodzi tego, wskazując zarazem motywy wniosku, źródła i formy niezgodności, poprawne wzorce, konsekwencje itp. Jeśli wniosek pochodzi od parlamentarzystów, to właśnie widząc, dlaczego przepis jest niekonstytucyjny, mogą doprowadzić do nowelizacji, zwłaszcza mając za sobą większość. I szczególnie w sytuacji – a to nie jest obojętne – gdy przepis obowiązuje od 1991 r., a macierzysta partia ma w Sejmie większość od kilku lat i jeszcze ma „własnego” Prezydenta. A przepis nie był, według nich, dotychczas, czyli od początku obowiązywania ustawy o RPO, zmieniany (o tym, że zmiana była rozważana i świadomie zaniechana, skarżący nie wiedzieli, ale o tym dalej).

O co więc chodziło? Przedmiotem zaskarżenia był art. 3 ust. 6 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich³, przewidujący, że „Rzecznik Praw Obywatelskich pełni swoje obowiązki do czasu wyboru nowego Rzecznika”. I jest to – zdaniem wnioskodawców – przepis sprzeczny z postanowieniem Konstytucji RP z 1997 r. o 5-letniej kadencji RPO. Nie trzeba dodawać, że tego wyboru, czyli wyboru Rzecznika, dokonuje Sejm za zgodą Senatu, czyli parlament właśnie. I parlament może to uczynić w odpowiednim terminie, tak aby przepis ten nie musiał mieć zastosowania. Ponieważ jednak w ciągu trzydziestu lat istnienia instytucji RPO to się nie udawało (nie licząc przedwcześnie zakończonej kadencji dr. Janusza Kochanowskiego), problem istnieje. Jakoby nierozwiązany.

Wydawać by się mogło, że gdy wreszcie przyszło opamiętanie, to zamiast angażować Trybunał Konstytucyjny, należało raczej wnieść inicjatywę ustawodawczą w celu zmiany ustawy, przeprowadzić dyskusję, przy okazji dowiedzieć się o czegoś o historii tego przepisu, a mając nadal przekonanie o konieczności zmiany i niezbędnej większości – dokonać tego. I zaproponować inne rozwiązanie. A wtedy jakaś inna grupa parlamentarzystów mogłaby to nowe brzmienie zaskarżyć do Trybunału. Bo nie chodzi o to, że parlamentarzyści nie powinni składać do TK wniosków o zbadanie niekonstytucyjności przepisu ustawy, który sami mogą zmienić, czyli dostosować do

² Zob. niżej.

³ Ustawa z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627 ze zm.).

Konstytucji. Nie chodzi więc o wykluczanie możliwości parlamentarnego zaskarżania ustaw, ale o jej racjonalne wykorzystywanie nie tyle przez większość, co przez mniejszość. Bo w różnych okolicznościach może to być przydatne, a nawet konieczne. Jeśli jednak dotyczy to przepisu jeszcze „przedkonstytucyjnego”, którego przez dziesięciolecie nie kwestionowano ani nie podnoszono jego niedostosowania do nowej Konstytucji, to dziwne wydaje się zaczynanie od wyroku Trybunału. I dlatego w tej pierwszej uwadze chodzi tylko o zauważenie tej okoliczności. Sugerującej możliwość posłużenia się Trybunałem w sytuacji, gdy – jak podejrzewa nieprzychylna opinia publiczna – nie chodziło o przepis, ale o personalia. I nie o debatę nad sensem i potrzebą danego przepisu, ale o decyzję, z którą się nie dyskutuje.

Zanim jednak przedstawiona zostanie argumentacja wnioskodawców, kilku słów wymaga jakość wniosku. Ponieważ pewne aspekty argumentacji będą omówione dalej, tu o aspekcie formalnym, zwłaszcza poprawności językowej. Bo jeśli pod wnioskiem podpisany jest m.in. minister edukacji i nauki, a przy tym profesor prawa konstytucyjnego, to trudno to przemilczeć. Nie mówiąc już o tym, że przecież wnioski, wyroki i wszelkie tego typu dokumenty pozostają nie tylko w „dorobku” Trybunału, ale także doktryny prawnej, którą wzbogacają i często kształtują. I są cytowane. A jak tu cytować coś, co jest „predystynowane” (i to nie raz, więc to nie literówka), ma „dysonans normatywy” (ale „normatywa” to pewnie literówka), a „w oparciu” ma „zapisy konstytucyjne”, gdzie „aspekt podkreśla” i dotyczy „wymienionych w Nim organów” (kim jest ten „on” z takim szacunkiem pisany dużą literą?) itd. Może są to błędy nieszkodliwe (mała nieznamość obcojęzycznego terminu, literówka, drobne przeoczenia korekty, zapisy zamiast przepisów i to jeszcze pomieszczone „w oparciu” czegoś), które mogą się przytrafić każdemu autorowi, w każdym tekście, ale warunkiem musi być, że jest to zjawisko jednostkowe, przypadkowe, nie zaś niestaranność, niekiedy nawet utrudniająca rozumienie wyводу, jeśli np. w zdaniu podmiot oddzielony jest od orzeczenia przecinkiem, po dwukropku jest duża litera (choć to nie nazwa), a przedmiot zaskarżenia z art. 3 ust. 6 zamienia się w art. 6 ust. 3 (w uzupełnieniu wniosku)? Chociaż każdy przykład z osobna to drobiazg, ale te drobiazgi zebrane w jednym dokumencie składają się na obraz swoistej metody, lekceważącej nie tylko Trybunał i jego sędziów, uczestników postępowania, doktrynę, a także obserwatorów – obywateli, zwłaszcza jeśli w „otoczeniu” tych uchybień przywołuje się takie wartości, jak państwo prawa, praworządność, godność i inne.

Generalnie, jak wspomniano, we wniosku została zaatakowana zasada, że mimo upływu kadencji do momentu objęcia stanowiska przez nowego RPO dotychczasowy Rzecznik pełni swoje obowiązki⁴. Nie jest to zasada prawu i praktyce prawno-konstytucyjnej nieznana. Można by nawet powiedzieć, że zasadę taką tworzy sama Konstytucja. Wprawdzie nie odnosi jej wprost do RPO, ale sama stosuje w odniesieniu do tak ważnych organów konstytucyjnych, jak parlament, Prezydent czy premier i Rada Ministrów. I zasada, i przepisy Konstytucji, które ją formułują oraz stosują, są wnioskodawcom znane, ale inaczej traktowane, inaczej interpretowane.

⁴ W uzupełnieniu do wniosku twierdzi się, że to osoba pełniąca obowiązki RPO, ale o tym dalej.

O jaką stosowaną przez Konstytucję zasadę chodzi? Sejm i Senat wybierane są na kadencję, jednak w czasie stanu nadzwyczajnego oraz w ciągu 90 dni po jego zakończeniu nie mogą być przeprowadzane wybory. Jeśli zatem na ten czas wypadłby termin przeprowadzenia wyborów, kadencje tych organów zostają przedłużone (art. 228 ust. 7 Konstytucji RP)⁵, tym samym pełnią one nadal – do czasu wyboru nowych izb, a nawet ich pierwszego posiedzenia – swoje obowiązki.

Kolejny przykład dotyczy sytuacji, gdy kadencja Sejmu (tym samym Senatu) została skrócona albo przez sam Sejm własną uchwałą, albo przez Prezydenta z określonych powodów (odpowiednio art. 98 ust. 3, art. 155 ust. 2 Konstytucji). Wówczas na mocy przepisów określających datę wyborów i pierwszego posiedzenia Sejmu do tego czasu działa parlament, mimo skróconej kadencji⁶, zwłaszcza że polski system nie przewiduje tzw. okresu międzykadencyjnego (ani nawet trybu sesyjnego prac parlamentu), co mogłoby mieć w tej sytuacji zastosowanie.

Analogicznie przedstawia się sytuacja Prezydenta w czasie stanów nadzwyczajnych, kiedy to na tej samej podstawie prawnej (art. 228 ust. 7 – nieprzeprowadzania wyborów w okresie tych stanów) głowa państwa funkcjonuje w ramach przedłużonej kadencji. Dotyczy to też organów samorządu terytorialnego. Skoro Konstytucja *expressis verbis* dokonuje przedłużenia kadencji, to oczywiście sporu być nie może, ale tu chodzi o inny aspekt tej zasady, a mianowicie o wskazanie konieczności kontynuacji działania tych organów w sytuacji, gdy nie można wybrać „następcy”. Konstytucja nie nakazuje przedłużania kadencji w innych przypadkach, ale niejako wskazuje sposób zaradzenia problemowi braku następcy: jest nim kontynuacja działania.

Wreszcie Rada Ministrów. W określonych konstytucyjnie przypadkach Prezes Rady Ministrów składa dymisję Rady Ministrów, którą przyjmuje Prezydent (tylko w razie rezygnacji premiera może dymisji nie przyjąć). Ale przyjmując dymisję Rady Ministrów, Prezydent powierza jej dalsze sprawowanie obowiązków do czasu powołania nowego rządu (art. 162 ust. 3 Konstytucji z 1997 r.). Ta sytuacja jest jeszcze o tyle szczególna, że o ile w poprzednich przypadkach niejako o konieczności funkcjonowania organów poza terminem kadencji zadecydował los (może z wyjątkiem skrócenia kadencji przez Sejm), o tyle premier składa dymisję nie tylko w obliczu nowej kadencji parlamentu, ale także wtedy, gdy rząd nie otrzymał wotum zaufania albo otrzymał wotum nieufności. A mimo to zdymisjonowany rząd działa dalej, a nawet można powiedzieć – musi działać dalej. Tu już nie ma mowy o przedłużeniu kadencji, bo rząd jej nie ma, ale istota zasady jest taka sama: niezbędność kontynuacji działania.

⁵ Kadencja nie może też być skrócona.

⁶ W tradycyjnych konstytucjach, i tak też było w Polsce, takie skrócenie kadencji nazywano rozwiązaniem parlamentu (izb, izby). Dość często oznacza to wystąpienie tzw. okresu międzykadencyjnego – od rozwiązania do rozpoczęcia nowej kadencji rozwiązany parlament nie działał. Kiedy w Polsce wprowadzono zasadę permanencji, źle brzmiała formuła o funkcjonowaniu rozwiązanego organu, zaczęto więc używać terminu „skrócenie kadencji”. Kadencja skrócona trwa do rozpoczęcia nowej.

Jak widać, we wszystkich tych przypadkach Konstytucja posługuje się tą samą zasadą: ten sam organ (podmiot) pełni swoją funkcję w sytuacji, gdy z określonych przyczyn jego następca nie może jeszcze podjąć obowiązków, czyli mówiąc prościej – tego następcy jeszcze nie ma. Bo albo tego następcy nie można w określonych warunkach wyłonić, albo nie udało się odpowiednim organom tego uczynić. Konstytucja nie poszukuje żadnych prawnych figur kreujących tymczasowego zastępcę ani nie pozwala na wakat, lecz wybiera formułę najbardziej logiczną: powierzenia funkcji temu organowi, który został wcześniej praworządnie wybrany (czyli zgodnie z Konstytucją), bo jest to najlepsze rozwiązanie. Nikt „tymczasowy” nie ma tak dobrej legitymizacji jak on. Co więcej – nawet jeśli tę legitymację traci, jak rząd, któremu Sejm odmówił zaufania, ustrojodawca nie dostrzega lepszego rozwiązania. Z różnych powodów, ale przede wszystkim dla zachowania ciągłości władzy, której zachowanie jest nakazem konstytucyjnym (por. art. 126 ust. 1 Konstytucji).

Wnioskodawcy dostrzegają te konstytucyjne przypadki, ale podnoszą najbardziej banalny argument, że jest to zupełnie co innego, bo to jest w Konstytucji napisane, a w przypadku innych organów nie jest napisane (przypomina to uzasadnienie powoływania piętnastu członków KRS przez Sejm – obok tych czterech konstytucyjnych Sejmowi przypisanych – bo przecież „nie jest napisane”, kto ma wybrać przedstawicieli sądów, a zwłaszcza nie jest napisane, że nie może tego czynić Sejm). Wszelka wykładnia historyczna⁷, poprawne rozumowania prawnicze⁸, argumenty porównawcze, odesłanie do ustawy, w której, jako w akcie wykonawczym do Konstytucji, to właśnie jest napisane, wreszcie logika, nie mają tu przystępu, bo „nie jest napisane”.

Oczywiście, że ma znaczenie to, iż Konstytucja w takiej sytuacji (owego braku następcy), w stosunku do naczelných organów władzy określa to *expressis verbis*, ale równie duże znaczenie ma fakt, że konsekwentnie posługuje się tą samą zasadą, uwiarygadniając ją i pośrednio wskazując trafność jej zastosowania także wtedy, kiedy Konstytucja określa tylko kadencję. Trudno sobie wyobrazić, żeby ustrojodawca, wskazując długość kadencji i sposób wyboru danego organu, nie uwzględnił – nawet przy założeniu, że wybierający dołożą staranności i terminowo dokonają powołania następcy – ewentualnego opóźnienia, biorąc zwłaszcza pod uwagę wymóg nieprzerwanej pracy danego organu, czyli ciągłości jego funkcjonowania.

Zasada, o której mowa, jest stosowana nie tylko w prawie polskim. W piśmie procesowym Rzecznika Praw Obywatelskich przytoczono przykłady znacznej liczby państw, w których w odniesieniu do funkcji Ombudsmana także przewiduje się, że

⁷ Zob. A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017. Autorka, wskazując znaczenie historii danej legislacji dla jej wykładni, stwierdza po prostu, że jeśli ktoś chce zrozumieć tekst, musi znać sytuację, na którą był odpowiedzią (s. 41).

⁸ Problem nie jest nowy w polskiej literaturze prawniczej, zob. M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Zakład Praw Człowieka WPiA UW, Warszawa 2008, a ostatnio sążniste dzieło: M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2021.

gdy mimo upływu kadencji następcą nie został na czas powołany (nie objął funkcji), dotychczasowy rzecznik wykonuje swoje obowiązki. I są to państwa o różnym stopniu zaawansowania ustroju demokratycznego czy długości i stabilności tradycji demokratycznej. Znajdują się tu zarówno Albania czy Azerbejdżan, Bośnia i Hercegowina, Kosowo, Federacja Rosyjska, jak też Republika Czeska, Bułgaria, Dania, Litwa, Portugalia, Rumunia, Ukraina i inne, w których instytucja Ombudsmana (na szczeblu centralnym) istnieje⁹.

Często podobna zasada występuje w prawie międzynarodowym, na podstawie którego powoływane są międzynarodowe organy praw człowieka czy sądy. Tak na przykład jest w przypadku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którego sędziowie wybierani są na dziewięcioletnią, zresztą niepowtarzalną, kadencję i którzy „[...] sprawują swój urząd do czasu ich zastąpienia, tj. do czasu złożenia przez następcę przysięgi lub uroczystego oświadczenia”¹⁰. Tak samo sędzia sprawuje swój urząd, jeśli z powodu ukończenia 70 lat (granica kadencji) jego kadencja uległa zakończeniu, ale następcą sędziego nie został jeszcze powołany (kompetencje ograniczają się do prowadzenia rozpoczętych spraw, co jest oczywiste w obliczu końca kadencji, ale trzeba pamiętać, że Trybunał nie jest organem jednoosobowym, więc jego ciągłość nie jest zagrożona i nowe sprawy podejmują inni).

Jeśli chodzi o Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, to jesteśmy w Polsce właśnie świadkami pełnienia obowiązków przez polskiego sędziego TSUE, prof. Marka Safjana, mimo upływu jego kadencji, bo Polska nie zaproponowała na tyle wcześniej kandydata na to stanowisko, aby mogła być terminowo przeprowadzona procedura obsadzenia stanowiska. A tymczasem Statut TSUE przewiduje analogiczną zasadę w art. 5 akapit 3¹¹. Nie mówiąc już o sytuacji innego polskiego sędziego w TSUE (dodatkowo powołanego kilka lat temu na okres pół roku), który pełni te obowiązki dotychczas z powodu trudności w skutecznym wyłonieniu nowej (lub ponownego zgłoszenia tej) kandydatury przez polskie władze.

Podobna zasada stosowana jest wobec Ombudsmana europejskiego, którego kadencja powiązana jest z kadencją Parlamentu Europejskiego (PE wybiera Rzecznika na początku swej kadencji i na czas jej trwania). Także on pełni swoje obowiązki do momentu przejścia obowiązków przez następcę¹².

To przykłady, ale wskazują nie tylko na uniwersalność tej zasady i jej przydatność, ale także na uznanie, że w określonych sytuacjach jest to rozwiązanie najbardziej praworządne (chyba że polski TK uzna całe to prawo międzynarodowe za niezgodne z polską Konstytucją).

⁹ Pismo procesowe RPO, Adama Bodnara z 30.09.2020 do akt o sygn. K 20/20, s. 11-13.

¹⁰ J. Zaleśny, *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, [w:] M. Kruk, M. Olszówka, M. Godlewski, M. Jarosz, M. Laskowska, J. Zaleśny, *Ochrona praw i wolności. System instytucjonalny w Rzeczypospolitej Polskiej*, Difin, Warszawa 2019, s. 450.

¹¹ Protokół nr 3 w sprawie Statutu TSUE (załącznik do TFUE, t.u. Dz. Urz. UE C 202/1 z 7.06.2016 r.).

¹² J. Zaleśny, *Europejski Rzecznik...*, s. 523.

W Polsce zasadę tę stosuje się częściej niż tylko w przypadku ustawy o RPO. Tak samo bowiem jest w przypadku Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Prezesa Narodowego Banku Polskiego i innych organów – nieprzewidzianych w Konstytucji, ale wobec których ustawa przewiduje analogiczną zasadę, m.in. w odniesieniu do Rzecznika Praw Dziecka.

Ale gdy przyjrzyć się głębiej pewnym mechanizmom prawa, to można by dostrzec, że zasada ta może mieć nawet ogólniejsze zastosowanie niż tylko w odniesieniu do rotacji stanowisk. Działa ona przecież w innych konfiguracjach, np. w przepisach o dostosowaniu prawa do nowej Konstytucji, pozostawiając na to dostosowanie czas bez natychmiastowego uchylecia przed konstytucyjnymi przepisami, czy w przypadku, gdy TK postanawia, że wyrok z określonych względów wejdzie w życie w terminie późniejszym, co pozwala nawet niekonstytucyjnym przepisom pozostawać w mocy do czasu zmiany prawa (a nawet zmiany Konstytucji, jak w przypadku ENA (europejskiego nakazu aresztowania) i art. 55 Konstytucji RP, nie mówiąc np. już o Konstytucji francuskiej, zmienianej po wielu orzeczeniach Rady Konstytucyjnej o niezgodności nowych traktatów europejskich z Konstytucją V Republiki¹³). Także jeśli kierowcy wskutek naruszenia przepisów odebrane jest prawo jazdy, może on jeszcze przez 24 godziny z niego korzystać. W pewnym sensie nawet *vacatio legis* nakazuje „starym” przepisom obowiązywać nadal, chociaż fakt, że zostały zmienione, pozwala uznać, że z jakichś powodów to poprzednie prawo uznano za nieadekwatne do potrzeb. Oczywiście zasadnicza idea *vacatio legis* ma inny cel.

Jest to bowiem zasada uniwersalna, proponująca najbardziej zgodne z wartościami państwa prawa rozwiązanie braku nowej obsady urzędu w przypadku zakończenia poprzedniej kadencji, gdy jego działanie nie powinno, ze względu na dobro innych, być przerwane. I dlatego wydaje się, że może być zastosowana do Rzecznika Praw Obywatelskich. Wszak wśród wielu rozumowań prawniczych znaleźć można przemawiające za tym argumenty jak choćby „argument z analogii”¹⁴. Może uprawnienie dotychczasowego Rzecznika do pełnienia jego funkcji jest nawet bardziej „konstytucyjne” od powierzenia funkcji dotychczasowemu zastępcy danego organu, bo przecież nie był on wybrany, czyli legitymizowany w taki sam sposób¹⁵ jak ów ustępujący organ konstytucyjny¹⁶. A nieporównanie bardziej prawidłowe niż jakkolwiek „komisarz” albo pozostawienie wakatu. I jakie są gwarancje, że ów zastępca, komisarz czy funkcjonariusz p.o. nie pozostanie na stanowisku przez nieoznaczony czas wobec niezdolności np. Sejmu i Senatu do wyboru nowego RPO? Czy będzie to

¹³ Prawda, że kontroli tego typu dokonywano przed ratyfikacją, a nie jak w Polsce kilkanaście lat potem, a jeśli chodzi o Europejską Konwencję Praw Człowieka – po ponad 30 latach od jej ratyfikowania przez RP.

¹⁴ Zob. M. Araszkiewicz, R. Michalczuk, M. Pach, *Argument z analogii*, [w:] M. Florczak-Wątor, A. Grabowski (red.), *Argumenty i rozumowania...*, s. 1052 i n. I może nawet bardziej przekonująca byłaby analogia z przepisami Konstytucji niż porównawcza?

¹⁵ W cytowanym piśmie procesowym RPO przytoczone są także przykłady wskazujące na takie rozwiązanie zagraniczne, jednak z reguły owi zastępcy mają szczególny status (np. immunitet, powołanie przez organ konstytucyjny).

¹⁶ O racji wynikającej z tego legitymizowania zob. też *Pismo procesowe RPO...*, s. 6.

wtedy zgodne z Konstytucją? Gdyby zastosować myślenie, że lepszy ktokolwiek niż ten, który był praworządnie wybrany, ale skończyła się jego kadencja, to chyba tak, bo przecież Konstytucja nie określa kadencji „tego kogoś” – ani jej długości, ani w ogóle że jest, więc nie miałoby „tym samym” miejsca złamanie przepisu o długości kadencji. Wnioskodawcy prowokują do takich absurdalnych hipotez.

Pora zatem na kilka słów o argumentacji wnioskodawców. Powoływanie się na zasadę państwa prawnego i praworządność jest tu wyłącznie dekoracyjne, bo nie zostało konkretnie wskazane, co w tym zakresie jest naruszone, z wyjątkiem naruszenia długości kadencji, wyznaczonej przez Konstytucję na 5 lat. Ale czy rzeczywiście ustawa narusza kadencję w takim sensie, że ją przedłuża? Można by podjąć polemikę z określeniem „przedłużenie kadencji” w odniesieniu do formuły przyjętej w ustawie o RPO, chociaż dość powszechnie i potocznie jest to tak nazywane i faktycznie może tyle znaczyć. Jednak ustawa o RPO nie przedłuża prawnie kadencji RPO, ale nakazuje Rzecznikowi wykonywać jego kompetencje (mimo zakończonej kadencji) do czasu objęcia funkcji przez następcę, czyli do czasu rozpoczęcia nowej kadencji. Tworzy w ten sposób swego rodzaju okres międzykadencyjny, pojawiający się „z konieczności”, który z powodu innej, tym razem rzeczywistej konieczności, musi być wypełniony. Jak wspomniano, i przywołuje to też RPO w piśmie procesowym, w praktyce (utrwalonej) zdarzało się to niemal za każdym razem, co oznacza, że kolejne parlamenty, niezależnie od tego, pod rządami której Konstytucji działające, miały problem z terminowym obsadzeniem stanowiska i może raczej ten powtarzający się fakt powinien budzić zaniepokojenie posłów?

Jednak argumentem, który wybrzmiewa najmocniej i jest w ocenie wnioskodawców decydujący, jest nieadekwatność art. 3 ust. 6 ustawy o RPO do art. 209 ust. 1 (i oczywiście art. 2) Konstytucji RP z 1997 r. Warto w tym miejscu odwołać się do polemiki w tym zakresie, zawartej w piśmie procesowym RPO, bo jest przekonująca¹⁷.

Ponieważ jednak na wstępie tych rozważań zapowiedziane zostało, że niniejszy tekst nie jest ani glosą do wyroku TK, ani systematyczną analizą postępowania i wyroku, warto zwrócić uwagę na inną tezę dowodzenia wniosku. Nie tylko dlatego, że jest oparta na wątpliwej interpretacji określonej sytuacji prawnej, ale dlatego, że może taką fałszywą ścieżkę interpretacji wcisnąć do rozumowań prawniczych.

Jak piszą wnioskodawcy: „[...] na szczególną uwagę zasługuje fakt, że ustawa o RPO weszła w życie w dniu 1 stycznia 1988 r., a w 1991 r. wszedł w życie art. 3 ust. 6 ustawy o RPO w aktualnym brzmieniu, który nie został jak dotychczas poddany nowelizacji przez ustawodawcę zwykłego w późniejszym czasie oraz nigdy nie był przedmiotem kontroli konstytucyjnej”. I dalej, zdaniem wnioskodawców „w oparciu o uwagi zawarte w przedmiotowym wniosku, aktualnie w obrocie prawnym funkcjonuje przepis prawny nie dostosowany do postanowień Konstytucji RP, a tym samym z nią niezgodny, starszy od niej znacznie”¹⁸. Aż trudno powstrzymać się od refleksji, co z wieloma innymi ustawami, starszymi od Konstytucji, jak choćby tylko

¹⁷ Zob. *Pismo procesowe RPO...*, s. 7-8.

¹⁸ Wniosek grupy posłów na Sejm IX kadencji, s. 3.

znaczna część kodeksu cywilnego, zawierającymi przepisy dotychczas niezaskarżane i nienowelizowane, a więc „tym samym” z nią niezgodne. I dalej – co znaczy, że przepis jest „znacznie starszy” od Konstytucji? 5 lat starszy, to jeszcze nie, a 10 to już tak? Jak sobie w tych warunkach dają radę Brytyjczycy? I Francuzi, którzy za podstawę konstytucyjności prawa przyjmują Deklarację z 1789 r. (wcale jej przez ponad 200 lat nie nowelizując)? Ale w cytowanym zdaniu jest jeszcze jeden intrygujący fragment, a mianowicie, że ten niedostosowany, niezgodny z Konstytucją przepis funkcjonuje „w oparciu o uwagi zawarte w przedmiotowym wniosku”. Świadczyć to może albo o wadach stylistyczno-logicznych, albo wnioskodawcy mają rację: tę niezgodność tworzą w swoim wniosku.

Ale wątek jest kontynuowany (już nawet z podkreśleniami, aby argumenty nie zostały zagubione). Więc te argumenty to kolejno:

- „[...] ustawa o RPO weszła w życie pod rządami innej ustawy zasadniczej, zaś przepis art. 3 ust. 6 ustawy o RPO nigdy nie został poddany nowelizacji”,
- „[...] przedmiotowy przepis ustawy o RPO nie został dostosowany do nowego porządku ustrojowego Rzeczypospolitej Polskiej”¹⁹,
- „[...] mandat [...] RPO [...] może być z łatwością kontestowany”,
- „charakter i normatywna treść [...] art. 3 ust. 6 ustawy o RPO nie doczekała się zdekodowania w orzecznictwie sądowym”,
- „[...] Konstytucja przesądza, iż kadencja Rzecznika Praw Obywatelskich trwa 5 lat nie określając w tym przedmiocie żadnych wyjątków co do jej przedłużenia”.

I tak dalej, aż do wniosku, że prawo RPO do pełnienia swoich obowiązków do czasu powołania następcy „urąga godności i godzi w doniosłość urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich”, bo w myśl Konstytucji kadencja RPO „trwa dokładnie²⁰ 5 lat i kończy się *ex lege* [...]”. No i w tej sytuacji RPO, działając jako *falsus procurator*, naraża interesy obywateli.

Tak generalnie (oczywiście skrótowo tu ujęta) wygląda argumentacja lub ta jej część, która odnosi się do stanu prawnego. I tu też rodzi się pytanie: co parlament, posłowie, a zwłaszcza ta opcja popierająca te oskarżenia, na to, że przez tyle czasu zgadzano się na tak karygodny stan?

Może rzeczywiście nie wszyscy posłowie wiedzieli, że aktualne brzmienie art. 3 ust. 6 ustawy o RPO jednak podlegało debacie. Jak wiadomo, instytucję RPO wprowadzono do polskiego prawa jeszcze pod rządami Konstytucji PRL (w 1987 r.), ale tylko w drodze ustawowej²¹. Rzecznik powoływany był przez Sejm na 4-letnią

¹⁹ Mogłoby to być oskarżenie pod adresem niegdyśszej Rady Ministrów za niewykonanie dyspozycji art. 236 ust. 1 Konstytucji z 1997 r, gdyby nie to, że Konstytucja nie ustanawiała w tym zakresie wyłączności Rady Ministrów i nie wykluczała działania w tym kierunku także parlamentu. Co zresztą miało miejsce. Zob. M. Laskowska, *Dostosowanie prawa do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r.*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 219.

²⁰ Słowo „dokładnie”, którego szczęśliwie w Konstytucji nie ma, może przysporzyć kłopotów, bo jeśli z jakichś przyczyn, np. choroba, rezygnacja, kadencja będzie musiała ulec skróceniu i nie będzie trwała dokładnie 5 lat – to czy będzie to zgodne z Konstytucją?

²¹ Ustawa o RPO z dnia 15 lipca 1987 r., Dz. U. Nr 21, poz. 123.

kadencję. Na początku transformacji ustawą z dnia 7 kwietnia 1989 r. o zmianie Konstytucji PRL²² instytucja RPO została wprowadzona do Konstytucji, a ponieważ zarazem powołano Senat – wyboru dokonywał Sejm za zgodą Senatu (nadal na 4-letnią kadencję). Zmiana sposobu powoływania RPO spowodowała nowelizację ustawy o RPO w sierpniu 1991 r.²³ i to ta wersja ustawy wprowadziła zasadę, że dotychczasowy RPO pełni swoje obowiązki do czasu objęcia stanowiska przez nowego Rzecznika. Taki stan rzeczy został przejęty po uchwaleniu Konstytucji RP z 1997 r. Ale nie bez namysłu. Jak pisze w swoim piśmie do TK prof. Adam Bodnar, rozwiązanie to jest wynikiem „świadomej decyzji prawodawczej, gdyż pierwotnie przygotowany w tym zakresie przez Komisję Sprawiedliwości Sejmu X kadencji projekt nowelizacji ustawy (druk nr 723) przewidywał, że nowego Rzecznika powołuje się co najmniej na dwa miesiące przed upływem kadencji”²⁴. Jak widać, rzeczywiście problem dostrzeżono, jednak w toku debaty w Senacie I kadencji (niemającym nic wspólnego ze starym ustrojem) nie uznano, że chroni to przed ewentualnym opóźnieniem wyboru (bo żadne prawo nie gwarantuje zgody obu izb, zwłaszcza w wyznaczonym terminie) i to właśnie po poprawce Senatu Sejm przyjął aktualną wersję tego przepisu, czyli art. 3 ust. 6²⁵ (bo sama ustawa była potem jeszcze nowelizowana, czyli świadomie nie objęto zmianą art. 3 ust. 6). Przyjął tę właśnie wersję, obecnie zaskarżoną m.in. z powodu jej trwania, bez zaskarżania czy nowelizowania od czasu dłuższego niż trwanie Konstytucji. Z tego właśnie tytułu (starszeństwa, nienowelizowania i niezaskarżania) wnioskodawcy zaskarżyli wskazany przepis jako tym samym niezgodny z Konstytucją (powtórzmy: niezgodny „tym samym”). Jednak mimo tak „mocnej” argumentacji nie można się zgodzić z tezą, że przepis nie został dostosowany, że pochodzi ze starszej Konstytucji itp. i że „tym samym” jest niezgodny z Konstytucją. Bo ani przesłanki, ani wnioski nie są prawdziwe.

Nie jest wykluczone, że Trybunał Konstytucyjny nawet dostrzegł nietrafność rozumowania, iż art. 3 ust. 6 ustawy o RPO jest niezgodny z Konstytucją RP z racji swego wieku (starszy od niej), w dodatku przy argumentacji niezgodnej ze stanem faktycznym (niedostosowany, bo nieznawelizowany), ale nie chciał jednak uznać, że – logicznie rzecz biorąc – nie widać lepszego rozwiązania.

Bo z jednej strony nie ma gwarancji terminowego wyboru nowego Rzecznika, zwłaszcza gdy wyboru dokonują dwa ciała polityczne, w sytuacji gdy rolą tego wybieranego jest tropić naruszenia praw obywatelskich właśnie często dokonywane przez działania władzy. Z drugiej strony, jaki inny podmiot, ustanowiony na czas przejściowy (i przez kogo?) będzie miał – o czym już wspomniano – lepszą legitymację niż ten poprzednio wybrany? Któryś z urzędników, choćby i dotychczasowy zastępca, jakiś komisarz czy p.o.? I czy będzie to zgodne z Konstytucją? Wszak milczy ona o takiej możliwości. Milczy nawet bardziej niż o możliwości pełnienia swoich

²² Dz. U. Nr 19, poz. 101.

²³ Dz. U. Nr 83, poz. 371.

²⁴ *Pismo procesowe RPO...*, s. 5.

²⁵ Zob. dalej *ibidem*, s. 6.

obowiązków przez dotychczasowego Rzecznika, bo jak już wcześniej powiedziano, zasadę w tym duchu i dla takiej, a przynajmniej podobnej, potrzeby sama tworzy, uznaje i stosuje.

Także Konstytucja przewiduje dla niej uzasadnienie w postaci wymogu ciągłości władzy zwłaszcza w sytuacji, gdy organ państwa działa w interesie obywateli na zasadzie ich zaufania. Jak wskazuje prof. Leszek Garlicki, zadania RPO „mieszczą się wewnątrz funkcji kontrolnej parlamentu”, a „przedmiotem jego zainteresowań jest sfera funkcjonowania władzy wykonawczej”²⁶. Charakterystyka form działania RPO wskazuje też na „łatwość dostępu do niego obywateli [...] oraz odformalizowane i bezpłatne działanie”²⁷. Oznacza to – co potwierdza praktyka – intensywne korzystanie obywateli z udzielanej przez RPO pomocy, zwłaszcza że kolejni polscy Rzecznicy nie zawodzili zaufania społecznego. Przerwanie, czasem na kilka tygodni lub nawet miesięcy, pracy danego Rzecznika lub podjęcie prac przez osobę bez legitymizacji, mogłoby naruszyć zarówno trwałość urzędu, jak i zaufanie do niego. A także ciągłość i niezakłócony sposób wykonywania jego funkcji (ten argument odnosi się też do innych organów w podobnej sytuacji prawnej).

Jak pisze A. Bodnar, a jako RPO wie to także z doświadczenia, argument o konieczności nieprzerwanego i niezakłóconego działania RPO „w imię podstawowego interesu obywateli [...] stanowi aksjologiczne uzasadnienie dla przyjętych w omawianym zakresie rozwiązań prawnych. W szczególności nie pozwalają one na to, aby ciągłe wykonywanie tych zadań mogło zostać zakłócone bądź wręcz przerwane w wyniku nieosiągnięcia przez inne organy państwa porozumienia w zakresie powołania określonej osoby do pełnienia funkcji w organie konstytucyjnym”²⁸.

Argumenty trafne i trudno założyć, że TK ich nie dostrzegł. Ale co tu zrobić, skoro nie można orzec o zgodności ustawy, ale o niezgodności też niełatwo? A dlaczego TK był tak zdeterminowany, to już bez kłopotu odpowiedziała sobie opinia publiczna i w tym miejscu, nie imputując niczego Trybunałowi, można odwołać się do prof. Wojciecha Sadurskiego, który nawet nie w tym kontekście przypomina, że „decyzja może być uznana za sprzeczną z rozumnością, gdy dany organ podejmujący decyzję kierował się względami, których nie powinien uwzględnić”²⁹.

W tej kłopotliwej dla siebie sytuacji Trybunał znalazł rozwiązanie. Uznał, że w art. 3 ust. 6 ustawa o RPO tworzy podmiot „pełniący obowiązki Rzecznika Praw Obywatelskich”, nie zaś – jak sama ustawa stwierdza: że to RPO pełni swoje obowiązki do czasu powołania następcy. Natomiast taki podmiot: „p.o. RPO” jest Konstytucji z 1997 r. nieznanym, a tym samym z nią niezgodnym.

W ostrym komentarzu jeden z b. sędziów TK, prof. Mirosław Wyrzykowski, stwierdził, że Trybunał orzekł o wymyślonym przez siebie brzmieniu przepisu:

²⁶ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 8, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 444 i n.

²⁷ *Ibidem*, s. 444.

²⁸ *Pismo procesowe RPO...*, s. 12.

²⁹ W. Sadurski, „Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań...*, s. 14.

„[...] takiego przepisu, o którym orzekł TK, nie ma w porządku prawnym. Jest «Rzecznik», a nie osoba «pełniąca obowiązki Rzecznika»”. I dodaje, że oznacza to „zdekonstruowanie, bo nie zrekonstruowanie” przepisu art. 3 ust. 6 ustawy o RPO³⁰.

Rzeczywiście tak postąpił Trybunał, bo chyba nie miał wyjścia, zwłaszcza że próby powołania nowego Rzecznika z łona partii rządzącej nie zapowiadały rezultatu. A tu tymczasem, jak zauważył L. Garlicki: „w ostatnich latach rola Rzecznika nabrała szczególnego znaczenia, bo pozostał jednym z ostatnich organów konstytucyjnych, które uniknęły politycznej absorpcji”³¹.

I temu trzeba było zaradzić. TK ustanowił więc instytucję osoby pełniącej obowiązki RPO, a następnie uznał ją za niezgodną z aktualną Konstytucją. Jeśli tak spojrzeć na meritum orzeczenia, to trzeba powtórzyć za M. Wyrzykowskim, że TK orzekł o innej treści art. 3 ust. 6 ustawy o RPO.

Jeśli tak, to wyprowadzić stąd można dwa wnioski.

Po pierwsze, orzeczenie to wyklucza na przyszłość możliwość powołania właśnie takiego podmiotu, który tymczasowo pełniłby obowiązki Rzecznika (p.o. RPO) i kto wie, może tym samym wyklucza, aby te obowiązki pełnił zastępca Rzecznika, bo pełniłby właśnie obowiązki Rzecznika.

Po drugie, w konsekwencji tym wyrokiem Trybunał Konstytucyjny nie zniósł żadnego przepisu z ustawy o RPO, zwłaszcza tego przepisu, który rzeczywiście znajduje się w art. 3 ust. 6, ponieważ o nim nie orzekł i o jego niekonstytucyjności nie orzekł.

Mogłoby to być o tyle wygodne, że jeśli ustawodawca nie wykona żadnego ruchu w celu wprowadzenia jakiejś nowej regulacji, to nic się nie stanie, nie będzie luki w prawie, bo meritum art. 3 ust. 6 ustawy o RPO pozostało nietknięte.

No ale w świetle brzmienia wyroku można uznać, że takie rozumienie decyzji TK to żart (co zrobić, jeśli TK do tego prowokuje?). Formalnie bowiem wyrok usunął zaskarżony przepis art. 3 ust. 6 ustawy o RPO i jest to obowiązujące. Zatem kolejny problem pojawi się wraz z pytaniem, jakie będą jego konsekwencje.

Zgodnie z art. 190 ust. 3 Konstytucji Trybunał Konstytucyjny nie zdecydował o wejściu orzeczenia w życie z dniem ogłoszenia wyroku, ale określił późniejszy termin utraty mocy obowiązującej art. 3 ust. 6 ustawy o RPO. Przemówiło minimum racjonalności, nakazujące pozostawić ustawodawcy (zwykłemu albo konstytucyjnemu) czas na doprowadzenie stanu spowodowanego przepisem uznanym za niekonstytucyjny do stanu zgodnego z ustawą zasadniczą. W tym przypadku TK pozostawił 3 miesiące. Komu? Charakterystyczne było tu natychmiastowe i odruchowe odczytanie tego przez media i opinię publiczną jako czas dla dotychczasowego Rzecznika („Bodnar zostaje jeszcze 3 miesiące!” – niosło się przez media), co wskazuje, jak naprawdę, oczywiście niesłusznie (to znowu żart), odczytywano intencje wniosku i orzeczenia.

³⁰ W wywiadzie z P. Halickim, *Były sędzia Trybunału Konstytucyjnego kwestionuje wyrok w sprawie Bodnara*, Onet.pl, <https://wiadomosci.onet.pl/warszawa/byly-sedzia-trybunalu-konstytucyjnego-kwestionuje-wyrok-w-sprawie-bodnara/bhcyhyc> [dostęp 7.09.2022].

³¹ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 451.

Trybunał pozostawił ten czas jednak na rozwiązanie problemu – zapewne nie jako ukłon w stronę dotychczasowego Rzecznika, ile rozumiejąc, że potrzebuje go parlament na wyłonienie następcy (jak wiadomo, dopiero czwarty kandydat został wybrany³²). Świadczy to zresztą – nawet jeśli pośrednio – o dostrzeganiu jednak przez Trybunał, że po pierwsze proces wyboru może przebiegać opornie i zabierać dużo czasu, a po drugie, że nie można pozostawić wakatu, bo to dopiero byłoby niekonstytucyjne.

Tymczasem – zgodnie z intencją Konstytucji – czas ten powinien przede wszystkim służyć przyjęciu nowego rozwiązania normatywnego. Jeśli bowiem usuwa się z ustawy przepis, który jest niezbędny w takim sensie, że w jakiś sposób (czytaj: zgodny z Konstytucją) musi regulować daną sprawę, to ten niezgodny zostanie usunięty dopiero po przyjęciu nowego. Przecież gdyby te trzy miesiące jednak nie wystarczyły na wybór nowego Rzecznika, to bez ustawy jak można by sprawę rozwiązać? Znowu wytycznymi ministra?

Ale Sejm nie podjął tej pracy, ponieważ jednak w rzeczywistości nie tyle chyba chodziło o zmianę przepisu, co o zmianę osoby, więc kiedy już udało się tego dokonać, Sejm przestał się sprawą zajmować. Sprawa wróci może dopiero za 5 lat, po co się martwić na zapas.

Ale w ten sposób, ponieważ art. 3 ust. 6 ustawy o RPO zniknął z ustawy, powstała luka w prawie. A gdy przyjdzie ją zapełniać, to dopiero pojawi się problem: jaka forma sprawowania funkcji RPO po upływie kadencji dotychczasowego byłaby (czy będzie?) „bardziej zgodna” z Konstytucją, jeśli się Konstytucja nie zmieni (np. znosząc ten urząd, albo akceptując konstytucyjnie poprzednie rozwiązanie)?

Ale to nie cały problem. Pozostają bowiem sytuacje, w których obowiązuje analogiczna konstrukcja (Konstytucja określa długość kadencji, a wybór czy powołanie zależą od dwu politycznych podmiotów: od zgody obu izb, jak w przypadku Prezesa NIK, lub od wyboru przez Sejm, ale na wniosek Prezydenta, jak w przypadku Prezesa NBP). W obu przypadkach (i w innych, choć bez określenia kadencji przez Konstytucję, jak w odniesieniu do Rzecznika Praw Dziecka) stosuje się tę samą zasadę, zdekonstytucjonalizowaną przez Trybunał Konstytucyjny. Czy tylko na użytek tej jednej ustawy, czy ona w innych przypadkach pozostanie konstytucyjna?

I to jest nie pierwszy raz, kiedy w ten sposób Trybunał Konstytucyjny nie przyczynia się do utrwalenia praworządności i urzeczywistnienia wartości zawartych w formule demokratycznego państwa prawa, zwłaszcza w zakresie respektowania praw obywatelskich.

Na zakończenie powróćmy do cytowanego tu już podręcznika, w którym czytamy o wyroku uznającym za niekonstytucyjne przedłużenie kadencji RPO: „Choć jest w tym pewna logika, to trzeba zauważyć, że – w razie problemów z obsadzeniem

³² Dwu pierwszych partia rządząca bez żenady wysuwała ze swoich szeregów (poseł, wiceminister), trzecia kandydatka była senatorem niezależnym, ale dopiero kandydat niezaangażowany w sprawowanie władzy uzyskał wymagane poparcie obu izb (Senat zaakceptował wybór 21 lipca, a więc nie tylko po wydaniu wyroku, ale nawet po upływie 3-miesięcznego terminu).

stanowiska Rzecznika – doprowadzi to bądź do opróżnienia urzędu Rzecznika, bądź do tymczasowego powierzenia jego obowiązków osobie dysygnowanej przez podmiot zewnętrzny, co też byłoby sprzeczne z Konstytucją. Trybunał zignorował tu zasadę ogólną, że usuwanie wątpliwego konstytucyjnie przepisu nie może tworzyć sytuacji o jeszcze większym nasileniu niekonstytucyjności³³.

³³ L. Garlicki, *Polskie prawo...*, s. 446.

Kontrola wprowadzenia stanu wojennego w Polsce

W monografii *Uprawnienia nadzwyczajne Prezydenta Stanów Zjednoczonych* Krzysztof Wójtowicz zwraca uwagę, że: „W ustroju demokratycznym istotnym elementem każdej konstrukcji uprawnień nadzwyczajnych jest ich kontrola przez niezależne, demokratycznie legitymowane ciało. Bez takiej kontroli znacznie trudniejsze byłoby zapobieganie zjawisku nadużycia tego rodzaju uprawnień czy nawet przekształceniu ich w permanentną dyktaturę. Bo chociaż, jak pisze Rossiter, «koncentracja władzy państwowej w sytuacji zagrożenia demokracji stanowi korektę wobec nieskuteczności tkwiącej immanentnie w systemie podziału władz», to samo zaufanie do osoby korzystającej z nadzwyczajnych pełnomocnictw i wiara w jej deklarowane przywiązanie do ideałów demokracji wydaje się zbyt słabą gwarancją”¹.

1. Konstytucja RP² dopuszcza możliwość wprowadzenia jednego ze stanów nadzwyczajnych: wojennego, wyjątkowego lub klęski żywiołowej pod warunkiem wystąpienia łącznie dwóch przesłanek: sytuacji szczególnych zagrożeń oraz jeśli zwykłe środki konstytucyjne są niewystarczające (art. 228 ust. 1). Szczególne zagrożenia muszą być zatem tego rodzaju, że dostępne w Konstytucji środki nie wystarczają dla zażegnania powstałego niebezpieczeństwa.

Zgodnie z art. 229 Konstytucji RP w razie zewnętrznego zagrożenia państwa, zbrojnej napaści na terytorium RP lub gdy z umowy międzynarodowej wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciw agresji, Prezydent RP na wniosek Rady Ministrów może wprowadzić stan wojenny na części albo na całym terytorium państwa.

Pierwszą z konstytucyjnych przesłanek wprowadzenia stanu wojennego jest zewnętrzne zagrożenie państwa. Ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (dalej: ustawa o stanie wojennym)³ precyzuje, że przez zewnętrzne zagrożenie państwa rozumie się celowe działania, godzące w niepodległość, niepodzielność terytorium, ważny interes gospodarczy Rzeczypospolitej Polskiej lub zmierzające do uniemożliwienia albo

* Prof. dr hab. Małgorzata Masternak-Kubiak, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego, ORCID: 0000-0002-0395-3128.

¹ K. Wójtowicz, *Uprawnienia nadzwyczajne Prezydenta Stanów Zjednoczonych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995, s. 125.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 483; sprost.: Dz. U. z 2001 r. Nr 28, poz. 319; zm.: Dz. U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471; z 2009 r. Nr 114, poz. 946.

³ Tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1932.

poważnego zakłócenia normalnego funkcjonowania państwa, podejmowane przez zewnętrzne w stosunku do niej podmioty (art. 2 ust. 1a). Zewnętrzne zagrożenie państwa może być natomiast spowodowane działaniami terrorystycznymi lub działaniami w cyberprzestrzeni (art. 2 ust. 1)⁴. Wprowadzenie stanu wojennego możliwe będzie jedynie w przypadku zagrożenia terrorystycznego, którego źródło ulokowane jest poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (terroryzm międzynarodowy)⁵.

Drugą przesłanką wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest „zbrojna napaść”. Termin ten należy interpretować na tle prawa międzynarodowego, zwłaszcza art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych⁶. Przepis ten dopuszcza, że zaatakowane państwo ma prawo do zbrojnej odpowiedzi zgodnie z prawem do samoobrony. Prawo do obrony ma nie tylko państwo będące bezpośrednim celem ataku, ale również państwa pozostające w sojuszu z państwem zaatakowanym⁷. Zgodnie z rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 3314 (XXIX) z dnia 14 grudnia 1974 r.⁸ za agresję uznaje się: „użycie siły zbrojnej przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej innego państwa lub w jakikolwiek inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych”. Podane zostały również przykłady agresji, do których zaliczono m.in. napaść czy atak zbrojny jednego państwa na terytorium innego, okupację militarną, bombardowanie lub użycie jakiejkolwiek innej broni przeciw terytorium innego państwa, blokadę portów lub wybrzeży. Podkreślono jednocześnie, że Rada Bezpieczeństwa może uznać za akty agresji także inne tego typu działania⁹.

Trzecią z konstytucyjnych przesłanek decydującą o wprowadzeniu w Polsce stanu wojennego jest zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji wynikające z umowy międzynarodowej. W tym przepisie mamy z kolei do czynienia

⁴ Przez cyberprzestrzeń rozumie się przestrzeń przetwarzania i wymiany informacji tworzoną przez systemy teleinformatyczne, określone w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570), wraz z powiązaniami pomiędzy nimi oraz relacjami z użytkownikami (art. 2 ust. 1b ustawy o stanie wojennym).

⁵ Zob. szerzej B. Opaliński, *Stan wojenny we współczesnym porządku prawnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2011, nr 7-8, s. 68-70.

⁶ Karta Narodów Zjednoczonych. Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych, San Francisco, 26 czerwca 1945 r., Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

⁷ Zob. B. Opaliński, *Stan wojenny...*, s. 70-71; K. Prokop, *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Temida 2, Białystok 2005, s. 55 i n.

⁸ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ A/RES/3314 (XXIX) z 14 grudnia 1974 r. Zob. też tekst rezolucji [w:] R. Jasica, *Wybór ważniejszych rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1976.

⁹ W trakcie rozpatrywania sprawy Nikaragui Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości („International Court of Justice Reports” 1986, s. 103) analizował pojęcie „zbrojnej napaści” i odnotował, że obejmuje ono nie tylko działania podejmowane przez regularne siły zbrojne wiążące się z pogwałceniem uznanej granicy międzynarodowej, lecz dodatkowo także wysyłanie przez jedno państwo lub w jego imieniu uzbrojonych band lub grup, przeprowadzających na tyle poważne akcje zbrojne, że mogą one skutkować atakiem dokonany przy użyciu regularnych sił zbrojnych lub przy ich znacznym zaangażowaniu. Zob. też P. Ochmann, J. Wojas, *Ukryta inwazja jako część wojny hybrydowej w świetle prawa międzynarodowego*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2018, nr 5, s. 83-84.

z konkretnym odesłaniem merytorycznym do umowy międzynarodowej. Ustrojodawca uznał, że podstawą wprowadzenia stanu wojennego może być każda umowa międzynarodowa (nie tylko ratyfikowana), z której wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji. Trzeba jednak to odesłanie odczytywać z uwzględnieniem postanowień art. 89 ust. 1 Konstytucji określających materie, które przed ratyfikacją wymagają uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie. Wśród umów międzynarodowych wymagających ustawowej zgody są umowy dotyczące pokoju, sojuszy, układów politycznych lub układów wojskowych (art. 89 ust. 1 pkt 1). Pojęcia układu politycznego czy układu wojskowego nie są zdefiniowane, jednak użycie przez ustrojodawcę terminu „układ” sugeruje, że chodzi o umowy o fundamentalnym znaczeniu politycznym¹⁰. Oznacza to, że: „zobowiązanie do wspólnej obrony przeciw agresji”, ze względu na znaczenie polityczne, zasadniczo zawsze ma źródło w umowie międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie¹¹.

W obowiązującym stanie swych zobowiązań międzynarodowych Polska jest związana paktem NATO, który przewiduje obowiązek wspólnej obrony przeciwko agresji¹². Przepis art. 3 Paktu uznaje zbrojną napaść na jedno lub więcej państw

¹⁰ Por. A. Wyrozumski, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 178; M. Masternak-Kubiak, *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013, s. 118-119.

¹¹ Przykładowo można wskazać postanowienia art. 3 Traktatu o przyjaźni i współpracy między Rzeczypospolitą Polską a Królestwem Hiszpanii z 26 października 1992 r. (Dz. U. z 1995 r. Nr 18, poz. 84), które przewidują, że: „Umawiające się Strony w swoich poczynaniach będą się kierowały Kartą Narodów Zjednoczonych, Aktem końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz Paryską Kartą dla Nowej Europy, a zwłaszcza zasadami suwerennej równości, powstrzymania się od groźby użycia siły lub użycia siły, nienaruszalności granic, integralności terytorialnej państw, pokojowego załatwiania sporów i nieingerencji w sprawy wewnętrzne, poszanowania praw człowieka łącznie z wolnością myśli, sumienia, religii i przekonań, równouprawnienia i prawa narodów do samostanowienia, współpracy między państwami oraz wykonywania w dobrej wierze zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”. W Traktacie o przyjaźni i współpracy między Rzeczypospolitą Polską a Republiką Gruzji z 20 kwietnia 1993 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 2, poz. 7) również przyjęto, że zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych strony zobowiązują się rozwiązywać swoje spory wyłącznie środkami pokojowymi i potwierdzają, że powstrzymają się od użycia siły lub groźby jej użycia w stosunkach wzajemnych. Każda ze stron gwarantuje, że działalność jej sił zbrojnych będzie zgodna z prawem międzynarodowym, Kartą Narodów Zjednoczonych, Aktem końcowym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, Paryską Kartą Nowej Europy i innymi dokumentami Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (art. 2 ust. 1 i 2). Na uwagę zasługują także postanowienia art. 3 ust. 1-3 Traktatu między Rzeczypospolitą Polską a Federacją Rosyjską o przyjaznej i dobrosąsiedzkiej współpracy z dnia 22 maja 1992 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 291), w myśl których zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych strony zobowiązują się rozwiązywać spory między nimi wyłącznie środkami pokojowymi i potwierdzają, że będą powstrzymywać się od użycia siły lub groźby jej użycia w stosunkach wzajemnych. Żadna ze stron nie dopuści, aby z jej terytorium państwo trzecie lub państwa trzecie dokonały aktu agresji zbrojnej przeciwko drugiej stronie. Każda ze stron gwarantuje, że działalność jej sił zbrojnych na jej terytorium będzie zgodna z Kartą Narodów Zjednoczonych, Aktem Kończącym Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, Paryską Kartą dla Nowej Europy i innymi dokumentami Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie.

¹² Traktat północnoatlantycki z 4 kwietnia 1949 r. (Dz. U. z 2000 r. Nr 87, poz. 970) podpisany przez Polskę w Brukseli 16 grudnia 1997 r., a także Deklaracja Szczytu Praskiego przyjęta przez Szefów Państw i Rządów uczestniczących w spotkaniu Rady Północnoatlantyckiej NATO z dnia 21 listopada 2002 r.

w Europie lub Ameryce Północnej za napaść przeciwko nim wszystkim i zobowiązuje państwa traktatu do udzielania pomocy państwu lub państwom napadniętym poprzez konieczne działania samodzielne lub wspólne, łącznie z użyciem siły zbrojnej w celu przywrócenia i utrzymania bezpieczeństwa „obszaru północnoatlantyckiego”. Pakt formułuje własną definicję przedmiotową agresji w postaci „obszaru północnoatlantyckiego”, definiowanego poprzez szczegółowe wyliczenie terytoriów państw należących do NATO, sił zbrojnych, okrętów i statków powietrznych znajdujących się na terytoriach tych państw lub na innej części obszaru północnoatlantyckiego na północ od zwrotnika Raka (art. 6 Paktu). Wynikające z umowy międzynarodowej zobowiązanie do wspólnej obrony przeciw agresji, zgodnie z Paktem NATO, powstaje, „jeżeli taka napaść nastąpi”¹³. W myśl art. 5 Paktu: „Strony zgadzają się, że zbrojna napaść na jedną lub więcej z nich w Europie lub Ameryce Północnej będzie uznana za napaść przeciwko nim wszystkim i dlatego zgadzają się, że jeżeli taka zbrojna napaść nastąpi, to każda z nich, w ramach wykonywania prawa do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony, uznanego na mocy artykułu 51 Karty Narodów Zjednoczonych, udzieli pomocy Stronie lub Stronom napadniętym, podejmując niezwłocznie, samodzielnie jak i w porozumieniu z innymi Stronami, działania, jakie uzna za konieczne, łącznie z użyciem siły zbrojnej, w celu przywrócenia i utrzymania bezpieczeństwa obszaru północnoatlantyckiego [...]”.

Trzeba zaznaczyć, że wprowadzenie stanu wojennego na podstawie przesłanek drugiej i trzeciej jest uzasadnione tylko wtedy, gdy zbrojna napaść na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej rzeczywiście nastąpi. Niewystarczająca jest natomiast potencjalna groźba napaści¹⁴.

2. Stan wojenny może wprowadzić Prezydent RP na wniosek Rady Ministrów. Podjęcie decyzji o wprowadzeniu stanu wojennego należy analizować na tle konstytucyjnego podziału zadań i kompetencji w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego pomiędzy organami władzy wykonawczej – Prezydentem i Radą Ministrów¹⁵.

¹³ Por. K. Działocha, *Komentarz do art. 229 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 4-5; B. Opaliński, *Stan wojenny...*, s. 71-72.

¹⁴ Zob. K. Działocha, *Komentarz do art. 229 Konstytucji...*, s. 5.

¹⁵ Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 16 marca 2011 r., K 35/08 (OTK-A 2011, nr 2, poz. 10), badając konstytucyjność i legalność dekretu Rady Państwa z 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym zwrócił uwagę, że wprowadzenie stanu wojennego powinno być klasyfikowane jako akt stosowania prawa. „Akt wprowadzenia stanu wojennego nie ustanawiał nowych norm prawnych, ale był zdarzeniem przesądzającym o tym, że znajdują zastosowanie normy prawne przewidziane na wypadek takiego stanu”. W podobny sposób na temat rozporządzeń wprowadzających stany nadzwyczajne wypowiadają się przedstawiciele nauki prawa na gruncie obecnego stanu prawnego: por. K. Działocha, *Komentarz do art. 228 Konstytucji*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, t. IV, s. 6; M. Brzeziński, *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007, s. 187.

Uprawnienie Prezydenta do wprowadzenia stanu wojennego wynika z jego funkcji ustrojowych i zadań określonych w art. 126 Konstytucji. Zgodnie z art. 126 ust. 2 Prezydent stoi na straży suwerenności i bezpieczeństwa państwa oraz nienaruszalności i niepodzielności jego terytorium. Prezydent wykonuje swoje zadania w zakresie i na zasadach określonych w konstytucji i ustawach (art. 126 ust. 3). W świetle brzmienia powołanych regulacji Prezydent ma prawo do szerokiego korzystania z uprawnień mieszczących się w ramach zadań z zakresu bezpieczeństwa państwa. Mogą one być ograniczone jedynie w zakresie i na zasadach wynikających z Konstytucji i ustaw¹⁶. Zaznaczyć przy tym trzeba, że przepis art. 126 wyraża zasadnicze funkcje ustrojowe Prezydenta, nie zaś konkretne uprawnienia. Nie posiada on normatywnego charakteru, z którego wynikałyby konstytucyjne kompetencje głowy państwa. Na pewno w odniesieniu do problematyki zapewnienia bezpieczeństwa państwa została wyrażona generalna rola polityczno-ustrojowa Prezydenta jako najwyższego autorytetu w państwie stabilizującego ustrój i gwarantującego ciągłość państwa.

Kompetencja Prezydenta do wprowadzenia stanu wojennego aktualizuje się w przypadku złożenia wniosku – mającego formę uchwały – przez Radę Ministrów. Rada Ministrów jest organem, który sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie obronności kraju, a także zapewnia bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne państwa oraz porządek publiczny (art. 146 ust. 4 pkt 7, 8 i 11 Konstytucji). Przyjęta konstrukcja odpowiada konstytucyjnemu podziałowi funkcji i kompetencji w ramach władzy wykonawczej, przy czym trzeba mieć na względzie polityczną odpowiedzialność rządu za realizację tych kompetencji.

We wniosku o wprowadzenie stanu wojennego Rada Ministrów określa przyczyny i obszar, na którym ma być wprowadzony stan wojenny, a także odpowiednie do stopnia i charakteru zagrożenia, rodzaje ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela (art. 2 ust. 2 ustawy o stanie wojennym). Wnosząc o wydanie rozporządzenia, Rada Ministrów musi zatem precyzyjnie ocenić, na jakim obszarze wprowadzenie stanu wojennego będzie rzeczywiście konieczne, i tylko do tego obszaru ograniczyć swój wniosek. Proponując w omawianym zakresie treść rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wojennego, Rada Ministrów powinna mieć na uwadze, aby wszelkie ograniczenia praw i wolności były proporcjonalne, a za cel miały nie tyle przewyższenie zagrożenia, co doprowadzenie do sytuacji, w której zagrożenie to będzie mogło zostać usunięte za pomocą zwykłych środków konstytucyjnych¹⁷. Warto również wskazać, że proponowane przez Radę Ministrów ograniczenia praw człowieka nie mogą przybierać dowolnej formy, albowiem mogą to być jedynie takie ograniczenia, które uprzednio zostały przewidziane w ustawach.

¹⁶ Zob. A. Trubalski, *Uprawnienia organów władzy wykonawczej w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 3, s. 113-114.

¹⁷ Konstytucja wymaga, aby działania podjęte w wyniku wprowadzenia stanu nadzwyczajnego odpowiadały stopniowi zagrożenia (zasada proporcjonalności), zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 459.

Prezydent, akceptując wniosek Rady Ministrów, wydaje rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego. Ten akt urzędowy, dla swojej ważności, wymaga kontrasygnaty Prezesa Rady Ministrów. Wskazane uprawnienie nie zostało bowiem określone w katalogu prerogatyw głowy państwa zawartym w art. 144 ust. 3 Konstytucji RP. „W tym kontekście istotnym zagadnieniem pozostaje regulacja prezydenckich prerogatyw, które wyznaczając ściśle zakres samodzielności głowy państwa, pozwalają *a contrario*, określić czynności wymagające podpisu premiera”¹⁸. Kontrasygnata obejmuje zatem wszystkie te działania prezydenta (z wyjątkiem prerogatyw), które mogą wywołać określone skutki polityczne, niezależnie od tego, czy wywołują również skutki prawne¹⁹. Wraz z wnioskiem o wprowadzenie stanu wojennego Rada Ministrów przedkłada kontrasygnowany przez Prezesa Rady Ministrów projekt rozporządzenia.

W świetle przepisów Konstytucji i ustawy o stanie wojennym Prezydent odgrywa decydującą rolę w procedurze wprowadzenia stanu wojennego. Wprowadza stan wojenny, jak również może odmówić jego wprowadzenia. Świadczy o tym zastosowany przez ustrojodawcę w art. 229 zwrot normatywny: „może wprowadzić”. Także ustawodawca w art. 3 ust. 1 ustawy o stanie wojennym przewiduje możliwość odmowy w stosunku do wniosku rządu. Przepis ten nakazuje Prezydentowi niezwłocznie²⁰ rozpatrzyć wniosek Rady Ministrów, a następnie wydać rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego, albo postanowienie o odmowie wydania takiego rozporządzenia²¹. Prezydent może też zasadniczo zgodzić się z Radą Ministrów co

¹⁸ S. Patyra, *Prawnoustrojowy status Prezesa Rady Ministrów w świetle Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002, s. 136.

¹⁹ Szerzej na temat charakteru prerogatyw głowy państwa zob. A. Rakowska, *Kontrasygnata aktów głowy państwa w wybranych państwach europejskich*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009, s. 263; A. Frankiewicz, *Kontrasygnata aktów urzędowych Prezydenta*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 158-159. Por. wyrok TK z 23 marca 2006 r., K 4/06, OTK ZU, seria A, nr 3, poz. 32.

²⁰ Termin „niezwłocznie” oznacza obowiązek spełnienia określonej czynności bez zbędnej zwłoki, a więc w jak najkrótszym czasie, w realnym terminie do dokonania określonej czynności, mającym na względzie okoliczności miejsca i czasu (por. wyroki SN: z 13 grudnia 2006 r., II CSK 293/06, LEX nr 453147; z 22 marca 2001 r., V CKN 769/00 oraz z 28 kwietnia 2004 r., V CK 461/03).

²¹ Zdaniem Mateusza Radajewskiego przyjęcie takiego rozwiązania ocenić należy krytycznie. Postanowienie Prezydenta RP o odmowie wydania rozporządzenia wprowadzającego stan wojenny lub wyjątkowy zaliczyć należy bowiem do aktów urzędowych głowy państwa, które zgodnie z art. 144 ust. 2 Konstytucji dla swojej ważności wymagają kontrasygnaty. „Oznacza to, że dla skutecznego odrzucenia rządowego wniosku o wprowadzenie stanu wojennego lub wyjątkowego konieczna jest zgoda premiera. Niewątpliwie konstrukcja taka pozbawiona jest sensu, należy bowiem oczekiwać, że rząd wystąpił z odpowiednim wnioskiem za aprobatą swojego szefa. Zauważyć również trzeba, iż kontrasygnata Prezesa Rady Ministrów jest także potrzebna do wydania rozporządzenia o ogłoszeniu stanu nadzwyczajnego. Ustawodawca wymaga zatem od Prezydenta RP, by ten uzyskał zgodę premiera na jakąkolwiek decyzję, którą zamierza podjąć w związku z wnioskiem Rady Ministrów, a więc zarówno dla działań, które będą zgodne z polityką rządu, jak i będą z nią sprzeczne. Rozwiązanie takie ocenić należy krytycznie nie tylko dlatego, że wymaga od głowy państwa zgody Prezesa Rady Ministrów na odrzucenie wniosku rządu, ale również dlatego, że nie przewiduje sytuacji, w której organy te nie osiągną porozumienia. Wówczas bowiem, gdy premier odmawia kontrasygnowania postanowienia o odmowie wydania rozporządzenia, z formalnego punktu widzenia dochodzi do sytuacji nierozpatrzenia wniosku Rady Ministrów, co stanowi naruszenie ustaw, które wymagają, by dokonano się to niezwłocznie. W ten sposób – by nie naruszyć tego przepisu – głowa państwa jest w zasadzie zobowiązana postąpić zgodnie z wolą premiera, a zatem wydać stosowne rozporządzenie. Regulacja taka, przymuszająca Prezydenta RP do wydania

do konieczności wprowadzenia stanu wojennego, ale dokona modyfikacji we wniosku, wskazując np. odmienne przyczyny czy inny obszar terytorialny jego obowiązywania²². Zdaniem Bartłomieja Opalińskiego w takiej sytuacji trzeba wziąć pod uwagę odmowę udzielenia kontrasygnaty. Autor stoi na stanowisku, że kontrasygnata stanowi swego rodzaju zabezpieczenie Rady Ministrów przed niekorzystną z jej perspektywy zmianą treści rozporządzenia przez Prezydenta. Gdyby na skutek dokonanych przez głowę państwa modyfikacji Prezes Rady Ministrów uznał rozporządzenie za niewłaściwe bądź sprzeczne z prawem, odmowa kontrasygnaty jest w pełni uzasadniona²³.

Stan wojenny obowiązuje od dnia ogłoszenia rozporządzenia w Dzienniku Ustaw RP (art. 4 ust. 1 ustawy o stanie wojennym). Równoległe z jego oficjalną publikacją w dzienniku urzędowym rozporządzenie to powinno być podane do publicznej wiadomości (art. 228 ust. 2 Konstytucji, art. 4 ust. 3 i art. 5 ustawy o stanie wojennym). Upublicznienie rozporządzenia ma mieć miejsce w drodze rozplakowania, komunikatów zamieszczonych w dziennikach czy poprzez media.

3. Prezydent przedstawia rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego Sejmowi w ciągu 48 godzin od jego podpisania (art. 231 Konstytucji). Instytucja sejmowej kontroli nad decyzją Prezydenta ma charakter gwarancyjny, gdyż ma zapobiec pochopnemu czy niedostatecznie uzasadnionemu wprowadzeniu stanu wojennego, z czym wiąże się odstępianie od konstytucyjnych zasad funkcjonowania organów władzy państwowej, a także ograniczenie podstawowych wolności oraz praw człowieka i obywatela²⁴.

Prowadzenie polityki w zakresie bezpieczeństwa państwa i w dziedzinie obronności jest domeną władzy wykonawczej, jednak niemałą rolę w procesie kształtowania i realizacji tej polityki odgrywa Sejm. Pozycja Sejmu w tym obszarze jest związana z faktem, że jest to organ urzeczywistniający suwerenne prawa Narodu i legitymowany jego poparciem udzielonym w formie powszechnych wyborów. Poprzez zasiadających w parlamencie przedstawicieli Naród sprawuje władzę zwierzchnią. W ten sposób tradycyjna pozycja parlamentu może być porównywana ze stanowiskiem prezydenta – najwyższego przedstawiciela państwa i gwaranta ciągłości władzy państwowej. Eksponowanie roli parlamentu wiąże się z potrzebą zapewnienia legitymacji władzy także w obszarze zapewnienia bezpieczeństwa państwa. Sejmowa kontrola nad decyzją Prezydenta RP o wprowadzeniu stanu wojennego stanowi *sensu largo* element kontroli władzy wykonawczej przez władzę ustawodawczą.

rozstrzygnięcia o określonej treści, jest niedopuszczalna i stanowi naruszenie norm konstytucyjnych, które wyraźnie wskazują, że rządowy wniosek o wprowadzenie stanu wojennego lub wyjątkowego nie jest dla głowy państwa wiążący". M. Radajewski, *Procedura wprowadzania stanów nadzwyczajnych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 6, s. 112-114.

²² K. Działocha, *Komentarz do art. 229 Konstytucji...*, s. 5.

²³ B. Opaliński, *Stan wojenny...*, s. 72.

²⁴ Zob. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Liber, Warszawa 2000, s. 294.

Prezydent musi przedstawić Sejmowi rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego w ciągu 48 godzin od jego wydania. Na tle tego unormowania powstaje pytanie o charakter tego terminu i skutek prawny upływu czasu. Niewątpliwie mamy tu do czynienia z normą o charakterze ustrojowo-prawnym, co oznacza, że czynnik upływu czasu determinuje prekluzję formalną (termin prekluzyjny), którą można uznać za ustrojową prekluzję, należącą do kategorii tzw. terminów stanowczych. Zatem po upływie 48-godzinnego terminu od momentu podpisania rozporządzenia wygasa kompetencja Prezydenta do przedłożenia rozporządzenia Sejmowi i termin ten nie może być przywrócony²⁵. Uchybienie temu terminowi bądź nieprzedstawienie w ogóle Sejmowi rozporządzenia rodzi delikt stanowiący przesłankę odpowiedzialności konstytucyjnej Prezydenta. Otwarta natomiast pozostaje kwestia zatwierdzenia przez Sejm rozporządzenia w sytuacji, w której Prezydent nie przedstawia Sejmowi rozporządzenia w ciągu 48 godzin od jego podpisania. Zdaniem Piotra Tulei w takim przypadku: „Sejm mógłby przystąpić do rozpatrzenia takiego rozporządzenia z urzędu”²⁶. Niewątpliwie w obliczu szczególnych wydarzeń towarzyszących wprowadzeniu stanu wojennego stanowiłoby to racjonalne rozwiązanie doniosłej kwestii ustrojowej. Rozporządzenie wchodzi w życie po ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw, dlatego samo przedstawienie Sejmowi oraz rozpatrywanie przez Sejm nie wstrzymuje tego procesu.

Obowiązkiem Sejmu jest natychmiastowe przystąpienie do rozpatrzenia rozporządzenia Prezydenta. Sejm ocenia zasadność i legalność wprowadzenia stanu wojennego z punktu widzenia materialnych przesłanek konstytucyjnych, zgodność z wymaganiami konstytucyjnymi dotyczącymi trybu podjęcia rozporządzenia oraz z treścią ustawy o stanie wojennym²⁷. Zgodnie z przepisem art. 231 Konstytucji Sejm powinien rozpatrzyć rozporządzenie Prezydenta niezwłocznie, czyli podjąć debatę, a następnie przeprowadzić głosowanie nad jego uchyleniem bez zbędnej zwłoki, tj. bez nieuzasadnionego wstrzymywania się z podjęciem decyzji co do obowiązywania rozporządzenia. Krzysztof Eckhardt sugeruje, że umieszczenie zdania o możliwości uchylenia rozporządzenia w tym samym przepisie, bezpośrednio po stwierdzeniu o obowiązku niezwłocznego rozpatrzenia, dowodzi, że ustrojodawca zakładał możliwość uchylenia rozporządzenia w wyniku tego „niezwłocznego”, a nie ponownego czy kolejnego rozpatrzenia. Wątpliwości autora budzi także możliwość uchylenia rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wojennego w wyniku jego „jednorazowego” rozpatrzenia, ale po „pewnym czasie obowiązywania reżimu stanu wojennego”, to znaczy gdy nie odbędzie się to „niezwłocznie”, nawet gdy zwłoka nie jest zawiniona przez Sejm²⁸.

²⁵ Por. P. Dobosz, *Czas w ustrojowym prawie administracyjnym*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Czas w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 42.

²⁶ P. Tuleja, *Komentarz do art. 231*, [w:] *idem* (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 661.

²⁷ Por. K. Działocha, *Komentarz do art. 231 Konstytucji...*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, t. IV, s. 2.

²⁸ Zob. K. Eckhardt, *Stan nadzwyczajny jako instytucja polskiego prawa konstytucyjnego*, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Przemyśl-Rzeszów 2012, s. 87.

Z woli ustrojodawcy Senat nie bierze udziału w podejmowaniu tej decyzji. Na pewno udział drugiej izby wydłużałby całe postępowanie kontrolne.

Ani Konstytucja, ani inne akty normatywne nie przewidują specjalnego trybu dla przyjęcia uchwały o uchyleniu rozporządzenia wprowadzającego stan wojenny. Ustawa zasadnicza wskazuje jedynie, że musi się to dokonać bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (art. 231). W pozostałym zakresie zastosowanie będą miały zatem ogólne regulacje dotyczące postępowania uchwałodawczego przewidziane w Regulaminie Sejmu²⁹. Projekt taki rozpatrywany jest w dwóch czytaniach. Pierwsze z nich może odbyć się zarówno w komisji, jak i na posiedzeniu plenarnym izby. Ze względu na materię analizowanego projektu i konieczność jego natychmiastowego rozpatrzenia Sejm po pierwszym czytaniu może niezwłocznie przystąpić do drugiego bez odsyłania projektu do komisji. Po drugim czytaniu następuje głosowanie. Co istotne, Sejm nie zatwierdza rozporządzenia Prezydenta RP, może je jedynie uchylić. Jest zatem jedno głosowanie nad uchwałą w przedmiocie uchylenia rozporządzenia. Nieuzyskanie bezwzględnej większości głosów, koniecznej do uchylenia aktu, oznacza, że rozporządzenie obowiązuje.

W przypadku podjęcia negatywnej decyzji co do obowiązywania rozporządzenia podlega ono uchyleniu. Uchylenie takiego rozporządzenia powinno się opierać na solidnych przesłankach faktycznych i prawnych. Zdaniem Piotra Winczorka uchylenie nie musi oznaczać, że Sejm nie aprobuje wprowadzenia stanu wojennego, ale że kwestionuje merytoryczne uregulowania zawarte w rozporządzeniu Prezydenta (art. 228 ust. 5 Konstytucji). Prezydent, na wniosek Rady Ministrów, mógłby ponownie wydać rozporządzenie, uwzględniając w nim zastrzeżenia Sejmu. Trzeba jednak liczyć się w takim przypadku z czynnikiem czasu i ze skutkami zbyt późnej reakcji na zagrożenia, którym ma się przeciwstawiać wprowadzenie stanu wojennego³⁰.

Uchwała Sejmu o uchyleniu rozporządzenia dotyczącego wprowadzenia stanu wojennego podlega niezwłocznemu ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw RP (art. 4 ust. 2 ustawy o stanie wojennym). Negatywna uchwała wywołuje skutek *ex nunc*, tzn. uchyla rozporządzenie z dniem jej ogłoszenia. Celem kontroli Sejmu nad rozporządzeniem wprowadzającym stan nadzwyczajny jest jego eliminacja w przypadku, gdy nie zgadza się z jego treścią lub nie podziela opinii egzekutywy co do konieczności jego wydania. „W obu tych wypadkach brak zgody Sejmu dotyczy sytuacji aktualnej, a nie przyszłej, a zatem uchwała tego organu powinna wywoływać skutki derogujące niezwłocznie”³¹.

Uchylenie przez Sejm rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wojennego nie wstrzymuje jego stosowania już od momentu jego wejścia w życie. Powstaje przy tym pytanie o usunięcie następstw prawnych stosowania uchylonego rozporządzenia. W tym przypadku znalazłyby zastosowanie przepisy ustawy, o której mowa

²⁹ Uchwała Sejmu RP z dnia 30 lipca 1992 r. – Regulamin Sejmu RP, t.j. M.P. 2021 r., poz. 483.

³⁰ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji...*, s. 294.

³¹ M. Radajewski, *Procedura wprowadzania...*, s. 116.

w art. 228 ust. 4 Konstytucji³². Gdyby okazało się, że rozporządzenie zostało wydane z naruszeniem Konstytucji lub ustawy o stanie wojennym, w grę wchodzi także gwarancje wskazane w art. 77 Konstytucji (prawo do wynagrodzenia szkody)³³.

Analizując zagadnienie kontroli wprowadzenia stanu wojennego w Polsce, trzeba też zwrócić uwagę na relacje pomiędzy rozporządzeniem o wprowadzeniu stanu wojennego a rozporządzeniem Rady Ministrów, wydawanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy o stanie wojennym, i ich wpływ na ocenę prawidłowości ograniczeń wprowadzonych na obszarze objętym stanem wojennym. Przepis ten uprawnia Radę Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, szczegółowego trybu i sposobów oraz obszarowego, podmiotowego i przedmiotowego zakresu wprowadzenia i stosowania ograniczeń wolności i praw człowieka i obywatela ustalonych przez Prezydenta RP w rozporządzeniu, przy uwzględnieniu w możliwym stopniu minimalizacji indywidualnych i społecznych uciążliwości wynikających ze stosowania tych ograniczeń. W tym miejscu należy zasygnalizować, że taka konstrukcja prawna, chociaż posiada umocowanie w ustawie, może nasuwać pewne wątpliwości natury konstytucyjnej. Jak podniesiono wyżej, kompetencje normodawcze w zakresie wprowadzenia stanu wojennego Konstytucja powierza wyłącznie Prezydentowi i Sejmowi, który może uchylić rozporządzenie wydane przez Prezydenta, zaś Radzie Ministrów przyznaje wyłącznie możliwość wystąpienia z wnioskiem o wprowadzenie stanu wojennego. Co prawda z art. 228 ust. 3 Konstytucji RP wynika, że zasady działania organów władzy publicznej, w tym Rady Ministrów, w stanie wojennym określa ustawa. Powstaje jednak pytanie, czy przepis ten uzasadnia przyznanie Radzie Ministrów uprawnienia do wyznaczania, w powszechnie obowiązującym akcie normatywnym, szczegółowych ram ograniczenia konstytucyjnych wolności i praw wprowadzonych rozporządzeniem Prezydenta. Przyjęta w art. 26 ust. 3 ustawy o stanie wojennym konstrukcja prawna prowadzi do tego, że rozporządzenie Rady Ministrów, formalnie wykonując to upoważnienie, staje się w rzeczywistości rozporządzeniem wykonującym rozporządzenie Prezydenta RP. Może to prowadzić do ograniczenia w istotny sposób kontrolnych funkcji Sejmu opisanych w art. 231 Konstytucji RP, które ograniczają się do rozporządzenia Prezydenta w sprawie wprowadzenia stanu wojennego i nie obejmują już rozporządzenia Rady Ministrów, która, określając tryb postępowania w sprawach przewidzianych w art. 26 ust. 3 ustawy, może bardziej intensywnie, niż czyni to rozporządzenie Prezydenta, ingerować w prawa i wolności jednostki.

4. Z problematyką kontroli wprowadzenia stanu wojennego w Polsce wiąże się również kwestia możliwości kontroli przez Trybunał Konstytucyjny aktów wprowadzających ten stan nadzwyczajny. Zgodnie z ustawą zasadniczą Trybunał

³² Ustawa z dnia 22 listopada 2002 r. o wyrównywaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela, Dz. U. Nr 233, poz. 1955 z późn. zm.

³³ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji...*, s. 295.

Konstytucyjny został powołany przede wszystkim do hierarchicznej kontroli umów międzynarodowych oraz przepisów prawa tworzonych przez centralne organy władzy państwowej. Z art. 188 pkt 3 Konstytucji wynika, że Trybunał Konstytucyjny orzeka w sprawach zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami. Z jednej strony przepis ten określa, jakie akty normatywne mogą być przedmiotem tzw. abstrakcyjnej kontroli dokonywanej przez Trybunał Konstytucyjny, a z drugiej strony określa katalog przepisów, które mogą być wzorcem tej kontroli. Pierwszą przesłanką, jaka musi być spełniona, aby dany akt podlegał kognicji Trybunału Konstytucyjnego, jest to, by akt ten kwalifikował się do kategorii „przepisów prawa”. Pod pojęciem „przepis prawa” rozumiemy wypowiedź normatywną, w której w sposób władczy ustanowione i wyrażone zostały normy prawne. Kryterium to ma charakter materialny. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego ugruntowała się materialna koncepcja aktu normatywnego. Tak np. w orzeczeniu z 7 czerwca 1989 r., U 15/88³⁴ Trybunał Konstytucyjny, odwołując się do poglądów nauki prawa, stwierdził, że: „akt normatywny jest aktem ustanawiającym normy prawne o charakterze generalnym (a więc skierowane do pewnej klasy adresatów wyróżnionych z uwagi na jakąś ich wspólną cechę) i abstrakcyjnym (to znaczy ustanawiającym pewne wzory zachowań)”³⁵. Z kolei w wyroku z 12 lipca 2001 r., SK 1/01 Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że: „niezależnie od istotnych zmian odpowiednich przepisów konstytucyjnych i ustawowych, a także niezależnie od pewnych wahań i dającej się zauważyć ewolucji poglądów samego Trybunału Konstytucyjnego, można mówić o ukształtowaniu się w jego orzeczeniach istotnych stałych elementów określonej doktryny aktu normatywnego. Do elementów tych należy zaliczyć: 1) rozstrzygające znaczenie treści a nie formy aktu jako kryterium oceny jego normatywności (definicja materialna), 2) konkretny charakter tego rodzaju oceny, biorącej pod uwagę także systemowe powiązania danego aktu z innymi aktami systemu prawnego uznawanymi niewątpliwie za normatywne, 3) wątpliwości co do normatywnego charakteru niektórych aktów prawnych wydają się być nieodłączną cechą systemu prawnego”³⁶.

W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że kognicja Trybunału Konstytucyjnego obejmuje rozporządzenie o wprowadzeniu stanu wojennego oraz uchwałę Sejmu o uchyleniu rozporządzenia. Skoro rozporządzenie jest aktem normatywnym, to uchwała rozpatrująca rozporządzenie też posiada taki charakter. Nie należy jednak przeceniać znaczenia tego faktu, ponieważ zgodnie z ustawą zasadniczą skutkiem orzeczenia o niekonstytucyjności może być wyłącznie utrata przez zakwestionowany

³⁴ OTK 1989, poz. 10.

³⁵ Zob. wyrok z 22 września 2006 r., U 4/06, OTK ZU 2006, nr 8/A, poz. 109, a szczególnie pkt 1.1 i 1.2 wyroku z 26 listopada 2008 r., U 1/08, OTK ZU 2008, nr 9/A, poz. 160; por. M. Zubik, „Akt normatywny” jako przedmiot kontroli Trybunału Konstytucyjnego, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, nr 1, s. 737.

³⁶ OTK 2001, nr 5, poz. 127. Por. też wyroki TK: z 22 września 2006 r., U 4/06, OTK A, nr 8, poz. 109; z 23 kwietnia 2008 r., SK 16/07, OTK A, nr 3, poz. 45 i z 26 listopada 2008 r., U 1/08, OTK A, nr 9, poz. 160.

akt mocy obowiązującej. Model kontroli konstytucyjności i legalności prawa w Polsce przyjmuje, że norma jest niezgodna z konstytucją (ustawą, ratyfikowaną umową międzynarodową) i przestaje obowiązywać z chwilą jej uchylecia przez Trybunał. W świetle konstytucyjnej zasady, że: „orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego wchodzi w życie z dniem ogłoszenia” (art. 190 ust. 3) związane z nim skutki derogacji trybunalskiej działają *ex nunc* i są uzależnione od formalnego, urzędowego ogłoszenia w sposób wskazany w art. 190 ust. 2, w którym ustrojodawca zobowiązuje do „niezwłocznego” dokonania tej czynności. Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego rozstrzyga w przedmiocie zgodności normy kontrolowanej z normą-wzorcem. O ile nie ma problemu w przypadku rozporządzenia, tak powstaje on w przypadku uchwały. Negatywny wyrok Trybunału Konstytucyjnego wobec uchwały, o której mowa w art. 231 Konstytucji, nie wpływa w żaden sposób na skutki, które już ona wywołała, tj. uchyliła rozporządzenie. Trybunał Konstytucyjny nie może bowiem stwierdzić jej nieważności *ex tunc*, a tym samym nie może przywrócić mocy obowiązującej uchylonemu niezgodnie z prawem rozporządzeniu. Natomiast nie ma żadnych przeszkód formalnych odnośnie do kontroli konstytucyjności bądź legalności rozporządzenia o wprowadzeniu stanu wojennego.

5. Wprowadzenie stanu wojennego wiąże się z ograniczeniem wolności i praw jednostki. W unormowaniach zawartych w aktach prawa międzynarodowego przewidziano konkretne instrumenty gwarantujące ochronę praw człowieka w stanach nadzwyczajnych – tzw. klauzule derogacyjne. Ranga tego środka opiera się m.in. na tym, że powoduje on zawieszenie obowiązywania określonych praw i wolności. Zaistnienie wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego stanowi podstawowy warunek umożliwiający skorzystanie z klauzuli derogacyjnej³⁷.

Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z 19 grudnia 1966 r.³⁸ przewiduje, że w przypadku gdy wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagraża istnieniu narodu i zostało ono urzędowo ogłoszone, państwo-strona Paktu może podjąć kroki mające na celu zawieszenie stosowania zobowiązań wynikających z Paktu w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że kroki te nie są sprzeczne z innymi ich zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego i nie pociągają za sobą dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego (art. 4 ust. 1). Jednak podstawowe prawa człowieka, takie jak m.in.: prawna ochrona życia, humanitarne traktowanie, zakaz tortur, zakaz niewolnictwa, wolność sumienia i wyznania nie mogą zostać zawieszone. Pakt wymaga przy tym, aby państwo korzystające z prawa do zawieszenia stosowania zobowiązań poinformowało natychmiast pozostałe państwa-strony Paktu, za pośrednictwem Sekretarza Generalnego ONZ, jakie postanowienia Paktu zostały zawieszone oraz jakie były tego powody (art. 4 ust. 3).

³⁷ Zob. szerzej B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008, s. 66-149.

³⁸ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

Podobnie europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r.³⁹ zawiera w art. 15 klauzulę derogacyjną. Przewiduje ona, że w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu każda ze stron Konwencji może podjąć środki uchylające stosowanie zobowiązań z niej wynikających w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Niedopuszczalne jest zawieszenie najbardziej podstawowych praw człowieka (art. 15 ust. 2). Konwencja, podobnie jak Pakt, nakazuje, aby podmiot, korzystając z prawa do uchylenia zobowiązań, poinformował wyczerpująco Sekretarza Generalnego Rady Europy o środkach, które podjął, oraz powodach ich zastosowania.

Wypełniając wiążące zobowiązania międzynarodowe, ustawodawca postanowił, że minister właściwy do spraw zagranicznych notyfikuje Sekretarzowi Generalnemu Organizacji Narodów Zjednoczonych i Sekretarzowi Generalnemu Rady Europy wprowadzenie i przyczyny wprowadzenia stanu wojennego, a także jego zniesienie (art. 6 ustawy o stanie wojennym).

Zawarte w notyfikacji informacje powinny być wyczerpujące, przede wszystkim tłumacząc charakter i zakres derogacji. W każdym przypadku państwo musi wykazać, dlaczego uważa, że zwykłe środki prawne, jakimi dysponuje, nie byłyby w takiej sytuacji skuteczne. Notyfikacje są bowiem ważnym źródłem wiedzy o sytuacji w okresie obowiązywania nadzwyczajnego reżimu prawnego. Mogą być też potencjalnie wykorzystywane w procesach sądowych jako dowód na okoliczność przyczyn zastosowania klauzuli derogacyjnej. Istotny jest również aspekt czasowy przekazania informacji. Zasadniczo powinna być ona przekazana bez zbędnej zwłoki, ale każdorazowo decydują o tym konkretne okoliczności⁴⁰.

Derogacje mogą być utrzymywane tak długo i w takim zakresie, jak to jest ściśle wymagane ze względu na sytuację, w związku z którą zostały wprowadzone. Konieczność ich utrzymywania oraz zakres muszą pozostawać pod kontrolą – krajową i międzynarodową. Ma ona zapobiec wykorzystywaniu przez państwo swojego uprawnienia do derogacji w innych celach albo szerzej, niż jest to usprawiedliwione ze względu na jej wymagania.

³⁹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁴⁰ Por. B. Latos, *Klauzula derogacyjna...*, s. 148.

Reforma ustroju województwa z 1998 r. – geneza, założenia, projekt

1. Po wyborach parlamentarnych 21 września 1997 r. utworzony został rząd RP pod przewodnictwem Jerzego Buzka. Został on zaprzysiężony 31 października, a 10 listopada premier wygłosił *exposé*, w którym, w jednym z jego istotnych fragmentów, wyraźnie przesądził przeprowadzenie II etapu reformy ustroju terytorialnego opartego na instytucji samorządu terytorialnego, mówiąc jednoznacznie „Rozbudujemy system samorządów, tworząc samorządowe powiaty oraz województwa rządowo-samorządowe”. A już w kilka tygodni później Rada Ministrów przyjęła projekty dwóch fundamentalnych ustaw: 1) o samorządzie województwa, 2) o administracji rządowej w województwie, które przesłane zostały do Sejmu 27 stycznia 1998 r. Po kilku miesiącach parlamentarnych prac legislacyjnych uchwalone one zostały 5 czerwca tegoż roku¹ i weszły w życie 1 stycznia 1999 r., będąc, wraz z kilkoma ustawami „związkowymi” (o samorządzie powiatowym², o wprowadzeniu trójstopniowego podziału terytorialnego³, o zmianach w podziale zadań i kompetencji⁴, o „wdrożeniu” reformy⁵) podstawą największej w historii naszego państwa reformy ustroju terytorialnego.

1.1. Przytoczenie tych kilku dat pokazuje, że proces legislacyjny, zwłaszcza na etapie rządowym, był niezwykle krótki, co w kontekście ogromnej doniosłości proponowanych zmian ustrojowych uzasadnia postawienie pytania: jakie czynniki zdecydowały o tak szybkim tempie przygotowania wskazanych projektów ustaw. Oczywiście przeprowadzenie każdej reformy wymaga spełnienia, i to koniunkcyjnie, kilku warunków. Przynajmniej o trzech z nich trzeba powiedzieć. Pierwszy z nich

* Prof. dr hab. Miroslaw Stec, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-3537-9204](https://orcid.org/0000-0002-3537-9204).

¹ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1668); ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o administracji rządowej w województwie (Dz. U. z 2001 r. poz. 872 z późn. zm.) zastąpiona ustawą z dnia 23 stycznia 2009 r. o wojewodzie i administracji rządowej w województwie (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1464).

² Ustawa z 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 920).

³ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o wprowadzeniu zasadniczego trójstopniowego podziału terytorialnego państwa (Dz. U. Nr 96, poz. 603).

⁴ Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej – w związku z reformą ustrojową państwa (Dz. U. Nr 106, poz. 668), w której dokonano zmiany 144 ustaw.

⁵ Ustawa z dnia 13 października 1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz. U. Nr 133, poz. 872).

polega na wypracowaniu spójnej, wyrażającej przyjęte w danym momencie historycznym przez społeczeństwo, przekształcające określone sfery życia publicznego, zasady i wartości oraz wykonalnej, czyli mogącej zostać wprowadzoną w życie, koncepcji, której celem jest zreformowanie oznaczonego zakresu spraw społecznych. Drugim jest istnienie zespołu ludzi przekonanych do proponowanych rozwiązań i gotowych do ich przeprowadzenia tak ekspertów, najczęściej twórców koncepcji, jak i polityków oraz urzędników i innych bezpośrednich wykonawców, zwłaszcza wtedy, gdy reforma ma znaczny zasięg zarówno, gdy chodzi o zakres przedmiotowy, jak i terytorialny. Ostatnim, niejako spinającym pierwsze dwa warunkiem jest – z jednej strony – posiadanie przez sprawującą władzę w danym momencie historycznym większość parlamentarną woli politycznej przeprowadzenia określonej reformy przejawiającej się w możliwości uchwalenia odpowiednich aktów normatywnych, z drugiej zaś – równoczesne uzyskanie akceptacji społecznej pozwalającej, w konsekwencji, na ich wdrożenie w życie.

1.2. W tym artykule przedstawiona zostanie geneza i przebieg procesu wypracowywania tej konkretnej wizji ustroju terytorialnego naszego kraju na poziomie wojewódzkim, której ostateczny rezultat znalazł się w rządowych projektach wskazanych ustaw oraz uchwalonych na ich podstawie ustawach i, w konsekwencji, stał się rzeczywistością, w której od ponad 20 lat żyjemy.

2. Jednym z fundamentalnych założeń polskiej pokojowej rewolucji 1989 r. było zbudowanie ustroju naszego kraju zgodnie z zasadami państwa demokratycznego, wśród których poczesne miejsce zajmuje zasada pomocniczości wyrażająca się w sferze ustrojowej zasadą decentralizacji władzy publicznej. A instytucją najpełniej realizującą tę zasadę jest samorząd terytorialny. Dlatego jedną z pierwszych, o dalekosiężnych skutkach, decyzją rządu Tadeusza Mazowieckiego było rozpoczęcie reformy samorządowej, której pierwszy etap, polegający na wprowadzeniu samorządu gminnego, z powodzeniem został zrealizowany w 1990 r.⁶ Już wówczas jej twórcy wyraźnie akcentowali konieczność stworzenia ustroju samorządowego na wszystkich stopniach podziału terytorialnego, jednak z kilku względów uznali, że niemożliwe jest jej przeprowadzenie w tak krótkim czasie, równocześnie z przekształceniem ustroju gminy, dokonywanym bez zmian w ich liczbie, którą uznano za optymalną. Po pierwsze – brak akceptacji przez środowisko reformatorskie obowiązującego wówczas dwustopniowego zasadniczego podziału terytorialnego i opowiedzenie się za przywróceniem jego poprzedniego modelu – trójstopniowego (województwo – powiat – gmina), co, wobec składu sejmu „kontraktowego” i stosunku większości posłów do zmian w tym

⁶ Wśród wielu publikacji na temat tej reformy i okoliczności jej wdrażania, zob. zwłaszcza J. Regulski, M. Kulesza, *Droga do samorządu. Od pierwszych koncepcji do inicjatywy Senatu (1981-1989)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009; J. Regulski, *Samorząd III Rzeczypospolitej. Koncepcje i realizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000; M. Kulesza, *Budowanie samorządu*, Municipium, Warszawa 2008; M. Stec, *Pozycja ustrojowa Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Samorządu Terytorialnego i jego delegatów (1989-1992)*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 3, s. 23 i n.

podziale, skazane było na porażkę. Po drugie – w 1990 r. nie wykryształizowała się jeszcze koncepcja modelu ustrojowego tak powiatu, jak i województwa. Po trzecie – realizacja tak gigantycznej reformy przeprowadzanej na czterech płaszczyznach: terytorialnej, ustrojowej, zadaniowo-kompetencyjnej i majątkowej wymaga odpowiedniego przygotowania logistycznego, co wtedy było niemożliwe do wykonania.

2.1. Jednoznacznie pozytywne skutki przekształcenia ustroju gminnego, obserwowane i doceniane przez lokalne społeczności od samego początku, dopingowały środowisko samorządowe do przygotowania projektów przekształcających ustrój terytorialny naszego państwa. Ważnym impulsem zintensyfikowania prac w tym zakresie było powołanie rządu Hanny Suchockiej, dla której dalsze etapy reformy ustroju terytorialnego i administracji publicznej stanowiły jeden z kardynalnych punktów jej programu rządowego, czego dowodem było powołanie, podobnie jak w rządzie Tadeusza Mazowieckiego, pełnomocnika rządu do jej realizacji. Został nim prof. Michał Kulesza, niekwestionowany autorytet w tym zakresie. Jego zadaniem było wtedy przygotowanie całościowej koncepcji reformy ustroju terytorialnego z priorytetowym potraktowaniem opracowania podstaw prawnych i przygotowania organizacyjnego do przywrócenia powiatu jako drugiego stopnia samorządu lokalnego⁷. Wraz z innymi istotnymi elementami niezbędnych zmian w administracji znalazła się ona w programowym dokumencie rządowym „Założenia i kierunki reformy administracji publicznej” przyjętym 27 kwietnia 1993 r. W tym też zakresie podejmowane były najintensywniejsze prace studialno-projektowe przez powołane przez pełnomocnika rządu zespoły eksperckie. Jednak, wobec przegłosowania w Sejmie w maju 1993 r. *votum* nieufności, rząd Hanny Suchockiej zdążył jedynie przeprowadzić, na podstawie rozporządzenia⁸, tzw. miejski program pilotażowy, którego istota sprowadzała się do powierzenia, na podstawie umów z rządem, ponad 40 miastom wiązki określonych zadań i kompetencji mających docelowo być w zakresie zadaniowo-kompetencyjnym powiatów, co po reformie z 1998 r. skutkowało przyznaniem tym miastom statusu miast na prawach powiatu.

2.2. W wyniku przedterminowych wyborów na jesieni 1993 r. utworzony został rząd Waldemara Pawlaka, którego program nie przewidywał kontynuacji prac reformatorskich w omawianym zakresie. Na szczeblu rządowym nastąpiło całkowite wstrzymanie prac nad przygotowywaniem kolejnych etapów reformy samorządowej i oznaczało likwidację stanowiska pełnomocnika rządu.

2.3. Podsumowanie tego pierwszego okresu (1989-1993) reformowania terytorialnej struktury państwa można ująć w najważniejszych punktach następująco:

⁷ Zob. zwłaszcza J. Regulski, *Samorząd...*, s. 129 i n.; M. Kulesza, *Budowanie...*, s. 87. W ten plan wpiły się też niektóre poselskie inicjatywy ustawodawcze, czego przykładem był projekt ustawy o samorządzie powiatowym (druk nr 98 z 29 stycznia 1992 r.) nierozpatrzony do końca Sejmu I kadencji.

⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 lipca 1993 r. w sprawie określenia zadań i kompetencji z zakresu rządowej administracji ogólnej i specjalnej, które mogą być przekazane niektórym gminom o statusie miasta, wraz z mieniem służącym do ich wykonywania, a także zasad i trybu przekazania (Dz. U. z 1993 r. Nr 65, poz. 309 z późn. zm.).

1) w warstwie przeprowadzonych zmian normatywnych i zrealizowanych w rzeczywistości: a) wprowadzenie samorządowego ustroju gminy jako podstawowej jednostki samorządu terytorialnego (1990), b) powołanie specyficznego dla naszego modelu samorządu terytorialnego organu nadzorczo-kontrolnego – regionalnych izb obrachunkowych (1992), c) wdrożenie miejskiego programu pilotażowego (1993), 2) w warstwie studialno-projektowej: a) przeprowadzenie badań nad podziałem terytorialnym pozwalających przygotować jego warianty przy założeniu przywrócenia trójstopniowego zasadniczego podziału terytorialnego Polski⁹, b) przygotowanie propozycji ustroju powiatu jako jednostki samorządu terytorialnego.

3. W związku z zaprzestaniem na szczeblu rządowym prac reformatorskich w zakresie ustroju terytorialnego aktywność w tej sferze przejęły, przede wszystkim, niezależne instytucje – stowarzyszenia i fundacje, choć istotną rolę odgrywały też organizacje samorządowe zrzeszające miasta i gminy (Związek Miast Polskich, Związek Gmin Wiejskich czy Unia Metropolii Polskich). Wśród tych pierwszych rolę wiodącą w wypracowywaniu nowych rozwiązań w powyższym zakresie zaczęły odgrywać dwie fundacje – *think tanki*: Instytut Spraw Publicznych (ISP) – założony w 1995 r., oraz Instytut Badań nad Gospodarką Rynkową (IBnGR) – ufundowany w 1989 r. To w pierwszym z nich znalazł „zakotwiczenie” Program Reformy Administracji Publicznej (PRAP) gromadzący szerokie grono ekspertów, także będących politykami, stawiający sobie za cel przygotowanie spójnej i funkcjonalnej, a zarazem będącej wyrazem akceptacji podstawowych wartości i zasad państwa demokratycznego, koncepcji funkcjonowania polskiej administracji publicznej zarówno w układzie terytorialnym, jak i centralnym. Zespół ten powstał w 1994 r. w ramach Fundacji im. Stefana Batorego z Janem Rokitą jako dyrektorem programu i po kilku miesiącach działalności na mocy porozumienia między obu fundacjami z dniem 1 lipca 1995 r. przeniesiony został do ISP. Podstawowym jego zadaniem była realizacja projektów badawczych bezpośrednio mieszczących się w profilu programu. Już w 1994 r. rozpoczęły się prace nad kilkoma projektami, jak np. „Zadania i kompetencje powiatów” (będące w istocie kontynuacją prac prowadzonych przez pełnomocnika rządu do jesieni 1993 r.) koordynowanym przez Leona Kieresa czy „Ustrój największych miast polskich” koordynowanym przez Andrzeja Lubińskiego.

3.1. Jednak od samego początku działania programu było oczywiste dla jego członków i uczestników organizowanych przez program cyklicznych seminariów, że kluczowym problemem, a zarazem zadaniem badawczo-projektowym stojącym przed nim jest opracowanie kompleksowej (ustrojowo-zadaniowo-finansowo-majątkowej) koncepcji samorządu wojewódzkiego. Jak dotąd bowiem model tego samorządu nie był przedmiotem szerszego opracowania, a poselski projekt ustawy o samorządzie

⁹ Najistotniejszą rolę w tym zakresie odegrał powołany przez pełnomocnika rządu zespół ds. podziału terytorialnego kierowany przez prof. Bohdaną Jałowiecką (podział powiatowy) i Elżbietę Wysocką (podział wojewódzki).

wojewódzkim (sygnowany przez posłów PSL) złożony do łaski marszałkowskiej w grudniu 1992 r.¹⁰ i odrzucony w I czytaniu 23 stycznia 1993 r. w żaden sposób nie nawiązywał do zasad pomocniczości oraz decentralizacji, a wręcz wyrażał idee przeciwne, stanowił bowiem nieco zmodyfikowaną wersję dotychczasowego systemu rad narodowych¹¹. Był tym samym całkowicie nieprzydatny w dalszych pracach projektowych.

3.2. Początkiem prac nad reformą wojewódzką było posiedzenie seminaryjne PRAP odbyte 9 października 1995 r., na którym autor niniejszego opracowania wygłosił referat „Podstawowe tezy dotyczące reformy wojewódzkiej Państwa”. Jego treścią było określenie warunków brzegowych sensowności tej reformy w kontekście dotychczasowych dokonań różnych podmiotów w tym zakresie, a w szczególności projektów ustaw – poselskiego, odrzuconego przez Sejm, i przygotowanego przez Krajowy Sejmik Samorządu Terytorialnego (z 31 marca 1994 r.) oraz dokumentów Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego pracującej od jesieni 1993 r. Wśród wielu opracowań do niej skierowanych był też projekt fragmentu Konstytucji dotyczący samorządu terytorialnego i rządowej administracji w województwie przygotowany przez PRAP w grudniu 1994 r., a zatytułowany „Samorząd w Konstytucji RP”. Został on przyjęty przez tę komisję jako jeden z zasadniczych wariantów rozstrzygnięć projektu Konstytucji dotyczących funkcjonowania samorządu terytorialnego i na jej posiedzeniu 18 października 1995 r. niewiele zmieniona wersja tego dokumentu stała się podstawą IX rozdziału projektu Konstytucji. To w tym opracowaniu łącznie zaprezentowane zostały: koncepcja powrotu do trójstopniowego zasadniczego podziału terytorialnego i ustanowienia samorządu powiatowego, natomiast sprawą nieprzesądzoną był kształt ustrojowy samorządu województwa, właśnie ze względu na brak spójnej koncepcji sprawowania władzy publicznej na tym stopniu podziału, co znalazło swój wyraz w projekcie Konstytucji (a później w uchwalonym jej tekście). Z jednej strony, zgodnie z aprobowaną już powszechnie zasadą decentralizacji, winien funkcjonować samorząd województwa, z drugiej zaś, realizując równie niekwestionowaną zasadę unitarności (jednolitości) naszego państwa, ważną rolę ustrojową spełniać ma wojewoda jako przedstawiciel rządu w województwie. Jakże zatem winny być ustrojowe relacje między nimi, jak wyglądać powinien podział zadań, kompetencji, a także majątku między nimi? Na te i inne podstawowe pytania należało zatem odpowiedzieć.

3.3. Dlatego na początku 1996 r. stworzony został zespół, działający w ramach PRAP, który przygotował założenia, program i plan realizacji projektu badawczego „Ustrojowy model województwa (regionu) w unitarnym państwie demokratycznym” (dalej: Projekt)¹². W jego skład weszło (w różnych rolach) kilkudziesięciu ekspertów reprezentujących wszystkie podstawowe dla badanej problematyki gałęzie nauki

¹⁰ Druk sejmowy nr 668 z 18 grudnia 1992 r.

¹¹ Zob. stanowisko Rządu zaprezentowane na forum Sejmu 21 stycznia 1993 r. przez pełnomocnika rządu Michała Kuleszę, M. Kulesza, *Budowanie...*, s. 94 i n.

¹² Przedstawiane w tym artykule informacje o tym Projekcie oparte są na dokumentacji znajdującej się w archiwum ISP i autora artykułu.

(prawo, ekonomia i finanse, zagospodarowanie przestrzenne, geografia), przy czym koordynatorem całego Projektu został autor niniejszego opracowania (także koordynator zagadnień ustroju władz publicznych w województwie), zaś koordynatorami poszczególnych zakresów: Teresa Wysocka (problematyka przestrzenna i podziału terytorialnego), Józef Płoskonka (sfera zadań i kompetencji szczebla wojewódzkiego), Stanisław Prutis (kwestie cywilnoprawne, w tym majątkowe) oraz Zyta Gilowska, która koordynowała przygotowanie części finansowo-budżetowej na podstawie umowy ISP z IBnGR o współuczestnictwie tego ostatniego przy opracowywaniu problematyki tejże części. Po uzyskaniu wsparcia finansowego od Institute for Local Government and Public Service zespół rozpoczął intensywną aktywność w połowie 1996 r. z zobowiązaniem się do opracowania końcowego raportu do końca czerwca 1997 r. Zgodnie z przyjętą jego konstrukcją miał się on składać z dwóch części – pierwszej, zawierającej w formie opisowej założenia i przesłanki nowego modelu ustrojowego województwa, i drugiej – pełnego projektu ustawy wraz z uzasadnieniem.

4. Zasadniczym celem Projektu było sformułowanie całościowej wizji ustrojowej województwa, odpowiadającego pojęciu, powszechnie używanemu w nauce i publicystyce (także występującego w terminologii ustrojowej wielu krajów), regionu, funkcjonującego w ramach państwa demokratycznego, unitarnego i zdecentralizowanego. Wizja ta winna prowadzić do osiągnięcia kilku fundamentalnych celów: 1) uporządkowania i ostatecznego przesądzenia organizacji terytorialnej kraju poprzez zaproponowanie jego trójstopniowego zasadniczego podziału (gminy, powiaty i województwa), w którym zakłada się stworzenie dużych jednostek terytorialnych zdolnych do prowadzenia polityki regionalnej (duże województwa) oraz dokonania podziału na powiaty, także gdy chodzi o ich liczbę, zgodnie z obiektywnymi, przyjętymi wcześniej, sparymetryzowanymi kryteriami, 2) zwiększenia sterowalności państwa poprzez – z jednej strony – odciążenie władz centralnych w drodze odebrania im ogromnej liczby wykonywanych zadań i kompetencji, charakterystycznych dla państwa scentralizowanego, z drugiej zaś – przekazanie ich władzom wojewódzkim, samorządowym lub rządowym, które są zdolne racjonalnie je wykonywać, 3) znaczącą zmianę systemu finansów publicznych, w szczególności poprzez zmianę relacji między sumą budżetów komunalnych a budżetem państwa (na korzyść tych pierwszych), a tym samym zwiększenie udziału tych pierwszych w PKB, 4) wzmocnienie budowy instytucji społeczeństwa obywatelskiego poprzez poddanie wybieranych w wyborach powszechnych członków władz samorządowych kontroli mieszkańców z równoczesną ich aktywizacją w drodze stosowania instrumentów demokracji bezpośredniej, 5) przystosowanie organizacji terytorialnej kraju i struktur samorządu terytorialnego, zwłaszcza na poziomie samorządu regionalnego, do zasad i standardów Unii Europejskiej, co stanowiło równocześnie jeden z warunków skutecznej do niej akcesji.

4.1. Podstawową formą aktywności występującą w projekcie były przygotowywane na zlecenie jego koordynatora ekspertyzy dotyczące poszczególnych zagadnień w ramach ustalonych bloków tematycznych. W sumie opracowano ich ponad 30. Dotyczyły one kwestii ustrojowych, historycznych, przestrzennych, prawnomajątkowych i kompetencyjnych. Przygotowywali je najwybitniejsi eksperci z danego zakresu nauki, a także praktyki, bowiem w Projekcie bardzo mocno akcentowano konieczność przygotowania rozwiązań praktycznie przydatnych i skutecznych, czyli prowadzących do osiągnięcia założonego rezultatu. Wśród nich byli: 1) profesorowie o uznanym autorytecie w swych specjalnościach, by wymienić historyka – Józefa Borzyszkowskiego (UG), konstytucjonalistę – Mariana Kallasa (UMK), ekonomistów – Andrzeja Klasika (UE w Katowicach) i Leszka Kupca (UwB), czy geografkę, a zarazem specjalistkę od zarządzania – Grażynę Prawelską-Skrzypek (UJ), 2) wybitni praktycy – urzędnicy różnych struktur administracji publicznej, tacy jak: Piotr Latała (burmistrz), Teresa Paradowska (praca i zatrudnienie), Mieczysław Miazga (polityka regionalna), Andrzej Sygut (edukacja), Marek Scelina i Anna Śleźnik (sprawy społeczne), Małgorzata Lis (ochrona zdrowia), Jerzy Koziński (geografia), Jan Polski (zagospodarowanie przestrzenne), Cezary Gogolewski (gospodarka przestrzenna), Wojciech Skalmowski (ochrona środowiska), 3) prawnicy – naukowcy i praktycy obsługujący, w szczególności, jednostki samorządu terytorialnego: Małgorzata Kożuch (UJ, region a UE i w ujęciu porównawczym), Stanisław Srocki (UwB – prezes RIO w Białymstoku, kwestie uwłaszczenia), mecenas – Piotr Zielonko (kultura, kultura fizyczna, sprawy obywatelskie) i Marcin Radwan-Röhrenschef (Policja). Oczywiście także sami koordynatorzy podejmowali się opracowania konkretnych zagadnień w ramach ich zainteresowań naukowych i sfery odpowiedzialności.

4.2. Odrębnie należy przedstawić drugą formę aktywności realizowaną w projekcie polegającą na poddawaniu proponowanych ujęć i rozwiązań poszczególnych zagadnień dyskusji w gronie konsultantów i recenzentów poszczególnych ekspertyz. Odbywało się to w drodze: 1) kilkudziesięciu spotkań w gronie zespołów eksperckich, 2) cyklicznych, w zasadzie comiesięcznych (razem ich było 9), otwartych interdyscyplinarnych seminariów umożliwiających przedyskutowanie w szerokim gronie kompetentnych uczestników kolejnych faz realizowanego Projektu. Do grona stałych współpracowników we wskazanych rolach należeli prawie wszyscy aktywni uczestnicy procesu reform ustroju terytorialnego naszego kraju, by wymienić najbardziej zaangażowanych: profesorów – Michała Kuleszę, Leona Kieresa, Piotra Buczkowskiego, Teresę Rabską, Grzegorza Gorzelaka, Zygmunta Niewiadomskiego, Cezarego Włodarczyka, Stanisława Owsiaka, a także łączących merytoryczną kompetencję z wykonywaniem funkcji publicznych – Jerzego Stępnia czy Jana Rokitę.

4.3. Bardzo ważnym segmentem Projektu, zaakcentowanym bardzo wyraźnie w jego założeniach, było uczynienie z niego forum szerokiej dyskusji społecznej, wyjaśniającej przyczyny, cele i podstawowe założenia ustrojowo-kompetencyjne reformy wojewódzkiej, tak by w rezultacie stworzyć sprzyjającą atmosferę wobec tej reformy. Dlatego w Projekcie przewidziano cały szereg różnego typu działań

realizujących powyższe cele. Pierwszą kategorię z tego cyklu przedsięwzięć propagujących reformę stanowiły duże konferencje regionalne pod hasłem „Nowe województwo – władze, obowiązki, pieniądze” zorganizowane przy współudziale regionalnych partnerów. Pierwsza z nich odbyła się w Białymstoku 19 listopada 1996 r. we współpracy z Wyższą Szkołą Administracji Publicznej w Białymstoku i Fundacją Rozwoju Demokracji Lokalnej¹³. Jej uczestnikami, w liczbie blisko 100, byli przedstawiciele wszystkich zainteresowanych środowisk: 1) samorządowego: wójtowie, burmistrzowie, radni, urzędnicy gminni, 2) administracji państwowej, w tym rządowej: wojewodowie z trzech województw i pracownicy urzędów wojewódzkich, kierownicy i pracownicy urzędów rejonowych, reprezentanci wielu służb rządowych (Policji, Straży Pożarnej, inspekcji), prezesi RIO w Białymstoku i SKO z trzech województw, Delegatury NIK w Białymstoku, 3) naukowego skupionego wokół Filii UW w Białymstoku (UwB powstał w 1997 r.) i WSAP, 4) regionalnych i lokalnych stowarzyszeń. Konferencja miała swego patrona medialnego („Gazeta Wyborcza”), co spowodowało, że informacja o konferencji i jej główne tezy były szeroko komentowane w lokalnych mass-mediach (prasie, radiu i telewizji). Kolejna konferencja, której struktura, treść i uczestnicy zbliżone były do białostockiej, odbyła się w Krakowie w dniu 18 marca 1997 r., a jej współorganizatorem był Małopolski Instytut Samorządu Terytorialnego i Administracji, zaś patronem medialnym – „Dziennik Polski”¹⁴. Ostatnia z dużych regionalnych konferencji miała miejsce w Gdańsku 22 kwietnia 1997 r., zorganizowana została wspólnie z IBnGR i Zrzeszeniem Kaszubsko-Pomorskim, a opiekunem medialnym był „Dziennik Bałtycki”¹⁵.

4.4. Drugim przejawem działań propagujących ustrojową reformę wojewódzką było podjęcie współpracy z opiniotwórczymi dziennikami i czasopismami („Gazeta Wyborcza”, „Rzeczpospolita”, „Wspólnota”, „Samorządem Terytorialnym”), do których przygotowywane były różnorodne materiały prasowe, a odpowiedzialna za nie w ramach Projektu była znana dziennikarka Marzanna Doering.

5. Dla realizacji Projektu jednym z najważniejszych czynników zewnętrznych mających bezpośredni wpływ na przyjmowanie określonych rozwiązań ustrojowo-kompetencyjnych przyszłego województwa było uchwalenie 2 kwietnia 1997 r. Konstytucji, w której samorządowi terytorialnemu poświęcone zostały dwa artykuły (15 i 16) w rozdziale I „Rzeczpospolita”, a zatem we fragmencie o fundamentalnym znaczeniu ustrojowym, oraz cały rozdział VII. O ile unormowanie dotyczące charakteru

¹³ Wiodące referaty wygłosili: T. Wysocka, *Region jako siła rozwoju kraju*, M. Stec, *Podstawowe kwestie ustrojowe województwa (regionu)*, L. Kupiec, *Nowe województwo: ile i jakie*, P. Latała (burmistrz Czarnej Białostockiej), *Województwo (region) a interesy gminy jako podstawowego szczebla samorządu terytorialnego*.

¹⁴ Wiodące referaty wygłosili: J. Rokita, *Dylematy ustrojowe reformy wojewódzkiej*, A. Klasik, *Województwo samorządowe: gra o rozwój regionalny*, G. Praweńska-Skrzypek, *Małopolska wspólnota interesów*.

¹⁵ Wiodące referaty wygłosili: J. Rokita, *Misja samorządu terytorialnego*, Z. Gilowska, *Finanse regionu – zasady, dochody i cele gospodarcze*, J. Borzyszkowski, *Gdańsk i Pomorze a wizja Polski regionów*.

prawnego samorządu, pozycji ustrojowej, zakresu zadań, struktury wewnętrznej jego jednostek czy reguł finansowania w sposób jednoznaczny, precyzyjny i klarowny przesądziło jego miejsce w systemie władz publicznych RP¹⁶, co niewątpliwie było rezultatem dobrego przygotowania materiałów, z których korzystała Komisja Konstytucyjna (o czym wyżej była mowa), o tyle dwie kwestie immanentnie powiązane z samorządem terytorialnym, a dotyczące ustroju terytorialnego zostały w Konstytucji pozostawione bez wyraźnej odpowiedzi.

5.1. Pierwszą z nich jest zasadniczy podział terytorialny, nieprzesądzony w art. 15 ust. 2, w stosunku do którego sformułowano jedynie kryteria, jakie muszą zostać spełnione przy jego ustalaniu. A przecież wszystkie dotychczasowe polskie konstytucje jednoznacznie, a zarazem identycznie to zagadnienie regulowały, przyjmując trójstopniowy podział (art. 65 Konstytucji marcowej, art. 73 Konstytucji kwietniowej, art. 34 Konstytucji PRL zmieniony w 1975 r. w związku z likwidacją powiatów). Wobec braku uzgodnienia tego zagadnienia w Komisji Konstytucyjnej i niemożności uzyskania niezbędnej większości w Zgromadzeniu Narodowym dla definitywnego wskazania liczby stopni tego podziału (dwa lub trzy) rozstrzygnięcie w tej materii zdecydowano się przekazać zwykłemu ustawodawcy. Dla Projektu oznaczało to pełne otwarcie dla proponowania takiej koncepcji ustrojowej województwa, która będzie oparta na trójstopniowym podziale terytorialnym uwzględniającym gminy i powiaty, co w konsekwencji prowadziło do możliwości konstruowania stosunkowo „dużych” terytorialnie województw.

5.2. Konsekwencją tego niezdecydowania ustrojodawcy było dość enigmatyczne, a wręcz niejasno redakcyjnie sformułowane określenie kategorii samorządu terytorialnego możliwych do ustanowienia (art. 164 ust. 2)¹⁷. Wprowadzona w nim alternatywa, czytana literalnie, oznacza, że może istnieć jeden rodzaj samorządu regionalnego (obok samorządu gminnego) albo że mogą zostać stworzone (obok gminnego) dwie kategorie samorządu, z których jeden ma charakter lokalny, a drugi – regionalny. Ponieważ z punktu widzenia realizacji Projektu zupełnie wystarczające do formułowania finalnych wniosków było umocowanie ustawodawcy do zadecydowania o utworzeniu zarówno województw, jak i powiatów, zespół przygotowujący go przystąpił do opracowywania projektu ustawy nazwanej „o samorządzie terytorialnym i administracji rządowej w województwie”. Takie ujęcie było wynikiem przekonania autorów, że obie kategorie administracji (rządowa i samorządowa) winny się znaleźć w jednym akcie ustawodawczym jako przejawy jednej administracji publicznej. W konsekwencji konstrukcja tego aktu przewidywała układ trzech dużych działów („Przepisy ogólne”, „Samorząd wojewódzki”, „Administracja rządowa w województwie”) poprzedzonych preambułą.

¹⁶ Zob. m.in. A. Skoczylas, W. Piątek, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 881; P. Tuleja i P. Naleziński, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 73-77 oraz 493-522.

¹⁷ Por. A. Skoczylas, W. Piątek, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II...*, s. 889 i n.; P. Naleziński, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 498 i n.

6. Pierwsza wersja projektu ustawy, na razie obejmująca jedynie część ogólną i samorząd wojewódzki, powstała 4 kwietnia 1997 r., natomiast tekst całej ustawy w pierwszej wersji datowany jest na 5 maja 1997 r. Poddany on został recenzjom zewnętrznym m.in. P. Buczkowskiego, G. Gorzelaka, L. Kieresa, J. Stępnia, a także stał się przedmiotem kilku posiedzeń seminaryjnych, z których najważniejsze miało miejsce 12 maja 1997 r. Jego konkluzje wraz z opiniami recenzentów doprowadziły do przygotowania finalnej (dla Projektu) wersji ustawy z 10 czerwca 1997 r. Została ona wraz z pozostałymi częściami raportu końcowego, a zatem z analizą założeń i przesłanek (przestrzennych, historyczno-kulturowych i ekonomicznych) nowego modelu ustrojowego województwa, uzasadnieniem projektu ustawy oraz założeniami wybranych piętnastu najważniejszych ustaw szczególnych wymagających nowelizacji w związku przyjęciem tej ustawy, zaprezentowana na konferencji podsumowującej Projekt w Warszawie 17 czerwca 1997 r. Wydany przez ISP Raport końcowy, w związku z gotowością jego opublikowania na łamach „Samorządu Terytorialnego”, został, zwłaszcza jeśli chodzi o tekst projektu ustawy, poddany kolejnemu doprecyzowaniu i w rezultacie został zamieszczony w nr 7-8/1997. W ten sposób, jak pisze dyrektor PRAP Jan Rokita w słowie wstępnym, Raport został oddany „do dyspozycji uczonym, parlamentarzystom, przedstawicielom administracji i całej opinii publicznej – wszystkim tym, którym bliskie są sprawy państwa i jego ustroju”¹⁸.

6.1. W kontekście przedstawionych wyżej przesłanek i celów reformy wojewódzkiej, a także konstytucyjnych zasad dotyczących ustroju terytorialnego, czytelne stały się podstawowe założenia ustroju województwa zawarte w projekcie ustawy. Oparte one zostały – po pierwsze – na zasadzie decentralizacji, przesądzonej w art. 15 ust. 1 Konstytucji i powszechnie obowiązującej w państwach UE. Wyraziła się ona w stworzeniu na poziomie dużego terytorialnie województwa (w Raporcie końcowym mowa jest o 12-14 województwach) „pełnowymiarowego”, czyli mocnego kompetencyjnie, wyposażonego w odpowiednie źródła dochodów, niezależnego i samodzielnie prawnie, finansowo, majątkowo, organizacyjnie, z gwarancją ochrony sądowej jego samodzielności, o demokratycznej legitymacji, bo wybieranego w wyborach powszechnych, samorządu województwa. Misją tego samorządu jest rozwój cywilizacyjny i gospodarczy regionu, co przekłada się na formułowanie strategii wszechstronnego i zrównoważonego jego rozwoju i prowadzenie na jej podstawie polityki regionalnej w sferze rozwoju ekonomicznego, usług publicznych „wyższego rzędu”, kształtowania przyjaznego człowiekowi środowiska naturalnego. Do realizacji jego zadań stworzona zostanie odrębna administracja w postaci urzędu marszałkowskiego podporządkowana marszałkowi województwa. Po drugie – na zasadzie unitarności (jednolitości), przewidzianej w art. 3 Konstytucji, charakterystycznej dla państw, w których ani względy historyczne, ani etniczne, kulturowe czy geograficzne nie uzasadniają wprowadzenia takiego ustroju terytorialnego, którego fundamentem jest

¹⁸ Zob. Z. Gilowska, J. Płoskonka, S. Prutis, M. Stec, E. Wysocka, *Model ustrojowy województwa (regionu) w unitarnym państwie demokratycznym. Raport końcowy*, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 7-8, s. 3.

głębokie zróżnicowanie, z punktu widzenia wskazanych kryteriów, poszczególnych fragmentów terytorium państwa, przejawiającej się, przede wszystkim, w ustanowieniu mocnego ustrojowo i kompetencyjnie przedstawiciela rządu w województwie – wojewody. Stoi on na czele całej zespolonej administracji rządowej w województwie (administracja niezespolona, określana też mianem specjalnej, ma charakter wyjątkowy), będąc zwierzchnikiem szefów wojewódzkich służb, inspekcji i straży¹⁹, a wykonującym swoje funkcje przy pomocy podlegającego mu urzędu wojewódzkiego. Równocześnie wojewoda jest organem nadzoru nad samorządem terytorialnym w zakresie niezastrzeżonym dla regionalnych izb obrachunkowych.

6.2. Zupełnie nowe podejście zostało zaproponowane, gdy chodzi o kryteria podziału zadań i kompetencji między samorząd terytorialny i administrację rządową²⁰. Najważniejsze z nich odwołuje się do sposobów (metod) działania administracji, które dają się ująć w trzy zasadnicze kategorie. Pierwsza z nich to klasyczna administracja orzecznicza posługująca się metodą władczą, której najczęstszym i najbardziej charakterystycznym przejawem jest wydawanie decyzji administracyjnych. Druga, nazywana administracją świadcząca, polega na zapewnieniu adresatom świadczeń – mieszkańcom, przedsiębiorcom, wykonywania usług materialnych i niematerialnych, wynikających z przyjętego poziomu rozwoju cywilizacyjnego wyrażającego się w obowiązującym ustawodawstwie (usługi komunalne, w tym m.in.: dostawa mediów, edukacja, ochrona zdrowia, komunikacja, pomoc społeczna). Trzecia z kolei metoda działania administracji, najnowsza i posługująca się dotąd niestosowanymi przez administrację instrumentami, przede wszystkim, natury niewładczej, jakimi są umowy i porozumienia, służy realizacji zadań w szeroko pojętej sferze rozwoju cywilizacyjnego i gospodarczego zarówno lokalnego, jak i regionalnego. Z uwagi na zasięg stosowania i naturę stosowanych instrumentów zadania realizowane przy pomocy metod należących do drugiej i trzeciej kategorii sposobów działania administracji przyporządkowane winny być w całości samorządowi terytorialnemu, który właśnie za te sfery ponosi pełną odpowiedzialność. Natomiast zadania, przy wykonywaniu których organy administracji posługują się klasyczną metodą władczą, mogą być wykonywane zarówno przez organy samorządu terytorialnego, jak i administracji rządowej, przy czym kryterium przydzielania ich jednej lub drugiej strukturze administracji zależy od tego, jaki jest stopień związania organu administracji przy wydawaniu decyzji i jak daleko idące (dolegliwe) mogą być środki przymusu stosowane w sytuacji niezastosowania się adresata do treści decyzji. Prawdopodobnie jest dość jasna – im stopień związania jest większy (czyli zakres uznania administracyjnego organu jest mniejszy), a środki przymusu

¹⁹ Szerzej na temat administracji zespolonej zob. *ibidem*, s. 28 i n.; M. Stec, *Służby inspekcje i straże w nowym ustroju administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 12, s. 18 i n.; J. Dobkowski, *Pozycja ustrojowa służb, inspekcji i straży*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 223 i n.

²⁰ Zob. M. Stec, *Podział zadań i kompetencji w nowym ustroju terytorialnym Polski (kryteria i ich normatywna realizacja)*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 11, s. 3 i n.

administracyjnego słabsze, to zadanie takie winno należeć do właściwości samorządu terytorialnego, co zwłaszcza dotyczy zadań wykonywanych w skali masowej przez organy samorządu lokalnego (np. prowadzenie akt stanu cywilnego, wydawanie dokumentów komunikacyjnych, dowodów osobistych). Zaś zadania wymagające przy ich realizacji zastosowania istotnej dozy uznania administracyjnego lub wykorzystania daleko idących środków przymusu – to domena organów administracji rządowej.

6.3. Trzecia płaszczyzna (pozaustrojowa i zadaniowo-kompetencyjna), na której w Raporcie końcowym zaproponowano konkretne rozwiązania – to organizacja terytorialna kraju, czyli podział na województwa, których wprowadzie nie „narysowano” na mapie, jednak wskazano, na podstawie bardzo szczegółowych badań nad najważniejszymi faktorem (potencjałem ludzkim, instytucjonalnym, gospodarczym, intelektualnym) decydującymi o zaistnieniu „masy krytycznej” niezbędnej do prawidłowego funkcjonowania, zwłaszcza samorządu województwa i realizowania nałożonych nań zadań²¹. Wyniki tych badań pozwalały na stwierdzenie, że optymalną liczbą województw jest dwanaście (tyle było wówczas aglomeracji miejskich spełniających przyjęte parametry miasta wojewódzkiego), jednak w Raporcie dopuszczono możliwość powstania jeszcze dwóch województw przy spełnieniu dodatkowych warunków, jak wyrażenie zgody na połączenie w jednym województwie dwóch dużych ośrodków miejskich (co zostało dokonane, jak wiadomo, w odniesieniu do obecnych województw lubuskiego i kujawsko-pomorskiego).

7. Zakończenie Projektu, zwieńczone publikacją Raportu końcowego w „Samorządzie Terytorialnym”, nie oznaczało jednak zakończenia prac zespołu koordynacyjnego, bowiem zarówno w kampanii wyborczej, jak i bezpośrednio po wyborach do parlamentu na jesieni 1997 r. bardzo znaczne zainteresowanie rezultatami Projektu okazywały środowiska polityczne, które uzyskały większość w Sejmie. Dlatego po ukonstytuowaniu rządu Jerzego Buzka bardzo szybko doszło do bezpośrednich kontaktów premiera, ministrów i parlamentarzystów z członkami zespołu koordynacyjnego. Dla dalszych losów Raportu końcowego, a zwłaszcza projektu ustawy, fundamentalnego znaczenia nabrało spotkanie 29 listopada, w którym na zaproszenie premiera uczestniczyli poseł Jan Rokita, Michał Kulesza i autor niniejszego opracowania. Podczas kilkugodzinnej rozmowy goście premiera przedstawili koncepcję nowego ustroju województwa, jego zasadnicze cechy i instytucje, czyli zrelacjonowali treść Raportu końcowego, a następnie wskazali, jakie warunki winny być spełnione, by koncepcja ta mogła zostać zrealizowana. Omawiano: 1) zakres niezbędnego ustawodawstwa, które należy uchwalić z chwilą przyjęcia ustawy ustrojowej (było oczywiste, że takimi będą na pewno ustawy: o wprowadzeniu trójstopniowego podziału terytorialnego, o podziale kompetencji, o samorządzie powiatowym), 2) sposób implementacji nowej terytorialnej struktury ustrojowej naszego państwa, co oznaczało konieczność opracowania zupełnie nowej, nigdy dotąd niezastosowanej,

²¹ Zob. Z. Gilowska (et al.), *Model ustrojowy...*, s. 51 i n.

ścieżki wdrażania tak gigantycznej reformy, którą należało zawrzeć w specjalnej ustawie wprowadzającej ją w życie, 3) perspektywę czasową prac legislacyjnych, a po ich zakończeniu perspektywę terminu wyborów do organów uchwałodawczych województwa oraz powiatu, i, w konsekwencji, datę wejścia reformy w życie; uznano, że optymalnym, a zarazem możliwie najwcześniejszym tym momentem jest 1 stycznia 1999 r., a to oznaczało zakończenie podstawowych prac legislacyjnych w parlamencie przed wakacjami sejmowymi, a przeprowadzenie wyborów na jesieni 1998 r., 4) konieczność przygotowania i przeprowadzenia zakrojonej na szeroką skalę, adresowanej do całego społeczeństwa, a zwłaszcza środowisk najbardziej zainteresowanych, np. pracowników administracji, akcji informacyjno-wyjaśniającej, 5) uwarunkowania polityczne, które należy uwzględnić w całym procesie legislacyjnym obejmującym tak etap rządowy, jak i parlamentarny.

7.1. Spotkanie zakończyło się zaakceptowaniem przez premiera zaproponowanego przez zespół modelu ustrojowego województwa, przy czym uczestnicy dyskusji zgodzili się, że będzie on ukształtowany w dwóch ustawach (osobno o samorządzie województwa i osobno o administracji rządowej w województwie), oraz kierunkowych ustaleń w pozostałych omówionych sferach zagadnień, a także oświadczeniem uczestników o gotowości do aktywnego włączenia się w proces tworzenia i wdrażania reformy, co w niedługim czasie „zaowocowało” powołaniem M. Kuleszy na stanowisko Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Administracji Publicznej w randze sekretarza stanu w KPRM, M. Steca jako szefa doradców Ministra SWiA ds. reformy, J. Płoskonki na stanowisko wiceministra w randze podsekretarza stanu w MSWiA odpowiedzialnego za wdrożenie reformy (na wiosnę 1998 r.), a J. Rokitę wybrano na przewodniczącego Sejmowej Komisji Nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowych projektów ustaw o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej oraz do rozpatrzenia innych projektów ustaw związanych z wdrażaniem reformy administracji publicznej.

7.2. Niewiele dłużej niż miesiąc trwały prace nad przeredagowaniem projektu ustawy przygotowanej w Projekcie i podzieleniem jej na dwie ustawy. Po dyskusji w Radzie Ministrów zostały one przyjęte w połowie stycznia 1998 r. i jako projekty rządowe wpłynęły do łaski marszałkowskiej 27 stycznia tegoż roku. Dalszy ciąg prac legislacyjnych w parlamencie i rządzie opracowującym akty wykonawcze można prześledzić na stronach internetowych właściwych organów i urzędów, w ich zarchiwizowanej dokumentacji, a także w massmedialnych publikacjach.

Sądowy immunitet państwa a Trybunał Konstytucyjny

Zagadnienie sądowego immunitetu państwa w odniesieniu do odpowiedzialności za zbrodnie wojenne budzi duże zainteresowanie w polskim dyskursie prawniczym. Jest tak względu na stałą obecność w polskiej debacie publicznej kwestii odpowiedzialności Republiki Federalnej Niemiec za zbrodnie wojenne, jakich dopuściły się siły zbrojne III Rzeszy na terenie RP podczas okupacji wojennej w trakcie II wojny światowej. Tak np. w 2017 r. politycy obozu rządzącego zaczęli podnosić, że Polska nie zrzekła się wobec RFN roszczeń odszkodowawczych związanych z II wojną światową¹. W dyskusji dotyczącej reparacji wojennych kładzie się nacisk na roszczenia międzypaństwowe. Argument przemawiający za tym ma w dużej mierze charakter praktyczny – międzypaństwowa regulacja odpowiedzialności z tytułu strat wojennych pozwala uniknąć milionów indywidualnych pozwów ofiar². Poza tym inną, nie mniej istotną przeszkodą dla dochodzenia przez ofiary roszczeń indywidualnych jest instytucja immunitetu państwa.

Immunitet jurysdykcyjny państwa w odniesieniu do roszczeń związanych z odpowiedzialnością za zbrodnie wojenne budzi kontrowersje. Był on przedmiotem orzeczeń sądów zarówno międzynarodowych, jak i krajowych³. Zdawać należy sobie sprawę, że niejako z samej definicji immunitet państwa stanowi naruszenie zasady *ubi ius, ibi remedium*, będąc jednocześnie przejawem zasady *par in parem non habet imperium* oraz równości państw⁴. Początkowo immunitet państwa miał charakter absolutny – żaden suweren nie mógł sprawować swojej jurysdykcji wobec innego suwerena⁵. Na początku XX w. zaczęto jednak rozróżniać władcze oraz prywatnoprawne akty państwa – podział ten był istotny z tego względu, że immunitet jurysdykcyjny przysługuje tylko

* Dr Michał Stępień, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0002-9068-9467.

¹ M. Stolarczyk, *Reparacje wojenne dla Polski od Niemiec w latach 1945-2000*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2020, vol. XVII, nr 2, s. 187; K. Gruszczyński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza NRF w XXI wieku – próba opisu*, „Humanum. Międzynarodowe Studia Społeczno-Humanistyczne” 2017, nr 27(4), s. 98.

² J. Barcz, J. Kranz, *Reparacje od Niemiec po drugiej wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego – Aspekty prawa i praktyki*, Elipsa, Warszawa 2019, s. 170.

³ Zob. *ibidem*, s. 173 i n. oraz powołane tam orzecznictwo.

⁴ J. Sutor, *Immunitet państwa*, Elipsa, Warszawa 2016, s. 56.

⁵ Immunitet nigdy nie był jednak całkowicie absolutny – wyjątkiem były sprawy dotyczące praw rzeczowych na nieruchomości. Zob. B.E. Carter, P.R. Trimble, *International Law*, 3rd ed., Aspen Law & Business, New York 1999, s. 596.

wobec aktów *de iure imperii*, ale już nie w przypadku aktów *de iure gestionis*. Rozróżnienie to znalazło się również w Konwencji NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności z 2004 r. stanowiącej kodyfikację instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa – zgodnie z art. 10 tej konwencji państwu nie przysługuje immunitet w przypadku jego zaangażowania się w działalność handlową (*commercial transactions*)⁶. Wprowadzenie podziału na akty *de iure imperii* i *de iure gestionis* pozwoliło odejść od koncepcji absolutnego immunitetu państwa. Nie oznacza to jednak, by rozwiązanie to negowało istotę immunitetu jurysdykcyjnego państwa jako takiego⁷.

Problem związany z instytucją immunitetu państwa w kontekście podziału aktów państwa na akty *de iure imperii* oraz *de iure gestionis* polega m.in. na tym, czy immunitetem państwa objęte są również roszczenia cywilne związane z odpowiedzialnością państwa za zbrodnie wojenne. Innymi słowy: czy zbrodnie te należy traktować jako akty władcze państwa. W dodatku pojawia się pytanie, czy zarzut bezprawności jest w ogóle znaczący w tej sytuacji, jeśli immunitet państwa jest *par excellence* instytucją procesową, podczas gdy ocena bezprawności jest kwestią materialnoprawną, która stanowi przedmiot postępowania już po ustaleniu, czy dane postępowanie jest dopuszczalne ze względu na zarzut immunitetu państwa. Sprowadza się to w istocie do pytania, czy istnienie norm *ius cogens* jest w ogóle do pogodzenia z istnieniem podziału norm na normy procesowe oraz materialne. Jednak z punktu widzenia danego sądu decydującego o tym, czy dopuszczalny jest dany pozew kierowany przeciwko państwu obcemu, nie trzeba analizować powyższych zagadnień w każdym przypadku. Jest to bowiem jedna z tych sytuacji, gdy zagadnienie prawa międzynarodowego rozpatrywane jest przez sądy krajowe, a poszukiwana odpowiedź ma wymiar wysoce praktyczny i polega na wypadkowym odniesieniu się do prawa międzynarodowego w kontekście stosowania norm postępowania cywilnego. W tej sytuacji nie jest prowadzona analiza teoretyczno-prawna przedmiotowego zagadnienia przez sądy krajowe – trudno byłoby jej zresztą oczekiwać.

⁶ Zob. komentarz do art. 10 projektu z 1991 r. Konwencji NZ z 2004 r., "Yearbook of International Law Commission" 1991, vol. 2, part 2, s. 36-40. Co istotne, Komisja Prawa Międzynarodowego wyraźnie wskazuje, że nawet jeśli praktyka państw (w 1991 r.) nie określa jednoznacznie granic immunitetu dotyczącego działalności handlowej państwa, to jednak potwierdza, że odmowa czy też ograniczenie immunitetu jurysdykcyjnego państwa w takim przypadku jest akceptowane na gruncie prawa międzynarodowego (*ibidem*, s. 40). Dodać należy, że konwencja wciąż nie weszła w życie – nie może być zatem przeciwstawiana RP jako umowa międzynarodowa.

⁷ Problem stanowić może odróżnienie *in concreto* aktu *de iure imperii* oraz *de iure gestionis* – zob. chociażby orzeczenie Włoskiego Sądu Kasacyjnego w sprawie *Watykan p. Pieciukiewicz* ("International Law Review" 1982, vol. 78, s. 120). W sprawie tej kluczowe było to, czy stosunek pracy, jaki Maria Pieciukiewicz nawiązała z Radiem Watykańskim (w ramach którego wykonywała pracę na stanowisku spikera radiowego), należy do sfery aktów władczych państwa czy też nie. W tym zakresie sąd powołał się na art. 2 i 3 Traktatu laterańskiego z 1929 r., które to postanowienia wskazują, że suwerenność Stolicy Apostolskiej ma związek z jej „misją w świecie” i to właśnie Stolica Apostolska sprawuje władzę w stosunku do Watykanu. W tym sensie Watykan stanowi, zdaniem sądu, przypadek „państwa z misją”. W tym przypadku istotne jest to, że zadaniem Marii Pieciukiewicz było współtworzenie rosyjskiego programu Radia Watykan. Jednak, jak podkreślił sąd, nie była to wyłącznie „czynność mechaniczna” polegająca na tłumaczeniu.

Z punktu widzenia polskiego porządku prawnego oraz praktyki orzeczniczej sądów polskich kluczowe w tym przedmiocie jest orzeczenie SN w sprawie *Natoniewskiego*⁸ – względy praktyczne powodują, że stanowi ono precedens *de facto*. W orzeczeniu tym SN opowiedział się za immunitetem państwa – strony pozwanej, tj. Republiki Federalnej Niemiec. Orzeczenie to opierało się na założeniu, że „immunitet państwa, choć jest instytucją międzynarodowego prawa publicznego, ma wyraźnie procesowy charakter”. Z tego wynika zatem konieczność zastosowania norm prawnych obowiązujących w chwili wszczęcia postępowania. SN odwołał się do praktyki państw (polegającej na braku pozytywnych przykładów) oraz kodyfikacji zagadnienia w prawie międzynarodowym (w tym Konwencji NZ z 2004 r. o immunitetach jurysdykcyjnych państw i ich mieniu⁹), by wskazać, że tzw. *tort exception*, tj. brak immunitetu jurysdykcyjnego państwa w przypadku odpowiedzialności za czyny zabronione popełnione na terytorium państwa *forum*, nie dotyczy jednak odpowiedzialności za działania sił zbrojnych. Przedmiotowa sprawa dotyczyła odpowiedzialności niemieckich sił zbrojnych za pacyfikację Szczecyna (miejscowości w województwie lubelskim) dokonaną w 1944 r. – czyli podczas II wojny światowej. Oprócz powołania się na stan zwyczajowego prawa międzynarodowego w tym zakresie SN uzasadnił swoją decyzję o podtrzymaniu immunitetu państwa w tej sprawie, wskazując następujące *ratio iuris*: „Konflikt zbrojny – z ofiarami w wielkiej skali, ogromem zniszczeń i cierpień – nie daje się sprowadzić do relacji między państwem – sprawcą, a poszkodowaną jednostką; zachodzi przede wszystkim między państwami. Z tego względu tradycyjnie o roszczeniach majątkowych wynikłych ze zdarzeń wojennych rozstrzyga się w traktatach pokojowych, zmierzających do całościowego – w skali międzynarodowej i indywidualnej – uregulowania następstw konfliktu wojennego. Immunitet jurysdykcyjny państwa w takich sprawach stanowi środek gwarantujący prawnomiędzynarodowy sposób regulowania roszczeń majątkowych wywodzonych ze zdarzeń wojennych. Wykluczenie rozstrzygania sporów o te roszczenia przez sądy ma przeciwdziałać temu, aby normalizacja wzajemnych stosunków między państwami po zakończeniu wojny nie napotykała przeszkód wskutek wytaczania wielu spraw o te roszczenia”.

Jednak gdy wspomniane postępowanie kasacyjne (w sprawie *Natoniewskiego*) było już zawisłe przed SN, można było wskazać wyroki sądów krajowych, które negowały immunitet państwa w przypadku roszczeń wynikających z konfliktów zbrojnych, „gdy konkretny akt nie został podjęty wobec ludności cywilnej w ogólności, lecz

⁸ Postanowienie SN z 29 października 2010 r., IV CSK 465/09.

⁹ Należy mieć na uwadze, że RP nie jest stroną przedmiotowej konwencji. Jednak klasyfikacja jej jako kodyfikacja konotuje akceptację jej jako emanacji zwyczajowego prawa międzynarodowego. Można różnie oceniać to zjawisko, jednak obecnie mamy w prawie międzynarodowym do czynienia z odejściem od jednolitej kategorii obowiązywania prawa. Tak więc np. wynik prac Komisji prawa międzynarodowego dotyczących odpowiedzialności państwa, tj. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* jest uważany za kodyfikację, chociaż ostatecznie ZO NZ zdecydowało się przyjąć je jako rezolucję 56/83 (A/RES/56/83), wskazując, że „takes note of the articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, presented by the International Law Commission” i „commends them to the attention of Governments”.

skierowano go przeciw konkretnym jednostkom, które ani bezpośrednio, ani pośrednio nie były zaangażowane w działania zbrojne” lub jeśli „działanie sprawcze leżące u podstaw dochodzonego odszkodowania należy [...] do kategorii zbrodni prawa międzynarodowego”. Były to grecka sprawa *Distomo* oraz włoska sprawa *Ferrini* – obie dotyczące powództw wytoczonych przeciwko Republice Federalnej Niemiec w związku z działaniami niemieckich sił podczas II wojny światowej w Grecji i we Włoszech – z tego chociażby względu stanowiły one dla SN pewien punkt odniesienia. Jednak odwołując się do licznych orzecznictwa, które odmawiało wyłączenia spod immunitetu jurysdykcyjnego państwa aktów stanowiących naruszenia norm „prawa wojny oraz prawa humanitarnego”, SN uznał, że ta właśnie praktyka orzecznicza stanowi przejaw obowiązującego międzynarodowego prawa zwyczajowego.

Orzeczenie SN w sprawie *Natoniewskiego* miało do pewnego stopnia charakter *praeter legem*. Mianowicie art. 1111 i 1112 k.p.c. regulują personalny immunitet dyplomatyczny i konsularny, jednak żaden z przepisów polskiego postępowania cywilnego nie odnosi się do immunitetu sądowego państwa¹⁰. Jako taka instytucja sądowego immunitetu państwa została wprowadzona jednak do polskiego porządku prawnego już wcześniej – problemem było dookreślenie treści tej instytucji¹¹. Sąd Najwyższy już w okresie międzywojennym nie miał wątpliwości co do funkcjonowania immunitetu jurysdykcyjnego państwa – w owym okresie był to immunitet o charakterze absolutnym. W kontekście kodeksu postępowania cywilnego z 1964 r.¹² kluczowa jest uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 26 września 1990 r.¹³ W uchwale tej stwierdzono m.in., że:

Podstawową przesłanką uzasadniającą wyłączenie przedstawicielstwa dyplomatycznego od jurysdykcji sądów polskich jest suwerenność państwa wysyłającego, albowiem istnieje oczywisty i niezaprzeczalny związek między immunitetem jurysdykcyjnym państwa, a przywilejami i immunitetami jego organów. Żadne suwerenne i niepodległe państwo jako podmiot prawa międzynarodowego nie jest podporządkowane prawu innego państwa.

Przedmiotem postępowania cywilnego, w związku z którym wydano tę uchwałę, była odpowiedzialność jednostek organizacyjnych Przedstawicielstwa Handlowego, które stanowiło „integralną część Ambasady ZSRR”. Mogło to prowadzić do późniejszego pomieszczenia immunitetu dyplomatycznego oraz immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Jednak dopóki takie uzasadnienie nie narusza immunitetu jurysdykcyjnego państwa, to nie stanowi ono problemu. Kłopot w tym, że nawet jeśli odnieść art. 1111 i 1112 przez analogię do immunitetu państwa, to owa „analogia”¹⁴

¹⁰ J. Sutor, *Immunitet...*, s. 64 oraz s. 235.

¹¹ Postanowienie SN z 13 marca 2008 r., III CSK 293/07.

¹² Dz. U. z 1964 r. Nr 43, poz. 296, dalej: k.p.c.

¹³ Uchwała składu siedmiu sędziów z 26 września 1990 r., III PZP 9/90.

¹⁴ Zob. P. Grzegorzczuk, *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 238, gdzie mowa o art. 1111 § 1 pkt 3 k.p.c. jako o podstawie immunitetu państwa w polskim postępowaniu cywilnym. Zgodnie z analizowanym tam stanowiskiem do „innych osób”, o jakich mowa w tym przepisie, można by zaliczyć obce państwo – jako osobę prawną. Jednak art. 1111 k.p.c., w tym

nie nadaje się do oceny naruszenia prawa humanitarnego podczas konfliktów zbrojnych. W każdym jednak razie w późniejszych orzeczeniach (w tym również w orzeczeniu w sprawie *Natoniewskiego*) SN wyraźnie wskazał, że immunitet jurysdykcyjny państwa ma w polskich systemie prawa podstawę inną niż art. 1111 i 1112 k.p.c. – ponieważ immunitetu jurysdykcyjnego państwa nie należy utożsamiać z immunitetem dyplomatycznym oraz konsularnym¹⁵. Immunitety regulowane w art. 1111 i 1112 k.p.c. mają charakter personalny – zatem dotyczą członków misji dyplomatycznej oraz personelu urzędu konsularnego. Prawdą jest, że z definicji immunitety dyplomatyczne oraz konsularne są pochodną suwerennej równości państw (tak samo jak immunitetu jurysdykcyjnego państwa). W dodatku przedstawiciele dyplomatyczni oraz urzędnicy konsularni są ostatecznie funkcjonariuszami państwa i przysługujące im immunitety dyplomatyczne oraz konsularne są uzasadnione właśnie wykonywaniem owych funkcji na rzecz państwa wysyłającego. Jednak mimo to prawo dyplomatyczne oraz konsularne w zakresie immunitetów rozwijało się w oderwaniu od immunitetu państwa, która to instytucja rozwinęła się dopiero w XIX w.

Zagadnienie immunitetu państwa w odniesieniu do roszczeń związanych z działaniami sił zbrojnych stanowiło przedmiot orzeczenia MTS wydanego w sprawie *Niemcy vs. Włochy* dotyczącej immunitetów jurysdykcyjnych¹⁶. Sprawa dotyczyła odpowiedzialności Niemiec za zbrodnie, jakich dopuścili się niemieckie siły zbrojne we Włoszech podczas II wojny światowej po ogłoszeniu zawieszenia broni

również jego § 1 pkt 3 k.p.c., odnosi się do immunitetu dyplomatycznego i odsyła ostatecznie do „powszechnie ustalonych zwyczajów międzynarodowych”.

¹⁵ J. Sutor, *Immunitet...*, s. 180. Na pewno immunitet państwa oraz immunitet dyplomatyczny różnią się podstawą prawną – w przypadku immunitetu dyplomatycznego (i konsularnego) są to umowy międzynarodowe, które stanowią kodyfikację prawa międzynarodowego, jednak należy podkreślić, że Konwencję wiedeńską o stosunkach dyplomatycznych (Dz. U. z 1965 r. Nr 37, poz. 232) ratyfikowały niemal wszystkie państwa członkowskie NZ (za wyjątkiem Sudanu Południowego oraz Palau). Z kolei Konwencję wiedeńską o stosunkach konsularnych (Dz. U. z 1982 r. Nr 13, poz. 98) ratyfikowały już 182 państwa. W przypadku immunitetu państwa kluczowe znaczenie ma prawo zwyczajowe oraz Konwencja NZ o immunitacie jurysdykcyjnym państw i ich własności z 2004 r., którą do tej pory ratyfikowały tylko 23 państwa (i która nie weszła w życie, co wymaga ratyfikacji przez przynajmniej 30 państw) oraz Europejska konwencja o immunitacie państwa z 1972 r. (ETS No. 074), którą ratyfikowało tylko 8 państw. W przypadku Polski rozróżnienie immunitetu państwa oraz immunitetu dyplomatycznego ma znaczenie, gdyż Polska nie podpisała ani nie ratyfikowała żadnej z obu wspomnianych konwencji dotyczących immunitetu państwa – tak więc np. wspomniana Konwencja NZ z 2004 r. może być przeciwstawiana Polsce, tylko, jeśli przyjąć, że konwencja ta stanowi kodyfikację międzynarodowego prawa zwyczajowego. Jednak tym samym zastosowanie ma nie konwencja, ale normy prawa zwyczajowego w niej skodyfikowane. Jednocześnie należy dodać, że misje dyplomatyczne oraz urzędy konsularne posiadają w polskim systemie prawnym zdolność sądową oraz procesową w zakresie prawa pracy (postanowienie SN z 11 stycznia 2000 r., I PKN 562/99). Oznacza to zatem, że w pozostałym zakresie roszczenia wysuwane przeciw misjom dyplomatycznym, urzędom konsularnym, ich szefom i kierownikom są w rzeczywistości wysuwane przeciwko państwu wysyłającemu w zakresie, w jakim roszczenia te nie są związane z immunitetami personalnymi członków misji dyplomatycznej lub personelu urzędu konsularnego. To jest właśnie źródłem problemów z rozróżnieniem immunitetu dyplomatycznego oraz immunitetu państwa.

¹⁶ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, Judgment, “International Court of Justice Reports” 2012, s. 99.

między Włochami i aliantami. Sprawa ta jest kluczowa dla wyjaśnienia wspomnianych już kwestii budzących kontrowersje w nauce prawa międzynarodowego oraz orzecznictwie sądowym, tj. znaczenia kategorii prawa procesowego w kontekście prawa międzynarodowego, a przede wszystkim jego norm peremptoryjnych. W orzeczeniu tym MTS uznał za znaczący dla immunitetu sądowego państwa podział aktów państwa na akty *de iure imperii* i *de iure gestionis*. MTS doszedł do wniosku, że dla kategorii aktów *de iure imperii* kluczowa nie jest zgodność *vel non* tych aktów z prawem międzynarodowym (w tym z jego normami peremptoryjnymi), ale to, jaki organ państwa dokonuje danego aktu. Zdaniem MTS działania sił zbrojnych w trakcie trwania konfliktu zbrojnego nie są objęte *tort exception* i klasyfikować je należy jako akty *de iure imperii*, a zatem działania objęte immunitetem jurysdykcyjnym państwa¹⁷.

Natomiast kolizja norm peremptoryjnych oraz instytucji immunitetu państwa jest, według MTS, pozorna, gdyż:

There is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful¹⁸.

Z jednej strony pozwala to zastosować współcześnie obowiązujące normy procesowe (zakładające daleko ograniczony i już nie absolutny immunitet państwa) do wydarzeń, które miały miejsce w czasie, gdy immunitet państwa miał charakter absolutny. Jednak z drugiej strony, mimo zmian, jakie zaszły w zakresie ograniczania immunitetu państwa, w przypadku roszczeń wynikających z działań sił zbrojnych argumentacja oparta na odwołaniu się do *ius cogens* przestaje mieć znaczenie. Jest tak, bowiem normy peremptoryjne, o jakie chodzi w tym przypadku, mają charakter norm materialnych. Inna sprawa, że owa dychotomia prawa procesowego oraz materialnego nie uwzględnia w tym przypadku w ogóle paremii *ubi ius, ibi remedium*. Szczególnie z punktu widzenia jednostek ma to duże znaczenie – pytanie, czy prawo podmiotowe może istnieć w oderwaniu od możliwości jego dochodzenia, nie jest przecież pozbawione sensu.

Krytyka orzeczenia wyroku MTS we wspomnianej sprawie jest możliwa na gruncie m.in. aksjologicznym. Jednak, co należy podkreślić z całą mocą, jest to orzeczenie, w którym koncepcję prawa zwyczajowego potraktowano z całą powagą, na jaką ta koncepcja zasługuje. Norma stanowiąca *ratio decidendi* orzeczenia nie została zatem przyjęta apriorycznie, ale jest indukcją orzecznictwa sądów krajowych¹⁹. Dodać należy, że sprawa *Natoniewskiego* była częścią owego rozumowania indukcyjnego. Mimo głosów krytyki należy zdawać sobie sprawę, że wyrok MTS wyjaśnił istotne

¹⁷ Pkt 77-78 orzeczenia.

¹⁸ Pkt 93 orzeczenia.

¹⁹ Pkt 74, 85 i 96 orzeczenia.

zagadnienie prawne. Zastosowana w tym orzeczeniu indukcja normy prawa zwyczajowego została przeprowadzona w oparciu o praktykę orzecniczą sądów krajowych. Jak wyjaśnił MTS:

In the Court's opinion, State practice in the form of judicial decisions supports the proposition that State immunity for *acta jure imperii* continues to extend to civil proceedings for acts occasioning death, personal injury or damage to property committed by the armed forces and other organs of a State in the conduct of armed conflict, even if the relevant acts take place on the territory of the forum State. That practice is accompanied by *opinio iuris*, as demonstrated by the positions taken by States and the jurisprudence of a number of national courts which have made clear that they considered that customary international law required immunity. The almost complete absence of contrary jurisprudence is also significant, as is the absence of any statements by States in connection with the work of the International Law Commission regarding State immunity and the adoption of the United Nations Convention or, so far as the Court has been able to discover, in any other context asserting that customary international law does not require immunity in such cases.

Praktyka państw sprowadzająca się do orzecznictwa sądów krajowych stanowi jednocześnie dowód *opinio iuris* – w tym sensie jest to przykład tzw. podwójnego liczenia aktów praktyki oraz dowodów przemawiających za *opinio iuris*²⁰. Jednak w przypadku orzecznictwa sądów krajowych nie powinno to budzić kontrowersji²¹. Ostatecznie sądy, w tym krajowe, orzekają na podstawie (obowiązującego) prawa. Oprócz tego MTS zastosował również dedukcję, wywodząc immunitet państwa z zasady suwerennej równości państw. Stefan Talmon wskazuje, że zastosowanie dodatkowo dedukcji stanowi argument za tym, iż rezultat wnioskowania indukcyjnego wymaga uzupełnienia²². Można to uznać jednak za zbyt uproszczenie – odwołanie się do zasady suwerennej równości państw oznacza powtórzenie, że uzasadnieniem instytucji immunitetu państwa jest zasada *par in parem non imperium habet*. Stanowi to zatem *ratio iuris*, ale nie przesądza o zakresie instytucji immunitetu państwa.

²⁰ Przykłady wnioskowania o *opinio iuris* na podstawie praktyki – K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Springer, Dordrecht 1993, s. 123-137; B.D. Lepard, *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s. 128-138. Dwuelementowa koncepcja międzynarodowego prawa zwyczajowego z założenia prowadzi do podwójnego liczenia aktów praktyki, które stanowią jednocześnie dowód przemawiający na istnieniu *opinio iuris*. Zob. chociażby M. Stępień, *Taking the Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously – Problems with Double Counting*, "Wrocław Review of Law, Administration & Economics" 2018, vol. 8(2), s. 85-96.

²¹ Zob. J. D'Aspremont, *International Law as a Belief System*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, s. 90-91, gdzie mowa o tym, że prace przygotowawcze dotyczące art. 38 Statutu STSM (później Statutu MTS) nie wskazują, by dwuelementowa koncepcja zwyczajowego prawa międzynarodowego w ogóle była brana pod uwagę przez twórców Statutu.

²² S. Talmon, *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, "European Journal of International Law" 2015, vol. 26, s. 427.

Wyrok MTS stanowi kontekst wniosku do TK z 15 grudnia 2020 r. dotyczącego zbadania zgodności z Konstytucją RP art. 1113 k.p.c. Wniosek o stwierdzenie niezgodności tego przepisu z art. 9, art. 30 oraz art. 45 Konstytucji RP „w zakresie, w jakim dopuszcza wywiedzenie immunitetu państwa dla ochrony obcych państw przed pozwanie przed sąd polski za czyny stanowiące zbrodnie wojenne, ludobójstwo i zbrodnie przeciwko ludzkości”²³. Niemal identyczny wniosek został złożony w TK w dniu 26 października 2017 r.²⁴ – zresztą w obu przypadkach jednym z przedstawicieli grupy posłów jest poseł na Sejm Arkadiusz Mularczyk. Postępowanie wszczęte na podstawie tego wniosku zostało jednak umorzone ze względu na zasadę dyskontynuacji prac Sejmu – oba wnioski zostały ostatecznie złożone przed grupę posłów. Ze względu na upływ w 2020 r. VIII kadencji Sejmu poprzedni wniosek został umorzony na podstawie art. 59 ust. 1 pkt 5 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym²⁵. W umorzonym już postępowaniu zostały złożone stanowiska Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. W postępowaniu zawisłym obecnie (stan na lipiec 2022 r.) przed TK również zostały złożone stanowiska Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. Jednak jak dotąd nie podjęto w tej sprawie innych czynności niż odebranie stanowisk Sejmu oraz Prokuratora Generalnego. Tym niemniej warto dokładnie rozważyć argumenty przedstawione we wniosku. Ujawniają one problemy, jakie napotyka prawo międzynarodowe w polskim porządku prawnym – nie tylko w odniesieniu do immunitetu jurysdykcyjnego państwa.

Wnioskodawcy już na samym początku wskazują, że przedmiotem postępowania nie są art. 1103⁷ pkt 2 czy art. 1113 k.p.c., ale praktyka orzecznicza sądów polskim, która odwołuje się do orzeczenia w sprawie *Natoniewskiego*, co oznacza z kolei orzekanie zgodnie z *ratio decidendi* orzeczenia MTS w sprawie *Niemcy vs. Włochy*. Jest to zatem próba wykazania niekonstytucyjności nie tyle przepisów k.p.c., co raczej międzynarodowego prawa zwyczajowego. Wskazać należy, że wnioskodawcy w pełni zdają sobie z tego sprawę – „Zdaniem [SN] państwom obcym przysługuje w tym zakresie, wynikający ze zwyczajowego prawa międzynarodowego, immunitet jurysdykcyjny, który wyłącza możliwość pozywania o odszkodowanie deliktowe przed sąd polski”. W dalszej części wskazują, że w razie pozwu przeciwko obcemu państwu sąd polski „działając opiera się na normach zwyczaju międzynarodowego i praktyce innych państw”. Jako podstawa takiej sytuacji wskazywany jest art. 9 Konstytucji RP²⁶, ale wnioskodawcy wywodzą z faktu, że art. 87 Konstytucji RP wspomina wyłącznie o ratyfikowanych umowach międzynarodowych, iż „zobowiązanie konstytucyjne wynikające z art. 9 odnośnie do zwyczaju międzynarodowego, należy rozumieć, jako

²³ Postępowanie K 25/20.

²⁴ Postępowanie K 12/17.

²⁵ Dz. U. z 2019 r. poz. 2393.

²⁶ K. Wójtowicz, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz*, Art. 1-86, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 330-331; A. Wasilkowski, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 15; A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie konstytucji RP...*, s. 38-40.

wiążące jedynie w sferze prawa międzynarodowego”. To zaś oznacza, że „normy zwyczaju międzynarodowego nie obowiązują w sferze prawa polskiego”.

W dalszej części wniosku wnioskodawcy przechodzą do argumentacji opartej bezpośrednio na prawie międzynarodowym. W pierwszej kolejności starają się wykazać, że orzeczenie MTS w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego, zarówno merytorycznie, jak i formalnie, nie odgrywa dużej roli w zakresie funkcjonowania instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa. Jest tak zdaniem wnioskodawców, bo po pierwsze, orzeczenie to jest dopiero pierwszym rozstrzygnięciem w orzecznictwie sądów międzynarodowych dotyczącym odpowiedzialności państwa za zbrodnie wojenne. Po drugie, „wyprowadzenie” prawa zwyczajowego nie zostało przeprowadzone w sposób poprawny. Należy zdawać sobie sprawę, że paremia *facta probantur, iura novit curia* nie do końca ma zastosowanie wobec prawa zwyczajowego, w tym wobec prawa międzynarodowego. MTS dokonał ustalenia zastosowanej następnie normy zwyczajowej na podstawie orzecznictwa sądów krajowych – ostatecznie stosowanie immunitetu jurysdykcyjnego państwa należy do kompetencji sądów krajowych. Stąd to właśnie praktyka orzecznicza sądów krajowych jest kluczowa w tym przypadku. Aby wykazać, że dowód przedmiotowej normy zwyczajowej nie został przeprowadzony przez MTS w sposób poprawny, przedstawiono we wniosku następujący argument. Mianowicie zdaniem wnioskodawców „w szczególności” MTS nie uwzględnił orzeczeń w sprawach *Van Dardel p. ZSRR* oraz *Princz p. RFN*. Problem w tym, że można odnieść wrażenie, iż wnioskodawcy bardzo pobieżnie zapoznali się z powołanymi orzeczeniami. Orzeczenie w sprawie *Van Dardel* zostało wydane zaocznie (ZSRR odmówił udziału w postępowaniu) i jako takie zostało uchylone – sąd rozpatrujący wniosek o uchylenie wyroku zaocznego negatywnie ocenił decyzję o wydaniu wyroku zaocznego. Tym samym wspomniany wyrok zaoczny nie utrzymał się w obrocie prawnym – w konkluzji sąd, orzekając w 1990 r., stwierdził: „The Court finds that none of the grounds upon which jurisdiction was asserted in 1985 withstand scrutiny”. Podobna sytuacja miała również miejsce w sprawie *Princz p. RFN*: sąd odwoławczy odrzucił powództwo (wskazał na to Prokurator Generalny w swoim stanowisku przedstawionym w toczącym się przed TK postępowaniu) – właśnie na podstawie braku jurysdykcji. Powołanie obu tych spraw jako aktów praktyki, której nieuwzględnienie przez MTS w procesie wywodzenia normy zwyczajowej pozwala podważyć dokonane przez niego ustalenia, jest całkowicie chybione. Stanowić może przejaw tekstocentrycznego, a w zasadzie mechanicznego podejścia do orzecznictwa sądowego – jest to jednak powszechna właściwość przedstawicieli polskiej praktyki prawniczej²⁷.

Wnioskodawcy stosują swoje tekstocentryczne stanowisko wobec prawa nie tylko w stosunku do orzecznictwa sądów krajowych, ale również sądów międzynarodowych, w tym samego MTS. Wnioskodawcy stwierdzają zatem, że „Wyroki MTS

²⁷ Zob. P. Jabłoński, *Dwa sposoby respektowania prawa. Rzecz o możliwości aplikacji perspektywy Frommowskiej do badań filozoficznoprawnych*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3603, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, t. XCVI, s. 37. E. Łętowska posługuje się w odniesieniu to tego zjawiska określeniem „tekstocentryzm”.

obowiązują jedynie strony. Nie stanowią też bezwzględnie wiążącego źródła prawa międzynarodowego. Wręcz przeciwnie, istnieje powszechna zgodność, że są kwalifikowane jako tzw. źródło pomocnicze”. Wnioskodawcy odwołują się do podręczników prawa międzynarodowego, w tym do podręcznika autorstwa Władysława Czaplińskiego i Anny Wyrozumskiej. Jednak w tym samym podrzędziale tego podręcznika, do którego odwołali się wnioskodawcy, znajduje się następujący fragment: „[b]ez wątplenia orzeczenia sądowe lub arbitrażowe mogą stanowić dowód istnienia prawa zwyczajowego”²⁸. Wnioskodawcy twierdzą natomiast, że wyroki MTS „mają znaczenie dopiero wtedy, kiedy sytuacja faktyczna nie jest uregulowana ani normami konwencyjnymi, ani normami zwyczaju międzynarodowego, ani nie wynika z ogólnych zasad prawa”. Powyższe pozwala stwierdzić, że są bardzo przywiązani do podziału na źródła prawa oraz źródła poznania prawa. Podstawowy problem z tym podziałem polega na tym, że ma on zastosowanie w odniesieniu do systemów prawnych wyposażonych w rozbudowane mechanizmy legislacyjne. Do systemów takich należy zaliczyć również prawo polskie. Rzecz w tym, że w takich systemach prawo zwyczajowe jest zmarginalizowane, jeśli w ogóle obecne²⁹. Należy mieć na uwadze, że w przypadku prawa zwyczajowego podstawowym problemem jest jego epistemologia. Rozpoznanie normy prawa zwyczajowego przez MTS nie jest logicznie bardziej prawdziwe niż wywiedzenie jej przez TK. Jest jednak o wiele bardziej autorytatywne i legitymizowane. Jest tak z tej prostej przyczyny, że jest to zagadnienie bardzo odległe od jurysdykcji TK³⁰, który odnosi się do prawa międzynarodowego w sposób incydentalny, kładąc nacisk na stosowanie Konstytucji RP. Twierdzenie wnioskodawców, że wyroki MTS mają w tym zakresie wywodzenia norm prawa zwyczajowego taką samą siłę sprawczą jak wyroki sądów krajowych,

²⁸ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo publiczne międzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 26.

²⁹ Zagadnienie analogi między prawem międzynarodowym oraz krajowym jest stale obecne w dyskursie dotyczącym podstaw teoretycznych prawa międzynarodowego. Warto przywołać tu stanowisko H.L.A. Harta o prawie międzynarodowym, które stanowi według niego porządek prawny pozbawiony reguły uznania, co czyni jego strukturę formalną nie systemem, lecz zbiorem reguł pierwotnych, których obowiązywanie rozstrzygane jest bez reguły uznania – zob. H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 314. Z kolei M. Huber stwierdził, że prawo międzynarodowe to prawo prywatne w większej skali – H. Lauterpacht, *Chapter 8 – Private Law Sources and Analogies of International Law* [w:] E. Lauterpacht (ed.), *International Law – Collected Papers*, 2. *The Law of Peace. Part I. International Law in General*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 173. Tak więc np. prawo traktatów stanowi w takim ujęciu analogon prawa kontraktów.

³⁰ Na sądach krajowych, w tym również na TK, spoczywa obowiązek stosowania prawa międzynarodowego, w tym również międzynarodowego prawa zwyczajowego. Zob. K. Wójtowicz, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego – Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, Wydawnictwo RW KUL, Lublin 2000, s. 68 oraz K. Wójtowicz, *The Position of Customary International Law in the Polish Legal System in the Light of Article 9 of the Constitution of 1997*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2018, vol. 8, no. 2, s. 247. Jednak z perspektywy sądów polskich taka sytuacja zachodzi jednak stosunkowo rzadko i jeśli już ma miejsce, to orzeczenie sądu krajowego stanowi przede wszystkim akt praktyki. Jednak biorąc pod uwagę, że prawo międzynarodowe to prawo wspólnoty międzynarodowej, to akt pojedynczego członka tej wspólnoty nie może być rozpatrywany w oderwaniu od aktów pozostałych członków.

można uznać za uzasadnione tylko, jeśli przyjąć, że dotyczy to „polskiego prawa międzynarodowego”³¹.

Co interesujące, argumentacja wnioskodawców nie polega zatem na odrzuceniu prawa międzynarodowego, np. poprzez odwołanie się do art. 8 w zw. z art. 188 Konstytucji RP w kontekście badania konstytucyjności umowy międzynarodowej, ale na wykazaniu, że prawo międzynarodowe – w tym przypadku prawo zwyczajowe dotyczące immunitetu sądowego państwa – ma inną treść niż dotąd błędnie (i dość powszechnie) uważano. O ile więc przedmiotem wniosku jest formalnie zbadanie konstytucyjności przepisów k.p.c., to ostatecznie istotną częścią wniosku jest wywiedzenie normy zwyczajowej dotyczącej immunitetu jurysdykcyjnego państwa, zgodnie z którą immunitetem takim nie byłyby objęte roszczenia dotyczące odpowiedzialności za zbrodnie wojenne³². Niestety, odwołanie się przez wnioskodawców do wyroków sądów krajowych, które zostały ostatecznie usunięte z obrotu prawnego, nie jest odpowiednią metodą realizacji tego zamierzenia. Dotyczy to również argumentu polegającego na marginalizacji MTS w rozwoju prawa międzynarodowego. W swojej opinii odrębnej do wyroku MTS sędzia Cançado Trindade opowiedział się przeciw normie wywiedzionej przez większość składu orzekającego poprzez odwołanie się do koncepcji *ius cogens*, negację podziału na normy procesowe oraz materialne (co prowadzi przeciw do wykluczenia możliwości dochodzenia praw przez jednostki) oraz ochronę praw człowieka³³ – w tym prawa do sądu

³¹ Tak np. w wyroku K 6/21 z 24 listopada 2021 r. TK całkowicie pominął koncepcję wykładni autonomicznej umów międzynarodowych – w tym przypadku EKPC. TK uznał za niekonstytucyjny art. 6 ust. 1 EKPC, tj. prawo do sądu „w zakresie, w jakim obejmuje dokonywanie przez ETPC oceny legalności procesu wyboru sędziów TK w celu ustalenia, czy TK jest niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą”. Kluczowe jest następujące twierdzenie zawarte w uzasadnieniu tego wyroku: „Trybunał Konstytucyjny nie jest sądem w rozumieniu art. 6 ust. 1 [EKPC]”. Wiąże się to zatem ze złamaniem EKPC poprzez wykładnię jej postanowień ze względu na prawo krajowe („[w] świetle niebudzących wątpliwości przepisów konstytucyjnych”), co stanowi złamanie zasady *pacta sunt servanda*. Zastanawiające jest, dlaczego następstwem tego wyroku TK nie jest wypowiedzenie EKPC na podstawie art. 58 EKPC. To, że jest to prawnie dopuszczalne, ilustruje przykład Rosji, która przestała być z dniem 16 marca 2022 r. członkiem Rady Europy oraz stroną EKPC (na podstawie art. 58 ust. 3 EKPC).

³² Rozumowanie to spotkało się ze zdecydowaną krytyką ze strony Sejmu zaprezentowaną w stanowisku przedstawionym w toczącym się przed TK postępowaniu. Zgodnie ze stanowiskiem Sejmu próba ponownego rozpoznania normy międzynarodowego prawa zwyczajowego dotyczącej immunitetu państwa nie jest uzasadniona – Sejm poprzestał na pośrednim przywołaniu wyroku MTS dotyczącego immunitetu sądowego państwa. Argumentacja Sejmu powiela argumenty włoskiego TK wyrażone w wyroku z 2014 r. (a więc już po wydaniu wyroku przez MTS). Sprowadzają się one do podkreślenia, że konstytucyjność art. 1113 k.p.c. nie powinna być badana w kontekście jego zgodności z prawem międzynarodowym (zdaniem Sejmu art. 1113 k.p.c. nie jest niezgodny z art. 9 Konstytucji RP), ale tylko w odniesieniu do art. 30 i 45 Konstytucji RP. Według Sejmu art. 1113 k.p.c. „w zakresie, w jakim bezwarunkowo nakazuje, odrzucenie pozwu lub wniosku albo umorzenie postępowania w sprawach dotyczących zbrodni wojennych, ludobójstwa i zbrodni przeciw ludzkości, jest niezgodny z art. 30 i art. 45 Konstytucji”.

³³ M. Kałduński, *Immunitet państwa w prawie międzynarodowym w kontekście zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, „Zeszyty Prawnicze BAS Kancelarii Sejmu” 2018, nr 2(58), s. 89-93.

(obejmującego dostęp do sprawiedliwego i słusznego odszkodowania)³⁴. Do tej pory MTS konsekwentnie stał na stanowisku, że normy peremptoryjne – a w zasadzie zobowiązania *erga omnes* – same przez się nie przesądzają o jurysdykcji MTS. W tym sensie nie przyznają MTS kompetencji orzekania o prawach państw trzecich, tzn. nieuczestniczących jako strona w postępowaniu toczącym się przed MTS³⁵. Ten sposób rozumowania znajduje również przez analogię zastosowanie do jurysdykcji cywilnej w stosunku do obcych państw. Chodzi tu o ściśle rozróżnianie norm procesowych dotyczących jurysdykcji (w tym kompetencji sądów międzynarodowych) oraz norm materialnoprawnych (takich jak zasada samostanowienia narodów). Jednak MTS zdaje się być przywiązany do rozstrzygnięcia *Monetary Gold* tylko w odniesieniu do postępowania spornego – w przypadku postępowania doradczego jego stanowisko jest całkowicie odmienne. Należy pamiętać, że postępowanie doradcze może być środkiem rozwiązywania sporów międzynarodowych³⁶. Jednak w sprawie Muru Palestyńskiego MTS uznał działania Izraela za niezgodne z prawem międzynarodowym³⁷. Stało się tak pomimo stanowczego stanowiska Izraela, że „[a]nswering the request would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent”.

Podobny stosunek jak MTS do immunitetu sądowego państwa ma również ETPC. W szeregu spraw ETPC wskazał, że immunitet jurysdykcyjny państwa, nawet gdy dotyczy roszczeń związanych z naruszeniem norm *ius cogens*, nie narusza art. 6 EKPC, tj. prawa do sądu³⁸. Innymi słowy: jest zgodny z EKPC. Co prawda ETPC dopuszcza w tym zakresie zmianę prawa międzynarodowego (w tym międzynarodo-

³⁴ A. Jakubowski, *Immunitet państwa: ius cogens a ochrona dziedzictwa kultury – uwagi krytyczne w świetle wyroku MTS z 3.2.2012 r. w sprawie Niemcy vs. Włochy*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, R. XII, nr 4, s. 65.

³⁵ W sprawie Timoru Wschodniego, tj. w sprawie toczącej się między Portugalią i Australią, MTS, odwołując się do wyroku w sprawie *Monetary Gold*, stwierdził, że nie rozstrzygnie sprawy co do *meritum*, gdyż ostatecznie oznaczałoby to konieczność rozstrzygnięcia o prawach i obowiązkach Indonezji, podczas gdy Indonezja nie była stroną postępowania – *Case Concerning East Timor, Judgment of 30 June 1995*, „International Court of Justice Reports” 1995, s. 102, pkt 29. Według Portugalii (tj. strony skarżącej) odstąpienie od zasady *Monetary Gold* było w tym przypadku uzasadnione faktem, że zobowiązania będące przedmiotem sprawy miały charakter *erga omnes*. MTS wyraźnie jednak stwierdził, że zasada samostanowienia narodów jest „one of the essential principles of contemporary international law”, by zaraz dodać: „Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case”.

³⁶ Przykładem takiego rozwiązania jest § 30 konwencji dotyczącej przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych z 1946 r. (Dz. U. z 1948 r. Nr 39, poz. 286) – spór rozstrzygnięty w ten sposób ma charakter wyroku, bowiem „[s]trony przyjmą opinię Trybunału jako załatwienie ostateczne”.

³⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, „International Court of Justice Reports” 2004, s. 136.

³⁸ *Al-Adsani p. Wielkiej Brytanii* (Application no. 35763/97), *Jones i inni p. Wielkiej Brytanii* (Applications nos. 34356/06 and 40528/06), *Kalogeropoulou p. Grecji i Niemcom* (zob. K. Bartsch, B. Elberling, *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. vs. Greece and Germany Decision*, „German Law Journal” 2003, vol. 4, s. 484) i *Nat-Liman p. Szwajcarii* (Application no. 51357/07).

wego prawa zwyczajowego) – jednak jak dotąd to nie nastąpiło³⁹. Argumentacja ETPC sprowadza się do podkreślenia, że kluczowy jest podział na prawo procesowe oraz materialne – przy czym normy imperatywne mają charakter materialnoprawny. Nie mogą więc stanowić podstawy do odrzucenia instytucji immunitetu jurysdykcyjnego państwa, nawet gdy dochodzone roszczenia dotyczy naruszenia norm *ius cogens*. ETPC rozważył przy tym koncepcję proceduralnego *ius cogens* – ostatecznie stwierdza brak dowodów na istnienie tego rodzaju normy⁴⁰.

Jak więc widać, sądy międzynarodowe są dość konsekwentne, jeśli chodzi o ich stosunek do immunitetu państwa w stosunku do roszczeń związanych z odpowiedzialnością za zbrodnie wojenne – co oczywiście godzi w możliwość dochodzenia prawa przez jednostki i praktycznie wyklucza odpowiedzialność cywilną za zbrodnie wojenne. Z punktu widzenia sądów międzynarodowych orzecznictwo sądów krajowych jest częścią praktyki kształtującej prawo zwyczajowe. Praktyka jako taka nie musi być wcale konkluzyjna – w przypadku zaniechania nie budzi to większych wątpliwości (praktyka sądów polskich polega na odrzucaniu pozwów skierowanych przeciwko państwu obcemu w zakresie aktów *de iure gestionis*). Okazuje się jednak, że również pozytywna praktyka – tj. orzekanie przez sądy co do istoty rzeczy w sprawach związanych z immunitetem państwa – nie musi sama przez się stanowić praktyki z punktu widzenia formowania się normy zwyczajowej. Odmowa immunitetu sądowego państwa odnośnie do działań *de iure imperii* może bowiem stanowić formę *repraesalium*⁴¹ – jest to oczywiście oparte na presupozycji, że taka odmowa jest jako taka nielegalna. Odmowa immunitetu staje się w takim przypadku dopuszczalnym środkiem wywierania nacisku na państwa dopuszczające się naruszenia norm *ius cogens* (np. zakazu tortur)⁴².

Z samej definicji prawa międzynarodowego wynika, że jest ono wynikiem kolektywnego wysiłku całej wspólnoty międzynarodowej. Naturalne jest rozumieć tę wspólnotę jako złożoną z państw oraz organizacji międzynarodowych. Jednak za uczestników dyskursu dotyczącego prawa międzynarodowego można również uznać organy wewnętrzne państw stosujące prawo międzynarodowe – w szczególności sądy krajowe. Zagadnienie immunitetu sądowego państwa pokazuje bardzo wyraźnie, że sądy krajowe są do pewnego stopnia sądami międzynarodowymi – są bowiem

³⁹ M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 638.

⁴⁰ K. Bartsch, B. Elberling, *Jus Cogens...*, s. 486.

⁴¹ P.T. Moser, *Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case*, "Goettingen Journal of International Law" 2012, vol. 4, s. 839.

⁴² *Ibidem*, s. 811. Zob. przywołane tam stanowisko F.M. Menéndez, zgodnie z którym: "In any case, as a countermeasure permitted under international public law, a State could remove immunity from another State – a permitted action to respond to torture carried out by that State. There was no peremptory norm of general international law that prevented States from withdrawing immunity from foreign States in such cases to claim for liability for torture". Cyt. za *Committee Against Torture – Thirty-fourth session – Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting*, CAT/C/SR.646/Add.1, pkt 67.

skazane na stosowanie prawa międzynarodowego⁴³ i to odnośnie do tak istotnych kwestii jak jurysdykcja tych sądów. Jednak udział w tym toczącym się bezustannie dyskursie wymaga odwołania się do metod rozpoznania norm prawnych przyjętych na gruncie prawa międzynarodowego. Na dobry początek polegać to będzie chociażby na uświadomieniu sobie, że art. 38 Statutu MTS nie jest tak do końca odpowiednikiem art. 87 Konstytucji RP oraz że sądy polskie, stosując prawo międzynarodowe, muszą uwzględniać szerszy kontekst i dorobek orzecznicy sądów międzynarodowych *sensu stricto*, takich jak MTS. Jest to szczególnie istotne w przypadkach dotyczących rozpoznania norm zwyczajowego prawa międzynarodowego, gdyż sądy krajowe wielu państw (w tym sądy polskie) nie mają rozwiniętych metod poznania prawa zwyczajowego.

⁴³ A. Cassese, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law*, "European Journal of International Law" 1990, vol. 1, s. 212-213 i 219. Charakter prawny sądów krajowych w ujęciu Georges'a Scelle'a wyjaśniono tam w ten sposób: „from the point of view of their legal status they are and remain national organs, they can function either as national or as international agents”.

Zmieniająca się funkcja idei tożsamości konstytucyjnej

1. Jednym z pojęć, które ostatnio zaczęło coraz częściej pojawiać się w różnych dyskusjach na temat konstytucji i to zarówno wśród specjalistów konstytucjonalistów, ale też zwłaszcza wśród polityków, stało się pojęcie „tożsamości konstytucyjnej”. Termin ten nie jest nowy w prawie. Pojawiał się on w debatach konstytucyjnych w procesie poszukiwania odniesień aksjologicznych dla nowych ustaw zasadniczych na początku lat 90. Obecnie jednak posługiwanie się nim „przybrało na sile” i zaczyna w coraz większym stopniu być wykorzystywane do osiągnięcia określonych celów politycznych. Staje się nie tyle przedmiotem rzetelnej analizy prawnej, co orężem politycznym. Tym samym istnieje duże niebezpieczeństwo zinstrumentalizowania go, zanim się go właściwie dookreśli i dotrze do jego istoty.

Punktem wyjścia zatem dla rozważań nad tym zagadnieniem powinna być próba dookreślenia samego pojęcia „tożsamość konstytucyjna”. Równocześnie jednak w tym kontekście rodzi się dalsze pytanie, a mianowicie, czy w ogóle to pojęcie może być jednoznacznie zdefiniowane, czy też jest na tyle dynamiczne, że podobnie jak *rule of law* możemy je określać raczej poprzez rozmaite czynniki, elementy składające się na to pojęcie aniżeli poprzez jedną zamkniętą definicję. Zgodzić się należy z Anną Śledzińską-Simon, że wykorzystanie tego terminu w teorii prawa oraz praktyce orzeczniczej pozostawia wiele pytań. „Tożsamość konstytucyjna jest bowiem bytem idealnym, wyobrażonym, a raczej tworzonym głównie na potrzeby legitymacji trudnych decyzji politycznych lub decyzji sądów konstytucyjnych. Niezależnie od kontekstu zastosowania, tożsamość konstytucyjna jest pojęciem obciążonym silnym ładunkiem emocjonalnym i aksjologicznym”¹. Tożsamość konstytucyjną wiąże się czasami z pojęciem „rdzenia konstytucji” czy minimum konstytucyjnym. Najczęściej jednak określa się poprzez odniesienie do wartości i celów społeczeństwa. Jak pisze Mirosław Granat: „Przez tożsamość konstytucyjną rozumiemy zwykle zespół zasad i wartości, które są szczególnie cenne z punktu widzenia państwa i narodu i które powinny pozostać stałe”². Są

* Dr hab. Hanna Suchocka, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, w latach 1992-1993 Prezes Rady Ministrów, ORCID: 0000-0002-6218-1893.

¹ A. Śledzińska-Simon, *Koncepcja tożsamości konstytucyjnej: wymiar indywidualny, relatywny oraz zbiorowy*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3744, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. CVII, s. 335.

² M. Granat, *Tożsamość Konstytucji*, [w:] D. Dudek (red.), *Zmieniać Konstytucję Rzeczypospolitej czy nie zmieniać?*, KUL, Lublin 2017, s. 43.

one oparte, czy też odwołują się do konkretnego fundamentu aksjologicznego war- tego ochrony i tym samym stanowiącego, w rozumieniu ustrojodawcy, podstawę porządku konstytucyjnego. Takie też rozumienie można przyjąć za podstawę niniej- szych rozważań. Aby konstytucja była skuteczna, trwała i powszechnie szanowana, powinna odzwierciedlać szeroki konsensus co do fundamentów aksjologicznych³. Konstytucja, która reprezentuje i ucieleśnia wyłącznie wartości i tożsamość okre- ślonej części społeczeństwa, klasy, partii politycznej i która usiłuje narzucić je resz- cie społeczeństwa, nie osiągnie szerokiego konsensusu niezbędnego do jej prawi- dłowego funkcjonowania. Nie będzie stanowić nadrzędnych ram dla stabilnego, prawowitego i skutecznego rządu⁴. Konieczna jest zatem zobiektywizowana defini- cja wartości, aby, jak podkreśla Marek Piechowiak, zdystansować się od woluntary- zmu i czysto tetycznego uzasadnienia prawa. Wartości konstytucyjne to pewne stany rzeczy (tak faktycznie istniejące, jak i możliwe; zarówno o charakterze samo- istnym, jak i mające charakter cech), wyróżnione przez ustrojodawcę jako stany pożądane i jako takie podlegające szeroko pojętej ochronie prawnej (prawnie do- niosłe). Tak pojęta wartość może też być określona mianem dobra prawnego⁵.

Tak rozumiana tożsamość konstytucji jest zarazem rodzajem bariery (mate- rialnej) dla dokonywania zmian konstytucji, stanowi podstawę do tzw. względnej niezmiennalności konstytucji. Podkreślenia wymaga określenie „względna niezmie- nialność”, albowiem są okresy w historii, kiedy taka potrzeba zmiany jest wyraźna, kiedy aktualna, obowiązująca konstytucja pisana rozmija się z wartościami wyma- gającymi ochrony. Zgodnie z koncepcją Ferdynanda Lassalle’a konstytucja pisana rozmija się tak dalece z konstytucją rzeczywistą, że obowiązująca konstytucja pisa- na staje się fikcyjna⁶ i mamy do czynienia z sytuacją, w której stan napięcia pomiędzy tekstem konstytucji a otoczeniem (czyli konstytucją rzeczywistą) jest tego rodzaju, że wymaga gruntownej zmiany konstytucji (rewizji całościowej) lub wręcz przyjęcia nowej konstytucji. Zmienia się aksjologia konstytucji i tym samym następuje potrze- ba dookreślenia jej nowej tożsamości. Jest to tzw. „moment konstytucyjny” według koncepcji Bruce’a Ackermana⁷, tj. moment dla dokonania zasadniczych zmian w do- tychczasowej konstytucji lub też przyjęcia nowej. Przestanką dla podjęcia takich prac jest niewątpliwie przekonanie o dezaktualizacji wartości i podstawowych zasad, na jakich opiera się istniejący porządek konstytucyjny, i tym samym nieadekwatność czy też brak jej jednoznacznej tożsamości.

³ Taki był wyraźnie zamysł twórców polskiej Konstytucji z 1997 r., co oddaje wstęp do niej w słowach: „my, Naród Polski – wszyscy obywatele Rzeczypospolitej, zarówno wierzący w Boga [...], jak i nie podzielający tej wiary, a te uniwersalne wartości wywodzący z innych źródeł”.

⁴ N. Hedling, *The Fundamentals of a Constitution*, „International IDEA Constitution Brief” April 2017, s. 2.

⁵ M. Piechowiak, *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa*, [w:] T. Guz, J. Głuchowski, M. Pałubska (red.), *Synteza prawa polskiego od 1989 roku*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 40, 65.

⁶ F. Lassalle, *O istocie konstytucji*, przeł. J. Nowacki i M. Sobolewski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1960.

⁷ B. Ackerman, *We the People*, vol. I. *Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1991, s. 10.

W tym kontekście jednak nieuniknione jest kolejne pytanie, a mianowicie czyje uznanie, czyje przekonanie jest decydujące dla dokonania takiej oceny o „dezaktualizacji” dotychczasowej podstawy aksjologicznej i kto ma określić nowy wzorzec aksjologiczny. Zgodnie z wyrażonym powyżej poglądem o konieczności odwoływania się do zobiektywizowanego systemu wartości nie może to być tylko wyraz woli większości aktualnie rządzącej. Nie mamy bowiem do czynienia z konstytucją okrojowaną. W społeczeństwie demokratycznym dla uznania „nieaktualności” wartości konstytucyjnych nie jest wystarczające przekonanie wyrażane tylko przez aktualną większość polityczną. Konieczne jest odwołanie się do bardziej zobiektywizowanej pluralistycznej oceny, uwzględniającej także opinie tych, którzy znajdują się aktualnie w mniejszości⁸. Z idei „momentu konstytucyjnego” Ackermana wyraźnie wynika, że jednym z kluczowych elementów dla zmiany konstytucji jest szerokie społeczne zaangażowanie na rzecz zmiany konstytucji, dostrzeganie potrzeby i konieczności jej zmiany.

Z takim zjawiskiem mieliśmy do czynienia na początku lat 90. ubiegłego wieku. Wtedy to poszukiwano odwołań do odmiennych fundamentów aksjologicznych i w takim też zakresie kształtowała się nowa tożsamość konstytucyjna poszczególnych państw. Jak już zaznaczyłam, znamienne jest, że w pierwszych dyskusjach konstytucyjnych, jakie toczyły się w tamtym okresie zarówno w Polsce, jak i w innych krajach Europy Środkowej i Wschodniej, samo pojęcie „tożsamość konstytucyjna” nie było tak silnie akcentowane, tak silnie obecne w centrum dyskursu prawniczego, ale także politycznego jak obecnie. Wówczas to, zrywając z przeszłością komunistyczną, odwoływano się częściej do pojęcia „europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego”, poszukując elementów wspólnych dla tradycji konstytucyjnej państw tzw. zachodniej demokracji i państw postkomunistycznych. Tym zatem, co dominowało w pierwotnej fazie dyskusji, było poszukiwanie wspólnych korzeni i wyrastających z nich rozwiązań charakteryzujących konstytucjonalizm europejski. Głównym wyzwaniem wówczas dla wszystkich państw postkomunistycznych stała się potrzeba swoistego „odkodowania”, przybliżania pojęcia „europejskie dziedzictwo konstytucyjne”, „europejska tożsamość konstytucyjna”⁹. Poszukiwano zatem, także na gruncie prawnym, konstytucyjnym, bardziej tego, co łączy różne państwa, aniżeli tego, co je dzieli, odróżnia. Na początku lat 90. poszukiwanie tożsamości europejskiej nie było postrzegane jako negowanie czy przekreślanie własnej tożsamości konstytucyjnej. A wręcz przeciwnie, sięganie do tożsamości europejskiej miało pozwolić każdemu z państw zmieniających wówczas konstytucję na zakotwiczenie własnej konstytucji i własnej tradycji w dziedzictwie europejskim i w tym kontekście, w tym odniesieniu, w tym zakorzenieniu kształtować własną tożsamość konstytucyjną. Konieczne było przeorientowanie naszego myślenia i osadzenia „nowej” aksjologii

⁸ H. Suchocka, *Aktualność wartości chronionych przez Konstytucję z 1997 r.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. XL, s. 49-62.

⁹ A. Pizzorusso, *Europejskie dziedzictwo konstytucyjne*, przeł. A. Kaznowski, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013.

w ramie europejskich wartości z całą bogatą tradycją judeochrześcijańską i humanistyczną. Wartości chronione przez nowe konstytucje, w różnym nasileniu i kontekście, nawiązują do trzech zasadniczych nurtów europejskich: chrześcijańsko-demokratycznego, liberalno-demokratycznego i socjalno-demokratycznego¹⁰. Zatem z genezy swojej tożsamość konstytucyjna państw postkomunistycznych kształtowała się nie w zderzeniu, nie w przeciwstawieniu do europejskiej tożsamości konstytucyjnej, ale w jej wypełnieniu, zakorzenieniu się w niej.

Bardzo trafnie scharakteryzował to zjawisko Thomas Markert, były sekretarz Komisji Weneckiej, kiedy stwierdził, że „nigdy wcześniej państwa nie były tak otwarte, a nawet chętne, aby czerpać z zasad i rozwiązań konstytucyjnych z zewnątrz. Powód dla takiego podejścia był prosty i oczywisty: europejskie zasady i wartości nie były postrzegane jako narzucane z zewnątrz. Wręcz przeciwnie, państwa właśnie chciały pozbyć się obcego, narzuconego im systemu i powrócić do rodziny europejskich państw demokratycznych, do której należały przecież wcześniej”¹¹.

Takie myślenie było też przywoływane już znacznie później w pracach Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, kiedy podkreślano, że „właściwie rozumiane otwarte podejście do prawa Unii powinno rodzić w średnim i długim okresie zasadę podstawowej zbieżności pomiędzy tożsamością konstytucyjną Unii oraz poszczególnych państw”¹². Stanowisko to wyrażnie współbrzmi z orzeczeniem polskiego TK z 11 maja 2005 r. stwierdzającego, że „Konstytucja RP oraz prawo wspólnotowe oparte są na tym samym zespole wspólnych wartości wyznaczających naturę demokratycznego państwa prawnego oraz katalog i treść praw podstawowych”¹³. Tożsamość Unii jest w istocie rzeczy funkcją tożsamości konstytucyjnych poszczególnych państw członkowskich.

Najogólniej można stwierdzić, że zasadniczymi elementami dla kształtowania konstytucjonalizmu europejskiego były nurty związane z koncepcją suwerenności narodu, gwarancjami wolności i praw jednostki, podziałem władz, niezawisłością sądów, ale także z doktryną Kelsena i jego koncepcją sądownictwa konstytucyjnego. Te nurty stanowiły swego rodzaju ramy, w których kształtowały się podstawowe zasady konstytucjonalizmu europejskiego (a więc: zasada suwerenności narodu, zasada podziału władz, zasada niezależności sądów, zagwarantowanie wolności i praw jednostki, ale także sądownictwo konstytucyjne). Te generalne zasady przybrały swoistą postać instytucjonalną w poszczególnych państwach europejskich, stanowiąc z woli ich ustrojodawców o ich tożsamości konstytucyjnej¹⁴.

¹⁰ Por. np. P. Winczorek, *Axiological Foundations of the Constitution of Poland*, „Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal” 1997, s. 59-67.

¹¹ T. Markert, *The role of the Venice Commission in the process of the preparation of the constitutions of the countries of Central and Eastern Europe*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1, s. 7-11.

¹² Opinia Rzecznika Generalnego P.C. Villalóna z dnia 14 stycznia 2015 r., *P. Gauweiler i in. vs. Deutscher Bundestag*, C-62/14, s. 62.

¹³ K 18/04.

¹⁴ H. Izdebski, *Konstytucja Trzeciego Maja wśród konstytucji swojego wieku*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 5, s. 3.

Odkrywanie elementów składających się na pojęcie wspólnego dziedzictwa konstytucyjnego i jego percepcji w poszczególnych państwach stało się swoistym mitem założycielskim w nowych demokracjach Europy Środkowej.

W tym kontekście niezwykle ważną rolę odgrywała Komisja Wenecka, utworzona w 1990 r., która pomagała państwom odkrywać to, co wyrastając ze wspólnej europejskiej tradycji prawnej, stawiało się europejskim standardem prawnym, a więc wzorcem dla podejmowanych konkretnych rozwiązań prawnych w danych państwach. W sferze zatem kategorii ogólnej tzw. standard europejski postrzegany był jako wartość centralna. Stąd odwoływanie się do niego było ważnym weryfikatorem w procesie dokonywania zmian w wewnętrznym systemie prawnym, a zwłaszcza w procesie zmian konstytucji¹⁵.

Równocześnie zaznaczyć należy, że w opiniach Komisji Weneckiej rozróżnia się dwa aspekty, mające istotny wpływ na sposób regulacji w prawie wewnętrznym, a mianowicie:

- 1) to, co stanowi fundament europejskiej tradycji demokratycznej (standard europejski) i musi być bezwzględnie respektowane przez państwa członkowskie, stanowiąc zarazem istotny element ich tożsamości konstytucyjnej jako państw europejskich,
- 2) od tego, co należy do swobody regulacyjnej poszczególnych państw, a co wynika z ich zróżnicowanej i bogatej tradycji ustrojowej¹⁶.

Oba te elementy składają się w efekcie na tożsamość konstytucyjną państw.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w pierwszym okresie transformacji, pisania nowych konstytucji, pojęcie tożsamości konstytucyjnej nie wywoływało konfliktów z instytucjami europejskimi. Jak podkreśla A. Śledzińska-Simon: „w odniesieniu do liberalnych systemów demokratycznych tożsamość konstytucyjna oparta na poszanowaniu demokracji, rządów prawa oraz praw podstawowych nie służy odróżnianiu się od innych, lecz raczej budowaniu więzi i wspólnoty”¹⁷. Znajduje to też swoje odzwierciedlenie w stanowisku polskiego Trybunału Konstytucyjnego: „Wartości znajdujące wyraz w Konstytucji i w Traktacie z Lizbony wyznaczają tożsamość aksjologiczną Polski i Unii Europejskiej. Zawarty w traktacie projekt ustroju gospodarczego, społecznego i politycznego, zakładający poszanowanie godności i wolności jednostki, respektowanie tożsamości narodowej krajów członkowskich, jest w pełni zgodny z podstawowymi wartościami Konstytucji potwierdzonymi w preambule ustawy zasadniczej, do których należy wskazanie kontekstu historii, tradycji i kultury wyznaczającego tożsamość narodową, szanowaną w Unii w myśl artykułu 4 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej”¹⁸.

¹⁵ H. Suchocka, *Polska Konstytucja z 1997 r. jako element europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1, s. 13-22.

¹⁶ *Ibidem*; to rozróżnienie jest zawsze podkreślane w opiniach Komisji Weneckiej, por. np. *Opinia o nowej konstytucji węgierskiej*, CDL(2011)016.

¹⁷ A. Śledzińska-Simon, *Koncepcja tożsamości...*, s. 340.

¹⁸ K 32/09.

Z genezy swojej zatem pojęcie tożsamości konstytucyjnej było wpisane w tożsamość europejską, a nie jej przeciwstawione.

2. Zmiany w postrzeganiu funkcji tożsamości konstytucyjnej w państwach Europy Środkowej zaczęły zachodzić w związku z postępującym z jednej strony procesem integracji europejskiej, a z drugiej strony, nasilaniem się retoryki głoszonej przez niektóre ugrupowania polityczne o związanych z tym procesem zagrożeniach dla suwerenności państw. Wtedy to myślenie o tożsamości konstytucyjnej zaczyna przybierać inny kierunek. Zaczynają pojawiać się poglądy zaprzeczające ewolucji, jaka miała miejsce w rozumieniu tożsamości konstytucyjnej od początku transformacji.

Koncepcja tożsamości konstytucyjnej zaczyna być wykorzeniana z koncepcji tożsamości europejskiej, zaczyna być wykorzystywana do przeciwstawiania się standardom UE i instytucjom unijnym.

W ramach systemu unijnego pojęcie tożsamości konstytucyjnej wywodzi się z art. 4 ust. 2 TUE mówiącego o tożsamości narodowej. Unia Europejska jest na mocy tego artykułu zobowiązana do poszanowania „tożsamości narodowej” państw członkowskich, „nierozzerwalnie związanej z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”. W tych ramach mieści się również obowiązek poszanowania „tożsamości konstytucyjnej” państw członkowskich UE. To ostatnie zagadnienie stało się w ubiegłych latach przedmiotem wzmożonej dyskusji w związku z aktywnością sądów konstytucyjnych niektórych państw członkowskich UE, w tym polskiego TK. Jak podkreśla się w literaturze, pojęcia tożsamość narodowa i tożsamość konstytucyjna nie są pojęciami tożsamymi. Tożsamość konstytucyjna sprowadza się do tych fundamentalnych elementów tożsamości narodowej, które zostały wyrażone przez ustrojodawcę w Konstytucji, stanowiąc o jej tożsamości, o czym była mowa wyżej. Jest więc węższa od tożsamości narodowej. Jej kształtowanie, a przede wszystkim odzwierciedlanie jej potencjalnej ewolucji jest zadaniem ustrojodawcy. Jest dekodowana z treści konstytucji, z jej aksjologii, z wartości, które chroni, i to jest zadaniem sądów, szczególnie sądów konstytucyjnych¹⁹.

W Polsce znamienity był wyrok z 11 maja 2005 r., w którym Trybunał Konstytucyjny orzekł, że traktat akcesyjny jako całość oraz poszczególne zaskarżone postanowienia traktatowe nie naruszają wskazanych przez wnioskodawców przepisów Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Uzasadniając orzeczenie o zgodności zakwestionowanych regulacji traktatowych z Konstytucją, Trybunał podkreślił w szczególności, że uznaniu Konstytucji za „najwyższe prawo Rzeczypospolitej Polskiej” (art. 8 ust. 1) towarzyszy respektowanie przez polskiego ustrojodawcę właściwie ukształtowanych i istniejących na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej unormowań prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji). Po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej

¹⁹ Szerzej W. Józwicki, *Ochrona wyższego niż unijny konstytucyjnego standardu prawa jednostki i tożsamości konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny a Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: ku sekwencji a nie hierarchii orzekania*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2019.

mamy do czynienia z równoległym obowiązywaniem dwóch autonomicznych porządków prawnych – polskiego i unijnego. Nie wyklucza to ich wzajemnego oddziaływania, a z drugiej strony – ewentualnego powstania kolizji między prawem europejskim a Konstytucją.

Trybunał Konstytucyjny nie zgodził się z argumentami wnioskodawców wskazującymi na niemożność pogodzenia traktatowo określonych kompetencji Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich (ETS) z zasadami suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej i nadrzędności jej Konstytucji w polskim porządku prawnym, a także z ustrojową pozycją Trybunału Konstytucyjnego. Zauważył on w szczególności, że ETS jest wprawdzie uprawnionym, ale nie jedynym depozytariuszem poprawnego rozumienia traktatów. Wykładnia prawa wspólnotowego dokonywana przez ETS powinna mieścić się w zakresie kompetencji i funkcji przyznanych mu przez państwa członkowskie oraz respektować zasadę wzajemnej lojalności instytucji wspólnotowych i instytucji państw członkowskich. Z zasady tej wynika dla ETS powinność przychylności wobec krajowych systemów prawnych, a dla państw członkowskich UE – powinność zachowania najwyższego standardu respektowania norm wspólnotowych.

Stanowisko polskiego Trybunału do 2015 r. wyraźnie ewoluowało w kierunku poszukiwania zasady lojalnej współpracy pomiędzy instytucjami europejskimi, sądem europejskim a sądami krajowymi. Zasadę tę Trybunał wyprowadzał z treści samej konstytucji, stwierdzając m.in., że „Postanowienia preambuły do Konstytucji są też zarazem przesłanką sformułowania zasady przychylności procesowi integracji europejskiej i współpracy międzynarodowej”²⁰.

Jak podkreśla jednak Władysław Józwicki, droga „tożsamości konstytucyjnej” od przedmiotu przyjaznego zainteresowania zarówno w nauce prawa, jak i orzecznictwie do statusu źródła kryzysu unijnego konstytucjonalizmu czy wręcz całej Unii, była stosunkowo krótka.

Po 2015 r. wkraczamy w Polskę na grunt, który jest podstawą konfliktów. Dotyczy bowiem właśnie relacji pomiędzy krajowymi sądami, zwłaszcza sądami konstytucyjnymi, a Trybunałem UE w odniesieniu do tożsamości konstytucyjnej. Przyjmuje się niejednokrotnie, że tożsamość konstytucyjna to kwestia zastrzeżona dla sądów konstytucyjnych państw członkowskich, związana z wyznaczaniem granic dla integracji w ramach UE i przekazania kompetencji²¹. Krzysztof Wójtowicz potwierdza, że niektóre krajowe sądy konstytucyjne przekształciły „traktatową” tożsamość narodową w tożsamość konstytucyjną, potwierdzając przysługujące im prawo do kontrolowanego zakresu przyznanych UE kompetencji, a nawet sprawowania, czy akty unijne respektują tę tożsamość²². Równocześnie jednak wyrażany

²⁰ K 32/09; zob. też: K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, [w:] E. Popławska (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000, s. 169.

²¹ A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, „Common Market Law Review” 2011, vol. 48, s. 1429.

²² K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z dnia 24 listopada 2010 r. (K 32/09)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11, s. 11.

jest pogląd, że to Trybunał UE powinien kontrolować wykonywanie obowiązku poszanowania przez Unię tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich przez scentralizowanie jej znaczenia, np. poprzez zdefiniowanie zakresu jej dopuszczalnych znaczeń i dopuszczalnych elementów na nią się składających. Takie stanowisko mające przyznawać prawo ostatniego słowa TSUE wyrażał już Rzecznik Generalny Pedro Cruz Villalón w sprawie *Gauweiler i in. vs. Deutscher Bundestag*²³, wyprowadzając je wprost z koncepcji zbieżności pomiędzy tożsamością konstytucyjną Unii oraz poszczególnych państw członkowskich.

Jest to spór określany w nauce sporem o „prawo ostatniego słowa” czy też „sądu ostatniego słowa” między sądem krajowym (TK czy SN) a Trybunałem europejskim w procesie ustalania znaczenia tożsamości konstytucyjnej²⁴.

Rodzi się w tym kontekście kluczowe pytanie, czy można bronić poglądu o takim rozdzieleniu ról trybunałów, że ustalanie tożsamości konstytucyjnej można wiązać tylko z jurysdykcją trybunału krajowego²⁵. I dalej, i to jest główne pytanie osadzone w niniejszych rozważaniach, czy samo pojęcie tożsamości konstytucyjnej jest narzędziem konfliktowym, narzędziem konfrontacyjnym czy narzędziem umożliwiającym poszukiwanie balansu (równowagi) pomiędzy sądami krajowymi a trybunałem europejskim. I czy w tym kontekście koncepcja *rule of law* i tożsamość konstytucyjna to są wartości konkurencyjne czy uzupełniające się²⁶. Czy ETS, czy krajowe sądy konstytucyjne mają ostateczną władzę do orzekania w sprawach dotyczących granic kompetencji prawnych UE?

Mimo że ETS i krajowe sądy konstytucyjne uznały, że w kwestiach prawnych w ramach swoich dziedzin są najwyższe, pozostało otwarte pytanie o „spory graniczne” między porządkami prawnymi: który sąd jest właściwy do orzekania w sprawie granic między kompetencjami prawnymi UE a kompetencjami systemu krajowego? Doktryna pluralizmu konstytucyjnego akceptuje zasadność roszczeń dotyczących tożsamości konstytucyjnej, ale sugeruje, że konflikty między ETS a krajowymi sądami konstytucyjnymi powinny być rozwiązywane raczej w drodze dialogu i wzajemnego dostosowania niż poprzez bezkompromisowe twierdzenia o prymacie²⁷ wprowadzanym z idei tożsamości konstytucyjnej.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem parlamentu europejskiego, że naruszenie wspólnych zasad i wartości Unii przez państwo członkowskie nie może być usprawiedliwione tradycjami narodowymi ani wyrażaniem tożsamości narodowej, jeżeli

²³ Opinia Rzecznika Generalnego P. Cruza Villalóna z 14 stycznia 2015 r., C-62/14.

²⁴ A. Kustra, *Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa a integracja europejska. Studium wpływu*, UMK, Toruń 2015, s. 293; W. Jóźwicki, *Ochrona...*, s. 370-379.

²⁵ K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamość konstytucyjnej...*

²⁶ A.Z. Varga, *Rule of Law and Constitutional Identities: concurring or complementary European values?*, [w:] S. Granata-Menghini, Z. Caga Tanyar (eds.), *Venice Commission. 30 Years Quest for Democracy through Law*, Juristförlaget i Lund, Lund 2020, s. 703 i n.

²⁷ R.D. Keleman, L. Pech, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, Working paper No. 2, September 2018, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf> [dostęp 2.09.2022].

skutkiem takiego naruszenia jest pogorszenie zasad leżących u podstaw integracji europejskiej, takich jak wartości demokratyczne, państwo prawa czy zasada niezawisłości sędziowskiej.

I tutaj dotykamy istotnej kwestii, jaką jest niezawisłość sędziowska. Niewątpliwie niezawisłość sędziowska należąca do kanonów europejskiej tożsamości konstytucyjnej jest także elementem polskiej tożsamości konstytucyjnej. Zatem każde rozwiązanie, które wzmacnia tę zasadę, stanowi element jej tożsamości. I *vice versa*, powoływanie się na zasadę tożsamości konstytucyjnej w sytuacji, w której chce się bronić rozwiązań ustawowych naruszających zasadę niezawisłości, osłabiających ją, nie ma nic wspólnego z obroną tożsamości konstytucyjnej, a wręcz przeciwnie – przekreśla tę zasadę.

Należy zgodzić się z opinią, że „wprowadzane od kilku lat tzw. «reformy» polskiego wymiaru sprawiedliwości w rzeczywistości niszczą go, naruszając przy tym zarówno konstytucję, jak i prawo unijne, ponieważ konstytucja i traktaty założycielskie są zbudowane na tożsamej podstawie aksjologicznej, jaką są wartości demokratycznego państwa prawnego w tym niezawisłość sędziowska jako istotny element tożsamości konstytucyjnej polskiej Konstytucji”²⁸.

Pojęcie tożsamości konstytucyjnej nie może być interpretowane w taki sposób, aby konstytucje krajowe stały się instrumentami pozwalającymi państwom członkowskim na unikanie prawa wspólnotowego w określonych dziedzinach, zwłaszcza takich jak niezawisłość sędziowska, państwo prawa, właśnie dlatego, że są one zapisane w tych konstytucjach i stanowią element ich tożsamości. Tak jak prawo wspólnotowe uwzględnia krajową tożsamość konstytucyjną państw członkowskich, tak krajowe prawo konstytucyjne musi być dostosowane do wymogów wspólnotowego porządku prawnego²⁹. Potwierdził to polski TK w swoim orzeczeniu: „Konsekwencją wspólną dla wszystkich państw członkowskich aksjologii systemów prawnych jest to, że prawa podstawowe zagwarantowane w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich tworzą zasady ogólne prawa wspólnotowego (art. 6 ust. 2 TUE). Prawo wspólnotowe nie powstaje więc w abstrakcyjnej oraz wolnej od wpływu państw członkowskich i ich społeczności przestrzeni europejskiej. Nie jest tworzone w sposób arbitralny przez instytucje europejskie. Stanowi natomiast efekt wspólnych działań państw członkowskich”³⁰.

Mówiąc zatem o zmieniającej się funkcji tożsamości konstytucyjnej, formułuję tę tezę na podstawie obserwacji zachowań poszczególnych państw, a zwłaszcza ich sądów, w odniesieniu do prawa unijnego. W ostatnich latach w niektórych

²⁸ Stanowisko Zespołu Ekspertów Prawnych w związku z rozstrzygnięciem Trybunału Konstytucyjnego o środkach tymczasowych nałożonych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, Fundacja Batorego, 15 lipca 2021 r., <https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2021/07/Stanowisko-ZEP-srodkki-tymczasowe.pdf> [dostęp 2.09.2022].

²⁹ Opinion of Advocate General Poiares Maduro in Case C-213/07, 8 October 2008, para 33, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CC0213> [dostęp 2.09.2022].

³⁰ K 18/04.

państwach następuje odwoływanie się do tożsamości konstytucyjnej w celu usprawiedliwienia likwidacji mechanizmów kontroli władzy i zabezpieczenia się przed potencjalnymi interwencjami UE, co już z istoty swojej narusza tożsamość konstytucyjną, albowiem także relacje: prawo wewnętrzne – prawo zewnętrzne zostały wpisane do konstytucji.

Jak zatem ominąć te niebezpieczeństwa i napięcia pomiędzy sądami krajowymi a TSUE oparte na prawie ostatniego słowa? Oczywiście forma tego opracowania nie pozwala na szersze omówienie tego zagadnienia. Stąd tylko kilka uwag.

Pytanie to zostało już mocno wyartykułowane po znanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego z Karlsruhe z maja 2020 r. Pojawiło się wówczas kilka propozycji.

Zasadniczą wspólną ideą pojawiających się wówczas koncepcji jest koncepcja kooperacyjnego, a nie konfliktowego rozwiązania w podejściu do tożsamości konstytucyjnej. Jedną z nich jest propozycja złożona, bo wymagająca zmian instytucjonalnych, a mianowicie zaproponowana przez Daniela Sarmiento i Josepha H.H. Weilera możliwość utworzenia formalnej „drogi awaryjnej” w postaci mieszanej Izby Odwoławczej TSUE³¹, która mogłaby się zajmować orzekaniem odnośnie do tożsamości konstytucyjnej.

Konsekwentnie drogę sekwencyjnej współpracy, a nie konfrontacyjną proponuje W. Józwicki. Ustalanie konsekwencji wynikających z art. 4 ust. 2 TUE w kontekście unijnym powinno odbywać się w ramach współpracy pomiędzy TSUE, a przede wszystkim sądami konstytucyjnymi. Relacja pomiędzy nimi nie powinna mieć charakteru hierarchicznego (w konwencji „ostatniego słowa”), ale charakter sekwencyjny i prowadzi do podniesienia rangi „pierwszego słowa”³². Zmierza jednak ostatecznie do „wspólnego słowa”, w którym TK określa treść tożsamości konstytucyjnej, a TSUE skutki tego z perspektywy prawa unijnego.

Wszystkie proponowane rozwiązania wymagają jednak dobrej woli, a nie akcentowania swojego politycznego „nieubranego” w formę orzeczenia TK wobec prawa unijnego, co miało miejsce w związku z wydaniem wyroku polskiego TK w dniu 7 października 2021 r. (K 3/21).

TK wybrał konfrontacyjną linię, kiedy stwierdza, że „Zakres kompetencji przekazanych przez państwa członkowskie Unii Europejskiej jest zasadniczo uregulowany w traktatach, zwłaszcza w art. 3 ust. 1 oraz art. 4 ust. 2 TUE. Wśród tych kompetencji nie ma organizacji ani ustroju sądownictwa. Organizacja czy też ustrój organów Państwa, w tym sądów, nie należą do «kompetencji organów władzy państwowej w niektórych sprawach», o których stanowi art. 90 ust. 1 Konstytucji”³³. Jest

³¹ D. Sarmiento, J.H.H. Weiler, *The EU Judiciary After Weiss. Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, Verfassungsblog, 2 June 2020, <https://verfassungsblog.de/the-eu-judiciary-after-weiss/> [dostęp 2.09.2022].

³² Zob. szerzej: W. Józwicki, *Ultra vires and Constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the “sequential” model of adjudication on art. 4(2) TUE*, Verfassungsblog, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/> [dostęp 2.09.2022].

³³ K 3/21.

to sformułowanie uogólniające, nierozróżniające istoty podstawowej zasady, fundamentu, jakim jest prawo do niezawisłego sądu, od rozwiązań dotyczących organizacji i struktury sądów, które w różnych państwach mogą przybrać różny kształt. Zgodzić się należy z opinią prof. Marcina Wiącka, obecnego RPO, wygłoszoną w związku z wyrokiem TSUE w sprawie zawieszenia prac Izby Dyscyplinarnej SN, który uważa, że wyrok TSUE z 15 lipca 2021 r. powinien zostać wykonany. On nie narusza konstytucji, co więcej – jest z nią zbieżny³⁴. Owszem, Unia Europejska nie ma kompetencji do ustalania organizacji wymiaru sprawiedliwości w Polsce – to bezdyskusyjne – ale prawo do niezależnego sądu jest w polskiej ustawie zasadniczej, Karcie praw podstawowych UE i europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. We wszystkich tych aktach chodzi o tak samo rozumianą niezawisłość. I to stanowi istotę tożsamości konstytucji polskiej.

Jak podkreśla Piotr Bogdanowicz, stanowisko TK w wyroku z 7 października świadczy o całkowitym niezrozumieniu reguł dotyczących podziału i wykonywania kompetencji pomiędzy Unią Europejską i państwami członkowskimi. W orzecnictwie TSUE nie budzi wątpliwości fakt, że organizacja wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich należy do kompetencji tych ostatnich. Przy wykonywaniu tej kompetencji państwa członkowskie mają jednak obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii Europejskiej. Wymagając od państw członkowskich, aby dotrzymywały tych zobowiązań, Unia w żaden sposób nie usiłuje sama wykonywać wspomnianej kompetencji ani przypisać jej sobie³⁵.

W wyniku tego orzeczenia została zanegowana w zasadzie tożsamość konstytucyjna Konstytucji RP ukształtowana w odniesieniu do europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego i w niej zakotwiczona. Negowanie istoty niezawisłości sędziowskiej uderza zatem w samą istotę polskiej tożsamości konstytucyjnej. Zmieniło funkcję tożsamości konstytucyjnej w konfrontacyjne narzędzie w stosunku do prawa europejskiego i europejskich instytucji sądowych. Zaakcentowanie w orzeczeniu, że wyłączną właściwością TSUE pozostaje wykładnia prawa unijnego, zaś Trybunał Konstytucyjny jest sądem ostatniego słowa³⁶ w przedmiocie zgodności wszelkich norm, w tym norm unijnych z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, w zasadniczy sposób odbiega od dotychczasowej linii orzeczniczej polskiego TK, który zawsze podkreślał, że istotnym wyznacznikiem kultury integracji europejskiej pozostaje wzajemna lojalność państw członkowskich i Unii, którą one tworzą³⁷, efektem czego powinno być poszukiwanie „wspólnego”, a nie ostatniego słowa.

³⁴ Wiącek: *Podjąłbym się koordynowania prac nad wykonaniem wyroku TSUE*, „Gazeta Prawna” 21 lipca 2021 r., <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/kraj/artykuly/8213142,wiacek-wykonanie-wyroku-tsue.html> [dostęp 2.09.2022].

³⁵ P. Bogdanowicz, *Opinia prawna na temat skutków prawnych orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 3/21 dotyczącego niezgodności przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej w świetle prawa Unii Europejskiej*, Fundacja im. Stefana Batorego, Forum Idei, Warszawa 2021.

³⁶ K 3/21.

³⁷ K 18/04, a także P. Winczorek, *Konstytucja RP a prawo wspólnotowe*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11, s. 7.

Próba zmiany art. 90 Konstytucji RP z 1997 r.

1. W dniu 1 października 2021 r. do Sejmu RP wpłynął poselski projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. sygnowany podpisami posłów Koalicji Obywatelskiej. Jako przedstawicielkę wnioskodawców wskazano posłankę Małgorzatę Kidawę-Błońską. Projekt opatrzony był 4-stronicowym Uzasadnieniem¹. Tego samego dnia projekt skierowany został do opinii Biura Legislacyjnego oraz wstępnej opinii Biura Analiz Sejmowych (tu w zakresie zgodności z prawem Unii Europejskiej). W dniu 6 października projekt skierowany został do konsultacji (SN, PG, NRA, KRRP i RDS). Był to 25. z kolei projekt nowelizacji Konstytucji od czasu jej wejścia w życie, a trzeci w IX kadencji Sejmu. Zgodnie z art. 235 ust. 1 Konstytucji RP² projekt ustawy o jej zmianie może przedłożyć co najmniej $\frac{1}{5}$ ustawowej liczby posłów (minimum 92 podpisy).

Wniesiony projekt opisany został jako dotyczący wprowadzenia nowego przepisu w zakresie wypowiedzania przez Polskę umów międzynarodowych przekazujących organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach, o których mowa w art. 90 Ustawy Zasadniczej. Przepisy art. 1 projektu stanowiły, że w art. 90 Konstytucji RP po jego ust. 4 dodaje się ust. 5 w brzmieniu: „5. Wypowiedzenie umowy międzynarodowej, o której mowa w ust. 1, wymaga zgody wyrażonej w ustawie uchwalanej przez Sejm większością $\frac{2}{3}$ głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów oraz przez Senat większością $\frac{2}{3}$ głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów albo w referendum ogólnokrajowym zgodnie z przepisem art. 125. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio”. Przepis art. 2 projektu przewidywał zaś, że „ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia”. Przywołanie art. 90 ust. 1 oznaczało, że chodzi właśnie o umowę międzynarodową, na podstawie której Rzeczpospolita Polska przekazała organizacji międzynarodowej kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach, przywołanie zaś ust. 4 oznaczało odpowiednie stosowanie przepisu, zgodnie z którym uchwałę w sprawie wyboru trybu (ustawowego albo referendalnego) wyrażenia zgody na ratyfikację (tu odpowiednio – wypowiedzenie) podejmuje Sejm bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów.

* Prof. dr hab. Andrzej Szmyt, emerytowany prof. Uniwersytetu Gdańskiego, ORCID: [0000-0003-3101-4838](https://orcid.org/0000-0003-3101-4838).

¹ Nr ewid.-EW-020-665/21; projekt bez nadanego jeszcze numeru jako druku sejmowego.

² Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.); Konstytucję zmieniono dotychczas 2-krotnie: w dniu 8 września 2006 r. – w zakresie art. 55 oraz w dniu 7 maja 2009 r. – w zakresie art. 99.

2. Formalnoprawna inicjatywa z dnia 1 października 2021 r. była realizacją inicjatywy politycznej z dnia 18 września 2021 r., kiedy to na konwencji krajowej Platformy Obywatelskiej jej lider Donald Tusk zaproponował prezesowi Prawa i Sprawiedliwości Jarosławowi Kaczyńskiemu wspólne przedsięwzięcie w postaci wpisania do art. 90 Konstytucji zasady, że dla „wypowiedzenia” umowy (zawartej w trybie tegoż artykułu Ustawy Zasadniczej) potrzebna byłaby – zarówno w Sejmie, jak i w Senacie – większość $\frac{2}{3}$. Inicjatywa polityczna miała tu w tle ocenę, że ugrupowanie rządzące dąży do opuszczenia Unii Europejskiej przez Polskę i stanowiło rodzaj testu intencji w sytuacji, gdy – na mocy ustawy zwykłej – możliwe byłoby opuszczenie Unii Europejskiej „w ciągu jednej nocy”.

W dniu 22 września 2021 r. lider Porozumienia Jarosław Gowin na konferencji prasowej zadeklarował gotowość do prac nad zaproponowaną zmianą, choć jednocześnie zaproponował szefom wszystkich ugrupowań parlamentarnych, aby podjąć prace nad zmianami w Konstytucji – dotyczącymi członkostwa Polski w Unii Europejskiej – w oparciu o projekt sejmowej Komisji Nadzwyczajnej z 2011 r., którą wówczas kierował i która wypracowała projekt odrębnego rozdziału „unijnego” w Konstytucji RP, w tym przewidującego wymóg większości $\frac{2}{3}$ głosów w przypadku decyzji o wyjściu Polski z Unii Europejskiej.

W perspektywie politycznej nieodległej przeszłości należałoby też – dla dokładności – wspomnieć o inicjatywie wpisania do Konstytucji RP członkostwa w Unii Europejskiej, zgłoszonej na konferencji prasowej w Sejmie w dniu 2 kwietnia 2019 r. przez lidera Polskiego Stronnictwa Ludowego Władysława Kosiniaka-Kamysza. Apelował on o poparcie dla idei dopisania w Konstytucji jednego artykułu (227a) w brzmieniu: „Rzeczpospolita jest członkiem Unii Europejskiej, która szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, realizuje zasadę pomocniczości, demokratycznego państwa prawnego, równości obywateli oraz poszanowania godności obywatela”. Nie doszło jednak do przedłożenia Sejmowi projektu ustawy o zmianie Konstytucji³.

Wskazane tło polityczne znalazło również swe odzwierciedlenie w Uzasadnieniu wniesionego projektu ustawy o zmianie Konstytucji. Jak stwierdzono, konieczność regulacji jawi się „w odpowiedzi na pojawiające się w przestrzeni publicznej głosy atakujące nasze członkostwo w Unii Europejskiej”, a proponowane zmiany „pozwolą także na powstrzymanie lub ograniczenie dążenia przez wąską grupę populistycznych sceptyków do rozpoczęcia procedury wystąpienia”.

3. Jak podkreślono w Uzasadnieniu projektu, nowy przepis jest celowy, jako że art. 90 Konstytucji RP w dotychczasowym brzmieniu „nie przewiduje szczególnego trybu wypowiedzenia” umowy zawartej na jego mocy. Jak stwierdzono – „w obecnym

³ W wymiarze medialnym aspekty polityczne zob. – M. Kolanko, *Tusk wyznacza nowy kierunek PO*, „Rzeczpospolita” z 20 września 2021 r.; G. Osiecki, T. Żółciak, *Wysyp pomysłów na gwarancję członkostwa*, „Dziennik Gazeta Prawna” z 21 września 2021 r.; P. Wroński, I. Szpala, *Czy warto ruszać konstytucję*, „Gazeta Wyborcza” z 21 września 2021 r.; M. Kolanko, *Konstytucja jako test*, „Rzeczpospolita” z 23 września 2021 r.

stanie prawnym wypowiedzenie rzeczzonego rodzaju umów odbywa się na podstawie ogólnej zasady wyrażonej w art. 120 Konstytucji RP, zgodnie z którym Sejm uchwała ustawy zwykłą większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów, chyba że Konstytucja przewiduje inną większość”. Zdaniem projektodawców, procedura wypowiedzania tego rodzaju umów międzynarodowych powinna być „tożsama” z trybem przekazania organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencji organów państwowych. Zmiana pozwoliłaby wzmocnić gwarancję, że decyzja w przedmiotowym zakresie będzie stanowiła „ugruntowaną” wolę większości, a nie w sposób przewidziany dla procedowania ustaw zwykłych. Analogiczność procedur (symetryczność) zawierania i wypowiedzania wspomnianych umów tłumaczy się też tym, że są równie istotne i rodzą równie daleko idące konsekwencje. Wnioskodawcy projektu podkreślili więc, że chodzi zarówno o taką samą większość kwalifikowaną w obu izbach parlamentu, jak i stworzenie możliwości wypowiedzenia się przez Naród w drodze referendum w tak kluczowej materii.

Poza *stricte* prawnym punktem widzenia wnioskodawcy przywołali w Uzasadnieniu argument znaczenia społecznego. W referendum akcesyjnym Polski do Unii Europejskiej w 2003 r. za ratyfikacją traktatu opowiedziało się bowiem 77% głosujących, a również obecne badania opinii publicznej wskazują na wysoki poziom poparcia dla udziału Polski w Unii Europejskiej. Członkostwo unijne postrzegane jest jako gwarantujące trwałe zakorzenienie w kulturze zachodnioeuropejskiej – prawnej, gospodarczej, politycznej i wspierające rozwój kraju szanującego wolność, równość obywateli i praworządność. Proponowana zmiana umacniałaby unijną obecność Polski, służyłaby kontynuowaniu i pogłębianiu polskiego udziału w strukturach i procesach integracyjnych, sprzyjałaby też pewności w międzynarodowym obrocie gospodarczym i statusie prawnym obywateli.

Jak zauważono, projekt jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, jako że art. 50 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej przewiduje, że każde państwo członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z Unii⁴.

4. Przywołane nawiązanie do ustawy zwykłej jako formy aktu związanego z procedurą „wypowiedzenia” członkostwa w Unii Europejskiej, ma w tle art. 22a ust. 1-2 ustawy z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych⁵, zgodnie z którymi „do wystąpienia z Unii Europejskiej stosuje się odpowiednio przepisy art. 14 i art. 15 ust. 1-2” (art. 22a ust. 1), jak też (art. 22a ust. 2) – „przedłożenie Prezydentowi Rzeczypospolitej projektu decyzji o wystąpieniu z Unii Europejskiej jako dokonywane po uzyskaniu zgody wyrażonej w ustawie”. Wzmożenie polityczne „poczucia zagrożenia” ma tu w tle obraz praktyki ustawodawczej w ostatnich kilku latach, które trudno określić inaczej niż degradację zasad.

⁴ Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30 z późn. zm.

⁵ T.j. Dz. U. z 2000 r. poz. 127.

Przepis powyższy był odpowiedzią na wejście w życie z dniem 1 grudnia 2009 r. traktatu lizbońskiego i potrzeby jego krajowej implementacji⁶. W dniu 28 kwietnia 2010 r. sejmowa Komisja ds. Unii Europejskiej wniosła do łaski marszałkowskiej projekt ustawy o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej⁷, której przepis – po uchwaleniu w dniu 8 października 2010 r.⁸ – nowelizował wspomnianą ustawę o umowach międzynarodowych we wskazany sposób.

Dla dokładności należałoby dodać, że wcześniej (w dniu 6 listopada 2009 r.) grupa posłów Prawa i Sprawiedliwości wniosła do Sejmu projekt ustawy o roli Sejmu i Senatu w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej w Unii Europejskiej⁹, którego art. 7 stanowił, że „decyzję o wystąpieniu z Unii Europejskiej, w rozumieniu art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej, Rzeczpospolita Polska podejmuje w drodze ustawy”; kierując do dalszych prac legislacyjnych przywołany wcześniej projekt komisji sejmowej, Sejm odrzucił wskazany projekt grupy posłów. W obu jednak rozwiązaniach chodziło o większość „zwykłą” w rozumieniu art. 120 zd. 1 Konstytucji.

Również – dla pełności obrazu – należy wskazać, że w dniu 12 marca 2010 r. Senat RP wniósł projekt ustawy dotyczący także możliwości „wystąpienia” Polski z Unii Europejskiej – wprowadzie w dość skomplikowanej i etapowej procedurze, ale za zgodą w formie ustawy uchwalanej w każdej z izb większością $\frac{2}{3}$ głosów. Oznaczałoby to zastosowanie trybu z art. 90 ust. 2 Konstytucji *a contrario*, ale i ten projekt został przez Sejm odrzucony łącznie ze wspomnianym projektem grupy posłów. Można dodać, że za zasadą *actu contrario* do art. 90 ust. 2 Konstytucji opowiadał się (w „Komentarzu do Konstytucji” pod red. L. Garlickiego) Kazimierz Działocha, jednak bez rozwinięcia swego stanowiska; stanowisko to było wówczas w doktrynie odosobnione i – jak wspomnieliśmy – nie podzielił go ustawodawca, nowelizując ustawę o umowach międzynarodowych¹⁰.

Należałoby również zaznaczyć, że przepisy art. 22a ustawy o umowach międzynarodowych nie stały się dotychczas przedmiotem kontroli ich konstytucyjności ze strony Trybunału Konstytucyjnego, a jedynie na marginesie zakresu stosowania przepisów art. 90 Konstytucji RP Trybunał stwierdził, że „akceptacja tezy o konieczności zastosowania art. 90 Konstytucji do zmiany umowy zawartej w tym trybie skutkowałaby przyjęciem, że także odwrotna operacja («zwrot kompetencji») wymagałaby także takiego trybu, a to przeczyłoby *ratio legis* art. 90 Konstytucji”¹¹.

⁶ Zob. A. Szmyt, *W sprawie projektu tzw. ustawy „kooperacyjnej”*, [w:] A. Szmyt, *Prace Sejmu RP VI i VII kadencji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2015, s. 238.

⁷ Druk sejmowy nr 3000.

⁸ Dz. U. z 2010 r. Nr 213, poz. 1395.

⁹ Druk sejmowy nr 2617.

¹⁰ A. Szmyt, *W sprawie projektu...*, s. 240.

¹¹ Tak w wyroku TK z 26 czerwca 2013 r. w sprawie K 33/12, s. 40; do wyroku zostało zgłoszonych pięć zdań odrębnych, w tym sędziego Marka Zubika (pkt 2 zdania odrębnego), który krytycznie odniósł się do zbyt wąskiej interpretacji przepisów art. 90 ust. 1 Konstytucji w kontekście braku jej zastosowania do ewentualnego „wycofania” (zwrotu) kompetencji, którego skrajnym przypadkiem

Powyższe zmiany i dokonania co do uregulowania omawianej materii w formie ustawy zwykłej były legislacyjną interpretacją stanu, gdy brak było – a jest to sytuacja nadal aktualna – przepisów w Konstytucji, które jasno i wyraźnie przesądzałyby kwestię większości kwalifikowanej jako potrzebnej dla wypowiedzenia umowy zawartej w trybie art. 90 Konstytucji. Potrzeba legislacyjnego przesądzenia sprawy miała u podstaw bardzo istotne znaczenie materii, *de facto* znaczenie ustrojodawcze.

5. Po wejściu w życie przytoczonej regulacji ustawowej doszło jednak jeszcze do – bezskutecznych – prób unormowania materii w drodze nowelizacji Konstytucji. Chodzi tu o 2 projekty ustaw o zmianie Konstytucji – projekt prezydencki z dnia 12 listopada 2010 r.¹² oraz projekt z dnia 26 listopada 2010¹³, którego wnioskodawcami była grupa posłów Prawa i Sprawiedliwości. Oba projekty miały charakter kompleksowych propozycji uregulowania materii „unijnej” w Konstytucji RP, w których zawarto także propozycje związane z „wystąpieniem” Polski ze struktury Unii Europejskiej. Oba projekty w tejże materii znacząco jednak różniły się od siebie.

Wspomniana kompleksowość obu wniesionych projektów miała u podstaw zarówno fakt, że Konstytucja RP zawiera od początku jej obowiązywania *explicite* jedynie dwa przepisy istotne dla materii unijnej (art. 90 i art. 91 ust. 3), jak i ugruntowane już przekonanie co do potrzeby, granic i meritum pożądaných uzupełnień i zmian w treści obowiązującej ustawy zasadniczej. Wąski zakres regulacji konstytucyjnej wy tłumaczalny jest genezą Konstytucji, jako że ustrojodawca uznał wówczas za możliwe przyjęcie tylko minimum regulacyjnego, które umożliwiałoby akt akcesji. Kompleksowość nowych propozycji wyrażała już konsensus co do tego, by materia unijna stanowiła przedmiot unormowania w jednym, osobnym rozdziale Konstytucji¹⁴. Oba projekty Sejm odesłał po I czytaniu do wspomnianej wcześniej Komisji Nadzwyczajnej (pod przewodnictwem posła Jarosława Gowina)¹⁵, która to Komisja zdecydowała, że oba kompleksowe projekty „unijne” będą rozpatrywane „wspólnie” najpierw w powołanej do tego celu „Podkomisji Nadzwyczajnej”. Mimo

byłoby wystąpienie Polski z Unii Europejskiej. Podkreślmy jednak, że w tymże wyroku Trybunał nie rozwijał wątku trybu właściwego dla zwrotu kompetencji przekazanych na mocy art. 90 organizacji międzynarodowej.

¹² Druk sejmowy nr 3598; *nota bene* wniesienie tego projektu zbiegło się z dniem ogłoszenia omawianej wcześniej ustawy zwykłej z dnia 8 października 2010 r.

¹³ Druk sejmowy nr 3687.

¹⁴ Por. w tej mierze przegląd racji – A. Kustra, „*Euronowelizacja*” w *projektach ustaw o zmianie Konstytucji RP. Próba oceny*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 3, s. 35-37; a także A. Szymt, *Członkostwo i perspektywy jego rozwoju w UE a projekty zmian Konstytucji RP*, [w:] Z. Witkowski, V. Jirásková (red.), *Aktualne problemy współczesnego konstytucjonalizmu. Europeizacja Konstytucji Republiki Czeskiej i Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2014, s. 27-28.

¹⁵ Oficjalna nazwa to „Komisja nadzwyczajna do rozpatrywania projektów ustaw o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej oraz projektów ustaw z nimi związanych”, mająca jako przedmiot swych prac także – poza obu wymienionymi projektami – poselski projekt ustawy z dnia 6 listopada 2009 r. o zmianie Konstytucji RP (druk sejmowy nr 3399) oraz poselski projekt ustawy z dnia 19 lutego 2010 r. o zmianie Konstytucji RP (druk sejmowy nr 2989).

zakończenia prac przez Podkomisję i Komisję, a także odbycia na posiedzeniu Sejmu II czytania projektu nie doszło do dalszego etapu postępowania sejmowego (III czytania i głosowania końcowego), a w konsekwencji oba projekty z upływem kadencji zostały objęte dyskontynuacją prac¹⁶.

6. Prezydencki projekt z dnia 12 listopada 2010 r. o zmianie Konstytucji zawierał w szczególności projekt nowego rozdziału Xa („Członkostwo Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej” – art. 227a-227k), w tym przepisy w interesującej nas materii (art. 227k). Przepisy te przewidywały, że Rada Ministrów podejmuje decyzję o wystąpieniu Rzeczypospolitej z Unii Europejskiej za zgodą wyrażoną w trybie, o którym mowa w art. 227c (ust. 1), nadto że ratyfikacja umowy międzynarodowej określającej warunki wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej wymaga zgody wyrażonej w trybie, o którym mowa w art. 227c (ust. 2), a wreszcie też, że zasady postępowania w sprawie wystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej z Unii Europejskiej określa ustawa (ust. 3). Przywołany w tych przepisach art. 227c stanowił w swych zasadniczych zrębach (ust. 1-4) odpowiednik obowiązującego art. 90 ust. 2-4 Konstytucji (choć z normatywnymi zmianami), który to art. 90 podlegał uchynieniu; zgodnie z prezydenckim projektem podstawę przekazywania kompetencji na rzecz Unii Europejskiej miałyby stanowić nowe przepisy art. 227b i 227d.

Istotne odesłanie w art. 227k do art. 227c wymaga jego przywołania i charakterystyki. Otóż był on w całej regulacji z rozdziału Xa najobszerniejszy, gdyż zawierał aż 6 ustępów i stanowił, że: 1) ratyfikacja przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej stanowiącej podstawę przekazania kompetencji, o których mowa w art. 227b, wymaga uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie albo w referendum ogólnokrajowym, 2) uchwałę w sprawie wyboru trybu wyrażenia zgody na ratyfikację umowy międzynarodowej, o której mowa w ust. 1, podejmuje Sejm bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów, 3) ustawę wyrażającą zgodę na ratyfikację umowy, o której mowa w ust. 1, uchwała Sejm większością $\frac{2}{3}$ głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów oraz Senat bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby senatorów, 4) zgoda na ratyfikację zostaje wyrażona, jeżeli w referendum ogólnokrajowym opowiedziała się za nią większość głosujących, 5) ważność referendum ogólnokrajowego stwierdza Sąd Najwyższy, 6) zasady i tryb przeprowadzania referendum określa ustawa.

W propozycji powyższej widać merytoryczne zmiany w porównaniu ze stanem obowiązującym. Przepis ust. 3 odchodził od dotychczas obowiązującego (w art. 90 ust. 2 *in fine*) wymogu większości $\frac{2}{3}$ głosów w Senacie (wprowadzając wymóg większości bezwzględnej), co oznacza odejście od dotychczasowego wymogu bardziej rygorystycznego niż dla zmiany Konstytucji. Przepis nowego ust. 4 znosi dotychczasowy wymóg frekwencji dla ważności referendum, który jest przewidziany w art. 90

¹⁶ A. Szmyt, *Członkostwo i perspektywy...*, s. 31-32.

ust. 3 poprzez odesłanie do art. 125 Konstytucji; przyjęcie większości „głosujących” oznacza również odejście od wymogu surowszego niż w referendum konstytucyjnym z art. 235 ust. 6 *in fine* Konstytucji. Przepisy ust. 5-6 stanowiły w zakresie konstytucjonalizacji materii nowość normatywną.

W szczególności więc widać w propozycji prezydenckiej obniżenie „liczbowych” wymogów z procedury tak ustawowej, jak i referendalnej, zrównujące (w dół) próg ratyfikacji przedmiotowej umowy z tym, który jest przewidziany dla zmiany Konstytucji. Przewidziane większości głosów dla ustawowej zgody na warunki wypowiedzenia przedmiotowej umowy stały się w art. 227k ust. 2 „symetryczne” do wymogów udzielania zgody na ratyfikację umowy przekazującej kompetencje (jak w art. 227c ust. 3), ale przy „złagodzonej” rygorze w stosunku do art. 90 ust. 2 Konstytucji. Zrezygnowanie zaś z dotychczasowego wymogu frekwencji dla wiążącego wyniku referendum upodobiło nową propozycję do procedury referendalnej z art. 235, zatwierdzającego zmianę Konstytucji; było to „równanie w dół” dla uniknięcia niebezpieczeństwa w postaci niewiążącego skutku referendum.

Analizując wcześniej kompleksowo cały projekt prezydencki, wskazywałem już¹⁷, że przepisy art. 227k regulować miały „wystąpienie” Polski z Unii Europejskiej zgodnie z postanowieniami traktatów stanowiących podstawę Unii; traktat z Lizbony wyraźnie przyznał państwom członkowskim prawo wystąpienia z Unii Europejskiej i szczegółowo unormował postępowanie w tej sprawie. W myśl traktatów wystąpienie ze struktury unijnej obejmuje 3 etapy: 1) podjęcie przez państwo członkowskie decyzji w sprawie wystąpienia, 2) notyfikację przez państwo członkowskie zamiaru wystąpienia, 3) zawarcie umowy międzynarodowej, określającej warunki wystąpienia danego państwa z Unii Europejskiej. W myśl zaproponowanego w projekcie przepisu (art. 227k) decyzja o wystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej z Unii wymaga zgody wyrażonej w trybie analogicznym jak przy przekazywaniu kompetencji na rzecz Unii Europejskiej; po uzyskaniu takiej zgody Rada Ministrów może notyfikować zamiar wystąpienia Polski z Unii. Ratyfikacja umowy międzynarodowej, określającej warunki wystąpienia, wymaga także zgody wyrażonej w trybie analogicznym do przekazywania kompetencji na rzecz Unii – co jest uzasadnione faktem, że może ona mieć bardzo daleko idące konsekwencje finansowe, gospodarcze i społeczne. Zasady postępowania w sprawie wystąpienia Polski z Unii miałyby określić ustawa.

7. Względy intelektualne, a także *occasio* w postaci tekstu do książki jubileuszowej Profesora Krzysztofa Wójtowicza nakazują, by na marginesie prezydenckiego projektu ustawy o zmianie Konstytucji (z dnia 12 listopada 2010 r.) wspomnieć, że projekt ten „bazuje” w bardzo dużym stopniu – choć nie całkowicie – na projekcie, stanowiącym rezultat prac 9-osobowego zespołu naukowego powołanego przez Bronisława Komorowskiego w czasie, gdy pełnił on jeszcze – przed późniejszą prezydenturą – urząd Marszałka Sejmu. Marszałek Bronisław Komorowski powołał

¹⁷ *Ibidem*, s. 45.

bowiem w dniu 17 grudnia 2009 r. zespół naukowy, którego zadaniem było przygotowanie propozycji zmian w Konstytucji RP w zakresie „spraw europejskich”.

W skład powołanego zespołu weszli renomowani przedstawiciele trzech wiodących – dla zakładanej materii zmian – gałęzi prawa: prawa konstytucyjnego, prawa europejskiego i prawa międzynarodowego. Byli to: Jerzy Ciemniewski, Władysław Czapliński, Maria Kruk-Jarosz, Ewa Popławska, Piotr Tuleja, Krzysztof Wojtyczek, Anna Wyrozumski (członkowie) i Krzysztof Wójtowicz (jako przewodniczący zespołu). Taki skład umożliwił wieloaspektowe przeanalizowanie diskutowanych zagadnień i przedłożenie projektu nowelizacji, który mógłby stanowić punkt odniesienia dla przyszłych prac nad zmianą Konstytucji w zakresie materii „unijnej”. Dodajmy, że funkcję sekretarza zespołu pełnił Piotr Radzewicz (wicedyrektor Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu RP). Jak wskazał przewodniczący zespołu, w pracach rozważano i w znacznym stopniu uwzględniono też opinie na temat projektu przedstawione przez Piotra Czarnego i Artura Nowaka-Fara¹⁸. Podkreślił również, że w pracach zespołu wykorzystano doświadczenia sześciu lat polskiego członkostwa w Unii Europejskiej, dorobek ustrojowy innych państw – wyrażony w odpowiednich modyfikacjach konstytucji krajowych, oraz – co niezwykle istotne – w orzecznictwie krajowym sądów konstytucyjnych. Jak konkludował Krzysztof Wójtowicz, „zespół rozważał różne sposoby wprowadzenia postulowanych zmian do tekstu konstytucji. Zdecydował się na umieszczenie większości z nich w wyodrębnionym rozdziale, uznając że wpłynie to korzystnie na spójne i kompleksowe podejście zarówno do aksjologicznych podstaw, jak i wieloaspektowych skutków członkostwa Polski w Unii Europejskiej”¹⁹.

Wersja robocza efektów prac zespołu (z dnia 12 marca 2010 r.) materię „wystąpienia” Polski z Unii Europejskiej zawierała w proponowanym brzmieniu art. 227m Konstytucji; w wersji ostatecznej przepis ten oznaczony był jako art. 227l (bez zmian merytorycznych i redakcyjnych w stosunku do wersji pierwotnej). Należy mocno podkreślić, że w prezydenckim projekcie ustawy o zmianie Konstytucji (druk sejmowy nr 3598) brzmienie art. 227k, jak wcześniej ukazywaliśmy, było wiernym i bez zmian powtórzeniem propozycji zespołu naukowego²⁰. Na etapie oceny propozycji roboczej Piotr Czarny – sygnalizując wymóg „podwójnej” kwalifikowanej większości w parlamencie tak przy podejmowaniu samej „decyzji” o wystąpieniu, jak i ratyfikacji umowy o „warunkach” wystąpienia – zastanawiał się, czy w tym drugim przypadku (skoro „strategiczna” decyzja została już podjęta) wymóg kwalifikowanej większości (a nie samej „zwykłej” zgody wyrażonej w ustawie) jest rzeczywiście uzasadniony²¹.

¹⁸ K. Wójtowicz, *Wprowadzenie*, [w:] P. Radzewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu – Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 5.

¹⁹ *Ibidem*, s. 7.

²⁰ P. Radzewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP...*, s. 12 i 30. Proponowane brzmienie przepisu zespół opatrzył też odpowiednim objaśnieniem (s. 27 oraz 41-42).

²¹ P. Czarny, *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP (wersja z 12 marca 2010 r.)*, [w:] P. Radzewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP...*, s. 52-53.

8. Wspomniany wcześniej poselski projekt nowelizacji Konstytucji (zawarty w druku sejmowym nr 3687) z dnia 26 listopada 2010 r. przedłożyła Sejmowi grupa posłów Prawa i Sprawiedliwości. Również i ten projekt miał charakter kompleksowej regulacji w postaci osobnego rozdziału Xa Konstytucji²², obejmując także materię „wystąpienia” Polski ze struktur unijnych (art. 227b ust. 2). Przepis ten przewidywał, że „Decyzja o wystąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej z organizacji międzynarodowej, której Rzeczpospolita przekazała kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach, lub o odstąpieniu Rzeczypospolitej Polskiej od tego przekazania w inny sposób wymaga zgody wyrażonej w ustawie uchwalonej w zwykłym trybie”. Przepis ten swymi wymogami istotnie różnił się od treści zawartej w art. 227b ust. 1, dotyczącym „przekazania” kompetencji, gdzie przewidziano dla ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację umowy wymóg większości $\frac{2}{3}$ głosów w każdej z izb (Sejmie i Senacie) w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (senatorów).

W odniesieniu do art. 227b ust. 1 wnioskodawcy podkreślili w Uzasadnieniu projektu, że utrzymany zostaje wymóg z dotychczas obowiązującego art. 90 ust. 2 Konstytucji RP. Przepis zaś z ust. 2 dotyczył formy demokratycznej legitymizacji działania „odwrotnego” wobec przekazania kompetencji, czyli odstąpienia od dokonanego przekazania, a w szczególności wystąpienia z organizacji międzynarodowej, której przekazano kompetencje. W tym przypadku wnioskodawcy w Uzasadnieniu akcentują znaczenie ustawy przyjętej w trybie zwykłym (bez większości kwalifikowanej), ponieważ chodzi wtedy tylko o „odzyskanie” przekazywanych kompetencji; nie ma więc – ich zdaniem – żadnych powodów, aby skutki przekazania trwały nadal wbrew woli większości tylko dlatego, że istnieje dostatecznie silna „mniejszość blokująca”. Cytując z Uzasadnienia, „nie ma żadnego uzasadnienia, aby ustawa taka miała być uchwalana w trybie kwalifikowanym – takim, jaki jest wymagany do przekazywania kompetencji. Przekazanie [...] oznacza zmianę jakościowo zbliżoną do zmiany konstytucji, co uzasadnia wymaganie większości kwalifikowanej. Natomiast w świetle demokratycznych standardów suwerenna decyzja państwa o «odzyskaniu» przekazanych kompetencji powinna opierać się na zwykłej większości”²³. Podkreślono przy tym, że przyjęte w projekcie rozwiązanie odzwierciedla stan istniejący, który wynika z treści art. 120 Konstytucji RP. W sprawach m.in. z art. 227b dopuszczono równolegle – na mocy przepisu art. 227e – drogę referendum ogólnokrajowego zgodnie z art. 125 Konstytucji; samą uchwałę w sprawie przeprowadzenia referendum miałyby podejmować Sejm bezwzględną większością głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów.

9. Jak wcześniej wspominaliśmy, oba projekty – prezydencki i poselski – objęte zostały z końcem kadencji Sejmu działaniem zasady dyskontynuacji prac, ale wcześniej powołana Komisja Nadzwyczajna (do rozpatrzenia projektów ustaw z nimi

²² Szerzej: A. Szmyt, *Członkostwo i perspektywy...*, s. 45-51.

²³ *Ibidem*, s. 48; Uzasadnienie projektu, s. 4.

związanych) zdążyła złożyć Sejmowi sprawozdanie ze swych prac²⁴. Przyjęty przez nią „wstępny” projekt o zmianie Konstytucji zawierał propozycję wprowadzenia do Konstytucji RP całego rozdziału Xa („Członkostwo Rzeczypospolitej w Unii Europejskiej”). Proponowany w nim art. 227i ust. 1 w zw. z art. 227b stanowił, że decyzję o wystąpieniu Polski z Unii Europejskiej podejmuje Prezydent, na wniosek Rady Ministrów, za zgodą wyrażoną w trybie właściwym dla ratyfikacji umowy międzynarodowej, na podstawie której Polska upoważnia Unię Europejską do wykonywania kompetencji organów władzy publicznej w niektórych sprawach – tzn. za zgodą wyrażoną w ustawie, przyjętą przez Sejm i Senat większością $\frac{2}{3}$ głosów w obecności co najmniej połowy ustawowej liczby posłów (senatorów). Jak widać, Komisja Nadzwyczajna opowiedziała się za zachowaniem większości kwalifikowanej, przewidzianej w obowiązujących przepisach Konstytucji RP. Dalsza regulacja przewidywała powtórzenie art. 90 ust. 3-4 Konstytucji (co do dopuszczalności referendum i wyboru przez Sejm odpowiedniego trybu). „Zachowanie” dotychczasowych przepisów Konstytucji oznaczało tym samym odrzucenie propozycji zawartych zarówno w projekcie prezydenckim, jak i poselskim.

Wszystkie 3 projekty (prezydencki, poselski i Komisji Nadzwyczajnej ze sprawozdania o wspólnie rozpatrzonych projektach wniesionych do Sejmu) stanowiły przy tym wyraz przekonania – w interesującym nas zakresie – o celowości zastąpienia dotychczasowej regulacji ustawowej, zawartej w ustawie o umowach międzynarodowych, regulacją rangi konstytucyjnej, wyraźnie określającej ewentualne „wystąpienie” Polski z Unii Europejskiej. Projekt ustawy o zmianie Konstytucji RP, wniesiony do Sejmu w dniu 1 października 2021 r., mieści się w tym samym nurcie myślenia. Niezależnie od tego słuszne byłoby wsparcie dla idei kompleksowej regulacji spraw „unijnych” w osobnym rozdziale Konstytucji RP.

10. Projekt nowelizacji Konstytucji wniesiony w dniu 1 października 2021 r. ma jednak osobliwy „anturaż” prawny, do czego posłowie wnioskodawcy w Uzasadnieniu projektu się nie odnieśli. Zgodnie z art. 228 ust. 6 Konstytucji RP w czasie stanu nadzwyczajnego „nie mogą być zmienione” Konstytucja i niektóre inne – wskazane w przepisie – akty normatywne. Jednym z konstytucyjnych rodzajów stanu nadzwyczajnego jest „stan wyjątkowy”, który Prezydent RP – na wniosek Rady Ministrów – może wprowadzić na części albo na całym terytorium państwa, na czas oznaczony – nie dłuższy niż 90 dni, z możliwością jednorazowego przedłużenia, za zgodą Sejmu, na czas nie dłuższy niż 60 dni (art. 230). W dniu 2 września Prezydent RP rozporządzeniem wprowadził na okres 30 dni stan wyjątkowy na obszarze części województwa podlaskiego oraz części województwa lubelskiego²⁵ – w związku ze szczególnym zagrożeniem bezpieczeństwa obywateli oraz porządku publicznego, związanym z sytuacją na granicy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej z Republiką

²⁴ Druk sejmowy nr 4450 z dnia 14 lipca 2011 r.

²⁵ Dz. U. z dnia 2 października 2021 r. poz. 1612.

Białorusi. Rozporządzeniem z dnia 1 października 2021 r. Prezydent przedłużył ten stan – z dniem 2 października 2021 r. – na okres kolejnych 60 dni²⁶.

We wcześniejszej literaturze przedmiotu z zakresu postępowania ustawodawczego wskazywano, że przepis konstytucyjny wskazanego typu stanowi sytuacyjno-terytorialne ograniczenie nie tylko dla samego aktu „zmieniania” przepisów konstytucyjnych; jak stwierdzono – zakaz zmiany, jeśli traktować go racjonalnie, „winien być tu interpretowany zapewne jako zakaz prowadzenia w tym kierunku prac ustawodawczych, a więc także przedkładania w tym zakresie projektów ustaw”²⁷. Dla prac w dalszej fazie zaawansowania mogłoby to oznaczać nakaz swoistego „zamrożenia” procedury na określony czas. Alternatywnie stwierdzono jednak w literaturze przedmiotu, że „można też jednak twierdzić, że zakaz dokonywania zmian w tych ustawach oznacza zakaz ich uchwalania, nie pozbawia natomiast skuteczności prawnej samego wniesienia projektu”²⁸, aczkolwiek brak tu także odniesienia do kwestii dopuszczalności „prowadzenia prac” nad projektem.

Doktryna w zasadzie nie rozważała też, jak zinterpretować sytuację, gdy mamy do czynienia ze stanem wyjątkowym, wprowadzonym tylko na części terytorium państwa. Bogusław Banaszak w swym komentarzu do Konstytucji dobitnie – ale tylko ogólnie – stwierdza, że zakaz z art. 228 ust. 6 „jest absolutny i dotyczy wszelkich zmian, bez względu na ich zakres czy uzasadnienie”²⁹. Piotr Winczorek podkreślił gwarancyjny charakter przepisu, chroniącego przed instrumentalnym („pod pretekstem”) dokonaniem zmian ustrojowych³⁰. Krystian Complak zauważa, że na tle zakazu „może się wyłonić wiele praktycznych problemów, np. czy można dokonywać uzupełnień prawodawczych”³¹. Kazimierz Działocha podkreśla, że omawiany zakaz dotyczyłby także – hipotetycznie biorąc – zmiany Konstytucji w drodze „osobnej ustawy konstytucyjnej”, gdyby taka w praktyce ustrojowej brana była pod uwagę jako forma zmiany Konstytucji³². Trochę szersze uwagi przedstawia Sławomir Steinborn, zaznaczając, że chodzi tak o zakaz zmian *sensu stricto*, jak i zakaz uchwalenia nowego aktu w miejsce poprzedniego. Wprost przy tym stwierdza, że „zakaz ten jest

²⁶ Dz. U. z dnia 1 października 2021 r. poz. 1788.

²⁷ Tak A. Patrzalek, A. Szmyt, *Warunki prawne wniesienia projektu ustawy*, [w:] J. Trzcinski (red.), *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1994, s. 148; A. Szmyt, *Nowe elementy konstytucyjne i regulaminowe postępowania ustawodawczego*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 3, s. 35.

²⁸ L. Garlicki, Teza 13 do art. 118, [w:] *idem* (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej: Komentarz*, t. II, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001, s. 14 (stan prawny na dzień 31 grudnia 2000 r.). Widoczną rozbieżność punktów widzenia odnotowuje P. Chybalski, Teza 20 do art. 118, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 465.

²⁹ B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 1092.

³⁰ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, wyd. drugie – rozszerzone, Liber, Warszawa 2008, s. 431.

³¹ K. Complak, Uwaga 2 do art. 228, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014, s. 585.

³² K. Działocha, Teza 7 do art. 228, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005 (stan prawny na dzień 1 stycznia 2005 r.), s. 15.

niezależny od zakresu terytorialnego wprowadzonego stanu nadzwyczajnego, a więc jest aktualny również w razie, gdy stan ten wprowadzony został na stosunkowo niewielkim obszarze państwa [...]. Można mieć wątpliwości, czy omawiany zakaz jest uzasadniony w odniesieniu do stanu klęski żywiołowej wprowadzonego na terytorium kilku gmin. Trafnie zwraca się bowiem uwagę, że Rada Ministrów, wprowadzając stan klęski żywiołowej na niewielkim terytorium państwa, ma możliwość zablokowania prac nad zmianą Konstytucji [...]"³³.

11. Jak może się wydawać, u podstaw wniesienia projektu z 1 października 2021 r. leży milczące założenie, przyjmowane przez posłów wnioskodawców, o znaczeniu elastycznej praktyki dla zinterpretowania ograniczenia konstytucyjnego prac legislacyjnych, wyrażonego w art. 228 ust. 6 Konstytucji RP. Jako swoistą wskazówkę w tej mierze można chyba przyjąć pierwsze decyzje wewnętrznej sejmowej o skierowaniu projektu do wspomnianych już opinii i konsultacji, mimo – jak się wydaje – braku prawnej pilności dokonania nowelizacji Konstytucji; wymiar polityczny przedsięwzięcia być może jednak modyfikuje tu interpretację sytuacji.

³³ S. Steinborn, Teza 7 do art. 228, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucji RP. Tom II...*, s. 1613; autor przywołuje tu także pracę K. Prokopa, *Stany nadzwyczajne w Polsce w latach 1918-1989. Szkic ustrojowopolityczny*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2006, s. 35-37.

Artykuł 90 Konstytucji RP jako podstawa ratyfikowania umów międzynarodowych

1. Geneza art. 90 Konstytucji

Problematyka konstytucyjnej regulacji umów międzynarodowych od dawna była przedmiotem rozważań doktryny i orzecznictwa. Wiele publikacji dotyczyło szczególnego rodzaju umów międzynarodowych, o których mowa w art. 90 Konstytucji RP. Istotny wkład w dorobek polskiego prawoznawstwa w tym zakresie wniósł Krzysztof Wójtowicz¹. Wykładnia art. 90 Konstytucji RP wywoływała wiele wątpliwości w praktyce. Część z nich pozostaje nadal aktualna. Powstaje w związku z nimi pytanie, czy przepis ten stwarza wystarczającą podstawę dla członkostwa Polski w organizacjach międzynarodowych, w szczególności w Unii Europejskiej?

W trakcie prac nad tekstem Konstytucji RP powszechnie akceptowane było założenie o konieczności otwarcia polskiego systemu prawa na prawo międzynarodowe². Założenie to opierało się na wcześniejszych ustaleniach doktryny oraz kierunkach wyznaczonych przez judykaty wydawane po 1989 r.³ Korespondowały z nim ustalenia dotyczące konstytucjonalizacji systemu źródeł prawa oraz miejsca, jakie powinny w systemie tym zajmować umowy międzynarodowe⁴. Prace Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego opierały się więc na dorobku polskiego prawoznawstwa. W ramach konstytucjonalizacji umów międzynarodowych problem przekazywania kompetencji organizacji międzynarodowej stanowił jednak *novum*. Kwestia ta nie była wcześniej regulowana na poziomie konstytucyjnym.

* Prof. dr hab. Piotr Tuleja, Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, sędzia Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku, ORCID: [0000-0002-7435-1298](https://orcid.org/0000-0002-7435-1298).

¹ K. Wójtowicz, *Prawo Wspólnot Europejskich a zasada suwerenności w prawie konstytucyjnym państw członkowskich*, [w:] J. Kolasa (red.), *Wspólnoty Europejskie: wybrane problemy prawne*, cz. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1994, s. 9 i n. Począwszy od tego artykułu, K. Wójtowicz wielokrotnie w swych publikacjach zajmował się problematyką integracji europejskiej i jej znaczeniem dla polskiego prawa.

² M. Masternak-Kubiak, *Stosunek prawa krajowego do umów międzynarodowych w projektach nowej Konstytucji RP*, [w:] K. Działocha, A. Preisner (red.), *Prawo, źródła prawa i gwarancje jego zgodności z ustawą zasadniczą w projektach Konstytucji RP*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995, s. 117 i n.

³ Por. w szczególności wyrok TK z 21 kwietnia 2004 r., K 33/03.

⁴ K. Wójtowicz, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł RP* [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów 1-3 czerwca 2000*, KUL, Lublin 2000, s. 67 i n.

Na treść art. 90 Konstytucji wpływ miało przede wszystkim planowane członkostwo w Unii Europejskiej. Debatę konstytucyjną determinował charakter prawny Wspólnot Europejskich, sposób ich funkcjonowania oraz przewidywane konsekwencje przystąpienia do Unii Europejskiej. Wyznacznikiem debaty był problem zachowania suwerenności państwa. Przekazanie kompetencji uznano za istotną cechę integracji europejskiej. Proces ich przekazywania postrzegany był jako sensytywny z punktu widzenia zasady suwerenności państwa i zwierzchnictwa Narodu. Dlatego stworzenie konstytucyjnych podstaw przekazywania kompetencji uznano za najważniejszy prawny instrument integracji⁵. Podstawy te miały z jednej strony legitymizować przekazanie kompetencji Unii Europejskiej, z drugiej chronić suwerenność państwa. Ochrona ta wymagała wyznaczenia konstytucyjnych warunków i granic przekazywania kompetencji. Wyznaczenie granic powinno też służyć określeniu relacji zasad: nadrzędności Konstytucji i przychylności prawa krajowego prawu międzynarodowemu.

Artykuł 90 musiał być sformułowany na odpowiednim poziomie ogólności. Wynikało to z możliwych przyszłych zastosowań tego przepisu oraz charakteru organizacji i organów ponadnarodowych, którym przekazywane miałyby być kompetencje organów państwa. Jego podstawowe znaczenie normatywne zostało dosyć szybko zdekodowane w doktrynie i orzecznictwie. Pojęcie kompetencji, na gruncie art. 90 Konstytucji, zostało zdefiniowane jako prawo do regulowania lub rozstrzygania spraw w określonym zakresie⁶. Takie ogólne ujęcie stwarza możliwość stosowania art. 90 Konstytucji do wielopłaszczyznowych obszarów działania państwa oraz określania ich relacji do obszarów działania Unii Europejskiej i innych organizacji międzynarodowych. Ogólność określenia powoduje jednak konieczność wprowadzenia dodatkowych kryteriów, które w razie wątpliwości pozwolą ustalić, czy w danej sytuacji mamy do czynienia z przekazaniem kompetencji.

2. Wykładnia art. 90 Konstytucji w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego

Charakterystyka kompetencji oraz procesu ich przekazania została dokonana w wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r., K 18/04. Trybunał podkreślił, że prawną konsekwencją art. 9 Konstytucji jest wieloskładnikowy system prawa. Sformułowany w art. 90 Konstytucji wymóg przekazywania kompetencji organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu „w niektórych sprawach” wprowadza istotne zabezpieczenia przed zbyt łatwym bądź niewystarczająco legitymowanym przekazaniem kompetencji poza system organów władzy państwowej

⁵ M. Kruk, *Tryb przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i konsekwencje członkostwa dla funkcjonowania organów państwa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 139 i n.

⁶ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007, s. 107.

Rzeczypospolitej Polskiej. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego przekazywanie kompetencji w „niektórych sprawach” oznacza: zakaz przekazywania ogółu kompetencji danego organu, zakaz przekazywania całości spraw w danej dziedzinie oraz zakaz przekazywania kompetencji co do istoty spraw określających gestię danego organu władzy państwowej. Konieczne jest więc zarówno precyzyjne określenie dziedzin, jak i wskazanie zakresu kompetencji obejmowanych przekazaniem. W wyroku z 24 listopada 2010 r., K 32/09 Trybunał Konstytucyjny wskazał, że do materii objętych zakazem przekazania należą zasady konstytucyjne tworzące tożsamość konstytucyjną, gdyż Konstytucja uniemożliwia uczestniczenie w takich procesach integracyjnych, które zagrażałyby suwerenności i państwowości Polski⁷.

Wskazane rozumienie art. 90 Konstytucji nie usuwa wielu praktycznych wątpliwości, które pojawiły się po wejściu Polski do Unii Europejskiej. Dotyczą one przede wszystkim zakresu przedmiotowego umów i innych aktów prawa publicznego, o których mowa w art. 90, i odróżnienia ich od umów wskazanych w art. 89 ust. 1 Konstytucji oraz ustalenia granic kompetencji podlegających przekazaniu. Tytułem przykładu można wskazać: ratyfikację Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, ustawę z dnia 10 lipca 2008 r. dotyczącą kompetencji Trybunału Sprawiedliwości w dawnym III filarze UE, ratyfikację tzw. protokołu hiszpańskiego zmieniającego protokół w sprawie postanowień przejściowych dołączonych do Traktatu o Unii Europejskiej, ratyfikację traktatu o przystąpieniu Chorwacji do UE, ustawę z dnia 11 maja 2012 r. dotyczącą ratyfikacji Europejskiego Mechanizmu Stabilności oraz ratyfikację Traktatu o stabilności, koordynacji i zarządzania w Unii Gospodarczej⁸. Wątpliwości dotyczyły m.in. problematyki modyfikacji, aktualizacji oraz rozszerzenia kompetencji. Powstaje pytanie, czy takie zmiany w sposobie wykonywania kompetencji powodują ich „przekazanie” oraz gdzie leżą granice tego przekazania? Wątpliwości te związane są przede wszystkim ze zmianami w sposobach wykonywania kompetencji przez organy Unii Europejskiej.

Z perspektywy konstytucyjnej najdalej idące wątpliwości związane były z wyborem trybu ratyfikacji umów międzynarodowych, ustaleniu, kiedy ratyfikacja powinna następować w sposób wskazany w art. 89, a kiedy w sposób wskazany w art. 90 Konstytucji? Odpowiedź na to pytanie ma istotne znaczenie konstytucyjne, gdyż decyduje nie tylko o sposobie rozumienia obu wskazanych wyżej przepisów, ale również o treści zasady suwerenności państwa i zasady zwierzchnictwa Narodu realizowanych w warunkach integracji europejskiej. Podstawowa trudność związana z wyborem sposobu i trybu ratyfikacji umowy międzynarodowej polega na tym, że zawarcie i ratyfikacja umowy międzynarodowej z reguły skutkuje ograniczeniem kompetencji organów państwa oraz zmianą sposobu ich wykonywania. Powstaje pytanie, kiedy ograniczenia takie nie prowadzą do przekazania kompetencji w niektórych sprawach, a kiedy należy je uznać za przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 90 Konstytucji?

⁷ Por. też *ibidem*, s. 32.

⁸ M. Szpunar, *Komentarz do art. 90*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Komentarz. Tom II. Art. 87–243*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 122.

Pytanie to miało kluczowe znaczenie dla sprawy rozstrzygniętej wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego z 26 czerwca 2013 r., K 33/12. Trybunał wskazał, że wybór trybu z art. 89 bądź 90 Konstytucji oraz wyznaczenie granic przekazania kompetencji powinno dokonywać się z uwzględnieniem funkcji gwarancyjnej Konstytucji chroniącej jej nadrzędność i tożsamość. Samo ograniczenie kompetencji lub nałożenie nowych obowiązków na organy krajowe nie oznacza jeszcze przekazania kompetencji w rozumieniu art. 90 ust. 1 Konstytucji. Przekazywane upoważnienia danego organu muszą mieć charakter władczy i dotyczyć aktów o wiążącym charakterze. Stwierdzenie, że doszło do przekazania kompetencji, wymaga wskazania organu, na rzecz którego jest ona przekazywana, treści uprawnień i obowiązków oraz podmiotów podległych. Specyfika organizacji międzynarodowej powoduje, że z reguły kompetencje przekazane nie są sumą kompetencji, które uległy przekazaniu. Trybunał uznał, że nie każda zmiana umowy ratyfikowanej w trybie art. 90 Konstytucji wymaga takiego samego trybu, lecz tylko taka, w wyniku której dochodzi do przekazania kompetencji. Ocena zmiany umowy międzynarodowej nie powinna opierać się na jej powiązaniu z inną umową międzynarodową (w tym wypadku Traktatu o Europejskim Mechanizmie Stabilizacyjnym), której Polska nie jest stroną. Trybunał przyjął wąskie rozumienie określenia „przekazanie kompetencji w niektórych sprawach”. Wyszedł z założenia, że wynika ono m.in. z art. 89, który nie może pokrywać się treściowo z art. 90 Konstytucji. Takie rozumienie jest wystarczające dla realizowania funkcji gwarancyjnej. Zasada przychylności prawu międzynarodowemu, a przede wszystkim mieszczący się w niej sposób wykonywania kompetencji powierzonych Unii Europejskiej, wymagają elastyczności, którą uniemożliwiłoby szerokie stosowanie trybu z art. 90 Konstytucji.

Argumentacja zaprezentowana w zdaniach odrębnych do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 26 czerwca 2013 r., K 33/12 wskazuje na odmienny sposób wykładni Konstytucji. Zdaniem Mirosława Granata przeniesienie kompetencji może mieć charakter potencjalny. Z art. 136 ust. 3 TFUE wynika zobowiązanie Polski do przeniesienia kompetencji nie później niż w chwili przystąpienia do strefy euro. Wtedy też zaktualizuje się przeniesienie kompetencji wynikające z Europejskiego Mechanizmu Stabilizacyjnego. Ponadto art. 90 Konstytucji stosuje się również do umów zmieniających zakres przekazanych kompetencji lub istotne elementy tych kompetencji, a także warunki wykonywania przekazanych kompetencji. Teresa Liszcz podkreśla, że zmianę, wprowadzoną do TFUE mocą podlegającej ratyfikacji Decyzji, należy oceniać w kontekście traktatów zawartych przez państwa strefy euro na podstawie art. 136 ust. 3 TFUE, a w szczególności TEMS. W wyniku tej zmiany doszło do istotnego ograniczenia kompetencji państw sygnatariuszy w sprawach polityki finansowej, cedując ich część na organizację międzynarodową (EMS) oraz na TSUE. W polskiej doktrynie utrwalony jest pogląd, w myśl którego do zmiany aktu normatywnego wymagane jest zastosowanie procedury analogicznej do tej, w wyniku której on powstał, o ile co innego nie wynika z przepisów prawa. Marek Zubik wskazał, że sposób wykładni art. 90 ma charakter autonomiczny i ustalenie treści tego

przepisu abstrahuje od art. 89 Konstytucji. Procedura określona w art. 89 ust. 1 pkt 3 Konstytucji nie może być stosowana alternatywnie względem szczególnego trybu wynikającego z art. 90 Konstytucji. Oba tryby odnoszą się bowiem do odrębnych, w myśl przepisów krajowych, kategorii umów międzynarodowych dotyczących członkostwa Polski w organizacji międzynarodowej, a zakresy normowania wspomnianych przepisów są rozłączne. Sam art. 90 Konstytucji nie ogranicza się jedynie do trybu ratyfikacji umowy, na podstawie której Polska przekazała wykonywanie kompetencji. Przepis ten ma ogólne zastosowanie i nie zawiera żadnego podmiotowego ograniczenia w tej mierze. Nie dotyczy on wyłącznie przekazywania kompetencji, lecz całości kształtu problemów związanych z członkostwem Polski w organizacji międzynarodowej. Procedura wskazana w art. 90 ust. 1 Konstytucji nie ma charakteru jednorazowego. Nie może być zatem postrzegana wyłącznie jako swego rodzaju kryterium początkowe członkostwa Polski w danej organizacji międzynarodowej.

Zbieżny z powyższymi zastrzeżeniami jest pogląd, w myśl którego Trybunał Konstytucyjny powinien wykazać, dlaczego w badanym przepisie nie następuje przekazanie kompetencji. Negatywny wynik testu mógłby uzasadnić brak zastosowania art. 90 i dokonanie ratyfikacji na podstawie art. 89 Konstytucji. W przypadku art. 136 ust. 3 TUE mamy do czynienia z przepisem, który zmienia zakres i istotne elementy kompetencji przekazanych. Spełnia więc kryteria testu przekazania⁹. Podobny pogląd został sformułowany w związku z ratyfikacją paktu fiskalnego. Do przekazania kompetencji dochodzi nie wraz z „uwspółnotowaniem” zawartych w Pakcie rozwiązań, lecz z chwilą jego ratyfikacji. Zawężająca wykładnia art. 90 Konstytucji prowadziłaby do niekontrolowanego, w sposób wskazany w Konstytucji, przekazywania kompetencji¹⁰.

3. Szerokie czy wąskie rozumienie przekazania kompetencji?

Wskazane wyżej odmienne sposoby wykładni art. 90 Konstytucji uwidoczniły się w związku ze sporem o tryb wyrażania przez Sejm zgody na związanie się przez Rzeczpospolitą Polską decyzją Rady (UE, Euratom) 2020/2053 z 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej. Został on ratyfikowany na podstawie art. 89 Konstytucji za zgodą Sejmu wyrażoną zwykłą większością głosów. W trakcie procesu ratyfikacji pojawiło się pytanie, czy zgoda ta nie powinna być udzielona większością kwalifikowaną $\frac{2}{3}$ głosów? Odpowiadając na to pytanie, Jacek Zalesny wskazuje, że art. 90 Konstytucji stanowi „kotwicę suwerenności” chroniącą państwo przed zakamuflowanym jej pozbawieniem. Na podstawie decyzji Rady (UE, Euratom) 2020/2053 14 grudnia 2020 r. Polska upoważnia organy Unii Europejskiej do działania władczego i zwiazanego z wydawaniem aktów prawnie

⁹ M. Granat, *Uwagi o pojmowaniu art. 90 Konstytucji RP przez Trybunał Konstytucyjny*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22, s. 527.

¹⁰ M. Dobrowolski, *W sprawie trybu ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską traktatu fiskalnego*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6, s. 55.

wiążących, co wypełnia znamiona przekazania tych organów w nowe kompetencje w obowiązującym stanie prawnym będące w gestii organów władzy państwowej Rzeczypospolitej Polskiej¹¹.

Wskazana wyżej argumentacja konstytucyjna nie znajduje uznania u przedstawicieli prawa europejskiego. W odniesieniu do zmiany art. 136 TFUE i powiązanego z nią TEMS wskazują oni przede wszystkim na wyrok TS UE z 26 listopada C-370/12 w sprawie *Pringle*. Podzielają stanowisko TSUE, w myśl którego modyfikacja ta nie powoduje zmian w układzie kompetencji między Unią Europejską a państwami członkowskimi¹². W odniesieniu do paktu fiskalnego Dariusz Adamski wskazuje m.in., że jego postanowienia mają w wielu częściach charakter deklaracyjny. Polskie organy władzy publicznej nie dysponują analogicznymi uprawnieniami do tych wskazanych w Pakcie Fiskalnym. Nie można więc mówić o przekazaniu kompetencji¹³. Autor ten uznaje również, że w przypadku Funduszu Odbudowy nie mamy do czynienia z przekazaniem kompetencji, więc ratyfikacja decyzji Rady 2020/2053 z 14 grudnia 2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych UE nie wymaga zastosowania art. 90 Konstytucji¹⁴.

Przywołane dwa sposoby rozumienia art. 90 Konstytucji skłaniają do kilku refleksji. Dotychczasowa praktyka orzecznicza TK wskazuje, że sformułowana w art. 90 Konstytucji klauzula limitująca przekazywanie kompetencji stała się również klauzulą integracyjną. Posługiwanie się tą klauzulą w praktyce prowadzi do zasadniczego ustrojowego dylematu. Jej rozumienie powinno wzmacniać zasadę suwerenności państwa i gwarantować jej ochronę przed niekontrolowanym przekazywaniem kompetencji Unii Europejskiej oraz umożliwiać realizację zasady przychylności prawa krajowego prawu międzynarodowemu. W zależności od ustalenia relacji tych dwóch zasad klauzula integracyjna uzasadnia szerokie bądź wąskie definiowanie przekazania kompetencji w niektórych sprawach. Ujęcie szerokie zakłada, że w dyspozycji art. 90 Konstytucji powinny się mieścić również kompetencje, które dopiero potencjalnie mogą być przekazane, oraz kompetencje już przekazane, o ile zmodyfikowany został ich zakres lub sposób wykonywania. Ustalając zakres przedmiotowy art. 90, nie powinniśmy, w celu jego zawężenia, odwoływać do art. 89 Konstytucji. Takie podejście stwarza jednak dwie zasadnicze trudności. Po pierwsze, utrudnia ono funkcjonowanie państwa w ramach Unii Europejskiej. Szerokie definiowanie przekazania kompetencji mogłoby oznaczać, że art. 90 staje się podstawowym

¹¹ J. Zalesny, *Opinia prawna: Czy ustawa wyrażająca zgodę na ratyfikowanie Europejskiego Funduszu Odbudowy wymaga uzyskania w polskim Sejmie zwykłej większości głosów czy większości kwalifikowanej co najmniej 2/3 głosów?*, http://doc.rmfm.pl/rmf_fm/store/J_Zales769ny_opinia_prawna.pdf [dostęp 10.11.2021]. Odmienne w opinii prawnej Biura Legislacyjnego Senatu RP, <https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5866/plik/3910.pdf> [dostęp 10.11.2021].

¹² D. Adamski, *Pakt Fiskalny a prawo europejskie i polska konstytucja*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 12, s. 17.

¹³ *Ibidem*, s. 15 i n.

¹⁴ Seminarium „Europejskiego Przeglądu Sądowego”: *Fundusz Odbudowy UE – ratyfikacja decyzji Rady (UE, Euratom) 2020/2053 z 14.12.2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2012, nr 5, s. 22.

instrumentem kształtującym relacje polskiego i europejskiego systemu prawa. Po drugie, ujęcie to nie uwzględnia występujących współcześnie procesów powodujących ograniczenie wykonywania suwerenności państwa. Wprawdzie istotą suwerenności jest prawo do samodzielnego definiowania przez państwo interesu narodowego, jednak odbywa się to w warunkach suwerenności „fragmentarycznej”, „podzielonej” czy „współzależnej”¹⁵. Dokonywana na podstawie tych określeń charakterystyka suwerenności państwa i suwerenności Narodu wskazuje na konieczność ograniczenia wykonywania suwerenności na płaszczyźnie międzynarodowej. Po trzecie, wykonywanie suwerenności w sposób nieograniczony przez prawo międzynarodowe może paradoksalnie utrudniać realizację narodowego interesu. Widoczne jest to przede wszystkim w odniesieniu do praw człowieka. Współcześnie nie jest możliwe realizowanie interesów wspólnoty politycznej zorganizowanej w oparciu o zasadę demokracji i rządów prawa bez zaawansowanej integracji międzynarodowej. Integracja umożliwia lepszą realizację praw człowieka. Samo przekazywanie kompetencji stanowi instrument realizacji konstytucyjnych wartości¹⁶. Proces ten nie byłby możliwy przy założeniu, że przekazywanie kompetencji organizacji międzynarodowej jest czymś wyjątkowym, i co do zasady powinien następować w trybie wykazującym większą sztywność niż tryb zmiany konstytucji. Przystąpienie do organizacji międzynarodowej nie powoduje utraty suwerenności, lecz jest jej urzeczywistnieniem¹⁷.

Z drugiej strony, biorąc pod uwagę złożoność wykonywania władzy publicznej w Unii Europejskiej i państwach członkowskich, uzasadnione są niektóre obawy związane z wąskim rozumieniem przekazania kompetencji przyjętym m.in. w wyroku TK z 26 czerwca 2013 r., K 33/12. Określenie zasad przystąpienia do organizacji międzynarodowej przez polskie państwo i skontrolowanie ich przez Trybunał Konstytucyjny nie rozstrzyga wszystkich istotnych kwestii powstających na gruncie art. 90 Konstytucji. Złożony charakter wykonywania kompetencji przez organy Unii Europejskiej, przejawiający się m.in. w sposobie rozstrzygania sporów przez TSUE czy stosowaniu tzw. metody schengenńskiej, wskazują na dużą dynamikę przekazywania kompetencji i skutki tego procesu. Dla jego odniesienia do zasady suwerenności państwa i zwierzchnictwa Narodu niewystarczające może się okazać pojęcie „przekazania kompetencji w niektórych sprawach”. Zmiana relacji między państwem a Unią Europejską może nie polegać na przekazaniu kompetencji, a równocześnie mieć istotne znaczenie dla suwerenności. Szerokie rozumienie przekazywania kompetencji może okazać się nieadekwatnym instrumentem dla ochrony suwerenności. Klauzula limitacyjna, nawet gdy przekształci się w klauzulę integracyjną, ale nadal

¹⁵ J. Jaskiernia, *Istota i charakter prawny związania suwerennego państwa polskiego międzynarodowymi standardami demokratycznymi*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwadzieścia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017, s. 401.

¹⁶ K. Wojtyczek, *Przekazywanie kompetencji...*, s. 262.

¹⁷ W. Czapliński, *Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwowa*, [w:] E. Popławska (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000, s. 123.

będzie koncentrować się na przekazywaniu kompetencji, może okazać się niewystarczającą podstawą dla konstytucjonalizacji relacji państwa polskiego i Unii Europejskiej. Ilustruje to dobrze rozstrzygnięcie w sprawie K 33/12, w którym zawężająca wykładnia art. 90 Konstytucji pozwala na precyzyjne wskazanie, kiedy dochodzi do przekazania kompetencji. Oznacza równocześnie, że sytuacje prawne niepolegające na przekazaniu kompetencji, ale mające znaczenie dla wykonywania suwerenności, pozostają poza zakresem klauzuli integracyjnej. Rozszerzająca wykładnia art. 90 Konstytucji sformułowana w zdaniach odrębnych stara się objąć te sytuacje, równocześnie jednak skutkuje stosowaniem tego przepisu do sytuacji, w których w ogóle nie dochodzi do przekazania kompetencji.

4. Nowa klauzula integracyjna jako podstawa klauzuli limitacyjnej

Trudności w odpowiednim ukształtowaniu mechanizmu wynikającego z art. 90 są dostrzegane w doktrynie. Formułowany jest w związku z tym postulat zmiany Konstytucji¹⁸. Istotą takiej zmiany nie powinno być jednak wyłącznie sformułowanie nowej klauzuli limitacyjnej dotyczącej przekazywania kompetencji. Teza o zwiększeniu efektywnej realizacji zasady suwerenności dzięki nowej klauzuli limitacyjnej jest tezą wątpliwą¹⁹. Przed sformułowaniem takiej klauzuli należy bowiem określić konstytucyjne cele integracji, zasady Unii Europejskiej, które stanowią również zasady konstytucyjne, oraz dokonać konkretyzacji podziału władzy, uwzględniając modyfikacje, jakie w jej obrębie powoduje integracja europejska. Dopiero w nawiązaniu do tak określonych konstytucyjnych podstaw integracji europejskiej można kształtować i doprecyzowywać klauzule limitacyjne. Przekazanie kompetencji staje się wtedy jednym z instrumentów prawnych gwarantujących realizację zasady suwerenności z poszanowaniem zasady przychylności prawa krajowego prawu międzynarodowemu. Trafnie rolę Konstytucji w procesie integracji europejskiej scharakteryzował K. Wójtowicz. Wskazał on, że Konstytucja nie rozwiąże wszystkich problemów powstających w praktyce integracji. Należy jednak dążyć do tego, by prawo, niezależnie od jego źródła, było przestrzegane zgodnie z fundamentalnymi regułami państwa prawa. Sprzyja temu wskazanie w Konstytucji wspólnych wartości oraz wypracowanie efektywnych mechanizmów decyzyjnych w obu porządkach prawnych²⁰.

W warunkach kryzysu konstytucyjnego trudno postulować zmianę Konstytucji, skoro nie powiodła się ona nawet w czasach, gdy podstawowe zasady

¹⁸ M. Balczyk, *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2017, s. 385 i n. oraz cytowana tam literatura.

¹⁹ Por. *ibidem*, s. 389.

²⁰ K. Wójtowicz, *Wprowadzenie*, [w:] P. Radziejewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac Zespołu Naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 6.

konstytucyjne nie były podważane²¹. Można jednak pokusić się o sformułowanie dyrektyw wykładni Konstytucji, które pozwolą rozwiązać przynajmniej niektóre problemy zarysowanego wyżej dylematu ustrojowego. Pojęcie przekazania kompetencji jest niejasne i przede wszystkim należy odnosić je do przekazania w takim sensie, o jakim mowa w prawie UE. Z art. 90 Konstytucji nie wynikają wprost bariery określające granice przekazania kompetencji. Rozszerzająca wykładnia art. 90 może być niebezpieczna dla praktyki traktatowej. Nie jest też możliwe precyzyjne określenie dziedzin ani zakresu kompetencji²². Dlatego też stosowanie art. 90 Konstytucji należy co do zasady interpretować w sposób wąski. Taka interpretacja nie powinna być jednak stosowana, gdy mamy do czynienia ze sprawami mieszczącymi się w zakresie przedmiotowym zasad tworzących tożsamość konstytucyjną. Zasady te wskazał Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 32/09: wymóg zapewnienia ochrony godności człowieka i praw konstytucyjnych, zasadę państwowości, zasadę demokracji, zasadę państwa prawnego, zasadę sprawiedliwości społecznej, zasadę pomocniczości, a także wymóg zapewnienia lepszej realizacji wartości konstytucyjnych i zakaz przekazywania władzy ustrojodawczej oraz kompetencji do kreowania kompetencji. W przypadku gdy kompetencje dotyczą wprost zasad określających tożsamość konstytucyjną, dopuszczalne byłoby uznanie, że zmiana zakresu kompetencji już przekazanych lub modyfikacja sposobu ich wykonywania stanowi przekazanie kompetencji w rozumieniu art. 90. Taka wykładnia art. 90 Konstytucji wymagałaby wyinferowania klauzuli integracyjnej z ogólnych zasad rozdziału I Konstytucji. Postawą inferencji powinny być przede wszystkim zasady: dobra wspólnego, państwa prawa oraz przychylności prawa krajowego prawu międzynarodowemu. Zasady te pozwalają uznać normatywny i obowiązujący charakter klauzuli, w myśl której Rzeczpospolita jest członkiem Unii Europejskiej szanującym suwerenność oraz inne podstawowe zasady tworzące polską tożsamość konstytucyjną i tożsamość samej Unii. W zaproponowanym ujęciu art. 90 Konstytucji wraz z klauzulą integracyjną staje się podstawą dwóch standardów określających przekazywanie kompetencji. Szerokiego – stosowanego, gdy mamy do czynienia z materią wchodzącą w zakres tożsamości konstytucyjnej, oraz wąskiego w pozostałych sprawach. Taka wykładnia Konstytucji nie usuwa wszelkich wątpliwości, pozwala jednak na lepszą harmonizację suwerenności, przychylności prawu międzynarodowemu oraz nadrzędności Konstytucji.

²¹ Por. przedstawiony przez Prezydenta RP projekt ustawy o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, druk nr 3598 z 12.11.2010 r., którego nie udało się przyjąć do końca kadencji Sejmu i Senatu.

²² A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 75-79.

Część II

Prawo międzynarodowe

Od dywergencji do konwergencji – prawa do rozwoju i życia w czystym środowisku obecnych i przyszłych pokoleń jako filary zrównoważonego rozwoju

Human laws must be reformulated to keep human activities in harmony with the unchanging and universal laws of nature¹

Wprowadzenie

Zrównoważony rozwój od lat będący swobodnym motywem globalnej polityki ochrony środowiska funkcjonuje w prawnomiędzynarodowej rzeczywistości jako abstrakcyjna, polityczna wartość². W literaturze przedstawiany jest jako dążenie, cel, zasada, a najczęściej niestety po prostu miszmasz powszechnie znanych ogólników³. Stąd w niniejszej pracy podjęto trud definiowania, dookreślenia kształtu poszczególnych elementów składowych zrównoważonego rozwoju, budujących to pojęcie na potrzeby prawa międzynarodowego. Przywołane w tytule tej pracy prawa i zasady oraz wzajemne między nimi relacje wypełniają składowe elementy (filary) zrównoważonego rozwoju, zatem ich zbadanie i opis prowadzą do wypełnienia zrównoważonego rozwoju konkretną treścią.

Spośród szerokiego wachlarza dostępnych definicji za punkt wyjścia przyjęto tę pierwszą, wywodzącą się z pionierskiego raportu Gro Harlem Brundtland: „Zrównoważony rozwój to taki, w którym potrzeby obecnego pokolenia mogą być zaspokojone bez umniejszania szans przyszłych pokoleń na zaspokojenie ich własnych potrzeb. To łączy w sobie dwa kluczowe terminy: «potrzeby», w odniesieniu do podstawowych potrzeb najbiedniejszych tego świata, których zaspokojenie powinno być priorytetem, oraz «ograniczeń» narzucanych środowisku naturalnemu przez rozwój technologiczny i społeczny, które to ograniczenia upośledzają środowisko w jego zdolności do wykarmienia obecnych i przyszłych pokoleń”⁴.

* Dr Justyna Bazylińska-Nagler, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0002-0190-7566](https://orcid.org/0000-0002-0190-7566).

¹ Brundtland Report, World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, 4 August 1987, A/42/427, Annex, 330.

² L.J. Kotzé, *Sustainable development and the rule of law for nature. A constitutional reading*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law for nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 130-131.

³ K. Bosselmann, *Grounding the rule of law*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law...*, s. 75 i n.

⁴ *Our Common Future...*, s. 41.

Dla porównania warto w tym miejscu przywołać także jedną z traktatowych wersji powyższej definicji, zaczerpniętą z IV Konwencji z Lomé: „W ramach niniejszej konwencji ochrona i poprawa stanu środowiska naturalnego i jego zasobów, powstrzymywanie degradacji gruntów i lasów, odbudowa równowagi ekologicznej, zachowanie zasobów naturalnych oraz ich racjonalna eksploatacja należą do podstawowych celów, które zainteresowane państwa strony zobowiązują się realizować przy pomocy Wspólnoty, tak aby doprowadzić do natychmiastowej poprawy warunków życia na rzecz ich obecnych i przyszłych pokoleń”⁵.

Prawo licznych umów międzynarodowych posługuje się definicjami zrównoważonego rozwoju bardziej rozbudowanymi lub sumarycznymi, z których można wyodrębnić cztery wspólne dla tych definicji elementy – zasady: integracji potrzeb rozwojowych z wymogami ochrony środowiska oraz zrównoważonego wykorzystywania zasobów naturalnych, a także międzypokoleniową i wewnątrzpokoleniową równość⁶. Także jurysprudence, od czasu opinii odrębnej sędziego Christophera Weeramantry’ego w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros*, rozwija stanowisko, że zrównoważony rozwój jest syntezą treści prawa do rozwoju i prawa do ochrony środowiska⁷. Związki treściowe pomiędzy tymi prawami a zrównoważonym rozwojem są bardzo wyraźne. W systemie prawa międzynarodowego istnieją logiczne powiązania między opisywanymi w tej pracy prawami i zasadami. Zrównoważony rozwój stanowi dla nich wspólną podstawę aksjologiczną. Chociaż często traktowany jest jako publicznoprawny cel promujący ochronę środowiska, a nie zasada oparta na prawach podmiotowych (*not rights-based*)⁸, nie stoi to na przeszkodzie wykorzystywaniu treści praw człowieka do definiowania zrównoważonego rozwoju, bo przecież w prawie ochrony środowiska ochrona interesu indywidualnego przenika się silnie z ochroną interesu publicznego. Dowodzi tego chociażby ewolucja orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które niejako incydentalnie wykreowało szereg obowiązków pozytywnych państwa odnoszących się do ochrony środowiska.

Na przyszłość ściślejsze powiązanie treści prawa do rozwoju, do życia w czystym środowisku i międzypokoleniowej równości z treścią zrównoważonego rozwoju nadałoby mu konkretny, bardziej egzekwowalny wymiar. Z niejasnego, nieostrego terminu mogłaby się wyłonić norma prawna o konkretnej, precyzyjnej treści. Stąd w pracy, z uwagi na wyraźne związki treściowe tych praw z koncepcją zrównoważonego rozwoju i krzyżowanie się zakresów ich regulacji, treścią tych praw wypełniono trzy teoretyczne filary zrównoważonego rozwoju. Miało to służyć jego zdefiniowaniu poprzez wykazanie bliskich powiązań z tymi prawami.

⁵ Konwencja z Lomé IV, OJ L 229/91 z 17.08.1991, art. 33.

⁶ P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press 1995, s. 207 i n.; *idem*, *International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”*, “Max Planck Yearbook of UN Law” 1999, nr 3 (389).

⁷ Separate Opinion of vice-president C. Weeramantry, case *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf> [dostęp 15.04.2021], s. 85, 91.

⁸ G. Winter, *Ecological proportionality. An emerging principle of law for nature?*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law...*, s. 111.

Zamierzeniem tej pracy było także wykazanie, że tytułowe prawa człowieka zaliczane do tzw. praw programowych, których kontury są ciągle nieostre, można i trzeba wypełnić treścią normatywną, tak aby z czasem zyskiwały coraz większe przełożenie na rzeczywistość. Prawa te bowiem, także samoistnie, są istotnym źródłem inspiracji dla nowych tendencji interpretacyjnych w orzecznictwie i stanowią podstawę poszerzania dostępu do ochrony sądowej jednostek oraz instytucji i organizacji. Opisanie, z zastosowaniem najnowszych tendencji, prawa do rozwoju przy uwzględnieniu prawa do życia w czystym środowisku wraz z zasadą międzypokoleniowej równości powinno wykazać dążenie praktyki i doktryny do normatywizacji tych praw. Na przestrzeni lat stają się one coraz bardziej konkretne, chociażby jako istotne, obarczone konsekwencjami kryteria oceny regulacji prawnych i metod ich wykładania.

Ustalenie normatywnej postaci zrównoważonego rozwoju wykraczałoby poza ramy tej pracy, nie sposób jednak tego aspektu zupełnie pominąć, stąd został on zaledwie zasygnalizowany jako problematyczny w świetle źródeł prawa międzynarodowego, w szczególności jego zasad ogólnych. Zrównoważony rozwój w konfrontacji z teorią zasad ogólnych prawa najczęściej traktowany jest jako prawo dopiero w trakcie stawania się (*ius in fieri*). Rozwijające się orzecznictwo stopniowo nasycza je treścią, normatywizuje, dając nadzieję na przyszłe, szersze i bardziej efektywne stosowanie.

1. Trzy filary zrównoważonego rozwoju

1.1. Prawo do rozwoju

„Prawo do rozwoju jest niezbywalnym prawem człowieka, na mocy którego każda osoba i wszystkie ludy mają prawo uczestniczyć, wносить swój wkład i cieszyć się rozwojem gospodarczym, społecznym, kulturowym i politycznym. Taki rozwój w pełni realizuje wszystkie prawa człowieka i jego fundamentalne wolności”⁹. W ten oto sposób, 35 lat temu, zdefiniowano prawo do rozwoju w deklaracji Zgromadzenia Ogólnego ONZ. Preambuła do tej deklaracji stanowi, że „rozwój” należy rozumieć jako „wszechstronny, taki, którego celem nie jest generowanie korzyści ekonomicznych, ale wartości, które byłyby sumą ludzkiego szczęścia i dobrobytu”¹⁰. Samo pojęcie wspierania czy też dążenia do „rozwoju” funkcjonuje w języku prawnomiędzynarodowym od czasów przedwojennych i kojarzone jest z systemem mandatowym Ligi Narodów¹¹. Karta Narodów Zjednoczonych w 1945 r. zobowiązała zarówno państwa, jak i społeczność międzynarodową do działań na rzecz podnoszenia poziomu życia,

⁹ Art. 1, Declaration on the Right to Development: resolution adopted by the General Assembly, at the 97th plenary meeting, 4 Dec. 1986, [w:] Resolutions and decisions adopted by the GA during its 41st session, A/RES/41/128.

¹⁰ *Ibidem*, Preambuła, pkt 2.

¹¹ S.P. Subedi, *Declaration on the Right to Development*, “UN Audiovisual Library of International Law” 2021, s. 1, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf [dostęp 15.02.2022].

pełnego zatrudnienia oraz warunków dla gospodarczego i społecznego postępu i rozwoju¹². Rozwój był w tej perspektywie procesem, w którym państwa rozwinięte i organizacje międzynarodowe miały wspomagać kraje rozwijające się w wysiłkach zmierzających do pełnej realizacji wszystkich praw człowieka. Wraz z zasadą stałej suwerenności nad zasobami naturalnymi państw prawo do rozwoju zakorzeniło się głęboko w czasach dekolonizacji¹³. Wtedy to, uzyskując swoją podmiotowość, państwa postkolonialne chciały zrzucić jarzmo krępujących je zobowiązań dotyczących ich bogactw naturalnych. Często wynikały one z umów inwestycyjnych zawartych jeszcze w czasach kolonialnych. Nowe państwa szukały możliwości ograniczenia skutku prawnego wiążących zobowiązań i odzyskania całkowitego władztwa nad swoimi zasobami¹⁴. Stąd też, po przyjęciu przez Zgromadzenie Ogólne ONZ rezolucji w sprawie stałej suwerenności państw nad zasobami naturalnymi w 1962 r.¹⁵, zasada ta była wykorzystywana do promowania rozwoju gospodarczego państw w sposób prawie nieograniczony¹⁶. Od lat 70. XX w. w społeczności międzynarodowej dyskutowano już o „prawie do rozwoju” jako prawie człowieka¹⁷. Umowną cezurą może tutaj być Konferencja Narodów Zjednoczonych w sprawie praw człowieka w Teheranie w 1968 r. i przyjęta w jej następstwie rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ¹⁸. Jednakże treść pojęcia „rozwoju” jako celu prawa międzynarodowego i prawa człowieka dotychczas, na przestrzeni ostatnich 50 lat, nie wyklarowała się i stała się kością niezgody pomiędzy państwami rozwiniętymi i rozwijającymi się¹⁹. W literaturze przedmiotu można zaobserwować koncepcyjne rozmycie pomiędzy prawem człowieka do rozwoju a dążeniem do rozwoju państwa. Jest to szczególnie widoczne w Chinach, Indiach, Indonezji, Pakistanie, na Kubie czy w Wenezueli²⁰. Wiele państw nie zaakceptowało

¹² Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90, art. 55 i 56.

¹³ Declaration on the Granting of Independence to All Colonial Territories and Peoples, GA Res. 1514 (XV), 14.12.1960.

¹⁴ Por. P. Szewdo, *Zasada stałej suwerenności nad zasobami naturalnymi w świetle spraw chińskich w Światowej Organizacji Handlu*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 12.

¹⁵ Resolution on Permanent Sovereignty Over Natural Resources, GA Res. 1803 (XVII). UN GAOR. 17th Sess., Supp. No. 17 at 15.

¹⁶ Od lat 70. XX w. treść tej zasady była uzupełniana postanowieniami dotyczącymi ochrony środowiska naturalnego. Obecnie priorytet ochrony środowiska w prawie międzynarodowym sprawia, że zasada ta wydaje się przebrzmiała. Należy jednak pamiętać, że została ona uwzględniona w kluczowych środowiskowych dokumentach programowych (takich jak Deklaracja sztokholmska z 1972 r. czy Deklaracja z Rio z 1992 r.), pozostaje więc wciąż ważnym zarzewiem dyskusji na temat jej relacji do zasady zrównoważonego rozwoju, por. N. Schrijver, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 82-113, s. 368 i n., rozdz. *Sovereignty over natural resources as a basis for sustainable development*.

¹⁷ Po raz pierwszy użył tego sformułowania sędzia Keba M'Baye, przewodniczący SN Senegalu, później wiceprezes MTS-u, na wykładzie w Międzynarodowym Instytucie Praw Człowieka w 1972 r.; por. K.M. M'Baye, *Le droit au développement comme un droit de l'homme*, „Revue des droits de l'homme” 1972, vol. 5, s. 503-505.

¹⁸ Resolution 2027(XX).

¹⁹ Wspomniana powyżej deklaracja w sprawie prawa do rozwoju z 1986 r. przyjęta została przy sprzeciwie Stanów Zjednoczonych i ośmiu głosach wstrzymujących się, poparło ją 146 państw.

²⁰ Tak też: N. Schrijver, *A new Convention on the human right to development: Putting the cart before the horse?*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2020, vol. 38(2), s. 89; Y.P. Ghai, *Whose*

humanistycznego wymiaru prawa do rozwoju i dla nich wciąż, jak w czasach powojennych, jest ono narzędziem uzasadniającym bezwzględne dążenie do akumulacji kapitału. Tymczasem prawo do rozwoju powszechnie już jest traktowane jako indywidualne bądź zbiorowe prawo człowieka²¹. Jeden z sędziów MTS-u – Mohammed Bedjaoui – nazwał to prawo: „warunkiem wstępnym wolności, postępu, sprawiedliwości i kreatywności”, a także: „alfą i omegą praw człowieka, pierwszym i ostatnim z tych praw, początkiem i końcem, celem i zarazem środkiem do realizacji praw człowieka”²².

Poszukiwanie źródeł prawa do rozwoju pozornie nie wydaje się trudne. Na początek Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1948 r.²³ w art. od 19 do 28 wymienia prawa traktowane jako wypełniające treścią prawo do rozwoju, a są to: wolność posiadania i wyrażania opinii, prawo uczestniczenia w życiu publicznym, prawo do pracy, do stopy życiowej zapewniającej zdrowie i dobrobyt, prawo do edukacji i dostępu do kultury, do zabezpieczenia społecznego oraz do takiego porządku społecznego, który gwarantowałby realizację podstawowych praw i wolności człowieka. Następnie rozwijają te prawa międzynarodowe paktów: Praw Gospodarczych Społecznych i Kulturalnych²⁴ oraz Praw Cywilnych i Politycznych²⁵. Na szczególną uwagę zasługuje tutaj art. 11 pierwszego z wymienionych paktów, który gwarantuje prawo do wolności od głodu i życia na odpowiednim poziomie²⁶. Nieprzypadkowo pierwszym traktatem, który *expressis verbis* skodyfikował prawo do rozwoju, była Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r.²⁷ Strony tej konwencji – państwa afrykańskie, członkowie Organizacji Jedności Afrykańskiej – wyraziły swoje przekonanie, „że od tego momentu podstawowe znaczenie ma zwrócenie szczególnej uwagi na prawo do rozwoju. Prawa obywatelskie i polityczne nie mogą być oddzielone od praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych, zarówno w ich koncepcji, jak i uniwersalności. Zapewnienie praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych jest gwarancją korzystania z praw obywatelskich i politycznych”²⁸.

Human Right to Development?, Commonwealth Secretariat, London 1989, s. 1, 5-6; J. Bazylińska-Nagler, *Zrównoważony rozwój w tradycji prawnej Chińskiej Republiki Ludowej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, t. 43, nr 2, s. 413, 418 oraz literatura tam cytowana.

²¹ G. Abi-Saab, *The Legal Formulation of a Right to Development*, [w:] R.J. Dupuy (ed.), *Le droit au développement au plan international*, Académie de droit international de La Haye, La Haye 1981, s. 159; A.K. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999; A. Van den Bogaerde, *The Right to Development in International Human Rights Law: A Call for its Dissolution*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2013, vol. 31 (187).

²² M. Bedjaoui, *The Right to Development*, [w:] *idem* (ed.) *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, Paris 1991, s. 1182.

²³ UN Doc A/Res/217A (III), 10.12.1948.

²⁴ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16.12.1966, 999 UNTS 3.

²⁵ International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, 999 UNTS 171.

²⁶ B. Saul, D. Kinley, J. Mowbray, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 861-976.

²⁷ Karta z Banjul, 27.06.1981 r., stronami są wszystkie państwa afrykańskie za wyjątkiem Maroka, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), <https://www.achpr.org/statepartiestotheafricancharter> [dostęp 15.02.2022].

²⁸ *Ibidem*, preambuła, pkt 8.

W artykule 22 (1) ustanowiono, że: „Wszystkie ludy będą miały prawo do swojego gospodarczego, społecznego i kulturalnego rozwoju z poszanowaniem własnej wolności i tożsamości oraz w równym korzystaniu ze wspólnego dziedzictwa ludzkości”, i dalej, że: „Państwa będą miały obowiązek zapewnić, indywidualnie lub zbiorowo, korzystanie z prawa do rozwoju”.

Dotychczasowy dorobek prawa międzynarodowego i doktryny w zakresie prawa do rozwoju kodyfikuje nowy projekt Konwencji o prawie do rozwoju opublikowany przez Radę Praw Człowieka ONZ w styczniu 2020 r.²⁹ Opisane tam prawo do rozwoju przedmiotowo scala prawa gospodarcze, społeczne, kulturalne, cywilne i polityczne człowieka wokół jednej osi – jak kiść winogron (*cluster right*)³⁰. Trzeba też zauważyć, że konsumuje ono trzy kategorie praw człowieka: I, II i III generacji, a tym samym stanowi gwarancję zarówno dla jednostki, jak i dla ludu, czy też narodu będącego podmiotem zbiorowym³¹. Wreszcie współcześnie rozumiane i definiowane prawo do rozwoju nie jest absolutne, zawsze relatywizuje się wobec wymogów ochrony środowiska. Tak wzbogacone weszło do języka nowoczesnego prawa międzynarodowego pod nazwą: zrównoważony rozwój. Pojęcia rozwój i zrównoważony zostały tam połączone na poziomie koncepcyjnym czy też definicyjnym. Przykładowo w artykule 3 (pkt e) projektu, poświęconym zasadom ogólnym, czytamy: „Rzeczywistość nie może być zrównoważona, jeśli jego realizacja podważa prawo do rozwoju, a prawo to nie może być realizowane, jeśli rozwój nie jest zrównoważony”³².

1.2. Prawo do życia w czystym środowisku

„Człowiek jest zarówno stworzeniem, jak i niszczycielem środowiska, które go karmi i umożliwia mu intelektualny, moralny, społeczny i duchowy rozwój. W długim i bolesnym procesie ewolucji ludzkiej rasy na tej planecie człowiek poprzez gwałtowne przyspieszenie rozwoju nauki i technologii osiągnął niezliczone możliwości przekształcania środowiska na nieprzewidywalną skalę. Środowisko, zarówno naturalne, jak i stworzone przez człowieka jest kluczowe dla jego dobrostanu i korzystania z podstawowych praw człowieka na czele z prawem do życia”³³. W latach 70. XX w. konieczność szybkich i skutecznych działań na rzecz ochrony środowiska nie wymagała już uzasadnienia³⁴. Jednak ani zacytowana powyżej historyczna Deklaracja sztokholmska z 1972 r., ani też późniejsza Deklaracja z Rio

²⁹ Draft convention on the right to development, Human Rights Council, Working Group on the Right to Development, 4–8 May 2020, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/Session21/3_A_HRC_WG.2_21_2_AdvanceEditedVersion.pdf [dostęp 1.12.2021].

³⁰ *Ibidem*, art. 4.

³¹ Na temat pojęcia i kategorii praw człowieka zob.: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 426 i n.

³² Draft convention on the right to development, art. 3, pkt e.

³³ Stockholm Declaration on the Human Environment, Report of the UN Conference on the Human Environment, UN Doc.A/CONF.48/14, at 2 and Corr.1 (1972), preambuła, pkt 1.

³⁴ K. Wolfke, *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska (Tworzenie i egzekwowanie)*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1979, s. 5 i n.

z 1992 r.³⁵ nie wzbogaciły jeszcze w owym czasie prawa międzynarodowego o jednoznaczne prawo człowieka do czystego środowiska (*environmental human right*)³⁶. Zarówno na konferencji w Sztokholmie³⁷, jak i późniejszej – w Rio de Janeiro – zabrakło politycznego konsensusu odnośnie do treści i normatywnego kształtu tego prawa. Do języka prawa międzynarodowego wprowadzono jedynie jego swoistą peryfrazę (omówienie): „Każdy człowiek ma prawo do życia w środowisku odpowiednim dla swojego zdrowia i dobrego samopoczucia”³⁸, którą później powielano w kolejnych dokumentach programowych. Żaden z traktatów międzynarodowych aż do czasu przyjęcia Konwencji z Aarhus³⁹ nie zadeklarował wprost materialnego prawa do życia w czystym środowisku ani konkretnych instrumentów procesowych, które miałyby służyć jego ochronie. W ten sposób zaliczono prawo do życia w czystym środowisku do praw człowieka 3. generacji i jako takie przez długie lata uznawano za nieegzekwowalne.

Trybunały praw człowieka, *ex definitione* stojące na straży interesów prywatnych, konsekwentnie odmawiające swej właściwości w obronie interesu publicznego (*actio popularis*)⁴⁰, niejako incydentalnie wypracowały ramy proceduralne prawa człowieka do życia w czystym środowisku (*knock-on effect*). Europejski Trybunał Praw Człowieka dotychczas rozstrzygnął blisko 300 spraw dotyczących szkód środowiskowych skutkujących naruszeniem prawa do życia, zdrowia, prywatności i życia rodzinnego⁴¹. W ten sposób orzecznictwo ETPC pośrednio zagwarantowało realizację prawa do życia w czystym środowisku. Zgodnie ze swoim antropocentrycznym i utylitarnym podejściem trybunał dotychczas konsekwentnie odmawiał ochrony

³⁵ Rio Declaration on Environment and Development, Report of the UN Conference on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26, Vol. I, 12.08.1992, Annex I.

³⁶ G. Handl, *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992*, UN Audiovisual Library of International Law 2012, s. 3, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf [dostęp 15.02.2022].

³⁷ 5-16.06.1972 r., tzw. I Szczyt Ziemi, zapoczątkowała cykl konferencji poświęconych sprawom środowiska i zrównoważonego rozwoju. Kolejna z nich odbyła się w Rio de Janeiro w dniach 3-14 czerwca 1992 r.

³⁸ Por. Zasada nr 1 Deklaracji sztokholmskiej, Deklaracji z Rio oraz Rezolucji ZO ONZ nr 45/94 „O potrzebie zapewnienia zdrowego środowiska dla pomyślności jednostek”, z 14.12.1990, i kolejnych dokumentów programowych ONZ.

³⁹ Konwencja o dostępie do informacji, udziale społeczeństwa w podejmowaniu decyzji oraz dostępie do sprawiedliwości w sprawach dotyczących środowiska, Aarhus, 25.06.1998 r, Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 76, preambuła: „Państwa strony uznają (c), że każda osoba ma prawo do życia w środowisku odpowiednim dla jej zdrowia i pomyślności”.

⁴⁰ Przykładowo ETPC w sprawach: *Perez vs. France* [GC], no. 47287/99, § 70, CEDH 2004-I; *Di Sarno and Others vs. Italy*, no. 30765/08, § 80, 10.01.2012; *Cordella and Others vs. Italy*, no. 54414/13, § 100, 24.01.2019.

⁴¹ *Environment and the European Convention on Human Rights*, European Court of Human Rights, https://www.echr.coe.int/documents/fs_environment_eng.pdf [dostęp 1.02.2022]; N. Kobylarz, *The European Court of Human Rights, an Underrated Forum for Environmental Litigation*, [w:] H.T. Anker, B.E. Olsen (ed.), *Sustainable Management of Natural Resources, Legal Instruments and Approaches*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018, s. 99-118.

samemu środowisku w interesie publicznym⁴². Jednocześnie ETPC – konserwatywny na swoim własnym forum – generalnie nie szczędził poparcia dla rozwoju instrumentów proceduralnych służących ochronie środowiska na gruncie Konwencji z Aarhus⁴³, w której skodyfikowano prawo dostępu do informacji o środowisku i jego ochronie, prawo udziału w sprawach ochrony środowiska oraz prawo dostępu do wymiaru sprawiedliwości⁴⁴. W ten sposób stopniowo wykształcił się także unijny standard dostępu jednostek do wymiaru sprawiedliwości w dziedzinie środowiska⁴⁵. Dzięki aktywności podmiotów indywidualnych, również przed sądami krajowymi, prawo to intensywnie ewoluuje i staje się coraz bardziej rzeczywiste, dla wielu prawników wręcz podmiotowe⁴⁶.

Z czasem ETPC w swoich decyzjach zaczął dostrzegać relację pomiędzy prawami człowieka a jego środowiskiem życia, która stawała się coraz bardziej oczywista. Stosując prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego zgodnie z art. 8 Konwencji, trybunał rozstrzygnął szereg spraw dotyczących zanieczyszczenia powietrza oraz innych form degradacji środowiska. Ostatecznie okazało się, że „poszanowanie domu” w rozumieniu tego przepisu odnosi się nie tylko ściśle do naszego mieszkania, ale także do otoczenia, w którym żyjemy. W ostatnich latach orzecznictwo trybunałów praw człowieka ilustruje ewolucję ich spojrzenia na te prawa – od antropocentrycznego do ekocentrycznego⁴⁷. Pierwsze skupione było na samej istocie ludzkiej (gr. *άνθρωπος*), a drugie na jej domu i jego dalszym otoczeniu (gr. *οίκος, οικοκεντρικός*). W bliskiej perspektywie rozwoju praw człowieka podejście ekocentryczne prowadzi do ochrony naszego domu rozumianego jako nasze wspólne

⁴² “Neither Article 8 nor any of the other articles of the Convention are specifically designed to provide general protection of the environment as such”, *Kyrtatos vs. Greece* 2003, pkt 52; “the applicant cannot complain as a representative for people in general, because the Convention does not permit such an *actio popularis*. The Court is only required to examine the applicant’s complaints that he himself was the victim of violation”, *Jensen and Rasmussen vs. Denmark* 2003, pkt 15.

⁴³ Por.: “Aarhus Convention is a suitable instrument for extending conditions for access to the courts in connection with environmental legislation and access to information. [...] Developing public access to information held by the public authorities, in particular by providing for transparent and accessible dissemination of basic information. Promoting public participation in decision-making concerning issues with an environmental impact”, *Taskin and Others vs. Turkey* 2006, para. 99.

⁴⁴ B. Iwańska, *Zróżnicowanie i ograniczenia w dostępie do wymiaru sprawiedliwości w sprawach ochrony środowiska. Uwagi na tle implementacji konwencji z Aarhus w prawie unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 10, s. 5.

⁴⁵ M. Baran, *Dostęp do wymiaru sprawiedliwości w obszarze ochrony środowiska w państwach członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 11, s. 15.

⁴⁶ Por. Pismo procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich RP Adama Bodnara, *Prawo do (korzystania ze) środowiska jako dobro osobiste i jego naruszenie*, V.7200.17.2018.ŁK, III Ca 1548/18: „we współczesnym, niezbyt licznym, co trzeba przyznać, orzecznictwie, istnienie dobra osobistego w postaci prawa do środowiska jest akceptowane. Owo osobiste prawo podmiotowe bywa różnie nazywane: prawem do korzystania z (nieskażonego) środowiska, prawem do życia w czystym środowisku. Treść jego jest jednak w każdym przypadku tożsama – stanowi ochronę przed ingerującymi w środowisko życia konkretnej osoby bezprawnymi działaniami (zaniechaniami) innego podmiotu”; oraz orzecznictwo krajowe tam cytowane; por. uchwała SN z 28 maja 2021 r., III CZP 27/20.

⁴⁷ Council of Europe, “*Human Rights for the Planet*”, Proceedings of the High-level International Conference on Human Rights and Environmental Protection, Strasbourg, 5 October 2020, s. 17-37.

środowisko i nasza planeta. To oznacza dla sądów i trybunałów praw człowieka konieczność uwzględniania w coraz szerszym zakresie interesu ogólnego ochrony środowiska, także w trakcie rozstrzygania spraw indywidualnych.

Jeszcze dekadę temu wyrażenie „prawa człowieka dla planety” wydawałoby się wewnętrznie sprzeczne i awangardowe, tymczasem w 2020 r. Rada Europy nazwała tak jedną z dwóch historycznych konferencji, których przedmiotem były debaty na temat konieczności włączenia prawa do życia w czystym środowisku do europejskiego systemu praw człowieka. Należy się spodziewać, że ustalenia tych konferencji wpłyną na zmianę dość konserwatywnej linii orzeczniczej ETPC w kwestii ochrony środowiska⁴⁸. Pokłosiem tych debat była także rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego RE z 29 września 2021 r. w sprawie: „Potrzeby podjęcia wzmożonych działań przez Radę Europy w celu zakotwiczenia prawa do życia w czystym środowisku” w europejskim systemie ochrony praw człowieka. Podkreślono tam, że od czasu deklaracji sztokholmskiej podejście do tego prawa znacząco ewoluowało – połowa państw na świecie, w tym 32 państwa Rady Europy, uznała materialne prawo do życia w czystym środowisku w swoich konstytucjach. Prawo to jest obecnie wprost regulowane w większości systemów regionalnych, z wyjątkiem europejskiego⁴⁹. Ta ostatnia rezolucja ożywiła także dyskusję wokół nowego protokołu dodatkowego do EKPC w sprawie prawa do życia w czystym środowisku: „Zgromadzenie Parlamentarne zauważa, że konwencja nie odnosi się w sposób wyraźny do ochrony środowiska i w związku z tym Trybunał nie może efektywnie chronić praw człowieka nowej generacji. Już w 2009 r. w rekomendacji na temat przygotowania protokołu dodatkowego do EKPCz w sprawie prawa do czystego środowiska⁵⁰ Zgromadzenie Parlamentarne wezwało do działania Komitet Ministrów, niestety nieskutecznie”⁵¹. Wyraźne uregulowanie prawa do życia w czystym środowisku w systemie praw człowieka Rady Europy stanowiłoby także bodziec dla wzmocnienia ochrony krajowej, poszkodowanym wskazałoby określone środki zaradcze i wreszcie obecny system reagowania ETPC nabrałby bardziej prewencyjnego charakteru⁵².

1.3. Międzypokoleniowa i wewnątrzpokoleniowa równość

Współcześnie jesteśmy świadkami kształtowania się IV generacji praw człowieka – generacji praw i zobowiązań wobec społeczeństw przyszłości. Społeczność jako całość i każda indywidualna jednostka musi przekazać zdrowe i tętniące życiem środowisko przyszłym pokoleniom. Na tym po prostu polega międzypokoleniowa

⁴⁸ 27.02.2020, <https://www.coe.int/en/web/human-rights-rule-of-law/human-rights-and-the-environment> oraz 5.10.2020, <https://www.coe.int/en/web/portal/human-rights-for-the-planet> [dostęp 1.12.2021].

⁴⁹ Resolution 2396 (2021), *Anchoring the right to a healthy environment: need for enhanced action by the Council of Europe*, 29.09.2021, pkt 3.

⁵⁰ Recommendation 1885 (2009), *Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment*, 30.09.2009.

⁵¹ Resolution 2396 (2021), pkt 5.

⁵² *Ibidem*, pkt 7-8.

solidarność⁵³. Jednocześnie „istnieją dwie relacje, które muszą kształtować każdą teorię międzypokoleniowej sprawiedliwości w kontekście naszego środowiska naturalnego: nasza relacja do innych pokoleń naszego własnego gatunku i nasza relacja do całego systemu, którego jesteśmy częścią”⁵⁴. To etyczne i filozoficzne zobowiązanie do solidarności między współczesnymi sobie i przyszłymi pokoleniami opiera się na założeniu, że my obecnie mamy Ziemię powierzoną, by z niej czerpać i jednocześnie sprawować nad nią pieczę na rzecz i dla przyszłych pokoleń. Powinniśmy z zasobów przekazanych nam przez naszych poprzedników korzystać dobrze i mądrze, tak aby ich nie umniejszyć i umożliwić kolejnym pokoleniom zaspokajanie swoich potrzeb z zasobów Ziemi, w takim samym stopniu, jak my to robiliśmy⁵⁵. Takie rozumienie, w szczególności międzypokoleniowej równości (*intergenerational equity*), opiera się na anglosaskim pierwowzorze tej zasady. Profesor Edith Brown Weiss, która dedykowała swoje wieloletnie badania doprecyzowaniu i upowszechnieniu tej zasady w prawie międzynarodowym, podkreślała, że opiera się ona na umowie powiernictwa⁵⁶, międzypokoleniowym partnerstwie i teorii dystrybtywnej sprawiedliwości filozofa Johna Rawlsa⁵⁷. Wskazała ona, że korzystanie z zasobów naturalnych Ziemi staje się przyczyną międzypokoleniowego konfliktu na gruncie zasad sprawiedliwości (*equity*) w trzech płaszczyznach: po pierwsze, przyszłe pokolenia otrzymają uszczuplone zasoby środowiska, po drugie, gorszej jakości, i wreszcie – ograniczona będzie także ich dostępność, co może oznaczać dyskryminację tych pokoleń w porównaniu z ich poprzednikami⁵⁸. Wielkim orędownikiem międzypokoleniowej równości był sędzia Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości Christopher Weeramantry. W swojej opinii odrębnej do wyroku MTS w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros* uznał on anglosaską zasadę powiernictwa zasobów naturalnych (*the principle of trusteeship of Earth resources*) za pierwszą zasadę nowożytnego prawa ochrony

⁵³ *An additional protocol to the ECHR as a debt owed to future generations*, Report Committee on the Environment, Agriculture and Local and Regional Affairs, José Mendes Bota, http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/20090909_Doc12003E.pdf [dostęp 15.04.2021].

⁵⁴ E. Brown Weiss, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, "American Journal of International Law" 1990, vol. 84, s. 199; tak też: M. Fitzmaurice, *Some Reflections on Legal and Philosophical Foundations of International Environmental Law*, "Polish Yearbook of International Law" 2012, vol. 32, s. 11.

⁵⁵ E.B. Weiss, *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, "Ecology Law Quarterly" 1984, vol. 11, no. 4; *eadem*, *The Future of the Planetary Trust in a Kaleidoscopic World*, "Environmental Policy and Law" 2020, vol. 50, no. 6.

⁵⁶ „Powiernictwo” w doktrynie prawa *common law* jest stosunkiem prawnym pomiędzy właścicielem na mocy zasad słuszności (*equitable ownership in property*) oraz drugą osobą, która ma tytuł prawny do tej własności (*legal ownership*), por. P. Stec, *O anglosaskim i kontynentalnym rozumieniu powiernictwa*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, vol. I, s. 12-13.

⁵⁷ G. Klosko, *Political Constructivism in Rawl's Political Liberalism*, "The American Political Science Review" 1997, vol. 91, no. 3, s. 635-646; tak też: M. Fitzmaurice, *Some Reflections...*, s. 19-22; A. Sikora, *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU law*, Europa Law Publishing, Zutphen 2020, s. 177.

⁵⁸ E. Brown Weiss, *Our Rights and Obligations...*, s. 198 i n.

środowiska⁵⁹. Jej wykładnia, skorelowana znaczeniowo z koncepcją zaufania publicznego (*public trust doctrine*), pozostaje aktualna od starożytności. Doktryna zaufania publicznego, szczególnie popularna w państwach systemu *common law*, opiera się na założeniu, że tytuł prawny do zasobów środowiska naturalnego ma administracja państwowa (*legal title*), natomiast prawowitym właścicielem, na zasadach słuszności (*equitable title*), jest społeczeństwo, w którego najlepszym interesie państwo jako powiernik jest zobowiązane tą własnością zarządzać. Nieco inny rodowód, chociaż też oparty na zasadach równości i solidarności, ma wewnątrzpokoleniowa równość (*intergenerational equity*) – odnosi się ona z kolei do relacji między państwami rozwiniętymi i rozwijającymi się, pomiędzy umownym Południem i Północą wraz ze wszystkimi kontrowersjami wynikającymi z ich postkolonialnego dziedzictwa oraz brakiem równości ekonomicznej i politycznej pomiędzy tymi państwami na arenie międzynarodowej⁶⁰. Zasada wewnątrzpokoleniowej równości treściowo jest tożsama z zasadą wspólnej, ale zróżnicowanej odpowiedzialności za stan środowiska na Ziemi (*common but differentiated responsibilities*) wyrażonej w Deklaracji z Rio⁶¹.

Dążenie do ustalenia normatywnego charakteru tych zasad w ograniczonych ramach niniejszej pracy byłoby zamysłem karkołomnym, zważywszy na wysiłki doktryny podejmowane od lat 40. XX w. w tym zakresie i jak dotychczas brak spójnych rezultatów. W języku prawa międzynarodowego są one określane jako: pojęcia (*concepts*), instrumenty prawne (*legal elements*) raczej niż samodzielne zasady prawa, czy też zasady prawa międzynarodowego. Wewnątrzpokoleniowa i międzypokoleniowa równość traktowane są jako elementy konstrukcyjne szerzej rozumianej zasady solidarności – jako zasady konstytucyjnej unijnego prawa ochrony środowiska⁶². Stanowią też tzw. społeczny filar zrównoważonego rozwoju.

Istnieje spory dorobek traktatowy oraz dokumentów programowych, które poczynając od lat powojennych XX w., uwzględniają te zasady⁶³. Trzeba też zauważyć

⁵⁹ Separate Opinion of vice-president Weeramantry w sp. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-03-EN.pdf> [dostęp 15.04.2021], s. 105; zob. też: Advisory Opinion of 8 July 1996, I.C.J. Reports 1996, s. 16, § 29: „środowisko nie jest jakąś abstrakcją, lecz stanowi przestrzeń życiową oraz decyduje o jakości życia i zdrowia istot ludzkich, w tym przyszłych pokoleń. Ogólny obowiązek zagwarantowania, iż działania podejmowane przez państwa w ramach ich jurysdykcji i kontroli przebiegają z poszanowaniem środowiska innych państw oraz obszarów nie podlegających kontroli państwowej, jest obecnie częścią całokształtu prawa międzynarodowego dotyczącego środowiska” [wyróżnienie – J.B.-N.].

⁶⁰ M. Fitzmaurice, *Some Reflections...*, s. 10.

⁶¹ Zasada 7: „Państwa powinny współpracować w duchu ogólnoświatowego partnerstwa w celu zachowania i ochrony ekosystemu Ziemi oraz przywracania jego zdrowia i integralności. Ze względu na różny udział w zniszczeniu środowiska naturalnego na Ziemi, państwa ponoszą za jego stan wspólną, ale zróżnicowaną odpowiedzialność. Państwa rozwinięte potwierdzają swoją odpowiedzialność, którą ponoszą w międzynarodowym dążeniu do osiągnięcia trwałego i zrównoważonego rozwoju ze względu na wagę, jaką ich społeczeństwa przykładają do stanu środowiska oraz ze względu na możliwości technologiczne i środki finansowe, którymi dysponują” [wyróżnienie – J.B.-N.].

⁶² Por. A. Sikora, *Constitutionalisation...*, s. 164 i 181 oraz literatura tam cytowana.

⁶³ International Convention for the Regulating of Whaling, 2.12.1946, UNTS, vol. 161, s. 72; Bonn Convention on the Conservation of Migratory Species of Wild Animals 1979, UNTS, vol. 1651, s. 333; Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora 1973, UNTS,

odwołania do praw przyszłych pokoleń, które występują w licznych konstytucjach krajowych⁶⁴, także w polskiej⁶⁵. W świetle niniejszych rozważań na temat praw człowieka nasuwa się jednak pytanie o normatywną kompletność, a przez to skuteczność przywołanych powyżej zasad przed sądami krajowymi, czy też międzynarodowymi. Innymi słowy: czy te przyszłe pokolenia doczekają się już tu i teraz należytej reprezentacji w sporach sądowych? Jedną ze spraw, w których koncepcja międzypokoleniowej sprawiedliwości została skutecznie powołana wraz z prawem do życia w czystym środowisku na podstawie konstytucji Filipin, była sprawa *Minors Oposa*⁶⁶ z 1993 r. W sporze z Departamentem Środowiska i Zasobów Naturalnych małoletni skarżący wystąpili w imieniu własnym i przyszłych pokoleń przeciwko deforestacji, domagając się unieważnienia długoterminowych licencji na wycinkę drzew. W skardze obok konstytucyjnego prawa do życia w czystym środowisku przywołali zasadę powiernictwa zasobów naturalnych na rzecz obecnych i przyszłych pokoleń. Sąd Najwyższy Filipin ostatecznie przyznał skarżącym *locus standi* na podstawie właśnie zasady międzypokoleniowej sprawiedliwości, chociaż nie zabrakło zdań odrębnych do tego wyroku⁶⁷. Komentatorzy orzecznictwa krajowego implementującego bądź odrzucającego zasadę międzypokoleniowej sprawiedliwości⁶⁸ zwracają jednak uwagę na jej ograniczony walor praktyczny w dążeniu do uzyskania *locus standi* w sprawach środowiskowych, gdyż zwykle w sprawach tych w pierwszej kolejności chodzi o wykazanie interesu realnych poszkodowanych, a dopiero później *in abstracto* ich następców⁶⁹.

2. Zrównoważony rozwój jako synteza treści prawa do życia w czystym środowisku i rozwoju – na rzecz obecnych i przyszłych pokoleń

Koncepcyjnym pomostem pomiędzy prawem do społecznego i gospodarczego rozwoju obecnych i przyszłych pokoleń a ich prawem do życia w czystym środowisku jest zrównoważony rozwój. Te trzy prawa i zarazem wartości w myśl prawa międzynarodowego powinny w państwach być interpretowane jako zgodne i w procesie wykładni ewoluować w kierunku coraz większej zbieżności. Niezależnie jednak

vol. 993, s. 243; Convention on Migratory Species of Wild Animals 1979, UNTS, vol. 1651, s. 333; Zasada 2, Stockholm Declaration on Human Environment; Zasada 3, Rio Declaration on Environment and Development 1992.

⁶⁴ Por.: J.Ch. Tremmel, *Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*, [w:] *idem* (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2006; zob. Preambuły do Konstytucji Szwajcarii, Estonii, Argentyny, RPA, Niemiec.

⁶⁵ „Nawiązując do najlepszych tradycji Pierwszej i Drugiej Rzeczypospolitej, zobowiązani, by przekazać przyszłym pokoleniom wszystko, co cenne z ponad tysiącletniego dorobku”, Preambuła do Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

⁶⁶ *Minors Oposa vs. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources (DENR)*, Supreme Court of the Philippines, 30 July 1993, 33 ILM (1994), s. 173.

⁶⁷ Zob. komentarz do tego orzeczenia: M. Fitzmaurice, *Some Reflections...*, s. 101.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 101-107 oraz literatura tam cytowana.

⁶⁹ D.B. Gatmayan, *Illusion of Intergenerational Equity: Oposa v. Factoran as Pyrrhic Victory*, „Georgetown International Environmental Law Review” 2003, vol. 15 (459).

od tego, jak skutecznie dane państwo implementuje zasady zrównoważonego rozwoju, intencją prawa międzynarodowego jest te prawa balansować i równoważyć dla dobra obecnych i przyszłych pokoleń.

Od czasu konferencji w Johannesburgu w 2002 r. trójfilarowa koncepcja zrównoważonego rozwoju stała się w prawie międzynarodowym wręcz symboliczna: „My, przedstawiciele ludów tego świata [...] przyjmujemy na siebie zbiorową odpowiedzialność, by rozwijać i wspólnie wzmacniać podstawy zrównoważonego rozwoju: rozwoju ekonomicznego, społecznego, ochrony środowiska, na poziomie lokalnym, państwowym, regionów i globalnym”⁷⁰. Choć geneza terminu zrównoważony rozwój sięga znacznie dalej niż tylko do początku XIX w., jak przyjmuje się w Europie⁷¹, czy też do lat 70. XX w., kiedy to zrównoważony rozwój stał się przedmiotem zainteresowania prawa międzynarodowego. Zintegrowane podejście do gospodarowania, dbałości o zasoby naturalne i potrzeby społeczne ma swoje starożytne korzenie⁷². W prawie międzynarodowym rozwój koncepcji zrównoważonego rozwoju towarzyszył wykształcaniu się międzynarodowego prawa ochrony środowiska w ogóle, którego symbolicznym początkiem była Konferencja sztokholmska z 1972 r. Koncepcja zrównoważonego rozwoju stała się następnie myślą przewodnią Deklaracji z Rio w sprawie środowiska i rozwoju z 1992 r.⁷³ Deklaracja ta wywarła ogromny wpływ na kształtowanie się zwyczaju międzynarodowego i późniejszych uregulowań traktatowych dotyczących zrównoważonego rozwoju.

Zrównoważony rozwój jest szczególnym zjawiskiem prawa międzynarodowego. Jego normatywna postać nie została dotychczas jednoznacznie określona ani w przepisach prawa, ani też w wypowiedziach jurysprudencji i doktryny. W języku prawniczym panuje duża dowolność odnośnie do terminów służących jego charakterystyce. Posługujemy się „pojęciem zrównoważonego rozwoju” (*sustainable*

⁷⁰ Johannesburg Declaration on Sustainable Development, Report of the World Summit on Sustainable Development, Johannesburg, South Africa, 26 August–4 September 2002, UN publication, Sales No. E.03.II.A.1 and corrigendum, chap. I, res. 1, annex, pkt 5.

⁷¹ Na początku XIX w. zrównoważony rozwój w Europie był kojarzony z dobrymi praktykami leśnymi. Zasada, że wolno ścinać tyle drzew, ile może odrosnąć, aby nie zabrakło drewna dla potomnych, a jego dostępność trwale się nie zmniejszała, miała swoich zwolenników wśród naukowców w Niemczech, Austro-Węgrzech, Szwajcarii, Francji, Rosji, Skandynawii i Wielkiej Brytanii, a także w ich koloniach. Niemiecki inżynier i badacz lasów Hans Carl von Carlowitz dla określenia tego procesu użył niemieckiego terminu: *Nachhaltigkeit*. Dyrektor Francuskiej Akademii Leśnej Adolphe Parade przetłumaczył w 1837 r. *Nachhaltigkeit* na *production soutenu*. Francuskie słowo *soutenu* ma łacińskie korzenie *sustinere* (zachowywać). Wszystkie te znaczenia obejmuje angielskie słowo: *sustainable* (podtrzymywany, zrównoważony); zob. H.C. von Carlowitz, *Sylvicultura oeconomica, oder haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht* (ang.: *Sylvicultura oeconomica or the instructions for wild tree cultivation*), Braun, Leipzig 1713; H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne: fundamenty współczesnych państw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 287-293, rozdz. *Zobowiązania wobec pokoleń przeszłych i przyszłych*; M. Kulesza, *Zrównoważony rozwój z perspektywy historycznej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Zarządzania i Marketingu im. J. Długosza w Częstochowie” 2010, z. IV, s. 9-10.

⁷² Zrównoważone korzystanie z zasobów przyrody było praktykowane przez starożytne cywilizacje rzeczne, w Indiach, na Sri Lance, w Chinach, por. *Separate Opinion C. Weeramantry*, s. 94 i n.

⁷³ Zob. Zasady: 4, 5, 7, 8, 9, 20, 21, 22, 24 i 27 Deklaracji z Rio.

development concept)⁷⁴ albo mówimy o „zasadach zrównoważonego rozwoju” (*sustainable development principles*)⁷⁵, sugerując, że jest to swoisty konglomerat zasad prawa międzynarodowego (*sub-principles of sustainable development*). Coraz częściej pojawia się w literaturze „zasada zrównoważonego rozwoju” (*sustainable development principle*)⁷⁶, a już zupełnie nowatorskie jest ujęcie „prawa do zrównoważonego rozwoju” (*right to sustainable development*)⁷⁷. Próby zakreślenia ram proceduralnych zrównoważonego rozwoju podejmują sądy i trybunały międzynarodowe. Po raz pierwszy do zrównoważonego rozwoju odniósł się *expressis verbis* Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w decyzji w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project*⁷⁸: „Od wieków ludzkość z przyczyn ekonomicznych lub innych nieustannie ingeruje w przyrodę. W przeszłości działo się to często bez rozważania skutków tych ingerencji dla środowiska. Rozwój nauki i wzrastająca świadomość ryzyka, jakie niesie za sobą dla obecnych i przyszłych pokoleń nieustanne i z niesłabnącą siłą ingerowanie w przyrodę przyczyniły się do powstania w ciągu ostatnich dwóch dekad nowych norm i standardów wyrażonych w ogromnej liczbie instrumentów prawnych. Te nowe normy i nowe standardy należy wziąć pod rozwagę, nie tylko kiedy państwa podejmują nowe aktywności, ale także w odniesieniu do przedsięwzięć podjętych w przeszłości. Tę potrzebę pogodzenia rozwoju gospodarczego z ochroną środowiska trafnie

⁷⁴ S.R.W. van. Hees, *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept*, „Utrecht Law Review” 2014, vol. 10, no. 2; M. Kenig-Witkowska, *The Concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law*, „Journal of Comparative Urban Law and Policy” 2017, vol. 1, no. 1.

⁷⁵ M.-C. Cordonier Segger, C.G. Weeramantry (eds.), *Sustainable Development Principles in the decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*, Routledge, New York 2017, s. 35; M.-C. Cordonier Segger, M. Szabo, A. Harrington (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation: Advancing Future Generations Rights through National Institutions (Treaty Implementation for Sustainable Development)*, Cambridge University Press, Cambridge 2021; M.-C. Cordonier Segger, A. Khalfan, *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford University Press, Oxford 2011; S. Dresner, *Principles of Sustainability*, Routledge, London 2008; S. Fulton, A. Benjamin, *Foundation of Sustainability*, „The Environmental Forum” 2011, vol. 28, no. 6, s. 32; L.A. Avilés, *Sustainable Development and the Legal Protection of the Environment in Europe*, „Sustainable Development Law & Policy” 2012, vol. 12, no. 3, s. 30.

⁷⁶ M. Humphreys, *Sustainable development in the European Union. A general principle*, Routledge, London-New York 2020; C. Voigt, *Sustainable Development as a General Principle of Law*, [w:] *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Brill | Nijhoff 2009.

⁷⁷ C. Shall, *Public interest litigation concerning environmental matters before human rights courts: A promising future concept*, „Journal of Environmental Law” 2008, vol. 20, no. 3; J. Bazylińska-Nagler, *Right to clean environment – a warrant of sustainable development?*, „Ekonomia – Wrocław Economic Review” 2018, t. 24, nr 3, s. 4.

⁷⁸ Wyrok MTS z 25 września 1997 r. w sprawie *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary vs. Slovakia)*, I.C.J. Reports 1997, s. 7, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf> [dostęp 15.04.2021]. Spór pomiędzy Węgrami a Słowacją dotyczył jednostronnego zerwania przez Węgry umowy z 1977 r. o budowę dużego kompleksu hydroenergetycznego Gabčíkovo-Nagymaros. Samodzielne ukończenie przez Słowację tej inwestycji doprowadziło do zmiany biegu granicy między państwami, którą wyznaczał główny nurt rzeki, oraz do skierowania większości przepływu wody do kanału bocznego, co miało poważne skutki ekologiczne w dolinie rzeki. Trybunał, który orzekał na wniosek Węgier w 1997 r., przyznał Słowacji prawo budowania zapory samodzielnie, ale bez prawa ograniczania ilości wody spływającej do Węgier.

wyraża pojęcie zrównoważonego rozwoju [wyróżnienie – J.B.-N.]. Dla potrzeb rozpatrywanej tutaj sprawy oznacza to, że Strony powinny wspólnie, na nowo przeanalizować skutki środowiskowe projektu elektrowni wodnej *Gabčíkovo-Nagymaros*. W szczególności powinny znaleźć zadowalające rozwiązanie w odniesieniu do ilości wody, która powinna płynąć starym korytem Dunaju i dopływami tej rzeki po obydwu jej stronach”⁷⁹.

Wbrew oczekiwaniom przedstawicieli jurysprudencji i doktryny MTS nie zajął jednoznacznego stanowiska odnośnie do charakteru normatywnego zrównoważonego rozwoju. Komentatorzy podkreślali co prawda, że Trybunał użył zrównoważonego rozwoju jako zasady prawa do kontroli spornej umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy Węgrami a Czechosłowacją, jednak jest to wciąż zagadnienie dyskusyjne⁸⁰. Trybunał wskazał na szereg zasad, norm międzynarodowego prawa ochrony środowiska, których przestrzeganie warunkuje zrównoważony rozwój. Są to: zasada ostrożności, odpowiedzialności odszkodowawczej, estoppelu, a także obowiązek dokonywania ciągłej oceny wpływu (umowy międzynarodowej) na środowisko⁸¹. Z tego powodu sędzia C. Weeramantry przygotował opinię odrębną do tego orzeczenia, w której przedstawił zrównoważony rozwój jako indywidualną, samodzielną zasadę prawa międzynarodowego ochrony środowiska. Zasada ta w swej treści, zdaniem sędziego Weeramantry’ego jest właśnie syntezą: prawa do rozwoju i prawa do ochrony środowiska⁸², które powinny być traktowane jako współzależne i konwergentne.

Podsumowanie

Zrównoważony rozwój, na poziomie definicyjnym, jawi się jako koncepcja – narzędzie, które ma służyć balansowaniu prawa do rozwoju z prawem do życia w czystym środowisku⁸³.

Wskazywanie na silne treściowe związki zrównoważonego rozwoju z tymi prawami oraz z wewnątrzpokoleniową i międzypokoleniową równością sprzyja jego normatywizacji jako zasady prawa i w konsekwencji jej upowszechnieniu w ochronie sądowej. Nie ulega też wątpliwości, że zrównoważony rozwój jest częścią współczesnego prawa międzynarodowego nie tylko dlatego, że wynika to z logicznej konieczności wyważania skutków dążenia do rozwoju i wymogów ochrony środowiska, ale przede wszystkim dlatego, że jest powszechnie uznawany przez międzynarodową społeczność, bo domaga się tego jej poczucie sprawiedliwości, uczciwości oraz

⁷⁹ Sp. *Gabčíkovo-Nagymaros*, pkt 140.

⁸⁰ J. Bazylińska-Nagler, *Right to clean environment...*, s. 4 oraz literatura tam cytowana.

⁸¹ C. Cepelka, *The Dispute over the Gabčíkovo-Nagymaros Systems of Locks is Drawing to a Close*, “Polish Yearbook of International Law” 1993, vol. 20, s. 63-74.

⁸² Separate Opinion C. Weeramantry..., s. 85, 91.

⁸³ F. Sands, *Principles...*, s. 206 i n.

różnorodne aspekty moralności⁸⁴. Zrównoważony rozwój opiera się na międzyludzkiej solidarności. To etyczne i filozoficzne zobowiązanie ogranicza naturalną skłonność człowieka do wykorzystywania jego chwilowej kontroli nad zasobami przyrody dla własnych korzyści, bez refleksji w odniesieniu do tego, co pozostawimy po sobie naszym następcom. Zasada ta odgrywa istotną rolę w rozwiązywaniu sporów międzynarodowych, a jej elementy składowe wywodzą się z kluczowych obszarów regulacji prawa międzynarodowego, takich jak: prawa człowieka, odpowiedzialność państwa, ochrona środowiska, prawo gospodarcze i przemysłowe, anglosaskie zasady sprawiedliwości (*equity*), suwerenność terytorialna, nadużycie prawa, czy dobre sąsiedztwo. Zrównoważony rozwój został wprost włączony do licznych, ważnych umów międzynarodowych, które w zakresie swej regulacji nadały mu wiążący charakter. Stanowi także niezbędną zasadę znoszącą napięcia pomiędzy dwoma ważnymi prawami człowieka, potwierdzając, że w prawie międzynarodowym jest miejsce na rozwój i na ochronę środowiska oraz że potrzeby te muszą pozostawać w równowadze.

⁸⁴ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Aletheia, Warszawa 1998, s. 56.

Czy art. 9 Konstytucji RP jest sprzeczny z Konstytucją?

1. Wprowadzenie

Szerokie zainteresowania naukowe Krzysztofa Wójtowicza, obejmujące prawo konstytucyjne, prawo Unii Europejskiej oraz – w mniejszym stopniu – prawo międzynarodowe publiczne, uzasadniają podjęcie próby innego, nietypowego spojrzenia na zagadnienie stosunku między prawem międzynarodowym a prawem krajowym na gruncie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r.¹ Dodatkowym bodźcem dla niniejszego komentarza jest działalność orzecznicza „Trybunału Konstytucyjnego”, która wniosła oryginalny, można rzec niezwykle wkład do polskiej i międzynarodowej myśli prawniczej.

W świetle wydarzeń ostatnich kilku lat można odnieść wrażenie, że najważniejszym przepisem Konstytucji jest art. 8, a zwłaszcza jego ust. 1. Stanowi on, że Konstytucja jest najwyższym prawem w Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym cały polski system prawny powinien być podporządkowany Konstytucji. Wrażenie to wspiera jeszcze regulacja prawna określająca jurysdykcję Trybunału Konstytucyjnego. Artykuł 188 Konstytucji upoważnia trybunał do badania zgodności z tym aktem ustaw i umów międzynarodowych, a także zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi. Zdecydowanie mniejsze zainteresowanie i entuzjazm po stronie rządzących wzbudza ust. 2 art. 8, który nakazuje bezpośrednie stosowanie Konstytucji. Oznacza to, że jednostki mogą opierać swoje roszczenie odnośnie do praw sformułowanych w Konstytucji wprost na przepisach tego aktu, bez konieczności poszukiwania dla nich podstawy prawnej w ustawodawstwie niższego rzędu. Rozważania na temat przepisu art. 8 są przy tym zwykle wyjęte z kontekstu i nie uwzględniają jego celu ani roli w systemie, w szczególności w związku z art. 9.

* Dr Anna Czaplińska, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0001-8397-7412](https://orcid.org/0000-0001-8397-7412).

** Prof. dr hab. Władysław Czapliński, Instytut Nauk Prawnych PAN, ORCID: [0000-0002-1290-9225](https://orcid.org/0000-0002-1290-9225).

¹ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, dalej: Konstytucja.

2. Prawo międzynarodowe a prawo wewnętrzne z perspektywy prawa międzynarodowego

Z perspektywy prawa międzynarodowego sytuacja wygląda odmiennie. Jeszcze w okresie międzywojennym Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej (STSM) wskazał co najmniej dwukrotnie, że żadne państwo nie może powołać się na normy swojego prawa wewnętrznego, aby usprawiedliwić odmowę wykonania zobowiązań międzynarodowych. Najbardziej znane stwierdzenie w tej materii zawarte zostało w opinii doradczej w sprawie *traktowania obywateli polskich w Gdańsku*. We wrześniu 1930 r. komisarz RP w Gdańsku zwrócił się do Wysokiego Komisarza Ligi Narodów z wnioskiem o wydanie decyzji dotyczącej dyskryminacji obywateli polskich i innych osób pochodzenia lub narodowości polskiej w Gdańsku, polegającej na ograniczeniu praw językowych, edukacyjnych, majątkowych, wyboru zawodu i zatrudnienia. Działania władz gdańskich miały naruszać art. 104(5) traktatu wersalskiego oraz art. 33(1) konwencji paryskiej. Rada LN na tej podstawie poprosiła STSM o wydanie opinii doradczej, która rozstrzygnęłaby problem, czy traktowanie obywateli polskich w Gdańsku jest regulowane wyłącznie przez wspomniane normy prawa międzynarodowego (i ewentualnie inne normy, odnoszące się do statusu osób), czy też również przez konstytucję Wolnego Miasta Gdańska, co otwierałoby władzom polskim drogę do zaskarżenia praktyk dyskryminacyjnych. STSM orzekł², że przepisy konstytucji WMG mają zastosowanie jedynie w stosunkach między Gdańskiem a Ligą Narodów. Relacje między Polską a WMG podlegają prawu międzynarodowemu. Konflikty wynikające na tle stosowania konstytucji gdańskiej, będącej z perspektywy Polski konstytucją obcego państwa, są sporami międzynarodowymi objętymi przepisem art. 33 konwencji paryskiej. Żadne państwo w stosunkach z innymi państwami nie może powoływać się na własną konstytucję jako podstawę niewykonywania obowiązków wynikających z prawa międzynarodowego i właściwie przyjętych zobowiązań międzynarodowych. Dotyczy to również sprawy dyskryminacji obywateli polskich, będącej przedmiotem postępowania przed Trybunałem.

Jeszcze wcześniej, bo w maju 1925 r., rząd Rzeszy Niemieckiej wszczął postępowanie przed STSM przeciwko Polsce. Spór dotyczył przejęcia przez państwo polskie zakładów azotowych. Przejęcie polegało na zmianie wpisu w księdze wieczystej, a także na faktycznym przejęciu majątku i praw zakładów. Niemcy wnioskowały, by Trybunał uznał, że polska ustawa z 1920 r. naruszyła przepisy konwencji genewskiej z 15 maja 1922 r. w sprawie Górnego Śląska, a także niektóre przepisy traktatu wersalskiego. W ramach postępowania powstała kwestia ewentualnego wydania przez trybunał orzeczenia deklaracyjnego dotyczącego wykładni konwencji, czemu sprzeciwiła się Polska. Podniosła ona, że Trybunał nie ma kompetencji do wypowiedzania się co do wykładni polskiej ustawy z 1920 r. Trybunał podkreślił jednak, że nie jest to przeszkoda dla działania sądu. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego oraz działania STSM jako sądu międzynarodowego ustawodawstwo krajowe jest jedynie

² "Publications of the Permanent Court of International Justice" 1932, Series A/B, no. 44, s. 24.

zbiorem faktów wyrażających wolę państwa i stanowiących jego działania, w taki sam sposób jak decyzje (indywidualne) i akty administracyjne³. Trybunał nie zamierzał dokonywać abstrakcyjnej wykładni ustawy, lecz jedynie rozstrzygnąć o ewentualnej niezgodności prawa polskiego z zobowiązaniami międzynarodowymi Polski wobec Niemiec. Stwierdzenie to sformułowane zostało niejako *en passant*, pozostaje jednak potwierdzeniem, że sądy międzynarodowe podejmują swe decyzje na podstawie prawa międzynarodowego, z pominięciem prawa krajowego.

Zobowiązania sformułowane przez STSM znalazły wyraz w szeregu aktów międzynarodowoprawnych, z których wymienimy jedynie trzy. Przepis art. 2(2) Karty Narodów Zjednoczonych stanowi, że wszyscy członkowie ONZ, w celu zapewnienia sobie praw i korzyści wynikających z członkostwa, wykonywać będą w dobrej wierze zobowiązania przyjęte przez nich zgodnie z Kartą. Znaczenie tego przepisu jest dużo większe, niż mogłoby to wynikać z jego literalnego brzmienia. Dotyczy on wszystkich zobowiązań międzynarodowoprawnych, a nie tylko wynikających z Karty NZ. Świadczy o tym Deklaracja zasad prawa międzynarodowego dotyczących przyjaznych stosunków i współdziałania państw zgodnie z Kartą NZ (rezolucja Zgromadzenia Ogólnego NZ nr 2625 z 24 października 1970 r.), traktowana jako autentyczna wykładnia Karty. Jedną z zamieszczonych w niej zasad dotyczy wypełniania przez państwa (i inne podmioty prawa międzynarodowego) zobowiązań przyjętych zgodnie z Kartą, a także potwierdza obowiązek wykonywania w dobrej wierze zobowiązań opartych na powszechnie uznanych zasadach i regułach prawa międzynarodowego, jak również zobowiązań wynikających z międzynarodowych porozumień obowiązujących w myśl powszechnie uznanych zasad i reguł prawa międzynarodowego (co jest kolejnym potwierdzeniem zasady *pacta sunt servanda*).

Konwencja wiedeńska z 23 maja 1969 r. o prawie traktatów⁴, stanowiąca jeden z najważniejszych instrumentów konstytucyjnych społeczności międzynarodowej, powtarza w art. 26 zasadę *pacta sunt servanda*. Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze. Nie wydaje się konieczne uzasadnienie mocy wiążącej tej zasady, rozciągającej się niewątpliwie nie tylko na umowy międzynarodowe, ale także na inne rodzaje zobowiązań międzynarodowych (*obligationes sunt servandae*). *Ratio legis* cytowanego przepisu jest oczywiste: jeżeli *a priori* założylibyśmy możliwość odmowy wykonania zawartego zobowiązania, postawilibyśmy pod znakiem zapytania cały system prawa. Z kolei następny przepis konwencji, art. 27, powtarza formułę wynikającą wprost z przywoływanego wyżej orzecznictwa STSM. Zgodnie z nią strona umowy nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu. Reguła ta nie narusza w niczym art. 46 (który to przepis pozwala państwu na podniesienie naruszenia istotnych norm prawa krajowego jako przesłanki unieważnienia zgody tego państwa na związanie się umową).

³ Sprawa pewnych interesów niemieckich na Górnym Śląsku, "Publications of the Permanent Court of International Justice" 1926, Series A, no. 7, s. 19.

⁴ Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439, dalej: KWPT.

Możliwość unieważnienia umowy ma charakter wyjątkowy i jest obwarowana szczegółowymi warunkami. Dodajmy, że cały system konwencji wiedeńskiej jest nakierowany na zapewnienie trwałości zobowiązań traktatowych.

Odpowiednikiem zasady *pacta sunt servanda*, aczkolwiek o znacznie szerszym zakresie, w szczególności niezależnym od wzajemności po stronie innych państw członkowskich (co kwalifikuje zobowiązania z prawa unijnego jako znane w prawie międzynarodowym zobowiązania *erga omnes partes*, dotyczące zasad stosowania umów wielostronnych o charakterze zamkniętym), jest zasada lojalnej współpracy, znana także jako zasada solidarności. Jej wyrazem jest przepis art. 4(3) TFUE, który nakazuje państwom członkowskim podejmowanie wszelkich środków właściwych i koniecznych do wykonywania zobowiązań wynikających z prawa unijnego, a także ułatwienie Unii wykonywanie jej zadań oraz powstrzymanie się od wszelkich działań, które mogłyby zagrażać realizacji celów Unii.

Z takiego ukształtowania międzynarodowego porządku prawnego wynika, że obowiązkiem państwa jest zapewnienie skutecznego wywiązywania się ze zobowiązań międzynarodowych, co obejmuje również dostosowanie prawa wewnętrznego do wymogów prawa międzynarodowego. Jak wskazaliśmy wyżej, nie ma wątpliwości, że realizacja tego obowiązku jest regulowana przez prawo wewnętrzne, przede wszystkim przez prawo konstytucyjne. Regulacja powszechnego prawa międzynarodowego jest w tym zakresie mocno fragmentaryczna. Państwa przyjmują takie regulacje prawne, jakie uważają za konieczne i niezbędne. Tradycyjnie wskazuje się w literaturze dwa podstawowe modele kształtowania stosunków pomiędzy prawem międzynarodowym a prawem wewnętrznym: monistyczny i dualistyczny; w praktyce spotyka się jednak najczęściej rozwiązania mieszane, pośrednie, co prowadzi do zatarcia klasycznych wzorców⁵.

3. Prawo międzynarodowe w Konstytucji RP z 1997 r.

Konstytucja z 1997 r. również wymyka się tradycyjnemu podziałowi. Wydaje się dominować pogląd, jakoby polski system prawny opierał się na konstrukcji monistycznej, jakkolwiek regulacja konstytucyjna nie jest jednoznaczna⁶. Podobne zdanie wyraził Trybunał Konstytucyjny w wyroku w sprawie traktatu akcesyjnego (sprawa K 18/04, pkt 2-3), odwołując się przy okazji do koncepcji multicentrycznego systemu prawnego. Polega ona na tym, że w skład tego systemu wchodzi normy

⁵ Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 660 i n.

⁶ Art. 91(1) Konstytucji stanowi, że ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. O ile możliwość bezpośredniego stosowania jest cechą systemów monistycznych, o tyle wymóg wydania ustawy nawiązuje raczej do dualizmu – zwłaszcza że przepis ten nie odwołuje się do przymiotu samowykonalności norm traktatowych.

stanowione przez różnych ustawodawców, mające zróżnicowany charakter⁷. Prawo międzynarodowe nie wymaga transformacji, czyli przy wejściu do systemu prawa krajowego nie zmienia swojego charakteru. Ma to istotne znaczenie w procesie wykładni i stosowania prawa, ponieważ należy pamiętać, że KWPT ustanawia własne, szczególne reguły wykładni traktatów. Można dyskutować, w jaki sposób dokonuje się wykładni norm zawartych w innych źródłach prawa międzynarodowego, np. norm wynikających z aktów jednostronnych⁸, a zwłaszcza z prawa zwyczajowego.

Kluczowe dla ustalenia hierarchii norm w systemie prawa krajowego wydaje się sformułowanie art. 8 Konstytucji. Przepis ten nie uwzględnia jednak wspomnianej multicentryczności systemu prawnego. O ile nie jest kwestionowana pozycja nadzędności konstytucji w stosunku do innych norm prawa powszechnie obowiązującego, stanowionego przez organy państwa, o tyle wątpliwości może wzbudzać pozycja Konstytucji w odniesieniu do norm prawa międzynarodowego. Potęguje je jeszcze przepis art. 9 Konstytucji, który stwierdza, że Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego. Klauzula ta jest określana jako zasada przychylności polskiego systemu prawnego wobec prawa międzynarodowego⁹.

Oba wymienione przepisy mają charakter zasad konstytucyjnych¹⁰. Wynika to w oczywisty sposób z usytuowania obu przepisów w rozdziale 1 Konstytucji. Tym samym mają one moc hierarchicznie wyższą niż przepisy zawarte w rozdziale 3, poświęconym źródłom prawa. Nawet jeśli zasady nie są sformułowane w jednym przepisie, są niewątpliwie ze sobą powiązane. Muszą być czytane łącznie jako zasada i wyjątek od niej. Zasadą jest regulacja art. 8: podporządkowanie całego prawa stanowionego przez organy państwa konstytucji jako najwyższemu prawu. Co do zasady kompetencja prawodawcza realizowana jest w formie ustawy. Jeżeli konstytucja dopuszcza uregulowanie pewnych spraw poprzez zawarcie umowy międzynarodowej, regulacja taka będzie miała charakter wyjątkowy. Mimo to konieczne jest zagwarantowanie prawu międzynarodowemu prymatu przed prawem krajowym, i to w aspekcie zarówno *lex posterior*, jak i *lex superior*.

Warunkiem zagwarantowania pełnej skuteczności prawa międzynarodowego jest nadanie mu rangi konstytucyjnej. Nie ma przeszkód, żeby w tym kierunku interpretować art. 9 Konstytucji. Przesądziłoby to o pierwszeństwie prawa międzynarodowego, oczywiście z zastrzeżeniem, że nie wszystkie normy międzynarodoprawne

⁷ E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4, s. 3. Zob. też wyrok TK w sprawie traktatu akcesyjnego, pkt 2.2.

⁸ Zasadna wydaje się wykładnia przeprowadzana w analogii do interpretacji umów międzynarodowych. Z drugiej strony wszelako taka sugestia wydaje się niewłaściwa w przypadku np. zrzeczenia się czy przyrzeczenia.

⁹ M. Masternak-Kubiak, *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013, s. 53.

¹⁰ *Ibidem*, s. 36 oraz P. Tuleja, *Pojęcie zasady konstytucyjnej*, Acta Universitatis Wratislaviensis no. 1969, „Prawo” 1997, t. CCLVIII. K. Wójtowicz (red.), *Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w nowej konstytucji. Materiały naukowe XXXVIII Sesji Katedr Prawa Konstytucyjnego, Jamrozowa Polana 7-8 VI 1996 r.*, s. 7.

byłyby samowykonalne¹¹. W ten sposób zostanie też w pełni zrealizowane domniemanie zgodności prawa międzynarodowego z prawem krajowym, obejmujące również konstytucję, do czego wrócimy niżej. Rozwiązanie takie wyeliminuje wątpliwości dotyczące hierarchii źródeł prawa oraz stosowania innych niż umowne norm prawa międzynarodowego. W obecnym stanie prawnym konstytucja nie zawiera regulacji dotyczących źródeł innych niż umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą parlamentu, w szczególności umów zawieranych w trybie uproszczonym (nie podlegających ratyfikacji) oraz umów ratyfikowanych w trybie małej ratyfikacji.

Odrębnym zagadnieniem są regulacje dotyczące sposobu stosowania norm międzynarodowoprawnych w systemie prawnym (rozumianym jako obejmujący tak prawo krajowe, jak i prawo międzynarodowe). Nie wydaje się trafny pogląd, jakoby art. 89-91 były konkretyzacją art. 9¹². W przepisach tych ustrojodawca uregulował jedynie warunki, jakie muszą spełniać umowy międzynarodowe, aby stanowić podstawę praw i obowiązków podmiotów indywidualnych. Dodatkowo normy takie muszą mieć charakter samowykonalny, to jest spełniać pewne szczególne warunki, aby nadawały się do bezpośredniego stosowania. Kryteria samowykonalności zostały w zbliżony sposób określone przez Trybunał Konstytucyjny i Sąd Najwyższy, zbiegiem okoliczności w obu przypadkach w związku z rozstrzygnięciami w kwestii tzw. mienia zabużańskiego (wyrok TK z 19 grudnia 2002 r., 33/02; wyrok SN z 23 listopada 2003 r., I CK 323/02): przepisy zawierające daną normę muszą być ratyfikowane i ogłoszone w dzienniku promulgacyjnym, zaś sama norma musi zawierać wszystkie elementy normatywne, od których zależy rozstrzygnięcie.

W tym kontekście szczególnie istotne jest stosowanie międzynarodowego prawa zwyczajowego¹³. W pełni zgadzamy się z K. Wójtowiczem, że podstawą jego mocy obowiązującej jest zasada przychylności prawa międzynarodowego, której wyrazem jest art. 9 Konstytucji. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu w sprawie *W. Natoniewskiego*¹⁴, w którym uznał, że działania hitlerowskich sił zbrojnych w okresie II wojny światowej nie mogą być przedmiotem powództwa przeciwko państwu niemieckiemu, gdyż przysługuje mu immunitet międzynarodowoprawny. Problem jednak

¹¹ Rozstrzygnięcie w kwestii ewentualnej samowykonalności norm jest kompetencją prawa krajowego. Zob. na ten temat R. Kwiecień, *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2000, s. 136 i n.; A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 566 i n.; D.L. Sloss, *Domestic Application of Treaties*, [w:] D.B. Hollis (ed.), *Oxford Guide to Treaties*, 2nd ed., Oxford Public International Law, Oxford 2020, s. 355 i n.

¹² P. Tuleja, [w:] *idem* (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2021, s. 1. Podobnie np. I. Wrońska, *Skutek krajowy prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym na przykładzie stosowania instrumentów międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo, Białystok 2017, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/8258/1/Umi%C4%99dzynarodowienie%20krajowego%20obrotu%20prawnego%20II.%20Iwona%20Wro%C5%84ska.pdf> [dostęp 15.01.2022].

¹³ Por. zwłaszcza K. Wójtowicz, *The Position of Customary International Law in the Polish Legal System in the Light of Art.9 of the Constitution of 1997*, "Wrocław Review of Law, Administration & Economics" 2018, vol. 8, no. 2, Special Issue, s. 245.

¹⁴ Postanowienie z 29 października 2010 r., IV CSK 465/09.

w tym, że ustrojodawca *expressis verbis* przyjął, że bezpośrednio stosowane mogą być umowy ratyfikowane (bez względu na tryb ratyfikacji), a jedynie umowy ratyfikowane w trybie dużej ratyfikacji mają pierwszeństwo stosowania przed ustawami. Konstytucja nie zezwala na wywodzenie praw i obowiązków jednostek wprost z prawa zwyczajowego. Jak się wydaje, *ratio legis* tego rozwiązania polega na tym, że tylko umowy ratyfikowane dużą ratyfikacją wywierają bezpośredni skutek wobec jednostek, podczas gdy inne umowy z założenia powinny być uzupełnione przez regulację ustawową. Konstytucja milczy na temat stosowania prawa zwyczajowego, które dodatkowo wzbudza wątpliwości co do ustalenia jego treści, mocy wiążącej i wykładni. Te problemy również rozwiązuje podniesienie prawa zwyczajowego do rangi konstytucyjnej.

Doktryna polska¹⁵, a także orzecznictwo sądowe, w tym Trybunału Konstytucyjnego, są zgodne co do tego, że art. 9 pełni w systemie prawa dwojaką rolę. Z jednej strony jest on adresowany na zewnątrz, do podmiotów zagranicznych, i deklaruje wolę państwa polskiego przestrzegania prawa międzynarodowego. Z drugiej zaś jest on skierowany do podmiotów wewnętrznych, zwłaszcza stanowiących i stosujących prawo. Nakłada na nie obowiązek dostosowania prawa krajowego do prawa międzynarodowego, w miarę potrzeby poprzez odpowiednie ukształtowanie aktów prawa krajowego. Zwróćmy uwagę, że formuła art. 9 nie wyłącza z obowiązku dostosowania żadnego aktu prawa wewnętrznego, a więc obejmuje również konstytucję.

Niezbędne wydaje się wyjaśnienie, na jakiej podstawie opiera się nadrzędna pozycja konstytucji. Anegdotycznie należy traktować stwierdzenie Trybunału Konstytucyjnego w wyroku w sprawie traktatu akcesyjnego Polski do UE, który zastanawiał się nad wzajemnym stosunkiem między artykułami 8 i 9. W ustnym uzasadnieniu wyroku wskazano, że art. 8 ma pierwszeństwo przed art. 9, ponieważ... poprzedza go w strukturze Konstytucji. Na szczęście Trybunał wycofał się z tego poglądu w opublikowanym uzasadnieniu pisemnym wyroku, ale tym samym nie ułatwił nam odpowiedzi na pytanie o podstawę nadrzędności. Nadrzędność nie wynika z art. 87 Konstytucji. Trudno uznać, że przepis ten wskazuje na hierarchię źródeł prawa powszechnie obowiązującego, skoro wymienia on (w tej kolejności) Konstytucję, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Porządek ten jest jednak zmodyfikowany przez art. 91(2), zgodnie z którym umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie ma pierwszeństwo (stosowania) przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. W tej sytuacji pozostaje jedynie oparcie nadrzędności na samym art. 8.

Z kolei obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego ma swoje źródło w samym prawie międzynarodowym, a konkretnie w zasadzie *pacta sunt servanda*. Prawo krajowe jedynie precyzuje sposób rozumienia tego obowiązku.

Pozostaje jeszcze ustalenie, jaki jest zakres przedmiotowy zobowiązania z art. 9. Komentatorzy uważają zwykle, że prawo międzynarodowe to system norm zawartych w klasycznych źródłach wymienionych w art. 38 Statutu Międzynarodowego

¹⁵ Zob. K. Wójtowicz, *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

Trybunału Sprawiedliwości. Przepis ten nie zawiera kompletnego katalogu źródeł, lecz jedynie wskazuje na podstawy orzekania MTS. Autorzy wskazują także na akty jednostronne oraz akty wiążące przyjmowane przez organizacje międzynarodowe zgodnie z ich traktatami konstytucyjnymi¹⁶.

W doktrynie prawa międzynarodowego można jednak często spotkać pogląd, według którego normy składające się na porządek międzynarodowoprawny nie są jednolite, lecz podlegają zróżnicowaniu. Najlepiej widać to na przykładzie klasyfikacji umów międzynarodowych. KWPT wychodzi z założenia, że wszystkie umowy międzynarodowe (spełniające przesłanki definicji z art. 2¹⁷) podlegają jednakowemu reżimowi prawnemu, to jest są rządzone prawem międzynarodowym. Jednakże doktryna rozróżnia co najmniej trzy kategorie umów: umowy o charakterze konstytucyjnym (*traités-constitutions, constitutional treaties*), umowy prawotwórcze (*traités-lois, law-making treaties*) oraz umowy kontraktowe (*traités-contrats, contractual treaties*)¹⁸. Z kolei w art. 38 znajdujemy pojęcia umów uniwersalnych i umów partykularnych. Określenie traktaty konstytucyjne dotyczy instrumentów założycielskich organizacji międzynarodowych. Umowy prawotwórcze to takie umowy wielostronne, na podstawie których może powstać prawo zwyczajowe. Wreszcie umowy kontraktowe to porozumienia, które służą do jednorazowego uregulowania pewnych kwestii szczegółowych; bardziej przypominają kontrakty handlowe niż umowy między podmiotami prawa międzynarodowego. Możemy rozważyć, czy art. 9 nie powinien obejmować tylko umów konstytucyjnych i prawotwórczych. Kolejna kwestia to rozróżnienie na prawo międzynarodowe i zobowiązania międzynarodowe, szczególnie widoczne w kontekście aktów jednostronnych (np. przyrzeczenia czy też zrzeczenia się). W doktrynie przywołuje się także pojęcie *soft law* oraz norm dotyczących tzw. *governance*¹⁹. W naszym przekonaniu postanowienia takie nie są objęte zakresem art. 9 Konstytucji, podobnie jak zobowiązania o charakterze politycznym (jak Akt Końcowy KBWE z 1 sierpnia 1975 r.). W tym ostatnim przypadku powstaje jednak kwestia powtórzenia postanowień dokumentu jako norm traktatowych czy zwyczajowych.

Autorzy niniejszego tekstu wychodzą ponadto z założenia, że prawo europejskie jako system prawny organizacji międzynarodowej o nazwie Unia Europejska stanowi część prawa międzynarodowego. Oczywiście należy dostrzec pewne specyficzne cechy prawa unijnego, widoczne w szczególności w sytuacji niezgodności regulacji międzynarodowoprawnych z Konstytucją. Stąd art. 9 gwarantuje wykonywanie przez państwo zobowiązań wynikających z prawa unijnego.

¹⁶ P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej...*, s. 1–2.

¹⁷ Art. (1)(a) Konwencji stanowi, że „traktat” oznacza międzynarodowe porozumienie między państwami, zawarte w formie pisemnej i regulowane przez prawo międzynarodowe, niezależnie od tego, czy jest ujęte w jednym dokumencie, czy w dwóch lub więcej dokumentach, i bez względu na jego szczególną nazwę.

¹⁸ Por. przykładowo J. Wouters *et al.*, *International Law. A European Perspective*, Bloomsbury, Oxford 2019, s. 71.

¹⁹ M. Menkes, *Governance gospodarczy. Studium prawnomiędzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2016. Co do skutków wymienionych norm por. np. wyrok TK z 3 listopada 2006 r., w sprawie K 31/06. Autorzy mają stosunek krytyczny do traktowania obu wymienionych zjawisk jako źródeł prawa.

W swoich rozważaniach we wspomnianych wyżej wyrokach „TK” orzekł o niezgodności z konstytucją kilku przepisów TFUE oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Doszedł do takich rozstrzygnięć w wyniku kuriozalnych, niespójnych i niezrozumiałych dla odbiorców dywagacji, nie zastanawiając się przykładowo nad tym, że prawo do niezależnego i niezawisłego sądu, przysługujące każdemu obywatelowi (ale również osobom niebędącym obywatelami polskimi, ale znajdującym się w jurysdykcji państwa polskiego w rozumieniu art. 1 EKPC) jest w polskiej Konstytucji sformułowane w taki sam sposób, jak w prawie unijnym i w Konwencji²⁰. Trybunał poprzestał na stwierdzeniu, że wspomniane przepisy są niezgodne z Konstytucją, nie analizując konsekwencji takiej konkluzji. Rząd polski przyjął za pewnik, że skutkiem tego orzeczenia jest możliwość odstąpienia od zastosowania się do orzeczeń sądów międzynarodowych wskazujących na naruszenia prawa międzynarodowego i prawa unijnego. Stanowisko takie jest całkowicie bezpodstawne, do czego powrócimy poniżej. „TK” całkowicie pominął w swych rozważaniach art. 9, co prowadzi do konkluzji, że wyroki TK naruszają Konstytucję. Powstał zakłęty krąg, z którego trudno znaleźć racjonalne wyjście, a który uzasadnia taki, a nie inny tytuł niniejszego szkicu.

4. Konsekwencje hipotetycznej niezgodności prawa międzynarodowego z Konstytucją

Jeżeli jednak hipotetycznie przyjmiemy za dobrą monetę rozstrzygnięcie sądu, że niektóre normy prawa międzynarodowego są niezgodne z Konstytucją, musimy wyciągnąć z tego konsekwencje. Określił je TK w wyroku w sprawie traktatu akcesyjnego, formułując swe konkluzje w stosunku do prawa unijnego. W razie stwierdzenia nieusuwalnego konfliktu państwo członkowskie ma do wyboru trzy rozwiązania: może zmienić konstytucję albo próbować zmienić obowiązujące prawo unijne, albo wreszcie wystąpić z Unii Europejskiej. W przypadku stwierdzenia niezgodności między klasycznym prawem międzynarodowym a konstytucją swoboda manewru po stronie państwa członkowskiego jest zdecydowanie bardziej ograniczona niż w odniesieniu do prawa unijnego.

Po pierwsze, należy wziąć pod uwagę zmianę konstytucji. W przypadku Polski ze względów politycznych trudno uwierzyć, żeby taka opcja w obecnej sytuacji mogła stanowić poważne rozwiązanie. Z ewentualną zmianą konstytucji związane są dwa problemy. Pierwszy dotyczy kwestii, czy ustrojodawca przy tworzeniu konstytucji (w tym także przy jej nowelizacji) jest związany prawem międzynarodowym. Oczywiście narzuca się odpowiedź pozytywna. Gdyby założyć pełną swobodę działania ustrojodawcy, art. 9 byłby zagrożony. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego przypominamy, że obowiązek dostosowania prawa krajowego do zobowiązań międzynarodowych dotyczy także konstytucji. Nie wchodząc w szczegóły, suwerenność

²⁰ Nie jest naszym celem szczegółowa analiza wyroków „TK”, poprzestajemy więc na stwierdzeniu, że są one niezgodne z art. 9 Konstytucji. Tytuł niniejszego opracowania nawiązuje do rozważań tego organu.

państwową (której wyrazem jest konstytucja) określamy jako podległość państwa prawu międzynarodowemu przy jednoczesnej niezależności od innych podmiotów. W prawie międzynarodowym funkcjonuje również pojęcie wyłącznej kompetencji wewnętrznej państwa (znane np. z art. 2(7) Karty NZ), które podkreśla zakres działania państwa. Zakres kompetencji jest jednak również określany w nawiązaniu do zobowiązań międzynarodowych państwa.

Druga kwestia wzbudzająca wątpliwości to możliwość zmiany konstytucji przez umowę międzynarodową. Oczywiście możliwość taka może być rozpatrywana wyłącznie w stosunku do umów międzynarodowych ratyfikowanych w trybie art. 90 Konstytucji, i to w procedurze parlamentarnej. W przypadku umów ratyfikowanych w wyniku referendum – raczej nie jest to możliwe; co najwyżej referendum może kreować zobowiązanie polityczne do zmiany Konstytucji zgodnie z wolą suwerena. Natomiast wielka ratyfikacja wymaga wyrażenia zgody przez obie izby parlamentu, i to większością wyższą niż wymagana dla zmiany Konstytucji. TK nie wykluczył możliwości zawarcia umowy niezgodnej z Konstytucją (uchwała W 10/94 z 30 listopada 1994 r.), podkreślając, że mogłaby ona wejść w życie tylko po uprzedniej zmianie Konstytucji. Tym samym wskazał na konieczność dostosowania Konstytucji do zobowiązań międzynarodowych państwa. Wydaje się jednak, że przeważa pogląd, iż zmiana Konstytucji może nastąpić wyłącznie w trybie przewidzianym w art. 235 Konstytucji.

Po drugie, pozostaje możliwość zmiany prawa międzynarodowego. Procedura nowelizacji jest uzależniona od formalnego źródła, w którym została sformułowana odnośna norma. Zawsze istnieje możliwość renegocjacji umowy, a z zachowaniem pewnych dodatkowych warunków – jej wypowiedzenia (o ile – zgodnie z art. 56 KWPT – umowa zawiera klauzulę dopuszczającą wypowiedzenie, można stwierdzić, że strony zamierzały dopuścić możliwość wypowiedzenia albo możliwość taka wynika z charakteru umowy). W przypadku umów międzynarodowych, zwłaszcza bilateralnych, jest to stosunkowo proste; bardziej skomplikowana jest sytuacja w przypadku umów wielostronnych. W każdym razie będzie to zależało od zgody innych stron umowy.

Bardzo trudna do przeprowadzenia jest ewentualna modyfikacja prawa zwyczajowego. Prawo zwyczajowe wiąże wszystkie państwa, w tym również państwa nowe²¹. Dopuszczalne są oczywiście pewne wyjątki, z których wątpliwości nie wzbudza *persistent objector*, czyli państwo, które konsekwentnie, od początku przeciwstawiało się określonej praktyce. Bardziej dyskusyjna jest możliwość odstąpienia od obowiązującej normy zwyczajowej w drodze tzw. *subsequent objector*. Nie wdając się w dyskusje doktrynalne²², możemy w uproszczeniu stwierdzić, że odejście od dotychczasowej

²¹ Tak np. P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris 2009, s. 363.

²² Zob. np. K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Springer, Dordrecht 1993, s. 65; J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2012, s. 29; H. Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 81. Por. też analizę MTS w wyroku w sprawie działań militarnych i paramilitarnych USA w i przeciwko Nikaragui, "International Court of Justice Reports" 1986, s. 98, pkt 186, oraz raport KPM *Draft conclusions on identification of customary international law, with commentaries*, 2018, dok. A/73/10, s. 137 i n.

normy zwyczajowej może prowadzić do alternatywy: albo może stanowić delikt międzynarodowy powodujący odpowiedzialność międzynarodową państwa, albo też może prowadzić do powstania nowej normy zwyczajowej. Które z tych rozwiązań przeważy, będzie uzależnione od reakcji państw trzecich, czyli w praktyce od uznania. Uznanie z natury ma charakter polityczny; może przybrać formę akceptacji lub protestu. Ocena sytuacji powinna nastąpić zgodnie z wymogami tworzenia normy prawa międzynarodowego zwyczajowego. Istotne znaczenie ma przy tym autorytet państwa, które podejmuje działania niezgodne z prawem zwyczajowym.

Interesujący aspekt ewentualnej zmiany obowiązującego prawa zwyczajowego dotyczy praktyki państw, których konstytucje zawierają regulacje prawne określające moc wiążącą prawa zwyczajowego (jak np. Konstytucja Włoch czy też niemiecka Ustawa Zasadnicza, również art. 9 Konstytucji RP spełnia taki wymóg). Nie jest oczywiste, czy dopuszczalne byłoby odejście od dotychczas obowiązującej normy z naruszeniem prawa konstytucyjnego, czy też praktyka niezgodna z konstytucją nie może prowadzić do modyfikacji prawa zwyczajowego²³.

W szczególnym przypadku prawa unijnego pozostaje jeszcze trzecia możliwość: wystąpienie z Unii Europejskiej. Procedura wystąpienia jest jednak precyzyjnie opisana w TUE. Do momentu wygaśnięcia traktatów założycielskich w stosunku do danego państwa członkowskiego jest ono jednak zobowiązane do ich przestrzegania. Wyrok sądu krajowego nie jest w stanie tej sytuacji zmienić, zwłaszcza wtedy, gdy zakres zobowiązań międzynarodowopravných został określony w orzeczeniach właściwych sądów międzynarodowych²⁴. W obecnym stanie prawnym nie ma możliwości pozbawienia państwa członkostwa w Unii Europejskiej, a zatem ten sposób uwolnienia się od zobowiązań również nie wchodzi w grę.

W każdej z wymienionych powyżej trzech sytuacji dochodzimy do wniosku, że dopóki zobowiązania międzynarodowopravné pozostają w mocy (a przypominamy, że państwo co do zasady nie może się od nich uwolnić jednostronnie), muszą one być wykonywane. Rząd polski i „TK” pominęły tę kwestię w sprawach dotyczących zgodności z Konstytucją prawa unijnego i Europejskiej konwencji praw człowieka.

5. Wykładnia zgodna jako instrument usuwania konfliktu

Obok zasady bezpośredniego stosowania prawa międzynarodowego ważną metodą zapewnienia skuteczności prawa międzynarodowego jest zasada przyjaznej prawu międzynarodowemu wykładni prawa krajowego. Znalazła ona – nie bez zachęty ze strony doktryny – akceptację w praktyce sądowej, zwłaszcza w orzecznictwie

²³ Problem ten powstał w związku z postępowaniem przed MTS w sprawie immunitetu jurysdykcyjnego państw. Włochy powoływały się na rzekomo nową praktykę państw, wyłączając powołanie się na immunitet w kontekście poważnych naruszeń praw człowieka; Niemcy taką możliwość negowały.

²⁴ Interesujące, że na tę regułę zwrócił uwagę A. Klafkowski już w połowie lat 60. XX w., por. A. Klafkowski, *Umowa międzynarodowa a ustawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 4, s. 5.

najwyższych organów sądowych. Chociaż kojarzy się przede wszystkim z prawem UE (i wówczas mówi się o konstytucyjnym nakazie wykładni „przyjaznej procesowi integracji europejskiej”), to znajduje zastosowanie także w klasycznej sferze prawa międzynarodowego²⁵, zwłaszcza w odniesieniu do norm zawartych w źródłach innych niż umowy ratyfikowane w trybie dużej ratyfikacji. Odnosi się ona do całego systemu prawa krajowego, nie wyłączając konstytucji, a nakazuje poszukiwanie takiego znaczenia norm krajowych, by nie tylko udało się uniknąć ich kolizji z prawem międzynarodowym (co nakazuje też art. 91 ust. 2 *in fine*), ale też by udało się zapewnić postanowieniom tego prawa jak najpełniejszą realizację w praktyce.

„Przyjazny stosunek” do prawa międzynarodowego nakazuje organom krajowym respektowanie i stosowanie nie tylko postanowień umów międzynarodowych, ale także wykładni tych postanowień ustalanej przez międzynarodowe organy jurysdykcyjne, np. przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zarazem jednak „przyjazna wykładnia” nie może przeważać nad jasnymi sformułowaniami konstytucyjnymi (nie może nastąpić *contra legem fundamentalem*)²⁶. Interesujący jest w tej materii wyrok TSUE w sprawie *Pupino*²⁷ (niedoceniany, jak się wydaje, w polskiej doktrynie). Sprawa dotyczyła m.in. granic wykładni zgodnej. Włochy nie dokonały implementacji decyzji ramowej regulującej procedurę przesłuchiwania dzieci w postępowaniu karnym, której celem miało być uniknięcie szkodliwej psychologicznie i uciążliwej konieczności kilkukrotnego przesłuchania osób nieletnich w postępowaniu przygotowawczym, a następnie ponownie w trakcie rozprawy sądowej. Traktat amsterdamski zawierał jednoznaczną regulację wykluczającą bezpośrednią skuteczność decyzji ramowych. W tej sytuacji jedyną alternatywą dla prawidłowego zastosowania decyzji ramowej stała się wykładnia zgodna, o granice której pytał sąd odsyłający. ETS orzekł, że organy krajowe powinny w możliwie najszerszym zakresie stosować wykładnię zgodną. Innymi słowy są zobowiązane do dostosowania prawa krajowego do prawa unijnego, a granicą jest ewentualny rezultat *contra legem* dokonywanej wykładni. Przykładowo: TK wydał wyrok w sprawie europejskiego nakazu aresztowania (P 1/05), w którym wskazał, że nakaz jest formą ekstradycji, a zatem jest objęty zakazem wydania obywateli polskich, wynikającym z art. 55 Konstytucji z 1997 r. Tym samym Trybunał doprowadził (wymusił) do zmiany tego przepisu. Wyrok nie wziął jednak pod uwagę regulacji decyzji ramowej 2002/584/WSSW²⁸, w której stwierdzono wyraźnie, że europejski nakaz aresztowania jest nową formą współpracy sądowej

²⁵ NSA słusznie zwrócił uwagę, że na podstawie art. 9 Konstytucji na sądach spoczywa obowiązek pośredniego – tzn. dla wykładni norm prawa krajowego – stosowania wszystkich umów bez względu na to, czy były ratyfikowane, czy też nie (zob. wyrok NSA z 26 sierpnia 1999 r., V SA 708/99).

²⁶ L. Garlicki, *Konstytucja a „sprawy zewnętrzne”*, „Przegląd Sejmowy” 2007, t. 15, nr 4, s. 204; A. Wasilkowski, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP)*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 9.

²⁷ Wyrok TSUE z 16.06.2005 r., C-105/03, *Postępowanie karne p. M. Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386.

²⁸ Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, Dz. Urz. UE L 190/1 z 18.07.2002 r., dok. Euro-Lex nr 32002F0584.

w ramach UE, a nie formą ekstradycji. Gdyby TK zastosował metodę zaproponowaną przez ETS, powinien był orzec o zgodności znowelizowanego kodeksu postępowania karnego z konstytucją.

6. Konsekwencje naruszenia prawa międzynarodowego

Pozostaje kwestia konsekwencji naruszenia prawa międzynarodowego. Już STSM wskazał w swym orzecznictwie (zwłaszcza w sprawie *fabryki chorzowskiej*), że obowiązek naprawienia skutków naruszenia prawa jest ogólną zasadą prawa wspólną dla wszystkich cywilizowanych (praworządnych) państw.

Z perspektywy prawa międzynarodowego (która nas w tym kontekście interesuje)²⁹ istotne są dwie przesłanki warunkujące odpowiedzialność państwa. Po pierwsze, naruszenie prawa musi być dokonane przez podmiot, który jest przypisany państwu. Po drugie, państwo ponosi odpowiedzialność za naruszenie normy międzynarodoprawnej niezależnie od formalnego źródła prawa, w którym owa norma została zawarta. Co do pierwszej z tych kwestii, jest oczywiste, że państwo ponosi odpowiedzialność za działania i/lub zaniechania organów ustawodawczych, wykonawczych i sądowniczych, bez względu na miejsce konkretnego podmiotu w ramach systemu organów państwa. Oprócz tego odpowiedzialność powodują działania podmiotów wykonujących pewne funkcje na rzecz państwa, a także organów samorządowych. Jeżeli zatem organ sądowy (również sąd najwyższy czy też sąd konstytucyjny) wydaje wyrok naruszający zobowiązania międzynarodowe państwa, musi się liczyć z konsekwencjami w sferze międzynarodowej. Dlatego też 22 grudnia 2021 r. Komisja Europejska wszczęła przeciwko Polsce postępowanie w związku z działalnością „TK”, zarzucając naruszenie prawa unijnego poprzez wydanie dwóch orzeczeń: z 14 lipca 2021 r. i 7 października 2021 r. (P 7/20 i K 3/21). Uznał on postanowienia traktatów UE za niezgodne z Konstytucją RP, otwarcie kwestionując zasadę pierwszeństwa prawa unijnego.

Odnosnie do drugiej kwestii odpowiedzialność międzynarodowa powstaje w konsekwencji naruszenia każdej normy prawa międzynarodowego, bez względu na jej pochodzenie (normy traktatowej, zwyczajowej, innego zobowiązania międzynarodowego). Jeżeli uwzględnimy fakt, że prawo unijne jest częścią prawa międzynarodowego publicznego, a konkretnie tzw. reżimem zamkniętym (*self-contained regime*)³⁰, postępowanie naruszeniowe jest formą odpowiedzialności międzynarodowej państwa

²⁹ Kwestia ta jest zapewne doskonale znana wszystkim zainteresowanym prawem międzynarodowym. Ponieważ jednak należy oczekiwać, że Czytelnicy niniejszego tekstu reprezentują również inne dziedziny prawa, wydaje się wskazane przypomnienie pewnych kwestii o charakterze ogólnym.

³⁰ Pod pojęciem tym rozumiemy podsystem prawa międzynarodowego, który zawiera wszystkie regulacje prawne (instytucjonalne, materialne i proceduralne). Rozwiązania wszystkich kwestii spornych powinny opierać się na normach zawartych w tym podsystemie. W przypadku stwierdzenia luk należy wszelako odwołać się do norm powszechnego prawa międzynarodowego (zwłaszcza dotyczących źródeł prawa i odpowiedzialności międzynarodowej).

na gruncie prawa unijnego. Co do zasady kwestie odpowiedzialności państwa za naruszenia prawa unijnego w stosunku do innych państw członkowskich oraz instytucji unijnych są określone przez przepisy TFUE, jednakże w sprawach nieuregulowanych traktatowo mają zastosowanie normy prawa międzynarodowego. W przypadku odpowiedzialności międzynarodowej będą to normy zwyczajowe. Międzynarodowe prawo zwyczajowe wiąże organizacje międzynarodowe, w tym także Unię Europejską, jako ogólne zasady prawa (normy niepisane)³¹. Podkreślić należy wszelako, że bardzo trudno jest znaleźć w praktyce międzynarodowej jednoznaczne potwierdzenie, że normy dotyczące odpowiedzialności międzynarodowej są wiążące dla organizacji międzynarodowych. Myśl taka przewija się oczywiście w materiałach KPM na temat odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, ale Komisja według naszej najlepszej wiedzy nigdy jednoznacznie nie stwierdziła, że prawo o odpowiedzialności międzynarodowej wiąże Unię Europejską. Konkludując, możemy stwierdzić, że normy o odpowiedzialności międzynarodowej będą wiązały Unię również w stosunkach z państwami członkowskimi, uzupełniając regulacje unijne.

7. Konkluzja

Artykuły 8 i 9 Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r. zawsze powinno się czytać razem. Dopiero zestawienie tych dwóch przepisów pozwala zrekonstruować normę określającą relację między Konstytucją a prawem międzynarodowym wiążącym Polskę. Otóż Konstytucja, która jest najwyższym źródłem prawa w Polsce, odsyła do prawa międzynarodowego i potwierdza na gruncie krajowego porządku prawnego obowiązek jego przestrzegania.

Tym samym prawo międzynarodowe staje się materią konstytucyjną. Oczywiście, obowiązek przestrzegania prawa międzynarodowego nie wynika z art. 9; jego źródłem jest samo prawo międzynarodowe. Ale Konstytucja wyraźnie potwierdza, że zobowiązania międzynarodowe państwa wywierają skutek także w jego porządku wewnętrznym; że tworzone w Polsce prawo krajowe musi być zgodne z wiążącym RP prawem międzynarodowym; że władze polskie mają obowiązek interpretować i stosować prawo krajowe zgodnie ze swoimi międzynarodowymi zobowiązaniami; że – kiedy spełnione są szczególne warunki (np. z art. 91 Konstytucji) – normy prawa międzynarodowego są w Polsce bezpośrednio stosowane. Naruszenie tych zobowiązań poprzez działanie władzy na płaszczyźnie krajowej powoduje odpowiedzialność na płaszczyźnie porządku międzynarodowoprawnego, ale jednocześnie stanowi też naruszenie samej Konstytucji – jej art. 9 w zw. z art. 8 ust. 1.

³¹ Moc wiążącą prawa zwyczajowego (powszechnego prawa międzynarodowego) w stosunku do organizacji międzynarodowych jako podmiotów prawa międzynarodowego potwierdziła przykładowo opinia doradcza MTS w sprawie *interpretacji umowy z 25 marca 1951 r. pomiędzy WHO a Egiptem*, ICJ Rep. 1980, s. 90; w odniesieniu do UE zob. zwłaszcza C-286/90, *Poulsen i Diva Navigation*, Zb. Orz. 1992, s. I-6019, ECLI:EU:C:1992:453; C-366/10, *Air Transport Association of America*, Zb. Orz. 2011, s. I-13755, ECLI:EU:C:2011:864; T-115/94, *Opel Austria GmbH*, Zb. Orz. 1997, s. II-39; ECLI:EU:T:1997:3.

Kształtowanie się zasady demokratycznej formy rządów w prawie międzynarodowym

1. Rząd – istotny element podmiotowości państwa

Rząd jest jednym z trzech elementów składowych państwa – obok terytorium i ludności – niezbędnych do istnienia państwa. Potwierdza to Konwencja o prawach i obowiązkach państw, podpisana w Montevideo 26 grudnia 1933 r.¹, oraz doktryna prawa międzynarodowego. Konwencja w art. 1 stanowi, że „Państwo jako osoba prawa międzynarodowego powinno posiadać następujące atrybuty:

- a) stałą ludność,
- b) określone terytorium,
- c) rząd,
- d) zdolność do utrzymywania stosunków z innymi państwami”².

Definiowanie państwa i jego koniecznych elementów składowych w myśl konwencji z Montevideo zyskało powszechną aprobatę w stosunkach międzynarodowych. Stało się ogólnie stosowaną normą zwyczajową, a przez to bezdyskusyjnie przyjmowaną współcześnie regułą państwowości w prawie międzynarodowym³. Również w doktrynie prawa międzynarodowego panuje pogląd, że rząd jest jednym z trzech – obok terytorium i ludności – elementów niezbędnych do istnienia państwa⁴. Brak któregośkolwiek z wymienionych elementów powoduje, że nie mamy do czynienia z państwem. Jak stwierdził polsko-niemiecki Mieszany Trybunał Rozjemczy w sprawie *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft p. państwu polskiemu* w 1929 r.: „Państwo może istnieć tylko wtedy, gdy posiada pewne terytorium, społeczność

* Prof. dr hab. Elżbieta Dynia, Uniwersytet Rzeszowski, Kolegium Nauk Społecznych, ORCID: 0000-0003-0085-0331.

¹ „League of Nations. Treaty Series” 1933, vol. 165, s. 19.

² Trzy pierwsze wymienione elementy były powszechnie uznawane za kryteria państwowości w czasach, gdy konwencja ta była przyjmowana.

³ I. Wrońska, *Ludność jako element składowy państwa. Uwagi na tle pojęcia tożsamości narodowej i przynależności do narodu*, [w:] J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 184.

⁴ J. Kranz, *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2015, s. 12. Wprawdzie według Lecha Antonowicza przekonanie o powszechnym przyjęciu w nauce prawa międzynarodowego trójelementowej definicji państwa jest mylne, gdyż „w rzeczywistości istnieje pod tym względem wielka różnorodność”, niemniej dodaje jednak, że „różnicom fundamentalnym nie zawsze odpowiadają różnice merytoryczne. Nieraz jest to tylko kwestia konstrukcji i definicji, a nie jej treści”. L. Antonowicz, *Rzecz o państwach w prawie międzynarodowym*, Innovatio Press, Lublin 2012, s. 17.

ludzką żyjącą na tym terytorium i niezależny rząd wykonujący władzę nad tą społecznością. Te wymogi uznawane są za niezbędne i niemożliwe jest wyobrażenie sobie państwa bez któregośkolwiek z nich”⁵. Takie rozumienie państwa potwierdziła również Komisja Arbitrażowa Konferencji Europejskiej ds. Jugosławii w Opinii nr 1 z 29 listopada 1991 r., stwierdzając, że „państwo określa się jako społeczność, która składa się z ludności zamieszkałej na określonym terytorium, podlegającej zorganizowanej władzy politycznej” oraz że „cechą takiego państwa jest suwerenność”⁶.

Wymienione wyżej elementy odgrywają dużą rolę w określeniu państwa ze stanowiska prawa międzynarodowego. Występowanie ludności jako podstawowego składnika pojęcia państwa jest oczywiste, przy czym nie ma tu żadnych szczególnych wymogów dotyczących jej minimalnej liczebności. To samo dotyczy w zasadzie terytorium, przy czym nie oznacza to konieczności dokładnego ustalenia wszystkich granic⁷. Jeśli chodzi o kryterium „rządu”, rozumianego jako władza sprawowana nad terytorium i jego ludnością, to powinna być to władza najwyższa, niepodlegająca jakiegokolwiek innej władzy, czyli według Wojciecha Góralczyka i Stefana Sawickiego władza suwerenna⁸. Jednocześnie władza ta musi być sprawowana w sposób efektywny – rząd musi mieć nad terytorium i ludnością rzeczywistą kontrolę.

Władza najwyższa jest niewątpliwie synonimem nie tylko władzy *de iure*, ale także *de facto*. Władza najwyższa jest taką w przypadku, gdy jest stabilna i efektywna. Inaczej niemożliwe jest ani zapewnienie stosowania prawa wewnątrz państwa, ani respektowanie prawa w stosunkach międzynarodowych⁹. Jak zauważa James Crawford, rząd, aby stanowić element składowy państwa, musi sprawować ogólną kontrolę nad terytorium. Prawo międzynarodowe nie stawia wymogów dotyczących natury lub zakresu tej kontroli, ale wymaga utrzymania określonego poziomu prawa i porządku oraz ustanowienia podstawowych instytucji państwowych¹⁰. Tak więc przesłanką państwowości nie jest samo posiadanie organów, lecz możliwość sprawowania przez nie efektywnej władzy nad terytorium oraz zamieszkującą je

⁵ Orzeczenie z 1 sierpnia 1929 r., „International Law Review” 1929, vol. 5, s. 11. Zob. też J. Symonides, *Terytorium państwowe w świetle zasady efektywności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Toruń-Poznań 1971, s. 39.

⁶ Arbitration Commission E.C. Conference on Yugoslavia, Opinion No. 1, „International Law Review” 1991, vol. 92, s. 162 i n. Tekst polski [w:] B. Wierzbicki (red.), *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Temida 2, Białystok 2000, s. 304. Przy czym współcześnie suwerenność rozumie się raczej jako rzeczywiste sprawowanie funkcji państwowych na określonym terytorium niż brak zależności od innych państw. Zob. J. Symonides, D. Pyć (red. nauk.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. IV. *Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja Ubi Societas Ibi Ius, Warszawa 2014, s. 347.

⁷ Zasada ta została dobitnie podkreślona w sentencji wymienionego już orzeczenia polsko-niemieckiego Mieszanego Trybunału Rozjemczego z 1 sierpnia 1929 r.

⁸ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2006, s. 118-119.

⁹ J. Menkes, *Państwo a prawo międzynarodowe (wybrane problemy)*, [w:] J. Menkes, E. Cała-Walcinkiewicz (red.), *Państwo i terytorium...*, s. 141.

¹⁰ J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2008, s. 59.

ludnością¹¹. Zdaniem Stefana Talmona „sprawowanie skutecznej kontroli nad danym terytorium może być zdefiniowane jako wykonywanie funkcji suwerennego rządu, takich jak: zapewnienie przestrzegania prawa i porządku, tworzenie i utrzymywanie sądów oraz ustanowienie przepisów prawnych regulujących wzajemne stosunki mieszkańców danego terytorium z rządem”¹².

Posiadanie rządu jest koniecznym i najważniejszym atrybutem państwowości. Status rządu w istotnym stopniu współokreśla bowiem status pozostałych elementów – terytorium i ludności. Jak stwierdził Alphonse Rivier, kwestionowanie statusu rządu oznacza kwestionowanie ciągłości istnienia samego państwa¹³. Wśród kryteriów państwowości najważniejszą rolę odgrywa więc wymóg posiadania efektywnego, ustabilizowanego rządu, co ma zasadnicze znaczenie dla istnienia nowego państwa i korzystania przezeń z przysługujących mu praw oraz wykonywania obowiązków zgodnie z prawem międzynarodowym.

Powszechnie uznaje się, że każde państwo, z chwilą powstania, dysponuje zdolnością do wchodzenia w relacje zewnętrzne z innymi podmiotami prawa międzynarodowego, w tym zwłaszcza z innymi państwami. Aktualizuje się ona wraz z uznaniem państwa¹⁴. Organami państw, które kierują rzeczywistą ich działalnością w obrocie międzynarodowym, są rządy. Poprzez kontakty między rządami działającymi w imieniu swoich państw stosunki międzynarodowe są realizowane. Tak więc nieakceptowanie nowego rządu odbiera państwu jego prawo do uczestniczenia w stosunkach międzynarodowych, gdyż taki udział jest możliwy tylko przez rząd¹⁵.

Jeśli chodzi o kryterium demokratycznego ustroju państwa, traktowane przez niektórych badaczy jako warunek uzyskania państwowości, to, jak zauważa Szymon Zaręba, od początku lat 90. społeczność międzynarodowa wyraźnie popiera opieranie systemów politycznych nowo powstających państw na zasadach demokracji i poszanowania praw człowieka. Należy przy tym zgodzić się z autorem, że „mimo iż oba te czynniki niewątpliwie bywają współcześnie brane pod uwagę przy ocenie, czy poszczególne państwa zasługują na uznanie, nie stanowią jeszcze samodzielnego kryterium państwowości”¹⁶. Również zdaniem Jerzego Kranza demokratyczny ustrój państwa nie ma zasadniczego znaczenia dla jego istnienia i statusu międzynarodowego. Pierwszoplanowe znaczenie posiada skuteczność sprawowanej władzy, jednak

¹¹ A. Łazowski, A. Zawidzka, *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 72-73.

¹² S. Talmon, *Recognition of governments: An analysis of the new British policy and practice*, „British Yearbook of International Law” 1993, vol. 63, issue 1, s. 270-271.

¹³ A. Rivier, *Principles de droit des gens*, Arthur Rousseau, Paris 1896, s. 293; zob. również P.M. Brown, *The Legal Effects of Recognition*, „American Journal of International Law” 1950, no. 44, s. 617, 630-633.

¹⁴ C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. II. *Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 223-224.

¹⁵ R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994, s. 114.

¹⁶ S. Zaręba, *Skutki braku uznania państwa w świetle prawa międzynarodowego*, INP PAN, Warszawa 2020, s. 58-60.

prawo międzynarodowe w coraz większym stopniu promuje wymogi demokracji. Pojęcie to łączy się z jednej strony z kwestią źródeł władzy, z drugiej zaś z mechanizmami jej sprawowania. Władza demokratycznego państwa nie jest arbitralna, działa na podstawie przepisów prawa i nie jest dyktaturą większości, gdyż gwarantuje ochronę uzasadnionych aksjologicznie przywilejów, w tym przywilejów mniejszości. Natomiast władza i sposoby jej sprawowania zyskują społeczne poparcie dzięki sprawności i skuteczności rządzenia, które zaspokajają podstawowe wartości i potrzeby (bezpieczeństwo, dobrobyt, ochrona praw jednostki). Skuteczność ta nie jest jednak gwarancją demokracji, jeśli prawo zaprzecza podstawowym wartościom, jak to ma miejsce w systemach totalitarnych lub autorytarnych¹⁷.

W związku z powyższym Robert Grzeszczak stawia pytanie, czy należy nadal trzymać się znanej formuły, że państwo to „terytorium, ludność plus efektywna władza”, czy zmierzać ku formule, iż państwo to „terytorium, ludność plus demokratyczna władza?”. Zauważa przy tym, że właśnie pierwsza z tych formuł pozwala społeczności międzynarodowej na przebycie trudnej drogi od elitaryzmu do uniwersalizmu, zaś uznaniu państwa nadawała znaczenie deklaratywne. Druga natomiast może uniwersalizmowi nie sprzyjać, zaś uznaniu nadawać charakter konstytutywny. „Efektywna władza” odnosi się do faktu. „Demokratyczna władza” jest już jednak kwestią oceny tego faktu¹⁸.

System demokratyczny charakteryzuje się istnieniem władzy, której działania realizowane są według jasnych i precyzyjnych procedur prawnych. Decyzje organów państwa są przewidywalne, ponieważ winny opierać się na podstawach prawnych. Władza w państwie demokratycznym sprawowana jest w granicach prawa, co pozwala kojarzyć demokrację z rządami prawa¹⁹. W literaturze zwraca się uwagę, że takie pojęcia, jak „praworządność”, „rządy prawa” czy „państwo prawne”²⁰ są tożsame i zmierzają do stanu, w którym państwo nie tylko wykonuje swoją władzę za pomocą prawa, ale jest przede wszystkim w tym procesie jemu podporządkowane. Praworządność bowiem – w szerokim sensie – jest to nawyk i usankcjonowanie przestrzegania prawa, czyli rządy prawa²¹.

Idea rządów prawa jest ujmowana w kategoriach formalnych i materialnych. Pierwsza koncepcja kładzie nacisk na to, aby prawo spełniało określone postulaty formalne, druga zaś wymaga, aby prawo nie tylko spełniało postulaty formalne, ale

¹⁷ J. Kranz, *Pojęcie suwerenności...*, s. 69-70.

¹⁸ R. Grzeszczak, *Kilka uwag o demokracji w stosunkach międzynarodowych*, [w:] A. Przyborowska-Klimczak, W.S. Staszewski (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Studia i Materiały*, t. I, Wydawnictwo KUL, Lublin 2006, s. 50.

¹⁹ *Ibidem*, s. 48-49.

²⁰ Zdaniem Lecha Garlickiego pojęcie „państwo prawne” jest w najszerszym ujęciu właściwie równoznaczne z sumą cech ustrojowych współczesnego państwa demokratycznego. Elementami państwa prawnego są zasady: podziału władz, zwierzchnictwa Konstytucji, niezależności sądów i niezawisłości sędziów. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Liber, Warszawa 2015, s. 65.

²¹ R. Grzeszczak, *Skuteczność unijnych procedur ochrony praworządności w stosunku do państw członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 6, s. 33. Zob. również J. Nowacki, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1995, s. 54-55.

również było zgodne z określonymi wartościami materialnymi – jest to zatem nawiązanie do idei słuszności prawa. Należy zgodzić się z Justyną Maliszewską-Nienartowicz, że współcześnie błędem byłoby rozgraniczenie tych elementów. Rządy prawa łączą się z innymi zasadami ustroju liberalno-demokratycznego i tworzą pewną całość. Zakres zasady rządów prawa powinien więc obejmować zarówno formalne, jak i materialne elementy²². Przy czym, jak zauważa Arthur Watts, koncepcji rządów prawa w krajowych porządkach prawnych nie należy utożsamiać z ideą rządów prawa w prawie międzynarodowym²³. W kontekście prawa międzynarodowego koncepcja *rule of law* odnosi się do cech właściwych dla międzynarodowego porządku prawnego, np. ochrony praw człowieka. Oznacza, że adresaci norm prawa międzynarodowego powinni przestrzegać prawa. Działania podmiotów prawa międzynarodowego opierają się na prawie, a nie arbitralnej władzy, rozstrzyganie wszelkich sporów odbywa się na podstawie prawa, a nie przy użyciu siły, a prawo może i powinno służyć do osiągania celów społecznych w taki sposób, by nie naruszyć wolności i godności jednostek. W prawie międzynarodowym idea ta jest realizowana w takim zakresie, w jakim państwa rzeczywiście przestrzegają norm prawnomiędzynarodowych²⁴. Warto więc odnotować szczególne związki, jakie zachodzą między zasadą przestrzegania prawa międzynarodowego a zasadą rządów prawa. Ta pierwsza musi być postrzegana jako jeden z kluczowych elementów rządów prawa²⁵.

Koncepcja „rządów prawa w stosunkach międzynarodowych” w przeciwieństwie do koncepcji rządów prawa w stosunkach wewnętrznych nie tylko nie jest zdefiniowana, ale nawet nie został bliżej określony jej merytoryczny zakres²⁶. Należy jednak zauważyć, że pośród ważnych elementów określających rządy prawa w stosunkach wewnętrznych co najmniej dwa z nich mają także zastosowanie do rządów prawa w stosunkach międzynarodowych, a mianowicie:

- wymóg równego poddania się prawu; oraz
- wykonywanie prawa zgodnie z pewnymi standardami sprawiedliwości zarówno co do meritum, jak i procedury²⁷.

Zdaniem Andrzeja Makarewicza zdefiniowanie koncepcji rządów prawa w stosunkach międzynarodowych bądź co najmniej przedstawienie zarysu głównych jej konstytutywnych elementów umożliwi rozwijanie jej, a także nakreślenie wspólnego planu działania dla pełnego i wszechstronnego wcielania jej w życie jako konstytucyjnej normy stosunków międzynarodowych. Przy czym dyskusja nad definicją

²² J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada rządów prawa w Unii Europejskiej*, „Sprawy Międzynarodowe” 2008, nr 4, s. 77-78.

²³ A. Watts, *The International Rule of Law*, „German Yearbook of International Law” 1993, vol. 36, s. 16.

²⁴ E. Lis, *The rule of law w opiniach doradczych i wyrokach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 2, s. 9-10.

²⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada rządów prawa...*, s. 89.

²⁶ A. Makarewicz, *Rządy prawa w stosunkach międzynarodowych*, [w:] J. Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, Warszawa 2007, s. 416.

²⁷ *Ibidem*, s. 423.

powinna uwzględniać również wzajemne uwarunkowania i związki między koncepcją rządów prawa w stosunkach wewnętrznych a koncepcją rządów prawa w stosunkach międzynarodowych²⁸.

Należy zauważyć, że pojęcie „rządów prawa” jest coraz częściej uwzględniane w międzynarodowych i krajowych aktach prawnych oraz w orzecznictwie, w szczególności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), który dokonał wykładni użytych we Wstępie i postanowieniach europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) takich sformułowań, jak „rzeczywiście demokratyczny ustrój polityczny” czy „społeczeństwo demokratyczne”²⁹. Warto przy tym podkreślić, że przez całą historię europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zasada rządów prawa była gwiazdą przewodnią w rozwoju orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wprawdzie żadne postanowienie konwencji ani protokołów do niej nie wyraża zasady rządów prawa, jednak jest ona wprost wyrażona w tekście preambuły³⁰ i jak stwierdził w wielu orzeczeniach ETPC zasada ta jest „nieodłącznie związana ze wszystkimi artykułami Konwencji”³¹.

Ponieważ zasada rządów prawa jest fundamentem Rady Europy, to w jej ramach podjęto próbę stworzenia definicji, która umożliwiałaby praktyczne stosowanie tej zasady w państwach członkowskich. W Raporcie Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo (tzw. Komisji Weneckiej RE) na temat rządów prawa z 2011 r., w rozdziale IV, wymienione zostały elementy składowe zasady *rule of law*, którą tworzą: legalność, w tym przejrzysty, odpowiedzialny i demokratyczny proces stanowienia prawa; pewność prawa; zakaz arbitralności; dostęp do wymiaru sprawiedliwości przed niezależnymi i bezstronnymi sądami, w tym do sądowej kontroli aktów administracyjnych; poszanowanie dla praw człowieka, niedyskryminacja i równość wobec prawa. Jest to jednak definicja opisowa, która wymaga interpretacji w drodze orzecznictwa sądowego. Aktualnie jest ono bardzo bogate, jednak ETPC nie stworzył jednolitej definicji *rule law*, potwierdził jedynie istnienie określonych elementów zaliczanych do zakresu tej zasady³².

Z kolei w praktyce ONZ koncepcja *rule of law* odnosi się do sposobu sprawowania władzy i oznacza, że wszystkie osoby, instytucje, jednostki, w tym państwo,

²⁸ *Ibidem*, s. 430-431.

²⁹ Szerzej na ten temat zob. K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości narodowej państw członkowskich Unii Europejskiej z perspektywy wspólnych wartości*, [w:] G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabias, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 86.

³⁰ Zob. A. Przyborowska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lubelskie Wydawnictwo Prawnicze, Lublin 2005, s. 271.

³¹ Szerzej na ten temat zob. R. Spano, *Zasada rządów prawa jako gwiazda przewodnia w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – trybunał strasburski a niezawisłość sądownictwa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 5, s. 4-16.

³² J. Barcik, *Skuteczność procedur ochrony praworządności w Radzie Europy i jej państwach członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 6, s. 60. Należy też zwrócić uwagę na Listę kontrolną dotyczącą praworządności (*Rule of Law Checklist*) przyjętą podczas 106. Posiedzenia Plenarnego Komisji Weneckiej Rady Europy (11-12.03.2016 r.).

przestrzegają prawa, które zostało ogłoszone, jest jednakowo egzekwowane i stosowane przez niezależne sądy oraz zgodnie z międzynarodowymi standardami z zakresu ochrony praw człowieka. Koncepcja ta wymaga stosowania środków, które zagwarantują przestrzeganie następujących zasad: nadrzędności prawa, równości wobec prawa, ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie prawa, sprawiedliwego stosowania prawa, podziału władzy, udziału w procesie decyzyjnym, pewności prawa, unikania arbitralności, transparentności proceduralnej i prawnej³³.

Natomiast według Jarosława Sozańskiego państwo prawa (państwo prawne) to państwo, w którym wzajemne stosunki między organami władzy państwowej a jednostkami (osobami fizycznymi i prawnymi) są określone przez stabilne i efektywne normy prawne. W państwie prawa istnieje hierarchia aktów prawnych (na czele z konstytucją), a na straży zgodności aktów prawnych z konstytucją stoi sądownictwo konstytucyjne. Działalność władz, w tym zwłaszcza administracji, podlega w państwie prawa kontroli pod kątem legalności jej decyzji, czuwają nad tym niezawisłe sądy. Według współczesnej koncepcji państwa prawa obowiązek działania zgodnie z prawem odnosi się do wszystkich organów państwa, w tym również do parlamentu. Powinny one przestrzegać praw człowieka. W państwie prawa normom prawnym podporządkowany jest nie tylko obywatel, ale także władza państwowa. Najbardziej charakterystyczne cechy państwa prawa to: a) zabezpieczenie praw człowieka i wolności; b) równość wobec prawa; c) pewność prawa (nadrzędność ustaw, postępowanie zgodne z przepisami prawa, sądowa ochrona prawna, zakaz stosowania ustaw działających wstecz); d) podział władzy (prawodawcza, wykonawcza, sądownicza)³⁴.

Ponadto autor zwraca uwagę, że bardzo często jednak podkreśla się, że państwo prawa powinno respektować (obok norm wewnętrznych, zwykle o podstawie konstytucyjnej) regulacje międzynarodowe, a zwłaszcza normy kogentywne (peremptoryjne) oraz *erga omnes*. W tym kontekście za normę powszechnie wiążącą oraz będącą w interesie społeczności międzynarodowej uważa się współcześnie zasadę poszanowania praw człowieka. W porządku międzynarodowym od lat 90. XX w. przyjmuje się, że niezależnie od zobowiązań traktatowych norma ta zyskała charakter zwyczajowy³⁵.

2. Wymóg demokratycznej formy rządu a uznanie międzynarodowe

Termin „rząd” w stosunkach międzynarodowych jest używany w dwóch znaczeniach. W znaczeniu węższym oznacza on naczelny organ administracji państwowej, natomiast w znaczeniu szerszym termin ten jest synonimem najwyższych władz

³³ E. Lis, *The rule of Law w opiniach...*, s. 10. Zob. też Rezolucję A/67/L/1, przyjętą 24.09.2012 r. przez ZO ONZ: Deklaracja z posiedzenia na wysokim szczeblu Zgromadzenia Ogólnego ONZ w sprawie praworządności na szczeblu krajowym i międzynarodowym.

³⁴ J. Sozański, *Kategoria rządów prawa w systemie ochrony prawnej Unii Europejskiej z uwzględnieniem zmian wprowadzanych Traktatem Lizbońskim oraz reperkusji dla Polski*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2008, t. XVIII, nr 2, s. 44-45.

³⁵ *Ibidem*, s. 45.

państwa i tak zazwyczaj jest on rozumiany, jeśli chodzi o problem uznania międzynarodowego³⁶.

Problem uznania rządu ze strony innych państw powstaje w sytuacji, kiedy dochodzi on do władzy w sposób niekonstytucyjny (np. zamach stanu czy rewolucja). Obiektywnym kryterium, na podstawie którego można rozstrzygnąć wątpliwości, czy uznanie powinno być udzielone, jest efektywność – stabilność i skuteczność władzy najwyższej nowo powstałego państwa, jej zdolność do utrzymywania stosunków międzynarodowych. Dokonując uznania, każde państwo musi indywidualnie ocenić kompetencje nowego rządu do reprezentowania swojego państwa w stosunkach międzynarodowych³⁷. Taka ocena jest bardzo ważna, gdyż można uważać, że państwo odpowiada prawnie tylko za działania swojego rządu uznawanego za taki przez inne państwa. Spełnienie kryterium efektywności wyznacza więc moment, od którego powinno nastąpić uznanie.

Rozważenia wymaga jednak kwestia, czy prawo międzynarodowe oprócz efektywności ustanawia jeszcze inne warunki sprawowania władzy państwowej, bowiem, jak zauważa Roman Kwiecień, ze statusem rządu państwa wiąże się nie tylko jego ochrona i uprawnienia do działań w imieniu państwa, lecz również obowiązki wobec innych państw oraz wobec ludności podlegającej jego jurysdykcji, dlatego efektywność jako główne kryterium legitymizacji władzy państwowej wynikające z prawa międzynarodowego nie może stanowić uzasadnienia działań podejmowanych przez rządy państw sprzecznych z ich zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi. Toteż działalność władz państwowych prowadząca do naruszeń praw człowieka i w konsekwencji do zagrożenia lub naruszenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa nie jest sprawą należącą „z istoty swej do wewnętrznej kompetencji jakiegokolwiek państwa” (art. 2 ust. 7 Karty NZ)³⁸.

Klasyczną reakcją prawa międzynarodowego na pozakonstytucyjną zmianę rządów była odmowa uznania rządu. Praktyka w tej materii była jednak niejednorodna, a ponadto wykazywała istotne uzależnienie od aktualnej polityki i interesów państw uznających. Sytuacja zaczęła ulegać zmianie (z wyjątkiem może Europy) w zasadzie dopiero wraz z zakończeniem zimnej wojny. Promotorem zmian okazały się organizacje międzynarodowe, w tym zwłaszcza organizacje regionalne, które zaczęły tworzyć standardy normatywne, początkowo niewiążące, później wiążące, dotyczące obrony i przestrzegania reguł demokracji, rządów prawa i praw człowieka, zwane klauzulami demokracji, a następnie zaczęły je egzekwować. Standardy te objęły również reakcję na pozakonstytucyjne zmiany rządów³⁹.

³⁶ L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, wyd. 14, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 135.

³⁷ E. Dynia, *Uznanie państwa w prawie międzynarodowym. Zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2017, s. 46.

³⁸ R. Kwiecień, *Legitymizacja rządu państwa w prawie międzynarodowym w świetle problemu regime change*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 7, s. 6-7.

³⁹ C. Mik, *Unia Afrykańska wobec zagadnienia pozakonstytucyjnej zmiany rządów*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów*

W okresie istnienia Organizacji Jedności Afrykańskiej⁴⁰ jej praktykę w zakresie uznawania rządów najlepiej ilustrują dwa charakterystyczne przypadki, a mianowicie zamach w Ugandzie (1971 r.) i w Liberii (1989 r.)⁴¹. Wskazały one na potrzebę zweryfikowania niektórych postanowień Karty OJA pod kątem uznawania nowych rządów. Natomiast w przypadku Unii Afrykańskiej⁴² praktykę tę można prześledzić m.in. na przykładzie zamachów w Gwinei Bissau (2003 r.), Togo (2005 r.), Czadzie (2008 r.), Mali (2012 r.) i innych.

W świetle art. 4 Aktu Założycielskiego z 2000 r. i Protokołu zmieniającego Akt Założycielski UA, przyjętego na I nadzwyczajnej sesji Zgromadzenia UA w lutym 2003 r. w Addis-Abebie, do zasad Organizacji zalicza się m.in. przestrzeganie zasad demokracji, praw człowieka, rządów prawa oraz dobrego rządzenia⁴³. Zasadą Aktu UA jest również potępienie i odrzucenie pozakonstytucyjnej zmiany rządu (art. 4 lit. p). W związku z tym, podobnie jak OJA, Unia Afrykańska podejmuje działania w zakresie pozakonstytucyjnej zmiany rządów, wypracowując standardy normatywne z tym związane. Rozwinięciem postanowień Aktu Założycielskiego UA stała się Afrykańska karta demokracji, wyborów i rządzenia, podpisana 30 stycznia 2007 r., która weszła w życie 15 lutego 2012 r. Natomiast znaczenie, jakie UA przywiązuje do kwestii legitymizmu i praworządności, potwierdziły decyzje 14. Szczytu Unii Afrykańskiej, trwającego od 31 stycznia do 2 lutego 2010 r. w Addis-Abebie. Położenie przez UA akcentu na wypracowywanie standardów normatywnych, odnoszących się do uznawania rządów, wydaje się w pełni zasadne w sytuacji częstszych niż na innych kontynentach zamachów. Praktyka zaś pokazuje działanie ustanowionych standardów w odniesieniu do różnych sytuacji kwalifikowanych w organizacji jako pozakonstytucyjna zmiana rządów⁴⁴.

W odniesieniu do wypracowania ogólnego podejścia do pozakonstytucyjnych zmian rządów warto zauważyć, że Unia Afrykańska przyjęła, podobnie jak wcześniej Organizacja Jedności Afrykańskiej, za zasadę posługiwanie się zarówno środkami prewencyjnymi (wprowadzenie w państwach stosunkowo szeroko rozumianych standardów demokracji, rządów prawa, a także praw człowieka), jak i represyjnych (środki dyplomatyczne i prawne, w tym sankcje)⁴⁵. Jednak w świetle przepisu aktów

współczesnego świata. *Księga Jubileuszowa dedykowana Pani Profesor Genowefie Grabowskiej*, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz-Katowice 2014, s. 383-384.

⁴⁰ Karta OJA podpisana została 25.05.1963 r. w Addis-Abebie i weszła w życie we wrześniu tego samego roku. Tekst Karty [w:] K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, wyd. IV uzupełn., Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław-Warszawa 1978, s. 166-174.

⁴¹ Zob. analizę tych przypadków [w:] E. Dynia, *Uznanie rządu w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1997, s. 128-133 oraz A. Sesay, *The OAU and regime recognition: The case of Liberia, unpublished mimeograph*, Departament of International Relations, University of Ife, 1980, s. 25-41.

⁴² OJA została przekształcona w Unię Afrykańską, która jest jej następcą prawnym zgodnie z podpisanym 11.07.2000 r. w Lome Aktem Założycielskim UA (United Nations Treaty Series, t. 2158, s. 33 i n.).

⁴³ B. Kuźniak, M. Marcinko, M. Inglevič-Citak, *Organizacje międzynarodowe*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 303-305.

⁴⁴ E. Dynia, *Uznanie państwa...*, s. 201-202.

⁴⁵ C. Mik, *Unia Afrykańska...*, s. 413.

konstytuujących OJA i UA, mówiącego o obronie suwerenności, integralności terytorialnej państw członkowskich, w praktyce nie zawsze jest łatwo rozgraniczyć, czy podstawą podjętych działań i nieuznawania jest statut czy naruszenie norm *ius cogens*.

Jeżeli chodzi o wyrażony w art. 5 pkt d Karty Organizacji Państw Amerykańskich⁴⁶ wymóg demokratycznej formy rządów, to należy zwrócić uwagę, że już stanowisko ministra spraw zagranicznych Ekwadoru Carlosa Tobaro z 1907 r. dotyczące uznawania rządów, które doszły do władzy w sposób niekonstytucyjny, wskazywało na demokratyczną legitymizację jako na przesłankę uznania międzynarodowego nowej władzy⁴⁷.

Należy też zauważyć, że chociaż do początku lat 90. XX w. praktyka OPA w dziedzinie uznawania rządów nie była jednomyślna, to jednak można odnotować kilka sytuacji, w których zajęła ona stanowisko wobec naruszania zasad reprezentatywnej demokracji. Miało to miejsce w czerwcu 1979 r., kiedy ministrowie spraw zagranicznych OPA zażądali zastąpienia reżimu Anastasia Somozy w Nikaragui przez demokratyczny rząd i niezwłocznego przeprowadzenia wolnych wyborów. W grudniu 1987 r., kiedy OPA zażądała natychmiastowego przywrócenia procesu demokratycznego w Haiti i podjęcia przez rząd tego kraju niezbędnych kroków dla zapewnienia społeczeństwu możliwości wypowiedzenia swojej woli w drodze wolnych wyborów, oraz w maju 1988 r., kiedy ministrowie spraw zagranicznych stwierdzili, że generał Manuel Antonio Noriega naruszył prawo obywateli panamskich do wolnego wyboru swoich prawowitych władz, i zażądali przekazania władzy w możliwie najkrótszym czasie w drodze procedur demokratycznych⁴⁸.

Praktyka ta uległa zmianie dopiero w czerwcu 1991 r. po przyjęciu przez ministrów spraw zagranicznych rezolucji, która przewiduje niezwłoczne zwołanie posiedzenia Stałej Rady OPA w przypadku przerwania procesu demokratycznego czy sprawowania władzy przez demokratycznie wybrany rząd w jakimkolwiek państwie członkowskim⁴⁹. Rezolucja ta została zastosowana już w październiku tego samego roku, kiedy po obaleniu 30 września 1991 r. w wyniku zamachu stanu demokratycznie wybranego prezydenta Haiti Jean-Bertranda Aristide'a OPA jednomyślnie zaleciła państwom członkowskim podjęcie działań zmierzających do dyplomatycznej izolacji nielegalnej władzy w Haiti i do zawieszenia ekonomicznych, finansowych i handlowych stosunków z tym krajem, aż do przywrócenia konstytucyjnego porządku⁵⁰.

⁴⁶ Karta OPA podpisana w Bogocie 30.04.1948 r. weszła w życie 13.12.1951 r. Tekst Karty [w:] K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów...*, s. 122-133. Była ona później zmieniana na mocy kolejnych protokołów.

⁴⁷ C. Tabor w deklaracji z 15.03.1907 r. skierowanej do państw Ameryki Łacińskiej postulował nieuznawanie wszystkich rządów ustanowionych w drodze rewolucyjnej, niekonstytucyjnej – „American Journal of International Law” 1908, nr 2, Supplement, s. 229-230.

⁴⁸ E. Dynia, *Uznanie rządu...*, s. 138.

⁴⁹ Rezolucja ta została przyjęta na XXI sesji Zgromadzenia Ogólnego OPA odbywającej się w Chile w dniach 14-15 listopada 1991 r. J. Kukułka, *Historia współczesna stosunków międzynarodowych 1945-2000*, wyd. IV, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2001, s. 646.

⁵⁰ Rezolucja Ministrów Spraw Zagranicznych państw OPA, MRE/RES. 1/91 z 3.10.1991 r. oraz rezolucja MRE/RES 2/91 z 8.10.1991 r.

Tak więc współcześnie, chociaż efektywność pozostaje podstawowym kryterium prawnym niezbędnym do uznania nowego rządu według prawa międzynarodowego, to w praktyce państwa oceniają również szerokie spektrum czynników politycznych przed udzieleniem pretendentowi do władzy uznania. W okresie powojennym nastąpił bowiem powrót do wywodzącego się z doktryny C. Tobaró legitymizmu demokratycznego. Idea ta znajduje współcześnie wyraz w wymogu demokratycznej formy rządów. Tak więc w praktyce uznawania rządów tradycyjne kryteria często łączone są z wymogiem demokratyczności rządu, przestrzegania praw człowieka, w tym praw mniejszości, prawa społeczeństwa do udziału w rządzeniu swym krajem, do korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego w uczciwych, powszechnych, równych i tajnych wyborach. Państwa odmawiały więc uznania rządów, które prowadziły politykę nieposzanowania zasady równouprawnienia (np. Republika Południowej Afryki) i samostanowienia narodów (np. Portugalia) lub politykę nieposzanowania podstawowych praw i wolności człowieka, kierując się uprzedzeniami rasowymi (np. Południowa Rodezja, Republika Południowej Afryki)⁵¹.

Po drugiej wojnie światowej obowiązek respektowania podstawowych zasad demokracji został ustanowiony i uznany przez państwa głównie w kontekście praw człowieka, co potwierdza analiza takich dokumentów międzynarodowych, jak: Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 10 grudnia 1948 r., przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 14 grudnia 1960 r., Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym, Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych oraz Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne 16 grudnia 1966 r. Obowiązek ten wykluczał jednak, z uwagi na odwołanie się do zasady nieingerencji w sprawy wewnętrzne, możliwość politycznej oceny przez ONZ faktycznego respektowania tych zasad⁵². Dopiero przyjęcie w latach 90. przez RB ONZ rozszerzającej interpretacji norm rozdziału VII Karty (pojęcie „zagrożenie pokoju”) w związku z konfliktami wewnętrznymi, naruszeniem zasad państwa demokratycznego, praw człowieka oraz terroryzmem międzynarodowym dało podstawę do przeprowadzenia interwencyjnych działań zbrojnych na przykład w Somalii w 1992 r., w Rwandzie w 1994 r. czy na Haiti w 1995 r. w sytuacji poważnego naruszenia praw człowieka⁵³. Jest znamienne, że uzasadnieniem akcji przeprowadzonej na Haiti nie było dokonanie w tym państwie zamachu stanu z pomocą innych państw, lecz to, że jego rząd niekonstytucyjny dopuszczał się naruszenia

⁵¹ Szerzej na ten temat zob. E. Dynia, *Legitymizm demokratyczny i uznanie rządu*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar (red.), *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2003, s. 117-118 i 120.

⁵² Zob. teksty dokumentów [w:] K. Kocot, K. Wolfke (oprac.), *Wybór dokumentów...*, s. 97, 108 i 212. Analiza postanowień tych dokumentów pod kątem obowiązku respektowania podstawowych zasad demokracji zob. J. Symonides, *Ocena demokratyczności systemu politycznego państwa w prawie międzynarodowym i praktyce międzynarodowej*, [w:] E. Haliżak, D. Popławski (red.), *Demokracja w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1997, s. 25-26.

⁵³ E. Dynia, *Legitymizm demokratyczny...*, s. 124-125.

demokracji i praw człowieka na masową skalę⁵⁴. Takie działania, jak słusznie podkreśla R. Kwiecień, prowadzące do zmiany rządu dopuszczającego się poważnych naruszeń praw człowieka lub niezdolnego do zapobieżenia takim naruszeniom, znajdują uzasadnienie w świetle prawa międzynarodowego. Rząd taki traci bowiem legitymizację jako rząd efektywny w rozumieniu tego prawa, ponieważ albo sprzeciwia się wykonywaniu w dobrej wierze swych zobowiązań międzynarodowych dotyczących praw człowieka, albo nie jest zdolny do przeciwdziałania naruszeniom tych praw w obrębie terytorium państwowego⁵⁵.

Należy zwrócić uwagę, że w powojennej historii pierwszą próbą społeczności międzynarodowej izolowania rządu w imię zasad demokracji była odmowa uznania rządów faszystowskich w ONZ. Dotyczyło to rządu Hiszpanii i Portugalii⁵⁶. Tak więc występowanie obecnie przypadków odmowy uznania nowym rządów ze strony ONZ i innych organizacji międzynarodowych świadczy o tym, że dotychczasowe takie przypadki nie były incydentalne, lecz stanowiły początek *novum*, które znajduje kontynuację w odmowie uznania rządów stosujących niedemokratyczne praktyki⁵⁷.

Wprowadzenie oceny „demokratyczności” systemu politycznego państwa stanowi ewolucję instytucji uznania rządu, szczególnie w europejskim prawie międzynarodowym, w którym istnieją kryteria odmowy uznania rządowi powstałemu w drodze zamachu. Przykładem może być stosunek do rządu „czarnych pułkowników”, który ukonstytuował się w Grecji po dokonanych 21 kwietnia 1967 r. zamachu stanu⁵⁸.

Uchwalone przez Radę Europejską *Wytyczne w sprawie uznania nowych państw w Europie Wschodniej i Związku Sowieckim*, przyjęte 16 grudnia 1991 r.⁵⁹, również podkreślają element rządów prawa jako warunek uznania, pomijając jednak tak istotny element tradycyjnego prawa o uznaniu państw, jak efektywność władzy państwowej⁶⁰. Uzależniają one uznanie od poszanowania przez nowe państwa podstawowych zasad prawa międzynarodowego.

Obecność zasady legitymizmu demokratycznego w praktyce uznawania rządów jest faktem. Praktyka ta nie potwierdziła jednak dotąd zwyczajowego oraz uniwersalnego jej charakteru. Można powiedzieć, że kształtuje się europejska norma zwyczajowa dotycząca obowiązku posiadania demokratycznego rządu. Nie ulega więc

⁵⁴ Zob. *Resolutions and decisions adopted by the General Assembly during its forty-ninth session*, t. I, 20 September – 23 December 1994, s. 32-33.

⁵⁵ R. Kwiecień, *Legitymizacja rządu...*, s. 19.

⁵⁶ Szerzej na ten temat zob. E. Dynia, *Uznanie rządu...*, s. 43-44.

⁵⁷ Szerzej na ten temat zob. A. Patek, J. Rydel, J.J. Węc (red.), *Najnowsza historia świata*, t. II. 1963-1979, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1997, s. 185-200. Przykładem może np. rezolucja RB ONZ nr 216 z 12.11.1965 r. wzywająca do nieuznawania „nielegalnego rasistowskiego, mniejszościowego reżimu w Południowej Rodezji” (pkt 1-2), S/Res/216/1965.

⁵⁸ Po wprowadzeniu przez ten rząd stanu wyjątkowego, ustanowieniu cenzury, rozwiązaniu partii politycznych, przeprowadzeniu czystek w wojsku, policji i administracji Grecja znalazła się w izolacji. Rada Europy rozpoczęła procedury prowadzące do zawieszenia członkostwa. Grecja jednak sama wystąpiła z RE, a wróciła do niej w 1974 r. po przywróceniu demokracji.

⁵⁹ „International Legal Materials” 1992, vol. 31, no. 6, s. 1486-1487.

⁶⁰ E. Dynia, *Legitymizm demokratyczny...*, s. 123.

wątpliwości, że w Europie odejście od modelu demokratycznego nie pozostanie bez negatywnej reakcji nie tylko państw, lecz także organizacji międzynarodowych⁶¹.

Podsumowując, należy zgodzić się z Januszem Symonidesem, że chociaż zasada efektywności spełnia ważną rolę w prawie międzynarodowym, warunkując jego działanie i skuteczność, to jednak trudno oprzeć porządek międzynarodoprawny wyłącznie na tej zasadzie. Nie ulega jednak wątpliwości, że prawo międzynarodowe jako system zdecentralizowany musi ją respektować, aby nie powstała przepaść między rzeczywistością a powinnością⁶². Tak więc uzasadnieniem wykonywania władzy publicznej w imieniu państwa wciąż pozostaje efektywność.

Jeśli chodzi o wymóg demokratycznej formy rządów jako warunek uznania, to obecny rozwój prawa międzynarodowego wskazuje, że istnieje on jedynie na płaszczyźnie politycznej. Norma prawna w tym zakresie nie została jeszcze w pełni ukształtowana, chociaż niewątpliwie proces normotwórczy jest w toku. Zdaniem Dobrochny Bach-Goleckiej dla ukształtowania normy prawnej odnoszącej się do demokratycznych rządów wspólnota międzynarodowa powinna zgodzić się na ustanowienie szczegółowych elementów definiujących normę, wypracować system monitorowania prawa oraz określić metody zmierzające do jego implementacji⁶³. Kwestią problematyczną jest również zapewnienie jednolitości postępowania wspólnoty międzynarodowej w poszczególnych, analogicznych do siebie przypadkach. Jednocześnie autorka zwraca uwagę, że standaryzacja zachowań jest szczególnie trudna ze względu na wymogi polityki państw, wpływające z realizowania ich interesów narodowych, uwarunkowanych aktualnym stanem stosunków międzynarodowych. Odwołuje się przy tym do poglądów niektórych przedstawicieli doktryny, którzy wskazują, że w przypadku rządu niedemokratycznego strategia izolacji na arenie międzynarodowej, wynikająca z braku uznania, może okazać się mniej korzystna dla planowanych przemian demokratycznych niż polityka tworzenia i podtrzymywania wzajemnych współzależności i powiązań, zmierzająca do odpowiedniego ukierunkowania zmian politycznych w kraju⁶⁴.

3. Członkostwo w organizacjach międzynarodowych a wymóg demokratycznej formy rządów

Społeczność międzynarodową łączą wartości, którymi *de facto* są zasady Karty Narodów Zjednoczonych. Wartości te, wyrażane przez podstawowe prawa i wolności człowieka, demokrację i państwo prawa potwierdzone zostały w umowach

⁶¹ *Ibidem*, s. 123-124.

⁶² J. Symonides, *Terytorium państwowe...*, s. 16-18 i 33-34.

⁶³ D. Bach-Golecka, *Zaangażowanie ONZ na rzecz poszanowania demokratycznej formy rządów. Próba refleksji teoretycznej*, [w:] J. Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. R. Łazarskiego, Warszawa 2006, s. 41-42.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 43.

prawa międzynarodowego, w tym w umowach konstytuujących organizacje międzynarodowe. Wartościom tym nadany został status wartości szczególnie cennych, które są w systemach prawa (w tym krajowego) obowiązujące i objęte obowiązkiem realizacji⁶⁵. Stąd organizacje międzynarodowe w swoich statutach przewidują zawieszenie w prawach członka lub wykluczenie państwa uporczywie naruszającego zasady organizacji⁶⁶.

Jeśli chodzi o ONZ i inne najważniejsze organizacje regionalne, takie jak Rada Europy, Unia Afrykańska, Liga Państw Arabskich i Organizacja Współpracy Islamskiej, to jak zauważa Cezary Mik, postanowienia traktatów założycielskich co do zasady nie wpływają na poszczególne elementy państwowości. Odnosząc się do władzy państwowej, której istnienie jest warunkiem normalnego funkcjonowania państw jako członków organizacji międzynarodowych, a przede wszystkim samej organizacji, autor zwraca uwagę, że traktaty nie wnikają w naturę władzy państwowej⁶⁷, chociaż czasami wymagają spełnienia pewnych warunków ogólnoustrojowych lub legitymizacji demokratycznej władz państwowych⁶⁸. Zasadne wydaje się więc pytanie, czy demokratyczność rządu jest już kryterium członkostwa w organizacjach międzynarodowych i czy podlega ocenie i kontroli międzynarodowej.

W przypadku Organizacji Narodów Zjednoczonych analiza Karty pozwala stwierdzić, że nie ma takich terminów jak „demokracja”, „zasada demokracji” czy „rząd demokratyczny”. Posiadanie rządu demokratycznego czy systemu demokratycznego nie jest też warunkiem przyjęcia do ONZ. Kryterium członkowskie to „umiłowanie pokoju” oraz zdolność wykonywania zobowiązań wynikających z Karty⁶⁹. Natomiast w przyjętych w późniejszym czasie przez ONZ dokumentach, szczególnie będących efektem debaty na temat reformy organizacji, znajduje się odwołanie do rządów prawa jako niezbędnego warunku utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

⁶⁵ J. Menkes, *Polska przeciwko „wspólnym europejskim wartościom”*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 251.

⁶⁶ W przypadku ONZ o zawieszeniu w prawach członka stanowi art. 5 Karty, mający zastosowanie do państwa, „przeciwko któremu Rada Bezpieczeństwa zastosowała akcję prewencji lub przymusu”, natomiast o wykluczeniu państwa, które „uporczywie łamie zasady Karty”, stanowi art. 6 Karty. Zob. A. Przyborowska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe...*, s. 7-8.

⁶⁷ Przykładem może być Pakt Ligi Państw Arabskich z 22 marca 1945 r., który w art. 8 stanowi, że: „Każde państwo członkowskie Ligi zobowiązuje się uszanować system rządu ustanowiony w innych państwach członkowskich Ligi, uznając, że jest to wyłączne prawo każdego państwa [...]”. K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów...*, s. 119.

⁶⁸ C. Mik, *Fenomenologia...*, t. II, s. 266-267. Statuty organizacji międzynarodowych nie regulują więc kwestii reprezentacji w organizacji państwa, w którym nastąpiła niekonstytucyjna zmiana rządu, kierując się normą ogólną, tj. „zakazem ingerencji organizacji i innych członków społeczności międzynarodowej w sprawy wewnętrzne państwa” (art. 2 ust. 7 Karty NZ) i niemożnością uzgodnienia poglądów wszystkich członków organizacji uniwersalnych, czy tym bardziej społeczności międzynarodowej na to, co jest kontrkonstytucyjnym zamachem stanu, a co jest np. realizacją prawa do nieposłuszeństwa obywatelskiego. J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2017, s. 277-278.

⁶⁹ J. Symonides, *Ocena demokratyczności...*, s. 25. Zob. art. 4 Karty NZ, A. Przyborowska-Klimczak (oprac.), *Prawo międzynarodowe...*, s. 7.

Przykładem może być uchwalona przez ZO ONZ 8 września 2000 r. Deklaracja Milennijna⁷⁰ oraz Dokument Końcowy Szczytu Światowego przyjęty 16 września 2005 r.⁷¹, gdzie wśród wartości, które powinny kształtować stosunki międzynarodowe w XXI w., wymienia się ochronę praw człowieka, demokrację i rządy prawa. W części poświęconej zasadzie rządów prawa podkreślono konieczność jej powszechnego przestrzegania i stosowania zarówno w krajowych porządkach prawnych, jak i w prawie międzynarodowym⁷². Wprawdzie wyniki szczytu przedstawione w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ mają charakter zalecenia, nie są więc prawnie wiążące, jednak, jak zauważają Jerzy Menkes i Andrzej Wasilkowski, w praktyce ONZ uchwały o charakterze zaleceń zapoczątkowały procesy prawotwórcze prowadzące w perspektywie do stanowienia norm powszechnie obowiązujących⁷³.

Ponieważ wszystkie działania ONZ mają realizować cel nadrzędny – utrzymywanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa – to organizacja może stosować środki przymusu wobec państw, których władze dopuszczają się działań stanowiących zagrożenie dla tego celu. W powojennej historii pierwszą próbą, chociaż mało skuteczną, ze strony społeczności międzynarodowej pozbawienia władzy miejscowego rządu krajowego w imię zasad demokracji było określenie przez Zgromadzenie Ogólne ONZ faszystowskiego reżimu generała Franco w Hiszpanii jako potencjalnego zagrożenia dla pokoju światowego. 9 lutego 1946 r. ZO ONZ przyjęło rezolucję zalecającą zerwanie przez członków ONZ stosunków dyplomatycznych z Hiszpanią i odwołanie ambasadorów. Natomiast 12 grudnia 1946 r. RB ONZ przyjęła rezolucję pozbawiającą Hiszpanię prawa do członkostwa w ONZ do czasu przywrócenia demokracji⁷⁴. Hiszpania uzyskała pełne członkostwo ONZ, jak też organizacji wyspecjalizowanych, dopiero w 1955 r.⁷⁵

Współcześnie środki przymusu stosowane przez RB, działającą na podstawie rozdziału VII Karty NZ, mające na celu przywrócenie do władzy demokratycznej legitymizowanego rządu, nie budzą wątpliwości prawnych, jeśli niekonstytucyjne odsunięcie od władzy rządu demokratycznego stanowi „zagrożenie pokoju” lub „naruszenie pokoju”. Istnieje w tym względzie praktyka RB, np. decyzje dotyczące sytuacji w Haiti i Sierra Leone⁷⁶.

Natomiast wiele regionalnych organizacji międzynarodowych w swoich statutach lub dokumentach przyjętych w późniejszej praktyce zawiera kryterium poszanowania demokracji jako wymóg członkostwa. Przykładem może być Unia Afrykańska, która jednoznacznie traktuje kwestie legitymizacji władzy w kontekście

⁷⁰ UN Doc. A/Res/55/2.

⁷¹ UN Doc. A/Res/60/1.

⁷² *Ibidem*, pkt 134, s. 29.

⁷³ J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe...*, s. 669.

⁷⁴ L. Stein, *Beyond Death and Exile: The Spanish Republicans in France 1939-1955*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1979, s. 286-288.

⁷⁵ Hiszpania (wraz z RFN) 31.01.1955 r. uzyskała status stałego obserwatora, natomiast 14.12.1955 r. otrzymała pełne członkostwo zarówno ONZ, jak i organizacji wyspecjalizowanych. A. Patek, J. Rydel, J.J. Węc (red.), *Najnowsza historia...*, s. 189.

⁷⁶ R. Kwiecień, *Legitymizacja rządu...*, s. 26.

członkostwa. Należy zauważyć, że pomimo wymienienia wśród celów Unii Afrykańskiej poszanowania zasad demokratycznych, praw człowieka, rządów prawa i dobrego rządzenia (art. 4 pkt m. Aktu Założycielskiego), w przeciwieństwie do innych organizacji rządowych, nie uzależnia się członkostwa tej organizacji od spełnienia standardów demokratycznych. Jedynymi kryteriami członkostwa są kryteria geograficzne (art. 29 Aktu). Natomiast art. 30 Aktu przewiduje obligatoryjne zawieszenie w prawach członka państwa, którego rząd przejął władzę środkami niekonstytucyjnymi⁷⁷. Nie jest to jednak powód do wykluczenia państwa z organizacji, zresztą takiej ewentualności Akt w ogóle nie przewiduje⁷⁸.

Jeśli chodzi o sformułowanie przepisu art. 4 Aktu UA, zawierającego katalog zasad, to warto zauważyć, że dotyczy on nie tylko państw członkowskich, ale Unii jako organizacji. Państwa afrykańskie określiły, że zasady te obowiązują zarówno Unię jako instytucję międzynarodową, jak też podmioty ją tworzące. Jest to *novum* w porównaniu z Kartą OJA, która odnosiła stosowanie zasad jedynie do państw członkowskich⁷⁹.

Należy dodać, że w styczniu 2015 r. Zgromadzenie UA przyjęło dokument „Agenda 2063”, w którym wśród siedmiu celów do osiągnięcia i zrealizowania przez UA do 2063 r. wymienia się m.in. „dobrze zarządzana, demokratyczna Afryka, w której stosowane są prawa człowieka, sprawiedliwość i rządy prawa”⁸⁰.

Przyjęta w Bogocie 30 kwietnia 1948 r. Karta OPA w art. 5 pkt d również stanowi, że polityczna organizacja państw amerykańskich będzie oparta na efektywnej, reprezentatywnej demokracji⁸¹. W tym zakresie, jak zauważa R. Kwiecień, wśród systemów regionalnego prawa międzynarodowego najdalej idą zobowiązania prawnomiędzynarodowe państw amerykańskich. Przykładem może być przyjęta w 1997 r. poprawka do Karty OPA, uprawnijająca Zgromadzenie Ogólne OPA do zawieszenia prawa do udziału w sesjach tego organu państwa, którego demokratycznie ukonstytuowany rząd został odsunięty od władzy w drodze użycia siły (art. 9 Karty OPA). Ponadto 22 kwietnia 2002 r. państwa członkowskie OPA przyjęły w Quebecu Deklarację odmawiającą rządowi, który doszedł do władzy w sposób niekonstytucyjny, prawa do reprezentowania państwa członkowskiego na szczycie OPA. Działania te dowodzą zdolności konkretnych zobowiązań traktatowych do ukierunkowywania sprawowania władzy w państwach oraz wpływu na umocowanie rządu

⁷⁷ Na tej podstawie UA zawiesiła w prawach członka organizacji Erytreę w 2009 r. w związku z zaangażowaniem tego państwa w konflikt w Somalii, Gwineę w 2008 r., Niger w 2010 r. w reakcji na zamach stanu oraz Madagaskar w 2009 r. w reakcji na kryzys polityczny. J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe...*, s. 279-280.

⁷⁸ Przyjęty na II zwyczajnej sesji Zgromadzenia UA w Maputo, 11.07.2003 r., Protokół dotyczący zmian Aktu Ustanawiającego UE, wyłączył z niego przepis art. 31 dotyczący ustania członkostwa.

⁷⁹ M.M. Kenig-Witkowska, *Unia Afrykańska ze stanowiska prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 9, s. 47.

⁸⁰ Assembly UA/Dec.565 (XXIV).

⁸¹ Zob. K. Kocot, K. Wolfke, *Wybór dokumentów...*, s. 123. Obecnie działalność OPA opiera się na czterech filarach: demokracji, prawach człowieka, bezpieczeństwie i rozwoju.

do reprezentowania państwa w stosunkach zewnętrznych. Ogólne prawo międzynarodowe nie zawiera jednak tego typu sformułowań⁸².

Należy też zwrócić uwagę, że Protokół dodatkowy do Traktatu konstytuującego Unię Narodów Południowoamerykańskich (UNASUR) z 23 maja 2008 r., dotyczący kompromisu demokratycznego z 26 listopada 2010 r., również przewiduje, że państwo członkowskie, które narusza porządek demokratyczny, może spotkać się z reakcją w postaci m.in. zawieszenia w prawach członkowskich oraz w korzystaniu z dobrodziejstw wynikających z członkostwa (art. 4)⁸³. Natomiast Organizacja Współpracy Islamskiej wymaga od swoich członków m.in. podtrzymania i promowania na szczeblach krajowym i międzynarodowym dobrego rządzenia, demokracji, praw człowieka i podstawowych wolności oraz rządów prawa (art. 2)⁸⁴.

Jednak szczególnie w Europie zasada legitymizmu demokratycznego stała się trwałą zasadą regionalnego porządku prawnego. Wszystkie organizacje europejskie uznają obecnie posiadanie demokratycznego systemu politycznego za warunek przystąpienia czy przynależności. Uznają również praktykę demokratyczną za obowiązującą, traktując ją jako istotny element dziedzictwa europejskiego. Znajduje to potwierdzenie w szeregu dokumentów przyjętych przez Radę Europy, Unię Europejską czy OBWE⁸⁵.

Należy zwrócić uwagę, że proces integracji europejskiej budowany był od początku jako wspólnota państw demokratycznych. Akcesja nowych państw do Rady

⁸² R. Kwiecień, *Legitymizacja rządu...*, s. 24. Należy dodać, że na forum OPA w 2001 r. przyjęto Międzyamerykańską Kartę Demokratyczną, w której podkreślono, że mieszkańcy półkuli zachodniej mają prawo do demokracji, a demokracja przedstawicielska (której elementami są wolne i powszechne wybory, swoboda wypowiedzi, pluralizm i przestrzeganie praw człowieka) jest politycznym systemem Ameryk. Stąd OPA zdecydowanie reagowała na naruszenie procedur demokratycznych i praw człowieka, np. w przypadku zamachu stanu dokonanego przez juntę wojskową na Haiti w 1991 r. B. Kuźniak, M. Marcinko, M. Ingelevic-Citak, *Organizacje...*, s. 284.

⁸³ C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. I. *Teoria i praktyka regionalnej integracji państw*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 266-267.

⁸⁴ Zob. Charter of Islamic Conference adopted by the Third Islamic Conference of Foreign Ministers at Djidda, on 4 March 1972, „United Nations Treaty Series” 1981, vol. 914, s. 111 i n.

⁸⁵ Wśród dokumentów Rady Europy należy wymienić: przyjęty 5 maja 1949 r. Statut Rady Europy (Dz. U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565); Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, przyjętą 4 listopada 1950 r. oraz Protokół pierwszy do tej Konwencji z 20 marca 1952 r. (tekst Konwencji i Protokołu [w:] A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe...*, s. 270, s. 278), jak również dyrektywy Zgromadzenia Parlamentarnego nr 488 z 1993 r., nr 485 z 1993 r. i nr 508 z 1995 r. Dokumenty Unii Europejskiej to: Jednolity Akt Europejski, podpisany 28 lutego 1986 r. (tekst [w:] A. Przyborowska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefelska, *Dokumenty Wspólnot Europejskich*, Lubelskie Wydawnictwo Prawnicze, Lublin 1994, s. 311); Deklaracja Podstawowych Praw i Wolności przyjęta przez Parlament Europejski 12 kwietnia 1989 r. i Deklaracja Praw Człowieka uchwalona 29 czerwca 1991 r. (teksty [w:] B. Gronowska, J. Jasudowicz, C. Mik (przekł. i opr.), *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Wyd. „Comer”, Toruń 1993, s. 298-303; s. 296-297). Dokumenty OBWE: Dokument końcowy spotkania wiedeńskiego z 19 stycznia 1989 r. (tekst [w:] A.D. Rotfeld (red.), *Polska a realizacja uchwał KBWE*, cz. II, PISM, Warszawa 1989, s. 84-178); Dokument Kopenhaski z 29 czerwca 1990 r., Dokument spotkania moskiewskiego z 3 października 1991 r. (teksty [w:] B. Gronowska, J. Jasudowicz, C. Mik (przekł. i opr.), *Prawa człowieka...*, s. 213-228, s. 229-241) oraz Paryska Karta Nowej Europy z 21 listopada 1990 r. (*Paryska Karta Nowej Europy*, Warszawa 1991). Omówienie postanowień wymienionych dokumentów w kontekście rozważań dotyczących demokracji zob. J. Symonides, *Ocena demokratyczności...*, s. 32-36.

Europy czy Unii Europejskiej warunkowana była (i nadal jest) osiągnięciem przez państwo kandydujące stabilności w dziedzinie instytucji gwarantujących demokrację, praworządność, respektowanie praw człowieka i ochronę mniejszości.

Rada Europy, która powstała 5 maja 1949 r.⁸⁶, od początku swojego istnienia opierała się na wspólnocie wartości, w szczególności na wspólnocie prawa, starając się harmonizować prawo państw członkowskich wokół wspólnych zasad, takich jak demokracja, rządy prawa i prawa człowieka⁸⁷. Stanowią one trzy powiązane ze sobą ściśle obszary, które pozwalają określić stan funkcjonowania państwa. Ocena tego stanu dokonywana jest systematycznie przez wyspecjalizowane instytucje Rady Europy⁸⁸.

Zgodnie z art. 3 Statutu RE każde państwo członkowskie zobowiązane jest przyjąć zasadę rządów prawa oraz korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności, a także szczerzej współpracy dla osiągnięcia celów Rady⁸⁹. Rada Europy jest więc organizacją, gdzie nabycie członkostwa nie jest wyrazem wyłącznie woli zainteresowanych państw, a wiąże się ze spełnieniem pewnych wymogów, nawiązujących do jej systemu aksjologicznego. Należy przy tym rozgraniczyć wymogi progowe (umożliwiające akcesję) oraz wymogi będące konsekwencją uzyskiwania członkostwa.

Wymogi progowe, egzekwowane w ramach procedury akcesyjnej, zostały określone podczas I Szczytu Szefów Państw i Rządów Rady Europy w Wiedniu (8-9 października 1993 r.), a więc w dobie, gdy RE otworzyła się na państwa Europy Środkowej i Wschodniej. Uważano wówczas, że dorobek prawny RE może stać się istotną przesłanką przemian w tym regionie w kierunku pluralistycznej demokracji, rządów prawa i ochrony praw człowieka⁹⁰.

Państwo, decydując się na członkostwo w Radzie Europy, bierze na siebie zestaw zobowiązań, które powinno realizować. Odmowa przyjęcia zobowiązań już wcześniej uniemożliwiła niektórym państwom europejskim przystąpienie do Rady. Portugalia musiała czekać aż do 1976 r., Hiszpania do 1977 r., aby móc przystąpić do organizacji. Natomiast po przyjęciu do Rady państwo poddane jest stałej kontroli co do wykonywania przyjętych zobowiązań⁹¹. Zgromadzenie Parlamentarne może

⁸⁶ Statut Rady Europy [w:] F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, przeł. M.A. Nowicki, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006, s. 161-173; Dz. U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565.

⁸⁷ Zob. Preambuła Statutu RE, *ibidem*, s. 161.

⁸⁸ Ta ocena wyrażana jest w formie raportów, jak np. Raportów Komisarza Praw Człowieka, Raportów Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji, Raportów Komitetu Ministrów dotyczących nadzoru nad wykonywaniem wyroków i decyzji ETPC H. Machińska, *Refleksje dotyczące Raportu Sekretarza Generalnego Rady Europy w sprawie stanu demokracji, praw człowieka i rządów prawa jako europejskiego imperatywu bezpieczeństwa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 2, s. 4 i 7.

⁸⁹ Zob. *ibidem*, s. 162.

⁹⁰ J. Jaskiernia, *Rada Europy jako organizacja międzynarodowa kreująca i oddziałująca na implementację standardów demokratycznych*, [w:] *idem* (red.), *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989-2009*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010, s. 36-37. Szerzej na ten temat zob. J. Symonides, *Ocena demokratyczności...*, s. 34.

⁹¹ Służą temu procedury monitoringowe Zgromadzenia Parlamentarnego oraz Komitetu Ministrów Rady Europy. Szerzej na temat tych procedur zob. E. Dynia, *Zasada demokracji, praworządności*

zastosować sankcje w przypadku uporczywego nieprzestrzegania zobowiązań (poważnego naruszenia zasady praworządności i praw człowieka) i braku współpracy w procesie weryfikacji: a) poprzez odmowę akredytowania reprezentacji parlamentarnej tego kraju, b) poprzez przyjęcie zalecenia adresowanego do Komitetu Ministrów, z zadaniem zastosowania odpowiednich kroków, przewidzianych w art. 8 Statutu RE, tj. zawieszenia w prawie do reprezentacji i wezwania przez Komitet Ministrów do wystąpienia z RE. W razie niezastosowania się państwa do takiego wezwania Komitet może postanowić, że przestał on być członkiem Rady, poczynając od daty określonej przez Komitet⁹². Rada Europy była więc zmuszona skorzystać z instrumentu sankcji, jakim jest zawieszenie w prawach członka w reakcji na poważne i systemowe naruszenie wartości – zobowiązań w stosunku do trzech państw. Pierwszym państwem była Grecja (RE rozpoczęła procedurę prowadzącą do zawieszenia Grecji w reakcji na zamach stanu w 1967 r., Grecja jednak sama wystąpiła z RE w 1969 r., a wróciła do niej w 1974 r. po upadku rządów wojskowych i przywróceniu demokracji), kolejnym Turcja (pozbawiona w latach 1980-1984 prawa udziału w głosowaniu w Zgromadzeniu, co było reakcją na wojskowy zamach stanu), a następnym Rosja (usunięta ze Zgromadzenia w latach 2000-2001 w konsekwencji działań w Czeczeni)⁹³. Na Federację Rosyjską również w 2014 r. nałożono sankcje w postaci zawieszenia prawa głosowania jej przedstawicieli w Zgromadzeniu Parlamentarnym w związku z aneksją Krymu⁹⁴. Z kolei w latach 2000-2001 Zgromadzenie Parlamentarne wielokrotnie groziło Ukrainie zawieszeniem, a następnie wydaleniem z powodu nieprzestrzegania zobowiązań podjętych w chwili przystąpienia. Chodziło zwłaszcza o odmowę wprowadzenia moratorium na karę śmierci oraz niepodjęcie obiecanych reform ustawodawczych i instytucjonalnych⁹⁵.

Nieco inny charakter mają dokumenty wydawane przez organy główne Rady Europy⁹⁶. Ponieważ są one prawnie niewiążące, to przez negatywną ocenę mają

i poszanowania praw człowieka jako warunek członkostwa w Radzie Europy, „Stosunki Międzynarodowe” 2020, t. 56, nr 4, s. 42-47.

⁹² Zob. Statut RE [w:] E. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy...*, s. 163.

⁹³ J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe...*, s. 280. W przypadku Rosji, w związku z konfliktem w Czeczeni, Zgromadzenie Parlamentarne RE już wcześniej wstrzymało na rok procedurę aplikacyjną i Rosja została przyjęta do Rady dopiero w 1996 r., rok po Ukrainie, a w 1998 r. stała się stroną Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

⁹⁴ Po raz pierwszy prawo do głosowania przedstawicieli Rosji w ZPRE zostało zawieszone w kwietniu 2006 r. w reakcji na tzw. drugą wojnę czeczeńską i zbrodnie popełnione przez rosyjskie wojska. Po raz kolejny 9 kwietnia 2014 r. na mocy rezolucji ZPRE 1988(2014), w której stwierdzono, że wyrok referendum i nielegalna akcesja Krymu są pozbawione skutków prawnych i Rada Europy ich nie uznaje. Po zakończeniu obowiązywania tej rezolucji przyjęta przez ZPRE 27 stycznia 2015 r. kolejna rezolucja również zawiesza prawa rosyjskiej delegacji do głosowania (dodatkowo zawieszeniu uległy też uprawnienia dotyczące udziału w organach ZPRE i misjach obserwacyjnych oraz związane z obejmowaniem pewnych funkcji i wykonywaniem pewnych zadań). Szerzej na ten temat zob. I.C. Kamiński, *Gdzie i jak mogą się skarżyć uczestnicy konfliktu na Ukrainie?*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 2 (62), s. 126-132.

⁹⁵ F. Benoit-Rohmer, H. Klebes, *Prawo Rady Europy...*, s. 45.

⁹⁶ W szczególności są to zalecenia Komitetu Ministrów RE oraz uchwały i zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego RE adresowane do państw członkowskich. Szerzej na ten temat zob.

wywierać polityczną presję na państwa członkowskie, np. na państwa mające problemy z przestrzeganiem praworządności. Charakter taki ma np. rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego nr 2188 (2017) z 11 października 2017 r. zatytułowana *Nowe zagrożenia dla rządów prawa w państwach członkowskich Rady Europy: wybrane przykłady*. Wymieniono w niej m.in. Polskę, której zarzucano tendencję do ograniczania sądownictwa, tendencję do jego upolityczniania i próby odwoływania sędziów i prokuratorów⁹⁷.

Rada Europy doprowadziła więc do wypracowania istotnych elementów systemu prawnego opartego na triadzie wartości: demokracji, rządów prawa i praw człowieka. Ich przestrzeganie jest jedną z zasadniczych przesłanek wiarygodnego i aktywnego członkostwa w Radzie Europy. Jak zauważa Jerzy Jaskiernia, od gotowości państw członkowskich do przestrzegania reguł tego „demokratycznego klubu państw Europy” zależy skuteczność Rady Europy, która nie dysponuje przecież żadnymi sankcjami ekonomicznymi. Gdy tej gotowości brak bądź ulega ona zasadniczemu ograniczeniu, efektywność działań RE musi ulegać osłabieniu. Stąd, zdaniem autora, RE powinna przemyśleć ponownie problem skuteczności stosowanych instrumentów oddziaływania na praktykę państw członkowskich. Oparcie się na dyspozycjach o charakterze *soft law* coraz częściej nie jest bowiem wystarczające. Zastrzega przy tym, że osiągnięcie konsensusu w tej kwestii nie będzie jednak łatwe, bo w części państw członkowskich RE populistyczne rządy mogą nie być zainteresowane ustanowieniem reguł, które ograniczałyby ich praktyki w obszarze ustroju politycznego⁹⁸. W związku z tym istotny jest więc wzrost oddziaływania normatywnego zasady rządów prawa w orzecznictwie ETPC, w szczególności w sprawach dotyczących niezawisłości i bezstronności sądownictwa, będącego efektem nowych wydarzeń w przestrzeni prawnej Rady Europy⁹⁹. Problemатyczna pozostaje jednak kwestia ich przestrzegania¹⁰⁰.

J. Jaskiernia, *Prawo Rady Europy a prawo krajowe – granice i wspólne obszary*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2009, s. 256.

⁹⁷ J. Barcik, *Skuteczność procedur...*, s. 70.

⁹⁸ J. Jaskiernia, *70 lat Rady Europy. Nowe wyzwania w obszarze demokracji, praworządności i ochrony praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 3, s. 99-100.

⁹⁹ R. Spano, *Zasada rządów prawa...*, s. 15. Zob. np. szeroko omówiony w artykule wyrok Wielkiej Izby z 1.12.2020 r., 26374/18, *Gudmundur Andri Astradsson p. Islandii*, s. 11-12 oraz głosę do tego wyroku, s. 38-46. Zob. też np. wyrok ETPC z 7 kwietnia 2021 r., skarga nr 4907/18, w sprawie *XERO FLOR sp. z o.o. p. Polsce*, w którym Trybunał stwierdził, że naruszenia w procedurze wyboru trzech sędziów do TK, w tym sędziego M.M., w dniu 2.12.2015 były na tyle poważne, że w ich wyniku doszło do naruszenia art. 6 ust. 1 EKPC w zakresie prawa do rzetelnego procesu sądowego, a także w zakresie prawa do sądu ustanowionego ustawą, oraz wyrok ETPC z 22 lipca 2021 r., skarga nr 43447/19, wydany po rozpatrzeniu sprawy adwokátky ukaranej karą dyscyplinarną przez ID SN, w którym Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 6 ust. 1 EKPC. Uznał bowiem, że ID SN nie była „sądem ustanowionym ustawą”. Wynikało to z wadliwej procedury powoływania sędziów do tej Izby: na podstawie opinii KRS, czyli organu, który pod rządami ustawy z 2017 r., nie daje wystarczających gwarancji niezależności od władzy ustawodawczej lub wykonawczej.

¹⁰⁰ Szerzej na ten temat zob. L.R. Glas, *The European Court of Human Rights Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents*, „Human Rights Law Review” 2017, no. 1, s. 99.

Jeśli chodzi o Unię Europejską, to od czasu wejścia w życie Traktatu o Unii Europejskiej z 1992 r. zasada rządów prawa uzyskała ważną podstawę traktatową¹⁰¹, a jej rozwój i umacnianie stało się jednym z celów jej polityki rozwoju. Zasada ta miała też niewątpliwie duże znaczenie w kontekście procesu rozszerzenia Unii Europejskiej. Najpierw włączono ją do postanowień układów stowarzyszeniowych zawartych z krajami Europy Środkowo-Wschodniej, m.in. z Polską, w układach tych stanowiła warunek wsparcia finansowego oraz późniejszego przystąpienia do Unii Europejskiej. Następnie na szczycie w Kopenhadze w czerwcu 1993 r.¹⁰² zasadę rządów prawa uznano za jeden z politycznych warunków członkostwa w Unii. Warto przy tym dodać, że coroczne raporty dotyczące postępów osiąganych przez państwa aspirujące do członkostwa w Unii, przekazywane przez Komisję Europejską Radzie, zawierały ocenę realizacji kryteriów kopenhaskich, w tym zasady rządów prawa. Należy jednak zgodzić się z Krzysztofem Wójtowiczem, że spełnienie kryteriów akcesyjnych nie oznacza, iż po uzyskaniu członkostwa państwo będzie w dalszym ciągu szanowało wspólne wartości¹⁰³, czego aktualnym przykładem jest Polska¹⁰⁴.

¹⁰¹ W ust. 3 preambuły Traktatu o Unii Europejskiej państwa członkowskie potwierdziły przywiązanie do zasady rządów prawa. Natomiast w art. F ust. 1 Traktatu stwierdzono, że „Unia respektuje tożsamość narodowe Państw Członkowskich, których systemy rządów opierają się na zasadach demokracji”, A. Przyborska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefelska, *Dokumenty Wspólnot...*, s. 316 i 320. Należy dodać, że zasada rządów prawa była już obecna w systemie wspólnotowym przed powstaniem UE. Ustanowił ją ETS w wyroku *Les Verts*. Zob. wyrok TS z 23 kwietnia 1986 r., C-294/83, *Partieciologiste „Les Verts” vs. Parlament Europejski*, ECLI:EU:C:1986:166.

¹⁰² Polityczne kryteria nabycia członkostwa, określone na posiedzeniu Rady Europejskiej w Kopenhadze w 1993 r., obejmują m.in. osiągnięcie przez państwo kandydujące stabilności instytucji gwarantujących demokrację, praworządność, przestrzeganie praw człowieka oraz poszanowanie i ochronę praw mniejszości narodowych. Copenhagen European Council 21-22 June 1993, Conclusions of the Presidency, SN 180/1/93. REV 1. Przyjęcie owych wytycznych było postrzegane wówczas jako wkład w międzynarodową praktykę konsolidowania i ochrony wspólnych wartości, przede wszystkim demokracji, praworządności i praw człowieka. W.S. Staszewski, A. Szarek-Zwijacz, *Instytucja uznania państwa i jej stosowanie w praktyce polskiej oraz Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej) w stosunku do państw powstałych po rozpadzie ZSRR*, [w:] L. Brodowski, D. Kuźniar-Kwiatk (red.), *Unia Europejska a prawo międzynarodowe. Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Elżbiecie Dyni*, Oficyna Wydawnicza Zimowit, Rzeszów 2015, s. 343.

¹⁰³ K. Wójtowicz, *Wspólnota wartości w Unii Europejskiej z perspektywy art. 90 ust. 1 Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1, s. 116.

¹⁰⁴ Np. w 2017 r. w Zaleceniu w sprawie praworządności w Polsce Komisja stwierdziła, że Polska pozbawiona jest skutecznej ochrony praw podstawowych i że niezależność sądownictwa została strukturalnie osłabiona oraz że podważone zostało zaufanie do polskiego wymiaru sprawiedliwości. Zob. Zalecenie Komisji (UE) 5320/2017 z 26 lipca 2017 r. w sprawie praworządności w Polsce uzupełniające zalecenia (UE) 1374/2016 oraz 146/2017 C (2017) 5320 final. Zob. również wyrok TSUE z 5 listopada 2019 r., C-192/18, *Komisja Europejska p. Rzeczypospolitej Polskiej*, EU:C:2019:924; wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *A. K. p. Krajowej Rady Sądownictwa i CP i DO p. Sądowi Najwyższemu*, EU:C:2019:982. Z nowszych zob. np. wyrok TSUE z 15 lipca 2021 r. w sprawie C791/19, *Komisja Europejska p. Rzeczypospolitej Polskiej*, w którym TS orzekł, że Polska uchybiła zobowiązaniom, jakie na niej ciąży na mocy art. 19 ust. 1 ak. 2 TUE i art. 267 ak. 2 i 3 TFUE wskutek obowiązywania wielu przepisów ustawowych dotyczących Izby Dyscyplinarnej SN i systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów.

Unia Europejska jest szczególną organizacją międzynarodową, której państwa członkowskie połączone są wspólną aksjologią. W obowiązującym traktacie z Lizbony z 13 grudnia 2007 r.¹⁰⁵ katalog wspólnych wartości ujęty został w art. 2 TUE. Artykuł ten stanowi, że: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i mężczyzn”¹⁰⁶. Traktat potwierdza więc przywiązanie do idei rządów prawa. Znaczenie wartości z tego artykułu, w tym rządów prawa, wyznacza kierunek interpretacji i stosowania prawa we wszystkich dziedzinach objętych kompetencją Unii Europejskiej.

W świetle celów Unii art. 2 TUE ma nie tylko wartość polityczną i symboliczną, ale poprzez wskazane wartości kreuje wiążące zasady, które winny być urzeczywistniane i respektowane (art. 3 TUE)¹⁰⁷. Poszanowanie wymienionych wartości jest warunkiem przystąpienia do UE (art. 49 TUE), natomiast ich nieprzestrzeganie – przesłanką zawieszenia praw członkowskich (art. 7 TUE). W skrajnym przypadku może prowadzić do formalnego wykluczenia państwa z procesu decyzyjnego w UE (art. 7 ust. 3 TUE). Traktat nie przewiduje więc generalnego zawieszenia w członkostwie, a jedynie zawieszenie w niektórych prawach. Jak zauważa C. Mik, celem tego postępowania jest „prewencyjna i represyjna ochrona wolności, demokracji, rządów prawa i praw człowieka, jako zasad wspólnych dla państw członkowskich i fundamentu Unii Europejskiej”¹⁰⁸. Procedura ta ma charakter *par excellence* polityczny, może być zastosowana dopiero po wyczerpaniu skomplikowanej procedury ostrzegawczej, co czyni ewentualne zastosowanie sankcji mało prawdopodobnym w praktyce. Zapewne z tego powodu 11 marca 2014 r. Komisja Europejska wystosowała do Parlamentu Europejskiego i Rady Komunikat *Nowe ramy UE na rzecz umocnienia praworządności*¹⁰⁹. Przewidziana w nim procedura stanowi narzędzie reagowania na systemowe zagrożenia dla państwa prawa i ma zapobiec pojawieniu się takiego zagrożenia, które mogłoby przerodzić się „w wyraźne ryzyko poważnego naruszenia”, co mogłoby spowodować zastosowanie art. 7 TUE¹¹⁰. W Komunikacie Komisji wskazuje się na sześć kluczowych zasad składających się na pojęcie rządów prawa (zasada legalizmu, bezpieczeństwa prawnego, zakaz arbitralności po stronie

¹⁰⁵ Traktat z Lizbony podpisany 13.12.2007 r. wszedł w życie 1.12.2009 r. Tekst [w:] J. Barcz (wprowadzenie, wybór i opracowanie), *Podstawy prawne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010, s. 50-255.

¹⁰⁶ Zob. *ibidem*, s. 59.

¹⁰⁷ P. Gilowski, *Podstawy prawne Unii Europejskiej*, [w:] A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2010, s. 86.

¹⁰⁸ C. Mik, *Komentarz do art. 7*, [w:] C. Mik, W. Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 95.

¹⁰⁹ COM/2014/158 final.

¹¹⁰ Szerzej na ten temat zob. E. Dynia, *Unia Europejska jako wspólnota wartości*, [w:] E. Cała-Walcinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości...*, s. 221-223.

władzy wykonawczej, bezstronny i niezależny wymiar sprawiedliwości, skuteczna kontrola sądowa, w tym odnosząca się do gwarancji praw podstawowych)¹¹¹.

Natomiast normatywną definicję praworządności zawiera art. 2 lit. a rozporządzenia 2020/2092 z 16 grudnia 2020 r., dotyczącego uzależnienia korzystania z funduszy unijnych od przestrzegania zasad państwa prawnego. Przypomniano w nim, że praworządność stanowi wartość wymienioną w art. 2 TUE. Obejmuje ona „zasadę legalności, która oznacza przejrzysty, rozliczalny, demokratyczny i pluralistyczny proces stanowienia prawa; zasadę pewności prawa; zakaz arbitralności w działaniu władz wykonawczych; zasadę skutecznej ochrony sądowej, w tym dostępu do wymiaru sprawiedliwości, zapewnianej przez niezawisłe i bezstronne sądy, również w odniesieniu do praw podstawowych; zasadę podziału władz; oraz niedyskryminację i równość wobec prawa. Państwo prawne jest rozumiane w sposób uwzględniający pozostałe wartości i zasady Unii zapisane w art. 2 TUE”¹¹². Należy przy tym zauważyć, że już wcześniej znaczący wkład w budowanie katalogu elementów składających się na państwo prawa w świetle art. 2 TUE, takich jak: zasada podziału władz, zasada skutecznej ochrony sądowej oraz skuteczne stosowanie prawa Unii, wniósł w swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości¹¹³.

Oparcie Unii na wartościach państwa prawnego należy rozumieć w ten sposób, że niezależnie od szczegółowych różnic w ujmowaniu samej koncepcji państwa prawnego czy też rządów prawa w poszczególnych krajach, jej istotą jest nałożenie efektywnych ograniczeń na wykonywanie władzy publicznej w celu zachowania praw i wolności obywateli. Zasada ta (wartość) implikuje prymat prawa nad władzą publiczną, która może działać jedynie na podstawie właściwego dla danego systemu upoważnienia prawnego¹¹⁴.

Ponieważ warunkiem członkostwa w Unii Europejskiej jest praworządność państwa, ma ona prawo i obowiązek podejmowania działań. Unia Europejska, aby sprawnie funkcjonować, wymaga efektywnych praworządnych państw członkowskich. Praworządność w państwach członkowskich jest bowiem wspólnym mianownikiem powodzenia konstrukcji europejskiej. Kryzys rządów prawa w którymkolwiek państwie członkowskim powoduje negatywne skutki w całej Unii Europejskiej¹¹⁵. Z drugiej zaś strony członkostwo w UE nie chroni państw członkowskich przed możliwością przejęcia władzy przez reżimy niepraworządne. Nie ma również gwarancji

¹¹¹ M. Safjan, *Rządy prawa a przyszłość Europy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8, s. 6.

¹¹² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2020/2092 z dnia 16 grudnia 2020 r. w sprawie ogólnego systemu warunkowości służącego ochronie budżetu Unii, Dz. Urz. UE L 433 I z 22.12.2020 r., s. 1. Szerzej na temat rozporządzenia zob. A. Wyrozumska, *Czy porozumienie w sprawie rozporządzenia pieniądze za praworządność będzie skuteczne*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 1, s. 24-29.

¹¹³ Zob. np. wyrok TS z 10 listopada 2016 r., C-477/16 PPU, *Openbaar Ministerie vs. Ruslanas Kovalkovas*, ECLI:EU:C:2016:861; wyrok TS z 28 marca 2017 r., C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company vs. Her Majesty's Treasury i in.*, ECLI:EU:C:2017:236 oraz postanowienie TS z 20 listopada 2017 r., C-441/17R, *Komisja vs. Polska*, ECLI:EU:C:2017:877.

¹¹⁴ K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości narodowej...*, s. 87.

¹¹⁵ Szerzej na ten temat zob. M. Safjan, *Rządy prawa...*, s. 7-8.

zawrócenia z takiej drogi: reżimy niepraworządne mogą się pogłębiać, przybierając formy trwałe. Dlatego, zdaniem Jana Barcza, unijny „system ochrony” powinien to uwzględniać, aby osiągnąć trzy zasadnicze cele: 1) skłonienie państwa niepraworządnego do powrotu do praworządności; 2) ograniczenie negatywnego wpływu państwa niepraworządnego na działanie UE, oraz ograniczenie i ścisła kontrola przepływu środków unijnych, które mogłyby wspierać poczynania reżimów niepraworządnym (w okresie, w którym istnieje szansa na powrót do praworządności w realnym wymiarze); 3) eliminacja reżimów niepraworządnym z grona państw członkowskich UE, o ile nabrały one charakteru trwałego i nie istnieje realna szansa na powrót do praworządności¹¹⁶. Obrona praworządności nie ogranicza się bowiem do poszanowania prawa, służy przede wszystkim wartościom UE, stawia prawa podstawowe w centrum i chroni słabszych i dyskryminowanych przed sprawującymi władzę i uprzywilejowanymi¹¹⁷.

Zasada rządów prawa odgrywa więc dużą rolę w działaniach Unii Europejskiej. Warto też zauważyć, że traktat z Lizbony wymienia zasadę rządów prawa wśród tych ogólnych reguł, które mogą być promowane w ramach działań Unii na arenie międzynarodowej¹¹⁸.

Zarówno Rada Europy, jak i Unia Europejska oraz Organizacja Traktatu Północnoatlantyckiego (NATO)¹¹⁹ opierają się na tych samych wartościach: szacunku dla demokracji, respektowania praw człowieka i podstawowych wolności, rządów prawa. Państwa, przystępując do RE, UE, NATO, zespołu powiązanych instytucji stanowiących *de facto* multiinstytucjonalną wspólnotę wartości, zobowiązują się do respektowania wspólnych dla jego członków grupowych-klubowych wartości. Działania – sposób postępowania członków Organizacji i samych Organizacji – są działaniami regulowanymi przez normy na podstawie wspólnych wartości; respektowanie wartości przez państwo-członka organizacji podlega ocenie¹²⁰.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że nie wszystkie organizacje międzynarodowe wymagają, aby państwa starające się o członkostwo lub do nich należące były państwami demokratycznymi. Kryterium poszanowania demokracji jako wymóg członkostwa jest przede wszystkim dość powszechne w Europie i Ameryce Łacińskiej, w mniej zasadniczy sposób traktowane w Afryce, najslabiej widoczne w Azji¹²¹. W związku z tym C. Mik zauważa również, że państwa integrujące się na

¹¹⁶ J. Barcz, *Unia Europejska wobec niepraworządnego państwa członkowskiego*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 1, s. 10.

¹¹⁷ N. Półtorak, *Imagine – rola prawa i prawników w integracji europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 3, s. 7.

¹¹⁸ Szerzej na ten temat zob. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Zasada rządów prawa...*, s. 87-88.

¹¹⁹ We wstępie Traktatu Północnoatlantyckiego postanowiono, że „Strony [...] są zdecydowane ochraniać wolność, wspólne dziedzictwo i cywilizację swych narodów, oparte na zasadach demokracji, wolności jednostki i rządów prawa”. A. Przyborowska-Klimczak, E. Skrzydło-Tefelska, *Dokumenty europejskie*, t. II, Wydawnictwo Morpol, Lublin 1999, s. 214.

¹²⁰ J. Menkes, *Polska przeciwko...*, s. 240.

¹²¹ Zob. tabela przedstawiająca zasady działania regionalnych organizacji integracyjnych ujęte w traktatach założycielskich [w:] C. Mik, *Fenomenologia...*, t. II, s. 315-331.

różnych kontynentach mają niewątpliwie różnie rozumiane i zorganizowane ustroje demokratyczne. Skala demokratyczności ustroju jest szeroka, a granica (brak demokracji) nie zawsze jest ostra¹²².

4. Podsumowanie

Podsumowując, należy stwierdzić, że wymóg demokratycznej formy rządów nie jest elementem ogólnego prawa międzynarodowego. Karta NZ, jak również inne umowy wielostronne o zasięgu powszechnym, które wraz z Kartą NZ stanowią system prawny społeczności międzynarodowej, nie wprowadzają zasady legitymizmu demokratycznego. Obowiązek respektowania podstawowych zasad demokracji, w tym rządów prawa, został ustanowiony i uznany przez państwa głównie w kontekście praw człowieka. Stąd, jak zauważa Leonard Łukaszuk, problem sytuacji w zakresie praw człowieka w danym kraju przekształcił się i rozwinął w kryterium demokratycznej legitymizacji państw wewnątrz międzynarodowej wspólnoty państw. Ukształtowane przez ONZ zasady uniwersalizmu i jawności (transparentności) praw człowieka przyczyniły się do rozwoju demokratycznych norm w świecie¹²³.

Również w przypadku instytucji uznania wymóg demokratycznej formy rządu, szczególnie po II wojnie światowej, występuje głównie w kontekście praw człowieka i w związku z tym pozwala na polityczną ocenę przez ONZ faktycznego jej respektowania. Reakcją ONZ na masowe naruszenia praw człowieka może być więc odmowa uznania państwa czy powstałego w drodze pozakonstytucyjnej rządu.

Jeśli chodzi o członkostwo w organizacjach międzynarodowych, to najważniejsze z nich w statutach zawierają kryterium poszanowania demokratycznego systemu politycznego jako warunek przystąpienia czy przynależności. Szczególnie w Europie zasada ta stała się trwałą zasadą regionalnego porządku prawnego.

Niewątpliwie wymóg demokratycznej formy rządów jest już faktem. Oczekiwania odnoszące się do demokratycznego systemu rządów i respektowania praw człowieka formułowane są nadal przez liczne państwa i organizacje międzynarodowe w stosunku do nowych państw czy rządów powstałych w XXI w.¹²⁴ Chociaż wymóg ten znajduje również umocowanie w umowach, statutach organizacji międzynarodowych i jest warunkiem uznania, to jednak trudno stwierdzić ponad wszelką wątpliwość jego zwyczajowy charakter oraz obowiązywanie w stosunku do wszystkich państw. Nie doszło bowiem do wykształcenia się zwyczajowej normy uniwersalnego prawa międzynarodowego nakazującego demokratyczną organizację władz państwowych, co nie jest współcześnie możliwe w związku z brakiem powszechnej

¹²² *Ibidem*, s. 312.

¹²³ L. Łukaszuk, *Wkład ONZ w rozwój norm regulujących współżycie międzynarodowe*, [w:] J. Ku-kułka, J. Popiuk-Rysińska, *Wkład ONZ w rozwój współżycia narodów*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1997, s. 162.

¹²⁴ Np. w stosunku do Timoru Wschodniego (2002 r.), Czarnogóry (2006 r.), Kosowa (2008 r.) czy Sudanu Południowego (2011 r.). S. Zaręba, *Skutki braku uznania...*, s. 58.

opinio iuris i niejednorodnej praktyki państw¹²⁵. Natomiast można stwierdzić, że zasada rządów prawa ma istotne znaczenie zarówno w stosunkach wewnętrznych państw, jak i na płaszczyźnie międzynarodowej i niewątpliwie znaczenie to stale wzrasta. Rządy prawa są bowiem niezwykle ważne dla zapewnienia wolności i demokracji, a także dla rozwoju społeczeństwa obywatelskiego, które stwarza najlepsze gwarancje rządów prawa oraz ochrony praw podmiotowych, a zarazem najlepiej chroni interes ogólny (publiczny)¹²⁶. W związku z tym do czasu wykształcenia się powszechnej, obowiązującej normy prawa międzynarodowego poszanowanie i promocja rządów prawa powinny nadal stanowić wytyczne w podejmowanych przez państwa i organizacje międzynarodowe działaniach.

Współczesna praktyka wskazuje, że państwa nie marginalizują znaczenia zasady rządów prawa. Wydaje się jednak, że do czasu wypracowania rozwiązań prawnych na szczeblu międzynarodowym problem jej stosowania w praktyce państw i organizacji międzynarodowych nadal budzić będzie wątpliwości. Istotne jest jednak, by poszanowanie zasady praworządności, w tym zasady rządów prawa, znajdowało odzwierciedlenie nie tylko w regulacjach prawnych, ale również w praktyce sprawowania władzy. Jak słusznie bowiem zauważa Robert Spano, „zasada praworządności [...] jest organiczną częścią międzynarodowego systemu prawa, który jednocześnie odrzuca arbitralne wykorzystywanie władzy publicznej”¹²⁷.

¹²⁵ R. Kwiecień, *Legitymizacja rzqdu...*, s. 6.

¹²⁶ J. Sozański, *Kategoria rządów prawa...*, s. 16.

¹²⁷ R. Spano, *Zasada rządów prawa...*, s. 16.

Problematyka podmiotowości w kontekście minimum definicyjnego organizacji międzynarodowych

1. Uwagi wprowadzające

Prawo międzynarodowe zawsze było porządkiem prawnym o charakterze państwowocentrycznym, a idea suwerenności cały czas pozostaje jego ideą regulatywną¹. Oczywiście jego granice pojęciowe, które przecież nigdy nie były określone ostatecznie, systematycznie rozszerzały się i rozszerzają wraz z nowymi, wcześniej niewystępującymi, często bardzo nieprzewidywalnymi i wymagającymi pionierskich regulacji normatywnych zjawiskami prawnymi. Znacznie bardziej skomplikowanym zagadnieniem, szeroko dyskutowanym w doktrynie, była i nadal pozostaje „międzynarodowość” tego prawa w wymiarze podmiotowym. Jest to szczególnie ważne, jako że zagadnienie podmiotowości w wyjątkowy sposób wiąże się z samym pojęciem prawa międzynarodowego, definiowanego zwykle właśnie przez pryzmat podmiotowości. Można nawet powiedzieć, że to właśnie podmiotowość jest najważniejszym czynnikiem określającym „międzynarodowość” prawa międzynarodowego.

Jeżeli więc klasyczne definicje prawa międzynarodowego były konstruowane przez odniesienie do szczególnie uprzywilejowanej pozycji prawnej państwa i tylko państwa, to współcześnie są one konstruowane przez znacznie szerszy pryzmat podmiotowy, a więc przez wskazanie państw i innych podmiotów, do których jego normy są adresowane. W konsekwencji znaczące przewartościowania na gruncie podmiotowości, związane zwłaszcza z dynamicznym rozwojem organizacji międzynarodowych, musiały doprowadzić do redefinicji prawa międzynarodowego². Proces ten spowodował, że przed prawem międzynarodowym pojawiły się wyzwania związane z postępującą aktywnością kolejnych, nowych uczestników stosunków międzynarodowych, a zwłaszcza takich, którzy uzyskują status podmiotów prawa międzynarodowego

* Dr Andrzej Gadkowski, Katolicki Uniwersytet Lubelski, Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, ORCID: 0000-0002-3891-345X.

** Prof. dr hab. Tadeusz Gadkowski, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0001-5837-8397.

¹ Szerzej zob. R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Difin, Warszawa 2011, s. 59.

² Obszerna analiza tego zagadnienia: B. Mielnik, *Kształtowanie się podmiotowości w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008.

innych niż państwa. Współczesna, a właściwie dzisiejsza społeczność międzynarodowa, w obrębie której funkcjonuje międzynarodowy porządek prawny, to już nie tylko „international community of States as whole”, jak to określił art. 53 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.³, ale „international community as a whole”, jak to z kolei określił Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości (MTS) w wyroku w sprawie *Barcelona Traction* w kontekście istoty i charakteru peremptoryjnych norm prawa międzynarodowego i zobowiązań *erga omnes*⁴. Potwierdziła to zresztą Komisja Prawa Międzynarodowego (KPM) w kończącym jej prace w tej dziedzinie projekcie artykułów o odpowiedzialności państw za działania międzynarodowo bezprawne z 2001 r.⁵ W tym kontekście ważne jest jednak, aby jednoznacznie zakreślić ramy podmiotowe społeczności międzynarodowej rozumianej nie tyle jako społeczność z udziałem wszystkich aktualnych beneficjentów międzynarodowego porządku prawnego, ale beneficjentów, obdarzonych dodatkowo szczególnym przywilejem i statusem, a więc korzystających z przymiotu podmiotowości w tym systemie prawnym. Jest to o tyle ważne, ponieważ przez całe wieki rozwoju prawa międzynarodowego ten szczególny przywilej przysługiwał wyłącznie państwom, co było swego rodzaju „dogmatem” wynikającym z ich przyrodzonej suwerenności i stanowiącym zarazem istotę tego prawa. W klasycznym prawie międzynarodowym zakładano bowiem, że czynnikiem przesadzającym o jego podmiotowości jest suwerenność, a atrybut ten przysługiwał i przysługuje zresztą nadal wyłącznie państwom. W ten sposób podmiotowość prawa międzynarodowego była po prostu równoznaczna z suwerennością⁶. Należy oczywiście pamiętać o tym, że państwa jako pierwotne i przez całe wieki jedyne podmioty prawa międzynarodowego uzyskiwały tę podmiotowość na zasadzie kontynuacji podmiotowości władcy – niejako *per se*⁷. Jak obrazowo stwierdza Maciej Perkowski, „pierwsze były państwa i to one ukształtowały prawo międzynarodowe [...] skoro państwa unormowały swe wzajemne relacje, nic dziwnego, że początkowo nie uwzględniały normatywnie odrębnych form bytu”⁸.

³ Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 23 maja 1969 r., tekst: “United Nations. Treaty Series” 1987, vol. 1155, s. 331; tekst polski: Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

⁴ *Barcelona Traction, Light, and Power Company, Limited, Judgment*, “International Court of Justice Reports” 1970, s. 32. Szerzej zob. np. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations ‘erga omnes’*, Oxford University Press, Oxford 1997, s. 201-202.

⁵ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, International Law Commission Report 53rd Session 2001, Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/56/10, s. 43-59; zob. szerzej D.D. Caron, *The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority*, “American Journal of International Law” 2002, vol. 96, s. 857 i n.

⁶ L. Ehrlich, *Suwerenność a morze w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1961, s. 59.

⁷ Szerzej zob.: J. Menkes, *Podmiotowość pozarządowej organizacji międzynarodowej*, [w:] B. Mielnik, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Podmiotowość w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013, s. 260-261.

⁸ M. Perkowski, *Podmiotowość prawa międzynarodowego współczesnego uniwersalizmu w złożonym modelu klasyfikacyjnym*, Temida 2, Białystok 2008, s. 22.

Odejście od tego dogmatu oznaczało, że – jak pisał, ale w nieco innym kontekście podmiotowym Albert Geouffre de Lapradelle – „stare” prawo międzynarodowe zostało zastąpione przez „nowe”, z katalogiem podmiotów poszerzonych o innych niż państwa, niesuwerennych członków społeczności międzynarodowej⁹. To właśnie akceptacja podmiotowości organizacji międzynarodowych stanowiła największy przełom w procesie ewolucji współczesnego prawa międzynarodowego, swego rodzaju przewrót kopernikański i jego zasadniczą redefinicję¹⁰. Dobiegła więc końca długa „era samotnych państw” w wielowiekowym procesie rozwoju tego prawa, a proces ten trwa i toruje już drogę do przenikania na grunt prawa międzynarodowego kolejnych podmiotów, a więc np. podmiotów indywidualnych w dziedzinie międzynarodowego prawa praw człowieka. Ta minioną erą oznaczała podmiotową „samotność” państw niejako z ich własnego wyboru, jako że zmonopolizowały one podmiotowość prawa międzynarodowego, przez wieki tak jednoznacznie związaną z ich suwerennością, nawet przy świadomości faktu, że ani samo pojęcie suwerenności, ani jego istota i zakres nie zostały dotąd zdefiniowane w żadnej wiążącej regulacji normatywnej powszechnego prawa międzynarodowego¹¹. Jednakże, bez względu na każdy aktualny stan podmiotowości prawa międzynarodowego, suwerenność pozostaje i pozostanie wyłącznym atrybutem państwa i najbardziej rozpoznawalną jego cechą w systemie normatywnym tego prawa – stanowionego już nie wyłącznie przez państwa, ale do nich przede wszystkim adresowanego. Pamiętać jednak należy o tym, że ta podmiotowa „samotność” państw na gruncie prawa międzynarodowego miała jeszcze inną przyczynę. Jeżeli przy oczywistym i zrozumiałym braku gotowości państw do poszerzenia kręgu podmiotów prawa międzynarodowego o osoby fizyczne i osoby prawne, najbardziej prawdopodobnymi kandydatami do uzyskania takiego statusu pozostawały w połowie XX w. organizacje międzynarodowe, to przecież były one w tym czasie stosunkowo nowymi formami zinstytucjonalizowanej współpracy międzynarodowej.

Nie ulega wątpliwości, że pośród wszystkich *non-state actors*, występujących w swoich własnych rolach podmiotowych w stosunkach międzynarodowych, to właśnie organizacje międzynarodowe pozostają pod wieloma względami najbliższe państwom. Stanowisko takie jednoznacznie sformułował José E. Alvarez w dyskusji nad rolą organizacji międzynarodowych w procesie stanowienia prawa międzynarodowego, kiedy pisał, że: „[z]e względu na ich quasi-państwowy status, organizacjom międzynarodowym przypisuje się zwykle osobowość międzynarodową zbliżoną do tej, jaką cieszą się pierwotne podmioty państwowcentrycznego prawa międzynarodowego”¹². Jeżeli autor ten pisał o organizacjach z przypisaną osobowością międzynarodową, to

⁹ A. de Lapradelle, *La question chinoise*, „Revue Generale de Droit International Public” 1901, vol. 8, s. 399.

¹⁰ L. Antonowicz, *Zagadnienie podmiotowości prawa międzynarodowego*, „Annales UMCS” 1997, vol. 17, s. 7 oraz M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, s. 191.

¹¹ Szerzej zob.: T. Gadkowski, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych a ich zdolność traktatowa*, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 20219, s. 14 i n.

¹² J.E. Alvarez, *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 3.

miał oczywiście na myśli rządowe organizacje międzynarodowe. W procesie ich definiowania własna osobowość prawnomiędzynarodowa jest szczególnie ważnym elementem składającym się na minimum definicyjne, co będzie przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego tekstu. Bez wątpienia jednak własna, autonomiczna osobowość prawnomiędzynarodowa jako cecha wyróżniająca międzynarodowe organizacje rządowe pozwala traktować je w pewnym sensie „prawie jak państwa”. Uprawnione jest więc stanowisko, że takie właśnie postrzeganie i traktowanie organizacji międzynarodowych jest – z jednej strony – pochodną ich podmiotowości międzynarodowej i jednocześnie ważnym dowodem jej istnienia – z drugiej¹³. Jeżeli więc organizacje międzynarodowe pozostają pod wieloma względami najbliższe państwom, to – nawiązując do myśli sformułowanych już wyżej – należałoby w tym miejscu raz jeszcze podkreślić, że to państwa były pierwsze i to państwa ukształtowały i nadal kształtują w najszerszym zakresie międzynarodowy porządek normatywny. Gdy dodamy do tego fakt subiektywnego, co do źródła, charakteru podmiotowości organizacji międzynarodowych, to teza o państwowocentrycznym charakterze międzynarodowego porządku prawnego jawi się jeszcze bardziej wyraziście. Natomiast fakt, że organizacje międzynarodowe w coraz szerszym zakresie uczestniczą w procesie kształtowania i stanowienia prawa międzynarodowego, zarówno w drodze bezpośredniej realizacji ich kompetencji prawodawczych, jak i w ramach realizacji ich własnego *ius contrahendi*, co najwyżej w niewielkim stopniu osłabia tę tezę, ale przecież jej nie neguje. Teza ta jest uprawniona bez względu na zasadnicze przewartościowania, jakie nastąpiły i następują w ramach współczesnej społeczności międzynarodowej, jako że państwowocentryczność, pojmowana oczywiście we właściwych proporcjach, nadal pozostaje i pozostanie szczególnym wyróżnikiem międzynarodowego porządku prawnego. Ponadto teza ta jest uprawniona nie tylko w kontekście ewolucji współczesnej społeczności międzynarodowej, oznaczającej wielopłaszczyznową aktywność *non-state actors*, a zwłaszcza organizacji międzynarodowych, ale również w kontekście uzyskania przez takie nowe podmioty międzynarodowe określonego zakresu faktycznego i prawnego władztwa nad podmiotami funkcjonującymi w ramach krajowych porządków prawnych, co przekonująco obrazuje koncepcja wielopoziomowego globalnego zarządzania¹⁴.

¹³ Szczegółowo pisze o tym A. Czaplińska, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodowoprawnej*, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014, s. 21.

¹⁴ Na temat wielopoziomowego globalnego zarządzania (*multilevel global governance*) oraz globalnego prawa administracyjnego (*Global Administrative Law*) zob. np. M. Noortmann, A. Reinisch, M.J. Ryngaert (eds.), *Non-State Actors in International Law*, Hart Publishing, Oxford 2015 oraz P. Dann, *The Global Administrative Law of development cooperation*, [w:] A. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016, s. 415 i n.

2. Minimum definicyjne organizacji międzynarodowych a ich podmiotowość

2.1. Perspektywa podmiotowości międzynarodowej

W każdym systemie prawnym, w tym również w prawie międzynarodowym, istnieją koncepcje teoretyczne odnoszące się do jego podmiotowości. Podnosząc tę kwestię na gruncie prawa międzynarodowego, należy pamiętać o tym, że – ujmując rzecz genealogicznie – najpierw były podmioty, a w konsekwencji tego, ale później, podmiotowość. Jeżeli podmiot w takim czy innym systemie prawnym oznacza realny lub umowny byt, to podmiotowość prawa międzynarodowego – jako byt koncepcyjny – stanowi pewną modelową, a właściwie teoretyczną konstrukcję, która określa ustanowienie, trwanie i kres podmiotu, a przede wszystkim nadaje mu jako bytowi prawnemu określoną, aktywną rolę prawną w ramach społeczności międzynarodowej¹⁵. Podmiotowość prawa międzynarodowego jest więc koncepcją teoretyczną, bez zrozumienia której nie można uchwycić i określić niezwykle złożonej natury tego prawa¹⁶. Podmiotowość jako taka nie jest przecież tylko „sztuką dla sztuki”, ale powoduje bardzo poważne konsekwencje na gruncie praktyki międzynarodowej, zwłaszcza gdy chodzi o faktyczny status oraz możliwość skutecznego działania różnych, a więc zarówno państwowych, jak i pozostałych podmiotów prawa międzynarodowego¹⁷. Należy również pamiętać o tym, że normy międzynarodowe nie regulują bezpośrednio tego zagadnienia¹⁸. Samo pojęcie podmiotowości prawa międzynarodowego jest zatem pojęciem języka prawniczego, aczkolwiek jest ono już obecne w języku traktatów, takich jak chociażby kodyfikacje przygotowane przez KPM.

W konsekwencji pojęcie podmiotowości międzynarodowej powinno być postrzegane i rozumiane jako pewne uogólnienie naukowe, pewna koncepcja teoretyczna, zbudowana ponad istniejącym porządkiem normatywnym, w ramach którego pojęcie to nie zostało zdefiniowane¹⁹. Powinno być ono dodatkowo rozumiane z uwzględnieniem jego charakteru jako kategorii historycznej, a więc podlegającej zmianom na skutek różnych procesów i przeobrażeń, a także w kontekście znaczących przewartościowań zachodzących w ramach szeroko rozumianej społeczności międzynarodowej, a co za tym idzie – również w ramach prawa międzynarodowego. Natomiast dyskutowana na tym tle podmiotowość międzynarodowa organizacji międzynarodowych powinna być postrzegana w jeszcze bardziej szczególnym kontekście, a więc przede wszystkim jako podmiotowość oderwana od suwerenności,

¹⁵ M. Perkowski, *Podmiotowość prawa...*, s. 70.

¹⁶ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 39.

¹⁷ T. Gadkowski, *Podmiotowość...*, s. 107 i n.

¹⁸ Szerzej zob. np. J. Klabbers, *An Introduction to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 43 i n.

¹⁹ W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2011, s. 104.

która była i pozostaje swego rodzaju „megaatrybutem” podmiotowym państwa. W związku z tym ta „nowa” podmiotowość powinna być postrzegana w dwóch wymiarach. Co do swojego źródła, jest ona oddzieloną od suwerenności podmiotowością subiektywną, opartą na woli państw-założycieli, a więc w istocie na ich suwerenności. Z drugiej jednak strony jest ona podmiotowością obiektywną w tym sensie, że jako odrębna podmiotowość samodzielnego i autonomicznego bytu, jakim pozostaje organizacja, może być ona przeciwstawiana pozostałym podmiotom, a więc zarówno państwom, jak i innym organizacjom międzynarodowym. Ustanowiona przez założycieli organizacja międzynarodowa z własną, autonomiczną wolą istnieje obiektywnie, chociaż źródłem jej obiektywnego bytu jest subiektywna w swojej naturze wola państw²⁰.

Mając na uwadze tytuł niniejszego tekstu, należy spojrzeć na podmiotowość w kontekście definiowania pojęcia organizacji międzynarodowej. Niestety jest tak, że definiowanie podstawowych pojęć na gruncie prawa międzynarodowego okazuje się zwykle bardzo trudne. Stąd ich autentyczne, traktatowe definicje są często kontrowersyjne, a ponadto są formułowane z reguły na potrzeby konkretnej umowy międzynarodowej, co w oczywisty sposób osłabia ich wartość merytoryczną. Natomiast definicje doktrynalne, o szczególnie dużej często wartości naukowej, są zwykle zróżnicowane, w zależności od przyjętych założeń i kryteriów metodologicznych. Reprezentatywnym przykładem takiego pojęcia, wokół definicji którego dyskusja naukowa trwa nieprzerwanie od końca XIX w. i które znacznie krócej pozostaje obecne w języku traktatów, jest pojęcie organizacji międzynarodowej. Z uwagi na trudności definicyjne w tym zakresie nie jest odosobnione stanowisko, że w istocie nie jest możliwe skonstruowanie do końca poprawnej pod względem formalnym takiej definicji tego pojęcia, która obejmowałaby swoim desygnatem te wszystkie zróżnicowane formy, w jakich w praktyce funkcjonują współczesne organizacje międzynarodowe i która byłaby w reprezentatywnym zakresie akceptowalna²¹. Oczywiście w doktrynie znajdujemy prawdziwą mnogość definicji tego pojęcia²². Jak podkreśla Cezary Mik, doktryna odegrała podwójną rolę w konstruowaniu takiej definicji. Po pierwsze – dążyła ona do konceptualizacji pojęciowej w tym zakresie poprzez formułowanie definicji projektujących oraz wpływała i wpływa na treść

²⁰ Szczegółowo zob.: T. Gadkowski, *Podmiotowość...*, s. 153 i n.

²¹ Szczegółowo tę problematykę prezentuje M. Mendelson, *The definition of 'International Organization' in the International Law Commission's Current Project on the Responsibility of International Organizations*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Honour of Oscar Schachter*, Kluwer Law International, The Hague 2005, s. 371 i n.

²² Zwraca na to uwagę m.in. J. Kolasa, *Pojęcie współczesnej organizacji międzynarodowej*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1981, nr 2-3, s. 165 i n. Szeroki przegląd definicji zob. np. A. Czaplińska, *Odpowiedzialność...*, s. 19 i n.; J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2010, s. 81 i n.; B. Krzan, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013, s. 57 i n. oraz T. Gadkowski, *Podmiotowość...*, s. 55 i n.

orzeczeń oraz na wykładnie praktyki traktatowej – po drugie, przez co przyczyniła się do pojęciowego uporządkowania tego zagadnienia²³.

2.2. Stanowisko Komisji Prawa Międzynarodowego

Pozostawiając definicje doktrynalne poza zakresem naszych rozważań, należy podkreślić, że skalę trudności w tym zakresie dobrze obrazują bogate prace kodyfikacyjne KPM. W pracach kodyfikacyjnych prawa traktatów, pomimo dosyć widocznego powoływania i nawiązywania do klasycznej i ponadczasowej definicji organizacji międzynarodowej Geralda Fitzmaurice'a, jak również pomimo przygotowania autorskich definicji przez dwóch innych sprawozdawców Komisji (James Leslie Brierly i Hersch Lauterpacht), przeważało przekonanie o konieczności odejścia od definicji, która byłaby definicją nazbyt doktrynalną, na rzecz definicji wyraźnie uproszczonej, ale jednoznacznie odzwierciedlającej publicznoprawny charakter organizacji międzynarodowej²⁴. Stąd we wszystkich trzech konwencjach z zakresu prawa traktatów znajdujemy jednordne określenie oznaczające, że dla ich potrzeb „[o]rganizacja międzynarodowa oznacza organizację międzyrządową”. Ta ogólna, niejako klasyczna definicja została powielona również w kolejnej konwencji wiedeńskiej z 14 marca 1975 r. o reprezentacji państw w ich stosunkach z organizacjami międzynarodowymi o charakterze uniwersalnym²⁵.

Z zasadniczo inną sytuacją mamy do czynienia w procesie kodyfikacji problematyki odpowiedzialności międzynarodowej w ogóle, a zwłaszcza problematyki odpowiedzialności organizacji międzynarodowych²⁶. W komentarzu do art. 57 projektu artykułów o odpowiedzialności międzynarodowej państw za czyny międzynarodowo bezprawne KPM zaprezentowała szerszą perspektywę w postrzeganiu istoty organizacji międzynarodowej rządowej i dla potrzeb tej kodyfikacji zdefiniowała organizację międzynarodową jako organizację międzyrządową, posiadającą własną, odrębną osobowość prawnomiędzynarodową i odpowiadającą za własne zachowania – zarówno jej organów, jak i funkcjonariuszy²⁷. Komisja dostrzegła i podkreśliła w tym kontekście, że własna podmiotowość prawnomiędzynarodowa jest cechą konieczną międzynarodowej organizacji rządowej i uznała ją za ważny element w ramach minimum definicyjnego tego pojęcia. W kontekście problematyki odpowiedzialności założenie to wydaje się w pełni uzasadnione, jako że dla jej realizacji w praktyce osobowość prawnomiędzynarodowa samodzielnego podmiotu, jakim jest organizacja międzynarodowa, oznaczająca w tym kontekście zwłaszcza możliwość bezpośredniego podejmowania i realizowania działalności rodzącej

²³ C. Mik, *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. 2. *Teoria i praktyka regionalnej integracji państw*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 17.

²⁴ Piszą o tym np. A. Czaplińska, *Odpowiedzialność...*, s. 34 i n. oraz A. Gadkowski, *Treaty – Making Powers of International Organizations*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2018, s. 15 i n.

²⁵ Tekst konwencji zob.: „Zbiór Dokumentów” 1976, nr 11, poz. 122, s. 1265 i n.

²⁶ J. Menkes, *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2007, R. VI, s. 68 i n.

²⁷ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, “Yearbook of International Law Commission” 2001, vol. II, Part 2, s. 141.

konkretne skutki prawne w płaszczyźnie międzynarodowej, jest z pewnością niezwykle istotnym, jeżeli nie najistotniejszym elementem definiowania organizacji międzynarodowej²⁸.

W związku z tym osobowość prawna jako szczególna cecha organizacji międzynarodowej była wyraźnie akcentowana w pracach kodyfikacyjnych na temat odpowiedzialności organizacji międzynarodowych pomimo tego, że Specjalny Sprawozdawca Komisji w tej sprawie – Giorgio Gaja – zaproponował definicję, która wyraźnie odbiegała od klasycznego minimum definicyjnego tego pojęcia²⁹. Przyjął on oczywiste założenie międzyrządowego charakteru organizacji międzynarodowej, tak szeroko wykorzystywane w dotychczasowych pracach kodyfikacyjnych. Mając jednak na uwadze cały kontekst odpowiedzialności międzynarodowej, a zwłaszcza skomplikowaną i kontrowersyjną przecież istotę tej instytucji, zarówno gdy idzie o jej charakter, źródła, jak i sposób realizacji, uznał, że w punkcie wyjścia należy szczególnie precyzyjnie zdefiniować podmiot odpowiedzialności, a więc organizację międzynarodową, wskazując na kilka najbardziej istotnych i niezbędnych jego zdaniem elementów definicyjnych. Wyszedł on z założenia, że prawdziwa różnorodność rządowych organizacji międzynarodowych i oczywiste zróżnicowanie pomiędzy nimi powodują konieczność znalezienia kryterium pozwalającego na wyraziste i jednoznaczne zawężenie takiej definicji dla potrzeb tej szczególnej kodyfikacji. W związku z tym G. Gaja zaproponował odwołanie się do kryterium funkcji, jakie realizuje organizacja. Stąd zaproponowana przez niego w art. 2 projektu definicja organizacji międzynarodowej stanowiła, że pojęcie to oznacza organizację, pośród której członków znajdują się państwa, o ile wykonuje ona w ramach swoich funkcji określone funkcje zarządzające³⁰.

Widać więc, że w koncepcji Specjalnego Sprawozdawcy funkcje organizacji międzynarodowej uzyskały rangę elementu decydującego, wyznaczającego wręcz zakres definicji tego pojęcia. Można jednak przyjąć, że G. Gaja kwalifikował funkcje jako szczególnie ważny aspekt świadczący o odrębności organizacji międzynarodowych od ich członków, a w konsekwencji o ich odrębnej podmiotowości. Podkreślał przecież, że warunkiem skutecznego realizowania przez organizacje międzynarodowe ich funkcji (*governmental functions*) pozostaje podmiotowość prawnomiędzynarodowa. Można przyjąć, że to dosyć oryginalne kryterium definicyjne miało umożliwić wyodrębnienie organizacji międzynarodowych realizujących funkcje, które są podobne, a nawet identyczne z funkcjami państwa, tym bardziej, że w zamyśle

²⁸ Przykładowo zob.: Ł. Augustyniak, *Podmiotowość organizacji międzynarodowych jako przesłanka przypisania im odpowiedzialności*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4, s. 95 i n.; A. Czaplińska, *Odpowiedzialność...*, s. 38-39; W. Czapliński, A. Wyrozumski, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 427 i n.

²⁹ Spośród bogatej literatury zob. np. P. Sarooshi, *International Organizations and State Responsibility*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations*, Martinus Nijhoff, Leiden 2013, s. 79 i n.

³⁰ G. Gaja, *First report on responsibility of international organizations*, 26.03.2003, United Nations Documentation A/CN.4/532, s. 34, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_532.pdf [dostęp 13.08.2022].

autora *governmental functions*, rozumiane jako funkcje władcze, obejmowały zarówno funkcje prawodawcze, jak i wykonawcze oraz sędownicze³¹.

Biorąc pod uwagę tradycyjne elementy minimum definicyjnego organizacji międzynarodowych, należy zauważyć, że w tej pierwszej autorskiej koncepcji definicji, zaproponowanej przez Sprawozdawcę Komisji, widać odejście od takich nie-jako klasycznych elementów składających się na to minimum, jak np. kryterium międzynarodowego instrumentu – zwykle traktatu, jako podstawy prawnej ustanowienia organizacji, wyraziste kryterium członkostwa, czy wreszcie kryterium własnej, autonomicznej podmiotowości międzynarodowej.

W tej sytuacji nie może dziwić fakt, że propozycja sprawozdawcy nie spotkała się z akceptacją Komisji³². Nie referując kolejnych raportów Specjalnego Sprawozdawcy i kolejnych etapów dyskusji na forum Komisji oraz etapów przyjmowania projektu artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, należy podkreślić, że po dosyć jednoznacznej krytyce definicji zaproponowanej przez Sprawozdawcę Komisja stanęła na stanowisku, że ostateczna definicja tego pojęcia powinna wyraźnie nawiązywać do powoływanych w doktrynie i weryfikowalnych ogólnych cech organizacji międzynarodowych. Komisja miała na myśli cechy uzasadniające szczególne miejsce organizacji w międzynarodowym porządku prawnym i zarazem wyraźnie osadzone w ramach minimum definicyjnego rządowej organizacji międzynarodowej, oczywiście przy uwzględnieniu wymagań wynikających ze specyfiki odpowiedzialności międzynarodowej jako przedmiotu kodyfikacji. Cechami takimi powinny więc być zwłaszcza: po pierwsze – podstawa prawna ustanowienia organizacji, po drugie – jej własna podmiotowość prawnomiędzynarodowa oraz po trzecie – struktura jej członkostwa³³. To stanowisko wydaje się być uzasadnione, jako że w procesie definiowania tak fundamentalnych dla prawa międzynarodowego pojęć należy odwoływać się do podstawowych dla tego systemu prawnego konstrukcji teoretycznych, jak również do jego fundamentalnych instytucji. W tym przypadku racjonalne powinno być również odwołanie się przez Komisję do definicji proponowanych już wcześniej, a zwłaszcza w trakcie prac nad kodyfikacją problematyki odpowiedzialności międzynarodowej w ramach projektu artykułów o odpowiedzialności międzynarodowej państw za czyny międzynarodowo bezprawne. Komisja zaprezentowała więc szerszą perspektywę w postrzeganiu istoty rządowych organizacji międzynarodowych, a więc perspektywę ich własnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej, odrębnej od podmiotowości państw członkowskich³⁴.

³¹ Szczegółowo: *ibidem*, s. 9-20.

³² Prace referuje E. Lis, *Kodyfikacja odpowiedzialności międzynarodowej organizacji międzynarodowych*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, nr 21, s. 83 i n.

³³ Obrazuje to stanowisko Przewodniczącego Komitetu Redakcyjnego: J.L. Kateka, *Responsibility of International Organization – Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, United Nations Documentation, A/CN.4/L.623.

³⁴ Ocena zob. C.F. Amerasinghe, *An Assessment of the ILC's Articles on Responsibility of International Organizations*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *Responsibility...*, s. 71 i n.

Wracając więc do tych klasycznych elementów minimum definicyjnego rządowej organizacji międzynarodowej i uwzględniając szerszy kontekst kodyfikacji problematyki odpowiedzialności międzynarodowej, Komisja zaproponowała w art. 2(a) projektu przyjętych artykułów następującą definicję: „[o]rganizacja międzynarodowa oznacza organizację utworzoną na podstawie traktatu albo innego instrumentu prawa międzynarodowego i posiadającą własną osobowość prawnomiędzynarodową. Członkami organizacji międzynarodowych mogą być, obok państw, także inne podmioty”³⁵. Przyjmując taką definicję, która wyraźnie odbiega od definicji proponowanej pierwotnie przez Specjalnego Sprawozdawcę, Komisja – odwołując się do tradycyjnych elementów minimum definicyjnego organizacji międzynarodowej – w zdecydowanie inny sposób wyeksponowała te elementy, które zasadnie uznała za decydujące w kontekście problematyki odpowiedzialności międzynarodowej. Odnosnie do kryterium własnej podmiotowości międzynarodowej G. Gaja – proponując swoją kontrowersyjną, autorską definicję organizacji międzynarodowej – dostrzegał również to kryterium, ale go w należyty sposób nie wyodrębnił. Jak to już zostało wyżej podkreślone, kwalifikował on eksponowane przez siebie w sposób szczególny funkcje jako szczególnie ważny aspekt świadczący o odrębności organizacji międzynarodowych od ich członków, a w konsekwencji o ich odrębnej podmiotowości. Jeżeli organizacje międzynarodowe mają skutecznie i efektywnie realizować swoje funkcje, a zwłaszcza *governmental functions*, tak jak je określił G. Gaja, powinny one funkcjonować w obrocie międzynarodowym jako instytucje współpracy z własną podmiotowością odrębną od podmiotowości państw członkowskich. Przecież tylko taki status umożliwia im realizację tych funkcji, w istocie rzeczy podobnych, a niekiedy nawet identycznych z funkcjami państwa³⁶.

Zaproponowana ostatecznie przez Komisję definicja o niejako „materialnym” charakterze, uwzględniająca najważniejsze elementy minimum definicyjnego organizacji międzynarodowej, wydaje się być optymalna na potrzeby kodyfikacji problematyki ich odpowiedzialności. Nie bez znaczenia jest, że propozycja ta ma znacznie szerszy wymiar i nawiązuje do ogólnej koncepcji organizacji międzynarodowych, co oznacza, że może ona stanowić dobrą podstawę do budowania uniwersalnej definicji tego pojęcia poprzez oparcie się na elementach definicyjnych w niej zawartych oraz niezbędne poszerzenie ich o inne jeszcze, które razem będą stanowiły niezbędne minimum definicyjne. Nie chodzi oczywiście o poszukiwanie i dodawanie kolejnych elementów definicyjnych o coraz bardziej szczegółowym charakterze, ale o znalezienie tych podstawowych, o charakterze najmniejszego możliwego wspólnego mianownika, które w maksymalnie pełnym stopniu i niezależnie od konkretnej dziedziny współpracy będą wyrażały międzyrządowy charakter organizacji międzynarodowej. Eksponowana we wcześniejszych definicjach Komisji „międzyrządowość”

³⁵ *Report of the International Law Commission Sixty third session (26 April–3 June and 4 July–12 August 2011)*; General Assembly Official Records 66th session, Supplement No. 10, Doc. A/66/10.

³⁶ Zob. przypis 29.

organizacji międzynarodowych wymaga więc znalezienia i kilku podstawowych cech o wymiarze optymalnego minimum definicyjnego.

Należy więc przyjąć, że dobrą podstawę dla takich poszukiwań będą stanowiły cechy uznane za takie przez Komisję. Jest to tym bardziej uzasadnione, że nawiązują one wyraźnie do powoływanej powszechnie, zarówno w pracach kodyfikacyjnych, jak i w doktrynie, definicji G. Fitzmaurice'a, która postrzegana jest jako przykład niezwykle trafnego i ponadczasowego ujęcia katalogu takiego minimum. Organizacja międzynarodowa jest bowiem przez niego definiowana jako „ustanowione traktatem zrzeczenie państw z własną konstytucją i wspólnymi organami, posiadające osobowość prawną odrębną od osobowości państw członkowskich i będące podmiotem prawa międzynarodowego z własną zdolnością traktatową”³⁷. Do definicji G. Fitzmaurice'a nawiązuje wiele współczesnych definicji organizacji międzynarodowej, dla autorów których była ona cenną inspiracją. Niektórzy piszą wręcz o niej jako o nieodściżonym wzorcu definicji organizacji międzynarodowej³⁸.

Wszystko to sprawia, że zaproponowanie przekonującej definicji organizacji międzynarodowej – takiej, która byłaby możliwa do zastosowania w maksymalnie szerokim zakresie i w odniesieniu do różnych dziedzin współpracy międzynarodowej – stanowi interesujące wyzwanie naukowe. Definicja taka powinna uwzględniać bogate doświadczenia i obszerny dorobek dyskusji naukowej odnośnie do sposobu pojmowania organizacji międzynarodowej jako szczególnej instytucji współpracy międzynarodowej. Została ona zaprezentowana nie tylko w znaczących publikacjach naukowych, ale również w bardzo reprezentatywny sposób na forum KPM, na potrzeby prowadzonych przez nią prac kodyfikacyjnych. Powinna też uwzględniać istniejący – jak to określa Michel Virally – *fairly general consensus* dotyczący elementów, które powinna zawierać³⁹. Poza klasycznymi i powszechnie dzisiaj akceptowanymi elementami minimum definicyjnego, stanowiącymi „najmniejszy wspólny mianownik”, niezbędny dla dokonania przekonującej charakterystyki wszystkich takich instytucji, które w prawie międzynarodowym powinny i mogą być określane pojęciem organizacji międzynarodowej, należy ustalić i wyeksponować taki szczególny element lub takie szczególne elementy, które będą w najbardziej przekonujący sposób określały istotę organizacji jako pełnoprawnego, ale innego niż państwa (aczkolwiek pod różnymi względami osiągniętego poziom państwa), podmiotu prawa międzynarodowego. Należy więc założyć, że takim ważnym elementem definicyjnym, wyróżniającym organizacje międzynarodowe spośród innych, mniej lub bardziej zinstytucjonalizowanych form współpracy międzynarodowej z udziałem państw, będzie ich odrębność organizacyjna na gruncie prawa międzynarodowego, przejawiająca się w ich prawnomiędzynarodowej podmiotowości. Ten szczególny element definicyjny musi zostać uzupełniony przez element międzynarodowej

³⁷ G. Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points*, „British Yearbook of International Law” 1951, vol. 28, s. 108.

³⁸ Tak np. A. Czaplińska, *Odpowiedzialność...*, s. 70.

³⁹ M. Virally, *Definition and Classification of international organizations: A Legal Approach*, [w:] G. Abi-Saab (ed.), *The Concept of International Organization*, UNESCO, Paris 1981, s. 51.

podstawy ustanowienia i funkcjonowania organizacji, nie powstającej przecież automatycznie i w próżni, ale w konsekwencji wyrażenia woli przez fundatorów takiej nowej podmiotowości. Ponadto aby taka nowa podmiotowość mogła być realizowana, musi być ona zdolna do kreowania i wyrażania własnej woli, co oznacza, że ważnym elementem definicyjnym będzie element instytucjonalny, a więc mniej lub bardziej rozbudowana struktura organizacyjna z organem lub organami, które taką własną wolę organizacji mogą rzeczywiście wyrażać. Należy jednak pamiętać o tym, że niezależnie od przyjętego minimum definicyjnego, w ramach którego eksponowane mogą być takie podstawowe elementy, stanowiące – tak jak odrębna podmiotowość – rzeczywiste metacechy organizacji międzynarodowej i niezależnie od tego, na jak bardzo wysokim poziomie zostaną ustanowione jej kompetencje, to każda organizacja międzynarodowa pozostaje w istocie rzeczy *non-state entity* i z tego poziomu należy oceniać jej miejsce i rolę w procesie realizacji współpracy międzynarodowej, a zwłaszcza jej prawnomiędzynarodowy status.

2.3. Proponowane minimum definicyjne

Na podstawie powyższych założeń można przyjąć, że organizacja międzynarodowa powinna być rozumiana jako instytucja współpracy międzynarodowej ustanowiona zwłaszcza przez państwa na podstawie prawa międzynarodowego, zdolna do kreowania i wyrażania własnej woli, posiadająca odrębną podmiotowość prawnomiędzynarodową, umożliwiającą jej udział w stanowieniu prawa międzynarodowego, a zwłaszcza zawieranie umów międzynarodowych⁴⁰.

Przyjęcie powyższych założeń oznacza, że w tak sformułowanej definicji organizacji międzynarodowej pierwszorzędą rolę odgrywają aspekty instytucjonalne, skoncentrowane na typowo instytucjonalnych oraz formalno-strukturalnych cechach tej szczególnej instytucji współpracy międzynarodowej. Dla uchwycenia istoty prawnej organizacji międzynarodowej i dla zdefiniowania jej w taki sposób, aby wyeksponować jej specyfikę w kontekście innych, w różnym stopniu zinstytucjonalizowanych form współpracy międzynarodowej, to właśnie te aspekty, a nie aspekty funkcjonalne, pozwalają ustalić najważniejsze, ale zarazem niezbędne metacechy organizacji międzynarodowej.

Wartość wszystkich tych elementów składających się na przyjęte minimum definicyjne powinna być eksponowana i dyskutowana na jednakowo wysokim poziomie, ale z punktu widzenia problematyki wynikającej z tytułu niniejszego tekstu należy w szczególny sposób odnieść się do elementu odrębnej podmiotowości prawnomiędzynarodowej instytucji współpracy definiowanej jako organizacja międzynarodowa. W podmiotowości w szczególny sposób przejawia się bowiem autonomia woli organizacji, oznaczająca zwłaszcza możliwość podejmowania przez organizację (jej organ lub organy) własnych decyzji jako decyzji autonomicznych, stanowiących wyraz woli samej organizacji, a więc decyzji, które nie muszą być tożsame ze

⁴⁰ Zob. T. Gadkowski, *Podmiotowość...*, s. 77 i n.

stanowiskiem jej członków zarówno w wymiarze indywidualnym, jak i wspólnym⁴¹. Taka autonomiczna wola organizacji międzynarodowej nie oznacza oczywiście, że w jej relacjach z państwami członkowskimi wola tych ostatnich nie ma żadnego znaczenia. Wręcz przeciwnie – tak jak wola państw leży u podstaw ustanowienia organizacji, tak samo może decydować i decyduje o jej trwaniu. Innymi słowy można powiedzieć, że to właśnie wola państw założycieli pozostaje pierwotnym źródłem indywidualnej, autonomicznej woli organizacji międzynarodowej. Tak jak wola państwa jest formułowana i wyrażana przez jego organy, podobnie również organ lub organy formułują i wyrażają własną wolę organizacji. Stanowisko takie bardzo czytelnie zaprezentowali Henry G. Schermers i Niels M. Blokker, podkreślając, że decyzje podejmowane przez własny organ organizacji międzynarodowej nie są decyzjami grupy państw członkowskich, ale decyzjami autonomicznego organu organizacji, wyposażonego w odpowiednie kompetencje, którego wola oznacza coś więcej aniżeli suma woli tych państw. Autorzy powołali się przy tym na stanowisko MTS, wyrażone w powszechnie powoływanej opinii doradczej w sprawie legalności użycia przez państwo broni jądrowej w konflikcie zbrojnym z 1996 r., w której Trybunał zwrócił uwagę na fakt, że instrument konstytucyjny nie tylko powołuje do życia nową organizację międzynarodową, ale również ustanawia nowy podmiot z własną, odrębną od państw członkowskich autonomią⁴². W literaturze powtarzane jest stanowisko, że istotę pojęcia „własna wola” lepiej oddaje francuskie określenie *volonté distincte*, które zwykle jest dyskutowane jako podstawowy składnik międzynarodowej osobowości prawnej⁴³. Precyzowanie jej istoty, zwłaszcza w kontekście woli państw jako twórców takiej nowej osobowości prawnej, nie jest jednak łatwe. Catherine Brölmann pisze wręcz o „metafizycznym charakterze” pojęcia *volonté distincte* i podkreśla, że w literaturze nie ma zgody co do jej jednoznacznego pojmowania⁴⁴.

Odrębność organizacyjna organizacji międzynarodowej w najbardziej wyrazisty sposób przejawia się w jej prawnomiędzynarodowej podmiotowości, którą z kolei obrazuje jej szczególny atrybut, jakim jest zdolność prawotwórcza, a zwłaszcza zdolność traktatowa. Własna podmiotowość organizacji międzynarodowych oznacza w praktyce istnienie konkurencyjnych w stosunku do państw kompetencji, w tym również kompetencji traktatowych. Jeżeli więc organizacja międzynarodowa posiada

⁴¹ W opinii odrębnej dołączonej do opinii doradczej MTS z 1980 r. w sprawie interpretacji porozumienia z 25 marca 1951 r. pomiędzy Międzynarodową Organizacją Zdrowia a Egiptem Manfred Lachs podkreślił wyrażnie, że organizacja międzynarodowa, pojmowana jako utworzony przez państwa nowy podmiot prawa międzynarodowego uzyskuje specjalny status, niejako *vis-à-vis* państw ją ustanawiających. Chociaż pozostaje ona pod ich kontrolą, jako że odzwierciedla ich wolę, jak i podlega ich zbiorowej woli, to jej decyzje mogą pozostawać i często pozostają w konflikcie z wolą jej poszczególnych członków; zob. *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between WMO and Egypt*, Advisory Opinion of 20 December 1980, "International Court of Justice Reports" 1980, s. 111.

⁴² H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International Institutional Law*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2011, s. 44; zob. też *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, "International Court of Justice Reports" 1996, s. 75.

⁴³ Patrz np. B. Krzan, *Odpowiedzialność...*, s. 59.

⁴⁴ C. Brölmann, *The Institutional Veil in Public International Law. International Organizations and the Law of Treaties*, Hart Publishing, Oxford 2007, s. 21.

taką podmiotowość, to może ona podejmować samodzielne działania w międzynarodowej płaszczyźnie traktatowej bez konieczności pośredniczenia w tym procesie przez państwa członkowskie. W sytuacji, w której państwa ustanawiają organizację międzynarodową i powierzają jej określone zadania, organizacja pozbawiona podmiotowości międzynarodowej nie byłaby w stanie ich realizować. Podmiotowość taka, jako konstytutywna cecha organizacji międzynarodowych, determinuje zarówno ich status, jak i jego prawne konsekwencje w stosunkach z innymi podmiotami prawa międzynarodowego. Gdyby wzorcem dla podmiotowości organizacji międzynarodowej miała być podmiotowość państwa, to o tej pierwszej musielibyśmy jednak powiedzieć, że jako konstytutywna cecha każdej organizacji międzynarodowej jest ona jednak podmiotowością oddzieloną od suwerenności, co jednoznacznie określa jej istotę i charakter oraz determinuje punkt wyjścia w formułowaniu i prezentowaniu problematyki badawczej w tym zakresie. Podmiotowość organizacji międzynarodowej jest w praktyce w różny sposób i w różnym zakresie realizowana. Naturalnym i najbardziej oczekiwanym sposobem jej uaktywnienia jest zawieranie przez organizację umów międzynarodowych. Sytuacja taka oznacza także uznanie jej odrębnej podmiotowości przez inne podmioty – strony takich umów. Również i w tej sytuacji nasuwa się uprawnione skojarzenie z sytuacją dorozumianego uznania państwa poprzez zawarcie z nim przez państwo uznające dwustronnej umowy międzynarodowej.

Nawiązując do praktyki międzynarodowej, można wskazać, że na takie zasadnicze znaczenie zdolności traktatowej organizacji międzynarodowej jako podstawowej przesłanki pozwalającej na indukcyjne wnioskowanie o jej podmiotowości w prawie międzynarodowym zwrócił uwagę MTS w opinii doradczej z 1 lutego 2012 r. w kontekście orzeczenia nr 2867 Trybunału Administracyjnego Międzynarodowej Organizacji Pracy (ILOAT) w sprawie skargi wniesionej przeciwko Międzynarodowemu Funduszowi Rozwoju Rolnictwa (IFAD)⁴⁵. W opinii tej Trybunał dokonał analizy statusu Mechanizmu Globalnego (GM), który został ustanowiony jako organ traktatowy dla realizacji celów środowiskowej konwencji paryskiej w sprawie zwalczania pustynnienia w państwach dotkniętych poważnymi suszami i pustynnieniem zwłaszcza w Afryce z 17 czerwca 1994 r.⁴⁶ Jako organ traktatowy o charakterze autonomicznej instytucji implementacyjnej został on organizacyjnie powiązany z Funduszem na mocy postanowień specjalnego Memorandum of Understanding w sprawie obsługi GM z 1999 r., którego stronami były: Konferencja Stron jako organ Konwencji i IFAD. Porozumienie to nie zawierało jednak żadnych postanowień odnoszących się do podmiotowości międzynarodowej tego organu traktatowego. Pytanie, jakie rozstrzygał MTS, było związane z tym, że IFAD zakwestionował wyrok Trybunału Administracyjnego ILO, jaki został wydany na podstawie powództwa zwolnionego pracownika. Fundusz argumentował, że GM posiada odrębną osobowość

⁴⁵ *Judgment No. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed Against the International Fund for Agricultural Development*, Advisory Opinion, "International Court of Justice Reports" 2012, s. 35.

⁴⁶ Tekst konwencji zob.: "United Nations. Treaty Series" 1999, vol. 1954, s. 3; tekst polski: Dz. U. z 2002 r. poz. 1538.

prawną i w związku z tym roszczenie pracownika powinno być skierowane przeciwko niemu. MTS uznał, że istnieje wyraźna różnica pomiędzy GM i IFAD. Co do Funduszu, to nie istnieją żadne wątpliwości, że na mocy postanowień art. 10 (1) porozumienia o jego utworzeniu ma on zarówno międzynarodową, jak i krajową osobowość prawną. Co szczególnie ważne – posiada on i realizuje w praktyce własną zdolność traktatową w relacjach z państwami i innymi organizacjami międzynarodowymi, a także z wyposażonymi w taką zdolność organami traktatowymi, czego przykładem było wskazane wyżej MOU z udziałem Konferencji Stron. Odnośnie do GM Trybunał uznał inaczej i wskazał, że z mocy Konwencji (UNCCCD) nie posiada on zdolności traktatowej, jak również nie realizuje jej w praktyce⁴⁷.

Wyjaśniając te kwestie w kontekście relacji pomiędzy podmiotowością organizacji międzynarodowych a ich zdolnością traktatową i w związku z niejednoznacznym rozumieniem tych relacji, należy wyraźnie podkreślić, że z kompetencji organizacji do zawierania umów międzynarodowych nie należy wywodzić jej prawnomiędzynarodowej podmiotowości. Jest bowiem tak, że to właśnie podmiotowość jest źródłem zdolności traktatowej⁴⁸. *Ius tractatum* jest szczególnym przejawem tej podmiotowości w praktyce funkcjonowania organizacji międzynarodowej. Nie musi być przy tym wyraźnie zapisana w statucie czy innym dokumencie konstytucyjnym⁴⁹. W rzeczywistości może być tak, a uczy tego przykład Organizacji Narodów Zjednoczonych, że w praktyce zostaje zaakceptowana faktycznie realizowana zdolność traktatowa organizacji, a kwestia wyjaśnienia jej podmiotowości prawnomiędzynarodowej staje się przedmiotem późniejszych dyskusji i rozstrzygnięć, tak jak to miało miejsce w opinii doradczej MTS z 1949 r.⁵⁰

Przyjęcie założenia, że odrębna podmiotowość prawnomiędzynarodowa jest szczególnie ważną metacechą organizacji międzynarodowej, powoduje, że w większości współczesnych definicji organizacji międzynarodowej stanowi ona istotny składnik minimum definicyjnego. Jest to reguła z oczywistymi w takiej sytuacji wyjątkami. Jeżeli np. C. Mik jednoznacznie przyjmuje i podkreśla, że podmiotowość jest koniecznym elementem definicji organizacji międzynarodowej⁵¹, to już np. Kazimierz Kocot pisze, że międzynarodowa osobowość prawna nie jest istotnym elementem pojęcia organizacji międzynarodowej⁵², a Rudolf Streinz równie wyraźnie

⁴⁷ Komentarz zob. np. D. Gallo, *The Right of Access to Justice for the Staff of International Organizations*, [w:] R. Virzo, I. Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2015, s. 513 i n.

⁴⁸ A. Czaplińska, *Odpowiedzialność...*, s. 94 i R. Sonnenfeld-Tomporek, *Organizacja międzynarodowa jako strona traktatu*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1994, nr 4, s. 44 i n.

⁴⁹ A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Wydawnictwo Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 107.

⁵⁰ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, „International Court of Justice Reports” 1949, vol. 174, s. 174 i n.

⁵¹ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 98.

⁵² K. Kocot, *Organizacje międzynarodowe. Systematyczny zarys zagadnień prawa międzynarodowego*, Ossolineum, Wrocław 1971, s. 164-165.

stwierdza, że podmiotowość nie jest warunkiem konstytutywnym istnienia takiej organizacji⁵³. Jeszcze inni określają takie instytucje współpracy bez własnej podmiotowości międzynarodowej jako *non-treaty based institutions* albo *soft organizations* nawet wtedy, kiedy spełniają one wymagania oznaczające posiadanie innych cech z katalogu elementów minimum definicyjnego⁵⁴. Ewelina Cała-Wacinkiewicz, która prezentuje również autorską, szeroko rozbudowaną definicję organizacji międzynarodowej i nie wymienia w niej wprost elementu własnej podmiotowości, uważa jednak, że organizacje międzynarodowe posiadają co do zasady taką podmiotowość, należy więc uznać ją za warunek konieczny⁵⁵. Zdecydowanie przeważające w doktrynie stanowisko, że podmiotowość prawnomiędzynarodowa jest cechą konieczną każdej organizacji międzynarodowej, jest konsekwencją szerokiego przyjęcia założenia, które w swoim rozumowaniu przyjął i rozwinął G. Fitzmaurice, że istnienie podmiotowości międzynarodowej, będącej źródłem zdolności traktatowej, jest konstytutywną cechą organizacji, umożliwiającą jej wyrażanie własnej woli w płaszczyźnie prawa międzynarodowego, odrębnej od woli państw członkowskich, a skutecznej również w stosunku do podmiotów trzecich. Niektórzy autorzy próbują pogodzić oba te nurty i proponują niejako kompromisowe rozwiązania. Dla przykładu Anna Wyrozumska wskazuje na możliwość takiego klasyfikowania organizacji międzynarodowych, które będzie pozwalało wyróżnić organizacje międzynarodowe *sensu largo* i organizacje międzynarodowe *sensu stricto*⁵⁶. Do tej pierwszej grupy należałaby każda organizacja międzynarodowa, oznaczająca „związek państw realizujący wspólne cele, nawet taki, którego działania można przypisać tylko państwom członkowskim”. Ta szeroka definicja organizacji międzynarodowej wyraźnie odbiega od elementów minimum klasyfikacyjnego, w tym również oderwana jest od wymogu posiadania przez taki związek państw osobowości prawnomiędzynarodowej. Natomiast do drugiej grupy byłyby kwalifikowane organizacje jak wyżej, ale z własną osobowością międzynarodową. W takiej sytuacji nie każda organizacja międzynarodowa korzystałaby z przymiotu podmiotowości prawa międzynarodowego. Wydaje się, że definicja organizacji międzynarodowej jako szczególnie ważnej instytucji współpracy opartej na prawie międzynarodowym powinna być na tyle czytelna i jednoznaczna, aby uwzględniać podstawowe przesłanki formułowane systematycznie na gruncie nauki prawa międzynarodowego, jak również wynikające z praktyki międzynarodowej w bardzo zróżnicowanych dziedzinach współpracy. Taka czytelność i jednoznaczność definicji organizacji międzynarodowej będzie zapewniona w dużej mierze w sytuacji, w której będzie w niej wyrażone usytuowanie elementu podmiotowości międzynarodowej. Nie bez powodu cytowana już wyżej C. Brölmann, która podkreśla znaczenie tej konstytutywnej cechy organizacji, pisze, że niektórzy autorzy, jak np. Ignaz

⁵³ R. Streinz, *Europarecht*, Müller, Heidelberg 2001, s. 51.

⁵⁴ J. Klabbers, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, "Netherlands Yearbook of International Law" 2001, vol. 30, no. 3, s. 403 i n.

⁵⁵ E. Cała-Wacinkiewicz, *Charakter prawny...*, s. 128 i n.

⁵⁶ A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe...*, s. 105; zob. też: A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001, s. 72.

Seidl-Hohenveldern i Ian Brownlie, proponują i formułują nie tyle definicję samej organizacji międzynarodowej, ale w istocie rzeczy definicję „organizacji międzynarodowej z własną podmiotowością”⁵⁷.

3. Uwagi końcowe

W konkluzji można stwierdzić, że zaproponowana wyżej definicja organizacji międzynarodowej, nawiązująca do niektórych innych, powoływanych wcześniej definicji, w tym do definicji KPM z projektu artykułów o odpowiedzialności organizacji międzynarodowych, oparta jest na domniemaniu, że wszystkie organizacje posiadają podmiotowość prawnomiędzynarodową, niezależnie od sformułowania odpowiedniego postanowienia instrumentu konstytucyjnego na ten temat. Definicja ta zakłada *a contrario* istnienie ustanowionych na podstawie umowy lub innego instrumentu międzynarodowego instytucji współpracy, ale nieposiadających takiej podmiotowości, a więc niebędących organizacjami międzynarodowymi. Wzruszenie takiego domniemania jest możliwe poprzez stwierdzenie państw jako kreatorów jej podmiotowości, że ustanawiana na mocy ich woli konkretna organizacja, jako instytucja współpracy międzynarodowej, nie jest przez nie w taką podmiotowość wyposażona. Takie reprezentatywne sytuacje znajdujemy w praktyce międzynarodowej⁵⁸. Dla przykładu: w Deklaracji szczytu w Budapeszcie z 1994 r., na którym formalnie została podjęta decyzja o przekształceniu Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie w Organizację Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, znajdujemy stwierdzenie, że przekształcenie takie w niczym nie zmienia charakteru zobowiązań, jak również statusu konferencji/organizacji, która nadal pozostaje forum współpracy państw, nie stając się przy tym odrębnym od nich podmiotem prawa międzynarodowego⁵⁹. Tytułem kolejnego przykładu można wskazać na dwie instytucje współpracy międzynarodowej, często powoływane w literaturze, a mianowicie: Global Water Partnership Network i Global Water Partnership Organization. We wspólnym statucie z 2011 r. czytamy, że pierwsza z nich nie posiada osobowości międzynarodowej, natomiast druga w taką osobowość została wyraźnie wyposażona⁶⁰. Podmiotowość międzynarodowa jest więc tym elementem definicji organizacji międzynarodowej, który w wyrazisty sposób pozwala kwalifikować różne formy i instytucje

⁵⁷ C. Brölmann, *The Institutional Veil...*, s. 20.

⁵⁸ Przykłady zob.: H.G. Schermers, N.M. Blokker, *International...*, s. 988.

⁵⁹ Na temat prawnomiędzynarodowego statusu OBW zob. np. L. Boisson de Chazournes, A. Gadowski, *The External Relations of the OSCE*, [w:] N. Steinbrück Platise, C. Moser, A. Peters (eds.), *The Legal Framework of the OSCE*, Cambridge University Press, Cambridge 2019, s. 199 i n.; zob. też: *Decision I. Strengthening the CSCE*, "International Legal Materials" 1995, vol. 31, s. 773.

⁶⁰ Art. 1(2) Statutu stanowi, że „The Network does not have legal personality”, a art. 1(3) wyraźnie wskazuje, że „[t]he Organization shall possess full legal personality under international law”; tekst: www.gwp.org [dostęp 13.08.2022]; zob. też: E. Fromageau, *The Global Water Partnership: Between Institutional Flexibility and Legal Legitimacy*, "International Organizations Law Review" 2011, vol. 8, no. 2, s. 367 i n.

współpracy międzynarodowej. W praktyce umożliwia ona organizacji skuteczne funkcjonowanie i działanie w płaszczyźnie międzynarodowej. Własna podmiotowość, na którą składa się kilka podstawowych atrybutów, ma przede wszystkim umożliwić organizacji międzynarodowej aktywny udział w stanowieniu prawa międzynarodowego, a zwłaszcza zawieranie umów międzynarodowych z państwami i innymi organizacjami międzynarodowymi. Przyjęcie takiego założenia wydaje się być uzasadnione zwłaszcza w kontekście tezy, że zdolność traktatowa, umiejscowiona w szerszym kontekście zdolności do kształtowania międzynarodowego porządku prawnego, jest szczególną zdolnością organizacji międzynarodowej jako najważniejszy atrybut jej prawnomiędzynarodowej podmiotowości. Zdolność ta nie tylko umożliwia organizacji bezpośredni udział w kształtowaniu prawa międzynarodowego, ale jej realizacja jest warunkiem skutecznego podejmowania przez nią innych działań w ramach pozostałych atrybutów tej podmiotowości. Trudno byłoby sobie wyobrazić skuteczne działania organizacji międzynarodowych w ramach jej *ius legationis* czy *ius standi* bez możliwości szerokiego korzystania z pierwotnej niejako zdolności traktatowej. Należy przy tym pamiętać, że podmiotowość organizacji międzynarodowych i jej atrybuty są oderwane od suwerenności i dlatego jeżeli poszczególne zdolności w odniesieniu do państwa mają charakter ogólny, to w odniesieniu do organizacji międzynarodowej zakres ich realizacji określa zasada specjalności, co w przedmiotowym wymiarze oznacza jej uwarunkowanie funkcjonalne.

Prawa człowieka wobec biznesu i korporacji transnarodowych – wzajemne relacje a nowe tendencje w świetle prawa międzynarodowego

1. Wprowadzenie

Problematyka korporacji transnarodowych stała się popularnym zagadnieniem w literaturze prawa międzynarodowego w latach 90. XX w. Powodem zainteresowania tymi podmiotami była ich wzrastająca siła ekonomiczna i szeroka działalność w różnych systemach prawnych. Wobec powyższego także prawo międzynarodowe podjęło temat w wybranych jego aspektach. Mając na uwadze działalność ekonomiczną ukierunkowaną na zysk, korporacje uwikłały się w liczne naruszenia praw człowieka, a szczególnie praw pracowniczych. W tym wymiarze rozpoczęła się dyskusja nad statusem korporacji i normami prawa międzynarodowego, mającymi do nich zastosowanie¹.

Szczególne miejsce wśród tych norm zajmują te dotyczące praw człowieka. Poniższe opracowanie traktuje o pozycji korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowo chronionych praw człowieka. Analizie poddany zostanie głównie system prawa międzynarodowego oraz prawa Unii Europejskiej, zaś system krajowy w takim wymiarze, w jakim implementuje normy dotyczące odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. Normatywna koncepcja międzynarodowo chronionych praw człowieka znajduje bowiem odzwierciedlenie w każdym z nich.

Profesor Krzysztof Wójtowicz zajmuje się zarówno prawem konstytucyjnym, międzynarodowym, jak i europejskim. W jego dorobku znalazły się m.in. rozważania o prawach człowieka w Unii Europejskiej, do których zawsze warto sięgać². Zatem

* Dr hab. Elżbieta Karska, prof. Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, Wydział Prawa i Administracji; ORCID: [0000-0002-5263-9127](https://orcid.org/0000-0002-5263-9127).

¹ L.C. Backer, *From Moral Obligation to International Law: Disclosure Systems, Markets and the Regulation of Multinational Corporations*, "Georgetown Journal of International Law" 2008, vol. 39, s. 101-142; A. De Jonge, *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2011; A. Mężykowska, *Prawa i odpowiedzialność korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka*, [w:] J. Menkes, T. Gardocka (red.), *Korporacje transnarodowe – jeden temat, różne spojrzenia*, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej „Academica”, Warszawa 2010, s. 240-241; M. Özden, *Transnational Corporations' Impunity*, Europe-Third World Centre (CETIM), Geneva 2016, s. 4-96.

² K. Wójtowicz, *Ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz (red.), *System ochrony praw człowieka*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 199-220.

także w tej publikacji nawiązania do dorobku Profesora z przełomu wieków, kiedy UE budowała podstawy dla stosowania Karty Praw Podstawowych, znajdując odniesienie.

2. Korporacje a normatywna koncepcja ochrony praw człowieka

Normatywna koncepcja międzynarodowo chronionych praw człowieka to pięcioelementowa konstrukcja, oparta na godności jako fundamencie oraz podmiocie uprawnionym, zobowiązanym, treści zobowiązania, a także roszczeniu. W kontekście rozważań o korporacjach transnarodowych i ich pozycji w ramach międzynarodowych zobowiązań w dziedzinie praw człowieka tradycyjnie postrzega się te podmioty jako naruszające prawa człowieka, a w konsekwencji podmioty zobowiązane. Są jednak i takie sytuacje prawne, w których osoba prawna, w tym także korporacja, sama potrzebuje ochrony. Stąd ich umiejscowienie w normatywnej koncepcji ochrony praw człowieka ma charakter złożony. Są one bowiem zarówno podmiotem zobowiązanym, jak i podmiotem chronionym.

Interesująca dyskusja, jaka miała miejsce w literaturze prawa międzynarodowego na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), a wcześniej nawet jeszcze w związku z orzeczeniami Europejskiej Komisji Praw Człowieka (EKPC), skupiła się wokół jednego podstawowego wątku, a mianowicie czy osoba prawna może korzystać z ochrony na podstawie norm europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³? W toku wieloletniej analizy skarg składanych do ETPC ukształtowała się linia orzecznicza, która jednoznacznie pozwoliła na zastosowanie ochrony przewidzianej przez EKPC do osób prawnych⁴.

Jak słusznie podkreśla Tadeusz Jasudowicz, „formuły ochronne praw człowieka wyraziście lub dorozumianie otwierają się na uznanie innych – poza jednostką ludzką – podmiotów uprawnionych. Tak np. gwarancja niezakłóconego korzystania ze swojego mienia/własności zapewniona jest na rzecz «każdej osoby fizycznej lub prawnej», przy czym ta ostatnia – w jej autonomicznym znaczeniu europejskim – to nie tylko osoba prawna *sensu stricte*, której formalnie taki status przypisuje prawo krajowe. Można też rzec, że skoro w art. 10 Konwencji Europejskiej nie wyklucza się wprowadzenia czy utrzymywania przez państwa-strony systemu licencji na «działalność przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych i kinematograficznych» – konieczną

³ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.).

⁴ Zob. np. M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, Oxford 2006; P. Jones, *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights*, "Human Rights Quarterly" 1999, vol. 21, no. 1, s. 80-107; T. Isiksel, *Corporate Human Rights Claims Under the ECHR*, "The Georgetown Journal of Law & Public Policy" 2019, vol. 17, s. 979-1005; W.H.A.M. van den Muijsenbergh, S. Rezai, *Corporations and the European Convention on Human Rights*, "Global Business & Development Law Journal" 2012, vol. 25, s. 43-56.

konsekwencją tego musi być uznanie tytułu takich przedsiębiorstw do występowania w obronie swoich praw”⁵.

Podobne stanowisko prezentuje Michał Skwarzyński, który analizując kwestie podmiotów chronionych, stwierdza, że: „System praw człowieka, jako chroniący godność, powoduje, że «siła i moc» jego oddziaływania wstrzymuje niegodziwe praktyki stosowania prawa przez organy państwowe, jak również antygodnościową działalność państw. W oczywisty sposób dostrzegając skuteczność systemu musiał on ewoluować w kierunku ochrony innych podmiotów prawa, które przecież także składają się z jednostek”⁶.

Europejski Trybunał Praw Człowieka zajmuje się skargami osób prawnych już od dziesięcioleci. Jednym z orzeczeń w tym zakresie był wyrok z 16 kwietnia 2002 r., będący następstwem skarg francuskich podmiotów gospodarczych. Były to przedsiębiorstwa wykonujące usługi w zakresie budowy dróg na zlecenie rządu tego państwa. Podmioty te zostały posądzone o zomowę co do wysokości ceny za wykonywanie usług i władze administracyjne dokonały przeszukania w siedzibach przedsiębiorców, zabezpieczając dokumentację firmy na potrzeby postępowania, które zakończyło się nałożeniem na te podmioty grzywnien. Analiza skupiła się wokół kwestii „poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, mieszkania i korespondencji” (art. 8 EKPC). Trybunał wówczas jednogłośnie uznał, że spółka prawa handlowego też posiada „mieszkanie”, które jest chronione na gruncie EKPC, jak mieszkanie osoby fizycznej, a działania państwa francuskiego przekroczyły próg proporcjonalności⁷.

Niezwykle interesująca jest analiza statusu podmiotów gospodarczych w świetle praw człowieka realizowanych w Unii Europejskiej, gdzie mowa o prawach podstawowych, implementacji Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, jej funkcjonowaniu w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości oraz Sądu. Całości zagadnienia towarzyszy tocząca się od wielu lat dyskusja o przystąpieniu UE do EKPC. Podmioty gospodarcze i ich ochrona na podstawie EKPC w ramach systemu prawa UE otwierają wiele płaszczyzn analizy teoretyczno-prawnej. Trzeba też podkreślić, że w różnych okresach stosowania EKPC jako żywego instrumentu, w zróżnicowany sposób kształtowała się jej interpretacja, co wywarło także wpływ na procesową pozycję osób prawnych, w tym przedsiębiorstw i przedsiębiorców zarówno w systemie strasburskim, jak i luksemburskim. Wielokrotnie też wyrażano pogląd, że przystąpienie UE do EKPC zwiększyłoby poziom ochrony przysługującej

⁵ T. Jasudowicz, *Konstrukcja normatywna międzynarodowo chronionych praw człowieka*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski (red.), *Prawa człowieka i ich ochrona*, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2010, s. 111.

⁶ M. Skwarzyński, *Ochrona praw osób prawnych, zbiorowości i państw w systemie praw człowieka*, [w:] K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski (red.), *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 33.

⁷ K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009, s. 97-99; M.A. Nowicki, *Moje spółka moją twierdzą. Przeszukania i zajęcie dokumentów*, „Rzeczpospolita”, 21.05.2002, nr 117, s. C4.

przedsiębiorcom i przedsiębiorstwom, zaś nieprzystąpienie wciąż jest przeszkodą do pełniejszego wachlarza ochrony, który mógłby mieć zastosowanie⁸.

Podsumowując przedstawioną w literaturze dyskusję, warto podkreślić, że korporacji transnarodowej jako podmiotowi gospodarczemu przysługuje ochrona, choć jej wymiar, mimo że zbliżony, to nie jest tożsamy z zakresem ochrony przysługującym osobie fizycznej. Wciąż mamy do czynienia z pewnym katalogiem praw człowieka przysługującym wyłącznie osobie fizycznej, w którego obrębie znajdują się np. prawo do życia, zakaz tortur, innego nieludzkiego traktowania albo karania czy prawo do zawarcia małżeństwa. Jednak większość praw w katalogu praw człowieka, zarówno tych z zakresu prawa cywilnego, jak i karnego, może być stosowana jako podstawa ochrony równoległe do osób tak fizycznych, jak i prawnych. Należą do nich np.: prawo własności, prawo do słusznego procesu czy swoboda wypowiedzi, które potwierdzono w orzecznictwie ETPC⁹.

3. Prawa człowieka a korporacje w świetle miękkiego prawa międzynarodowego

Kwestia związku między prawami człowieka a korporacjami międzynarodowymi wielokrotnie była przedmiotem dyskusji na forum organizacji międzynarodowych, których statutowym celem działań jest ochrona ogólnych standardów praw człowieka lub realizacja ochrony szczególnych grup podmiotów. Omawiane osoby prawne najczęściej przedstawiano jako te naruszające prawa człowieka, a szczególnie prawa pracownicze, prawa dzieci czy prawa ludności rdzennej. Nie bez znaczenia pozostają liczne raporty organizacji pozarządowych wskazujące konkretne przedsiębiorstwa i regiony świata, w których takie naruszenia miały lub mają miejsce na masową skalę. Właściwie wobec przedstawionych faktów nie trzeba było wielkiego wysiłku, aby przekonać społeczność międzynarodową do podjęcia dyskusji na forum ONZ o naruszeniach praw człowieka dokonywanych przez podmioty gospodarcze.

Pomimo przedstawiania faktów związanych z naruszeniami praw człowieka na forum najistotniejszych organizacji międzynarodowych, w wielu przypadkach nowo przedstawionych inicjatyw uregulowania tej kwestii trudno było o porozumienie państw celem związania ich nowymi zobowiązaniami. W związku z tym wyjściem z sytuacji stały się regulacje miękkiego prawa międzynarodowego. Spośród wspomnianych inicjatyw warto wymienić działania podejmowane w ramach Międzynarodowej Organizacji Pracy, Rady Europy, Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz Rady Praw Człowieka ONZ. Niestety większość z nich pozostała tylko

⁸ K. Kowalik-Bańczyk, *Znaczenie (nie)przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dla ochrony praw podmiotów gospodarczych*, [w:] A. Bodnar, A. Płoszka, *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 41-61.

⁹ K. Karski, B. Ziemblicki, *Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights*, "International Community Law Review" 2021, vol. 23, no. 5, s. 503-525.

deklaracjami, do których często odwołują się we wstępach lub preambułach współcześnie proponowane projekty konwencji i dyrektyw.

Najistotniejszą globalną inicjatywą pozostają oczywiście *Wytyczne dotyczące biznesu i praw człowieka: Wdrażanie dokumentu ramowego Organizacji Narodów Zjednoczonych „Chronić, szanować, naprawiać”*, będące częścią Raportu Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego ONZ ds. Praw Człowieka i Korporacji Międzynarodowych oraz innych Podmiotów Gospodarczych Johna Ruggiego¹⁰. Dokument ten stał się ważnym instrumentem nie tylko na forum międzynarodowym, ale także krajowym. Z jednej strony, stanowi wytyczną przygotowującą państwa do opracowania i przyjęcia nowej konwencji, a z drugiej formatuje prawo krajowe i same przedsiębiorstwa, wdrażające standard ochrony praw człowieka w ich wewnętrznej strukturze wszelkiego szczebla. Bardzo istotną rolę Wytycznych jest także wpływ na kształtowanie krajowych programów działań w zakresie przestrzegania praw człowieka przez wszelkiego rodzaju podmioty gospodarcze, tj. zarówno prywatne, jak i będące własnością państwa, a w konsekwencji szeroko rozumiany biznes¹¹. W ubiegłym roku dokument ten obchodził swoje dziesięciolecie, co też było i nadal jest okazją do czynienia pewnych podsumowań¹².

Celem Wytycznych, jak same stanowią, nie jest tworzenie nowych zobowiązań w zakresie praw człowieka. Jak czytamy w tym dokumencie: „Normatywny wkład Wytycznych nie polega na tworzeniu nowych zobowiązań w ramach prawa międzynarodowego, ale na objaśnieniu tego, co wynika z obowiązujących standardów i praktyk dla państw i przedsiębiorstw, połączeniu ich w jeden logiczny, spójny i wszechstronny model oraz na zidentyfikowaniu braków obecnego systemu oraz udoskonaleniu go”¹³. W analizie tego dokumentu istotna jest trójelementowa struktura, którą określa się mianem filarów. Pierwszy z nich to „Obowiązek państwa dotyczący zapewnienia ochrony praw człowieka”, drugi to „Odpowiedzialność przedsiębiorstw za poszanowanie praw człowieka”, zaś trzeci to „Dostęp do środków zaradczych”.

¹⁰ J. Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011).

¹¹ S. Deva, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*, “European Company Law” 2012, vol. 9, no. 2, s. 101-109.

¹² S. Deva, E. Karska, G. Muigai, D. Pesce, A. Ramasastry, *Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: taking stock of the first decade*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 47th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Anita Ramasastry), UN Doc. A/HRC/47/39 (2021), DOI: [10.13140/RG.2.2.20004.55686](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.20004.55686); F. Hopenhaym, E. Karska, A. Ramasastry, P. Yeophantong, *Tenth anniversary of the Guiding Principles on Business and Human Rights: a roadmap for the next decade of business and human rights – raising the ambition, increasing the pace*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40/Add.3 (2022), DOI: [10.13140/RG.2.2.10770.53445](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.10770.53445).

¹³ Wprowadzenie do Wytycznych, § 14.

Trójfilarowa konstrukcja jest odzwierciedleniem pewnych zasad ogólnych, na uznaniu których opiera się dokument, czyli:

- a) istniejących zobowiązań państw w zakresie poszanowania, ochrony oraz realizacji praw człowieka i podstawowych wolności;
- b) roli przedsiębiorstw jako wyspecjalizowanych organów społecznych, pełniących szczególne funkcje, od których wymaga się przestrzegania obowiązującego prawa i poszanowania praw człowieka;
- c) potrzeby zapewnienia odpowiednich i skutecznych środków zaradczych i naprawczych na wypadek naruszenia praw i obowiązków¹⁴.

W praktyce funkcjonowania Wytycznych wskazuje się też liczne słabości tego dokumentu. Wśród nich nie tylko sam niewiążący charakter zdaje się prowadzić do ograniczonej efektywności, ale przede wszystkim problem tkwi w ramach trzeciego filara, którym jest dostęp do środków zaradczych. Jego zasada podstawowa stanowi, że „w ramach obowiązku ochrony przed naruszeniami praw człowieka w związku z działalnością przedsiębiorstw państwa muszą podjąć odpowiednie kroki, aby, jeśli naruszenia takie mają miejsce na ich terytorium i/lub w obrębie ich jurysdykcji, w tym, których dotknie takie naruszenie, zapewnić, poprzez odpowiednie środki i mechanizmy sądowe, administracyjne, legislacyjne i inne, dostęp do skutecznych środków zaradczych i naprawczych”¹⁵. Niestety państwa nie wywiązują się skutecznie z tego obowiązku. Jak czytamy w komentarzu do Wytycznych, „jeśli państwa nie podejmują odpowiednich kroków w celu zbadania, ukarania i naprawienia naruszeń praw człowieka związanych z działalnością biznesową, kiedy mają one miejsce, obowiązek państwa ochrony praw człowieka może okazać się słaby lub nawet nic nieznaczący”. Choć ta część Wytycznych jest bardzo rozbudowana i wskazuje się w niej wiele mechanizmów, nie tylko sądowych, ale także pozasądowych rozpatrywania skarg, a także kryteria ich skuteczności, to w praktyce realizacja postulatów nie jest prosta¹⁶. Mając na uwadze wskazane trudności, społeczność międzynarodowa spore nadzieje pokłada w przyszej konwencji.

¹⁴ Zasady ogólne Wytycznych.

¹⁵ Zasada podstawowa § 25 Wytycznych.

¹⁶ Zob. E. Karska, *Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka*, [w:] M. Kilanowski (red.), *Biznes i prawa człowieka: 10 lat wdrażania Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka*, UN Global Compact Network Poland, Warszawa 2021, s. 79-81; M. Kilanowski, *Od Krajowego Planu Działania na rzecz wdrażania Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka na lata 2017-2020 do nowej wizji ekonomii opartej na człowieku*, [w:] M. Kilanowski (red.), *Biznes i prawa człowieka...*, s. 30-40. Zob. także: F. Hopenhaym, E. Karska, A. Ramasastry, P. Yeophantong, *Implementing the third pillar: lessons from transitional justice guidance by the Working Group*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40/Add.4 (2022), DOI: [10.13140/RG.2.2.14125.97764](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.14125.97764). O wdrażaniu Wytycznych w kontekście pandemii COVID-19 zob. S. Deva, F. Hopenhaym, E. Karska, A. Ramasastry, *The coronavirus disease pandemic: lessons learned and moving forward*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40 (2022), DOI: [10.13140/RG.2.2.30483.76320](https://doi.org/10.13140/RG.2.2.30483.76320).

4. Prawa człowieka a korporacje transnarodowe i inne przedsiębiorstwa w świetle projektu konwencji ONZ

Wśród wielu inicjatyw międzyrządowych, powołanych do życia w ramach Rady Praw Człowieka ONZ, znajduje się także próba uregulowania w międzynarodowym prawie praw człowieka kwestii dotyczących działalności korporacji transnarodowych i innych przedsiębiorstw. Przewodnictwo grupie międzyrządowej powierzono Ekwadorowi, który od 2018 r. przedstawił kilka projektów przyszłej konwencji i prowadzi intensywny dialog między kolejnymi sesjami grupy międzyrządowej, odbywającymi się rokrocznie, także w formie zdalnej ze względu na pandemię. Możemy na chwilę obecną stwierdzić, że projekt dojrzewa do kompromisu¹⁷.

Przygotowywany traktat, którego – obecnie opracowywana – propozycja nosi roboczą nazwę: *Projekt prawnie wiążącego instrumentu regulującego, w międzynarodowym prawie praw człowieka, działalność korporacji transnarodowych i innych przedsiębiorstw*, może stać się kolejną konwencją, przyjętą w ramach ONZ, która będzie regulowała problematykę ochrony praw człowieka. Analiza treści projektu w kolejnych jego odsłonach przedstawionych przez Ekwador pozwala wnioskować, że głównym celem regulacji stają się ofiary naruszeń praw człowieka. Całość konwencji skupiona jest wokół praw ofiar, ich ochrony, prewencji, dostępu do słusznego odszkodowania oraz dostępu do sądu, ustanowienia efektywnego krajowego systemu odpowiedzialności za dopuszczenie się naruszeń, jurysdykcji, prawa mającego zastosowanie, międzynarodowej współpracy sądowej, nieprzedawniania naruszeń w sytuacji, gdy ustalenie faktów może zająć dużo czasu, implementacji oraz – tworzonych z myślą o ofiarach – instytucjach międzynarodowych, takich jak Fundusz Ofiar czy Komitet złożony z 12, a gdy liczba ratyfikacji osiągnie 60, to maksymalnie z 18 członków¹⁸.

Wśród celów przyszła konwencja wskazuje efektywną implementację zobowiązań z zakresu ochrony praw człowieka w kontekście działalności gospodarczej,

¹⁷ Zob. M. Fasciglione, *A Binding Instrument on Business and Human Rights as a Source of International Obligations for Private Companies: Utopia or Reality?*, [w:] M. Buscemi, N. Lazzerini, L. Magi, D. Russo (red.), *Legal Sources in Business and Human Rights*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2020, s. 31-51; E. Karska, *Drafting an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: The Next Step towards Strengthening the Protection of Human Rights*, "International Community Law Review" 2021, vol. 23, no. 5, s. 466-485.

¹⁸ Ostatni projekt został przedstawiony przez ekwadorską prezydencję Międzyrządowej Grupy Roboczej w sierpniu 2021 r. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, OEIGWG Chairmanship Third Revised Draft (17 August 2021), <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf> [dostęp 23.06.2022]. Zob. C. Lopez, *The Third Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Modest Steps Forward, But Much of the Same*, "Opinio Juris", 3.09.2021, <http://opiniojuris.org/2021/09/03/the-third-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-modest-steps-forward-but-much-of-the-same/> [dostęp 23.06.2022]. W styczniu 2022 r. opublikowano też tekst projektu wraz poprawkami zaproponowanymi przez państwa. *Text of the third revised draft legally binding instrument with the concrete textual proposals submitted by States during the seventh session*, UN Doc. A/HRC/49/65/Add.1 (2022).

szczególnie tej o charakterze transnarodowym¹⁹. Co do praw ofiar, to wskazuje się na „zagwarantowanie dostępu do wymiaru sprawiedliwości oraz efektywnego, adekwatnego i zapewnionego w odpowiednim czasie odszkodowania dla ofiar naruszeń praw człowieka w kontekście działalności biznesowej”²⁰. Szczegółowe postanowienia w tym względzie dotyczą takich kwestii, jak traktowanie ofiar w sposób humanitarny, z szacunkiem dla ich godności, praw człowieka i podstawowych wolności, poszanowaniem bezpieczeństwa psychicznego, dobrostanu psychologicznego i prawa do prywatności²¹. Ponadto ofiary naruszeń praw człowieka spowodowanych działalnością biznesową powinny mieć w szczególności zagwarantowane prawo do życia, integralność osobową, wolność wyrażania opinii i wypowiedzi, prawo do pokojowego zgromadzania się i stowarzyszania, a także swobodę przemieszczania się²². Projekt konwencji nakłada na państwa obowiązek ochrony ofiar, ich przedstawicieli prawnych, rodzin i świadków przed naruszaniem ich praw człowieka oraz podstawowych wolności. Także na państwach ciąży obowiązek zapewnienia dostępu do słusznego odszkodowania²³.

Obszerna część konwencji odnosi się do prewencji. Podobnie jak w przypadku praw ofiar, to na państwach spoczywa obowiązek zapewnienia środków prawnych, gwarantujących przestrzeganie praw człowieka przez korporacje transnarodowe i inne przedsiębiorstwa, które podejmują działalność o charakterze transnarodowym w obrębie ich terytorium, jurysdykcji lub w jakikolwiek inny sposób pozostając pod ich kontrolą²⁴. Obszerna regulacja w tym zakresie obejmuje kwestie należytej staranności, którą państwa powinny egzekwować w stosunku do przedsiębiorstw, proporcjonalnie do ich wielkości, ryzyka naruszeń praw człowieka oraz natury i kontekstu działalności gospodarczej²⁵.

5. Odpowiedzialność korporacji za dochowanie obowiązku należytej staranności poszanowania praw człowieka w świetle prawa UE

Powstały w ramach Unii Europejskiej system ochrony praw człowieka nosi cechy systemu ponadnarodowego. Jego zaletą bez wątpienia pozostaje skuteczniejsze niż w prawie międzynarodowym dochodzenie roszczeń z tytułu naruszeń tego prawa. Czy jednak tak się dzieje w odniesieniu do naruszeń praw człowieka, związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą? Chyba nie do końca. Tak miało być w związku z przystąpieniem UE do EKPC. To zarówno przedsiębiorcy, jak i ofiary biznesu mieli nadzieję na skuteczniejsze dochodzenie roszczeń i tym samym

¹⁹ Art. 2(2)(1)(a) projektu konwencji.

²⁰ Art. 2(2)(1)(d) projektu konwencji.

²¹ Art. 4(4)(2)(a) projektu konwencji.

²² Art. 4(4)(2)(b) projektu konwencji.

²³ Art. 5(1) projektu konwencji.

²⁴ Art. 6(1)-(6) projektu konwencji.

²⁵ Art. 6(3) projektu konwencji.

skuteczniejszą ochronę. Co pewien czas sprawa powraca, głównie na forum Rady Europy, jednak bez widocznych rezultatów.

Kwestia praw człowieka wobec szeroko rozumianego biznesu stała się bardzo istotnym elementem dyskusji co do skuteczności realizacji postulatu odpowiedzialności za naruszenia. Jednak nie jest to zagadnienie, w którym UE mówi tzw. jednym głosem. Są bowiem kwestie, w których poszczególne organy tej organizacji międzynarodowej wyrażają odmienne stanowisko na forum międzynarodowym. Często pozostaje to niezrozumiałe dla podmiotów spoza UE. W tym wymiarze różnice uwidoczniły się co do bardzo istotnego zagadnienia obowiązkowej należytej staranności z zakresu międzynarodowo chronionych praw człowieka. W dniu 10 marca 2021 r. inicjatywę podjął Parlament Europejski, który przyjął w tym względzie rezolucję zawierającą zalecenia dla Komisji Europejskiej, dotyczące należytej staranności i odpowiedzialności przedsiębiorstw²⁶. Inicjatywa ta jest bardzo cenna i wyraża szerokie poparcie dla przygotowywanego w ramach Rady Praw Człowieka ONZ projektu konwencji.

W załączniku do rezolucji znajduje się zalecenie dotyczące treści proponowanego wniosku, który ma zapewnić, „aby przedsiębiorstwa objęte jej zakresem stosowania prowadzące działalność na rynku wewnętrznym wywiązywały się z obowiązku poszanowania praw człowieka, środowiska i dobrych rządów oraz nie powodowały potencjalnego lub rzeczywistego negatywnego wpływu na prawa człowieka, środowisko i dobre rządy ani nie przyczyniały się do takiego wpływu przez własne działania lub przez działania bezpośrednio związane z ich działalnością, produktami lub usługami mające miejsce w ramach ich relacji biznesowych lub w ich łańcuchach wartości oraz aby zapobiegały temu negatywnemu wpływowi i go łagodziły”²⁷. Najistotniejsza część proponowanej dyrektywy formułuje obowiązki przedsiębiorstw wynikające z należytej staranności, a mianowicie „mają one obowiązek stosować wszelkie proporcjonalne i współmierne środki oraz podejmować starania w miarę swoich możliwości, w celu zapobieżenia negatywnemu wpływowi na prawa człowieka, środowisko i dobre rządy w ich łańcuchach wartości, a także odpowiednio reagować na taki negatywny wpływ, gdy on wystąpi”²⁸. Podobnie jak w przypadku konwencji, odpowiedzialność i rozliczalność z tytułu negatywnego wpływu na prawa człowieka, środowisko i dobre rządy ma następować zgodnie z prawem krajowym, tak jak zapewnienie ofiarom dostępu do środków ochrony prawnej.

Obszerna część proponowanej dyrektywy poświęcona jest strategii należytej staranności²⁹, zgodnie z którą to państwa członkowskie określają przepisy służące zapewnieniu zachowywania przez przedsiębiorstwa skutecznej należytej staranności w odniesieniu do potencjalnego lub rzeczywistego negatywnego wpływu ich działalności i relacji biznesowych na prawa człowieka, środowisko i dobre rządy.

²⁶ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 10 marca 2021 r. zawierająca zalecenia dla Komisji dotyczące należytej staranności i odpowiedzialności przedsiębiorstw (2020/2129(INL)).

²⁷ Art. 1(1) postulowanej dyrektywy w wersji pierwotnie zaproponowanej przez PE.

²⁸ Art. 1(2) postulowanej dyrektywy w wersji pierwotnie zaproponowanej przez PE.

²⁹ Art. 4 postulowanej dyrektywy w wersji pierwotnie zaproponowanej przez PE.

Jeśli przedsiębiorstwo doszłoby do wniosku, że jego działalność nie powoduje ryzyka w wymienionych sferach, to publikuje oświadczenie w tej sprawie i ujmuje w nim ocenę ryzyka z wyszczególnieniem odpowiednich danych, informacji i metod, które pozwoliły wyciągnąć ten wniosek. W pozostałych przypadkach przedsiębiorstwa będą ustanawiały i skutecznie realizowały strategię należytej staranności, w ramach której określają potencjalny lub rzeczywisty negatywny wpływ na prawa człowieka, mapują swój łańcuch wartości i, z należyтым uwzględnieniem tajemnicy handlowej, podają do wiadomości publicznej istotne informacje na temat tego łańcucha, które mogą obejmować nazwy, lokalizacje, rodzaje dostarczanych produktów i usług, a także inne istotne informacje dotyczące jednostek zależnych, dostawców i partnerów biznesowych w łańcuchu wartości; przyjmują i wskazują wszelkie proporcjonalne i współmierne zasady postępowania i środki służące eliminacji potencjalnego lub rzeczywistego negatywnego wpływu na prawa człowieka, środowisko lub dobre rządy, zapobieganiu takiemu wpływowi i łagodzeniu go³⁰.

Jednak stanowisko pozostałych organów UE nie w pełni jest tożsame z tym, jakie prezentuje Parlament Europejski³¹. Po wielu miesiącach prac Komisja Europejska, w międzyczasie oskarżana o powolność prac, a nawet niechęć do dyrektywy, przedstawiła wniosek legislacyjny (ustawodawczy). Wskazano w nim, że akt ten ma ustanawiać obowiązki przedsiębiorstw dotyczące rzeczywistych i potencjalnych niekorzystnych skutków dla praw człowieka i środowiska w odniesieniu do ich własnej działalności, działalności ich jednostek zależnych oraz działalności w ramach łańcucha wartości prowadzonej za pośrednictwem podmiotów, z którymi przedsiębiorstwo utrzymuje stałe relacje biznesowe, a także odpowiedzialności za naruszenia tych obowiązków³².

W trakcie prac w komisjach PE, w szczególności Komisji Prawnej (JURI), wyraża się zadowolenie z faktu zgłoszenia wniosku. Podnoszone są jednocześnie uwagi, które dotyczą głównie obaw co do zbyt słabego mechanizmu realizacji odpowiedzialności, a także tego, że rozwiązania zawarte w projekcie nie ograniczają potencjalnej możliwości *outsourcingu* odpowiedzialności przez korporacyjnych sprawców na inne podmioty. Wskazuje się także na inne kwestie, warte rozstrzygnięcia, m.in. zakres przedsiębiorstw, które mają podlegać tej regulacji. Jak słusznie wskazuje Beata Faracik, w obecnym brzmieniu dyrektywa ma obejmować zaledwie 1 proc. korporacji,

³⁰ Art. 4(4) postulowanej dyrektywy w wersji pierwotnie zaproponowanej przez PE.

³¹ M. Chojnowska, *Przepisy dotyczące praw człowieka znikają z planów Komisji*, OPZZ, 3.12.2021, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/swiat/przepisy-dotyczace-praw-czlowieka-znikaja-z-planow-komisji> [dostęp 23.06.2022]; B. Faracik, *Korporacje nie mogą bezkarnie szkodzić ludziom i planecie!*, „Rzeczpospolita”, 25.03.2021, <https://www.rp.pl/biznes-odpowiedzialny-w-polsce/art210221-korporacje-nie-moga-bezkarnie-szkodzic-ludziom-i-planecie> [dostęp 23.06.2022].

³² Art. 1(1)(a)-(b) wnioskowanej przez Komisję Europejską dyrektywy. Komisja Europejska, *Wniosek: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie należytej staranności przedsiębiorstw w zakresie zrównoważonego rozwoju oraz zmieniająca dyrektywę (UE) 2019/1937*, COM(2022) 71 final (23.02.2022).

a prawa człowieka są prawami, które powinny być przestrzegane przez wszystkich, a nie tylko przez duże korporacje³³.

Ważne jest jednak, że prace nad tą dyrektywą trwają. Mogą one doprowadzić do wypracowania dobrego aktu prawnego, który w znacznym stopniu wpłynie na podniesienie standardu ochrony praw człowieka w kontekście działalności podmiotów gospodarczych. Trzeba przy tym pamiętać, że choć ma to być akt prawa UE, to jego skutki będą oddziaływały nie tylko na działalność unijnych podmiotów gospodarczych na terytoriach jej państw członkowskich, ale także poza nimi.

6. Zakończenie

Analiza przytoczonych regulacji pokazuje, jak dalece prawo międzynarodowe, krajowe oraz ponadnarodowe praw człowieka rozszerzyło katalog podmiotów tak uprawnionych, jak i zobowiązanych, biorąc pod uwagę zakres tego systemu. Włączyło osoby prawne, podmioty gospodarcze, w tym także korporacje, do katalogu podmiotów zobowiązanych i tych korzystających z ochrony, tak krajowej, jak i międzynarodowej.

Nowe tendencje w świetle prawa międzynarodowego praw człowieka zmierzają w pierwszej kolejności do zaspokojenia roszczeń ofiar naruszeń praw człowieka. W tym względzie zresztą mechanizmy samoregulacji w formie miękkiego prawa międzynarodowego zawiodły, a może raczej nie przyniosły oczekiwanych rezultatów, bowiem nadal stopień naruszeń praw człowieka, w których uczestniczą podmioty gospodarcze, jest bardzo wysoki.

Oczekiwanie na kolejną konwencję, która pozwoli pociągnąć do odpowiedzialności podmioty winne naruszeń praw człowieka w wielu regionach świata, jest bardzo duże. Liczni obrońcy praw człowieka wskazują na zalety wiążącego mechanizmu prawnomiędzynarodowego jako jedynej możliwości zwiększenia efektywności praw człowieka w tym zakresie. Ten aspekt najskuteczniej realizuje prawo ponadnarodowe, na podstawie którego obowiązek dochowania należytej staranności w zakresie przestrzegania praw człowieka jest celem regulacji samym w sobie. Oczywiście priorytetem pozostaje skuteczne dochodzenie roszczeń przez ofiary na drodze prawa krajowego. Do tego bowiem zobowiązują państwa zarówno wiążące, jak i niemające charakteru wiążącego normy prawa międzynarodowego. Wciąż zatem aktualna pozostaje zasada subsydiarności, tak istotna na gruncie prawa Unii Europejskiej, a także międzynarodowej ochrony praw człowieka, choć wymiar jej systemowo wydaje się odmienny.

³³ Pełny zapis przebiegu posiedzenia Komisji do Spraw Unii Europejskiej (nr 136) z 12 maja 2022 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej – IX kadencja, Kancelaria Sejmu, Biuro Komisji Sejmowych, Warszawa 2022, s. 12.

Zasada *pacta sunt servanda* – uwagi na tle członkostwa Polski w Unii Europejskiej

1. Fundament

Zasada *pacta sunt servanda* stanowi fundament prawa międzynarodowego. Tym samym stanowi fundament Unii Europejskiej dzięki zastosowaniu międzynarodowoprawnej walidacji do konstytuujących ją traktatów. Przekształcenie zasady *pacta sunt servanda* zgodnie z wyobrażeniami polskiego rządu wdrażanymi od 2015 r. w obszarze rządów prawa, które stanowią także jeden z podstawowych elementów składających się na przedmiot i cel unijnej regulacji, wymagałoby zmiany kluczowego paradygmatu prawa międzynarodowego, czyli jego konsensualnego charakteru.

Istota prawna zasady *pacta sunt servanda* może być charakteryzowana poprzez pojęcie zasady ogólnej prawa lub zasady ogólnej prawa międzynarodowego¹. Każda z tych form pozwala na podkreślenie jej normatywnego oraz podstawowego i porządkującego znaczenia w granicach międzynarodowego porządku prawnego. Zasada *pacta sunt servanda* wraz z zasadą dobrej wiary stanowi jego podstawę w tym sensie, że warunkuje obowiązywanie, prawidłową interpretację i stosowanie każdej konsensualnie uzgodnionej normy prawa międzynarodowego (dwustronnej, regionalnej, wielostronnej). Determinuje zarówno początek normatywnej więzi, jak i jej koniec. W takim ujęciu może być motywem rozważań z zakresu prawa traktatów czy sfery zwyczaju międzynarodowego. W swej odmianie (*acta sunt servanda*) również zakorzenionej w dobrej wierze warunkuje skuteczność jednostronnych zobowiązań podmiotów prawa międzynarodowego.

W powyższej formule zasada *pacta sunt servanda* przenika cały porządek prawa międzynarodowego. Proces fragmentacji prawa międzynarodowego, o ile nie prowadzi do wyprowadzenia jego składowych części ściśle poza granice tego porządku

* Dr hab. Artur Kozłowski, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0003-4386-3343.

** Dr hab. Agata Wnukiewicz-Kozłowska, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0002-4872-3852.

¹ Zob. A. Aust, *Pacta Sunt Servanda*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449?print=pdf> [dostęp 15.03.2022]; R. Hyland, *Pacta sunt servanda: a meditation*, "Virginia Journal of International Law" 1994, vol. 34, s. 405-406, 425-427; I.I. Lukashuk, *The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law*, "American Journal of International Law" 1989, vol. 83, s. 513.

prawnego, nie stanowi zagrożenia dla istoty zasady *pacta sunt servanda* i wpływających z niej następstw. Kluczowe znaczenie w świetle tej zależności ma rola, jaką odgrywa zasada *pacta sunt servanda* w prawie traktatów. Bowiem to właśnie umowy międzynarodowe stanowią współcześnie podstawowe źródło prawa międzynarodowego. W takim charakterze współtworzą narzędzie zarówno integracji, jak i fragmentacji prawa międzynarodowego. Jeśli Unia Europejska działa na podstawie traktatów (umów międzynarodowych) i jako *self-contained regime* dzieli los charakteru prawnego swoich podstaw działania, zasada *pacta sunt servanda* jest częścią prawnego „genotypu” UE i w zespole *lex generalis* z *lex specialis* tworzy tło dla oceny charakteru prawnego więzi między organizacją a jej państwami członkowskimi (stronami traktatów założycielskich UE) oraz między państwami członkowskimi w ramach powziętych zobowiązań traktatowych, stanowiących podstawę działania UE. Te prawne ramy stały się również źródłem zobowiązań Rzeczypospolitej Polskiej jako podmiotu prawa międzynarodowego, który w suwerenny sposób podjął decyzję o przystąpieniu do Unii Europejskiej. Artykuł 9 Konstytucji RP potwierdza ten skutek i jego następstwa w ujęciu zarówno deklaratywnym (perspektywa prawa międzynarodowego), jak i konstytucyjnym (perspektywa prawa krajowego). Polska jako strona traktatów tworzących Unię Europejską posiada prawa i obowiązki wypływające z zastosowania zasady *pacta sunt servanda* zarówno w wymiarze *lex generalis* (prawo międzynarodowe), jak i *lex specialis* (prawo Unii Europejskiej). Z perspektywy Polski jako państwa członkowskiego UE szczególnie ważne, tak z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia, są podstawowe konsekwencje wynikające z zastosowania zasady *pacta sunt servanda* i zagrożenia wynikające z błędnego rozumienia jej istoty prawnej. Rzutują one na pozycję państwa członkowskiego w wielu wymiarach. Determinują jego prawa i obowiązki, nie tylko jako członka społeczności międzynarodowej, ale również w ramach Unii Europejskiej.

Deklaracja praw i obowiązków państw z 1949 r. przyjęta w ramach Komisji Prawa Międzynarodowego (dalej: KPM) odwzorowuje w art. 13 zasadę *pacta sunt servanda*, stanowiąc, że każde państwo ma obowiązek wypełniania w dobrej wierze swoich zobowiązań wypływających z traktatów i innych źródeł prawa międzynarodowego i nie może powoływać się na konstytucję i pozostałe akty prawa wewnętrznego jako na podstawę niewywiązywania się z tego obowiązku². W komentarzu do tego przepisu podkreślono, że mamy w tym wypadku do czynienia z zasadą podstawową (*fundamental principle*)³, co należy odczytywać jako potwierdzenie jej

² *Draft Declaration on Rights and Duties of States* (1949): “Every State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty”. Zob. również tożsamy w treści art. 27 KWPT, a także wyrok STSM w sprawie *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (Advisory Opinion), “Permanent Court of International Justice” 1932, Series A/B, No. 44, s. 32.

³ “This text was derived from articles 11 and 12 of the Panamanian draft. The phrase «treaties and other sources of international law» was borrowed from the Preamble of the Charter of the United Nations. The first phrase is a re-instatement of the fundamental principle *pacta sunt servanda*. The concluding phrase reproduces the substance of a well known pronouncement by the Permanent Court

obowiązywania w granicach międzynarodowego porządku prawnego w formie zasady ogólnej prawa (międzynarodowego)⁴ lub podstawowej zasady prawa traktatów (*essential treaty law principle*) wypływającej z zasady dobrej wiary⁵. Wzmocnieniem tego wniosku w ramach Deklaracji KPM jest przywołanie tzw. projektu panamskiego, który stał u początku prac nad finalną wersją dokumentu o prawach i obowiązkach państw⁶. W projekcie tym odwołano się do szeregu aktów prawa międzynarodowego, w których można odnaleźć potwierdzenie dla uznania zasady *pacta sunt servanda* za integralną część prawa międzynarodowego na poziomie zasad konstytuujących jego systemowe ramy⁷. Wszystkie one potwierdzają podstawowe znaczenie tej zasady dla całej domeny prawa międzynarodowego, ze szczególnym zaakcentowaniem sfery źródeł prawa międzynarodowego, a w ich obrębie przede wszystkim prawa traktatów⁸. Należy dodać, że prawidłowe odczytanie tak wyodrębnionej zasady ogólnej wymaga w płaszczyźnie podstawowych praw i obowiązków państw powiązania jej z wymogiem utrzymywania przez państwa wzajemnych stosunków w zgodzie z prawem międzynarodowym (zasada rządów prawa w rozumieniu międzynarodowego porządku prawnego), przy założeniu, że suwerenność każdego państwa jest podporządkowana prawu międzynarodowemu⁹. W ten sposób zasada *pacta sunt servanda* zyskuje systemowe wsparcie, tworząc funkcjonalną płaszczyznę dla oceny

of International Justice” (*Draft Declaration on Rights and Duties of States with commentaries*, “Yearbook of the International Law Commission” 1949, s. 288).

⁴ Zob. *Brownlie’s Principles of Public International Law*, by James Crawford, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2012, s. 37.

⁵ Zob. J. Wouters, C. Ryngaert, T. Ruys, G. De Baere, *International Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford 2019, s. 158; A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge 2013, s. 160.

⁶ *Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, Memorandum submitted by the Secretary-General, Fundamental rights and duties of States, Document A/CN.4/2, s. 35-132; *ibidem*, s. 36-37: “11. Observance of Treaties and Sanctity of the Pledged Word. It is the duty of every State to fulfil, in good faith, the obligations arising from public treaties, and to respect the sanctity of the pledged word. 12. Discharge of International Obligations. It is the duty of every State to discharge, in good faith, its obligations under international law, and it may not plead limitations arising out of its own Constitution or its laws as an excuse for failure to discharge this duty. 13. Authority of International Law. The sovereignty of the State is subject to the limitations of international law, and it is the duty of every State to adjust its conduct to international law in its relations with other States and with the community of States”.

⁷ *Ibidem*, s. 42-43: “The Charter of the United Nations; The Montevideo Convention on Rights and Duties of States (1933); The Declaration of Mexico (1945); The Act of Chapultepec (1945); The Lima Declaration of American Principles (1938); The Convention and Resolutions of the Buenos Aires Conference on the Maintenance of Peace (1936); The Postulates, Principles and Proposals concerning Future International Law, presented by the Committee of Jurists presided over by Dr. Manley O. Hudson (1944); The Declaration of the Rights and Duties of Nations prepared by James Brown Scott and adopted by the American Institute of International Law on 6 January 1916; The Covenant of the League of Nations (1919)”.

⁸ Art. 26 KWPT (*Pacta sunt servanda*): „Każdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze”.

⁹ *Draft Declaration*, Article 14: “Every State has the duty to conduct its relations with other States in accordance with international law and with the principle that the sovereignty of each State is subject to the supremacy of international law”.

prawidłowości zachowań państw w zakresie przestrzegania prawa międzynarodowego i wyprowadzania stosownych systemowych wniosków w wypadku jego naruszenia¹⁰.

Zasada *pacta sunt servanda* leży zatem również u podstawy prawa Unii Europejskiej¹¹, bezpośrednio warunkując moc wiążącą prawa pierwotnego, a za jego pośrednictwem również prawa wtórnego¹². Jednak jej charakter jako zasady ogólnej prawa międzynarodowego nie wyklucza obowiązywania w granicach prawa UE także *lex specialis*. *Pacta sunt servanda* jest również źródłem skuteczności tego rodzaju regulacji. Tak długo jak źródłem prawa powszechnego oraz porządku autonomicznego jest konsensualne uzgodnienie w postaci umowy międzynarodowej, tak długo do każdego z tych wymiarów obowiązywania określonych norm ma zastosowanie zasada *pacta sunt servanda*¹³.

Autonomizacja porządków wyspecjalizowanych w obrębie prawa międzynarodowego jest pewnym naturalnym, wewnątrzsystemowym procesem, który może być zjawiskiem zarówno stabilnym i przewidywalnym, jak i bardzo dynamicznym, kończącym się w momencie ostatecznego zerwania więzi walidacyjnej między porządkiem powszechnym a wyspecjalizowanym¹⁴. W aktualnym stanie rzeczy pewną przeszkodą na drodze do pełnej niezależności jest również nakaz pozostawiania porządku autonomicznego w zgodzie z normami peremptoryjnymi (*ius cogens*)¹⁵.

W odniesieniu do Unii Europejskiej podstawowe znaczenie dla zobowiązania systemowych następstw obowiązywania zasady *pacta sunt servanda* w obrębie porządku unijnego mają: prawo traktatów, prawo odpowiedzialności międzynarodowej

¹⁰ *Interpretation of the Convention between Greece and Bulgaria respecting reciprocal emigration, signed at Neuilly-sur-Seine on November 27th 1919* (Advisory Opinion), "Permanent Court of International Justice" 1930, Series B, No. 17, s. 32: "It is a generally accepted principle of international law that in relations between Powers who are contracting parties to a treaty the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty".

¹¹ Zob. G. De Baere, T. Roes, *EU Loyalty as Good Faith*, "International and Comparative Law Quarterly" 2015, vol. 64, s. 839-845.

¹² J. Wouters i in., *International Law...*, s. 191: "Arguably, 'supremacy', 'primacy' or 'precedence' in EU law, founded on the duty of loyalty, are essentially used interchangeably as 'appropriate synonyms' of *pacta sunt servanda*"; s. 192: However, as to actual content, there is arguably no such contrast between EU law and international law. 'Internal primacy' is not specific to EU but is inherent in the *pacta sunt servanda* principle applied in international law"; s. 193: "The difference with general international law is therefore one of degree, not of kind".

¹³ Por. wywód TSUE dotyczący tego, czy porządek prawny Unii Europejskiej to „nowy porządek prawny w obrębie prawa międzynarodowego” (wyroki TS: z 5 lutego 1963 r., *van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, s. 12; z 15 lipca 1964 r., *Costa vs. ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, s. 593) czy „nowy porządek prawny” w ogóle (opinia doradcza 2/2013 (Accession of the European Union to the ECHR), ECLI:EU:C:2014:2454, § 157; wyrok TS z 6 marca 2018 r., *Achmea*, C-284/2016, ECLI:EU:C:2018:158, § 33).

¹⁴ Zob. E. Cała-Wacinkiewicz, *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.

¹⁵ Por. pogląd Ludwika Ehrlicha na temat norm peremptoryjnych i możliwego, w jego ocenie, konsensualnego wyłączenia zasady dobrej wiary ze skutkiem końca prawa międzynarodowego na rzecz odrębnego porządku (*Prawo międzynarodowe*, wyd. 4, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 15).

oraz system rozstrzygania sporów. W pełnym zakresie mają one zastosowanie również do Polski jako państwa członkowskiego UE.

1.1. Prawo traktatów

W wypadku prawa traktatów, kluczowego dla oceny następstw zasady *pacta sunt servanda* w jej zastosowaniu do relacji między państwami członkowskimi a organizacją oraz we wzajemnych stosunkach między państwami-stronami traktatów tworzących Unię Europejską, szczególną uwagę należy zwrócić na art. 5 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów (1969, dalej: KWPT). Przepis ten stanowi, że „konwencja ma zastosowanie do każdego traktatu, który jest aktem konstytucyjnym organizacji międzynarodowej, oraz do każdego traktatu przyjętego w ramach organizacji międzynarodowej, jednakże bez uszczerbku dla jakichkolwiek odpowiednich reguł organizacji”. Jest to rozwiązanie wpływające wprost z istoty prawa międzynarodowego. W KWPT zyskało ono deklaratywne, kodyfikujące, traktatowe wsparcie. Zawarcie KWPT w 1969 r. i wejście jej w życie w 1980 r. nie przekładają się wprost i automatycznie na ograniczenia formalne w zastosowaniu tej formuły do traktatów założycielskich Unii Europejskiej (z uwzględnieniem Wspólnot Europejskich)¹⁶. Z tego zastosowania wynika kilka podstawowych konsekwencji. Po pierwsze, zasada ogólna prawa międzynarodowego ma automatyczne zastosowanie w stworzonym drogą traktatową porządku autonomicznym (*self-contained regime*). Dla swej skuteczności nie wymaga odrębnego potwierdzenia w jego granicach. Ma zastosowanie wprost, na poziomie domniemania *iuris tantum*. Zatem zasada *pacta sunt servanda* obejmuje traktaty tworzące UE. Jednak, po drugie, mocą konsensualnego uzgodnienia może uzasadniać obowiązywanie autonomicznych regulacji (*lex specialis*). Po trzecie, wyłączenie zastosowania zasady *pacta sunt servanda* do traktatów tworzących UE i zawartych w nich autonomicznych regulacji wymagałoby wcześniejszego, wyraźnego zanegowania ich traktatowej, międzynarodowoprawnej walidacji. Zasada *pacta sunt servanda* warunkuje zatem skuteczność traktatowego *lex*

¹⁶ Wydaje się, że prawidłową perspektywę dla oceny tej zależności tworzy rozumowanie MTS zaprezentowane w opinii doradczej dotyczącej interpretacji umowy międzynarodowej zawartej między Egiptem a WHO (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* (Advisory Opinion), „International Court of Justice Reports” 1980, s. 73). Trybunał stwierdził, że w wypadku braku w traktacie tworzącym określoną organizację międzynarodową przepisów dotyczących końca członkostwa (*termination*) należy zastosować odpowiednie reguły zawarte w KWPT. Z rozstrzygnięcia TSUE (wyrok z 25 października 2007 r., *SP vs. Commission*, T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-97/03, T-98/03, ECLI:EU:T:2007:317, § 58) wynikałoby, że z uwagi na *sui generis* charakter Wspólnot (Unii) przepisy *lex generalis* dotyczące wygaśnięcia umów międzynarodowych nie mają zastosowania do wygaśnięcia ECSC, ponieważ ten przypadek powinien być odczytany na tle odnośnych norm, występujących w granicach wspólnotowego (unijnego) porządku (zob. P. Andrés Sáenz de Santa María, *The European Union and the Law of Treaties: A Fruitful Relationship*, „European Journal of International Law” 2019, vol. 30, s. 722-725). Klucz do wykazania prawidłowości tego ujęcia sprowadza się jednak do konieczności udowodnienia, że w ramach *lex specialis* istnieją takie odrębne normy. Intensywność unijnego prawa traktatów nie jest chyba aż tak daleko posunięta, aby można mówić o systemowym domniemaniu na korzyść perspektywy, w której *lex specialis* w samoistny sposób przekształca się w *lex generalis* w pełnym tego słowa znaczeniu.

generalis, jak też traktatowego *lex specialis*, tak długo, jak podstawą funkcjonowania Unii Europejskiej są umowy międzynarodowe. Zatem na podstawie reguły wyrażonej w art. 5 KWPT umowy konstytucyjne organizacji międzynarodowej (także Unii Europejskiej) oraz traktaty przyjmowane w ramach organizacji przez państwa członkowskie podlegają prawu traktatów (przedmiotowej kodyfikacji wiedeńskiej i stojącym za nią normom prawa zwyczajowego¹⁷ oraz zasadom ogólnym prawa (międzynarodowego)¹⁸, czyli *lex generalis*), chyba że na poziomie prawa organizacji międzynarodowej (Unii Europejskiej) wykształciły się odpowiednie, swoiste reguły danej organizacji z zakresu prawa traktatów (zarówno w odniesieniu do samej zasady *pacta sunt servanda*, stanowiącej fundament i część prawa traktatów, jak i do objętych nią szczegółowych, konsensualnych uzgodnień, rozwijających dalsze zakresy prawa traktatów. KWPT mówi w tym miejscu o stosowaniu w pierwszej kolejności jakichkolwiek odpowiednich reguł organizacji mających za swój przedmiot swoiste odpowiedniki ogólnych norm, reguł i zasad prawa traktatów zawartych w konwencji wiedeńskiej). KWPT nie przewiduje żadnych ograniczeń w zastosowaniu art. 5 do poszczególnych zakresów swej regulacji. Zatem przedmiotem *lex specialis* na poziomie prawa organizacji międzynarodowej mogą być wszystkie kolejne instytucje prawa traktatów: kwestia reprezentacji stron, cała procedura zawierania umów międzynarodowych, ich interpretacja, zakresy stosowania, problematyka obowiązywania (wygaśnięcie czy nieważność). Artykuł 5 KWPT w swym zastosowaniu do Unii Europejskiej sprowadza się zatem do podporządkowania traktatów tworzących Unię Europejską i traktatów przyjętych przez państwa członkowskie w jej ramach w pierwszej kolejności unijnemu prawu traktatów, o ile takie istnieje, a dopiero w wypadku braku swoistych reguł unijnego prawa traktatów pozwala on na odnoszenie do przedmiotowych umów i wpływających z nich następstw postanowień KWPT. W taki sposób należałoby odczytywać autonomię prawa unijnego.

W świetle powyższego kluczowe jest zatem, z punktu widzenia zasady *pacta sunt servanda* i powiązanych z nią następstw w obszarze powszechnego prawa traktatów, jednoznaczne wykazanie wykształcenia odpowiadających im zasad swoistych. Należy podkreślić, że obowiązywanie w tym zakresie *lex specialis* wymaga każdorazowo odrębnego dowodu na potwierdzenie wykształcenia się swoistych reguł, w tym także reguł wyłączających lub ograniczających obowiązywanie zasady ogólnej. Przedmiotem takiego dowodu musi być wykazanie istnienia specyficznej normy traktatowej, zwyczajowej (uwzględniającej zarówno praktykę, jak i *opinio iuris*) czy potwierdzenie *acquiescence*. Tytułem przykładu można by przywołać sytuację wykluczenia państwa z organizacji międzynarodowej. Chociaż nie jest ona przewidziana w traktatach tworzących Unię, może być rozważana na podstawie przepisów ogólnych (KWPT), gdzie przyjmuje postać wygaśnięcia umowy międzynarodowej z powodu istotnego

¹⁷ 26 państw członkowskich UE jest stroną KWPT.

¹⁸ Odrębną kwestią pozostaje ocena i ewentualny dowód na obowiązywanie w odniesieniu do traktatów konstytucyjnych organizacji międzynarodowej tych elementów KWPT, które nie stanowią wprost kodyfikacji uprzednio obowiązujących norm prawa traktatów, a zostały dodane do KWPT jako przepisy spajające całość regulacji.

naruszenia jej postanowień przez państwo-stronę. Wykluczenie tej możliwości wymagałoby albo wprowadzenia do traktatów unijnych jasnego przepisu o takiej właśnie treści, albo dowodu na wykształcenie się wewnętrznej normy prawa zwyczajowego o tożsamym skutku¹⁹. Nie można tu zastosować domniemania na rzecz obowiązywania reguł swoistych (modyfikujących, ograniczających czy wyłączających zasady ogólne), gdyż stałoby to w sprzeczności z systemową relacją między *lex generalis* a *lex specialis*. Zakres zastosowania KWPT w granicach prawa UE jest zatem determinowany stopniem wykształcenia się odróżniającego się autonomicznego, unijnego prawa traktatów. Samo stwierdzenie, że prawo UE jest nowym porządkiem prawnym, jest niewystarczające do wykluczenia KWPT tak długo, jak państwa członkowskie UE utrzymują swój międzynarodowoprawny przymiot podmiotów pierwotnych.

W praktycznym zastosowaniu oznacza to np. wykorzystanie w pierwszej kolejności własnych, unijnych reguł interpretacji traktatów, a w momencie braku satysfakcjonującego z punktu widzenia procesu wykładni rezultatu, sięgnięcie po wzorce interpretacyjne z KWPT²⁰. Podobne rozumowanie należałoby również odnieść do każdego z możliwych zakresów funkcjonowania Unii Europejskiej jako wtórnego podmiotu prawa międzynarodowego. Na szczególne podkreślenie zasługuje tu kwestia odpowiedzialności prawnej Unii Europejskiej oraz państw członkowskich w ramach UE oraz wyróżnienie autonomicznego systemu rozstrzygania sporów w UE.

1.2. Odpowiedzialność międzynarodowoprawna

Obowiązywanie w ramach Unii Europejskiej zasady *pacta sunt servanda* jako zasady ogólnej prawa, stanowiącej element prawa pierwotnego, wpływa zarówno z domeny prawa międzynarodowego, jak i ze wspólnej tradycji konstytucyjnej państw członkowskich UE²¹. Takie jej usytuowanie pociąga za sobą również akceptację dla następstw prawnych wynikających z jej naruszenia. Niewykonanie przez państwo członkowskie UE zobowiązania, składającego się na prawo pierwotne, oznacza naruszenie obowiązującej normy, a zatem prowadzi do międzynarodowoprawnej odpowiedzialności tego państwa z wszystkimi konsekwencjami wynikającymi

¹⁹ Lecz nawet istnienie takich przeciwnych reguł nie wyklucza powrotu do KWPT, ponieważ państwa członkowskie UE zgodnie mogą tak w każdym momencie następczo stwierdzić.

²⁰ Zob. sprawę C-386/08, *Brita* [2010], ECR I-1289, pkt 42: "In addition, the Court has held that, even though the Vienna Convention does not bind either the Community or all its Member States, a series of provisions in that convention reflect the rules of customary international law which, as such, are binding upon the Community institutions and form part of the Community legal order (see, to that effect, Racke, paragraphs 24, 45 and 46; see, also, as regards the reference to the Vienna Convention for the purposes of the interpretation of association agreements concluded by the European Communities, Case C-416/96 *El-Yassini* [1999] ECR I-1209, paragraph 47, and Case C-268/99 *Jany and Others* [2001] ECR I-8615, paragraph 35 and the case-law cited); również sprawa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK* [2018], ECLI:EU:C:2018:118.

²¹ Zob. sprawą T-107/17, *Frank Steinhoff i inni p. Europejskiemu Bankowi Centralnemu*, ECLI:EU:T:2019:353, pkt 79: "Nevertheless, the Court has held that the principle of *pacta sunt servanda* constitutes a fundamental principle of any legal order (judgment of 16 June 1998, *Racke*, C-162/96, EU:C:1998:293, paragraph 49). Thus, the principle of *pacta sunt servanda* is also a general principle of EU law [...]. W tym wypadku mająca bezpośrednie zastosowanie do umowy-kontraktu.

z odnośnych norm regulujących kwestię odpowiedzialności zarówno na poziomie unijnym (*lex specialis*), jak i powszechnego prawa międzynarodowego (*lex generalis*).

Ramowe zasady odpowiedzialności państw za działania sprzeczne z prawem międzynarodowym (zasady prawa zwyczajowego oraz zasady ogólne prawa (międzynarodowego)) ujęte w dokumencie Komisji Prawa Międzynarodowego²² przewidują w artykule 55 (*lex specialis*) istnienie i obowiązywanie reguł szczegółowych rządzących międzynarodową odpowiedzialnością²³. Źródłem takich wyspecjalizowanych norm mogą być autonomiczne porządki w ramach prawa międzynarodowego. Źródłem swoistych zasad odpowiedzialności państwa jest również porządek prawny Unii Europejskiej. Odnośne reguły unijne przewidują zatem odpowiedzialność organów UE oraz państw członkowskich za naruszenie prawa UE (zarówno w płaszczyźnie prawa pierwotnego, jak i wtórne), ustalając warunki wystąpienia czynu sprzecznego z przyjętymi zobowiązaniami oraz następstwa odpowiedzialności (jej treść). Przykładem takiego autonomicznego przepisu z zakresu odpowiedzialności w ramach UE jest art. 7 TUE²⁴. Jego istnienie nie wyklucza jednak zastosowania ogólnych zasad odpowiedzialności państwa za naruszenie zobowiązań traktatowych, gdyż także i w tym wypadku wykluczenie lub modyfikacja zasad ogólnych musiałaby zyskać wyraźne odzwierciedlenie w postanowieniach traktatów tworzących UE lub innych porozumieniach osiągniętych między wszystkimi państwami członkowskimi (bez względu na formę), także przyjmujących postać norm prawa zwyczajowego. Wydaje się, że do oceny możliwego stopnia przywoływania zasad ogólnych, w tym wypadku z zakresu odpowiedzialności międzynarodowej, podobnie jak w wypadku prawa traktatów, ma zastosowanie formuła prawna przywołana w orzeczeniu STSM w sprawie statku „Lotus”²⁵. Jeśli państwa członkowskie, w ramach organizacji międzynarodowej tworzącej autonomiczny porządek prawny, powstrzymują się we wzajemnych relacjach w ramach organizacji i w relacjach względem samej organizacji od przywoływania i stosowania zasad powszechnego prawa międzynarodowego, to taka postawa wypływa z zobowiązania prawnego, na które

²² *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, “Yearbook of the International Law Commission” 2001, vol. II (Part Two). The annex to General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001, and corrected by document A/56/49(Vol. I)/Corr.4, dalej: RSIWA.

²³ “These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law”.

²⁴ Postępowanie zainicjowane wobec Polski przez Komisję Europejską w dniu 7 grudnia 2017 r.

²⁵ *The case of the S.S. „Lotus”, “Permanent Court of International Justice”, Series A, No. 10, s. 18: “International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims; s. 28: Even if the rarity of the judicial decisions to be found among the reported cases were sufficient to prove in point of fact the circumstance alleged by the Agent for the French Government, it would merely show that States had often, in practice, abstained from instituting criminal proceedings, and not that they recognized themselves as being obliged to do so; for only if such abstention were based on their being conscious of having a duty to abstain would it be possible to speak of an international custom”.*

składa się praktyka powiązana z przeświadczeniem normatywnym (*opinio iuris*) o konieczności prawnej powstrzymania się przed zastosowaniem w tych relacjach owych norm. Jeśli jest to tylko sama praktyka powstrzymywania się, w każdym momencie może nastąpić zgodne od niej odstępianie. Zgodne, ponieważ mowa jest o współpracy jasno zdefiniowanej liczby państw w ramach wielostronnego traktatu. Wydaje się, że państwa członkowskie jeszcze nie wyzbyły się takiej mocy oddziaływania na prawo unijne. Swoistym potwierdzeniem może być presja wynikająca z niektórych konkluzji Rady Europejskiej względem Komisji Europejskiej, skutecznie modyfikująca postawy tejsze w granicach regulacji unijnej²⁶.

Obowiązywanie w ramach Unii Europejskiej części zasad powszechnego prawa międzynarodowego z zakresu odpowiedzialności państwa za naruszenie zobowiązania międzynarodowego wydaje się w świetle powyższej perspektywy niezagrażone. Dotyczą one samej istoty odpowiedzialności prawnej. Uporczywe powracanie przez Polskę w sferze prawa krajowego do zachowań, które w płaszczyźnie prawa UE oznaczają naruszenie, rzecz uogólniając i sumując, zasady rządów prawa, stanowiącej również zasadę ogólną prawa UE, nie jest w stanie uchylić zasady *pacta sunt servanda* ani wypływającej z niej następstw prawnych. W tym sensie naruszenie zobowiązania stanowi podstawę realizacji odpowiedzialności w świetle, w pierwszej kolejności, zasad swoistych UE, a następnie w świetle reguł powszechnego prawa międzynarodowego. Realizacja odpowiedzialności w żadnej z tych dwóch płaszczyzn nie znosi konieczności wywiązania się przez państwo członkowskie z pierwotnego, naruszonego zobowiązania²⁷.

1.3. Rozstrzyganie sporów prawnych

Z punktu widzenia obowiązywania w granicach autonomicznego prawa Unii Europejskiej zasady *pacta sunt servanda* istotną kwestią staje się również rozstrzyganie pojawiających sporów prawnych. Każdy spór prawny w porządku prawnym Unii Europejskiej, a więc także obejmujący kwestie odpowiedzialności prawnej za naruszenie prawa UE, jest w ostatecznym rozrachunku formą naruszenia zasady *pacta sunt servanda*. Specyfika tego porządku prawnego wyraża się w tym, że rozstrzyganie sporów prawnych na drodze sądowej odbywa się w ramach autonomicznego systemu rozwiązywania sporów, z wykluczeniem, zasadniczo, możliwości

²⁶ Por. wstrzemięźliwą postawę Komisji Europejskiej w odniesieniu do zastosowania rozporządzenia o warunkowości (Regulation (EU, Euratom) 2020/2092: the Rule of Law conditionality mechanism), polegającą na powstrzymaniu się przed zastosowaniem jego postanowień (np. względem Węgier czy Polski) do czasu rozstrzygnięcia sprawy legalności aktu w postępowaniu przed TSUE. Komisja podążała w tym wypadku za konkluzją Rady Europejskiej, narażając się w ostatecznym rozrachunku na zarzut ze strony Parlamentu Europejskiego (rezolucja z 25.03.2022) w sprawie niewypełniania funkcji „strażnika traktatów” i uleganiu konkluzjom niemającym żadnej mocy prawnej.

²⁷ Article 29 RSIWA, Continued duty of performance: “The legal consequences of an internationally wrongful act under this part [Content of the international responsibility of a State – A.K.] do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached”.

sięgnięcia po mechanizmy powszechnego prawa międzynarodowego²⁸. Lecz to samo przez się nie stanowi jeszcze o uchyleniu skutków prawnych zasady *pacta sunt servanda* w granicach unijnego porządku prawnego. Jej istota powiązana z traktatową walidacją prawa UE stanowi zatem niezbędne tło dla rozważenia problemu tzw. sądu ostatniego słowa, czyli wskazania organu sądowego (międzynarodowego lub krajowego), który będzie kompetentny, w sposób ostateczny i wiążący, rozstrzygać o naruszeniu zobowiązania wynikającego z członkostwa państwa w Unii Europejskiej, a więc również automatycznie z zasady *pacta sunt servanda*.

2. „Sąd ostatniego słowa”

W wypadku rozbudowanych podsystemów prawa międzynarodowego (prawo UE czy WTO) częstym rozwiązaniem jest występowanie organu sądowego powołanego do rozwiązywania sporów w ramach wyodrębnionego porządku prawnego. W ramach prawa UE rolę taką pełni Trybunał Sprawiedliwości UE, który jest sądem powołanym do rozstrzygania w sposób wiążący sporów prawnych, przekazywanych mu do rozstrzygnięcia jako następstwo zasady *pacta sunt servanda*. Jest to organ sądowy ustanowiony drogą traktatową, z traktatowo zdefiniowaną rolą i szczegółowymi zadaniami. Jego pozycja prawna, swoisty początek i koniec, są uwarunkowane zasadą *pacta sunt servanda*. Państwa jednomyślnie ustanowiły taką właśnie formę rozstrzygania zdefiniowanych sporów prawnych. Jest ona jedyną metodą, której zastosowanie, prowadzące do wydania przez TSUE orzeczenia, nadal pozostaje w granicach zasady *pacta sunt servanda*. Przepisy ją konstytuujące, czerpiące moc z zasady *pacta sunt servanda* i zasady dobrej wiary, tworzą monopol jurysdykcyjny po stronie TSUE względem innych sądów międzynarodowych (art. 344 TFUE²⁹) oraz sądów krajowych (np. kompetencja TSUE do wydawania wyroków w ramach procedury pytań prejudycjalnych). Z boku należy w tym momencie zostawić problem generowany autonomicznym charakterem prawa UE (*self-contained regime*), który niekiedy może pociągać za sobą próbę rozstrzygania sporów z elementem unijnym z wykorzystaniem metod właściwych dla porządku *lex generalis*³⁰. Skuteczność każdej z tych z tych dróg jest warunkowana zasadą *pacta sunt servanda*. Ich bezkolizyjne

²⁸ Art. 267 (dawny art. 234 TWE) TFUE (orzeczenie prejudycjalne); art. 344 (dawny art. 292 TWE) TFUE (monopol TSUE względem innych sądów międzynarodowych).

²⁹ „Państwa Członkowskie zobowiązują się nie poddawać sporów dotyczących wykładni lub stosowania Traktatów procedurze rozstrzygania innej niż w nich przewidziana”.

³⁰ Zob. wyrok trybunału arbitrażowego w sprawie kolei reńskiej (*Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("IJzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*), decision of 24 May 2005, „Reports of International Arbitral Awards”, vol. XXVII, s. 35-125; wyrok TS z 30 maja 2006 r., *Commission of the European Communities vs. Ireland*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345; wyrok trybunału arbitrażowego z 26 października 2010 r., *Achmea B.V. (formerly known as "Eureko B.V.") vs. The Slovak Republic*, <https://pcacases.com/web/sendAttach/775> [dostęp 15.03.2022]; także N. Lavranos, *The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbitrator?*, „Leiden Journal of International Law” 2006, vol. 19, s. 223-246.

zastosowanie zasadniczo nie powinno rodzić następstw w postaci odpowiedzialności międzynarodowoprawnej. W tym sensie, jeśli przyjąć perspektywę wewnętrzną, TSUE jest „sądem ostatniego słowa”, ponieważ w granicach autonomicznego porządku prawnego jest jedynym organem sądowym, który wiążąco jest w stanie rozwiązywać spory prawne angażujące państwa członkowskie, w sposób eliminujący podstawy ewentualnej odpowiedzialności międzynarodowoprawnej po ich stronie. Jest to następstwo zasady *pacta sunt servanda*. I tak długo, jak zasada ta jest łącznikiem zespołu norm, których skuteczność również wprost z niej wynika, tak długo TSUE jako organ sądowy w zakresie przyznanych mu drogą traktatową kompetencji w sposób ostateczny rozstrzyga o kształcie praw i obowiązków wszystkich adresatów, do których są kierowane odnośne normy prawa unijnego. Odstępstwo od tej formuły oznacza naruszenie zasady *pacta sunt servanda* i w konsekwencji prowadzi do odpowiedzialności prawnej, w pierwszej kolejności w wariacie wewnątrzorganizacyjnym, a następnie z przywołaniem reguł odpowiedzialności z zakresu powszechnego prawa międzynarodowego.

Tej zależności i następstw w sferze odpowiedzialności nie jest w stanie przełamać jednostronne rozstrzygnięcie o rozumieniu konsekwencji wypływających z zasady *pacta sunt servanda*, dokonywane przez nawet najwyższe, wewnątrz krajowe organy sądowe. O ile państwo nie zostało do tego uprawnione za pośrednictwem międzynarodowoprawnych uzgodnień (*pacta sunt servanda*), każde tego rodzaju zachowanie (rozstrzygnięcie krajowego organu sądowego) oznacza działanie sprzeczne z międzynarodowymi, a więc także unijnymi zobowiązaniami (*internationally wrongful act*)³¹. Zgodnie z formułą pochodzącą z obszaru *lex generalis* państwo ponosi odpowiedzialność za działania/zaniechania wszelkich organów państwowych, w tym także organów sądowych³². Stąd stanowiska wyrażane przez Trybunał Konstytucyjny czy rozstrzygnięcia podejmowane przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego należą do kategorii czynów, które zawierają w sobie potencjał do wywołania odpowiedzialności międzynarodowoprawnej na równi z działaniami rządu czy parlamentu. Podejmowanie kolejnych kroków sprzecznych ze zobowiązaniami wypływającymi z traktatów konstytuujących Unię Europejską zasady *pacta sunt servanda* sytuuje takie państwo w płaszczyźnie odpowiedzialności prawnej. Nigdy jednostronne postawy państwa nie mogą stanowić źródła zobowiązań po stronie państw trzecich. Stąd jednostronne, wewnątrz krajowe sądowe interpretacje zobowiązań unijnych świadczą jedynie o stanowisku danego państwa członkowskiego UE. Jeśli stoją one na kursie kolizyjnym z rozumieniem, które ma swoje uzasadnienie w zasadzie *pacta sunt servanda* (pozycja i rola TSUE), nie są w stanie jednostkowo przeważyć i siłą jednostronnego rozstrzygnięcia wpłynąć na interpretację, istotę i zakres

³¹ Art. 1 (RSIWA): „Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State”.

³² Article 4 (RSIWA), Conduct of organs of a State, “1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State”.

zobowiązań wypływających z zasady *pacta sunt servanda* po stronie pozostałych państw członkowskich UE. Jest to przypadek Polski, ale w równym stopniu także każdego innego państwa członkowskiego naruszającego normy traktatowe poprzez próby formalnego wykonywania zobowiązań na drodze jednostronnej ich wykładni z intencją związania nią wszystkich pozostałych partnerów i organów UE. Jednostronne przekształcanie niewsparte na zasadzie *pacta sunt servanda* oznacza złamanie zasady *pacta sunt servanda*, stojącej za pierwotnym zobowiązaniem.

Zatem próba przypisania krajowym organom sądowym roli „sądu ostatecznego słowa” w wypadku braku upoważnienia wypływającego z zasady *pacta sunt servanda* w ujęciu modelowym oznacza naruszenie tej zasady i konkretnych zobowiązań z niej wypływających, np. związanych ze sposobem rozstrzygania sporów dotyczących rozumienia czy stosowania przepisów traktatowych stanowiących źródło tych zobowiązań. Warto jednak podkreślić, że odpowiedzialność ta może zostać uchylona, o ile zajdzie któraś z okoliczności wyłączających bezprawność czynu. Bezprawność czynu polegającego na realizacji funkcji „sądu ostatecznego słowa” przez sąd krajowy w wypadku istnienia monopolu jurysdykcyjnego po stronie sądu międzynarodowego może zostać uchylona np. przez zgodę (*consent*)³³. Za przykład może tu posłużyć nota skierowana przez rząd Niemiec do Komisji Europejskiej w sprawie wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Weiss* z 5 maja 2020 r.³⁴ Wyrok ten oznaczał naruszenie monopolu jurysdykcyjnego TSUE, z perspektywy prawa UE sytuację *ultra vires* po stronie krajowego organu sądowego, a więc odpowiedzialność międzynarodowoprawną Niemiec jako państwa członkowskiego UE. Procedura pociągnięcia Niemiec do odpowiedzialności prawnej w ramach procedury naruszeniowej (art. 258 TFUE) została zakończona przez Komisję Europejską (*consent*) w związku ze złożeniem przez rząd Niemiec jednoznacznych zapewnień (*commitments*). Niemcy formalnie zadeklarowały, że uznają i potwierdzają zarówno zasadę

³³ Article 20 Consent (RSIWA): “Valid consent by a State to the commission of a given act by another State precludes the wrongfulness of that act in relation to the former State to the extent that the act remains within the limits of that consent”.

³⁴ Petition No 0634/2021 by Isaac Ibáñez García (Spanish) on the European Central Bank’s compliance with the German Constitutional Court’s judgment of 5 May 2020 regarding the public sector purchase programme: „In relation to the petition, the Commission points out that on 2 December 2021 it closed the infringement procedure against Germany concerning the aforementioned judgment of the German constitutional court. The Commission considered it appropriate to close the infringement proceedings for three reasons. Firstly, in its reply to the letter of formal notice, Germany provided very strong commitments. In particular, Germany has formally declared that it affirms and recognises the principles of autonomy, primacy, effectiveness and uniform application of Union law as well as the values laid down in Article 2 of the Treaty on European Union (TEU), including, in particular, the rule of law. Secondly, Germany explicitly recognises the authority of the Court of Justice of the European Union, and the final and binding nature of its judgments. It also considers that the legality of acts of Union institutions cannot be made subject to the examination of constitutional complaints before German courts but can only be reviewed by the Court of Justice of the European Union. Thirdly, the German government, explicitly referring to its duty of loyal cooperation enshrined in the Treaties, committed to use all the means at its disposal to avoid, in future, a repetition of an ‘ultra vires’ finding, and take an active role in that regard”, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PETI-CM-729832_EN.pdf [dostęp 1.04.2022].

autonomii, pierwszeństwa, efektywności i jednolitego stosowania prawa, jak też wartości wyrażone w art. 2 TUE. Ponadto wprost uznano kompetencję TSUE (*authority*) i wiążący charakter jego wyroków. Podkreślono w nocie, że ważność aktów organów UE nie może być przedmiotem kontroli konstytucyjnej przed niemieckimi sądami, gdyż jest to uprawnienie TSUE. Rząd Niemiec zapewnił (*committed*), odwołując się do zasady lojalnej współpracy, że będzie aktywnie wykorzystywał wszystkie dostępne mu środki, aby w przyszłości nie zaistniała ponownie sytuacja rozstrzygnięć krajowych (*findings*) o charakterze *ultra vires*³⁵.

Zatem w żadnym wariancie autonomia w sferze rozstrzygania sporów prawnych w związku z naruszeniem zobowiązania unijnego nie tworzy przestrzeni do automatycznego przekształcenia istoty zasady *pacta sunt servanda* w sposób, który otwierałby systemowe możliwości jednostronnego oddziaływania przez państwo członkowskie na rozumienie zasady *pacta sunt servanda* i objęte nią konkretne zobowiązania. W konsekwencji Polska nie jest w stanie, poprzez rozstrzygnięcia zapadające w ramach Trybunału Konstytucyjnego czy części izb Sądu Najwyższego, jednostronnie kształtować obraz swoich praw i obowiązków wynikających z członkostwa w UE w sposób, który mógłby być skutecznie przeciwstawiany pozostałym państwom członkowskim w ramach UE oraz jej organom. Żaden sąd krajowy, o ile nie zostanie wyraźnie uprawniony z poziomu zasady *pacta sunt servanda*, nie może odegrać roli „sądu ostatniego słowa” w odniesieniu do tej zasady i wypływających z niej następstw. Autonomia prawa UE nie znosi tego ograniczenia.

3. Naruszenie zobowiązania – konsekwencje

Naruszenie zasady *pacta sunt servanda* przez niewykonywanie zobowiązania (np. niewykonywanie orzeczeń organu sądowego (TSUE) rozstrzygającego w sposób wiążący o znaczeniu zobowiązania, a więc nadającego szczegółową treść konsekwencjom wypływającym z zastosowania zasady *pacta sunt servanda*) oznacza odpowiedzialność międzynarodowoprawną państwa członkowskiego. Poniesienie tej odpowiedzialności bądź uwolnienie od niej w żadnym z wariantów nie zwalnia jednak od obowiązku wywiązania się z przyjętych na siebie zobowiązań. Niewykonanie wyroków TSUE³⁶, przy podnoszonej chęci utrzymania członkostwa w UE, oznacza, po pierwsze, konieczność akceptacji następstw odpowiedzialności międzynarodowoprawnej, a po drugie, zmianę prawa krajowego (w tym także konstytucji, jeśli

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Przykładowo wyroki TSUE: z 24 czerwca 2019 r., *Komisja Europejska vs. Polska*, C-619/18 (niezależność Sądu Najwyższego), ECLI:EU:C:2019:531; z 15 listopada 2019 r., *Komisja Europejska vs. Polska*, C-192/18 (niezależność sądów powszechnych), ECLI:EU:C:2019:924; z 19 listopada 2019 r., *A.K. p. Krajowej Radzie Sądownictwa, CP, DO p. Sądowi Najwyższemu*, sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982; z 15 lipca 2021 r., *Komisja Europejska vs. Polska*, C-791/19 (zgodność polskiego systemu odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów z prawem UE), ECLI:EU:C:2021:596; postanowienie wiceprezesa Trybunału z 14 lipca 2021 r., *Komisja Europejska vs. Polska*, C-204/21 R (zarządzenie środka tymczasowego), ECLI:EU:C:2021:593.

okoliczności tego wymagają), stanowiącego podstawę niewykonania zobowiązania, o ile rozważany jest przypadek państwa działającego w dobrej wierze. Przypadek Polski jako państwa członkowskiego UE w pełni wpisuje się w ten model i powiązane z nim oczekiwania.

Oczywiście jeśli państwo członkowskie podejmie decyzję o ochronie przepisów krajowych, w tym rangi konstytucyjnej, naruszenie zasady *pacta sunt servanda* w sposób oczywisty powinno nakierowywać taki podmiot na podjęcie decyzji o wystąpieniu z organizacji międzynarodowej. Jeżeli porządek prawny organizacji przewiduje możliwość wystąpienia państwa członkowskiego z takiej formy współpracy, co w praktyce oznacza istnienie umownej klauzuli pozwalającej na wygaśnięcie traktatu (-ów) konstytuującego daną organizację międzynarodową, wówczas zastosowanie tego rodzaju klauzuli w zgodzie z jej treścią prowadzi w sposób oczywisty do zerwania więzi prawnej między państwem członkowskim i jego porządkiem prawnym a daną organizacją i jej zasadami prawnymi. W tym modelu niewykonywanie przez Polskę orzeczeń TSUE, tożsame z naruszeniem zasady *pacta sunt servanda*, przy chęci usunięcia nieustannie podnoszonej kwestii odpowiedzialności prawnej i w związku z konsekwentnie sygnalizowanym prymatem prawa krajowego nad międzynarodowymi zobowiązaniami (co w towarzyszącym dyskursie jest błędnie utożsamiane z koniecznością ochrony suwerenności państwa³⁷), w logiczny sposób powinno ułatwiać podjęcie decyzji o wycofaniu się z traktatów unijnych na podstawie ich własnych przepisów. Takie rozwiązanie jest przewidziane w art. 51 TUE i stanowiło sformalizowaną podstawę wystąpienia Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej. Nie wydaje się jednak, aby to była jedyna podstawa prawna umożliwiająca wygaszenie traktatów unijnych. W związku z zakresem zastosowania art. 5 KWPT i stopniem autonomii prawa UE w dziedzinie prawa traktatów, która dla uchylenia zasad ogólnych wymaga wywołania jednoznacznych skutków wyłączających na poziomie regulacji unijnej³⁸, należy przyjąć,

³⁷ Paradygmat, do którego odwołał się STSM w sprawie *Wimbledon*, w swej istocie nadal pozostaje niezmienny: "The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty" (case of the S.S. „Wimbledon”, "Permanent Court of International Justice", Series A, Judgment of 17 August 1923, s. 25).

³⁸ Zob. T.C. Hartley, *European Union Law in a Global Context. Text Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 134: "The Treaties contain no provision for their termination. This does not, however, mean that they cannot be terminated. Under international law, all that is required is that all the parties should consent. The treaties would then cease to operate. The Community would no longer exist. [...] The Treaties do make provision for their amendment. Each Member State must agree, and the amending treaty must be adopted by each State according to its constitutional requirements. This is the same as the position under international law. However, if Community law imposed any restrictions on the power of the Member States to amend the Treaties, the Treaties could nevertheless be amended without regard to those restrictions if all the Member States agreed". Zdanie z cytowanej pracy (s. 135): "Instead, customary law international law is totally excluded in the area covered by the Community Treaties in so far as relations among the Member States are concerned. If there are any gaps in the law, the European Court fills them by creating new legal rules. This is the consequence of Community law being a separate legal system", potwierdza jedynie potrzebę

że również, na warunkach ustalonych w powszechnym prawie traktatów, z uwzględnieniem osiągniętego poziomu autonomii, jednostronne odstąpienie od traktatów unijnych można by rozważać z przywołaniem okoliczności istotnego naruszenia postanowień traktatów przez pozostałe strony, trwałe i nieodwracalne zniknięcie lub zniszczenie przedmiotu umowy oraz radykalną zmianę okoliczności, a także, w sposób oczywisty, przez *actus contrarius*³⁹. Oczywiście warunki przewidziane w powszechnym prawie traktatów zestawione z kształtem i zakresem unijnej regulacji w niewielkim stopniu uprawdopodobniają możliwość przywołania tych ostatnich trzech podstaw wygaśnięcia traktatu z przyczyn przez niego nieprzewidzianych. Jednak w skrajnych przypadkach nie eliminują jako odrębnej, formalnej podstawy.

Rozważmy jedną z tych nieprzewidzianych w samych traktatach podstaw jednostronnego odstąpienia od umowy. Regułą o największym potencjale wydaje się ta, która pozwala w ostatecznym rozrachunku na wykluczenia państwa członkowskiego z organizacji w związku z istotnym naruszeniem postanowień konstytuujących ją traktatów. Mowa tu o artykule 60 KWPT⁴⁰. Podstawą jego zastosowania byłoby wykazanie, że niewykonanie zobowiązania przyjmuje postać nieprzewidzianego w KWPT wypowiedzenia traktatu lub naruszenia przedmiotu i celu regulacji. Łatwo jest wykazać, że złamanie zasady *pacta sunt servanda* przyjmujące postać odrzucania wyroków najważniejszego organu sądowego w ramach wyodrębnionego porządku prawnego UE tożsame jest z naruszeniem jednego z jego fundamentów. Szczególnie gdy porządek unijny ideę rządów prawa uznaje za jedną ze swoich zasad ogólnych, wyrażających podstawową wartość⁴¹. Przyjmując taką postać złamanie zasady *pacta sunt servanda*, jako podstawa wykluczenia państwa członkowskiego z organizacji, przez uznanie traktatów tworzących ramy działania danej organizacji za wygaszone, wymagałoby jednak spełnienia kilku dalszych przesłanek. Wśród nich

wykazania istnienia określonych zasad wypełniających luki. Unijne prawo traktatów zawiera szereg autonomicznych reguł, które nie pokrywają jednak całego obszaru prawa traktatów. Nawet jeśli tego rodzaju reguły zostałyby dodane do prawa unijnego, drogą traktatową lub za pośrednictwem orzecznictwa TSUE, to i tak mogłyby one zostać jednomyślnie zastąpione przez państwa członkowskie, np. przez przywołanie przesłanek pozwalających na wygaszenie traktatów konstytuujących UE z przyczyn przez nie nieprzewidzianych.

³⁹ Art. 54, 60, 61, 62 KWPT.

⁴⁰ Art. 60 KWPT, „Wygaśnięcie lub zawieszenie działania traktatu w następstwie jego naruszenia [...]”

2. Istotne naruszenie traktatu wielostronnego przez jedną ze stron upoważnia:
a) pozostałe strony, **w drodze jednomyślnego porozumienia** [podkr. A.K.], do zawieszenia działania tego traktatu w całości lub w części albo też do spowodowania jego wygaśnięcia:

(i) bądź w stosunkach między nimi a państwem winnym naruszenia,

(ii) bądź między wszystkimi stronami; [...]

3. W rozumieniu niniejszego artykułu istotne naruszenie traktatu polega na:

a) nie przewidzianym w niniejszej konwencji odrzuceniu traktatu lub

b) pogwałceniu postanowienia istotnego dla osiągnięcia przedmiotu i celu traktatu [...].”

⁴¹ Zob. K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, „Common Market Law Review” 2010, vol. 47, s. 1633, 1650; L. Pech, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, „European Constitutional Law Review” 2010, vol. 6, s. 359; *idem*, *Rule of Law as a Guiding Principle of the European Union's External Actions*, „CLEER Working Papers” 2012, vol. 3, s. 9-10.

jest m.in. osiągnięcie jednomyślności pośród pozostałych państw-stron co do wywołania takiego skutku prawnego⁴². Jest to wymóg, który nie pozbawia argumentacji z wykorzystaniem art. 60 KWPT mocy prawnej⁴³. Wnioski z niej wypływające przesuwają jednak w rejony hipotetycznych rozwiązań, uwarunkowanych skomplikowanym kontekstem faktycznym, prawnym i politycznym⁴⁴.

4. „Sąd pierwszego słowa”

W świetle powyższych rozważań naruszenie zasady *pacta sunt servanda*, przyjmujące postać realizacji funkcji „sądu ostatniego słowa” przez sąd krajowy, w pierwszej kolejności inicjuje proces odpowiedzialności prawnej. Z drugiej jednak strony, jako fakt, pozwala na rozpatrzenie takiej postawy na tle istoty prawa międzynarodowego, która jest również istotą Unii Europejskiej, na obecnym etapie jej rozwoju. Przy założeniu takiej perspektywy i spełnieniu wielu dodatkowych warunków (np. uwzględnieniu formuły *actus contrarius*) przedmiotowy fakt może być rozpatrywany jako wypowiedź tzw. sądu pierwszego słowa, czyli podjęcie przez państwo działań, mogących w dłuższej perspektywie doprowadzić do nadania traktatowi określonego znaczenia w drodze uzgodnionej wykładni, zmianę zobowiązania traktatowego lub jego modyfikację. W ostateczności ten zakres konsekwencji należy jeszcze poszerzyć o potencjalnie możliwą, na gruncie szeregu przedmiotowo tożsamy faktów, zapowiedź zmiany, w odpowiedniej perspektywie czasowej, paradygmatu prawa międzynarodowego, jego działu, konkretnej instytucji lub normy prawnej⁴⁵.

4.1. Zmiana i modyfikacja traktatu

Prawo UE zawiera przepisy dotyczące zmiany traktatów tworzących ramy prawne organizacji. Zgodnie z zakresem zastosowania art. 5 KWPT mają one

⁴² W wypadku stawianego zarzutu naruszenia zasady praworządności jako zasady ogólnej prawa unijnego w praktyce musiałoby to oznaczać wygaszenie traktatów UE łącznie w odniesieniu do Polski i Węgier.

⁴³ Zob. J. Barcz, *Unia Europejska wobec niepraworządnego państwa członkowskiego*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 1, s. 17-20.

⁴⁴ Warto w tym miejscu przywołać przypadek *brexitu* i próbę odwoływania się przez stronę brytyjską do art. 62 KWPT, regulującego klauzulę zasadniczej zmiany okoliczności jako kolejnej przesłanki nieprzewidzianej w traktatach unijnych, która z poziomu zasady ogólnej prawa traktatów mogłaby mieć zastosowanie do odstąpienia przez Wielką Brytanię od umowy określającej warunki wystąpienia z UE. W kontekście zastosowania art. 62 KWPT do prawa unijnego rozumianego szerzej niż tylko pierwotne traktaty konstytuujące UE, zob. sprawę C-162/96, *Racke vs. Hauptzollamt Mainz* [1998], ECR I-03655, pkt 53.

⁴⁵ Por. wypowiedź STSM w sprawie *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany vs. Poland)*, „Permanent Court of International Justice” 1926, Series A, No. 7, s. 19, z której wynika, że prawo krajowe z perspektywy prawa międzynarodowego to jedynie fakty (*municipal laws are merely facts*), które jednak wyrażają ich wolę w taki sam sposób jak decyzje podejmowane na podstawie prawa (*legal decisions*) oraz środki administracyjne (*administrative measures*), oznaczając w ten sposób praktykę państwa oraz jego *opinio iuris*. To w konsekwencji może przyczyniać się do powstania nowych norm prawa zwyczajowego lub zmiany dotychczasowych.

zastosowanie w pierwszej kolejności. Nie wydaje się, aby w ostatecznym rozrachunku wykluczało to możliwość odwołania się do zasad ogólnych prawa traktatów w zakresie zmiany umów międzynarodowych⁴⁶. Jednak występowanie w tym zakresie *lex specialis* mocno ogranicza prawdopodobieństwo wystąpienia takiego przypadku. Zatem droga od naruszenia prawa UE do nadania mu nowego kształtu zgodnego z treścią naruszenia najeżona jest rozlicznymi przeszkodami. O wiele łatwiej wystąpi tu sytuacja odpowiedzialności niż jednomyślność państw członkowskich wokół nowego kształtu zobowiązania traktatowego, która na dodatek miałaby zastąpić uzgodnioną formułę zmiany traktatów unijnych.

W podobnym duchu należałoby ocenić teoretyczną możliwość wprowadzenia do traktatu modyfikacji jego postanowień zapoczątkowanej przez działania przyjmujące postać *prima facie* naruszenia umownego zobowiązania. KWPT przewiduje taką możliwość w art. 41. Jednak prawo UE również posługuje się tą instytucją. Wprawdzie traktaty unijne nie przywołują tego pojęcia wprost, jednak zasada ściślejszej współpracy z art. 20 TUE odwołuje się w swej istocie do pojęcia modyfikacji. Można zatem skonstatować istnienie *lex specialis*, które ponownie ogranicza, choć teoretycznie nie wyklucza, zainicjowania procesu modyfikacji zobowiązań traktatowych poprzez przyjęcie postawy, która wzięta w nawias bezwzględny w pierwszym odruchu będzie oceniana jako naruszenie zobowiązania⁴⁷. Jak się wydaje, skuteczną ochroną dla jakichkolwiek rozważań, a następnie prób modyfikowania części postanowień traktatów założycielskich względem grupy państw członkowskich, jest mocno podkreślona w granicach KWPT potrzeba bezwzględnej ochrony przedmiotu i celu traktatu⁴⁸, która nie doznaje żadnego umniejszenia na poziomie prawa UE, a wręcz przeciwnie, zyskuje na powadze. Stąd niewykonanie przez Polskę wyroków TSUE nie sposób uznać za zdolne do naruszenia fundamentu UE okoliczności, przyjmujące postać akceptowalnej na gruncie UE (*lex specialis*) czy KWPT (*lex generalis*) modyfikacji części postanowień organicznie powiązanych z przedmiotem i celem unijnej regulacji.

4.2. Wykładnia traktatu

Pośród potencjalnych kontekstów, w których ramach można rozważać charakter prawny następstw niewykonania wyroku sądu międzynarodowego na poziomie krajowym, należy jeszcze przywołać przypadek utożsamienia sytuacji z zainicjowaniem jednostronnej wykładni odpowiednich postanowień traktatów.

Mowa tu o sytuacjach, które nie wyczerpują wprost jasno zdefiniowanych przesłanek właściwych dla zainicjowania zmiany traktatu, jego modyfikacji czy wiążącej wykładni. Byłaby wtedy mowa właśnie o zmianie traktatu, jego modyfikacji czy wykładni. W rozważanym przypadku chodzi o zdarzenia, które stanowią

⁴⁶ Zob. przypis 36.

⁴⁷ Krytycznie na ten temat C. Mik, *Opinia w sprawie zgodności tzw. traktatu fiskalnego z prawem Unii Europejskiej oraz trybu jego ratyfikacji*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2012, nr 1(33), s. 89.

⁴⁸ Potrzeba ochrony przedmiotu i celu traktatu pojawia się w kilku przepisach KWPT: art. 18, art. 19, art. 20, art. 31, art. 33, art. 41, art. 58, art. 60.

naruszenie zobowiązania traktatowego, a w konsekwencji stojącej za nim zasady *pacta sunt servanda*, widziane jako fakty w pewnym zespole z zasadami prawa traktatów i regułami odpowiedzialności międzynarodowej, prowadzące do nowej normatywnej rzeczywistości.

W takim wypadku jednostronna inicjatywa interpretacyjna, wynikająca z działania krajowego organu sądowego i zmierzająca do nadania nowego rozumienia postanowieniom traktatowym, wymagałaby jednak zaakceptowania przez wszystkie pozostałe państwa-strony (np. ich sądy krajowe w ustalonych granicach jurysdykcji) lub właściwy sąd międzynarodowy. Za przykład wyroku o takim potencjale może służyć rozstrzygnięcie holenderskiego Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2019 r. w sprawie *Niderlandy vs. Urgenda*⁴⁹. Wyrok w dużej mierze dotyczy szczegółowych kwestii z zakresu prawa holenderskiego, ale zawiera kilka wniosków, które są istotne z perspektywy prawa międzynarodowego. W szczególności Trybunał orzekł, że na podstawie europejskiej Konwencji o ochronie podstawowych praw i wolności człowieka (dalej: EKPC): art. 2 (prawo do życia) oraz art. 8 (prawo do życia prywatnego i rodzinnego), Holandia ma pozytywny obowiązek podjęcia środków w celu zapobiegania zmianom klimatu przez zmniejszenie emisji gazów cieplarnianych (GHG) o co najmniej 25 procent do końca 2020 r. w porównaniu z poziomami z 1990 r.⁵⁰ Z perspektywy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka takie rozstrzygnięcie może być odczytane jako godna wsparcia prawidłowa interpretacja art. 2 i 8 EKPC albo podstawa do stwierdzenia naruszenia EKPC przez państwo-stronę (o ile zostałyby wszczęte przez uprawniony podmiot odpowiednia procedura naruszeniowa). Teoretycznie w ramach takiego mechanizmu także Polska jako państwo członkowskie UE mogłaby wypełniać przestrzeń prawną formą sędziowskiego dialogu, o ile tylko byłaby w stanie zaproponować poprawne wnioski i przekonać do nich wszystkich wymaganych partnerów. W przeciwnym bowiem razie fakt, który jest tożsamy ze złamaniem zasady *pacta sunt servanda*, bez żadnego dalszego kontekstu, generuje jedynie odpowiedzialność prawną.

4.3. Kształtowanie paradygmatu

Próbie oddziaływania na paradygmat prawa międzynarodowego lub jego instytucji można zobrazować kilkoma kolejnymi rozstrzygnięciami ważnych sądów krajowych. Zatem wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Weiss* (5.05.2020)⁵¹, wyrok włoskiego Trybunału Konstytucyjnego nr 238/2014⁵² na tle wyroku Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości z 2012 r.

⁴⁹ A. Nollkaemper, L. Burges, *Introductory Note to the State of the Netherlands v. Urgenda* (Neth. Sup. Ct.), "International Legal Materials" 2020, vol. 59, s. 812-813.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020, 2 BvR 859/15, paras. 1-237 (sprawa *Weiss*), https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html [dostęp 15.03.2022].

⁵² The Constitutional Court, Judgment No. 238 – Year 2014 (wyrok włoskiego TK nr 238-2014), https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf [dostęp 15.03.2022].

*Niemcy vs. Włochy*⁵³, rozstrzygnięcie polskiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/2021 z 7 października 2021 r.⁵⁴ czy wyrok rosyjskiego Trybunału Konstytucyjnego nr 12-P/2016 z 16 kwietnia 2016 r.⁵⁵ z uwagi na zawartą w nich argumentację to w pierwszej kolejności źródło odpowiedzialności międzynarodowoprawnej państwa powiązane z naruszeniem zasady *pacta sunt servanda* (tworzącej podstawę także porządku prawnego UE lub RE). Odpowiedzialność ta może mieć swoje rozwinięcie w działaniach zmierzających do zmiany zobowiązania traktatowego (z wykorzystaniem zasady *pacta sunt servanda*), zmiany postanowień konstytucyjnych, kolidujących, w myśl rozstrzygnięcia prawidłowo obsadzonego „sądu ostatecznego słowa”, z zobowiązaniem traktatowym, odstąpienia na warunkach zgodnych z zasadą *pacta sunt servanda* od zobowiązania traktatowego bądź nawet swoistego wykluczenia z określonego porządku prawnego (np. art. 60 KWPT). Dalszym rozwinięciem tej sytuacji, wynikającej z naruszenia zasady *pacta sunt servanda*, staje się przekształcenie samego paradygmatu, oczywiście w odpowiednio długiej perspektywie, jeśli proces ten miałby dotknąć istoty prawa międzynarodowego. Warto jednak podkreślić, że oddziaływaniu na ten paradygmat w sferze faktycznej może towarzyszyć odmienna aksjologia. O ile w wypadku przedmiotowych orzeczeń niemieckiego czy włoskiego sądu konstytucyjnego chodzi o, w pierwszym wypadku, ochronę podstawowych wartości UE, w odczuciu sądu krajowego, zagrożonych przez podnoszony zarzut działania *ultra vires* po stronie sądu unijnego⁵⁶, a w drugim o prymat wartości z zakresu praw podstawowych, chronionych normami konstytucyjnymi, względem interesu państwa jako podmiotu pierwotnego prawa międzynarodowego⁵⁷, to w przypadku rozstrzygnięcia polskiego⁵⁸ czy rosyjskiego sądu

⁵³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, “International Court of Justice Reports” 2012, s. 99.

⁵⁴ Wyrok TK z 7 października 2021 r., K 3/21, Dz. U. z 2021 r. poz. 1852.

⁵⁵ Russian Federation, Judgment No. 12-П/2016 of 19 April 2016 of the Constitutional Court (wyrok rosyjskiego TK w sprawie No. 12-П/2016), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2016\)033-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2016)033-e) [dostęp 15.03.2022].

⁵⁶ Wyrok w sprawie *Weiss*, pkt 109: “Where measures taken by institutions, bodies, offices and agencies of the European Union exceed the limits of the European integration agenda (Integrationsprogramm) in a manifest and structurally significant manner, it is incumbent upon the Federal Government and the Bundestag to actively address the question how the order of competences can be restored and to make a positive determination as to which course of action to pursue [...]”.

⁵⁷ Wyrok włoskiego TK nr 238-2014 (Conclusions in Point of Law), pkt 3.1: “This is the case of the qualifying essential principles of the state constitutional order, including the principles of protection of fundamental human rights. In those situations it is up to the national judge, and in particular exclusively to this Court, to exercise the constitutional review, in order to preserve the inviolability of fundamental principles of the domestic legal order, or at least to minimize their sacrifice”, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S238_2013_en.pdf [dostęp 15.03.2022].

⁵⁸ Por. Wniosek Prezesa Rady Ministrów do Trybunału Konstytucyjnego z 29 marca 2021, s. 108: „Wyraźnie podkreślić przy tym należy, że są to kompetencje, których organy te [UE – A.K.] nie mogą posiadać ze względu na ich sprzeczność z porządkiem konstytucyjnym Rzeczypospolitej Polskiej. Co istotne, powierzenie rzeczowej kompetencji nieuprawnionym konstytucyjnie organom władzy państwowej na mocy kwestionowanej normy prawnej stanowi niedopuszczalną ingerencję w sferę, w której w sposób szczególny manifestuje się suwerenność państwa”, https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F1225335688%2FK_3_21_wns_2021_03_29_ADO.pdf [dostęp 15.03.2022].

konstytucyjnego⁵⁹ pojawia się chęć bezwzględnej ochrony suwerenności państwa (porządku konstytucyjnego) kosztem istoty i struktury obowiązującego prawa międzynarodowego, zasadniczo bez poważnego, wykraczającego poza formalny rytuał, potraktowania sfery praw i wolności jednostki. Z przedmiotowego rozstrzygnięcia polskiego Trybunału Konstytucyjnego wyłania się chęć promowania ogólnego prymatu prawa krajowego nad prawem międzynarodowym w części dotyczącej bezwzględnej ochrony suwerenności państwa. To w praktyce musiałoby oznaczać strukturalne zniszczenie zasady *pacta sunt servanda* poprzez negację konsensualnego charakteru prawa międzynarodowego⁶⁰, chyba że w momencie stwierdzenia kolizji między zasadą *pacta sunt servanda* i wpływającymi z niej następstwami a działaniami podejmowanymi w prawie krajowym podmiot-strona traktatowego porządku, pozostając w dobrej wierze, dążyłby bezwzględnie i skutecznie: albo do zmiany kolidujących przepisów krajowych (w tym konstytucji), albo zmiany odpowiednich przepisów traktatów UE, albo do wystąpienia z UE (stwierdzenia wygaśnięcia traktatów względem siebie). W ostatecznym rozrachunku w grę wchodziłoby jeszcze wykluczenie z UE, czyli stwierdzenie wygaśnięcia traktatów UE względem państwa naruszającego ich postanowienia przez pozostałe państwa-strony z uwagi na istotne naruszenie przedmiotu i celu tychże traktatów. Podobnie w wypadku ustawy o Trybunale Konstytucyjnym Federacji Rosyjskiej, która weszła w życie 14 grudnia 2015 r., pojawiło się upoważnienie na rzecz rosyjskiego sądu konstytucyjnego do uznania wyroków organu praw człowieka za „niewykonalne”, jeśli jego interpretacja postanowień traktatów międzynarodowych stanowiących podstawę wyroku jest niezgodna z Konstytucją Federacji Rosyjskiej. Ustawa jest przede wszystkim nakierowana na orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ma jednak szerszy zakres i obejmuje decyzje wszystkich organów zajmujących się prawami człowieka, w tym Komitetu Praw Człowieka ONZ. W żadnym z państw członkowskich Rady Europy nie występują tego rodzaju rozwiązania.

⁵⁹ Wyrok rosyjskiego TK w sprawie No. 12-Π/2016, s. 5, pkt 1.2: „At the same time, the interaction of the European conventional and the Russian constitutional legal orders is impossible in the conditions of subordination, so far as only a dialogue between different legal systems is a basis of their appropriate balance, and the effectiveness of norms of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Russian legal order in many respects depends on the respect of the European Court of Human Rights for the national constitutional identity; recognizing the fundamental significance of the European system of the protection of human and civil rights and freedoms, judgments of the European Court of Human Rights being part of it, the Constitutional Court of the Russian Federation is ready to look for a lawful compromise for the sake of maintaining this system, reserving the determination of the degree of its readiness for it, so far as it is the Constitution of the Russian Federation which outlines the bounds of compromise in this issue”.

⁶⁰ Por. J. Wouters *et al.*, *International Law...*, s. 174: „Allowing States to invoke their internal law as an excuse for a failure to fulfil their treaty obligations would amount to allowing them unilaterally to determine the extent of their own obligations”. Ciągłe aktualna pozostaje myśl Ludwika Ehrlicha (*Prawo międzynarodowe...*, s. 247): „Znaczenie umów prawa międzynarodowego jest dziś w życiu międzynarodowym tak wielkie, że naruszenie zasady *pacta servanda sunt* jest podkopywaniem całego systemu stosunków międzynarodowych”.

Jak już podkreślono, skuteczne zainicjowanie powyższych procesów, uwzględniających fakty wpływające z naruszenia zasady *pacta sunt servanda* i przetwarzających je na kolejny zasób norm, wymaga jednak spełnienia wielu fundamentalnych warunków. Nie można tu mówić o żadnym automatyzmie skutku. Zawsze w tym wypadku chodzi o rezultat wynikający z łącznego zastosowania przesłanki wyłączającej odpowiedzialność (*consent*) oraz zgody warunkującej normatywny charakter zmiany, modyfikacji czy wykładni postanowień traktatu zainicjowanych, ujmując rzecz bezwzględnie, przez zachowania świadczące w pierwszej kolejności o naruszeniu pierwotnego zobowiązania. W wypadku inicjowania procesów, dających się odczytać jako oddziaływania na kształt paradygmatu prawa międzynarodowego, ta poprzeczka postawiona jest jeszcze wyżej, gdyż w skrajnym przypadku wymagałaby zaangażowania społeczności międzynarodowej jako całości.

5. Konkluzje

Obserwacja postaw Polski jako państwa członkowskiego UE (strony traktatów konstytuujących UE) pozwala na powtórzenie i podkreślenie trwałości kilku podstawowych wniosków wpływających z zasady *pacta sunt servanda*, fundamentu prawa międzynarodowego. Jest pewne, że bez zmiany paradygmatu prawa międzynarodowego nie jest możliwa zmiana charakteru zasady *pacta sunt servanda*. W konsekwencji odgrywanie przez sąd krajowy roli sądu ostatniego słowa w ramach reżimu prawnego wyrastającego z zasady *pacta sunt servanda* oznacza naruszenie zobowiązania międzynarodowego, a więc odpowiedzialność międzynarodowoprawną. Przypisanie sądowi krajowemu funkcji sądu ostatniego słowa w ramach reżimu traktatowego na gruncie obowiązującego paradygmatu prawa międzynarodowego wymaga uprawnienia wyrastającego z samej zasady *pacta sunt servanda*. Państwo-strona traktatu ponosi odpowiedzialność międzynarodowoprawną za działania swoich organów sądowych, nawet przyjmujące w płaszczyźnie prawa krajowego postać *ultra vires*. Realizacja odpowiedzialności prawnej za naruszenie zobowiązania wyrastającego z zasady *pacta sunt servanda* nie znosi po stronie państwa konieczności dalszego wykonywania tego obowiązku. Systemowe posługiwanie się przez państwo w granicach reżimu traktatowego formułą „sądu ostatniego słowa” w odniesieniu do sądu krajowego w zderzeniu z rozstrzygnięciem właściwego w rozumieniu zasady *pacta sunt servanda* sądu międzynarodowego oznacza dla danego państwa: a) konieczność zmiany prawa krajowego, b) zainicjowanie i zdolność wprowadzenia zmian do reżimu traktatowego, c) zainicjowanie procesu uzgodnionej wykładni postanowień składających się na dany porządek traktatowy, d) wycofanie się z danego porządku traktatowego. Ponadto przy założeniu, że realizacja funkcji „sądu ostatniego słowa” zostanie utożsamiona z naruszeniem przedmiotu i celu traktatu, pojawia się ryzyko wykorzystania przez pozostałe państwa-strony podstawy prawnej zmierzającej w swym zastosowaniu do wykluczenia z danego porządku państwa naruszającego w sposób kwalifikowany swoje zobowiązania wynikające

z zasady *pacta sunt servanda*. Warto również podkreślić, że odpowiedzialność międzynarodowoprawna za naruszenie zobowiązania wynikającego z reżimu traktatowego przez przypisanie i realizowanie funkcji „sądu ostatniego słowa” przez sąd krajowy może zostać wyłączona na podstawie odpowiednich przesłanek, np. zgody uprawnionego podmiotu na wyłączenie bezprawności (*consent*), czego ilustracją może być decyzja Komisji Europejskiej w sprawie zakończenia procedury naruszeniowej względem Niemiec na wniosek rządu niemieckiego po uznaniu prezeń, że z perspektywy prawa UE wyrok niemieckiego sądu konstytucyjnego w sprawie *Weiss* był aktem *ultra vires*. Warto na koniec zaznaczyć, że przypisanie sądowi krajowemu funkcji „sądu ostatniego słowa” w ramach reżimu traktatowego, odczytywane jako fakt („sąd pierwszego słowa”), może inicjować proces przekształcania paradygmatu prawa międzynarodowego, jego autonomicznego porządku, instytucji prawnej lub powstanie nowej normy (np. prawa zwyczajowego na gruncie praktyki państw i ich *opinio iuris*).

Otwarcie prawa krajowego na prawo międzynarodowe, źródłowy sens i rola *rule of law* a kontrowersja monizm–dualizm

1. Tytuł artykułu nawiązuje do tytułu książki pod redakcją Krzysztofa Wójtowicza *Otwarcie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne* (Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006). Artykuł, jak i ta książka, dotyczą relacji wzajemnych prawa krajowego i prawa międzynarodowego. O ile jednak wspomniana książka oferuje analizę kluczowych dogmatycznych problemów związanych z tym zagadnieniem, a poświęcone im teksty akcentują konstytucyjnoprawne umocowanie prawa międzynarodowego, w tym prawa Unii Europejskiej, w polskim porządku prawnym, o tyle przedkładany artykuł skupia się przede wszystkim na analizie pojęcia *rule of law* w kontekście związków prawa krajowego i prawa międzynarodowego. Uwagi na ten temat służyć będą ustosunkowaniu się do znanej kontrowersji monizm–dualizm, w ramach której od początku XX w. nauka prawa usiłuje odpowiedzieć na pytanie o jedność, dualizm, względnie pluralizm, „obrazu prawnego świata”, by użyć sformułowania Alfreda Verdrossa¹.

Polski porządek prawny będzie punktem odniesienia do zagadnienia *rule of law* tylko w jednej części artykułu. Odwołania doń mają na celu pokazanie znaczenia ideału *rule of law* w prawie krajowym i, w konsekwencji, stopnia jego otwartości na prawo międzynarodowe. Problem główny artykułu można sformułować następująco: czy treść pojęcia *rule of law* jest w prawie jednorodna, to znaczy czy desygnat tego pojęcia w prawie krajowym odpowiada jego znaczeniu w międzynarodowym porządku prawnym, czy może źródłowy sens tego pojęcia jest różny w tych porządkach, co uzasadniałoby mówienie o krajowej *rule of law* i międzynarodowej *rule of law*. Opowiedzenie się za pierwszym członem tej alternatywy przemawia za monizmem, czyli „jednością obrazu prawnego świata”, mimo działania niezależnych od siebie forów jurysdykcyjnych związanych z wykonywaniem władzy publicznej w krajowych i międzynarodowych stosunkach prawnych. Wybór natomiast drugiego członu alternatywy implikuje dualizm, względnie pluralizm. Na gruncie teorii prawa istnieje jeszcze jedna możliwość, mianowicie zakwestionowanie doktrynalnej

* Prof. dr hab. Roman Kwiecień, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0003-0831-9203.

¹ A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Mohr, Tübingen 1923; *idem*, *Le fondement du droit international*, „Recueil des cours” 1927, vol. 16, s. 296.

dychotomii monizm–dualizm jako poznawczo użytecznego podejścia badawczego do relacji wzajemnych krajowych porządków prawnych i prawa międzynarodowego.

Artykuł składa się, oprócz niniejszego wprowadzenia, z pięciu części. W części 2. analizie zostało poddane znaczenie pojęcia *rule of law*. Uwagi składające się na część 3. zmierzają do udzielenia odpowiedzi na pytanie o znaczeniową tożsamość bądź odrębność *rule of law* w prawie krajowym i w prawie międzynarodowym. Pozwoli to na zajęcie stanowiska w przedmiocie otwartości prawa krajowego na prawo międzynarodowego i odwrotnie. Część 4. dotyczy podejścia polskiego Trybunału Konstytucyjnego (TK) do orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) związanych z przeprowadzanymi od 2015 r. zmianami w polskim wymiarze sprawiedliwości. Część 5. odnosi się wprost do kontrowersji monizm–dualizm. Konkluzje artykułu zostały przedstawione w części 6.

2. Choć *rule of law* powszechnie uchodzi za niekwestionowaną wartość porządku prawnego, nie ma powszechnej zgody w sprawie jej rozumienia i znaczenia samego terminu. Obrazuje to choćby urzędowy przekład na język polski terminu *rule of law* z art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, który został przetłumaczony jako „państwo prawne”². Wydaje się, że lepszy byłby jego przekład jako „rządy prawa” albo „praworządność”. W niniejszym artykule, właśnie ze względu na niejednoznaczność znaczeniową tego terminu, używany on będzie w języku angielskim, co zresztą stało się powszechną praktyką w wielu innych językach.

Śledząc współczesne dyskusje dotyczące praworządności na forach krajowych i międzynarodowych, trudno oprzeć się wrażeniu o instrumentalnym traktowaniu tego, co kryje się za *rule of law*. Prowadzi to do nadawania temu terminowi nierzadko arbitralnego, by nie powiedzieć koniunkturalnego, znaczenia. To bez wątpienia ważny motyw skłaniający do analizy znaczenia *rule of law* w krajowych porządkach prawnych i w prawie międzynarodowym, w tym w prawie Unii Europejskiej. Czym jest więc *rule of law*? Dobrym punktem wyjścia wydaje się zwrócenie uwagi na literalne znaczenie tego terminu. Joseph Raz twierdzi w związku z tym, że termin ten znaczy to, na co wprost wskazuje: rządy prawa. W nieco rozwiniętym znaczeniu, głosi Raz, oznacza on podleganie ludzi, włącznie z władzami publicznymi, prawu³. To rudymentarne znaczenie *rule of law* nie budzi raczej kontrowersji. Te pojawiają się wówczas, gdy usiłuje się dać odpowiedź na pytania o prawo, jakiemu ma się być podległym, w czym ma się owa podległość prawu wyrażać i o podmiot legitymizowany do wiążących ocen w tym zakresie. Z punktu widzenia tych pytań wyróżnić można trzy główne podejścia do problemu *rule of law*: substancjalne, formalne i substancjalno-formalne. Każde z nich opiera się na określonym przekonaniu

² Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r., wersja skonsolidowana, Dz. Urz. UE C 202 z 7.07.2016 r.

³ J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2009, s. 212.

odnośnie do stosunku reguł prawa do wartości obecnych w życiu społecznym. Każde z nich więc *nolens volens* wpisuje się w jakiś nurt filozofii prawa, dla której jest to od dawna jeden z podstawowych problemów.

Wyrazem ostatniego z wymienionych podejść jest stanowisko Francisa Jacobsa, który wyróżnia dwa aspekty *rule of law*: formalny i substancjalny⁴. W wymiarze formalnym *rule of law* to, zdaniem Jacobsa, podległość działań władz publicznych kontroli niezależnych sądów w kontekście zgodności ich działań z obowiązującym prawem, co znane jest jako legalizm⁵. W aspekcie substancjalnym natomiast *rule of law* ucieleśnia pewne wartości, które są szeroko akceptowane jako ważne dla życia społeczno-politycznego⁶. Pojawia się tu pytanie o stosunek wzajemny aspektów formalnego i substancjalnego, a ściślej pytanie o to, czy niezależność sądów sprawujących kontrolę nad legalnością działań władz publicznych to warunek konieczny urzeczywistnienia w życiu publicznym wartości, na które kładzie nacisk postulowana „substancja” *rule of law*? A może niezależne sądownictwo to element tej „substancji”? W każdym razie pytania te zwracają uwagę na kwestię, czy bez instytucjonalnego wymiaru ocen legalności działań władz możliwa jest obecność *rule of law* w życiu publicznym. Problem ten zostanie poruszony w kolejnych częściach artykułu.

Za przykład substancjalno-formalnego podejścia do *rule of law* może służyć stanowisko byłego Sekretarza Generalnego ONZ Kofiego Annana. W raporcie z 23 sierpnia 2004 r. *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies* skierowanym do Rady Bezpieczeństwa ONZ, znajdujemy między innymi:

The rule of law is a concept at the very heart of the Organization's mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency⁷.

Dobrym z kolei wyrazem formalnego podejścia do *rule of law* są poglądy wspomnianego J. Raza. Zaslugują one w moim przekonaniu na szerszą prezentację. Raz definiując *rule of law*, odwołuje się na wstępie do, o czym była już mowa, językowej interpretacji tego terminu. Wskazuje przy tym, że w celu doprecyzowania jego znaczenia należy uściślić rozumienie samego terminu „prawo”, które może być

⁴ F. Jacobs, *The Sovereignty of Law. The European Way*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 7.

⁵ *Ibidem*, s. 7. Por. w związku z tym art. 7 Konstytucji RP z 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483): „Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”.

⁶ F. Jacobs, *The Sovereignty of Law...*, s. 8.

⁷ Report of the Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies*, UN Doc. S/2004/616, par. 6

potoczne bądź prawnicze⁸. Według Raza prawo jest formą organizacji życia społecznego, która winna być używana dla właściwych celów (*proper ends*). I dalej, podążając za Herbertem Hartem, uważa za prawo to, co spełnia warunki ważności i przynależności do zespołu norm ustanawianych przez system reguł uznania. Ma to ważną konsekwencję dla porządku prawnego, mianowicie tworzenie norm prawnych winno odbywać się zgodnie ze znanymi (*open*) i przynajmniej względnie stabilnymi regułami ogólnymi. To, zdaniem Raza, pozwala na upatrywanie w *rule of law* istotnego ideału życia publicznego, ponieważ wskazuje on nie tylko na powinność podlegania ludzi, w tym organów władzy, obowiązującemu prawu, ale i na to, że prawo, dzięki przejrzystym i znanym mechanizmom jego tworzenia, powinno być takie, aby podmioty porządku prawnego były w stanie przestrzegać jego nakazów i zakazów oraz korzystać z wynikających zeń uprawnień. Zdolność reguł prawa do efektywnego kierowania zachowaniami ludzi jest bowiem warunkiem ich przestrzegania i dlatego reguły prawa nie mogą, na przykład, wymagać działań niemożliwych⁹. Tę koncepcję *rule of law* określa Raz, idąc za Friedrichem Hayekiem, jako formalną i negatywną, ponieważ nie mówi ona nic o tym, przez kogo prawo jest tworzone – tyranów, demokratyczną większość czy inne podmioty, ani o prawach podstawowych, równości czy sprawiedliwości. Cnotą prawa, głosi Raz, jest moralna neutralność, którą zapewnia właśnie *rule of law*. Dlatego jest ona wewnętrzną wartością prawa, choć, Raz krytykuje tu Fullera i opowiada się za zdaniem Harta, nie jest wartością moralną (*moral virtue*)¹⁰. Trzeba tu zwrócić uwagę na bliski związek między takim ujęciem *rule of law* a formalnymi koncepcjami sprawiedliwości, włączając w to najśłynniejszą chyba współcześnie wśród teorii sprawiedliwości koncepcję Johna Rawlsa. Przedstawienie przez niego sprawiedliwości jako bezstronności (*fairness*) świetnie artykułuje ten związek. Rawls ujmuje następująco jeden z głównych problemów analizowanych w *Teorii sprawiedliwości*: „Utrzymuje się [...], że gdzie natrafiamy na sprawiedliwość formalną, rządy prawa i honorowanie prawowitych oczekiwań, tam również zapewne znajdziemy sprawiedliwość substancjalną”¹¹. Badania nad tym przekonaniem prowadzą go między innymi do wniosku głoszącego, że koncepcja sprawiedliwości formalnej, to znaczy prawidłowego i bezstronnego stosowania norm publicznych, staje się w odniesieniu do systemu prawnego po prostu „zasadą rządów prawa”¹².

⁸ J. Raz, *The Authority of Law...*, s. 213.

⁹ *Ibidem*, s. 214.

¹⁰ Zob. *ibidem*. Zob. też polemikę Lona Fullera z teorią prawa Harta, do której odnosi się Raz: L.L. Fuller, *The Morality of Law*, wyd. poprawione, Yale University Press, New Haven 1969, s. 133-145. Koncepcję Raza, w odniesieniu do zagadnienia *rule of law* w międzynarodowym porządku prawnym, wprost przyjmuje James Crawford, *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, The Hague Academy of International Law, The Hague 2014, s. 344.

¹¹ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, PWN, Warszawa 1994, s. 86.

¹² Zob. *ibidem*, s. 321-333. Zwróćmy na marginesie uwagę, że takie formalne/proceduralne podejście do sprawiedliwości i *rule of law* wskazuje nie tylko na bliski związek między nimi, ale i relatywizuje granicę między teoriami prawa etykietowanymi jako pozytywistyczne (np. Raza czy Harta)

Wróćmy do wyводу Raza. Substancjalne konsekwencje formalnej koncepcji *rule of law* są daleko idące, ponieważ z takiej, wydawałoby się „beztreściowej”, idei *rule of law* wynika to, co tworzy fundament państwa prawnego. Sam Raz wskazuje na osiem takich konsekwencji, które nazywa „zasadami” (*principles*), i zastrzega, że nie jest to ich pełna lista: 1) wszystkie reguły prawa muszą być znane i jasne (*prospective, open and clear*); 2) reguły prawa winny być przynajmniej względnie stabilne; 3) tworzenie szczegółowych reguł prawnych winno się odbywać zgodnie ze znanymi, stabilnymi, jasnymi regułami ogólnymi; 4) musi zostać zagwarantowana niezależność sądownictwa; 5) przestrzegane być powinny zasady *natural justice*; 6) władze publiczne winny podlegać kontroli sądów; 7) zagwarantowane winno zostać prawo do sądu, to znaczy dostępność sądów dla wszystkich podmiotów prawa; 8) dyskrecyjne uprawnienia instytucji zajmujących się zapobieganiem przestępczości nie powinny prowadzić do naruszania prawa¹³.

Rule of law to zdaniem Raza kluczowa, choć niejedyna wewnętrzna wartość i cecha porządku prawnego. Jest wartością zasadniczą, ponieważ wyklucza przyzwolenie na arbitralność działań władz publicznych i nakazuje sądową kontrolę tych działań. Wszak jedną z konsekwencji-zasad wynikających z *rule of law* jest niezależne sądownictwo. Działalność sądów winna w szczególności zapobiegać arbitralnemu wykorzystywaniu prerogatyw władz publicznych dla prywatnych celów¹⁴.

Naruszenia przedstawionych za Razem konsekwencji *rule of law* prowadzą między innymi do niepewności co do obowiązującego prawa i w rezultacie do zakwestionowania ważnej wartości każdego porządku prawnego, jaką jest bezpieczeństwo prawne. Wspominając o tej wartości, nawiązuję do sedna filozofii prawa Gustava Radbrucha. Formuła Radbrucha eksponująca konflikt między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością skłania bowiem do rozważenia kwestii, czy formalna koncepcja *rule of law* przedstawiona za Razem jest koncepcją przekonującą. Może jednak koncepcja formalno-substancjalna daje lepsze wyjaśnienie źródłowego sensu *rule of law*?

i niepozytywistyczne. Do tych drugich zaliczana jest myśl Lona Fullera. Sam Fuller określa ją jako proceduralną teorię prawa naturalnego. Podkreśla jednak, że termin „proceduralna” oznacza sposoby, dzięki którym system reguł rządzących ludzkim zachowaniem winien być konstruowany i funkcjonować w praktyce w tym celu, aby był skuteczny i mógł być po prostu systemem prawa. Zob. L.L. Fuller, *The Morality of Law...*, s. 96-97. Artykułują to również formalne koncepcje *rule of law* o pozytywistycznej proveniencji.

¹³ J. Raz, *The Authority of Law...*, s. 214-218. Raz dokonuje podziału tych zasad na dwie grupy: zasady 1-3 i 4-8.

¹⁴ *Ibidem*, s. 219-20. Na marginesie, choć w nawiązaniu do *rule of law* w prawie międzynarodowym, wskazane jest zwrócenie uwagi na stanowisko Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości zajęte w wyroku w sprawie *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*. Trybunał podkreślił w nim, że arbitralność to przeciwieństwo *rule of law*: „Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of «arbitrary action» being «substituted for the rule of law» (*Asylum, Judgment*, I.C.J. Reports 1950, p. 284). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”. *Electronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, *USA vs. Italy*, International Court of Justice Reports 1989, s. 76, par. 128.

Legalizm rozumiany jako kwalifikacja działań i zaniechań podmiotów prawa w świetle obowiązujących zasad i reguł prawa to nieodłączna, definicyjna cecha *rule of law*. W sytuacjach granicznych powstaje jednak napięcie, co właśnie obrazuje formuła Radbrucha, między bezpieczeństwem prawnym a sprawiedliwością czy innymi wartościami, na które kładą nacisk substancjalne koncepcje *rule of law*, a szerzej, substancjalne filozofie prawa. Koncepcje te zwracają uwagę na konieczne związki ontyczne między regułami prawa a wartościami moralnymi. Znaczna część filozofii prawa i jej historii to w gruncie rzeczy wariacje na ten temat. Trzeba jednak pamiętać, że formalna koncepcja *rule of law* Raza nie ignoruje tych problemów, czego wyrazem są wymienione wyżej konsekwencje-zasady wynikające z formalnej *rule of law*. Dlatego najważniejsze elementy formalnej koncepcji Raza są, w moim przekonaniu, poznawczo konstruktywne i zasługują na uwagę.

Choć Raz krytykuje tezę o koniecznych związkach prawa i wartości moralnych, choćby poprzez krytykę koncepcji „wewnętrznej moralności prawa” Fullera, nie kwestionuje tego, że zgodność działań z *rule of law* ma doniosłą wartość moralną (*great moral value*)¹⁵. Sama *rule of law* nie jest jednak wartością moralną, lecz warunkiem koniecznym tego, aby prawo służyło dobrem celom w życiu społecznym. W tym znaczeniu jest ona „najważniejszą wewnętrzną wartością prawa” (*the most important inherent value*)¹⁶. Zgodność działań z *rule of law* czyni z prawa dobry instrument w osiąganiu pewnych ważnych celów w życiu społecznym, choć zgodność z *rule of law* nie jest celem ostatecznym, ponieważ samo prawo jako instrument nie jest takim ostatecznym celem¹⁷. Dwa elementy koncepcji Raza zasługują jeszcze na podkreślenie. Po pierwsze, zgodność działań tworzących praktykę społeczną z *rule of law* jako ideałem życia publicznego jest stopniowalna¹⁸. Po drugie, *rule of law* to wartość negatywna porządku prawnego, ponieważ ma ona na celu minimalizowanie szkód, jakie może powodować prawo. Ten negatywny charakter *rule of law* wyraża się w tym, że zgodność z nią nie tyle przyczynia się do powstawania dobra, ile pozwala na unikanie zła w życiu społecznym, zwłaszcza zła, które może generować samo prawo¹⁹.

3. Przedstawione rozumienie *rule of law* w ramach formalnej koncepcji Raza to punkt wyjścia dla rozważenia znaczenia i roli *rule of law* w krajowych porządkach prawnych i w prawie międzynarodowym oraz do określenia relacji między nimi.

Choć Raz, analizując zagadnienie *rule of law*, nie zawężył problemu do prawa krajowego i ujmował go po prostu w perspektywie prawa, to dyskurs na ten temat rozwijany był przede wszystkim w obrębie krajowych porządków prawnych. I to na ich gruncie wyekspozowany został rdzeń *rule of law* – podległość władz publicznych

¹⁵ Zob. J. Raz, *The Authority of Law...*, s. 223-26.

¹⁶ *Ibidem*, s. 225-26.

¹⁷ *Ibidem*, s. 229.

¹⁸ *Ibidem*, s. 222.

¹⁹ *Ibidem*, s. 224.

transparentnie tworzonemu prawu, której strażnikiem pozostają niezależne sądy. W prawie krajowym legitymizacja *rule of law* była, obok podziału i równoważenia się władz, ochrony praw podstawowych czy wolnych wyborów, ważnym elementem nowożytnego konstytucjonalizmu. Tymczasem w prawie międzynarodowym problem ten mozolnie torował sobie drogę zarówno w wymiarze dogmatycznym, jak i doktrynalnym. Dopiero stosunkowo niedawno zaczęła go szerzej analizować nauka prawa międzynarodowego. Ta wstrzeźliwość, wręcz dystans, wynikały w dużej mierze z wątpliwości wobec jurydycznej natury prawa międzynarodowego, by wspomnieć choćby o wątpliwościach Herberta Harta z początku lat 60. XX w. dotyczących obecności w prawie międzynarodowym reguł „drugiego rzędu”, zwłaszcza reguły uznania²⁰.

Wątpliwości dotyczące umocowania *rule of law* w międzynarodowym porządku prawnym istnieją nadal i są podobne do tych, jakimi obarczone jest zagadnienie konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Toteż choć ideał *rule of law* na poziomie międzynarodowym nie jest kwestionowany, to jego ugruntowanie napotyka trudności wynikające ze strukturalnej organizacji społeczności międzynarodowej. James Crawford zwraca w związku z tym uwagę na ważne uwarunkowania *rule of law* na poziomie międzynarodowym biorące się zwłaszcza z braku scentralizowanej władzy prawodawczej i związanej z tym brakiem konieczności konsensualnego podejmowania wielu decyzji o ważnych skutkach prawnych²¹. Rodzi to napięcia między legalnością, a właściwie jej brakiem, a efektywnością, czyli rolą faktów dokonanych w stosunkach międzynarodowych i znaczeniem wynikających z nich konsekwencji prawnych²².

Wyrazem dużego prawnego i politycznego znaczenia kwestii *rule of law* w skali globalnej było stanowisko w tym przedmiocie Sekretarza Generalnego ONZ z pierwszej dekady XXI w. Jego raport z 2004 r. został już przywołany. W tym miejscu wskazane jest zwrócenie uwagi na raport z 17 sierpnia 2009 r. o działaniach Narodów Zjednoczonych w tym obszarze²³. Rozdział II tego raportu – *Fostering the rule of law at the international level* – wydaje się szczególnie ważny i interesujący. Znajdujemy tam między innymi podkreślenie, że dla Narodów Zjednoczonych wielostronna współpraca ukierunkowana na *rule of law* opiera się na zawartych w Karcie Narodów Zjednoczonych zasadach od dawna wspieranych przez państwa. Raport upatruje w wypełnianiu przez państwa ich międzynarodowych zobowiązań prawnych bez względu na postanowienia prawa krajowego niezbędnego warunku podległości władzy państwowej prawu oraz podkreśla potrzebę ustanowienia w tym celu

²⁰ Zob. H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford 2012, s. 213-216.

²¹ J. Crawford, *Chance...*, s. 353.

²² Por. np. S. Zappalà, *Can Legality Trump Effectiveness in Today's International Law?*, [w:] A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 125 i n.

²³ *Secretary-General's Annual Report on Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities of 17 August 2009*, UN Doc. A/64/298. Zob. też *Secretary-General's Report on Strengthening and Coordinating United Nations Rule of Law Activities of 10 August 2012*, UN Doc. A/67/290, para. 6-12 oraz *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels of 30 November 2012*, GA Res. 67/1, para. 7-8.

efektywnych mechanizmów krajowych (par. 10). W związku z częstym naruszaniem przez państwa prawa międzynarodowego znajdujemy w raporcie zwrócenie uwagi na kluczowe znaczenia pokojowych środków rozwiązywania sporów dla reagowania na naruszenia prawa międzynarodowego, w tym na szczególną rolę sądów międzynarodowych w tym zakresie na czele z Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości. Jest to, według Sekretarza Generalnego, istotne dla każdej koncepcji *rule of law* na poziomie międzynarodowym (*for any conception of the rule of law at the international level*) (par. 13). W raporcie znajdujemy też zwrócenie uwagi na ważne i wielowymiarowe powiązania *rule of law* na poziomach krajowym i międzynarodowym prowadzące do wzmacniania ich wzajemnej zależności, czego przykładem jest prawo uchodźcze (par. 21). Za ogólny cel działalności ONZ w obszarze *rule of law* Sekretarz Generalny uznał w raporcie wspieranie państw w zapewnianiu zgodności ich działań z zobowiązaniami międzynarodowymi, w tym skuteczną implementację na poziomie krajowym norm i standardów prawa międzynarodowego (par. 22).

Rekapitulacja tej części omawianego raportu pozwala na zwrócenie uwagi na istotne podobieństwo, wręcz źródłową tożsamość, *rule of law* na poziomach krajowym i międzynarodowym. Jest nią po prostu podległość prawu i powinność wykonywania zobowiązań ustanawianych przez prawo. Jest to więc opowiedzenie się za formalną koncepcją *rule of law*. W odniesieniu do członków ONZ, czyli państw, oznacza przestrzeganie międzynarodowych zobowiązań prawnych i zakaz powoływania się na prawo krajowe jako uzasadnienie ich niewykonania. Można więc powiedzieć, że w międzynarodowym porządku prawnym *rule of law* jest tym, co uczestnicy doktrynalnego sporu monizm–dualizm określali czasami jako „suwerenność prawa międzynarodowego”. Do poglądów niektórych z nich, szczególnie Hansa Kelsena, nawiązane zostanie w kolejnych częściach. W tym miejscu natomiast dobrze będzie przypomnieć wyrazistą opinię Geralda Fitzmaurice’a sformułowaną w jego wykładzie haskim o symptomatycznym tytule z punktu widzenia tematyki niniejszego artykułu – *Ogólne zasady prawa międzynarodowego rozważane z punktu widzenia rule of law*²⁴. Fitzmaurice stwierdził, że podległość suwerenności państwowej prawu międzynarodowemu to najważniejsza zasada prawa międzynarodowego, ponieważ bez tej zasady prawo międzynarodowe nie ma racji bytu²⁵. Dodajmy, bez podległości władzy państwowej prawu również prawo krajowe traci sens jako transparentny instrument kształtowania stosunków społecznych. Z tego punktu widzenia odróżnianie krajowej i międzynarodowej *rule of law* nie wydaje się ani potrzebne, ani uzasadnione.

W przywołanym raporcie Sekretarza Generalnego z 2009 r. znalazło się między innymi podkreślenie ważnego związku między przestrzeganiem zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego a ich skuteczną implementacją w krajowych porządkach prawnych. Skłania to do rozważenia kwestii, czy z punktu widzenia *rule*

²⁴ G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, "Recueil des cours" 1957, vol. 92, s. 6.

²⁵ *Ibidem*, s. 6.

of law to, co krajowe, zawsze powinno ustąpić miejsca temu, co międzynarodowe? Problem ten często, nieraz w spektakularny sposób, występuje w praktyce orzeczniczej sądów krajowych. Powinnością niezależnych sądów jest kontrola zgodności działań władzy z prawem. To przede wszystkim wynika z *rule of law*. Powstaje jednak pytanie: z jakim prawem? A uściślając to pytanie w kontekście relacji prawa krajowego i międzynarodowego, trzeba zapytać, jakim prawem winny kierować się sądy krajowe, chcąc sprostać wymogowi *rule of law* przy ocenie implementacji międzynarodowych zobowiązań prawnych swego państwa? Zawsze prawem międzynarodowym, którego powinny przestrzegać, czemu często dają wyraz przepisy konstytucyjne różnych państw, czy może w ostateczności regułami prawa krajowego, z którego wywodzi się ich właściwość? I jeszcze jedno pytanie: czy zgodna z ideałem *rule of law* jest odmowa przez sąd krajowy zapewnienia skuteczności w krajowym porządku prawnym zobowiązaniom międzynarodowym państwa oparta na ich sprzeczności z przepisami konstytucyjnymi? Wbrew pozorom przekonujące odpowiedzi na te pytania nie są ani proste, ani jednoznaczne, ponieważ duże znaczenie ma to, na jakim forum powstały implementowane reguły prawa międzynarodowego oraz czy same instytucje tworzące je podlegają kontroli prawa. James Crawford podaje w wątpliwość legitymację instytucji międzynarodowych niepodlegających wymogom *rule of law* do ustanawiania przez nie takich wiążących wymogów na forum krajowym. Crawford, komentując problemy prawne rozstrzygane przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii w sprawie *Tadić*, wyraził wątpliwość, czy krajowe porządki prawne, w których ugruntowana została *rule of law*, powinny bezwarunkowo akceptować kontrolę sprawowaną przez instytucje międzynarodowe, których działalność nie została oparta na *rule of law*²⁶. Problem ten znalazł spektakularny wyraz, przeradzając się wręcz w swoistą sądową sagę, w sprawie *Kadi* dotyczącej implementacji w porządku prawnym Unii Europejskiej środków przyjętych na mocy decyzji Rady Bezpieczeństwa ONZ, czyli instytucji politycznej pozostającej poza sądową kontrolą²⁷. Skłania to dodatkowo do rozważenia problemu, czy krajowy porządek prawny powinien być z perspektywy *rule of law* bezwarunkowo otwarty na prawo międzynarodowe.

W literaturze przedmiotu spotykamy pogląd głoszący, że „nadrzędność prawa międzynarodowego nie jest tym samym, co *rule of law*”²⁸. Oparty jest on na przekonaniu o formalnym charakterze zasady nadrzędności prawa międzynarodowego, która ze względu na taki jej charakter pozostaje „ślepa” na treść, cele i skutki prawa,

²⁶ J. Crawford, *Chance...*, s. 350-351.

²⁷ *Kadi/Al. Barakaat vs. Rada/Komisja*, sprawy połączone C-402/05 P i C-415/05 P (2008), ECR I-6351, para. 248-376. Trybunał Sprawiedliwości UE podkreślił, że kontrola przepisów prawa wspólnotowego implementujących decyzję Rady Bezpieczeństwa ONZ nie jest równoznaczna z kontrolą tej decyzji. Odmowa jej implementacji została potwierdzona w *Kadi vs. Komisja*, T-85/09 (2010), ECR II-5177, para. 112-121, 126-129. W 2013 r. zostało odrzucone odwołanie w sprawie Komisji, Rady i Wielkiej Brytanii (*Komisja, Rada, Wielka Brytania vs. Kadi*, sprawy połączone C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10).

²⁸ A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 295.

na co *rule of law* nie jest obojętna²⁹. Arthur Watts relację tę ujął następująco: „[Z]e względu na to, że prawo, które ma korzystać z nadrzędności może okazać się opresywne i niesprawiedliwe, jego nadrzędność nie odpowiada wymogom wynikającym z *the rule of law*”³⁰. Zwróćmy uwagę na odejście od formalnej koncepcji *rule of law* w takim ujęciu jej związku z nadrzędnością prawa międzynarodowego, ponieważ kładzie ono nacisk na treść, czyli rzeczową „substancję” prawa. Z tego względu nadrzędność prawa międzynarodowego nie jest w tym ujęciu bezwarunkowa. To podejście nie odpowiada jednak i nie zwalnia z odpowiedzi na pytanie, kto jest legitymizowany do oceny tego, czy konkretne reguły prawa międzynarodowego są „niesprawiedliwe” czy „opresywne”. W szczególności czy taką legitymację posiadają sądy krajowe i gdzie tkwi jej źródło? Sądy krajowe działające na podstawie prawa konkretnego państwa, zwłaszcza przepisów konstytucji, kierować się będą przede wszystkim jego regułami, dokonując przedmiotowej oceny. Nie jest wobec tego trudna do wyobrażenia sytuacja niejednolitej interpretacji w różnych państwach regulacji prawa międzynarodowego i ich stosunku do przepisów konstytucyjnych podczas ich krajowej implementacji. W konsekwencji regulacjom prawnomiędzynarodowym w różnym stopniu bywa w praktyce zapewniana skuteczność w krajowych porządkach prawnych. Wynika to z następującej okoliczności: sądy krajowe, wbrew temu, co twierdził Georges Scelle w ramach koncepcji *dédoublement fonctionnel*, nie są sądami prawa społeczności międzynarodowej, a przynajmniej nie są jej sądami w znaczeniu, w jakim są sądami konkretnego krajowego porządku prawnego³¹.

To właśnie stanowiło jedną z głównych przyczyn, a może przyczynę najważniejszą, nadania wyjątkowego instytucjonalnego kształtu porządkowi prawnemu Wspólnot Europejskich, na czele z objęciem sądową kontrolą integracji europejskiej i przyznaniu Trybunałowi Sprawiedliwości wyłącznej kompetencji do wiążącej interpretacji przepisów prawa wspólnotowego. Zapewniło to jednolitość prawa wspólnotowemu i w rezultacie uczyniło z sądów krajowych państw członkowskich również sądy powszechne prawa wspólnotowego. W międzynarodowym porządku prawnym to jednak wyjątek. Ta wyjątkowa cecha wspólnotowego/unijnego porządku prawnego odcisnęła zauważalny ślad na dyskursie dotyczącym *rule of law*, czego znany wyrazem pozostaje wspomniana sprawa *Kadi*³². Dobrze obrazuje ona wielowymiarowość relacji między „wewnętrzną” a „zewnętrzną” *rule of law*. Sprawa nie toczyła się co prawda przed krajowym forum jurysdykcyjnym, lecz związana była z prawem krajowym, ponieważ dotyczyła chronionych w nim praw podstawowych, które mogła naruszać implementacja decyzji Rady Bezpieczeństwa ONZ. Jeden wymiar relacji, w jakich w sprawie *Kadi* działa *rule of law*, to zapewnienie skuteczności w unijnym

²⁹ *Ibidem*, s. 287.

³⁰ A. Watts, *The International Rule of Law*, „German Yearbook of International Law” 1993, vol. 36, s. 22.

³¹ J. Crawford, *Chance...*, s. 241, kwestionując tę koncepcję Scella, stwierdził, że o ile *primary rules* prawa krajowego i prawa międzynarodowego mogą być podobne, a nawet takie same, o tyle ich *secondary rules* są różne.

³² Zob. przypis 27.

porządku prawnym zobowiązaniom prawnym państw członkowskich UE wynikającym z decyzji Rady Bezpieczeństwa, co w ostateczności, przynajmniej w pełnym zakresie, nie nastąpiło. Doszło natomiast do podwójnego zakwestionowania ich skuteczności – w unijnym i krajowych porządkach prawnych. Taka dwuwymiarowa – międzynarodowa i krajowa – odmowa skuteczności regulacjom wynikającym z powszechnego prawa międzynarodowego nierzadko ma miejsce, zaś sprawa *Kadi* nie jest wyjątkiem. Można to tłumaczyć następująco. Po pierwsze, sądy krajowe bądź inne fora jurysdykcyjne, jak TSUE w sprawie *Kadi*, odmawiają skuteczności zobowiązaniom wynikającym z aktów prawa międzynarodowego, ponieważ uznają je za sprzeczne z zobowiązaniami wynikającymi z prawa, z którego czerpią swą jurysdykcję. Po drugie, sądy krajowe odmawiają, choć jest to rzadsze niż w pierwszej grupie przypadków, skutecznej implementacji aktów prawa międzynarodowego, ponieważ te pozostają w ich ocenie sprzeczne z innymi aktami prawa międzynarodowego.

W sytuacjach odmowy przez sądy krajowe skuteczności regułom prawa międzynarodowego z powodu ich sprzeczności z innymi regułami tego prawa mamy do czynienia z konfliktami normatywnymi, z których można czerpać argumenty zarówno za formalną, jak i za substancjalną koncepcją *rule of law*. Z jednej bowiem strony istnieje tu konieczność przyznania prymatu którejś z konkurujących reguł prawa o określonej treści, lecz z drugiej strony to nie dyspozycja reguł, lecz sposób ich przyjęcia, w szczególności transparentność przyjęcia i podległość prawnej kontroli instytucji przyjmującej konkurujące regulacje, mogą decydować o rozstrzygnięciu konfliktów normatywnych. Właśnie sprawa *Kadi* zwraca uwagę na znaczenie legitymizacji w świetle wymogu kontroli przez prawo instytucji wydających sporne regulacje oraz na legitymizację w świetle *rule of law* samych sądów sprawujących taką kontrolę. Ta druga okoliczność ma szczególną wagę w odniesieniu do sądów krajowych pozbawionych przymiotu niezależności. W sferze faktów takie instytucje są sądami, jednak w świetle przedstawionych w poprzedniej części artykułu konsekwencji-zasad wynikających z ideału *rule of law* sądami nie są. W sytuacjach wątpliwych rozstrzygnięcie dane przez instytucję prawa krajowego w odniesieniu do implementacji regulacji prawa międzynarodowego winno być przede wszystkim podawane w wątpliwość nie ze względu na konkretne rozwiązanie substancjalnego konfliktu normatywnego między prawem krajowym i prawem międzynarodowym czy między regulacjami tego drugiego prawa, lecz ze względu na zakwestionowanie ideału *rule of law* związanego ze statusem orzekającego podmiotu. Znaczenie kluczowe ma więc to, jaka instytucja odmawia na forum krajowym skuteczności regulacjom prawa międzynarodowego, co przemawia za formalną koncepcją *rule of law*.

Wskazane wyżej aspekty działania *rule of law* skłaniają niektórych autorów do poglądu, że odmowa przez sądy krajowe uprawomocnione w świetle *rule of law* pełnej implementacji w krajowym porządku prawnym zobowiązań międzynarodowych państwa nie musi być postrzegana jako „nacionalistyczny refleks”, który godzi w międzynarodową *rule of law*. Jest bowiem, głoszą orędownicy tego twierdzenia, legitymizowaną odpowiedzią na to, jak chronić *rule of law* zarówno na poziomie

krajowym, jak i w wymiarze międzynarodowym³³. W każdym razie sytuacja ta prowadzi do wniosku uznającego za mało przydatne badanie zagadnienia *rule of law* w międzynarodowym porządku prawnym bez krajowego wymiaru działania tego ideału. Tak bowiem jak sądy międzynarodowe mogą wspierać *rule of law* w krajowych porządkach prawnych, tak i sądy krajowe mogą wzmacniać *rule of law* w wymiarze międzynarodowym. Jest jednak i druga strona tego zagadnienia, mianowicie osłabianie *rule of law* poprzez odmowę dostępu do sądu krajowego w celu ochrony praw wynikających z międzynarodowych zobowiązań prawnych państwa. Znalazło to znany i szeroko dyskutowany wyraz w dochodzeniu przed sądami amerykańskimi praw z art. 36 Konwencji wiedeńskiej o stosunkach konsularnych z 1963 r., czego ocenę dał też Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości³⁴.

Obowiązek implementacji przez państwa członkowskie ONZ w krajowych porządkach prawnych decyzji Rady Bezpieczeństwa zwraca uwagę na rzeczywistą normatywną wielowymiarowość problemu *rule of law*, to znaczy na interakcje między prawem krajowym, prawem tworzonym na forum globalnym oraz forach regionalnych. Oprócz wspomnianej sprawy *Kadi* dobrze obrazuje to również orzeczenie ETPC z 2005 r. sprawie *Bosphorus*³⁵. Z punktu widzenia tematyki niniejszego artykułu najważniejsza jest w tej sprawie relacja między prawem krajowym, prawem wspólnotowym i prawem europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) w odniesieniu do standardu ochrony praw podstawowych. Państwo pozwane – Irlandia – powoływało się na obowiązek zgodności jej działań z rozporządzeniem Wspólnoty Europejskiej mającym na celu implementację decyzji Rady Bezpieczeństwa ONZ jako na powód niezapewnienia proceduralnych gwarancji wymaganych przez EKPC. ETPC stwierdził, że, wbrew pozorom, nie doszło do normatywnego konfliktu między prawem EKPC a prawem wspólnotowym, ponieważ obowiązek Irlandii zapewnienia bezpośredniej skuteczności rozporządzeniu wspólnotowemu nie godził w jej obowiązki wynikające z EKPC ze względu na domniemanie zapewniania przez prawo wspólnotowe porównywalnego standardu ochrony praw podstawowych ze standardem wynikającym z EKPC. Z tego względu, zdaniem ETPC, jeśli środki zastosowane przez państwo były zgodne z wymogami prawa wspólnotowego, były one również zgodne ze standardem ochrony wynikającym z EKPC. Liczne komentarze do tego wyroku oferują paletę poglądów na temat ekwiwalentności standardów ochronnych w różnych porządkach prawnych³⁶.

³³ A. Nollkaemper, *National Courts...*, s. 288.

³⁴ Zob. *LaGrand, Germany vs. USA*, International Court of Justice Reports 2001, s. 466, par. 77, s. 494; par. 91, s. 497-498; *Avena and Other Mexican Nationals, Mexico vs. USA*, International Court of Justice Reports 2004, s. 12, para. 138-143, s. 65-66. Odmowa dostępu do sądu cudzoziemcom może nosić znamię arbitralnych działań państwa, które z tego względu nie znajdują uzasadnienia w świetle *rule of law*. Por. J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 197-199, 252-256.

³⁵ *Bosphorus Hava Yollari vs. Ireland*, skarga nr 45036/98.

³⁶ Zob. np. P. De Sena, M.C. Vitucci, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values*, "European Journal of International Law" 2009, vol. 20, s. 193 i n. oraz wskazaną tam literaturę przedmiotu.

W świetle problematyki *rule of law* szczególnie istotna w sprawie *Bosphorus* wydaje się dyskrecjonalność władzy sądowniczej danej jurysdykcji do ustalania standardu ochronnego zgodnego z prawem w obrębie tej jurysdykcji i oceny, czy standardy prawne pochodzące z innych jurysdykcji odpowiadają tym wymogom. Ten problem ekwiwalentności standardu ochronnego można traktować jako wyraźny refleks znanego stanowiska zajętego przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 1974 r. w sprawie znanej jako *Solange I*.

4. Spory między Polską a sądami europejskimi – TSUE i ETPC – związane z przeprowadzanymi od 2015 r. zmianami w polskim wymiarze sprawiedliwości obrazują jeszcze inny problem dotyczący *rule of law*. Dotyczy on odmowy wykonywania orzeczeń sądów międzynarodowych przez krajowe sądy konstytucyjne, których umocowanie budzi wątpliwości z punktu widzenia ich niezależności od władzy wykonawczej państwa.

TSUE w wyroku z 15 lipca 2021 r. orzekł naruszenie przez Polskę zobowiązań wynikających z art. 19 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej („Państwa członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”), między innymi ze względu na brak rękojmi niezależności i bezstronności nowej Izby Dyscyplinarnej SN. Polska, zdaniem TSUE, nie zagwarantowała, aby sprawy dyscyplinarne sędziów sądów powszechnych były rozpatrywane w rozsądnym terminie, i nie zapewniła poszanowania prawa do obrony sędziów w postępowaniu dyscyplinarnym, naruszając w ten sposób ich niezawisłość³⁷. Dzień wcześniej – 14 lipca – TSUE wydał w innej sprawie postanowienie, na mocy którego nałożył na Polskę środki tymczasowe zobowiązujące do bezzwłocznego zawieszenia przepisów krajowych, w tym przepisów dotyczących uprawnień Izby Dyscyplinarnej SN³⁸. 6 października 2021 r. TSUE oddalił wniosek Polski o uchylenie postanowienia z 14 lipca motywowany przez Polskę „zmianą okoliczności”, która miałyby wynikać z faktu wydania przez polski Trybunał Konstytucyjny (TK) wyroku w dniu 14 lipca 2021 r., w którym TK uznał postanowienie TSUE z tego samego dnia za sprzeczne z polskim porządkiem konstytucyjnym³⁹. W rezultacie,

³⁷ *Komisja vs. Polska*, C-791/19 R, par. 134-157. 8 kwietnia 2020 r. TSUE wydał postanowienie w tej sprawie o środkach tymczasowych, z którym wiązało się pytanie prawne Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego w sprawie P 7/20, o czym niżej.

³⁸ *Komisja vs. Polska*, C-204/21 R, par. 1.

³⁹ *Polska vs. Komisja*, C-204/21 R-RAP. 6 października 2021 r. Wielka Izba TSUE wydała również wyrok w trybie prejudycjalnym (sprawa C-487/19; ECLI:EU:C:2021:798) na wniosek złożony przez Izbę Cywilną SN w postępowaniu wszczętym przez sędziego W.Ż. Trybunał orzekł, co następuje: „Artykuł 19 ust. 1 akapit drugi TUE oraz zasadę pierwszeństwa prawa Unii należy interpretować w ten sposób, że sąd krajowy rozpoznający wniosek o wyłączenie sędziego zgłoszony w związku z odwołaniem, w którym sędzia sądu umocowanego do dokonywania wykładni i stosowania prawa Unii kwestionuje decyzję o przeniesieniu go bez jego zgody, powinien – gdy taka konsekwencja jest z punktu widzenia danej sytuacji procesowej nieodzowna dla zagwarantowania pierwszeństwa prawa Unii – uznać za niebyłe postanowienie, na mocy którego organ orzekający w ostatniej instancji i w składzie jednego sędziego odrzucił to odwołanie, jeżeli z całokształtu warunków i okoliczności, w jakich został

w związku z niezastosowaniem się Polski do zarządzonych 14 lipca środków tymczasowych, czyli brakiem zawieszenia stosowania przepisów odnoszących się w szczególności do uprawnień Izby Dyscyplinarnej SN, 27 października 2021 r. TSUE zobowiązał Polskę do zapłaty na rzecz Komisji okresowej kary pieniężnej w wysokości 1 000 000 euro dziennie⁴⁰.

Odpowiedź polskiego TK wobec stanowiska TSUE przybrała postać kilku orzeczeń: postanowienia w sprawie P 7/20 z 15 czerwca 2021 r., wspomnianego wyżej wyroku z 14 lipca 2021 r. w tej sprawie związanej z pytaniem prawnym SN dotyczącym obowiązku państwa członkowskiego UE polegającego na wykonywaniu środków tymczasowych odnoszących się do kształtu ustroju i funkcjonowania organów władzy sądowniczej tego państwa (sprawa P 7/20) oraz wyroku z 7 października 2021 r. w związku z wnioskiem Prezesa Rady Ministrów RP z 29 marca 2021 r. do TK o zbadanie zgodności kilku przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją RP (sprawa K 3/21).

W postanowieniu z 15 czerwca wydanym na skutek wniosku Rzecznika Praw Obywatelskich o wyłączenie jednego z sędziów od udziału w rozpoznaniu sprawy P 7/20 związanej z pytaniem prawnym Sądu Najwyższego do TK⁴¹, TK stwierdził między innymi:

W ocenie Trybunału Konstytucyjnego, wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 7 maja 2021 r. w zakresie, w jakim odnosi się do Trybunału Konstytucyjnego, oparty jest na tezach świadczących o nieznanomości polskiego porządku prawnego, w tym fundamentalnych założeń ustrojowych, określających pozycję, ustrój i rolę polskiego sądu konstytucyjnego. W tym zakresie został wydany bez podstawy prawnej, z przekroczeniem przez Europejski Trybunał Praw Człowieka powierzonych mu kompetencji, i stanowi bezprawną ingerencję w krajowy porządek prawny, w szczególności w kwestie, które pozostają poza właściwością Europejskiego Trybunału Praw Człowieka; z tych powodów musi być uznany za wyrok nieistniejący (*sententia non existens*)⁴².

przeprowadzony proces powołania tego sędziego orzekającego jednoosobowo, wynika, że owo powołanie nastąpiło z rażącym naruszeniem podstawowych norm stanowiących integralną część ustroju i funkcjonowania rozpatrywanego systemu sądownictwa oraz że zagrożona jest prawidłowość skutku, do którego doprowadził wspomniany proces, przez co w przekonaniu jednostek mogły powstać uzasadnione wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności sędziego, o którym tu mowa, wobec czego owego postanowienia nie można uznać za wydane przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony uprzednio na mocy ustawy w rozumieniu przywołanego powyżej art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE". Przypomnijmy, że interpretacja przepisów prawa UE dokonana przez TSUE jest wiążąca dla sądów krajowych na czele z sądem składającym wniosek o wydanie orzeczenia, w tym przypadku polskim Sądem Najwyższym. To jednak zostało podane w wątpliwość przez polski TK w wyroku z 7 października 2021 r. w sprawie K 3/21, o czym niżej.

⁴⁰ Postanowienie wiceprezesa TSUE w sprawie C-204/21 R (*Komisja vs. Polska*).

⁴¹ RPO złożył wniosek w tej sprawie w związku z wydaniem przez ETPC w dniu 7 maja 2021 r. wyroku w sprawie *Xero Flor vs. Poland* (skarga nr 4907/18), w którym ETPC uznał, że wadliwe obsadzenie w składzie TK jednego z sędziów narusza prawo obywateli do sądu.

⁴² OTK ZU A/2021, P 7/20, poz. 30, par. 2.2.

14 lipca 2021 r., czyli w dniu wydania przez TSUE postanowienia, na mocy którego nałożył na Polskę wspomniane środki tymczasowe zobowiązujące do bezwzględnego zawieszenia kilku przepisów krajowych, w tym przepisów dotyczących uprawnień Izby Dyscyplinarnej SN, TK w wyroku w sprawie P 7/20 orzekł:

Art. 4 ust. 3 zdanie drugie Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/30, ze zm.) w związku z art. 279 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/2, ze zm.) w zakresie, w jakim Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nakłada *ultra vires* zobowiązania na Rzeczpospolitą Polską jako państwo członkowskie Unii Europejskiej, wydając środki tymczasowe odnoszące się do ustroju i właściwości polskich sądów oraz trybu postępowania przed polskimi sądami, jest niezgodny z art. 2, art. 7, art. 8 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i w tym zakresie nie jest objęty zasadami pierwszeństwa oraz bezpośredniego stosowania określonymi w art. 91 ust. 1-3 Konstytucji⁴³.

Prymat Konstytucji RP nad pierwotnym prawem UE został przez TK jeszcze mocniej podkreślony w wyroku z 7 października 2021 r. w sprawie K 3/21. Uzasadnienie wyroku nie zostało ogłoszone w czasie oddania artykułu do druku, wobec czego trzeba ograniczyć się do jego sentencji. TK podzielił w wyroku stanowisko Prezesa Rady Ministrów i orzekł o niezgodności z Konstytucją RP przepisów Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) zawartych w art. 1 akapit pierwszy i drugi w związku z art. 4 (3), art. 2 i art. 19 (1) akapit drugi⁴⁴. W sentencji tego wyroku zwraca uwagę zarazem kategoryczna i warunkowa wykładnia, z jednej strony, przepisów TUE, które zostały uznane za niezgodne z Konstytucją RP, a z drugiej strony przepisów samej konstytucji. TK uznał bowiem przedmiotowe przepisy TUE za niezgodne z polską konstytucją pod warunkiem ich rozumienia w ramach dyskusyjnej wykładni danej w sentencji wyroku. Bez odniesienia się do uzasadnienia wyroku nie sposób jednak podać tej wykładni gruntownej analizie.

Przywołanym orzeczeniom TK można zarzucić nieścisłości i błędy dotyczące interpretacji konkretnych przepisów Konstytucji RP i prawa pierwotnego Unii Europejskiej oraz wzajemnych relacji między nimi. TK, dokonując kategorycznej interpretacji prawa pierwotnego UE, wkroczył w obszar autonomii interpretacyjnej prawa UE należący do TSUE. Kategoryczność tej interpretacji wynika w dużej mierze ze zignorowania dyrektywy interpretacyjnej obecnej we wcześniejszym orzecznictwie TK i znanej jako „przyjazna prawu europejskiemu wykładnia prawa krajowego”. Orzeczenia te budzą również wątpliwości z punktu widzenia ideału, jaki ucieleśnia *rule of law*⁴⁵. Zasadnicza wątpliwość dotyczy legitymizacji do orzekania o zgodności

⁴³ OTK ZU A/2021, P 7/20, poz. 49; Dz. U. z 2021 r. poz. 1309.

⁴⁴ Dz. U. z 2021 r. poz. 1852.

⁴⁵ Już kilka lat temu podkreślali to zagraniczni komentatorzy działań władz polskich i węgierskich w tamtym czasie. Zob. np. D. Kochenov, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked About “Dead” Provision*, “Polish Yearbook of International Law” 2018, vol. 38, s. 165 i n. oraz przywołane tam piśmiennictwo.

z Konstytucją RP przepisów prawa traktatowego i orzeczeń sądów międzynarodowych przez instytucję, której ukształtowanie składu osobowego budzi poważne wątpliwości z punktu widzenia legalności, co podniósł ETPC w sprawie *Xero Flor*, oraz niezależności od władzy wykonawczej i ustawodawczej. W rezultacie taka instytucja orzekająca o niezależności sądów i niezawisłości sędziów okazuje się „sędzią we własnej sprawie”. Druga wątpliwość dotyczy zapoznania przez TK tego, że w krajowej przestrzeni prawnej państw członkowskich UE i stron europejskiej Konwencji praw człowieka obowiązują reguły prawa pochodzące z formalnie różnych, ale rzeczowo blisko związanych, choć nierzadko konkurencyjnych wobec siebie, centrów prawodawczych. Innymi słowy polski TK ignoruje fakty i ich normatywne konsekwencje tworzące zjawisko określane jako „multicentryczność współczesnego systemu prawa”⁴⁶. I po trzecie, zaprezentowane stanowisko TK kwestionuje okoliczność, że sądy powszechne państw członkowskich UE nie są dla porządku prawnego UE sądami obcymi, lecz sądami „pierwszego kontaktu” z prawem UE. To dlatego, choć organizacja wymiarów sprawiedliwości w państwach członkowskich UE należy do ich kompetencji, TSUE jest uprawniony do oceny, czy w sprawach objętych prawem UE zapewniana jest przez państwa członkowskie skuteczna ochrona sądowa, to znaczy ochrona sprawowana przez niezależne sądy i niezawisłych sędziów. To właśnie wynika z art. 19 ust. 1 TUE, na mocy którego państwa członkowskie zobowiązały się do ustanowienia środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem UE. Toteż środki tymczasowe zarządzone przez TSUE nie są aktami wydanymi bez podstawy prawnej (*ultra vires*), zaś interpretacja prawa UE dana przez TSUE w orzeczeniu prejudycjalnym wiąże sądy krajowe na mocy konkretnych przepisów prawa traktatowego UE (art. 267 TFUE). W konsekwencji nie jest uzasadnione traktowanie środków tymczasowych zarządzanych przez TSUE jako aktów *ultra vires* godzących w *rule of law*, ponieważ wynikają one z jego właściwości określonej prawem pierwotnym UE, w szczególności z art. 279 TFUE.

5. Wspomniany wniosek Prezesa Rady Ministrów RP z 29 marca 2021 r. do TK o zbadanie zgodności kilku przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją RP (sprawa K 3/21) i wyrok TK w tej sprawie z 7 października 2021 r. skłaniają do rozważenia zagadnienia *rule of law* w świetle stosunku wzajemnego prawa krajowego i prawa międzynarodowego, co w badaniach doktrynalnych znane jest jako monizm–dualizm. W tej perspektywie uwagę szczególną budzą dwie kwestie. Po pierwsze, na ile poznawczo przydatnym podejściem do relacji prawo krajowe – prawo międzynarodowe jest ujmowanie jej w pryzmacie prymatu między nimi. Po drugie, czy można mówić o znaczeniowej jedności *rule of law* w globalnej przestrzeni prawnej, czy też raczej o jej atomizacji na krajowe i międzynarodową(e) *rule of*

⁴⁶ Zob. E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 3 i n.; eadem, *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1, s. 3 i n.

law? A to dodatkowo skłania do rozważenia tego problemu w perspektywie kontrowersji monizm–dualizm.

Z tą mocno utrwaloną w nauce prawa XX w. kontrowersją związanych jest, zwłaszcza w podręcznikach prawa międzynarodowego, wiele niedopowiedzeń i uproszczeń. Jednym z nich jest częste sprowadzanie tego doktrynalnego problemu do przekonania o przychylności monizmu dla prawa międzynarodowego, zaś dualizmu jako opcji faworyzującej krajowy porządek prawny. Inne uproszczenie często obecne w doktrynalnym dyskursie to redukcjonowanie relacji prawa międzynarodowego i krajowego do kwestii prymatu między nimi. Ze względu na te i inne uproszczenia niektórzy przedstawiciele nauki prawa międzynarodowego odrzucają obie doktryny. Przykładem niech będą poglądy dwóch uznanych i powoływanych już w artykule prawników – Geralda Fitzmaurice’a i Jamesa Crawforda – przedstawione na przestrzeni półwiecza w ich haskich wykładach prawa międzynarodowego. Fitzmaurice w swym wykładzie z 1957 r. odrzucał przyjmowanie perspektywy monizmu lub dualizmu dla wyjaśniania relacji wzajemnych prawa międzynarodowego i krajowych porządków prawnych, ponieważ nie ma, jego zdaniem, między nimi „wspólnego pola” (*common field*) operacyjnego. Dlatego każdy z tych porządków korzysta z nadrzędności w swoim obszarze działania. W konsekwencji, twierdził Fitzmaurice, kontrowersja monizm–dualizm jest sztuczna⁴⁷. James Crawford z kolei terminy „monizm” i „dualizm” uznaje za mylące (*misleading*), a obie teorie nimi oznaczane za niewyjaśniające w stopniu wystarczającym praktyki sądowego stosowania prawa na forum krajowym i międzynarodowym⁴⁸. Tym niemniej, twierdzi Crawford, z praktyki sądowego stosowania prawa więcej argumentów przemawia za dualizmem niż monizmem. Ten drugi ignoruje bowiem fakt ustanawiania przez prawo krajowe warunków skuteczności w nim regulacji prawnomiędzynarodowych. Przeciwno monizmowi przemawia również zdaniem Crawforda to, że sądy krajowe nie są sądami wspólnoty międzynarodowej⁴⁹.

Poglądy te wymagają komentarza. Wydaje się, że odrzucenie koncepcji monizmu i dualizmu na podstawie tezy o braku wspólnego pola działania prawa międzynarodowego i krajowych porządków prawnych nie jest przekonujące, ponieważ opowiada się w gruncie rzeczy za dualizmem. Jest wręcz mutacją znanego obrazowego określenia fundatora dualizmu, Heinricha Triepela: „[S]ą one (prawo krajowe i prawo międzynarodowe) jak dwa koła, które się co najwyżej zaledwie dotykają, lecz nigdy nie przecinają”⁵⁰. Triepel podkreślał więc, na tym właśnie fundując dualizm,

⁴⁷ Zob. G. Fitzmaurice, *The General Principles...*, s. 71, 79, 85.

⁴⁸ J. Crawford, *Chance...*, s. 218-19. Zob. też J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford University Press, Oxford 2019, s. 47.

⁴⁹ *Idem*, *Chance...*, s. 221-22. Crawford dostrzega jeden wyjątek w odniesieniu do roli sądów krajowych jako sądów wspólnoty międzynarodowej. Jest nim pozycja sądów krajowych w porządku prawnym UE. Zob. *ibidem*, s. 224-25, 241. Crawford jest też orędownikiem pluralizmu, nie dualizmu, ponieważ przeciwstawia się twierdzeniu o posiadaniu przez wszystkie krajowe porządki prawne tych samych cech. Zob. *idem*, *Brownlie’s...*, s. 47.

⁵⁰ H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Verlag von C.L. Hirschfeld, Leipzig 1899, s. 111; *idem*, *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, “Recueil des cours” 1923, vol. 1, s. 83.

brak wspólnego pola działania prawa międzynarodowego i krajowego. Wyklucza to, jego zdaniem, konflikt między nimi, wobec czego kwestia prymatu jednego porządku prawnego nad drugim staje się bezprzedmiotowa⁵¹. Praktyka stosowania prawa kwestionowała jednak, a obecnie kwestionuje jeszcze bardziej, brak konfliktów między regułami prawa krajowego i prawa międzynarodowego. Sądy międzynarodowe często oceniają zgodność reguł prawa krajowego z zobowiązaniami międzynarodowymi państw. Takich ocen *nolens volens* dokonują również sądy krajowe, ponieważ ich jurysdykcji podlegają osoby i podmioty będące adresatami reguł prawa międzynarodowego, z których wynikają zobowiązania prawne państw. Przemawia to przeciwko dualizmowi w wersji Triepla. W tej perspektywie dostrzec jednak można również argumenty wspierające dualizm. Jeden został już wspomniany: sądy krajowe nie są sądami wspólnoty międzynarodowej, co kwestionuje koncepcję *dédoublement fonctionnel* Scell'a. Dwa inne argumenty przedstawiają się następująco. I prawo krajowe, i prawo międzynarodowe mają własne, autonomiczne reguły walidacyjne, czyli własne reguły „drugiego rzędu”. Dlatego sądy międzynarodowe nie posiadają kompetencji do rozstrzygania o nieważności przepisów prawa krajowego, zaś sądy krajowe nie mogą zwalniać organów państwa z obowiązku przestrzegania prawa międzynarodowego. Sądy międzynarodowe są władne jedynie orzec o potrzebie zmiany przepisów prawa krajowego niezgodnych z wiążącym państwo prawem międzynarodowym, co leży również w gestii sądów krajowych, zwłaszcza sądów konstytucyjnych. I kolejny argument: to w prawie krajowym tkwią reguły zapewniające skuteczną implementację w stosunkach wewnątrzpaństwowych zobowiązań prawnomiędzynarodowych państwa. Prawo międzynarodowe, z którego wynika jedynie ogólny obowiązek przestrzegania jego wiążących regulacji, nie zawiera takich reguł z wyjątkiem konkretnych przepisów zawartych w konkretnych traktatach bądź uchwałach organizacji międzynarodowych dotyczących sposobów ich implementacji w porządkach prawnych stron/adresatów.

Mimo przedstawionych argumentów przemawiających za dualizmem analiza problemu *rule of law* pozwala na wysunięcie mocnych argumentów na rzecz monizmu. Przytoczone wyżej stanowisko polskiego sądu konstytucyjnego wobec orzeczeń ETPC i TSUE, zwłaszcza wyroki w sprawach P 7/20 i K 3/21, czy przyzwolecie Sądu Najwyższego USA na działania władz państwowych wbrew środkom tymczasowym zarządzonym przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości⁵², niech będą przyczynkiem do rozważenia kwestii, czy *rule of law* wymiarze krajowym jest czymś innym niż *rule of law* w wymiarze międzynarodowym. W szczególności czy państwo odmawiające wykonania orzeczeń sądów międzynarodowych, których jurysdykcję uznało w traktatach, i kwestionujące podstawę prawną tych orzeczeń działa zgodnie z *rule of law*? Idąc dalej, czy konflikt między krajową i międzynarodową *rule of law* to rzeczywisty konflikt normatywny, czy tylko konflikt pozorny? W moim przekonaniu jest to konflikt pozorny, ponieważ *rule of law* jest znaczeniowo jednorodna

⁵¹ *Idem*, *Les rapports...*, s. 103-105.

⁵² Zob. przypis 34.

niezależnie od sfery/obszaru działania prawa. Pogląd o nadrzędności krajowej *rule of law* nad międzynarodową *rule of law* jest w praktyce często koniunkturalnie przyjmowany w celu werbalnej legitymizacji określonych działań – stoi za nim ideologia, a nie dobre prawnicze rzemiosło. Takie poglądy bazują *implicite* na założeniu o odmienności znaczeniowej prawa w stosunkach krajowych i międzynarodowych oraz kwestionują nieraz podstawową ogólną zasadę prawa – *bona fides*. Takie praktyki prowadzą w rezultacie do nihilizmu prawnego.

Właśnie ideał *rule of law* pozwala na ujęcie relacji prawa międzynarodowego i prawa krajowego w sposób umożliwiający uniknięcie związanych z nią uproszczeń. *Rule of law* w pierwotnym, literalnym znaczeniu, przypomnijmy, to „rządy prawa”; ideał będący wyrazem podległości podmiotów prawa, w tym przede wszystkim władz publicznych, transparentnie ustanowionym regułom prawa i kontroli ich działań przez niezależne sądy. Czy zawsze urzeczywistnienie tego ideału skuteczniej zapewnia nadrzędność prawa międzynarodowego nad prawem krajowym? Odpowiedź zależy od stopnia ochrony prawnej i statusu instytucji sprawujących kontrolę działań podmiotów w oparciu o prawo. Kwestia prymatu nie jest więc w kontekście *rule of law* ani najlepszym, ani najważniejszym czynnikiem rozstrzygającym o „jedności”, „dualizmie” czy „pluralizmie” obrazu prawnego świata. Zarówno zasada nadrzędności prawa międzynarodowego, jak i zasada nadrzędności prawa krajowego są bowiem „ślepe” na to, co wyraża ideał *rule of law*, w szczególności na sposoby i formy tworzenia reguł prawnych i sądowej kontroli działań zgodnie z nimi⁵³. Źródłowy sens tego ideału nie jest więc ani krajowy, ani międzynarodowy. Jego urzeczywistnienie w różnym jednak stopniu może być realizowane na forach krajowych i międzynarodowych. Czasami ten standard jest wyższy w krajowych porządkach prawnych, a czasami w obrębie jurysdykcji międzynarodowych. Liczba mnoga jest tu w dwójnasób uzasadniona, ponieważ jak w różnych krajowych porządkach prawnych sądy kontrolujące zgodność działań z prawem w różnym stopniu mogą realizować ideał *rule of law*, tak i na forach międzynarodowych nie jest on urzeczywistniany jednolicie. *Rule of law* sprzyja natomiast, bo wzmacnia ten ideał w praktyce, działalność tworzonych przez konkretne traktaty sądów międzynarodowych uprawnionych do oceny zgodności z konkretnymi zobowiązaniami międzynarodowymi działań państw na forum wewnętrznym i międzynarodowym. Buduje to w wymiarze materialnym, proceduralnym i instytucjonalnym wspólną przestrzeń prawną między stronami takich traktatów. Takie wspólne przestrzenie to jednak wciąż wyjątki w międzynarodowym porządku prawnym opartym między innymi na fakultatywności sądownictwa międzynarodowego. Bez woli i zgody państw nie ulegnie to zmianie.

6. Wyrażone uwagi prowadzą do konkluzji, których tłem będzie jeden z aspektów myśli Hansa Kelsena, klasyka doktryny monistycznej. Kelsen ujmował relację prawo krajowe – prawo międzynarodowe w perspektywie suwerenności, w tym

⁵³ Por. A. Nollkaemper, *National Courts...*, s. 287-288.

suwerenności państwowej. Należy przy tym mieć na uwadze, że państwo było dlań tożsame z porządkiem prawnym; stanowiło wręcz w jego myśli personifikację porządku prawnego⁵⁴. Toteż według Kelsena monizm z prymatem prawa krajowego to nadrzędność państwa nad prawem międzynarodowym, a monizm z prymatem prawa międzynarodowego to podległość państw suwerenności prawa międzynarodowego. Wspominam o tym, ponieważ to, co bywa określane jako „suwerenność prawa”, pozostaje blisko związane z ideałem *rule of law*. Ten bliski związek wyraża się w podporządkowaniu działań podmiotów prawa, w tym władz publicznych, prawu i w kontroli tego podporządkowania przez niezależne sądy, co jest sednem ideału *rule of law*. Bez urzeczywistnienia tego formalnego aspektu *rule of law* nie jest możliwe urzeczywistnienie substancjalnej strony tego ideału, to znaczy ochrony pewnych fundamentalnych wartości w życiu społecznym. W tym znaczeniu oba aspekty *rule of law* są współzależne, a ściślej aspekt substancjalny jest warunkowany przez aspekt formalny. Pokazuje to, że przestrzeganie prawa to z jednej strony tylko środek, lecz z drugiej strony środek konieczny do realizacji tego, co określa się jako ład społeczny.

Bez kontroli władz publicznych przez niezależne sądy trudno mówić o znaczącej roli *rule of law* w porządku prawnym. Zobowiązania prawnomiędzynarodowe państw nie są w tym zakresie konieczne, ponieważ krajowe rozwiązania materialnoprawne, proceduralne i instytucjonalne mogą ustanawiać wyższe standardy ochronne niż te, które wynikają z prawa międzynarodowego, co obrazuje choćby sprawa *Solange*. Międzynarodowe zobowiązania prawne państw mogą jednak wzmacniać *rule of law* w wymiarze krajowym poprzez wzmacnianie roli sądów krajowych w niezależnej ocenie i kontroli legalności działań podmiotów prawa, w tym władz publicznych. Legitymizacja takich międzynarodowych zobowiązań prawnych tkwi w zgodzie przyjmujących je państw. Są to przypadki reżimów prawnych europejskiej Konwencji praw człowieka i Unii Europejskiej, w obrębie których sądy krajowe mogą być traktowane jako sądy społeczności międzynarodowej. Przykłady te są jednak wyjątkami w skali globalnej⁵⁵. Pokazują one jednocześnie, jak dalece sfragmentaryzowany pozostaje międzynarodowy porządek prawny. Pomimo normatywnej jedności jego podstaw nie tworzy on jednolitej przestrzeni prawnej. Brak zaś takiej jednolitej przestrzeni z powodu braku w nim jednolitych ram instytucjonalnych i proceduralnych oraz z powodu obowiązywania w skali powszechnej różnych standardów oceny zgodności działań władz państwa z prawem. Te różne standardy wynikają z autonomii jurysdykcyjnej nie tylko sądów krajowych, ale i międzynarodowych forów rozstrzygania sporów prawnych. W ogólnym prawie międzynarodowym, którego najważniejszymi źródłami formalnymi pozostają zwyczaje i ogólne zasady prawa potwierdzone przez prawo traktatowe, nie znajdziemy na przykład

⁵⁴ W *Czystej teorii prawa* Kelsen twierdzi: „Jako organizacja polityczna państwo jest porządkiem prawnym. Ale nie każdy porządek prawny jest państwem. Ani przedpaństwowy porządek prawny społeczeństwa pierwotnego, ani ponadpaństwowy czy międzypaństwowy porządek prawa międzynarodowego nie przedstawiają państwa”. H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 412.

⁵⁵ Por. uwagi Jamesa Crawforda, przypis 49.

zobowiązań państw do zapewniania demokratycznych form sprawowania władzy, trójpodziału władz czy wreszcie do kontroli działań władz przez niezależne sądy. Ogólne prawo międzynarodowe chroni pluralizm ustrojowy państw i tym samym akceptuje różne stopnie urzeczywistniania *rule of law* na forach krajowych.

Jaki więc minimalny standard *rule of law* wynika z ogólnego prawa międzynarodowego? Jest nim bez wątpienia ogólny nakaz przestrzegania międzynarodowych zobowiązań prawnych i zakaz ich derogacji przez prawo krajowe. W zakresie realizacji *rule of law* na forum krajowym, na czele z niezależną kontrolą sądową działań podmiotów prawa, takie zobowiązanie w ogólnym prawie międzynarodowym jednak nie istnieje. Występuje ono jak dotąd jedynie w wymiarze partykularnym i regionalnym, co obrazują dwa europejskie przykłady. I właśnie działalność sądów międzynarodowych w tych dwóch obszarach wskazuje nie tylko na normatywne konflikty między regulacjami pochodzącymi z różnych źródeł – krajowych i międzynarodowych – ale i na ekwiwalentność sądowych standardów ocennych w zakresie zgodności działań podmiotów prawa z obowiązkami przyjętymi w aktach prawa międzynarodowego. Te sytuacje prowadzą do wniosku, że kwestią kluczową w świetle *rule of law* jest nie tyle prymat konkretnej jurysdykcji i obowiązującego w jej obrębie prawa, ile standard skutecznej sądowej kontroli legalności oraz ochrony uprawnień podmiotów prawa.

Otwieranie się krajowych regulacji prawnych na międzynarodowe reżimy prawne ustanawiające określone standardy kontroli legalności oraz wzajemne otwieranie się tych drugich wobec siebie pozwalają mówić o tworzeniu wspólnych przestrzeni prawnych. Tylko w obrębie tych wspólnych obszarów można mówić o „jedności obrazu prawnego świata”. Nie jest wobec tego przekonujące dualistyczne tłumaczenie działania prawa w tych wspólnych obszarach, gdzie suwerenem jest nie państwo, lecz prawo. Toteż do stanowiska dualistycznego odnieść tu można krytykę Hansa Kelsena: „[D]ualistyczna konstrukcja [...] jest nie do utrzymania z powodów czysto logicznych, jeżeli zarówno normy prawa międzynarodowego, jak również porządki prawne poszczególnych państw mają być postrzegane jako jednocześnie obowiązujące normy, i to w jednakowy sposób jako normy prawne”⁵⁶.

W świetle powyższego główna konkluzja artykułu brzmi następująco: rzeczywistość prawna współczesnego świata jest monistyczno-dualistyczna. Tam, gdzie ideał *rule of law* znalazł urzeczywistnienie w relacjach między forum krajowym i międzynarodowym, czego wyrazem jest ekwiwalentność i wzajemna uznawalność standardu legalności, monizm wydaje się lepszą perspektywą poznawczą. Dualistycznemu, względnie pluralistycznemu wyjaśnieniu podlegają natomiast relacje między krajowymi porządkami prawnymi i prawem międzynarodowym, które cechują różne standardy w tym zakresie.

⁵⁶ H. Kelsen, *Czysta...*, s. 459.

Refleksje na temat zwyczaju międzynarodowego

1. Wprowadzenie

Rozpoczynając wykłady z przedmiotu „Prawo międzynarodowe publiczne” dla studentów studiów stacjonarnych i niestacjonarnych, należałoby na wstępie objaśnić podstawowe pojęcia, istotne dla zrozumienia prawa międzynarodowego, takie jak: „prawo międzynarodowe”, „naród”, „państwo”, podmiotowość prawnomiędzynarodowa, „suwerenność” czy „źródła prawa międzynarodowego”. W odniesieniu do tego ostatniego wyrażenia powinno się wyjaśnić, kto jest twórcą źródeł prawa międzynarodowego, a zarazem podkreślić, że występują one w znaczeniu materialnym, poznawczym i prawniczym.

W pierwszym znaczeniu, czyli materialnym, jak podkreśla Lech Antonowicz, mamy do czynienia z czynnikami wpływającymi na treść norm prawnomiędzynarodowych, a które określić można mianem współdziałania, także rywalizacji państw w ich wzajemnych stosunkach. Z kolei w drugim znaczeniu – poznawczym – chodzi o dokumenty z zakresu międzynarodowej praktyki; wreszcie w znaczeniu prawniczym są to formy, w których tworzone są normy prawnomiędzynarodowe¹.

Z problematyką źródeł prawa międzynarodowego wiąże się również artykuł 38 statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (MTS), określający podstawy wyrokowania Trybunału, a jedną z nich jest „zwyczaj międzynarodowy, jako dowód ogólnej praktyki przyjętej za prawo”².

* Prof. dr hab. Piotr Łaski, Uniwersytet Szczeciński, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-5470-3508](https://orcid.org/0000-0002-5470-3508).

¹ Tak ujmują to np. L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 30; zob. też R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2005, s. 75.

² Artykuł 38 statutu MTS brzmi następująco:

„1. Trybunał, którego zadaniem jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach, które będą mu przekazane, będzie stosował:

a) konwencje międzynarodowe bądź ogólne, bądź specjalne, ustalające reguły, wyraźnie uznane przez państwa spór wiodące; b) zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki, przyjętej jako prawo; c) zasady ogólne prawa, uznane przez narody cywilizowane; d) z zastrzeżeniem postanowień **art. 59** *związanie wyrokiem*, wyroki sądowe tudzież zdania najznakomitszych znawców prawa publicznego różnych narodów, jako środek pomocniczy do stwierdzania przepisów prawnych. 2. Postanowienie niniejsze nie stanowi przeszkody, aby Trybunał mógł orzekać *ex aequo et bono*, o ile strony na to zgadzają się” – Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90 (załącznik); zob. też R. Szafarz, *Obowiązkowa jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991, *passim*; J. Nowakowska-Małusecka, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, R. Podgórzńska, D. Wacinkiewicz (red.), *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych*, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 288-289.

Retrospektywne spojrzenie na zwyczaj skłania do konstatacji, że do połowy drugiego dziesięciolecia XIX w. był on dominującym elementem w sferze prawnomiędzynarodowej praktyki, oznaczając ustalony w zbiorowości sposób zachowania się, będący w skali kolektywnej odpowiednikiem indywidualnego nawyku.

Pochodzeniem swym, co rozumiałe, zwyczaj jest wcześniejszym od umowy międzynarodowej, a jego początków szukać należałoby w czasach starożytnych, kiedy ówczesni panujący zaczęli przestrzegać pewnych niepisanych wówczas reguł, m.in. w odniesieniu do wysyłania swoich przedstawicieli do obcych i przyjmowania u siebie tych ostatnich czy prowadzenia walki zbrojnej, co było o tyle istotne, jako że ówczesne stosunki były w przeważającej mierze stosunkami walki. Z kolei w epoce feudalnej zwyczajów przestrzegano w żegludze morskiej, a ich w pewnym stopniu usystematyzowanym zbiorem był pochodzący z XII w. Zbiór Wyroków Oleronskich (Rolles ou Jugements d'Oleron), uważany za zbiór przepisów o żegludze na wodach Oceanu Atlantyckiego, będący następnie w XIV w. Wzorem dla Praw miasta Visby (Leges Visbueuses), położonego na Gotlandii, regulujący zasady żeglarskie po Morzu Bałtyckim³.

Ten stan, w którym zwyczaj był dominującym elementem praktyki międzynarodowej, trwał do Kongresu Wiedeńskiego (1814-1815), kiedy to rozpoczęło się stopniowe nadawanie poszczególnym normom zwyczajowym postaci umownej, powodując, że w miarę upływu czasu zacznie kruszyć się sfera regulowania zwyczajem.

Przechodząc zaś do czasów współczesnych, sprecyzować należałoby wzajemną relację między praktyką i zwyczajem, a zarazem odróżnić od tego ostatniego grzeczność międzynarodową, zwaną inaczej kurtuazją międzynarodową (*comitas gentium*), następnie odpowiedzieć, czy ujęte w art. 38 Statutu MTS źródła wyrokowania są równorzędne czy też zhierarchizowane, a także scharakteryzować zakresy: podmiotowy, przedmiotowy, przestrzenny i temporalny zwyczaju międzynarodowego.

Analizując sformułowanie ujęte w ust. 1 lit. b art. 38 Statutu MTS, stwierdzić trzeba, że relacja między zwyczajem i praktyką została ujęta odwrotnie, niż nakazywałaby to logika, ponieważ to nie zwyczaj jest dowodem istnienia praktyki, lecz ta ostatnia jest dowodem istnienia zwyczaju. Jednocześnie zwyczaj odróżnić trzeba od grzeczności międzynarodowej, nie tworzącej co do zasady prawa, a której to przestrzeganie oparte jest na zasadzie wzajemności, bowiem w odpowiedzi na postępowanie

³ Zbiór Wyroków Oleronskich swoją nazwę wywodzi od wyspy Île d'Oleron, położonej w zachodniej Francji w Zatoce Biskajskiej, wchodzącej w skład regionu Poitou-Charentes. Natomiast Visby, powstałe w połowie XI w., będące członkiem Hanzy (związku kupców lub poszczególnych miast w średniowiecznej Europie) niemieckiej, przewodziło w następnych wiekach w działaniach prowadzących do opanowania rynku wschodnioeuropejskiego i żeglugi po Morzu Bałtyckim. Podupadło w XIV w., a w 1675 r. wraz z całą wyspą włączone zostało do Szwecji. Innym zbiorem praw żeglugi morskiej był Kataloński Consolat de Mar, powstały w połowie XIII w., w XV w. nazwany Konsulatem Morskim lub Księgą Konsulatu Morskiego, stosowany w rejonie Morza Śródziemnego, ułatwił utrwalenie podstawowych zasad żeglugi morskiej w kolejnych wiekach na tym akwenie morskim. Por. C. Berzowski, *Prawo międzynarodowe publiczne*, t. II, Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 133; zob. też *Wielka Encyklopedia PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, t. 19, hasło: *Oleron*, s. 441; *Wielka Encyklopedia PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2005, t. 28, hasło: *Visby*, s. 468-469; *Wielka Encyklopedia PWN*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, t. 18, hasło: *Morski Konsulat*, s. 109.

sprzeczne z grzecznością można odpowiedzieć analogicznym zachowaniem. Dotyczy zaś ona najczęściej stosunków dyplomatycznych, także konsularnych, urzędowej korespondencji czy ceremoniału morskiego. Niemniej grzeczność międzynarodowa może przekształcić się w zwyczaj, gdy powtarzające się postępowanie staje się wyrazem *opinio iuris*, czyli przekonaniem, że stosowany przez państwa zwyczaj staje się prawem niezależnie od woli jednostki i odwrotnie.

W odniesieniu zaś do hierarchii poszczególnych składników art. 38 Statutu MTS wypadnie zauważyć, że porządek ujęcia podstaw orzekania odpowiada potrzebom praktyki międzynarodowej. Dociekając bowiem istnienia prawnomiędzynarodowej normy w określonej sferze, należy w pierwszej kolejności sprawdzić istnienie normy umownej jako mogącej stanowić bezpośredni dowód woli państw, w przypadku zaś jej braku – opierając się na praktyce – szukać zwyczaju, a w razie jego braku starać się wyprowadzić ją z ogólnych zasad prawa międzynarodowego, tworzących rodzaj bezpieczeństwa prawnego, mającego eliminować niemożność rozstrzygnięcia z powodu braku podstawy prawnej, co określa się mianem *non liquet*. Uwzględniając zaś to, że w sferze prawa międzynarodowego jest w zasadzie zgoda co do tej samej mocy prawnej zwyczaju i umowy międzynarodowej, podnieść trzeba, że jedynie orzeczenia sądowe i doktryna są wyraźnie traktowane jako elementy pomocnicze przy ustalaniu norm prawnych.

Dlatego też porządek podstaw orzekania, ujęty w artykule 38 statutu MTS, wynikający ze stopnia ich określoności, uznać należy za odpowiadający potrzebom praktyki międzynarodowej⁴.

2. Zakres podmiotowy zwyczaju międzynarodowego

Charakteryzując zakres podmiotowy zwyczaju międzynarodowego, rozważyć wypada, czyja to praktyka decyduje o powstaniu zwyczaju, albo inaczej ujmując – kto wpływa na kształtowanie się zwyczaju?

Odpowiadając, stwierdzić należałoby, że na kształtowanie się zwyczaju międzynarodowego największy wpływ mają te organy państwa, których zadaniem jest uczestnictwo w stosunkach międzynarodowych, a są nimi przede wszystkim minister spraw zagranicznych, szefowie państw (prezydenci, monarchowie) i rządów (premierzy,

⁴ Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 19; K. Kocot, *Nowe tendencje w dziedzinie źródeł prawa narodów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego” 1961, t. 8, s. 8 i n.; S.E. Nahlik, *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1967, s. 166; *idem*, *Źródła prawa międzynarodowego*, [w:] A. Klafkowski (kom. red.), *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1976, s. 472; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, przeł. J.J. Gojło (*et al.*), Książka i Wiedza, Warszawa 2011, s. 79; B. Sidi Diallo, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. System regulowania sporów międzynarodowych*, Forum Naukowe, Poznań 2005, s. 47 i n.; A. Stępień-Trela, *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] J. Symonides (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa...*, t. IV. *Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja Ubi Societas, Ibi Ius, Warszawa 2014, s. 256.

kanclerze), nierzadko czynnie uczestniczący w życiu międzynarodowym przedstawiciele krajowych parlamentów, przedstawicielstwa dyplomatyczne i konsularne czy delegacje na konferencje międzynarodowe lub sesje organizacji międzynarodowych⁵. Toteż ich postępowanie może być miarodajną praktyką prowadzącą do utrwalenia się określonych zwyczajów.

W odniesieniu zaś do organizacji międzynarodowych, będących w istocie czymś więcej niż forum spotkań przedstawicieli państw doń należących, podkreśla się, że są one obszarem permanentnego działania różnego rodzaju przedstawicieli, działania będącego praktyką kształtującą zwyczaj międzynarodowy. Innymi słowy – splot dwu- i wielostronnych powiązań międzypaństwowych na forum organizacji, połączony z działaniami zarówno uczestniczących w pracach organizacji delegacji państw, jak i funkcjonariuszy organizacji, uznać można za działania prowadzące do ukształtowania się zwyczaju międzynarodowego⁶.

3. Zakres przedmiotowy zwyczaju międzynarodowego

Zastanawiając się nad tym, co ma być przedmiotem zakresu przedmiotowego zwyczaju międzynarodowego, skonstatować należy, że w praktyce chodzi o postępowanie organu przejawiające się w formach specyficznych dla potrzeb i zakresu jego działania. I tak organ instytucji międzynarodowej, np. Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych, działać może poprzez uchwały. Z kolei trybunały międzynarodowe i sądy arbitrażowe działają poprzez orzeczenia, organy państwa, przykładowo parlamenty, za pośrednictwem uchwał lub różnego rodzaju aktów prawnych, państwowe organy administracyjne za pośrednictwem instrukcji, not dyplomatycznych, opinii, komunikatów, oświadczeń, a nawet wypowiedzi słownych ich przedstawicieli w toku rozmowy⁷.

Kolejną kwestią jest problem umów międzynarodowych dwu- i wielostronnych, które poprzez powtarzanie w nich podobnych rozwiązań mogą być uważane za przejaw określonego zwyczaju. Ponadto uwzględnić wypada i to, że praktyką jest

⁵ Por. I.C. MacGibbon, *Customary International Law and Acquiescence*, "British Yearbook of International Law" 1957, vol. 33, s. 115 i n.; S.E. Nahlik, *Wstęp do nauki...*, s. 353-354; T. Orłowski, *Protokół dyplomatyczny. Ceremoniał & etykieta*, Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2006, s. 10 i n.

⁶ S.E. Nahlik, *Wstęp do nauki...*, s. 353; K. Wolfke, *Practice of International Organizations and Customary Law*, "Polish Yearbook of International Law" 1966/1967, vol. 1, s. 87 i n.

⁷ Wymienione w tekście formy działania organów międzynarodowych czy państw wraz z rezultatami ich działań znajdują swoje odzwierciedlenie w różnych publikacjach. I tak np. wymienić można m.in. wydawnictwa ONZ w postaci raportów poszczególnych organów NZ na doroczne sesje Zgromadzenia Ogólnego NZ, protokoły publikowane w Official Records, suplementy obejmujące komplet rezolucji przyjętych w trakcie sesji Z.O. NZ, m.in. „Yearbook of the United Nations” daje przegląd działalności wszystkich organów ONZ. Z kolei przegląd orzecznictwa MTS to „Cour Internationale de Justice – Recueil des Cours de l'Academie de Droit International”. Natomiast poszczególne krajowe rządy wydają zbiory dokumentów za pewien okres czasu, określane jako księgi: „biała”, „błękitna” itp.

nie tylko działanie, lecz również tolerowanie cudzego zachowania się – w formie milczącej (*tacitus consensus*), co określa się mianem przyzwolenia⁸.

W powyższym kontekście wyłania się więc sprawa – otóż o ile łatwiej jest stwierdzić istnienie zachowania polegającego na działaniu, o tyle nasuwa się pytanie, czy może ono polegać także na zaniechaniu? W świetle praktyki, orzecznictwa międzynarodowego i stanowiska doktryny kwestia ta jest przesądzona na rzecz dopuszczalności zaniechania działania, jako że i ono składa się na obraz zachowania się organu państwowego czy międzynarodowego, w efekcie którego rodzi się określony zwyczaj międzynarodowy⁹.

4. Zakres przestrzenny zwyczaju międzynarodowego

Zakres przestrzenny zwyczaju międzynarodowego wiąże się z pytaniami: gdzie miałyby zaistnieć praktyka, którą można uznać za zwyczaj, a zarazem ile państw musiałoby postępować w taki sposób, by utrwalił się tym samym określony zwyczaj będący również obowiązującym dla innych państw?

W odpowiedzi stwierdzić trzeba, że w tej materii istotną rolę odgrywa praktyka państw, która, zgodnie z międzynarodowym orzecznictwem, powinna być jednolita i powtarzająca się¹⁰. Niemniej warto zauważyć, że niektóre normy prawa zwyczajowego powstały nie tyle w rezultacie współpracy, co rywalizacji państw, nie zawsze przebiegając pokojowo, a przykładem są zasady wolności morza pełnego (otwartego), morza przeznaczonego do użytku publicznego (*res usum publicum*)¹¹. Dlatego też nie zawsze musi to być praktyka możliwie dużej liczby państw biorących udział w danej sferze obrotu międzynarodowego, bowiem dla powstania norm zwyczajowych prawa morza nie była konieczna praktyka państw bez dostępu do mórz i oceanów. Przyjmuje się, że wpływ na ukształtowanie się zwyczaju międzynarodowego może mieć i nierzadko ma postępowanie stosunkowo nielicznej grupy państw, o ile jest ono milcząco akceptowane przez pozostałe państwa. Poza tym nie wszystkie normy prawa zwyczajowego muszą mieć uniwersalny zasięg. Mogą bowiem istnieć i istnieją regionalne zwyczaje ukształtowane dla określonej strefy geograficznej czy kontynentu, czego przykładem jest Ameryka Łacińska z instytucją regionalnego prawa latynoamerykańskiego, częściowo oparta na umowie między

⁸ Por. I.C. MacGibbon, *Some Observations on the Part of Protest in International Law*, "British Yearbook of International Law" 1950, vol. 30, s. 293; *idem*, *Customary International Law...*, s. 115; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe...*, s. 83.

⁹ Por. L. Buza, *The Trend of Development of International Law. Questions of International Law*, Budapest 1964, s. 3 i n.; I.C. MacGibbon, *Customary...*, s. 115 i n.; G. Sperduti, *Prescrizione consuetudine e acquisizione in diritto internazionale*, "Rivista di diritto internazionale" 1961, vol. 42, s. 3 i n.; K. Wolfke, *Custom in Present International Law*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1964, s. 36 i 64 oraz 119.

¹⁰ W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe...*, s. 80-81; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe...*, s. 106-107.

¹¹ Por. A. Wiśniewski, *Źródła prawa międzynarodowego*, [w:] J. Symonides (red.), *Wielka encyklopedia prawa...*, t. IV, s. 611.

państwami tego regionu, a częściowo na prawie zwyczajowym, zwana azyłem dyplomatycznym. Polega ona na udzieleniu schronienia, jakiego misja dyplomatyczna (ambasada, poselstwo) udziela obywatelowi państwa siedziby placówki, a także obywatelom innych państw, w pomieszczeniach placówki. Schronienia udzielić można również na pokładach okrętów, samolotów wojskowych oraz na terenie baz wojskowych należących do państwa udzielającego schronienia, a udzielenie go traktowane jest jako prawo uznaniowe państwa, do którego zwrócono się z prośbą o przyznanie ochrony, a czego skutkiem jest wyjęcie osoby korzystającej z tej formy azylu spod jurysdykcji państwa pobytu.

Co do zasady schronienia udziela się osobom zasadnie obawiającym się represji karnych czy politycznych za artykułowane przekonania polityczne. Pośrednio takiemu postępowaniu między państwami latynoamerykańskimi starał się dać wyraz MTS w sporze, jaki zaistniał między Kolumbią a Peru, co do prawidłowości azylu, jaki otrzymał w ambasadzie kolumbijskiej w Limie (stolicy Peru) w 1950 r. obywatel peruwiański, polityk oraz ideolog ruchu studenckiego, Víctor R. Haya de la Torre. Podniesiono wówczas w orzeczeniu, że „[...] Rząd Kolumbii powinien dowieść, że norma, na którą powołuje się, odpowiada stałemu i jednolitemu postępowaniu, praktykowanemu przez odnośne państwa i że postępowanie takie jest przejawem prawa należącego do państwa udzielającego azylu oraz obowiązku obciążającego miejscowe państwo”¹². Innymi słowy wcytując się w cytowany fragment wyroku, zauważyć trzeba, że jakkolwiek MTS dopuścił w tym przypadku interpretację praktyki, obejmującą także jej wymiar regionalny, „to strona powołująca się na regionalny zwyczaj musi wykazać, że utrwał się on w taki sposób, iż stał się obowiązujący dla drugiej strony, i że norma, na której opiera się on jest stałą praktyką oraz, że jest tym samym wyrazem prawa należącego do jednego z tych państw, zarazem obowiązku ciążącego na drugim z nich”¹³.

Także w orzeczeniu z 1960 r. odnoszącym się do sporu portugalsko-indyjskiego, dotyczącego tranzytu przez terytorium indyjskie do ówczesnej kolonii portugalskiej Goa, usytuowanej w zachodniej części Indii nad Morzem Arabskim, MTS orzekł, że „nie widzi racji, dla której od dawna stosowana między państwami praktyka, przyjęta przez nie jako regulująca ich stosunki, nie miałaby stanowić podstawy wzajemnych praw i obowiązków między tymi państwami”¹⁴. Odrzucił zatem stanowisko Indii, że zwyczaj nie może powstać tylko między dwoma państwami.

¹² Por. Cour Internationale de Justice. Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances demande d'interprétation de l'arrêt du 20 novembre 1950 en l'affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou), arrêt du 27 novembre 1950, s. 276-277; M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe...*, s. 75; T. Srogosz, J. Barcik, *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 131; M.A. Vieira, *Derecho de asilo diplomatico*, Universidad de la República, Montevideo 1961, s. 6 i n. Podkreślić należy, że co do zasady azyl dyplomatyczny godzi w istotę zwierzchnictwa terytorialnego państwa, bowiem umożliwia jego obywatelowi schronienie się na jego własnym terytorium w misji dyplomatycznej innego państwa.

¹³ Por. Cour Internationale de Justice, Recueil..., 1950, s. 276-277; L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 23-24.

¹⁴ Por. "International Court of Justice Reports" 1960, s. 6 i n., M.N. Shaw, *Prawo międzynarodowe...*, s. 86; T. Srogosz, J. Barcik, *Prawo międzynarodowe...*, s. 131; L. Antonowicz, *Podręcznik...*, s. 33.

Z części dwóch przytoczonych orzeczeń wynika, że może istnieć zwyczaj o partykularnym charakterze, ograniczony do określonej części ziemskiego globu i że może on rozrosnąć się, doprowadzając z czasem do stania się normą zwyczajową o powszechnym zasięgu.

5. Zakres temporalny zwyczaju międzynarodowego

Przedmiotowa kwestia skłania do pytań: jak długo i w ilu przypadkach powinien być stosowany określony sposób postępowania, by można mówić o powstaniu zwyczaju? Czy wystarczy stwierdzenie o „odmiennej praktyce” sięgającej czasów starożytnej Grecji czy imperium rzymskiego, tym bardziej, że w odniesieniu do praktyki stawia się wymóg odpowiedniego czasu jej trwania, który współcześnie nabrał charakteru względnego.

Odpowiadając, podkreślić wypada, że z uwagi na nader szybki rytm życia międzynarodowego praktyka nie wymaga dla powstania zwyczaju międzynarodowego ani specjalnie długiego czasu, ani określonej liczby przypadków; wymaga jedynie „pewnego czasu”, takiego, by można było ją uważać za długotrwałą, tym samym za utrwaloną¹⁵. Jest to istotne, jako że w niektórych działach prawa międzynarodowego – m.in. w sferze prawa kosmicznego – normy zwyczajowe wyłoniły się stosunkowo szybko, w ciągu kilku godzin, czego *exemplum* była sytuacja, gdy państwa nie protestowały przeciwko przelotowi sputnika nad ich terytoriami powietrznymi, czy dzisiaj, nie protestując przeciwko przelotom nad ich terytoriami obiektów kosmicznych załogowych i bezzałogowych.

Spowodowało to powstanie opinii o możliwości wyłonienia się zwyczaju międzynarodowego w drodze jednorazowej praktyki określanej mianem *instant customary law*. Tym niemniej nie został określony jednoznacznie czas wymagany do ukształtowania się normy zwyczajowej, albo inaczej ujmując, chodzi o to, by dane postępowanie było na tyle charakterystyczne, aby tym samym zyskało taką akceptację, że można je uważać za tak precedensowe, iż inni będą się nań powoływać.

Jednakże przy tej konstatacji zaaprobować trzeba również i to, że żaden zwyczaj nie ma „wiecznego” charakteru. Może być bowiem uchylony bądź to nowym zwyczajem, bądź w drodze umowy, aczkolwiek ta może niekiedy normować jedyne pewne elementy zwyczaju, pozwalając domniemywać utrzymanie mocy obowiązującej zwyczaju w pozostałym zakresie.

Toteż praktyce powinno towarzyszyć przekonanie o wiążącej mocy danego postępowania, przeświadczenie, że ma ono obligatoryjny charakter (*opinio iuris sive necessitatis*). Zatem konsekwentny sprzeciw chociażby jednego państwa w czasie powstawania zwyczaju wyklucza wyłonienie się nowej normy zwyczajowej, powodując, że

¹⁵ Por. W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe...*, s. 80-81; L. Ehrlich, *Prawo międzynarodowe...*, s. 23-24; S.E. Nahlik, *Zwyczaj międzynarodowy*, [w:] A. Klafkowski (kom. red.), *Encyklopedia prawa...*, s. 470; A. Wiśniewski, *Źródła prawa...*, s. 611; zob. też: "International Law Commission Yearbook" 1950, vol. I, s. 24 i n.

sprzeciwiające się państwo może nie być związane nią, co definiuje się mianem „trwałego oponenta”¹⁶.

Z drugiej jednak strony, państwo stosujące określoną praktykę w swoich wewnętrznych stosunkach musi mieć przeświadczenie, że takiego, a nie innego zachowania wymaga prawo. Bez tego bowiem praktyka nie prowadziłaby do powstania zwyczaju. Ta istotna kwestia wynika również z klasyfikacji źródeł prawa międzynarodowego ujętych w przytaczanym art. 38 Statutu MTS, traktującym również o zwyczaju, wymagając, by opierał się na praktyce przyjętej za prawo.

6. Podsumowanie

Istotą zwyczaju międzynarodowego jest to, że opiera się on na dwóch elementach: obiektywnym i subiektywnym. W pierwszym przypadku chodzi zarówno o praktykę państw, jak i organizacji międzynarodowych rządowych, w drugim – o przekonanie, że jest ona uznawana w sferze międzynarodowej za prawo, co wyraża się w powtarzającym się postępowaniu, przy czym powinno temu towarzyszyć przeświadczenie o prawnej mocy danego postępowania. Konieczne jest dlatego przekonanie, że ma ono obligatoryjny charakter pozwalający odróżnić je od obyczaju czy kurtuazji międzynarodowej. Dalej, o ile w odniesieniu do zwyczaju uniwersalnego możliwe jest przyjęcie domniemania zgody państw nań, o tyle w przypadku regionalnego czy bilateralnego zwyczaju zgoda państw nań powinna być jednoznaczna.

Precyzując więc zwyczaj międzynarodowy, stwierdzić należałoby, że jest to wspólne postępowanie państw tworzące prawo, które prowadząc do jego powstania, powinno być zarówno długie, jak i stale powtarzające się w tych samych, względnie podobnych okolicznościach. Tendencja do powtarzania się, czyli powszechności, jaką posiada prawo poprzez zwyczaje międzynarodowe, nie wyklucza istnienia partykularnego, a nawet bilateralnego prawa zwyczajowego. Zarazem zauważyć wypadnie, że postępowanie tworzące zwyczaj polegać może nie tylko na działaniu, lecz również na zaniechaniu. W takim zaś przypadku może być ono uważane za tworzące zwyczaj, jeżeli wynika to z powinności zaniechania¹⁷.

Czyniąc dalej refleksje, skonstatować należy, że zwyczaj międzynarodowy nie traci na znaczeniu, szczególnie w sytuacjach, gdy dana dziedzina prawnomiędzynarodowa regulowana jest umową. Wówczas zwyczaj nadal ma znaczenie w stosunku do państw nią nie związanych. Jeśli więc umowa nie może być stosowana, można odwołać się do zwyczaju. Powoduje to, że między umową a zwyczajem, a dokładniej między umową a prawem zwyczajowym powstałym ze zwyczajów międzynarodowych zachodzą relacje tego typu, że na bazie zwyczaju powstać może umowa międzynarodowa, ta z kolei może przyczynić się do sprecyzowania jeszcze w pełni

¹⁶ A. Wiśniewski, *Źródła prawa...*, s. 611.

¹⁷ Tak orzekł w swoim orzeczeniu w 1927 r. Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *statku „Lotus”*. Por. “Publications de la Cour permanente de Justice Internationale” 1927, Serie A, nr 10, s. 28; zob. też R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe...*, s. 106-107.

niewykształconej normy zwyczajowej, wreszcie – umowa może tworzyć nowe normy, które potwierdzone praktyką stają się nowym prawem zwyczajowym¹⁸.

W odniesieniu do innych kwestii wynikających z rozważań podnieść należałoby, co następuje: o ile normy zwyczajowe, poza regionalnymi i bilateralnymi, mają charakter powszechny, o tyle w stosunku do państw będących sygnatariuszem danej umowy są one *lex generalis*, zaś umowa *lex specialis* w związku z tym jest stosowana w tzw. pierwszej kolejności. Niemniej częstokroć stwierdza się w umowach, że w zakresie przez nie nieregulowanym zachowują moc dotychczasowe normy zwyczajowe. Można zatem przyjąć, że zwyczaje międzynarodowe i umowy międzynarodowe mają jednakową moc, są więc równorzędnymi źródłami w sferze prawa międzynarodowego.

¹⁸ A. Wiśniewski, *Źródła prawa...*, s. 612.

Czy leci z nami pilot? – czyli o polskich wersjach językowych bilateralnych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w obiegu prawnym w Polsce

Wstęp

Przedmiotem analizy prawniczej jest praktyka stanowienia i stosowania prawa, pochodna posługiwania się językiem polskim jako językiem urzędowym w stosunkach traktatowych Polski w związku z inkorporowaniem umów międzynarodowych do prawa polskiego, czyli praktyka tłumaczenia umów na język polski¹. Ograniczyłem się do wycinka problemu, jakim są błędy w promulgowanych tekstach w języku polskim bilateralnych umów międzynarodowych o unikaniu podwójnego opodatkowania², których stroną jest Polska. Błędy takie mają miejsce zarówno wtedy, kiedy język polski jest językiem autentycznym umowy, jak też wtedy, kiedy tekst umowy ogłoszony w języku polskim jest wyłącznie tekstem „informacyjnym”, gdyż zgodnie z umową nie została ona sporządzona w języku polskim. Analiza umów została przeprowadzona w ramach prawnych wyznaczonych uniwersalnym prawem traktatów (tzn. Konwencją wiedeńską o prawie traktatów – dalej: KPT)³ oraz normami prawa zwyczajowego i praktyki międzynarodowej), prawem europejskim (w szczególności *acquis*) i prawem polskim (w szczególności Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁴ i ustawą z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych⁵).

O wyborze materii zdecydowała jego waga praktyczna, negatywne skutki błędów dla podmiotów, które zaufały państwu, arogancja państwa po stwierdzeniu błędu i powtarzalność złej praktyki, a więc wszystko, co pozwala uznać praktykę za systemową. Podstawą uznania – a w konsekwencji wyboru analizowanych

* Prof. dr hab. Jerzy Menkes, Szkoła Główna Handlowa w Warszawie, Kolegium Gospodarki Światowej, ORCID: [0000-0002-7744-8167](https://orcid.org/0000-0002-7744-8167).

¹ Tłumaczeniu, gdyż umowy międzynarodowe nie są ani negocjowane, ani sporządzane w języku polskim.

² Nazwy umów różnią się, jednak ich istota jest wspólna, przedmiotem regulacji jest unikanie podwójnego opodatkowania i unikania opodatkowania.

³ W stosunku do Polski weszła ona w życie 1 sierpnia 1990 r., Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

⁴ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁵ Dz. U. z 2000 r. Nr 39, poz. 443, t.j. ustawy obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 13 grudnia 2019 r., Dz. U. z 2020 r. poz. 127.

przypadków – jest oficjalna-urzędowa decyzja merytoryczna, prawne stwierdzenie, że wersja umowy w autentycznym języku polskim albo ogłoszone tłumaczenie są błędne – zostały przetłumaczone nieprawidłowo. Na fakt, że błędne było tłumaczenie, wskazuje organ dokonujący sprostowania błędów – to ten organ oświadcza również pośrednio, że faktycznym językiem, w którym zawierana była umowa i w którym procedowano zgodę na związanie Polski umową, był język inny niż język urzędowy w Polsce, tzn. język polski. Dowodzi tego fakt, że sprostowywana jest wersja umowy w języku polskim, a wzorcem jest wersja/są wersje w języku obcym/w językach obcych. To ograniczenie wynika z samoasekuracji (ograniczenie się do błędów oficjalnie stwierdzonych); nie jestem zainteresowany sporem, czy „rzeczywiście” w tłumaczeniu popełniono błąd i prowadzeniem pseudolingwistycznego sporu. To, że błąd popełniono, jest faktem prawnym – refleksem urzędowego stwierdzenia błędu. Ta samoasekuracja może ułatwić pracę rządu nad tym, co zrobić, żeby unikać błędów (w przyszłości) i wyeliminować ich negatywne skutki dla (jakiegokolwiek) jednostki.

1. Jakość tłumaczeń a jakość państwa

Jakość tłumaczeń umów międzynarodowych, zgodność wersji językowych umów jest funkcją (jakości) pracy administracji. Jakość tę tworzą – przede wszystkim – organy centralne administracji rządowej z przewagą (wynikającą z funkcji i kompetencji) Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Jednak obciążanie wyłącznie tego resortu winą za błędy byłoby przyznaniem nienależnej nagrody – w postaci zwolnienia od odpowiedzialności zarówno innych, współdziałających centralnych organów administracji rządowej, organów naczelnych administracji rządowej (będących organami zwierzchnimi)⁶, Ministra Spraw Zagranicznych jako kierującego działem administracji rządowej – sprawy zagraniczne (i innych ministrów), jak i Prezesa Rady Ministrów (prawem powołanego do publikowania w Dzienniku Ustaw umów międzynarodowych) oraz Rządowego Centrum Legislacji (zobowiązanego do pomocy premierowi)⁷.

Jakość tłumaczeń jest trudno ilościowo mierzalnym elementem współtworzącym obraz-ocenę państwa wewnątrz i na zewnątrz. Błędy w tym zakresie wpływają na zaufanie do państwa ze strony każdego i wszystkich interesariuszy państwa (zarówno krajowych, jak i zagranicznych), współkształtują wizerunek państwa – są to efekty istotne. Relatywnie łatwiej wymiernym, a przede wszystkim wymiernym ilościowo efektem błędów są negatywne konsekwencje dla osób fizycznych i prawnych prawa krajowego oraz innych osób uczestniczących w krajowym obrocie prawnym. Takie negatywne konsekwencje są skutkiem zróżnicowania statusu podmiotów obrotu prawnego w Polsce i państwie-stronie umowy, niepewności prawa oraz zmianom prawa (jako efektowi „sprostowania” umów).

⁶ W tym m.in. Kancelarię Prezesa Rady Ministrów.

⁷ Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, Dz. U. z 2019 r. poz. 1461.

Błędy w tłumaczeniach umów i wynikający z tego brak bezpieczeństwa prawnego – niestabilność prawa – przekładać się może m.in. na wielkość i charakter inwestycji zagranicznych. Jednym z czynników przyciągających inwestorów zagranicznych jest bezpieczeństwo prawne w państwie goszczącym, takiego bezpieczeństwa pozbawia potencjalnego inwestora praktyka sprostowywania umów i *modus operandi* stanowienia i stosowania prawa w tym zakresie. Praktyka w polskiej przestrzeni prawnej w odniesieniu do umów o unikaniu podwójnego opodatkowania w ogłoszonej polskiej wersji językowej łamie zasadę *in dubio pro tributare*; zgodnie z nią podatnika nie można obciążać negatywnymi skutkami złego prawa⁸.

Dobre praktyki państwa są nie tylko w interesie ich bezpośrednich „odbiorców”, są w interesie „całego” państwa jako beneficjenta napływu inwestycji zagranicznych. W praktyce nie jest możliwe uniknięcie błędów w tłumaczeniach, można jednak – a nawet państwo powinno – ograniczyć ich skalę i częstotliwość (szczególnie błędów powtarzalnych). Oznacza to obowiązek działania, niepopelniania błędów w tłumaczeniach. Znacznie łatwiejszym w realizacji obowiązkiem państwa (od niepopelniania błędów) jest powstrzymanie się od arogancji państwa w reagowaniu na stwierdzone błędy. Skutki błędu/błędów, złego wyniku/złych wyników pracy nie mogą być przenoszone na uczestników obrotu prawnego, w tym gospodarczego.

2. Język/języki w obrocie międzynarodowym

Państwo jako podmiot prawa międzynarodowego posiada wyłączne i nieograniczone prawo do wskazywania języka, którym posługuje się w międzynarodowym obrocie prawnym w zakresie zawierania traktatów. Ograniczenie w wykonywaniu tego prawa może nastąpić wyłącznie w formule samoograniczenia i nie może być domniemane⁹. Prawo państwa do posługiwania się własnym językiem w stosunkach traktatowych jest jego prawem *sui generis* przyrodzonym potwierdzonym prawem zwyczajowym.

W przestrzeni cywilizacji europejskiej język jest nierozzerwalnie związany z narodem i państwem. Kształtowanie języka było wynikiem procesów narodotwórczych i ich katalizatorem. Język wyrażał i wzmacniał niezależność państwa.

⁸ Zob. A. Mariański, *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011; B. Brzeziński, *O wątpliwościach wokół zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika*, „Przegląd Podatkowy” 2015, nr 4.

⁹ Domniemanie wyłączono wyraźnie w uchwałach kongresów: akwizgrańskiego (Traité d'Aix-la-Chapelle 1748 r. <https://documentsdroitinternational.fr/ressources/TdP/1748-10-18-TraitedAix-la-Chapelle.pdf>, dostęp 25.06.2022) i wiedeńskiego (art. 120: „La langue française ayant été exclusivement employée dans toutes les copies du présent Traité, il est reconnu par les Puissances qui ont concouru à cet acte, que l'emploi de cette langue ne tirera point à conséquence pour l'avenir; de sorte que chaque Puissance se réserve d'adopter, dans les négociations et conventions futures, la langue dont elle s'est servie jusqu'ici dans ses relations diplomatiques, sans que le Traité actuel puisse être cité comme exemple contraire aux usages établis”), Aktu końcowego, 1815, Acte final du Congrès de Vienne, <https://mjp.univ-perp.fr/traites/1815vienne.html> [dostęp 25.06.2022].

W przestrzeni pozaeuropejskiej rola i ranga języka była inna. W państwach kontynentu amerykańskiego oraz Australii i Nowej Zelandii językami narodowymi są języki kolonizatorów, które okazały się instrumentem narodotwórczym narodów państwowych (tworząc wspólną językową), język był katalizatorem w *melting pot*. W przypadku niektórych państw Afryki i Azji język, któremu nadaje się status języka narodowego, urzędowego demonstrował wolę dekolonizacji i stanowił spoiwo tworzonych narodów państwowych¹⁰. W przypadku cywilizacji chińskiej i indyjskiej rola języka była różna od wskazanych, gdyż w przestrzeniach tych cywilizacji nie powstawały państwa narodowe w europejskim rozumieniu¹¹, w ich przypadku język nie spełniał funkcji spoiwa, czyli funkcji społecznej¹². Cechą wspólną tych przypadków jest wewnątrzspołeczna i wewnątrzpaństwowa funkcja języka, jednak państwa wykonują tę funkcję również instrumentalnie, posługując się stosunkami międzynarodowymi.

Prawo państwa do posługiwania się własnym językiem w obrocie międzynarodowym – równy status każdego języka narodowego jest sprzężony zwrotnie z równością państw; jest konsekwencją równości i tę równość wyraża i wzmacnia. Oparta na tym prawie praktyka międzynarodowa jest relatywnie nowa¹³. Powstała w wyniku zmiany/odrzućenia wcześniejszej praktyki; przez wieki pisanym i mówionym *lingua franca* w kontaktach pomiędzy władcami-państwami cywilizacji europejskiej była łacina, jej miejsce zajął język francuski, następnie ten monopol przełamały Wielka Brytania i USA, doprowadzając (począwszy od XIX w.) do duopolu, równoważności języków francuskiego i angielskiego¹⁴.

Te języki były określane kolokwialnie językami dyplomatycznymi. Karta Narodów Zjednoczonych została sporządzona w językach: angielskim, chińskim, francuskim, hiszpańskim i rosyjskim. 1 lutego 1946 r. ZO rezolucją 2(I) określiło te języki „językami oficjalnymi-urzędowymi”¹⁵, a status „języków roboczych” przypisało

¹⁰ Ze zbliżonym zjawiskiem mamy do czynienia również na kontynencie europejskim, np. w Walii i Szkocji, jednak tam powrót do języka nie ma służyć budowie narodu państwowego, a wytworzeniu narodu politycznego.

¹¹ B. Anderson, *Wspólnoty wyobrażone. Rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu*, Znak, Kraków 1997.

¹² W przypadku Chin takim spoiwem jest co najwyżej język pisany, który – w odróżnieniu od języka (a w rzeczywistości od języków) mówionego – jest jeden.

¹³ Por. M. Rostworowski, *Prawo dyplomatyczne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1934, s. 54-57; J. Sutor, *Korespondencja dyplomatyczna*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1992, s. 15-19.

¹⁴ Pakt Ligi Narodów przygotowany w Paryżu w grudniu 1924 r. (The Covenant of the League of Nations, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp, dostęp 25.06.2022) został sporządzony w językach angielskim i francuskim. Szerzej: Lord Brimelov, *English as a language of diplomacy. A story of steady expansion and displacement*, "The Commonwealth Journal of International Affairs" 1976, vol. 66, issue 261, s. 27-34.

¹⁵ Katalog języków oficjalnych roboczych rozszerzono 18 grudnia 1973 r. o arabski (rezolucja 3190 (XXVIII)).

językom angielskiemu i francuskiemu¹⁶. Autentyczne-oficjalne języki Karty NZ¹⁷ uzyskały status języków traktatów uniwersalnych sporządzanych na forum Systemu NZ. Praktyka rozszerzenia zakresu przedmiotowego statusu języków oficjalnych i roboczych nastąpiła w wyniku rozszerzającego stosowania Rez. 2(I) ZO ONZ, mocą której państwa członkowskie zadecydowały o objęciu regułą wszystkich organów Organizacji (z wyjątkiem MTS). W językach oficjalnych są udostępniane¹⁸ dokumenty instytucji Systemu Narodów Zjednoczonych, języki robocze są używane do wewnętrznej komunikacji (niektóre z pozostałych języków oficjalnych są dodatkowymi językami roboczymi w komisjach regionalnych). Na analogicznej do Systemu NZ podstawie kwestie języków regulowane są w organizacjach międzynarodowych, tzn. na mocy norm statutów uzupełnianych *acquis*¹⁹.

Praktyka organizacji międzynarodowych jest zróżnicowana, odzwierciedla sprzężenie zwrotne pragmatyzmu i „polityki”. Terminem „pragmatyzm” określam posługiwanie się w pracach na forum organizacji międzynarodowej i stanowieniu *acquis* ograniczoną liczbą języków; to chroni organizację przed przekształceniem jej (a w istocie destrukcją) „efektem wieży Babel” i ogranicza/racjonalizuje osobowe i rzeczowe nakłady na tłumaczenia. Terminem „polityka” określam mieszanekę (w różnych proporcjach) działań służących: nadaniu, podniesieniu, utrzymaniu rangi państwa w stosunkach międzynarodowych. Uznaje się, że ranga ta jest współzależna m.in. „międzynarodowości” języka. Refleks takiego poglądu jest łatwo zauważalny w praktyce np. Francji; nakłady na Instytut Francuski (Institut Français), propagowanie języka, obrona obecności języka w obiegu międzynarodowym są wyrazem oficjalnego przekonania, że zgoda na jego odmiędzynarodowienie (rezygnację ze statusu *de facto*) języka francuskiego byłaby przyznaniem się do/zgodą na utratę przez Francję statusu mocarstwa światowego. Przykłady postawy analogicznej można mnożyć. Uznaje się, że międzynarodowość (a przynajmniej wielonarodowość) języka rozumiana jako stan, w którym tym językiem posługują się inni oprócz natywnych użytkowników, sprzyja akceptowaniu interesów państwa, posługujący się danym językiem obcym utożsamiają się z kulturą danego państwa silniej i łatwiej niż nieposługujący się językiem. „Obrona” obecności (narodowego²⁰) języka w przestrzeni międzynarodowej, w kontaktach, jest komunikatem wysyłanym przez rząd do wyborców: jesteśmy patriotami, bronimy interesu narodowego. Na rzecz sensowności tego przekonania przemawiają badania z zakresu marketingu politycznego (i intuicja polityczna),

¹⁶ Stan ten uległ zmianie już w 1948 r., kiedy status języka roboczego przyznano hiszpańskiemu (rezolucja 247 (III) z 7 grudnia 1948 r. i 262 (III) z 10 grudnia 1948 r.), kolejno status ten nadano rosyjskiemu (rezolucja 2479 (XXIII) z 21 grudnia 1968 r.) i chińskiemu (rezolucja 3189 (XXVIII) z 18 grudnia 1973 r.). Zob. <http://ask.un.org/faq/14463> [dostęp 16.05.2020].

¹⁷ Art. 111 Karty Narodów Zjednoczonych. Karta Narodów Zjednoczonych podpisana w San Francisco w dniu 25 czerwca 1945 r., Dz. U. z 1947 r. Nr 23, poz. 90.

¹⁸ Sporządzane są w językach roboczych.

¹⁹ Zob. A. Czubik, *Równouprawnienie języków dyplomatycznych na forum organizacji międzynarodowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2015, vol. 13, s. 160-178.

²⁰ Aczkolwiek o sile języka angielskiego decyduje jego transnarodowość-transpaństwowość.

to te właśnie badania w połączeniu z intuicją są źródłem decyzji o machaniu chorągiewkami w barwach narodowych w kampaniach wyborczych i traktowaniu zarzutu braku patriotyzmu jako śmiercionośnego pocisku. Nie przeprowadzono naukowych badań efektywności tego przekazu, jednak postępowanie zgodne ze wskazanym schematem jest działaniem bezkosztowym dla polityków, zaś cena rezygnacji – w przypadku, gdyby była to prawda – byłaby bardzo duża. W konsekwencji populiści nie boją się etykiety nacjonalisty, zaś demokraci są gotowi etykietować się sami jako patrioci. Politycy w obecności mediów, pod „okiem” kamer, unikają posługiwania się obcym językiem nawet wtedy, kiedy w tym języku studiowali i uzyskiwali stopnie zawodowe lub naukowe (Franz Josef Strauss, Javier Solana, Jacques Chirac) lub jest/ był to ich nawet „drugi język” (Olaf Palme).

Konsekwencją jest proliferacja języków narodowych w praktyce organizacji międzynarodowych. Ta proliferacja ma miejsce nawet wtedy, kiedy koszty praktyki przekraczają granice zdrowego rozsądku²¹, a posługiwanie się językiem narodowym jest iluzją; skrajny jest przypadek Unii Europejskiej.

W praktyce międzynarodowej umowy (inne niż uniwersalne i wybrane pluri-lateralne) sporządzane są w językach stron lub w językach stron i w języku trzecim lub w wybranym języku. Taka praktyka jest efektem woli politycznej i nie podlega ocenie z punktu widzenia racjonalności prakseologicznej²². W odniesieniu do umów dwustronnych dwa pierwsze rozwiązania przeważają w praktyce, nie jest to jednak praktyka wyłączna. W przypadku dwóch wersji językowych strony najczęściej decydują, że są one równoprawne, w przypadku trzech każdej przypisują charakter autentyczny albo przypisują rolę rozstrzygającą spory wersji w języku trzecim. Ten język trzeci jest to najczęściej język wspólny stron notyfikowany przez MSZ-ety jako język tzw. techniczny. Kwestię tę reguluje art. 33 KPT²³. Praktyka – zwyczaj międzynarodowy – nie jest w tym zakresie wyraźna, pozostawiając stronom swobodę regulacji, w konsekwencji umowa może być zawarta w wielu językach oficjalnych, jednak strony tylko niektórym mogą przyznać status języka autentycznego (ten status ma znaczenie w przypadku sporu interpretacyjnego, jeśli umowa wiąże charakter autentyczny wersji umowy we wskazanym języku z posługiwaniem się tą wersją przy rozstrzyganiu sporu związanego z jego interpretacją).

Na rzecz ograniczenia liczby języków w obrocie międzynarodowym korzystanie z *lingua franca* przemawiają zarówno racjonalność gospodarcza wydatków, jak i kon-trefektywność wielojęzyczności. W katalogu argumentów mieszczą się m.in. różnice pomiędzy wersjami językowymi tekstów międzynarodowych mogące zaburzać spójność prawa i praktyki nie niej opartej lub fakt, że sądy, trybunały międzynarodowe

²¹ Zakładam, że zdrowy rozsądek istnieje i ma granice.

²² Zob. A. Wyrozumska *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006.

²³ Zob. Komentarz Komisji Prawa Międzynarodowego, Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries. 1996, s. 224-226, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_1_1966.pdf [dostęp 5.09.2022] oraz S.E. Nahlik, *Kodeks prawa traktatów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1976.

i międzynarodowe trybunały arbitrażowe orzekają na podstawie stosowanych przez dany organ języków.

Te argumenty mają jednak wartość jedynie w odniesieniu do umów regulujących stosunki pomiędzy podmiotami prawa międzynarodowego, inkorporowanie ich do prawa krajowego i bezpośrednie stosowanie w relacjach z podmiotami prawa krajowego diametralnie zmienia sytuację. Efektem stanowienia prawa poprzez promulgowanie umów międzynarodowych, w przypadku których język urzędowy, będąc językiem, nie jest jednak językiem *de facto* równoprawnym, a tym bardziej wtedy, kiedy ogłoszony tekst w języku urzędowym ma jedynie charakter informacyjny, gdyż umowa nie została sporządzona w języku urzędowym (a wyłącznie w jednym języku autentycznym), adresat praw i obowiązków nie ma możliwości poznania prawa. Państwo nie chroni adresata przed skutkami *ignoratio iuris nocet* i stosując regułę *ignorantia legis neminem excusat*, wywołuje błąd po stronie adresata.

Język polski jest w polskim języku prawnym określany jako urzędowy²⁴. Z racji jego urzędowego charakteru na język polski tłumaczone są teksty międzynarodowe wprowadzane do obiegu prawnego na terytorium Polski i z udziałem Polski. Zgodnie bowiem z art. 6 ustawy o języku polskim umowy międzynarodowe zawierane przez Rzeczpospolitą Polską powinny mieć polską wersję językową, stanowiącą podstawę stosowania i wykładni, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Tłumaczenie tekstu umowy międzynarodowej, nawet urzędowe i zamieszczone we właściwym organie promulgacyjnym, nie może mieć pierwszeństwa przed rzeczywistym tekstem umowy. To umowa międzynarodowa, a nie jej tłumaczenie, jest źródłem prawa. Urzędowe tłumaczenie umowy międzynarodowej nie jest aktem normatywnym. Jednak stronami umów międzynarodowych są państwa jako podmioty prawa międzynarodowego. Zaś umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania regulują również stosunki wewnątrzpaństwowe, wyznaczają prawa i obowiązki w tychże. Podatnicy zgodnie z prawem informację o treści przepisów prawa będących źródłem ich uprawnień i obowiązków czerpią z tekstów aktów prawnych opublikowanych w organach promulgacyjnych i za ich pośrednictwem mają prawo być informowani o prawie obowiązującym i to w języku urzędowym. Państwo ma obowiązek chronić każdego, kto dopełnił obowiązku poznania prawa, przed skutkami *ignorantia iuris nocet* wtedy, kiedy *ignorantia* została przez państwo zawiniona. Przestrzeganie ogłoszonego prawa musi dawać poczucie bezpieczeństwa, mające za podstawę ustrojową zasadę państwa prawnego.

Tłumaczenia te niestety bardzo często są błędne. Przykładów błędów jest aż nadto; sprzeciw budzi fakt, że wbrew ich oczywistej błędności zaakceptowaliśmy kohabitację z nimi. Tytułem przykładu można przywołać:

- „suwerenną równość” zamiast równości i suwerenności lub równości (suwerennych) państw. Wydaje się oczywiste, że równe (zgodnie z prawem międzynarodowym) wobec prawa są państwa, które z samej swojej istoty są suwerenne. Suwerenna nie jest zaś równość, bo takową być nie może.

²⁴ Zob. art. 27 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Pozbawione sensu tłumaczenie może mieć za źródło przepis art. 2 Karty („The Organization is based on the Principle of the sovereign equality of all its Members”), w którym wytworzono *by-pass* rzeczywistości, tzn. przyznano równość wobec prawa wszystkim członkom Organizacji, również tym, którzy nie byli państwami i nie byli suwerenni. Jednak upłynęło wystarczająco dużo czasu – i zmieniła się rzeczywistość wewnątrz Organizacji, tzn. członkami nie są dominia – by naprawić błąd;

- „postępowy rozwój” zamiast „stopniowy”. W tym przypadku błędne tłumaczenie było usprawiedliwiane „socjalistycznym” charakterem PRL, przynależnością do bloku wschodniego w języku, dla którego to bloku przymiotnik „postępowy” był synonimem postępu społecznego. Jednak w art. 1 Statutu Komisji Prawa Międzynarodowego „stopniowy rozwój prawa” (*progressive development*) oznacza metodę tworzenia prawa, kolokwialnie rzecz ujmując – krok po kroku, a nie „rewolucyjną” zmianę prawa i takąż zmianę stosunków społecznych poprzez prawo²⁵. Wbrew wszystkiemu „postępowy rozwój” żyje w polskim języku prawniczym prawa międzynarodowego;
- czy, a może przede wszystkim posługiwanie się jako nazwą własną organizacji nazwą Organizacja Narodów Zjednoczonych. Twórcy Organizacji w Preambule Karty napisali: „[...] do hereby establish an international organization to be known as the United Nations²⁶”. Tłumaczenie polskie „utworzyć organizację międzynarodową pod nazwą Organizacji Narodów Zjednoczonych” stanowi oczywisty pleonazm i jest niepoprawne. No i co? No i... nic.

Czasami źródeł nieprawidłowego tłumaczenia można doszukiwać się w prymitywizmie lub chamstwie autorów czy kolejnych uczestników procesu, na którego końcu ogłoszono tłumaczenia. Ilustruje to przypadek polskiej wersji językowej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych²⁷. Zarówno w tytule, jak i w treści Konwencji systematycznie używany jest termin „osoba niepełnosprawna” wbrew wersjom: angielskiej: „Persons with Disabilities”, francuskiej: „personnes handicapées”, hiszpańskiej: „las personas con discapacidad”, a zgodnie jedynie z wersją w języku rosyjskim „o prawach inwalidów”. Wyróżnienie odrębnej od „osoby=człowieka” kategorii „osoby”, którą jest „osoba niepełnosprawna”, powinno w Polsce budzić sprzeciw, bowiem właśnie w Polsce szczególnie dużo osób posługuje się terminem „osoba ludzka” (czyli różna od „osoby boskiej”).

²⁵ Wbrew zdrowemu rozsądkowi i prawu, gdyż termin zdefiniowano jednoznacznie w art. 15 Statutu: “In the following articles the expression «progressive development of international law» is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law or in regard to which the law has not yet been sufficiently developed in the practice of States” (Statute of International Law Commission, 1947, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/statute/statute.pdf>, dostęp 25.06.2022).

²⁶ Tekst francuski: „établissent par les présentes une organisation internationale qui prendra le nom de Nations Unies”; ros. “настоящим учреждают международную организацию под названием «Объединенные Нации»”, <https://www.un.org/en/about-us/un-charter> [dostęp 25.06.2022].

²⁷ Dz. U. z 2012 r. poz. 1169.

Zarazem nie podlega wątpliwości konieczność tłumaczenia – „pisania” tekstów prawnych w języku urzędowym, gdyż realizuje to prawo jednostki do znajomości prawa i jest czynnikiem sprzyjającym jednolitości prawa w praktyce organów stosujących prawo. Tym gorzej więc, jeśli ta jakość jest fatalna. W przypadku umowy „Program wymiany kulturalnej i naukowej między rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Islamskiej Republiki Iranu” podpisanej 7 stycznia 1993 r. w Warszawie²⁸ w polskiej wersji językowej opuszczono *ca.* 10% tekstu wersji angielskiej, wiele zdań jest niedokończonych, niepoprawnych gramatycznie *etc., etc.* Można jednak stwierdzić, że nic się nie stało, bo stosujący znali język angielski. Jednak już w przypadku polsko-niemieckiej umowy w sprawie popierania i wzajemnej ochrony inwestycji²⁹ niezrozumienie terminów „inne środki równoznaczne w skutkach z wywłaszczeniem lub nacjonalizacją” oraz „(wywłaszczenia lub) porównywalnych działań” w połączeniu z arogancją i odrzuceniem rządów prawa zaowocowało poważnym obciążeniem budżetu – wypłatą odszkodowania.

3. Polskie umowy bilateralne o unikaniu podwójnego opodatkowania – stan faktyczny i prawny

Według stanu aktualnego Polska jest stroną 90 umów bilateralnych o unikaniu podwójnego opodatkowania³⁰. Wiążące Polskę umowy zostały zawarte w latach 1974 (umowa z Pakistanem³¹) – 2015 (umowa ze Sri Lanką³²).

Spśród tych umów w 13 przypadkach w ogłoszonym tłumaczeniu tekstu umowy na język polski strona polska popełniła błąd/błędy, po stwierdzeniu którego tekst umowy w języku polskim został sprostowany i nowe przepisy zaczęły obowiązywać zobowiązanych do ich przestrzegania (pochodnego możliwości poznania) bez *vacatio*

²⁸ Tekst: Zbiór Dokumentów 1993, nr 1, s. 52-62. Jako źródło wskazuję Zbiór Dokumentów wydawany przez Polski Instytut Spraw Międzynarodowych, gdyż ta umowa („Program...”) nie została promulgowana i jej wersja w ZD jest jedyną dostępną. Umowa została sporządzona w trzech językach: polskim, perskim i angielskim. Strony zadecydowały, że „wszystkie teksty są jednakowo autentyczne. W przypadku różnic w interpretacji tekstów rozstrzygający będzie język angielski”. Jednak również w tym przypadku przedmiotem krytyki są różnice tekstów, a nie kwestie interpretacyjne. W analizie nie odnoszę się do wersji w języku perskim z powodu jego nieznajomości. Umowa była ważna ze względu na czas jej zawarcia na przełomie 1992/1993 r. Polska była jedynym państwem zachodniej hemisfery (do niej aspirującym) utrzymującym poprawne stosunki z Iranem. Z jednej strony może to być argument przeciwko krytyce pod hasłem: „nie ważne co uzgodniliśmy, ważne, że podtrzymywaliśmy dialog” – bo nie o wymianę kulturową (a nie „kulturalną”) w tym chodziło. Z drugiej strony waga ówczesnych stosunków z Iranem tylko wzmacnia przekonanie o bylejakości pracy osób ją wykonujących, gdyż nawet wtedy nie chciano/nie potrafiono rzetelnie sporządzić umowy i brak było zarówno kontroli, jak i nadzoru nad pracą osób powołanych do wykonywania czynności związanych z umową.

²⁹ Z dnia 10 listopada 1989 r. Dz. U. z 1991 r. Nr 27 poz. 116.

³⁰ Dane oficjalne dotyczące umów zawierają tytuł umowy, miejsce publikacji itd.: <https://www.podatki.gov.pl/podatkowa-wspolpraca-miedzynarodowa/wykaz-umow-o-unikaniu-podwojnego-opodatkowania/> [dostęp 25.06.2022].

³¹ Dz. U. z 1976 r. poz. 74.

³² Dz. U. z 2019 r. poz. 1334.

legis. W 12 przypadkach sprostowania błędów zostały dokonane jednostronnie, tzn. wyłącznie przez Polskę. Miało to miejsce w umowach z: Albanią³³, Bułgarią³⁴, Chorwacją³⁵ – 2 razy, Irlandią³⁶, Kazachstanem³⁷, Luksemburgiem³⁸, Portugalią³⁹ – 2 razy, Szwajcarią⁴⁰, Szwecją⁴¹, Ukrainą⁴², Węgrami⁴³, Włochami⁴⁴ i Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi⁴⁵. Przypadki dwukrotnego sprostowania umów z Chorwacją i Portugalią wskazują na fakt, że nawet stwierdzenie błędu nie wywołuje skutku w postaci rzetelnej weryfikacji tłumaczenia; świadczy za to o tym, że sprostowanie błędu wynika z jednostkowej reakcji. Błędy niczego nie nauczyły powołanych do działania instytucji.

Jedynie w przypadku umowy z Chile sprostowania błędów albo jej zmiany dokonały (obie) strony umowy i dokonały tego w formie porozumienia (*Agreement*), mocą którego zmieniono tekst umowy („[...] the text of the Convention shall be read”)⁴⁶. W tym przypadku na szczególne „uznanie” zasługuje fakt, że porozumienie zmieniające zostało zawarte wyłącznie w języku angielskim i niepromulgowane zgodnie z prawem polskim.

Współczynnik błędów wynosi *ca.* 16%. Równie znaczący jest czas stwierdzenia i sprostowania błędów – opóźnienie w stosunku do związania umową było następujące: z Albanią, w umowie z 1995 r.⁴⁷, czynności tej dokonano w 2009 r. (jednak

³³ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 3 września 2009 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2010 r. Nr 2, poz. 11.

³⁴ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 5 sierpnia 2020 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2020 r. poz. 1416.

³⁵ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 15 lipca 2016 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2016 r. poz. 1083 oraz obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z 21 lipca 2021 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2021 r. poz. 1913.

³⁶ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 11 września 2019 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2019 r. poz. 1733.

³⁷ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 16 lipca 2020 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2020 r. poz. 1260.

³⁸ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 4 lipca 2019 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2019 r. poz. 1244.

³⁹ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 7 czerwca 2017 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2017 r. poz. 1101; obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 2 czerwca 2020 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2020 r. poz. 993.

⁴⁰ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 2 lutego 2021 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2021 r. poz. 262.

⁴¹ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 20 listopada 2017 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2017 r. poz. 2177.

⁴² Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 10 stycznia 2020 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2020 r. poz. 41.

⁴³ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 13 lipca 2021 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2021 r. poz. 1310.

⁴⁴ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 29 marca 2019 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2019 r. poz. 597.

⁴⁵ Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 24 października 2019 r. o sprostowaniu błędu, Dz. U. z 2019 r. poz. 2022.

⁴⁶ <https://www.podatki.gov.pl/media/1525/wzajemne-porozumienie.pdf> [dostęp 5.09.2022].

⁴⁷ Jako termin przyjąłem datę początkową obowiązywania umowy, która w każdym przypadku przypadła na dzień 1 stycznia danego roku.

ogłoszono w 2010 r.); z Bułgarią, w umowie z 1996 r., czynności dokonano w 2020 r.; z Chorwacją, w umowie z 1997 r., czynności dokonano w 2016 r.; z Irlandią, w umowie z 1996 r., czynności dokonano w 2019 r.; z Kazachstanem, w umowie z 1996 r., czynności dokonano w 2020 r.; z Luksemburgiem, w umowie z 1997 r., czynności dokonano w 2013 r.; z Portugalią, w umowie z 1999 r., błędy poprawiano dwukrotnie: w 2017 i 2020 r.; ze Szwajcarią, w umowie z 2012 r., czynności dokonano w 2021 r.; ze Szwecją, w umowie z 2006 r., czynności dokonano w 2017 r.; z Ukrainą, w umowie z 1995 r., czynności dokonano w 2020 r.; z Węgrami, w umowie z 1996 r., czynności dokonano w 2021 r.; z Włochami, w umowie z 1984 r., czynności dokonano w 2019 r.; ze Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi, w umowie z 2016 r., czynności dokonano w 2022 r.

23 umowy zmieniano również protokołami; miało to miejsce w przypadku umów z Austrią, Belgią, Chile⁴⁸, Cyprzem, Danią, Finlandią, Guernsey⁴⁹, Holandią, Indiami, Iranem, Islandią, Koreą Płd., Luksemburgiem (umowę zmieniono „sprostowaniem” i protokołem), Maltą (dwukrotnie), Niemcami (dwukrotnie⁵⁰), Norwegią, Słowacją, Szwajcarią (umowę zmieniono „sprostowaniem” i protokołem), Węgrami (umowę zmieniono „sprostowaniem” i protokołem) i Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi (umowę zmieniono „sprostowaniem” i protokołem). Jednak w przypadku zmian na podstawie protokołów, inaczej niż w przypadku obwieszczeń o sprostowaniu błędu – a zgodnie z prawem – ustalano *vacatio legis* i termin wejścia w życie zmienionej umowy.

W żadnym z tych przypadków sprostowanie błędu nie wynikało z trudności interpretacyjnych, a z różnic pomiędzy tekstami; ogłoszone przepisy były jasne i mimo to zostały zmienione. Potwierdza to, że tekst nie był negocjowany w języku polskim i jego wersja nie oddaje intencji stron; acz intencje strony polskiej nie są znane, gdyż m.in. w ramach procedury wewnętrznej poprzedzającej związanie się Polski umową przedmiotem uzgodnień jest w praktyce wersja w języku polskim. Wybór języka/języków w zawieranych przez Polskę umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania jest nie tylko nieoczywisty, lecz także podlega zmianom, w konsekwencji których następuje rezygnacja z posługiwania się językiem polskim jako językiem umowy; miało to miejsce – w przywoływanym – wzajemnym porozumieniu z Chile i porozumieniach z Niemcami podpisanymi w Berlinie, kolejno 17 sierpnia 2015 r.⁵¹ oraz w listopadzie 2020 r., które zostało zawarte w języku angielskim⁵², podobnie jak porozumienie o zakończeniu obowiązywania wcześniejszego porozumienia⁵³ – zawarte w 2022 r., również wyłącznie w języku angielskim. Porozumienia z Niemcami nie zostały promulgowane. Te porozumienia zmieniały podpisaną

⁴⁸ W tym przypadku posłużono się nazwą „wzajemne porozumienie”, jakby mogło być inne.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Tekst: https://www.podatki.gov.pl/media/1945/20150817_agreement_ca_niemcy.pdf [dostęp 5.09.2022].

⁵² Tekst: <https://www.podatki.gov.pl/media/6433/agreement-ca-niemcy.pdf> [dostęp 5.09.2022].

⁵³ Tekst: <https://www.podatki.gov.pl/media/8194/mutual-termination-kopia.pdf> [dostęp 5.09.2022].

w Berlinie 14 maja 2003 r. Umowę w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku⁵⁴, która to umowa główna sporządzona została – wyłącznie w dwóch językach – w językach polskim i niemieckim. Nad tą umową zresztą „cięży klątwa”, gdyż już w dniu podpisania uzupełniona została o protokół do umowy w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku, mający charakter umowy interpretacyjnej; jedynie on został prawidłowo ogłoszony.

Sprostowania poszerzają zakres obowiązków zobowiązanych do przestrzegania prawa; różni to odnośną praktykę od uzusu międzynarodowego. Zarówno Stały Trybunał Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie *Mavrommatis*⁵⁵, jak i Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *LaGrand*⁵⁶ opowiadały się za wersją węższą, co w tym analizowanym przypadku oznaczałoby polską wersję językową. Reguły te zostały szeroko wyartykułowane i umotywowane w wyroku arbitrażowym w sprawie *L'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*⁵⁷.

⁵⁴ Dz. U. z 2003 r. Nr 12, poz. 90.

⁵⁵ *Mavromatis Palestine Concession (Greece vs. Britain)*, "Permanent Court of International Justice" 1924, series B, No. 3.

⁵⁶ W kontekście prowadzonych rozważań MTS w sprawie *Germany vs U.S.* stwierdził, że "101. Finding itself faced with two texts which are not in total harmony, the Court will first of all note that according to Article 92 of the Charter, the Statute «forms an integral part of the present Charter». Under Article 111 of the Charter, the French and English texts of the latter are «equally authentic». The same is equally true of the Statute. In cases of divergence between the equally authentic versions of the Statute, neither it nor the Charter indicates how to proceed. In the absence of agreement between the parties in this respect, it is appropriate to refer to paragraph 4 of Article 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which in the view of the Court again reflects customary international law. This provision reads «when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of Articles 31 and 32 does not remove the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted». The Court will therefore now consider the object and purpose of the Statute together with the context of Article 41" – "International Court of Justice Reports" 2001, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf> [dostęp 5.09.2022].

⁵⁷ Na temat art. 33 Konwencji wiedeńskiej: „78. Il reste à considérer le statut en droit coutumier de l'article 33 de la Convention de Vienne. Cette disposition traite de l'interprétation de traités authentifiés en plusieurs langues (tels que le Protocole). L'article 33 est ainsi libellé: Art. 33: Interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues 1) Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera. 2) Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues. 3) Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques. 4) Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes. 79. Les deux Parties invoquent l'article 33 aux fins de leur argumentation. Pour des motifs qui apparaîtront ultérieurement (voir paragraphe 89), le Tribunal ne juge pas nécessaire

4. Błędy w polskich umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania

W polskich umowach o unikaniu podwójnego opodatkowania strona polska po stwierdzeniu, że ogłoszona polska wersja językowa jest różna od przepisu w obecnej wersji językowej, zmienia stan prawny, posługując się *praeter legem* – o czym dalej – wehikułem, jakim jest „Obwieszczenie o sprostowaniu błędów”. Punktem wyjścia ocen jest katalog sprostowań:

- w umowie z Chorwacją z 1994 r.⁵⁸ opuszczony został fragment tekstu „[...] lub urzędnika przemysłowego, handlowego, lub naukowego”. W umowie tej przyznano tekstowi angielskiemu charakter rozstrzygający w odniesieniu do rozbieżności⁵⁹. W obwieszczeniu z 2016 r. o sprostowaniu nie określono terminu wejścia w życie sprostowania;
- w umowie z Irlandią z 1995 r.⁶⁰ – pomimo faktu, że towarzyszył jej, ogłoszony jako towarzyszący umowie, protokół o charakterze umowy interpretacyjnej zastąpiono, w 2019 r. wyrazy „z tytułu jej wcześniejszego zatrudnienia” wyrazami „z tytułu wcześniejszego zatrudnienia”. Umowa została sporządzona w dwóch językach autentycznych i żadnemu nie przypisano wagi szczególnej. Ten przypadek można uznać równoważny ze sprostowaniem oczywistej pomyłki pisarskiej. W obwieszczeniu nie wskazano terminu wejścia w życie sprostowania;
- w umowie z Luksemburgiem z 2012 r.⁶¹ zmieniono w 2019 r. w polskim tytule konwencji i całym jej tekście wyrazy „podwójnego opodatkowania” wyrazami „podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania”. Umowa została sporządzona w dwóch językach autentycznych i żadnemu nie przypisano wagi szczególnej. Terminu wejścia w życie poprawek nie wskazano w obwieszczeniu;
- w umowie z Portugalią z 1995 r.⁶² błędy poprawiono dwukrotnie, a mianowicie w roku 2017 i w 2020. Obwieszczeniem z 2017 r. w art. 12. ust. 3 skreślono wyrazy „programami komputerowymi”, czyli zawężono zakres regulacji. Jeszcze dalej strona polska poszła w sprostowaniu błędów w obwieszczeniu z 2020 r.; już na pierwszy rzut oka „efektem sprostowania błędów” była inna – w stosunku do zawartej – umowa. Tę umowę sporządzono w trzech językach, przypisując znaczenie rozstrzygające tekstowi

de discuter ici du statut de cet article en droit coutumier. Il est toutefois à noter que la Cour internationale de Justice a récemment observé que le paragraphe 4 de l'article 33 de la Convention de Vienne reflétait le droit international coutumier (Affaire LaGrand, précitée, paragraphe 101)”, <https://pcacases.com/web/sendAttach/76> [dostęp 5.09.2022].

⁵⁸ Sporządzona w Warszawie 19 października 1994 r., Dz. U. z 1996 r. poz. 370.

⁵⁹ Zob. STSM w sprawie *Mavromatis (Greece vs. U.K., “Permanent Court of International Justice”* 1926, Series A, No. 2).

⁶⁰ Sporządzona w Madrycie 13 listopada 1995 r., Dz. U. z 1996 r. poz. 129.

⁶¹ Sporządzona w Luksemburgu 14 czerwca 1995 r., Dz. U. z 1996 r. poz. 527.

⁶² Sporządzona w Kijowie 12 stycznia 1993 r., Dz. U. z 1994 r. Nr 63, poz. 269.

- w języku angielskim. W tym przypadku nie określono również terminu wejścia w życie zmiany;
- w umowie z Ukrainą z 1993 r. błędy poprawiono w 2020 r. Dokonano zmian: w formule sprostowania błędów – znaczących ilościowo i jakościowo (1) w art. 13 w ust. 2 w lit. b zamiast wyrazów: „odsetek z udziału w spółce osobowej lub powierniczej, których dochód pochodzi głównie z nieruchomości położonych w drugim Umawiającym się Państwie lub z akcji określonych pod literą a)”, powinny być wyrazy: „udziału w spółce osobowej lub powierniczej, której aktywa składają się głównie z majątku nieruchomego położonego w drugim Umawiającym się Państwie lub z akcji określonych pod literą a)”, 2) w art. 24 w ust. 2 w lit. a zamiast wyrazów: „zgodnie z postanowieniami lit. b) i ustępów 3 i 4,” powinny być wyrazy: „zgodnie z postanowieniami ustępów 3 i 4,” 3) w art. 25 w ust. 1 w zdaniu drugim zamiast wyrazów: „bez względu na postanowienia artykułu” powinny być wyrazy: „bez względu na postanowienia artykułu 1”). Jednak merytorycznie istotna była poprawka z 2008 r., pozornie interpunkcyjna, a w rzeczywistości ograniczająca zakres podmiotowy stosowania regulacji umownej art. 15 ust. 4. W przypadku tych zmian dostosowała *de facto* treść umowy do wersji ukraińskiej. Umowa miała dwie równoprawne wersje językowe;
 - w umowie z Włochami z 1985 r.⁶³ błąd sprostowano w 2019 r. Zmiana była istotna, jednak miała charakter liberalizacji, bo zastąpiono „stałe miejsce zamieszkania” – „miejszem zamieszkania”, tak jak w wersji angielskiej. Umowa została sporządzona w trzech językach, rozstrzygające znaczenie przypisano wersji anglojęzycznej;
 - w umowie ze Zjednoczonymi Emiratami Arabskimi z 1993 r.⁶⁴ błędy poprawiono w 2019 r. Umowa została sporządzona w trzech językach, rozstrzygające znaczenie przypisano wersji anglojęzycznej.

Wnioski z badania przypadków są jednoznaczne, „sprostowania błędów” nie wiązały się z trudnościami w interpretacji umów, spowodowanymi sporządzeniem umów w wielu językach (dwóch albo trzech). Badanie wykazało, że błędy były (w każdym przypadku) wynikiem braku należytej staranności osób odpowiedzialnych za sporządzanie i ogłaszanie umów, a mianowicie nieprzetłumaczona została część umów lub przetłumaczono niektóre przepisy błędnie. Nietożłumaczenie tekstu umowy dowodzi braku należytej staranności, stanowi *culpa lata*.

Sprostowania nie są efektem systematycznych i systemowych weryfikacji, a działań *ad casum*. Jest to szczególnie widoczne w przypadku umowy z Ukrainą, w której poprawki wprowadzano dwukrotnie. Zarazem „sprostowania błędów” nie mają charakteru ani „prostowania omyłki pisarskiej” w reżimie prawa polskiego, ani poprawek w umowach międzynarodowych z punktu widzenia art. 40 KPT w reżimie prawa międzynarodowego.

⁶³ Sporządzona w Rzymie 21 czerwca 1985 r., Dz. U. z 1989 r. poz. 374.

⁶⁴ Sporządzona w Abu Zabi 31 stycznia 1993 r., Dz. U. z 1994 r. Nr 81, poz. 373.

Poszczególne przypadki są podobne i różne, tzn. podobny był *modus operandi* Polski i podobne zmiany, których nie można uznać za błąd w rozumieniu dopuszczalnym dla sprostowania przez prawo polskie⁶⁵, zaś różne były zmiany w umowach.

Ramy prawne prostowania przez Polskę błędów w umowach międzynarodowych wyznacza ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych⁶⁶. Zgodnie z dyspozycją art. 18b ustawy „Błędy w umowie międzynarodowej polegające na niezgodności między wersjami językowymi, w których umowę sporządzono, błędy w tłumaczeniu umowy międzynarodowej na język polski polegające na niezgodności tłumaczenia z umową międzynarodową w języku obcym, w którym umowę sporządzono, oraz błędy w oświadczeniu rządowym dotyczącym tej umowy prostuje, w formie obwieszczenia, minister, który występował z wnioskiem o ogłoszenie tej umowy w dzienniku urzędowym”.

Zawarte w dyspozycjach obwieszczeń o sprostowaniu błędów różnice nie są różnicami interpretacyjnymi i nie wiążą się z rozbieżnościami pomiędzy stronami. Zmiany tekstu polskiego – prawa polskiego – były dokonywane po uznaniu, że Polska ogłosiła tekst ustawy zawierający błąd, bo taki był charakter aktów prawnych, mocą których dokonywano inkorporacji umów do polskiego porządku prawnego. Zmiany treści dyspozycji norm nie miały charakteru „oczywistego błędu pisarskiego”, a były zmianą prawa⁶⁷.

W tym kontekście istotne jest, że umowy obowiązują i są stosowane w dwóch wymiarach, a mianowicie: międzypaństwowym i krajowym (a właściwie dwóch, w przypadku stosunków wynikających z władztwa osobowego poszczególnych państw). W wymiarze międzypaństwowym stwierdzenie błędu w ogłoszonym w Polsce tekście w języku polskim i zmiana prawa w konsekwencji jego stwierdzenia nie zmienia stanu prawnego. W stosunkach pomiędzy państwami Polska (strony) była zobowiązana i uprawniona do stosowania prawa w wersji nie obciążonej „błędem”.

W wymiarze krajowym obwieszczenie zmienia stan prawny, tyle że nie jest oczywisty moment początkowy skutku prawnego. Niezależnie od teoretycznych wątpliwości, czy do zmiany prawa w analizowanym zakresie wystarczającym narzędziem jest obwieszczenie i wyjaśnienie zmiany błędem, to zmiana prawa nastąpiła i zmienione prawo może być stosowane (do czasu przeciwnego rozstrzygnięcia przez Trybunał Konstytucyjny lub sąd w konkretnej sprawie). Prawo polskie dopuszcza sprostowanie błędu/błędów w umowie międzynarodowej – sprostowanie ma

⁶⁵ Takie „sprostowanie” dotyczy bowiem wyłącznie „oczywistej” omyłki pisarskiej i rachunkowej (czyli nie dotyczącej treści materialnej tekst prawnego) i widocznej na pierwszy rzut oka; potwierdził to SO w Warszawie w wyroku z 10 grudnia 2002 r., V Ca 1514/02. Takie ramy prawne wyznaczają art. 105 k.p.k., 350-353 k.p.c. i 111 oraz 113 k.p.a. Precyzyjnie wypowiedział taki pogląd SN w wyroku z 13 kwietnia 2016 r., II PK 77/15, stwierdzając: „omyłkę pisarską może stanowić tylko taki błąd literowy lub pisarski, który jest oczywisty, ale nie prowadzi ani nie zmienia merytorycznej treści, istoty ani rozumienia testu pisanego, zwłaszcza i tym bardziej wtedy, gdy uznanie «omyłki pisarskiej» ma zasadnicze znaczenie prawne dla dokonania prawidłowego osądu sporu”.

⁶⁶ Dz. U. z 2000 r. Nr 39, poz. 443 z późn. zm.

⁶⁷ Uznanie, że wersja ogłoszona powstała pod wpływem błędu, jedynie ułatwia stosunki zagraniczne, zwalnia z obowiązku zmiany Konwencji.

ustawową podstawę prawną – jednak posłużenia się w tym celu „obwieszczeniem” nie jest wystarczające. W przypadku bowiem umów, w których język polski był językiem autentycznym, polska wersja językowa była równoprawna, sprostowań błędów dokonywano zgodnie z § 111-112 Zasad techniki prawodawczej. Taki tryb procedowania znajduje zastosowanie do błędów normatywnych, tj. instytucji uregulowanej w ustawie o ogłaszaniu aktów normatywnych. Zgodnie jednak z art. 17(1) ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, sprostowanie nie może jednak prowadzić do merytorycznej zmiany tekstu aktu prawnego. Ten zakaz w odniesieniu do aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, a wśród nich umów międzynarodowych, sformułowano również w ustawie o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych dyspozycją art. 17: „[...] Sprostowanie nie może prowadzić do merytorycznej zmiany tekstu aktu prawnego”. W tym sensie sprostowanie błędu może mieć jedynie charakter techniczny.

Zmiany stanowiące przedmiot obwieszczeń Ministra Spraw Zagranicznych ingerowały natomiast w istotnym zakresie w treść przepisów. Zmiany ograniczały/pozbawiały praw podatnika. Nowe *de facto* dyspozycje umów w przypadku ich retroakcyjnego stosowania ograniczały możliwość korzystania z praw słuszenie nabytych i ograniczenie takie wprowadzały niezgodnie z określonym dyspozycją art. 31 ust. 3 Konstytucji wymogiem posługiwania w takim celu wyłącznie ustawą. Zasada ochrony praw słuszenie nabytych ma swoją podstawę w art. 2 Konstytucji.

Zmiana w treści umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania jest rzecz jasna możliwa. Ustawodawca ma niewątpliwie swobodę kształtowania materialnych treści prawa podatkowego. Zmiana może być jednak dokonywana wyłącznie z poszanowaniem konstytucyjnych standardów demokratycznego państwa prawnego, a należy do nich „ochrona interesów w toku”⁶⁸. Analizowane zmiany odnoszą się zaś bezpośrednio do praw podmiotowych i ekspektatyw tych praw. W przypadku ustanawiania obowiązków podatkowych w Polsce obowiązuje konstytucyjny – wyznaczony art. 84 – obowiązek posługiwania się w tym celu wyłącznie ustawą. Dodatkowo w ujęciu czasowym odnosi się do interesów z przeszłości – okresu sprzed sprostowania.

W rezultacie należy uznać, że Minister, wydając każde pojedyncze obwieszczenie, działał poza zakresem swoich kompetencji, a obwieszczenia obarczone były wadą prawną. Stosowanie zmienionych przepisów do faktów z przeszłości uchyliłoby stosowanie konstytucyjnej zasady ochrony jednostki do państwa i stanowionego przez państwo prawa⁶⁹.

⁶⁸ Zob. wyrok TK z 25 listopada 2010 r., K 27/09, OTK ZU z 2010 r., nr 9/A, poz. 109.

⁶⁹ TK w wyroku z 14 czerwca 2000 r. orzekł: „Jednostka winna mieć możliwość określenia zarówno konsekwencji poszczególnych zachowań i zdarzeń na gruncie obowiązującego w danym momencie stanu prawnego, jak też oczekiwać, że prawodawca nie zmieni ich w sposób arbitralny. Bezpieczeństwo prawne jednostki związane z pewnością prawa umożliwia więc przewidywalność działań organów państwa a także prognozowanie działań własnych”. W związku z tym do naruszenia wartości, które znajdują się u podstaw zasady ochrony zaufania jednostki do państwa i stanowionego przez nie prawa, dochodzi w sytuacji, gdy rozstrzygnięcie ustawodawcy „jest dla jednostki zaskoczeniem, bo w danych okolicznościach nie mogła [...] go przewidzieć, szczególnie zaś wtedy, gdy przy jego

Odrębną kwestią jest data wejścia w życie nowej normy (normy istotnie różnej od normy wyznaczającej stan poprzedni). Nie ulega również wątpliwości, że zmiana nie obowiązuje wstecz, zgodnie z ogólną zasadą prawa *lex retro non agit* i ochrony praw nabytych. W zakresie ochrony zaufania jednostki do państwa dyspozycje norm prawa polskiego i europejskiego oraz europejska tradycja konstytucyjna są jednoznaczne – przesądzając w sposób wskazany. Potencjalnie przedmiotem wątpliwości może być kwestia, czy nowy przepis obowiązuje od dnia obwieszczenia, późniejszego w stosunku do niego dnia ogłoszenia czy jeszcze później ze względu na wymóg *vacatio legis*.

Pierwotna i podstawowa jest kwestia zmiany treści normatywnej prawa-ustawy poprzez obwieszczenie. Obwieszczenie nie figuruje w konstytucyjnym, zamkniętym katalogu źródeł prawa powszechnie obowiązującego. Konstytucyjny katalog powszechnie obowiązujących źródeł prawa jest regulacją ustrojową, przesądza to o tym, że zmiana wprowadzona do treści umowy poprzez obwieszczenia nie nadaje nowej normie charakteru powszechnie obowiązującego.

5. W poszukiwaniu usprawiedliwienia

W przypadku niektórych zmian, pomimo że strona polska – „ustawodawca pod piracką banderą”⁷⁰ – nie wskazała celu zmian treści umów, to intencja ta jest oczywista. Polska chciała uniemożliwić tzw. optymalizację podatkową poprzez posługiwanie się instrumentem *law shopping*. Jednak ten instrument (popularny szczególnie w wersji *forum shopping*) jest wykorzystywany powszechnie, przede wszystkim w obrocie gospodarczym, i akceptowany przez krajowe ustawodawstwa i krajowe organy ochrony prawnej. W samym dążeniu zainteresowanych do optymalizacji podatkowej (a nie do uniknięcia obowiązku podatkowego) poprzez *law shopping* nie można doszukać się ani próby naruszenia prawa, ani jego obejścia. Nie jest to czyn zabroniony – zachowanie prawnie naganne, nie jest to nawet zachowanie moralnie naganne. Każdy podmiot obrotu prawnego dokonuje wyboru prawa i sądu „pożądanego”. Czynią to zarówno osoby fizyczne i prawne prawa krajowego, jak i instytucje państwa (oczywiście również w Polsce; praktyka taka jest powszechna).

Faktem są, oczywiście, działania podejmowane w celu ograniczenia praktyk *shopping*, jednak ani nie doszło do ich zakazania w jakimkolwiek systemie prawnym, ani formuła ograniczająca takie praktyki nie odnosi się do analizowanego przypadku⁷¹.

podejmowaniu prawodawca mógł przypuszczać, że gdyby jednostka przewidywała zmianę prawa, byłaby inaczej zdecydowała o swoich prawach”; P 3/00, OTK ZU z 2000 r., nr 5, poz. 138.

⁷⁰ Odsyłam w tym przypadku do intencji formalnego decydenta, czyli ustawodawcy, mimo że w oczywistym wymiarze była to decyzja władzy wykonawczej. Jednak istotne jest, że materia regulowana umową jest ustawową materią wyłączną.

⁷¹ Jest nią *Erie Doctrine* (wyznaczyło ją rozstrzygnięcie US Supreme Court w sprawie *Erie Railroad Co vs. Tompkins* z 25 kwietnia 1938 r., <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/304/64.html> [dostęp 5.09.2022]).

Radykalnie odwrotnie oceniam posłużenie się przez organy państwa instrumentem, jakim jest „sprostowanie błędu”, dla realizacji celu prawnego niezrealizowanego z winy tegoż prawodawcy.

6. Istota i cel umów o unikaniu podwójnego opodatkowania

W zakresie celu, istoty i metod regulacji umowy o unikaniu podwójnego opodatkowania powtarzają standard regulacyjny i nie odbiegają od *quasi*-standardu uniwersalnego⁷². Polski standard krajowy nie jest pochodną przyjętego modelu⁷³, brak takiego modelu jest zauważalny już w nazwach umów, które raz są nazywane „konwencjami”, a raz – „umowami”; różne są rodzaje umowy ze względu na podstawę prawną organu występującego w imieniu państwa: raz są to umowy międzypaństwowe, a raz – międzyrządowe; różne są zwroty/terminy stosowane w umowach: umowa może być sporządzona, ale może być też podpisana. Brak modelu może być jedną z przyczyn błędów w umowach. Standard uniwersalny⁷⁴ wyznaczają konwencje modelowe⁷⁵: OECD (wraz z komentarzami)⁷⁶ i ONZ⁷⁷, a także – w stosunku do stron⁷⁸ – Konwencja wielostronna implementująca środki traktatowego prawa podatkowego mające na celu zapobieganie erozji podstawy opodatkowania i przenoszeniu zysku⁷⁹ (Multilateral Instrument of Modify Bilateral

⁷² Szerzej R. Mason, *The Transformation of International Tax*, „American Journal of International Law” 2020, vol. 114, Issue 3, s. 353 i n.

⁷³ W tym zakresie brak jest w polskiej praktyce traktatowej odpowiednika znanych w praktyce wielu państw BIT-ów modelowych. Na temat praktyki polskiej zob. Z. Kukulski, *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ w polskiej praktyce traktatowej*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2016.

⁷⁴ Państwa nie zdecydowały się na zawarcie multilateralnej konwencji podatkowej, istnieją jednak plurilateralne konwencje, np. nordycka z 1983 r. Szerzej zob. P. Pistone, *General Report*, [w:] M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Startinger (eds.), *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 1-36.

⁷⁵ Początek dały im konwencje modelowe sporządzane w okresie międzywojennym na forum Ligi Narodów; zob. M. Lennard, *The Purpose and Current Status of the United Nations Tax Work*, „Asia-Pacific Tax Bulletin” 2008, s. 23 i n.; zob. również Ch. Freiherr von Roenne, *The very beginning-the first tax treaties*, [w:] T. Ecker, G. Ressler (eds.), *History of tax treaties. The relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties*, Linde, Wien 2011, s. 17-40 oraz R.S. de Castelo Branco, *The history and relevance of model tax conventions*, [w:] T. Ecker, G. Ressler (eds.), *History of tax treaties...*, s. 41-56.

⁷⁶ Początek konwencjom modelowym OECD dała Konwencja z 1963 r., aktualna pochodzi z 2017 r., https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1868 [dostęp 5.09.2022].

⁷⁷ Konwencja modelowa ONZ (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf, dostęp 5.09.2022) formalnie stanowi model umów państwo rozwinięte – państwo rozwijające się. Konwencja modelowa ONZ czerpała ze wzoru Konwencji OECD (w Konwencji na to źródło wskazano wyraźnie).

⁷⁸ Polska dokonała ratyfikacji w 2017 r., wskazując na objęcie modyfikacją 78 umów (zrealizowała więc w ten sposób obowiązek nałożony Konwencją), wśród nich umowy ze Szwecją. Konwencja weszła w życie 1 lipca 2018 r.

⁷⁹ Dz. U. z 2018 r. poz. 1369.

Tax Treaties)⁸⁰. Państwa członkowskie OECD⁸¹ posługują się konwencją modelową jako *de facto* gotowym wzorem⁸².

Konwencje modelowe (zarówno OECD, jak i ONZ) nie regulują materii języka/ języków umów bilateralnych ani terminów wejścia w życie umów; pozostawiają to regulacjom bilateralnym w związku z prawem krajowym.

Tytułem prawnym objęcia obowiązkiem podatkowym są krajowe przepisy podatkowe, umowy o unikaniu opodatkowania nie są źródłem tego obowiązku. Celem umów jest eliminowanie kolizji właściwych norm prawnych; zarówno kolizji pozytywnej, czyli „podwójnego” opodatkowania, jak i negatywnej, tzn. nieopodatkowania (oraz nierównego traktowania). Ten cel jest często wskazywany już w tytule umów: „[...] w sprawie unikania podwójnego opodatkowania i zapobiegania uchylaniu się od opodatkowania [...]”. W odniesieniu do zapobiegania podwójnemu opodatkowaniu umowy zapobiegają podwójnemu opodatkowaniu w sensie prawnym, czyli dwukrotnemu opodatkowaniu tego samego podmiotu⁸³. Umowy bilateralne uzupełniają w odnośnym zakresie regulacje prawa krajowego (a w odniesieniu do państw-stron również umowy plurilateralne). Umowy te normują obowiązki podatkowe osób fizycznych, osób prawnych prawa krajowego i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej⁸⁴.

7. Język/języki umów i językowe kwestie interpretacji

Cechą polskich umów o unikaniu podwójnego opodatkowania jest brak standardu w zakresie języka umów. Umowy są sporządzane: w językach stron (tzn. w dwóch językach); w językach stron i języku angielskim albo francuskim, albo rosyjskim⁸⁵; wyłącznie w języku innym niż polski⁸⁶ (polska wersja językowa takiej umowy jest wyłącznie tłumaczeniem); w formule mieszanej. W przypadku umowy z Niemcami sama umowa (oraz protokół do niej) została sporządzona w językach polskim i niemieckim, jednak wzajemne porozumienia zmieniające umowę zostały sporządzone – jak wskazałem – wyłącznie w języku angielskim. To zróżnicowanie dopełnia również brak standardu – jednolitej i ciągłej praktyki w zakresie przypisania w umowie mocy wiążącej wersji językowej umowy. Niektóre umowy traktują wszystkie wersje językowe jako równoprawne (w przypadku dwóch albo trzech wersji językowych), niektóre umowy przypisują moc rozstrzygającej wersji angielskiej. Przypisanie przez

⁸⁰ Celem Konwencji jest uniemożliwienie tzw. optymalizacji podatkowej.

⁸¹ W praktyce jednak z modelu korzystają również inne państwa.

⁸² Stworzyła ona więc model-schemat powielony w paru tysiącach umów.

⁸³ Innym przypadkiem podwójnego opodatkowania jest ten sam dochód.

⁸⁴ Umowy nie normują kwestii statusu prawnego osób innych niż fizyczne oraz „jednostek”, są one regulowane prawem krajowym.

⁸⁵ Język angielski jest notyfikowanym przez polski MSZ tzw. językiem roboczym; szerzej S. Nick, *Use of Language in Diplomacy*, [w:] J. Kurbalija, H. Slavik (eds.), *Language and Diplomacy*, Academic Training Institute, Malta 2001, s. 39 i n.

⁸⁶ Był to język angielski.

strony umowy mocy rozstrzygającej w odniesieniu do wątpliwości interpretacyjnych tekstowi angielskiemu wskazuje jednoznacznie, że zgodnie z wolą stron potencjalne rozbieżności przy interpretacji nie są pochodnymi wykładni językowej⁸⁷. Treść umowy z punktu widzenia wykładni językowej została – *a priori* – uznana za jednoznaczną.

Brak jest przesłanek pozwalających stwierdzić istnienie klucza do podejmowania decyzji – praktyka przemawia na rzecz uznania, że decyzje są podejmowane *ad hoc* lub wynikają z oczekiwań drugiej strony umowy.

8. Umowy międzynarodowe w polskim porządku prawnym

Kwestia miejsca umów międzynarodowych, jak też szerzej norm prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym, została uregulowana w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.⁸⁸ – w art. 87 ust. 1 w związku z art. 9. Zgodnie z jego dyspozycją „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe [podkr. – J.M.] oraz rozporządzenia” i państwo – Polska – jest zobowiązane do „przestrzegania” tych umów („art. 9: Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego”). Treść terminu „przestrzeganie umowy” jest oczywisty i oznacza obowiązki jej implementacji w dobrej wierze (w formule łączącej zasadę prawa międzynarodowego *pacta sunt servanda* z „ogólną zasadą prawa narodów cywilizowanych”, jaką jest *bona fides*).

Umowy – podobnie jak też ustawy – obowiązują bezpośrednio. Bezpośrednie obowiązywanie nie oznacza zarazem, że w każdym przypadku umowy mogą być bezpośrednio stosowane. Warunkiem koniecznym obowiązywania jest promulgacja regulowana konstytucyjnie i ustawowo⁸⁹. Ustawa o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych potwierdza również obowiązek państwa do respektowania normy regulującej *vacatio legis*. Zgodnie z art. 4 ustawy „Akty normatywne, zawierające przepisy powszechnie obowiązujące, ogłaszane w dziennikach urzędowych wchodzi w życie po upływie czternastu dni od dnia ich ogłoszenia, chyba że dany akt normatywny określi termin dłuższy”. „Sprostowanie błędu” objęte obwieszczeniem jest aktem normatywnym zawierającym – o czym przesądza treść – przepisy powszechnie obowiązujące. Tak więc wejście w życie obwieszczenia zgodnie z prawem może nastąpić po minimalnym *vacatio legis*. Ustawodawca przewidział przypadki, kiedy termin *vacatio legis* jest krótszy albo bez zwłoki, jednak obwarował go surowymi i określonymi warunkami: „2. W uzasadnionych przypadkach akty normatywne, z zastrzeżeniem ust. 3, mogą wchodzić w życie w terminie krótszym niż czternaście dni, a jeżeli ważny interes państwa wymaga

⁸⁷ Zgodnie z regułami wykładni wykładnia językowa jest przeprowadzana zgodnie z regułami zwyczajnymi rozumienia wypowiedzi w języku naturalnym i języku prawnym.

⁸⁸ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁸⁹ Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych, Dz. U. z 2019 r. poz. 1461.

natychmiastowego wejścia w życie aktu normatywnego i zasady demokratycznego państwa prawnego nie stoją temu na przeszkodzie, dniem wejścia w życie może być dzień ogłoszenia tego aktu w dzienniku urzędowym. 3. Przepisy porządkowe wchodzi w życie po upływie trzech dni od dnia ich ogłoszenia. W uzasadnionych przypadkach przepisy porządkowe mogą wchodzić w życie w terminie krótszym niż trzy dni, a jeżeli zwłoka w wejściu w życie przepisów porządkowych mogłaby spowodować nieodwracalne szkody lub poważne zagrożenia życia, zdrowia lub mienia, można zarządzić wejście w życie takich przepisów z dniem ich ogłoszenia”. Wskazany sposób regulacji *vacatio legis* potwierdza, że polski ustrojodawca – bo norma ustanawiająca *vacatio legis* jest normą ustrojową ustroju państwa rządów prawa – traktuje *vacatio legis* jako normę o randze zasady prawa stanowiącej wartość ustrojową. Niewątpliwie rezygnacja z *vacatio legis* do „sprostowanie błędu” w umowie nie jest uzasadniona ani ważnym interesem państwa, ani norma/normy objęte sprostowaniem nie są „przepisami porządkowymi”. Rezygnacji, a nawet skróceniu, w tym przypadku *vacatio legis*, stoją na przeszkodzie „zasady demokratycznego państwa prawnego”. *Vacatio legis* jest również jedną z zasad współtworzących katalog zasad „zasady poprawnej legislacji”. Zasady te mają rangę zasad ustrojowych potwierdzonych w orzecznictwie polskim i europejskim⁹⁰.

Jeśli niedopuszczalna jest rezygnacja, a nawet skrócenie minimalnego-ustawowego czasu *vacatio legis* (tzn. 14 dni), to tym bardziej niedopuszczalne jest retroakcyjne działanie sprostowania; w takim bowiem przypadku nadaniu aktowi normatywnemu wstecznej mocy prawnej stoją na przeszkodzie „zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 4 Ustawy)”. Praktyka jednak była inna, w wielu przypadkach obwieszczenia o sprostowaniu błędów skutkowały działaniem prawa wstecz. Taka praktyka *contra legem* była stosowana zarówno do obwieszczeń, jak i do samych umów.

Ilustruje to przypadek Konwencji polsko-szwedzkiej. Wątpliwa prawnie jest kwestia terminu jej wejścia w życie. Konwencja została opublikowana w Dzienniku Ustaw z 17 lutego 2006 r., w tym również Dzienniku Ustaw zostało opublikowane Oświadczenie rządowe z 19 grudnia 2005 r. o wejściu w życie Konwencji⁹¹, w Oświadczeniu jako datę wejścia w życie Konwencji wskazano jednak 15 października 2005 r., czyli termin przypadający przed jej ogłoszeniem w Dzienniku Ustaw. W przypadku Obwieszczenia o sprostowaniu błędu Minister nie wskazał terminu wejścia w życie tego aktu prawnego, mimo że obwieszczenie z 20 listopada zostało ogłoszone 27 listopada. Jednak na mocy prawa polskiego początek biegu, minimalnego, 14-dniowego terminu *vacatio legis* rozpoczyna się wraz z dniem ogłoszenia tekstu aktu prawnego. W Dzienniku Ustaw z 27 listopada 2017 r. pod poz. 2177 zostało opublikowane Obwieszczenie Ministra Spraw Zagranicznych z 20 listopada 2017 r. „o sprostowaniu błędu”. W obwieszczeniu wskazano, że w polskim tekście art. 11 ust. 1

⁹⁰ Zob. T. Zalasinski, *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008.

⁹¹ Dz. U. z 2006 r. Nr 26, poz. 194.

Konwencji została zawarta błędna dyspozycja i dyspozycję tę zmieniono, doprowadzając do zgodności tekstu polskiego z tekstem angielskim.

W polskiej praktyce sądowej Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 26 listopada 2001 r.⁹² uznał, że do czasu wprowadzenia zmiany tłumaczenia umowa powinna być stosowana zgodnie z treścią ogłoszoną w Dzienniku Ustaw. NSA wskazał na pewien dualizm prawny regulacji – przedmiotowe umowy powinny bowiem być pomiędzy stronami stosowane na podstawie wersji nieobarczonej błędem, jednak dla „jednostek” wiążący jest ogłoszony tekst w języku polskim⁹³. Podobnie w wyroku WSA w Warszawie z 7 października 2009 r.⁹⁴ w sprawie, w której przedmiotem sporu była treść polsko-węgierskiej Konwencji w sprawie unikania podwójnego opodatkowania w zakresie podatków od dochodu i majątku⁹⁵. Spór wiązał się z tym, że polskie organy skarbowe wobec rozbieżności pomiędzy polskim i węgierskim tekstem Konwencji w przypadku trudności interpretacyjnych, a w rzeczywistości różnic tekstów, za rozstrzygający na podstawie art. 30 Konwencji wiedeńskiej uznały tekst autentyczny, tzn. tekst w języku angielskim. Wynikało to z faktu, że strony Konwencji zrezygnowały z jej sporządzenia w językach narodowych. Tak więc jeżeli w żadnym innym języku niż angielski konwencja nie została sporządzona i podpisana, jest oczywiste, że tekstem mogącym stanowić jej podstawę interpretacji jest tekst angielski. Z zasady urzędowej promulgacji wynika jednak zasada pewności prawa. Konsekwencją tego jest uznanie, że wbrew temu, iż *prima facie* ogłoszony w Dzienniku Ustaw w języku polskim tekst pełni tylko funkcję informacyjną, to przemawia na jego rzecz domniemanie zgodności z tekstem autentycznym. Domniemanie to jest wzruszalne; może być obalone poprzez wskazanie, że z tekstu autentycznego wynika inna treść danego przepisu niż w treści tłumaczenia. Minister Spraw Zagranicznych mógł więc i może sprostować błędy w ogłoszonych tekstach umów międzynarodowych, ale sprostowanie to może mieć charakter formalny, a nie merytoryczny. Rozbieżność opublikowanego w Dzienniku Ustaw tłumaczenia art. 15 ust. 3 Konwencji polsko-węgierskiej na język polski i brzmienia tego przepisu w języku angielskim ma charakter merytoryczny. Tak więc sprostowanie nie było właściwym sposobem procedowania, powinien zostać ogłoszony nowy tekst tłumaczenia. Z drugiej jednak strony, w obiegu wewnętrznym z udziałem osób fizycznych i prawnych w Polsce obowiązywać mogą wyłącznie akty prawne w języku urzędowym. Nie można przyznać pierwszeństwa stosowania w odniesieniu do tekstu autentycznego.

⁹² I SA/Ka 1843/00.

⁹³ NSA wypowiedział ten pogląd w odniesieniu do języka nieautentycznego, tym bardziej więc będzie stosowana w odniesieniu do języka autentycznego.

⁹⁴ SA/Wa 101/09.

⁹⁵ Z 23 września 1992 r., Dz. U. z 1995 r. Nr 12, poz. 602 z późn. zm.

9. Standard prawny prawa europejskiego w przypadku różnic wersji językowych

Europejski schemat postępowania w przypadku różnic pomiędzy wersjami językowymi tekstu prawnego, którego adresatami są osoby fizyczne i prawne prawa krajowego Unii Europejskiej, wyznaczył Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 12 listopada 1969 r., 26/69, w sprawie *Erich Stauder vs. Miasto Ulm, Sozialamt*. Trybunał rozstrzygał spór związany z różnicami pomiędzy wersjami językowymi aktu prawnego. W opinii Trybunału „[...] when a single decision is addressed to all the member states the necessity for uniform application and accordingly for uniform interpretation makes it impossible to consider one version of the text in isolation but requires that it be interpreted on the basis of both the real intention of its author and the aim he seeks to achieve, and in the light in particular of the versions in all four languages. [...] in a case like the present one, the most liberal interpretation must prevail, provided that it is sufficient to achieve the objectives pursued by the decision in question. It cannot, moreover, be accepted that the authors of the decision intended to impose stricter obligations in some member states than in others⁹⁶”.

Będące przedmiotem analizy przypadki co do istoty są identyczne, tzn. cel regulacji w postaci wyeliminowania sytuacji, w której jakkolwiek podmiot zostanie poddany podwójnemu opodatkowaniu albo uniknie obowiązku podatkowego, zostanie zrealizowany niezależnie od wersji językowej. To przemawia na rzecz dopuszczenia wykładni z wykorzystaniem najbardziej liberalnej wersji językowej. Z punktu widzenia prawa europejskiego nic nie przemawia na rzecz wyboru określonej wersji językowej przy wykładni umowy w sytuacji, gdy wybór ten nie ma szczególnej podstawy prawnej w postaci dyspozycji umownej, a na dodatek wersje różnią się liberalizmem.

Powyższa interpretacja wyroku TS czyni z niego, *sui generis, umbrella clause*; posługiwanie się takimi klauzulami jest ogólnie akceptowanym standardem.

10. Konkluzje

W tytule tekstu postawiłem pytanie: czy leci z nami pilot?, które to pytanie odniosłem do wyznaczonych przedmiotowo ram badania. To pytanie w odniesieniu do praktyki państwa powinno być – przed lekturą – uznane za, w najlepszym

⁹⁶ „[...] w przypadku, w którym jedna decyzja jest skierowana do wszystkich państw członkowskich, konieczność jednolitego stosowania, a co za tym idzie – jednolitej wykładni sprawia, że niemożliwe jest rozpatrywanie jednej wersji tekstu w oderwaniu od innych, ale wymaga, by była ona interpretowana zarówno na podstawie rzeczywistej intencji jej autora, jak i celu, do którego dąży, a w szczególności w świetle wersji we wszystkich czterech językach. [...] W takim przypadku, jak niniejszy, musi przeważać najbardziej liberalna interpretacja, pod warunkiem, że jest ona wystarczająca do osiągnięcia celów, do których zmierza przedmiotowa decyzja. Ponadto nie można przyjąć, że autorzy decyzji zamierzali nałożyć w niektórych państwach członkowskich bardziej rygorystyczne zobowiązania niż w innych [tłumaczenie własne – J.M.]”.

przypadku, marny żart. Niestety wnioski z analizy wskazują na to, że pilot, czyli instytucje państwa, od czasu do czasu opuszcza kokpit, a od czasu do czasu, będąc za sterami, łamie procedury, narusza prawo (materialne i proceduralne). W tych momentach – i wtedy, kiedy nie ma pilota, i wtedy, kiedy pilot łamie procedury – państwo „dryfuje w powietrzu”. Każdy dryf państwa – instytucji państwa – jest niebezpieczny dla osób (fizycznych i prawnych) znajdujących się na jego terytorium, obywateli i państwa. Dryf państwa narusza prawa obywateli – obywatele mają prawo do sprawnego państwa. Zarazem obywatele nie powinni ograniczać swojej roli do roli obserwatora, obywatele nie powinni akceptować dryfowania państwa – państwa w dryfie.

Agresja Rosji na Ukrainę i jej konsekwencje dla rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Szkic problematyki

Wprowadzenie

Dnia 24 lutego 2022 r. doszło do napaści zbrojnej Rosji na Ukrainę. Stanowi ona kontynuację agresywnej polityki Rosji wobec sąsiadów, zwłaszcza w tzw. obszarze posowieckim, w tym Ukrainy, prowadzonej od 2014 r. Po II wojnie światowej, mimo zakazu użycia siły i groźby jej użycia uznanej na mocy Karty NZ i międzynarodowego prawa zwyczajowego za zasadę prawa międzynarodowego, niejednokrotnie dochodziło do interwencji zbrojnych ze strony różnych państw. Dotyczyło to także mocarstw zasiadających w Radzie Bezpieczeństwa ONZ, jak np. interwencja ZSRR w Afganistanie w latach 1979-1980, Stanów Zjednoczonych w Nikaragui w latach 1981-1988, NATO w Kosowie w 1999 r., Stanów Zjednoczonych i sprzymierzonych z nimi państw w Iraku w 2003 r., Rosji w Gruzji w 2008 r., Stanów Zjednoczonych w Libii w 2011 r., Francji i niektórych państw afrykańskich w Mali w 2013 r., Stanów Zjednoczonych, a nieco później także Zjednoczonego Królestwa i Francji w Syrii w 2017 i 2018 r. Interwencje te zazwyczaj były sprzeczne z prawem międzynarodowym¹.

Jednak konflikt ukraiński z uwagi na jego skalę (pełnowymiarowy międzypaństwowy konflikt zbrojny podjęty jednostronnie, bez upoważnienia ze strony Rady Bezpieczeństwa) i cel działania zbrojnego (podporządkowanie Ukrainy Rosji w powiązaniu z negacją legalności jej władz państwowych, a nawet jej odrębności narodowej i własnej państwowości, oraz prawa do wyboru sojuszy), a także wyartykułowany wprost cel dalekosiężny, jakim jest podważenie światowej hegemonii Stanów Zjednoczonych, wykracza poza dotychczasowe doświadczenia po zakończeniu II wojny światowej. Dotyka on kluczowych fundamentów porządku międzynarodowego i przyczynia się do pierwszego, od zakończenia zimnej wojny, tak gwałtownego i drastycznego spolaryzowania świata. Stanowi też poważne wyzwanie dla koncepcji

* Prof. dr hab. Cezary Mik, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-6758-1909](https://orcid.org/0000-0002-6758-1909).

¹ Znakomity przegląd przypadków zaistniałych po 1945 r. wraz z ich oceną prawnomiędzynarodową: T. Ruys, O. Corten, A. Hofer (eds.), *The Use of Force in International Law. A Case-based Approach*, Oxford University Press, Oxford 2018. Interwencje podzielono na trzy okresy: po zakończeniu II wojny światowej, po zakończeniu zimnej wojny i po ataku na World Trade Center z 2001 r. Zob. też A. Kleczkowska, *Użycie siły między państwami w świetle międzynarodowego prawa zwyczajowego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2018, s. 154 i n., 247 i n.

rządów prawa na poziomie międzynarodowym kształtowanej od początku XXI w. Może być też traktowany jako wyraz konfrontacji między liberalnym i nieliberalnym postrzeganiem prawa międzynarodowego.

Agresja na Ukrainę wyzwoliła wiele problemów prawa międzynarodowego. Wykraczają one poza ramy tego artykułu. W tym miejscu uwaga zostanie skupiona jedynie na wpływie napaści zbrojnej na pojmowanie rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Problematyka ta zostanie przedstawiona w trzech częściach. Przedmiotem pierwszej z nich będzie agresja rosyjska i jej syntetyczna ocena prawnomiędzynarodowa w postaci, w jakiej została sformułowana w praktyce międzynarodowej. Poprzedzi ją krótka prezentacja Ukrainy jako państwa niepodległego. Z kolei agresja będzie pokazana w kontekście założeń strategicznych Rosji. W części drugiej znajdują się rozważania dotyczące koncepcji rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Omówione zostanie pojęcie rządów prawa oraz ich specyfika na poziomie międzynarodowym. W części ostatniej rozważane będą, na zasadzie prognozy, konsekwencje konfliktu zbrojnego na Ukrainie dla rozumienia i działania rządów prawa na poziomie międzynarodowym.

1. Agresja Rosji na Ukrainę

1.1. Ukraina jako państwo niepodległe

Ukraina jest państwem niepodległym, które wyłoniło się z rozpadu ZSRR². Rada Najwyższa Ukrainy ogłosiła niepodległość pierwotnie 16 lipca 1990 r., ponownie (po referendum z 17 marca 1991 r.) dnia 24 sierpnia 1991 r. Dnia 8 grudnia 1991 r. przywódcy Białorusi, Ukrainy i Federacji Rosyjskiej uzgodnili, że z dniem 25 grudnia 1991 r. wygaśnie Traktat o utworzeniu ZSRR podpisany 21 grudnia 1922 r. przez cztery republiki socjalistyczne: Rosyjską, Transkaukaską (istniejącą do 1936 r.; jej miejsce zajęły republiki Armeńska, Azerbejdżańska i Gruzjińska; po 1922 r. do ZSRR przyłączono inne republiki, a w 1940 r. państwa nadbałtyckie i Mołdawię), Białoruską i Ukraińską (tzw. porozumienie mińskie)³. Dnia 21 grudnia 1991 r.

² Prawnicy różnią się poglądami co do sposobu powstania Ukrainy. Według jednych powstała ona wskutek secesji, według innych rozpadu (rozcłonkowania) poprzednika. Zob. W. Czapliński, *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodowoprawne (1990-1992)*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1998, s. 34-35; H. Hamant, *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Éditions Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2007, s. 51 i n.; K. Karski, *Rozpad Związku Radzieckiego a prawo międzynarodowe*, Bellona, Warszawa 2015, s. 185-209; V. Bilkova, *La succession aux traités internationaux suite à la dissolution des fédérations ex-socialistes après 1990*, [w:] G. Distefano, G. Gaggioli, A. Hêche (dir.), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traité. Commentaire article par article et études thématiques*, vol. 2, Éditions Bruylant, Bruxelles 2016, s. 1810-1814. Nie ma to jednak istotnego znaczenia dla tego opracowania. Niemniej warto zauważyć, że Rosja uznała się za kontynuatora ZSRR i w takiej roli została uznana przez wspólnotę międzynarodową, w tym ONZ. Ukraina kwestionowała jednak ten status Rosji, podkreślając, że – tak jak pozostałe republiki – jest legitymowanym i równym następcą prawnym po ZSRR. Zob. H. Hamant, *Démembrement...*, s. 202-205.

³ Traktat ustanawiający ZSRR został ratyfikowany 30 grudnia 1922 r.

przedstawiciele pozostałych republik radzieckich zebrani w Ałma Acie, poza Gruzją i państwami bałtyckimi, zdecydowali się podpisać uzgodnienia mińskie. Rada Najwyższa Federacji Rosyjskiej podjęła decyzję o wypowiedzeniu Traktatu o utworzeniu ZSRR dnia 12 grudnia 1991 r.⁴ Samorozwiązanie ZSRR nastąpiło na mocy decyzji Rady Republik Rady Najwyższej ZSRR z dniem 26 grudnia 1991 r.

Jedną z kluczowych gwarancji suwerenności i niezależności Ukrainy stało się Memorandum w sprawie gwarancji bezpieczeństwa związane z przystąpieniem Ukrainy do Traktatu o nieprolifracji broni jądrowej podpisane 5 grudnia 1994 r.⁵ Opiera się ono na założeniu, że Ukraina zrezygnuje z broni jądrowej, którą posiadała w wyniku rozpadu ZSRR w zamian za gwarancje ze strony Rosji, Zjednoczonego Królestwa i Stanów Zjednoczonych, udzielone zgodnie z zasadami OBWE, w stosunku do niepodległości i suwerenności Ukrainy oraz jej istniejących granic. Gwaranci, będący wraz z Ukrainą stroną umowy, potwierdzili również swoje zobowiązanie do powstrzymania się od groźby użycia i użycia siły przeciwko integralności terytorialnej i niezależności politycznej Ukrainy oraz do nieużywania żadnej broni przeciwko Ukrainie, poza przypadkiem samoobrony lub w inny sposób zgodny z Kartą NZ. Co więcej, gwaranci zgodzili się również, że nie będą, zgodnie z zasadami OBWE, stosować wobec Ukrainy presji ekonomicznej zmierzającej do podporządkowania swoim interesom praw nierozdzielnie związanych z suwerennością Ukrainy albo uzyskania innych korzyści. Gdyby Ukraina stała się ofiarą aktu agresji lub przedmiotem groźby agresji z zastosowaniem broni jądrowej, Rosja, Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone zobowiązały się jej pomóc, aby bezzwłoczne działania podjęła Rada Bezpieczeństwa ONZ. W stosunku do Ukrainy potwierdziły one także, że nie użyją broni jądrowej przeciwko państwu jej nieposiadającemu, chyba że same doznają takiego ataku. Strony Memorandum ustaliły ponadto, że będą konsultowały się w razie sytuacji, która wywołuje kwestię odnoszącą się do wymienionych zobowiązań.

Ukraina jest państwem powszechnie uznanym, w tym przez Rosję (formalne uznanie nastąpiło już 2 grudnia 1991 r.; Rosja, obok Polski i Kanady, była jednym z pierwszych państw, które dokonało uznania). Ukraina jest członkiem ONZ (najpierw

⁴ Postanowienie No. 2015-I.

⁵ "United Nations Treaty Series" vol. 3007. Weszło w życie wraz z podpisaniem. Analogiczne memoranda podpisały także Białoruś i Kazachstan. Potwierdziło je wspólne oświadczenie dotyczące wygaśnięcia porozumienia START podpisane 4 grudnia 2009 r. przez Federację Rosyjską i Stany Zjednoczone. Zob. Th. Grant, *The Budapest Memorandum of 5 December 1994: Political Engagement or Legal Obligation?*, "Polish Yearbook of International Law" 2014, vol. 34, s. 85 i n. Autor analizuje nie tylko samo Memorandum i okoliczności jego zawarcia, ale także następczą praktykę jego dotyczącą. Uznaje m.in., że Memorandum mówi o *commitments*, a tylko raz o *obligation* (s. 95). W związku z tym stwierdza, że jest ono mieszanką zobowiązań prawnych i politycznych. Zobowiązania polityczne mogą być ujmowane w postaci prawnej (s. 98). W konkluzji swoich rozważań autor uznaje, że Memorandum przyjęło postać umowy międzynarodowej, co jednak nie podważa ustalenia, że ma ono jedynie polityczne skutki. Uznaje zarazem, że strony nie chciały pozbawić tej umowy znaczenia. Memorandum zawiera poważne zobowiązania. Z praktyki następczej wywodzi, że jego główna konsekwencja dotyczy reżimu nieprolifracji (s. 110). Rozumowanie to uważam za nietrafne. Fakt, że umowa ta nie rodzi zobowiązań, które nie wiązałyby stron na innej podstawie prawnej, nie pozbawia jej jako całości mocy prawnej. Także polityczny przedmiot umowy nie pozbawia Memorandum charakteru prawnego.

jako republika należąca do ZSRR, potem jako niepodległe państwo), wielu innych organizacji międzynarodowych o charakterze powszechnym i partykularnym, w tym Rady Europy (od 1995 r.), a także państwem uczestniczącym w OBWE (od 1992 r.). Aktywnie uczestniczy w obrocie międzynarodowym. Biorąc pod uwagę jedynie traktaty rejestrowane w ONZ ("United Nations Treaty Series") i w Radzie Europy ("European Treaty Series"), jest stroną odpowiednio 435 i 94 zarejestrowanych umów międzynarodowych⁶. Utrzymuje także stosunki dyplomatyczne i konsularne z wieloma państwami (138 misji; 71 ambasad), w tym z Rosją.

1.2. Agresja Rosji na Ukrainę i jej ocena przez wspólnotę międzynarodową

1.2.1. Agresja Rosji w 2014 r. i jej ocena przez wspólnotę międzynarodową

Federacja Rosyjska podjęła pierwsze agresywne kroki wobec Ukrainy w 2014 r. Chociaż nie wiązały się one z inwazją wojskową, to jednak nie ulega wątpliwości, że stanowiły one wstęp do późniejszego konfliktu zbrojnego.

Po obaleniu rządów Wiktora Janukowycza i Partii Regionów w dwóch obwodach we Wschodniej Ukrainie, tj. obwodach ługańskim i donieckim, doszło do demonstracji domagających się autonomii dla tych obwodów, a nawet przyłączenia do Rosji. Następnie zwolennicy autonomii proklamowali w części obwodów Doniecką Republikę Ludową i Ługańską Republikę Ludową, a później wspólnie Federacyjną Republikę Noworosji. Ukraina podjęła przeciwko separatystom działania wojskowe określone jako operacja antyterrorystyczna. Separatystów niejawnie wspierała jednak Rosja. Pakt północnoatlantycki uznał ten konflikt za tzw. konflikt hybrydowy. Po pewnym czasie strony konfliktu postanowiły tymczasowo zawiesić działania zbrojne. Próba rozwiązania problemów podjęta w Genewie (deklaracja czterostronna Rosji, Ukrainy, Stanów Zjednoczonych i Unii Europejskiej) nie przyniosła wszakże pożądanych rezultatów na skutek jej odrzucenia przez separatystów.

Upadek W. Janukowycza spowodował także zamieszki na Krymie. Nowo wybrany mer Sewastopola ogłosił, że przejmuje władzę w mieście. Z kolei władze Autonomicznej Republiki Krymu odrzuciły zwierzchność władz Ukrainy. Do Krymu wkroczyły wojska rosyjskie (bez oznaczeń wojskowych). Zostały wyłonione nowe władze Krymu, które wezwały Rosję do zapewnienia spokoju i bezpieczeństwa mieszkańcom Krymu. Rada Federacji Rosji wydała zgodę na użycie sił zbrojnych poza granicami państwa, co zaowocowało wprowadzeniem wojsk rosyjskich na Krym. Władze Sewastopola zwróciły się do władz krymskich o przyłączenie miasta do Autonomii. Na początku marca 2014 r. Rada Najwyższa Autonomicznej Republiki Krymu przyjęła uchwałę w sprawie przyłączenia Republiki do Federacji Rosyjskiej. Wniosek ten poparła Rada Federacji Rosyjskiej. Dnia 16 marca 2014 r. odbyło się referendum, którego wynik oznaczał zgodę na przyłączenie Krymu do Rosji. Rada

⁶ Dane odpowiednio za: <https://treaties.un.org/Pages/TreatyParticipantSearch.aspx?clang=en> oraz <https://www.coe.int/en/web/conventions/by-member-states-of-the-council-of-europe?module=treaties-full-list-signature&CodePays=U&CodeSignatureEnum=RATIFIED&DateStatus=03-19-2022&CodeMatiere=> [dostęp i dane na 8.07.2022].

Najwyższa Republiki Krymskiej ogłosiła niepodległość, a następnie prezydent Władimir Putin wydał 17 marca 2014 r. dekret o przyłączeniu Krymu do Rosji⁷.

Próby rozwiązania konfliktu wobec tzw. republik donieckiej i ługańskiej zostały podjęte w ramach porozumień mińskich. Pierwsze z nich, przygotowane z udziałem OBWE (w ramach Trójstronnej Grupy Kontaktowej ds. Ukrainy), zostało zawarte jako Protokół miński 5 września 2014 r. (tzw. Mińsk I)⁸ i dotyczyło przede wszystkim obu republik. Zakładał on zawieszenie broni, wycofanie wojsk, decentralizację władzy państwowej w odniesieniu do obu republik, a także wprowadzenie monitoringu OBWE. Następnie doszło do podpisania Memorandum implementacyjnego (19 września 2014 r.)⁹. Jednak ustalenia obu umów nie zostały dotrzymane, a walki wznowiono, zwłaszcza z początkiem 2015 r. Wynegocjowano wówczas, na podstawie planu francusko-niemieckiego, drugie porozumienie, zwane Pakietem środków w sprawie wykonania porozumień mińskich (tzw. Mińsk II; 12 lutego 2015 r.)¹⁰. Ustalono nowe warunki zawieszenia broni pod kontrolą OBWE i przywrócono kontrolę zewnętrznej granicy państwowej Ukrainy. Postanowiono zarazem wrócić do koncepcji decentralizacji Ukrainy w ramach nowej konstytucji, jaka miałaby być uchwalona do 2015 r., i nowej ustawy o lokalnym samorządzie, w celu uwzględnienia specyficznych cech republik donieckiej i ługańskiej. Jednak także nowe porozumienie nie zostało wprowadzone w życie, mimo że Rada Bezpieczeństwa ONZ zaakceptowała Mińsk II¹¹.

Wobec wydarzeń na Ukrainie Rada Bezpieczeństwa podjęła próbę uchwalenia rezolucji (15 marca 2014 r.)¹². Jej projekt przewidywał potwierdzenie suwerenności, niezależności, jedności i integralności terytorialnej Ukrainy. Wzywano w niej do pokojowego rozwiązania sporu i powstrzymania się od działań jednostronnych. Zwracano też uwagę, że Ukraina nie wyrażała zgody na referendum na Krymie. Stwierdzono, że nie jest ono ważne i nie może być podstawą zmiany jego statusu prawnego. Wzywano w niej także wszystkie państwa, organizacje międzynarodowe i wyspecjalizowane agendy do powstrzymania się od uznawania stanu rzeczy wykreowanego przez referendum. Rezolucja została jednak zawetowana przez Rosję.

W tej sytuacji wspólnota międzynarodowa zareagowała na wydarzenia na Krymie rezolucją Zgromadzenia Ogólnego: Integralność terytorialna Ukrainy z 27 marca 2014 r.¹³ Przyjęto ją jednak zaskakująco małą większością 100 głosów, przeciwko

⁷ Zob. też argumentację uzasadniającą działania Rosji wyrażoną przez W. Putina, także nawiązującą do prawa międzynarodowego. Obszerny cytat w: L. Mälksoo, *Russian Approaches to International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 180-181.

⁸ Tekst: <https://www.osce.org/files/f/documents/a/a/123258.pdf> [dostęp 8.07.2022].

⁹ Tekst: <https://www.osce.org/files/f/documents/a/1/123807.pdf> [dostęp 8.07.2022].

¹⁰ Tekst: <https://www.osce.org/files/f/documents/5/b/140221.pdf> [dostęp 8.07.2022].

¹¹ S/RES/2202(2015) z 17 lutego 2015 r.

¹² Od głosu wstrzymały się Chiny. Pozostałych 13 członków Rady Bezpieczeństwa głosowało za podjęciem uchwały. S/2014/189; tekst: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2014_189.pdf [dostęp 8.07.2022].

¹³ A/RES/68/262. Zob. też oświadczenia państw wyrażone podczas debaty w Zgromadzeniu Ogólnym: <https://www.un.org/press/en/2014/ga11493.doc.htm> [dostęp 8.07.2022].

11 i przy 58 głosach wstrzymujących się (wynika z tego, że w głosowaniu nie uczestniczyły aż 24 państwa, w tym np. Iran)¹⁴. Treść rezolucji jest syntetyczna, będąc wyrazem chwiejnego konsensusu politycznego.

W pierwszych słowach rezolucji Zgromadzenie Ogólne potwierdziło kluczowe znaczenie Karty NZ w promowaniu rządów prawa między narodami. Przypomniano zarówno ogólne zasady prawa międzynarodowego, w tym zakaz użycia siły i groźby użycia siły (łącznie z niedopuszczalnością nabycia cudzego terytorium wskutek użycia lub groźby użycia siły), oraz zasadę pokojowego rozwiązywania sporów z art. 2 pkt 3 i 4 Karty NZ, jak i regulacje specyficznie dotyczące sytuacji Ukrainy i jej stosunków z Rosją, w tym m.in. Memorandum z Budapesztu z 1994 r., dwustronny Traktat o przyjaźni, współpracy i partnerstwie z 1997 r. i Deklarację z Ałma Aty z 1991 r. Podkreślono też znaczenie suwerenności, niepodległości politycznej i integralności terytorialnej Ukrainy w jej międzynarodowo uznanych granicach. Wezwano wszystkie państwa do powstrzymania się od rozrywania jedności narodowej i integralności terytorialnej Ukrainy, w tym od prób zmiany granic wskutek użycia lub groźby użycia siły. Podkreślono też, że referendum krymskie nie odbyło się na podstawie upoważnienia właściwych władz Ukrainy i jest nieważne. Nie może zatem stać się podstawą zmiany statusu Republiki Autonomicznej Krymu i Sewastopola. Wreszcie wezwano wszystkie państwa, organizacje międzynarodowe i agendy wyspecjalizowane do odmowy uznania zmiany statusu wymienionych terytoriów na podstawie referendum oraz do powstrzymania się od wszelkich działań, które mogłyby być rozumiane jako uznanie zmiany ich statusu¹⁵.

W późniejszych latach Zgromadzenie Ogólne przyjmowało rezolucje dwójakiego rodzaju: dotyczące militaryzacji Autonomicznej Republiki Krymu i miasta Sewastopol na Ukrainie oraz części Mórz Czarnego i Azowskiego, a także sytuacji praw człowieka w czasowo okupowanej Autonomicznej Republice Krymu i w mieście Sewastopol na Ukrainie. Ostatnie takie rezolucje uchwalono w grudniu 2021 r.¹⁶ Jest wszakże bardzo doniosłe to, że rezolucje te nie wzbudzały entuzjazmu. Były uchwalane w zasadzie mniejszościowo, gdyż za ich uchwaleniem opowiadało się tylko

¹⁴ Przeciwno rezolucji głosowały, poza Rosją i Białorusią, Armenia, Boliwia, Korea Ludowo-Demokratyczna, Kuba, Sudan, Syria, Wenezuela i Zimbabwe. Wstrzymały się od głosu zwłaszcza państwa Afryki (w tym Egipt, Etiopia, Kenia, RPA) i Ameryki Łacińskiej (łącznie z Argentyną, Brazylią), a także niektóre republiki poradzieckie (Kazachstan, Uzbekistan) i państwa Azji i Oceanii (m.in. Indie, Pakistan, Mongolia, Bangladesz, Wietnam, Irak).

¹⁵ Zob. też Th. Grant, *Annexation of Crimea*, "American Journal of International Law" 2015, vol. 109, no. 1, s. 68 i n., zwł. s. 87-93. Uważa, że państwa, które opowiedziały się przeciwko lub wstrzymały się od głosu w odniesieniu do nieuznawania aneksji Krymu, niekoniecznie wspierały także aneksję jako taką (np. Boliwia). Niektóre z nich wręcz wzywały do zachowania integralności terytorialnej Ukrainy (np. Urugwaj, Ekwador, Botswana). Autor jednoznacznie krytycznie ustosunkowuje się do prób uzasadnienia prawnego odłączenia się Krymu od Ukrainy i jego aneksji przez Rosję. Zob. też P. Grzebyk, *Aneksja Krymu przez Rosję w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2014, nr 1, s. 19 i n. Autorka trafnie kwalifikuje przyłączenie Krymu do Rosji jako akt agresji, krytykując próby jej uzasadnienia jako dopuszczalnego prawnie użycia siły czy samoobrony. Podkreśla zarazem naruszenie zakazu użycia siły jako normy bezwzględnie wiążącej.

¹⁶ Odpowiednio: A/RES/76/70 oraz A/RES/76/179.

nieco ponad 60 państw (rezolucje z 2021 r. uchwalano większością 62:22:55 i 65:25:85). Tylko fakt, że duże grupy państw wstrzymywały się od głosu, pozwolił na ich przyjęcie. Wyniki głosowań świadczą nie tylko o braku pełnego poparcia dla rezolucji w zaproponowanym kształcie, ale także o politycznej niezdolności (braku woli) wielu państw dokonania zdecydowanych ocen.

Spór dotyczący Donbasu i Krymu znalazł się pośrednio również na wokandzie Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Ukraina wniosła skargę do MTS na naruszenie przez Rosję Międzynarodowej konwencji o zniesieniu finansowania terroryzmu i Międzynarodowej konwencji o zakazie wszelkich form dyskryminacji rasowej. Trybunał wydał w tej sprawie 19 kwietnia 2017 r. zarządzenie w sprawie środków tymczasowych¹⁷. W odniesieniu do sytuacji na Krymie zobowiązano Rosję do dostosowania się do Konwencji o zakazie dyskryminacji rasowej. Zobowiązano także do powstrzymania się od utrzymywania lub nakładania ograniczeń na zdolność Tatarów krymskich do zachowania instytucji przedstawicielskich, w tym Medżyłisu (stosunkiem głosów 13:3), oraz do zapewnienia dostępności edukacji w języku ukraińskim (jednomyślnie). Trybunał nałożył też na obie strony obowiązek nie pogarszania lub nieposzerzania sporu oraz nieutrudniania jego rozstrzygnięcia (jednomyślnie). Dnia 8 listopada 2019 r. MTS rozstrzygnął też wątpliwości dotyczące zarzutów wstępnych, uznając, że ma jurysdykcję do rozpatrzenia sprawy co do meritum¹⁸.

Do sprawy odniósł się również Europejski Trybunał Praw Człowieka. Do rozpoczęcia napaści zbrojnej trafiło do niego dziewięć skarg Ukrainy przeciwko Rosji dotyczących naruszenia praw człowieka chronionych europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz protokołami do niej dołączonymi w związku z naruszeniami, jakie miały miejsce od 2014 r., w tym w związku z sytuacją na Krymie (niektóre zostały wykreślone z wokandy; poza tym wniesiono wiele skarg indywidualnych)¹⁹. Jednakże Trybunał wydał decyzję w sprawie dopuszczalności skarg dotyczących sytuacji na Krymie dopiero 16 grudnia 2020 r.²⁰ Uznał, że sprawy mieszczą się w jurysdykcji i są dopuszczalne w odniesieniu do art. 2, 3, 5, 6, 8-11, art. 1 i 2 Protokołu nr 1 oraz art. 2 Protokołu nr 4. Ponadto uznał za dopuszczalne skargi w zakresie, w jakim dotyczą art. 14 w związku z art. 8-11 Konwencji i art. 2 Protokołu nr 4. W kontekście dopuszczalności skargi Trybunał stwierdził też, że Rosja sprawowała efektywną kontrolę nad Krymem.

Nieco później (23 lipca 2021 r.) także Rosja wniosła skargę przeciwko Ukrainie dotyczącą praktyki administracyjnej na Ukrainie polegającej m.in. na zabójstwach, uprowadzeniach, przymusowych przesiedleniach, ingerencji w prawo do głosowania,

¹⁷ "International Court of Justice Reports" 2017, s. 104.

¹⁸ "International Court of Justice Reports" 2019, s. 558.

¹⁹ M.in. skargi nr 20958/14 (przejęcie kontroli przez Rosję nad Krymem i wydarzenia na wschodniej Ukrainie), 43800/14 (porwanie dzieci na wschodniej Ukrainie i ich transfer do Rosji), 49537/14 (sprawa Tatarów krymskich), 42410/15 (wydarzenia na wschodniej Ukrainie i Krymie), 55855/18 (incydent morski w cieśninie kerczeńskiej).

²⁰ Skargi nr 20958/14 i 38334/18. Tekst: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-207622&filename=UKRAINE%20v.%20RUSSIA%20\(RE%20CRIMEA\).pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-207622&filename=UKRAINE%20v.%20RUSSIA%20(RE%20CRIMEA).pdf) [dostęp 8.07.2022].

ograniczenia w używaniu języka rosyjskiego oraz ataki na rosyjską ambasadę i konsulaty. Ponadto Rosja zarzuciła Ukrainie odcięcie dostaw wody na Krym przez Kanał Północnokrymski i odpowiedzialność za śmierć pasażerów lotu MH17, ponieważ nie zamknęła swojej przestrzeni powietrznej (naruszenia art. 2, 3, 5, 8, 10, 13, 14, 18 Konwencji, art. 1-3 Protokołu nr 1, art. 1 Protokołu nr 12). Rosja wniosła także o zastosowanie środków tymczasowych. Trybunał uznał wydanie decyzji w tej sprawie za niedopuszczalną.

1.2.2. Agresja Rosji w 2022 r. i jej ocena przez wspólnotę międzynarodową

Agresja Rosji na Ukrainę w 2022 r. przebiega w dwóch fazach. Pierwszą z nich, bardzo krótką, pozornie pokojową, wiąże się z uznaniem niepodległości samozwańczych republik donieckiej i ługańskiej i zawarciem z nimi separatystycznego Traktatu o przyjaźni i wzajemnej pomocy. Uzasadnienie tych działań zostało ogłoszone przez W. Putina 21 lutego 2022 r. w wystąpieniu telewizyjnym²¹. Ze względu na to, że stało się ono istotnym wstępem do dalszych kroków przeciwko Ukrainie, warto poświęcić mu trochę uwagi.

W. Putin sformułował siedem zasadniczych argumentów wspierających jego decyzję. Stwierdził, że: 1) Ukraina nie jest odrębnym narodem, lecz stanowi niezbywalną część historii, kultury i przestrzeni duchowej Rosji; 2) Ukraina jest państwem po-niekąd sztucznym (choć nie użył tego określenia), wykreowanym przez komunistyczną Rosję, zwłaszcza Lenina (on przyłączył do niej Donbas). Jej terytorium zostało poszerzone przez Stalina (polskie i węgierskie ziemie zachodnie) i Chruszczowa (Krym). Obecna Ukraina jest produktem rozkładu ZSRR, który Putin rozumie jako historyczną Rosję, oraz błędów w polityce narodowej i gospodarczej, jakie popełniono. Nie okazała ona wdzięczności za udzielaną jej pomoc gospodarczą. Natomiast podnosi roszczenia terytorialne wobec Rosji; 3) władze Ukrainy dokonały tzw. wyboru prozachodniego, który jest dla niej obcy z punktu widzenia interesów narodowych i historii. Wybór ten służy geopolitycznym przeciwnikom Rosji i klanom oligarchicznym, które wzbogaciły się kosztem ludności; 4) Ukraina jest państwem upadłym. Kieruje nią marionetkowy rząd, który, osłabiony korupcją korodującą cały system państwa, ulega radykałom. Procedury wyborcze stanowią jedynie parawan dla podziału władzy i majątku przez klany. Sytuację państwa pogorszył zamach stanu z 2014 r., wsparty przez obce państwa, który doprowadził na skraj wojny domowej. Doszło do masowej emigracji za pracą, kraj pogrążył się w kryzysie gospodarczym i finansowym. Ukraina nie jest państwem samodzielnym. Jest ono kierowane z zewnątrz, a ludność prorosyjska dyskryminowana, także siłą; 5) na Ukrainie doszło do niekorzystnych zmian w sferze wojskowej. Jej nowa strategia wojskowa została skierowana przeciwko Rosji. Zarysowuje się w niej możliwość wybuchu wojny. Putin zarzucił też, że Ukraina jest zdolna do szybkiego uzyskania broni jądrowej i jest gotowa technicznie do jej użycia przeciwko Rosji. Uży-skała też ogromne wsparcie finansowe i wojskowe od innych państw, w tym zwłaszcza

²¹ Tekst wideo z transkrypcją w języku angielskim: <https://www.c-span.org/video/?518097-2/russian-president-putin-recognizes-independence-donetsk-luhansk-ukraines-donbas-region> [dostęp 8.07.2022].

Stanów Zjednoczonych. Wbrew własnej konstytucji na jej terytorium ulokowano bazy wojskowe w postaci ośrodków szkoleniowych NATO. Na Ukrainę nieustannie przesyłana jest broń z Zachodu. Pod pretekstem gier wojennych rozmieszczono tam kontyngenty wojskowe NATO. Zachód bada terytorium Ukrainy jako przyszły teatr wojny; 6) Ukraina buduje swoje bezpieczeństwo przy wsparciu NATO. Dokonuje tego z naruszeniem zasady określonej w Europejskiej karcie bezpieczeństwa OBWE z 1999 r., którą W. Putin uważa za zasadę prawa międzynarodowego, tj. niepodzielnego bezpieczeństwa (państwo nie może zwiększać swojego bezpieczeństwa kosztem bezpieczeństwa partnerów). Przyjęcie Ukrainy do NATO naruszyłoby tę zasadę, co potwierdza przeprowadzone już rozszerzenie NATO na Europę Środkową i Wschodnią. W. Putin uznał poszerzenie NATO za źródło kryzysu bezpieczeństwa i stosunków międzynarodowych. Negatywnie ocenił także odrzucenie inicjatyw Rosji w sprawie zawarcia porozumienia o bezpieczeństwie z 2008 r. i 2021 r.; 7) na Ukrainie dokonano się ludobójstwo na 14 milionach mieszkańców, którzy nie chcieli poprzeć zamachu stanu.

W. Putin stwierdził też, że jest gotów do porozumienia, pod warunkiem, że zaakceptowane będą jako jeden pakiet następujące warunki: 1) rezygnacja z ekspansji NATO na Wschód; 2) nieprzesuwanie broni ofensywnej NATO na Wschód, w pobliże granic Rosji; 3) cofnięcie infrastruktury wojskowej NATO do stanu z 1997 r. W ten sposób przyznał, że problemem nie jest Ukraina, lecz stworzenie nowego rozwiązania, co najmniej europejskiego, w sferze bezpieczeństwa, które byłoby zgodne z interesami Rosji. To z kolei oznaczałoby stworzenie z państw Europy Środkowej i Wschodniej oraz Ukrainy strefy buforowej między Zachodem a Rosją.

Rozpoczęcie fazy drugiej wyznaczył bezpośredni atak zbrojny na Ukrainę, który rozpoczął się 24 lutego 2022 r. Wraz z nim W. Putin wydał oświadczenie, które uznaje się za wypowiedzenie wojny²². Tym razem uzasadnienie działań zbrojnych Rosji jest jeszcze bardziej jednoznacznie skierowane wobec Zachodu. Prezydent Rosji zarzucił NATO, że – wbrew ustaleniom z 1997 r. – trwa ekspansja NATO na Wschód. W efekcie załamaniu uległa równowaga sił. Nieprzestrzegane są wcześniej zawarte umowy międzynarodowe. Normy prawa międzynarodowego ukształtowane w wyniku zakończenia II wojny światowej zwycięzca zimnej wojny zaczął bowiem mieszać z normami zadeklarowanymi przez siebie, bez poszanowania interesów wszystkich państw i bez zrozumienia odpowiedzialności. W. Putin wypomnił też Zachodowi przeprowadzanie operacji wojskowych bez upoważnienia Rady Bezpieczeństwa ONZ, co stało się źródłem terroryzmu i ekstremizmu. Zachód wspierał również destabilizację Rosji, separatyzm i wykorzystywanie najemników, a także terroryzm na Kaukazie. Przy tym Rosja jest bez powodu definiowana jako wróg.

W odniesieniu do Ukrainy W. Putin podkreślił ponownie, że w 2014 r. doszło do zamachu stanu, co spowodowało, iż dążenia do pokojowego rozwiązania spraw w Donbasie zostały zarzucone. W rezultacie republiki Donbasu zwróciły się do Rosji o pomoc. Odrzucono też swobodną decyzję mieszkańców Krymu i Sewastopola dotyczącą

²² Tekst: <https://www.spectator.co.uk/article/full-text-putin-s-declaration-of-war-on-ukraine> [dostęp 8.07.2022].

połączenia z Rosją. W tych warunkach celem specjalnej operacji wojskowej jest z jednej strony ochrona ludności Donbasu, a z drugiej demilitaryzacja i denazyfikacja Ukrainy oraz położenie kresu zbrodniom przeciwko ludności cywilnej. Nie chodzi zatem o okupację Ukrainy ani narzucanie niczego siłą. Jej celem nie jest natomiast naruszenie interesów Ukrainy ani jej narodu. Chodzi o ochronę Rosji przed tymi, którzy sprawili, że Ukraina stała się zakładnikiem. Operacja jest wyrazem samoobrony.

Operacja wojskowa Rosji przeciwko Ukrainie spotkała się z negatywną reakcją wspólnoty międzynarodowej. Już w dniu agresji Sekretarz Generalny ONZ wydał Oświadczenie w sprawie Ukrainy²³. Uznał, że działania rosyjskie mają skalę, jakiej Europa nie znała od dziesięcioleci. Podkreślił, że działania jednostronne tego rodzaju są sprzeczne z Kartą NZ. Stwierdził, że użycie siły przez jedno państwo przeciwko drugiemu jest zaprzeczeniem zobowiązań członkowskich. Zarazem podniósł, że operacja wojskowa Rosji nie jest nieodwracalna. Zaoferował również pomoc humanitarną ONZ, gdyż ochrona ludności cywilnej stanowi najważniejszy priorytet. Zwrócił uwagę na konieczność przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego i prawa praw człowieka. Wreszcie oświadczył, że „Decyzje, jakie zostaną podjęte w najbliższych dniach, będą kształtowały nasz świat i bezpośrednio wpłyną na życie milionów ludzi”.

Jednak Rada Bezpieczeństwa, do której trafiła sprawa, nie zdołała przyjąć uchwały na skutek weta Rosji²⁴. Napaść zbrojną Rosji na Ukrainę potępiło Zgromadzenie Ogólne ONZ, co godne odnotowania, w szczególnym trybie nadzwyczajnym ustanowionym rezolucją Zgromadzenia Ogólnego pt. „Zjednoczeni dla pokoju” z 3 listopada 1950 r.²⁵ Zgromadzenie uchwaliło rezolucję pt. „Agresja przeciwko Ukrainie” z 2 marca 2022 r.²⁶ Już w pierwszych słowach Zgromadzenie zwróciło uwagę na

²³ Statement by the Secretary-General on Ukraine, 24 February 2022, <https://www.un.org/sg/en/node/262058> [dostęp 8.07.2022].

²⁴ Za podjęciem uchwały głosowało 11 państw: Albania, Brazylia, Francja, Gabon, Ghana, Irlandia, Kenia, Meksyk, Norwegia, Zjednoczone Królestwo i Stany Zjednoczone. Indie, Chiny i Zjednoczone Emiraty Arabskie wstrzymały się od głosu.

²⁵ Zgodnie z tą rezolucją Zgromadzenia Ogólnego z 3 listopada 1950 r., A/RES/377 (V), doszło do zmian w regulaminie Zgromadzenia, pozwalającym mu odbywać sesje nadzwyczajne. W następstwie nowelizacji ustalono, że Zgromadzenie ma zebrać się w ciągu 24 godzin na żądanie co najmniej 7 członków Rady Bezpieczeństwa lub większości członków Zgromadzenia skierowane do Sekretarza Generalnego. W rezolucji Zjednoczeni dla pokoju postanowiono, że tryb nadzwyczajny zostanie przyjęty w przypadku, gdy wskutek braku jednomyślności stałych członków Rady Bezpieczeństwa nie jest ona w stanie wypełnić swej podstawowej funkcji jako głównego organu odpowiedzialnego za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa w sytuacji, gdy wydaje się, że zagrożony jest pokój, zostaje on naruszony lub dochodzi do aktu agresji. Zgromadzenie, zgodnie z Kartą NZ, nie jest władne podjąć środków prawnie wiążących. Jednak może sformułować zalecenia skierowane do członków w sprawie użycia środków zbiorowych, łącznie z użyciem siły zbrojnej. W ostatnim przypadku jest to możliwe, gdy dochodzi do naruszenia pokoju lub aktu agresji i gdy jest to konieczne do utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Do czasu przyjęcia rezolucji ukraińskiej tryb ten wykorzystano tylko 10 razy (Kanał Sueski w 1956 r., Węgry w 1956 r., Liban w 1958 r., Demokratyczna Republika Konga w 1960 r., Bliski Wschód/Jerozolima w 1967 r., Afganistan w 1980 r., Palestyna w latach 1980-1982, Namibia w 1981 r., arabskie terytoria okupowane w 1982 r., okupowana Jerozolima Wschodnia i terytorium Palestyny od 1997 r.), raczej z miernym skutkiem. Zob. dokumentację każdej z sesji: <https://research.un.org/en/docs/ga/quick/emergency> [dostęp 8.07.2022].

²⁶ A/RES/ES-11/1.

szczególną pozycję Karty NZ w promowaniu rządów prawa między narodami. Zgromadzenie przypomniało, że na mocy Karty NZ na wszystkich państwach ciąży obowiązek w zakresie powstrzymania się od groźby użycia lub użycia siły, pokojowego rozwiązywania sporów, wypełniania w dobrej wierze zobowiązań zaciągniętych zgodnie z Kartą. Przypomniało także Deklarację zasad prawa międzynarodowego z 1970 r. i potwierdziło zasadę, według której niezgodne z celami i zasadami Karty jest nabycie terytorium na skutek groźby użycia lub użycia siły, a także usiłowanie częściowego lub pełnego rozerwania jedności narodowej i terytorialnej integralności państwa bądź jego niezależności politycznej. Zgromadzenie Ogólne zwróciło też uwagę na definicję agresji ustaloną rezolucją Zgromadzenia Ogólnego z 14 grudnia 1974 r.²⁷ Podkreśliło również znaczenie utrzymania i umocnienia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa opartego na wolności, równości, sprawiedliwości i poszanowaniu praw człowieka oraz rozwoju przyjaznych stosunków między narodami niezależnie od ich ustroju i poziomu rozwoju. Zgromadzenie zwróciło wreszcie uwagę na Akt końcowy KBWE i Memorandum z Budapesztu z 1994 r.

Zgromadzenie Ogólne potępiło w tym kontekście tzw. specjalną operację wojskową Rosji na Ukrainie. Podniosło nielegalność uznania nabytków terytorialnych uzyskanych wskutek groźby użycia lub użycia siły. Wyraziło troskę w związku z informacjami o atakach na ludność cywilną. Podobnie jak Sekretarz Generalny, podkreśliło, że operacje wojskowe Rosji odbywają się na skalę, jakiej Europa nie znała od dekad. Zgromadzenie wyrażnie wsparło oświadczenie Sekretarza Generalnego w sprawie Ukrainy. Potępiło również zwiększenie gotowości sił jądrowych przez Rosję. Zgromadzenie wyraziło troskę w związku z pogarszaniem się sytuacji humanitarnej w Ukrainie i wokół niej w następstwie uchodźstwa i wewnętrznych przesiedleń. Wreszcie, co ciekawe, Zgromadzenie Ogólne podniosło problem potencjalnego wpływu konfliktu na zwiększenie się globalnego braku bezpieczeństwa żywnościowego oraz energetycznego.

Zgromadzenie Ogólne nie tylko potwierdziło integralność terytorialną Ukrainy i potępiło agresję Rosji, ale także zażądało natychmiastowego zaprzestania użycia siły i dalszych gróźb lub użycia siły przeciwko jakemukolwiek członkowi Organizacji oraz natychmiastowego, pełnego i bezwarunkowego wycofania wojsk z Ukrainy. Uznało ponadto decyzję o włączeniu tzw. republik ługańskiej i donieckiej do Rosji za niezgodne z zasadami Karty naruszenie integralności terytorialnej i suwerenności Ukrainy. Wezwano Rosję do przestrzegania zasad ujętych w Karcie i Deklaracji (zasad) z 1970 r., a także porozumień z Mińska, i do konstruktywnej pracy w międzynarodowych ramach, w tym w formacie normandzkim i Trójstronnej Grupie Kontaktowej w celu pełnej ich implementacji. Zgromadzenie wyraziło też ubolewanie z powodu włączenia się Białorusi w nielegalne użycie siły i wezwowało ją do przestrzegania jej zobowiązań międzynarodowych. Zgromadzenie Ogólne potępiło także wszelkie naruszenia i nadużycia praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego

²⁷ A/RES/3314(XXIX). Rezolucja przyjęta bez głosowania.

(w tym Konwencji genewskich i I Protokołu dodatkowego) oraz wezwało do pełnego poszanowania zobowiązań w tych dziedzinach.

Rezolucję Zgromadzenia Ogólnego uważa się za sukces. Ocena taka wynika z dwóch względów. Po pierwsze, z liczby państw, które opowiedziało się za jej przyjęciem (141:5:35)²⁸, po drugie, z wyraźnego uznania operacji rosyjskiej za agresję, jednoznacznego jej potępienia i sformułowania zaleceń dotyczących zakończenia konfliktu.

Jednakże w pierwszym przypadku należy zauważyć, że z jednej strony szereg ważnych państw nie poparło rezolucji, a z drugiej, nawet jeśli poparło, zadeklarowało, że nie przyłączy się do sankcji. Te, które przyłączają się do sankcji lub zachowują wstrzeźliwość (jak Chiny), czynią to pod usilnym naciskiem (jeśli nie pod groźbą ekonomiczną) Stanów Zjednoczonych. Taka sytuacja świadczy nie o sytuacji bliskiej konsensusu, lecz o istotnym pęknięciu w ramach wspólnoty międzynarodowej w odniesieniu do woli oceny przestrzegania podstawowych zasad, na których opiera się Organizacja (jako zorganizowana wspólnota międzynarodowa), i przywróceniu dramatycznego podziału na Stany Zjednoczone i Zachód kontra reszta świata (przynajmniej znaczna część tej reszty, z potęgami takimi jak Rosja i Chiny, częściowo także Indie). Więcej nawet, w obrębie świata zachodniego także mamy do czynienia z dążeniem do mitygowania sankcji lub ratowania własnej sytuacji ekonomicznej i pozycji politycznej (Francja, Niemcy). Jest jasne, że rozerwanie misternie tworzonych więzi gospodarczych tworzonych przez lata między niektórymi państwami Unii Europejskiej (zwłaszcza Niemcami) a Rosją nie może być proste i bezbolesne. Może pozostawać też w sprzeczności z dotychczasowym dążeniem Francji i Niemiec do pewnej emancypacji politycznej wobec Stanów Zjednoczonych. Można to jednak również interpretować jako skłonność do ustępstw wobec oczywistego naruszenia prawa międzynarodowego, aczkolwiek cudzym kosztem (nie pierwszy i zapewne nie ostatni raz). W drugim wypadku (potępienie działań Rosji, wyraźne uznanie ich za agresję) trzeba zauważyć, że rezolucja werbalnie jest niewątpliwie doniosła. Niemniej, mimo uchwalenia jej w szczególnym trybie nadzwyczajnym, zawiera bardzo słabe zalecenia o praktycznym skutku (żądanie natychmiastowego zakończenia użycia sił zbrojnych oraz natychmiastowego i bezwarunkowego ich wycofania z Ukrainy, uchylenie decyzji w sprawie aneksji republik Donbasu, żądanie umożliwienia stworzenia i funkcjonowania korytarzy humanitarnych). Nie ma tutaj mowy o odpowiedzialności Rosji za czyn międzynarodowo bezprawny ani odpowiedzialności karnej osób za agresję i czyny popełnione w związku z nią.

²⁸ Rezolucję uchwalono większością 141 państw, przeciwko 5 (Rosja, Białoruś, Erytrea, Korea Ludowo-Demokratyczna, Syria), przy jednak aż 35 państwach, które wstrzymały się od głosu (m.in. Chiny, Mongolia, Indie, Bangladesz, Pakistan, Laos, Wietnam, RPA, Algieria, Angola, Iran, Irak, Republika Środkowoafrykańska, Sudan, Sudan Południowy, Madagaskar, Mali, Namibia, Zimbabwe, Boliwia, a także grupa republik poradzieckich – Armenia, Kirgistan, oraz niektóre republiki amerykańskie, jak Nikaragua, Salwador, Kuba). Dwanaście państw nie brało udziału w głosowaniu (przede wszystkim niektóre państwa afrykańskie, jak Etiopia, trzy Gwinee, Maroko) i postradzieckie (Azerbejdżan, Turkmienistan, Uzbekistan) oraz Wenezuela.

W sprawie konfliktu zbrojnego na Ukrainie wypowiedziała się także Rada Praw Człowieka ONZ. W swojej rezolucji o sytuacji praw człowieka na Ukrainie wynikającej z agresji rosyjskiej z 4 marca 2022 r.²⁹ przypominała zobowiązania wynikające z Karty NZ, w tym zakaz użycia lub groźby użycia siły, obowiązek pokojowego rozwiązywania sporów i nieuciekania się do działań wojskowych, obowiązek poszanowania praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego. Przypominała, że Zgromadzenie Ogólne uchwaliło w 1974 r. definicję agresji, która znajduje zastosowanie do sytuacji Ukrainy. Podkreśliła również swoje mocne przywiązanie do suwerenności, niezależności politycznej, integralności terytorialnej i jedności Ukrainy w jej międzynarodowo uznanych granicach, obejmujących wody terytorialne, oraz do prawa do samostanowienia wszystkich ludów. Na tym tle Rada potępiła akt agresji Rosji oraz naruszenia i nadużycia praw człowieka, a także naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, jak również wezwała do ich zaprzestania. Zwrócono uwagę na masowe uchodźstwo. Wezwano także Białoruś do zaprzestania wspierania tej agresji. Rada podniosła ponadto, że na wszystkich państwach-stronach Konwencji genewskich i I Protokołu dodatkowego spoczywa obowiązek dochodzenia i ścigania lub wydania osób, które popełniły lub nakazały popełnić poważne naruszenia Konwencji i Protokołu.

Rada Praw Człowieka zażądała m.in. szybkiego i dającego się zweryfikować wycofania wojsk Federacji Rosyjskiej i wspierających je grup z całego terytorium Ukrainy i położyła nacisk na bezzwłoczne zakończenie działań zbrojnych. W rezolucji domaga się zapewnienia natychmiastowego, bezpiecznego i niezakłóconego dostępu humanitarnego umożliwiającego dostarczenie pomocy humanitarnej. Podkreśliła konieczność zagwarantowania działania swobodnego, otwartego, współdziałającego, wiarygodnego i bezpiecznego dostępu do internetu i potępiła próby zakłócenia otrzymania i upowszechniania informacji *online* i *offline*.

Na podstawie rezolucji Rada Praw Człowieka ustanowiła niezależną międzynarodową komisję śledczą na początkowy okres jednego roku w celu zbadania wszelkich naruszeń i nadużyć w sferze praw człowieka oraz naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego, a także powiązanych z nimi przestępstw w kontekście agresji Federacji Rosyjskiej na Ukrainę oraz ustalenia faktów, okoliczności i przyczyn naruszeń i nadużyć. Komisja ma zebrać, skonsolidować i przeanalizować dowody naruszeń i nadużyć oraz systematycznie zbierać i zachowywać wszelkie informacje, dokumentację i dowody. Ma także dokumentować i sprawdzać odpowiednie informacje i dowody oraz współpracować z organami sądowymi i innymi. Komisja ma również w miarę możliwości identyfikować jednostki i inne podmioty odpowiedzialne za naruszenia i nadużycia oraz związane z nimi przestępstwa na Ukrainie w celu zapewnienia wyegzekwowania odpowiedzialności tych osób. Komisja ma sformułować zalecenia dotyczące indywidualnej odpowiedzialności karnej, dostępu ofiar do wymiaru sprawiedliwości.

²⁹ A/HRC/49/L.1. Na 47 członków 32 głosowało za powstaniem komisji, przeciwko 2 (Rosja, Erytrea) i 13 wstrzymało się od głosu (w tym, co ważne, Chiny, Indie, Pakistan, Armenia, Kazachstan, Uzbekistan).

Wyrazem reakcji wspólnoty międzynarodowej na konflikt zbrojny na Ukrainie jest również podjęcie postępowań przed sądami międzynarodowymi. Ukraina wniosła bowiem skargę przeciwko Rosji do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, domagając się stwierdzenia naruszenia Konwencji o zapobieganiu i karaniu zbrodni ludobójstwa z 1948 r.³⁰ Dnia 16 marca 2022 r. MTS wydał w tej sprawie zarządzenie tymczasowe. Ustalił w nim istnienie sporu, co ciekawe, podnosząc m.in. argumentację Rosji, jakoby Ukraina dopuszczała się ludobójstwa w Donbasie, czemu zaprzeczała Ukraina. Trybunał nie określił jednak na tym etapie swojego stosunku do operacji wojskowej Rosji. Ostatecznie na jego mocy: 1) zobowiązano Rosję do natychmiastowego zawieszenia operacji wojskowych rozpoczętych 24 lutego 2022 r. na terytorium Ukrainy (stosunkiem głosów 13:2); 2) zobowiązano Rosję do zapewnienia, że jakiekolwiek jednostki wojskowe lub nieregularne jednostki wojskowe, które mogą być kierowane lub wspierane przez nią, oraz wszelkie organizacje i osoby, które mogą być przedmiotem jej kontroli lub kierownictwa, nie będą kontynuowały operacji, o których mowa w punkcie 1 (stosunkiem głosów 13:2); 3) zobowiązano obie strony do powstrzymania się od wszelkiego działania, które może pogłębić lub poszerzyć spór przed Trybunałem lub utrudnić jego rozstrzygnięcie (jednomyślnie). Rosja, ustami rzecznika W. Putina, odrzuciła to orzeczenie, podkreślając, że jurysdykcja MTS ma charakter konsensualny, a w tej sprawie porozumienia nie ma³¹.

Stanowisko społeczności międzynarodowej w pewnym sensie reprezentują również stowarzyszenia prawników zajmujących się prawem międzynarodowym, w szczególności Instytutu Prawa Międzynarodowego oraz Stowarzyszenia Prawa Międzynarodowego. Instytut przyjął 1 marca 2022 r. Deklarację w sprawie agresji na Ukrainę³². Uznał, że agresja stanowi naruszenie fundamentalnych zasad prawa międzynarodowego (zakazu użycia siły, równych praw ludów i ich prawa do samostanowienia, nieingerencji w sprawy wewnętrzne). Działania Rosji nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego (w prawie do samoobrony ze względu na brak napaści zbrojnej ze strony Ukrainy ani w rezolucji sankcyjnej Rady Bezpieczeństwa). Napaść stanowi również naruszenie zobowiązań specyficznie podjętych przez Rosję w stosunku do Ukrainy (Memorandum z Budapesztu, porozumienia mińskie) i nie może być usprawiedliwiona stosowaniem przeciww środków (z uwagi na naruszenie norm bezwzględnie wiążących). Także żadna argumentacja o charakterze politycznym, w tym dotycząca bezpieczeństwa, nie może służyć jako uzasadnienie naruszenia podstawowych reguł systemu prawnego, który ustanowiła wspólnota międzynarodowa kosztem wielu poświęceń w przeszłości. Postępowaniem państw musi kierować

³⁰ Skargę wniesiono 27.2.2022 r. Trybunał orzekał pod nieobecność Rosji. Sprawa No. 182. Zob. M. Milanović, *ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe*, "EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law", March 16, 2022, <https://www.ejiltalk.org/icj-indicates-provisional-measures-against-russia-in-a-near-total-win-for-ukraine-russia-expelled-from-the-council-of-europe/> [dostęp 8.07.2022].

³¹ Zob. np. <https://www.news18.com/news/world/kremlin-rejects-top-un-court-order-to-halt-ukraine-offensive-4884557.html> [dostęp 8.07.2022].

³² Tekst: https://www.alainpellet.eu/_files/ugd/64a1e7_c67e8bb66ceb469b9b56085f79b78799.pdf [dostęp 8.07.2022].

multilateralizm zmierzający do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, a nie działanie jednostronne. Instytut podkreślił też odpowiedzialność Rosji za poważne naruszenie zobowiązań wynikających z norm bezwzględnie wiążących i wynikające stąd środki, na zastosowanie których naraża się Rosja, bez uszczerbku dla prawa do samoobrony Ukrainy, a także odpowiedzialność karną osób za zbrodnie międzynarodowe. Zwrócono przy tym uwagę na działanie międzynarodowego prawa humanitarnego w czasie trwającego konfliktu, w tym w okresie okupacji. Instytut stwierdził też, że chociaż samo prawo międzynarodowe nie może zapobiec wybuchowi przemocy, musi jednak pozostać kompasem postępowania państw.

Z kolei Stowarzyszenie Prawa Międzynarodowego ustosunkowało się do agresji generalnie i za pośrednictwem oddziałów krajowych (Oddział Polski już 25 marca 2022 r.)³³. Najpierw oświadczenie wydała Przewodnicząca Wykonawcza ILA Christine Chinkin (25 lutego 2022 r.). Stowarzyszenie jako takie przyjęło 3 marca 2022 r. Deklarację w sprawie trwającej i rozwijającej się agresji na Ukrainie i przeciwko niej³⁴. Wyrażono w niej „ubolewanie z powodu rażącego naruszenia prawa międzynarodowego przez Rosję podczas działań wojskowych na Ukrainie i przeciwko niej, suwerennemu państwu i członkowi Organizacji Narodów Zjednoczonych”. W ślad za oświadczeniem Przewodniczącej Wykonawczej ILA Stowarzyszenie potwierdziło swoje zaangażowanie w przestrzeganie zasad prawa międzynarodowego dotyczących użycia siły, w tym „zakazu użycia siły przeciwko integralności terytorialnej i niezależności politycznej jakiegokolwiek państwa bez mandatu Rady Bezpieczeństwa lub w zgodnej z prawem obronie własnej”. W Deklaracji stwierdzono, że działania Rosji „w sposób oczywisty nie mieszczą się w wyjątkach od zakazu użycia siły i jako takie stanowią naruszenie tych bezwzględnych norm prawa międzynarodowego, od których nie można odstąpić. Argumenty polityczne nie mogą również umniejszać obowiązku prawnego”. Uznano ponadto, że chociaż Rosja jest „odpowiedzialna za czyn bezprawny w skali międzynarodowej – bezprawne użycie siły”, to jednak nadal „musi również wypełniać swoje zobowiązania wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa praw człowieka”. Ich naruszenie „może stanowić zbrodnie międzynarodowe, za które grozi indywidualna odpowiedzialność karna, jak również odpowiedzialność państwa na mocy Konwencji genewskich, praw i zwyczajów wojennych oraz traktatów dotyczących praw człowieka”. ILA z zadowoleniem przyjęło też decyzję prokuratora MTK „o wszczęciu śledztwa w sprawie ewentualnego popełnienia zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości”.

Podkreślono również, że „przestrzeganie prawa samo w sobie nie zapewni międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Bez tego jednak zagrożona jest nie tylko stabilność porządku międzynarodowego, ale także życie i bezpieczeństwo

³³ Zob. <https://www.ila-hq.org/index.php/news> [dostęp 8.07.2022]. W sprawie inwazji na Ukrainę stanowiska swoje przedstawiły też oddziały narodowe ILA, w tym Albanii, Francji, Grecji, Kanady, Niderlandów, Niemiec, Norwegii, Stanów Zjednoczonych, Szwajcarii, Włoch. Spoza kręgu świata Zachodniego stanowisko zajął tylko oddział z Mauritiusu.

³⁴ Tekst: <https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=26319&StorageFileGuid=f7c72f32-3d9d-4308-b174-5d82c844a7f0> [dostęp 8.07.2022].

milionów cywilów". Przyłączono się do apelu o zaprzestanie użycia siły na Ukrainie, o pokojowe rozwiązanie konfliktu, o natychmiastową pomoc humanitarną oraz „o długofalową sprawiedliwość”.

1.2.3. Kontekst agresji Rosji na Ukrainę

Agresję Rosji na Ukrainę i jej wpływ na rządy prawa na poziomie międzynarodowym należy postrzegać w kontekście budowanej przez Rosję narracji dotyczącej umocnienia jej pozycji międzynarodowej i relacji z Zachodem. Istotnym etapem w budowaniu nowej narracji były wystąpienia W. Putina i S. Ławrowa w 2007 r., podczas których zanegowali oni wyraźnie przywódczą rolę Stanów Zjednoczonych i sformułowali roszczenia dotyczące pozycji Rosji jako nowego globalnego mocarstwa. Tak też W. Putin podał w wątpliwość istniejącą międzynarodową architekturę bezpieczeństwa i zarzucił przekształcanie OBWE w instrument polityki zagranicznej jednego państwa lub grupy państw. Zapowiedział też nowy wyścig zbrojeń, łącznie z doskonaleniem broni jądrowej. Nieco później S. Ławrow wyraził potrzebę budowania nowego kolektywnego przywództwa głównych światowych mocarstw (Stanów Zjednoczonych, Rosji i Unii Europejskiej). Zarazem zwrócił uwagę, że w niektórych sprawach Europa jest bliższa Rosji niż Stanom Zjednoczonym, starając się w ten sposób wzmocnić istniejące różnice między Europą a Stanami Zjednoczonymi. Domagał się też włączenia Rosji w nową formułę atlantycką³⁵. Wkrótce Rosja zdecydowała się na odbudowywanie swych wpływów w tzw. obszarze poradzieckim. Jednym z pierwszych tego wyrazów była agresja wobec Gruzji z 2008 r.

Niebawem Rosja opracowała nową strategię bezpieczeństwa narodowego do 2020 r. (12 maja 2009 r.; tzw. strategia Miedwiediewa). Kolejną strategię przyjęto jednak wcześniej, bo 31 grudnia 2015 r.³⁶ Obecnie obowiązuje Strategia bezpieczeństwa narodowego Rosji przyjęta 2 lipca 2021 r.³⁷ Strategie z 2015 r. i 2021 r. stanowią w gruncie rzeczy modyfikacje strategii z 2009 r. W kontekście wydarzeń z 2022 r. ostatnia z nich ma wszakże szczególne znaczenie. Obejmuje ona dość rozbudowaną diagnozę sytuacji międzynarodowej oraz określenie ogólnych zasad, kierunków i instrumentów działania. Dotyczy również roli prawa międzynarodowego w polityce zagranicznej i bezpieczeństwa Rosji.

³⁵ Zob. cytaty z wypowiedzi obu polityków przytoczone przez A.D. Rotfelda, *Dokąd zmierza świat? Determinanty zmian w systemie międzynarodowym*, [w:] idem (red.), *Dokąd zmierza świat*, PISM, Warszawa 2008, s. 23-25. A.D. Rotfeld sformułował w swoich rozważaniach m.in. prognozę, zgodnie z którą Unia Europejska będzie jednym z najbogatszych i najbezpieczniejszych obszarów świata. Ponadto twierdził, że Stany Zjednoczone będą kontynuowały politykę samoograniczania, a świat będzie respektował pozycję i rolę Stanów Zjednoczonych jako niezbędnego mocarstwa w rozwiązywaniu najważniejszych problemów (s. 29-30). Nie wyciągnął zatem odpowiednich wniosków z zapowiedzi W. Putina. Czas negatywnie zweryfikował tę prognozę.

³⁶ <https://www.ieee.es/Galerias/fichero/OtrasPublicaciones/Internacional/2016/Russian-National-Security-Strategy-31Dec2015.pdf> [dostęp 8.07.2022].

³⁷ Dostęp do tekstu strategii i towarzyszących dokumentów: <https://www.russiamatters.org/russian-strategic-documents> Zob. analizę zestawiającą treść wszystkich trzech strategii: https://rusmilsec.files.wordpress.com/2021/07/natsec_comparison_2021-1.pdf [dostęp do obu dokumentów: 8.07.2022].

W Strategii przyjmuje się, że „Współczesny świat przechodzi okres transformacji. Wzrost liczby ośrodków globalnego rozwoju gospodarczego i politycznego oraz wzmocnienie pozycji nowych liderów światowych i regionalnych prowadzi do zmian w strukturze porządku światowego oraz do kształtowania się nowej architektury, reguł i zasad porządku światowego. Dążeniu państw zachodnich do utrzymania hegemonii, kryzysowi nowoczesnych modeli i narzędzi rozwoju gospodarczego, narastającym nierównościom w rozwoju państw, rosnącym nierównościom społecznym oraz dążeniu korporacji transnarodowych do ograniczenia roli państw towarzyszy zaostrzenie wewnętrznych problemów politycznych, wzmocnienie sprzeczności międzypaństwowych, osłabienie wpływu instytucji międzynarodowych i spadek efektywności globalnego bezpieczeństwa”. Stwierdza się tutaj także: „Kraje, które utraciły niekwestionowane przywództwo, próbują dyktować swoje zasady innym członkom społeczności międzynarodowej, stosując nieuczciwą konkurencję, jednostronnie stosując środki ograniczające (sankcje) i otwierając ingerując w wewnętrzne sprawy suwerennych państw. Takie działania podważają powszechnie uznane zasady i normy prawa międzynarodowego, osłabiają i niszczą istniejące instytucje i systemy międzynarodowej regulacji prawnej, pogarszają sytuację polityczno-wojskową, zmniejszają przewidywalność i osłabiają zaufanie w stosunkach między państwami”.

Ponadto w Strategii dodaje się, że „W kontekście zmniejszającej się stabilności światowego systemu monetarnego i finansowego oraz nasilającej się walki o dostęp do rynków i zasobów, coraz powszechniejsze staje się stosowanie narzędzi nieuczciwej konkurencji, środków protekcyjnych i sankcji, w tym w sferze finansowej i handlowej. W celu osiągnięcia korzyści niektóre państwa wywierają otwartą presję polityczną i ekonomiczną na Rosję i jej partnerów. Zwiększona uwaga świata na zmiany klimatyczne i środowisko naturalne jest wykorzystywana jako pretekst do ograniczania dostępu rosyjskich firm do rynków eksportowych, hamowania rozwoju rosyjskiego przemysłu, kontrolowania szlaków transportowych i utrudniania Rosji rozwoju Arktyki. Rosnącej niestabilności geopolitycznej i konfliktom oraz nasilającym się sporom między państwami towarzyszy zwiększone zagrożenie użyciem siły militarnej. Podważanie powszechnie przyjętych norm i zasad prawa międzynarodowego, osłabianie i niszczenie istniejących międzynarodowych instytucji prawnych, postępujący demontaż systemu traktatów i porozumień o kontroli zbrojeń prowadzą do wzrostu napięcia i zaostrzenia sytuacji wojskowo-politycznej, w tym w pobliżu granicy państwowej Federacji Rosyjskiej. Niektóre kraje dążą do zainicjowania procesów dezintegracyjnych we Wspólnocie Niepodległych Państw (WNP), aby zniszczyć więzi Rosji z jej tradycyjnymi sojusznikami. Wiele państw określa Rosję jako zagrożenie, a nawet przeciwnika militarnego. Rośnie niebezpieczeństwo eskalacji konfliktów zbrojnych w wojny lokalne i regionalne, w tym z udziałem mocarstw jądrowych. Przestrzeń kosmiczna i przestrzeń informacyjna są aktywnie badane jako nowe sfery działań wojennych”.

Podkreśla się również, że „Dążenie do izolacji Federacji Rosyjskiej i stosowanie podwójnych standardów w polityce międzynarodowej utrudnia skuteczność

wielostronnej współpracy w tak ważnych dla społeczności międzynarodowej dziedzinach, jak zapewnienie równego i niepodzielnego bezpieczeństwa wszystkim państwom, w tym w Europie, rozwiązywanie konfliktów, zwalczanie terroryzmu, ekstremizmu, handlu narkotykami, przestępczości zorganizowanej i rozprzestrzeniania się chorób zakaźnych, zapewnienie międzynarodowego bezpieczeństwa informacyjnego oraz rozwiązywanie problemów ekologicznych”. Za coraz bardziej palący problem uznaje się zagadnienie moralnego przywództwa i stworzenia atrakcyjnej podstawy ideologicznej dla przyszłego porządku światowego. Zwraca się uwagę, że „Na tle kryzysu zachodniego modelu liberalnego wiele państw podejmuje próby celowego osłabienia tradycyjnych wartości, zniekształcenia historii świata, przemyslenia na nowo roli i miejsca Rosji, rehabilitacji faszyzmu, wzniecania konfliktów międzyetnicznych i międzywyznaniowych. Prowadzone są kampanie informacyjne mające na celu stworzenie wrogiego wizerunku Rosji. Ogranicza się używanie języka rosyjskiego, zakazuje się korzystania z rosyjskich mediów i rosyjskich zasobów informacyjnych, a na rosyjskich sportowców nakłada się sankcje. Federacja Rosyjska została bezpodstawnie oskarżona o łamanie zobowiązań międzynarodowych, przeprowadzanie ataków komputerowych i ingerencję w wewnętrzne sprawy obcych państw. Obywatele rosyjscy i rodacy mieszkający za granicą są dyskryminowani i otwarcie prześladowani”. Dąży się do destabilizacji wewnętrznej Rosji.

W Strategii zwraca się uwagę na zaostrzanie walki między globalnymi i regionalnymi ośrodkami władzy, a także na wzrost znaczenia siły wojskowej jako instrumentu osiągania celów geopolitycznych. Dostrzega się też dążenia do wywierania presji wojskowej na Rosję i jej sojuszników oraz partnerów, a także na rozbudowę infrastruktury wojskowej NATO w pobliżu granic Rosji, intensyfikację działalności wywiadowczej. Rozwój wykorzystania dużych formacji wojskowych i broni jądrowej przeciwko Rosji przyczynia się do wzrostu zagrożeń wojskowych. Stany Zjednoczone „prowadzą konsekwentną politykę porzucania swoich międzynarodowych zobowiązań w zakresie kontroli zbrojeń. Planowane rozmieszczenie amerykańskich rakiet średniego i krótszego zasięgu w Europie oraz w regionie Azji i Pacyfiku stanowi zagrożenie dla stabilności strategicznej i bezpieczeństwa międzynarodowego”. W obszarze poradzieckim i w innych regionach świata rosną napięcia, rozszerza się międzynarodowy terroryzm i ekstremizm. Konieczne staje się przygotowanie do obrony zbrojnej.

Uznaje się wreszcie, że gospodarka światowa znajduje się w głębokiej recesji. W warunkach niestabilności rośnie rola państw narodowych i porozumień regionalnych. Narasta upolitycznienie współpracy międzynarodowej, spada wzajemne zaufanie, stosuje się jednostronne środki sankcyjne i rośnie protekcyjizm. „Przekształceniom tradycyjnych rynków towarów, kapitału, technologii i pracy oraz powstawaniu nowych sektorów gospodarki towarzyszy redystrybucja ról i potencjału poszczególnych krajów i regionów oraz tworzenie się nowych ośrodków wpływu gospodarczego”.

W związku z tą diagnozą zdecydowano, że „W obliczu ukierunkowanej polityki powstrzymywania Federacji Rosyjskiej zasadnicze znaczenie dla naszego kraju

ma umacnianie jej suwerenności, niepodległości, integralności państwowej i terytorialnej, ochrona tradycyjnych duchowych i moralnych podstaw społeczeństwa rosyjskiego, zapewnienie obronności i bezpieczeństwa oraz zapobieganie ingerencji w wewnętrzne sprawy Federacji Rosyjskiej”.

W Strategii podkreśla się konieczność zapewnienia zrównoważonego lub stabilnego systemu stosunków międzynarodowych, opartego na prawie międzynarodowym, a także „zasadach powszechnego, równego i niepodzielnego bezpieczeństwa, pogłębianiu wielostronnych interakcji bez linii podziału i podejścia blokowego w celu wspólnego rozwiązywania problemów globalnych i regionalnych, przy czym główną rolę koordynującą powinna odgrywać Organizacja Narodów Zjednoczonych (ONZ) i jej Rada Bezpieczeństwa”. Twierdzi się, że Rosja dąży do zapewnienia stabilności stosunków międzynarodowych opartej na bezwarunkowym przestrzeganiu prawa międzynarodowego, a zarazem umocnieniu roli ONZ i Rady Bezpieczeństwa w rozwiązywaniu problemów globalnych i regionalnych. Rosja przeciwstawia się też osłabianiu lub wybiórczemu stosowaniu prawa międzynarodowego. W sferze ekonomicznej mówi się o potrzebie wykorzystania przewagi konkurencyjnej Rosji oraz oparcia na potencjale wewnętrznym państwa i samodzielnym rozwiązywaniu problemów Rosji, a także o zwiększeniu konkurencyjności jej gospodarki i odporności na zagrożenia wewnętrzne i zewnętrzne. W ramach konkretnych zadań wskazuje się m.in. zmniejszenie zależności od dolara amerykańskiego.

Interesujące są fragmenty Strategii dotyczące sposobu działania Rosji w istniejących warunkach geopolitycznych. Stwierdza się bowiem, że Rosja „dąży do zwiększenia przewidywalności w stosunkach między państwami oraz do wzmocnienia zaufania i bezpieczeństwa w sferze międzynarodowej. Aby zmniejszyć groźbę rozpętania nowej wojny światowej, zapobiec wyścigowi zbrojeń i wykluczyć jego przenoszenie na nowe środowiska, konieczne jest usprawnienie mechanizmów stabilności strategicznej, kontroli zbrojeń, zapobiegania rozprzestrzenianiu broni masowego rażenia i środków jej przenoszenia oraz przestrzeganie środków budowy zaufania”. Rosja podtrzymuje swoje zobowiązanie do stosowania środków politycznych, zwłaszcza dyplomacji i mechanizmów pokojowego rozwiązywania konfliktów międzynarodowych i wewnętrznych.

Jednocześnie, co szczególnie charakterystyczne, „W przypadku nieprzyjaznych działań państw obcych zagrażających suwerenności i integralności terytorialnej Federacji Rosyjskiej, w tym działań polegających na stosowaniu środków ograniczających (sankcji) o charakterze politycznym lub gospodarczym lub na wykorzystywaniu nowoczesnych technologii informacyjnych i komunikacyjnych, Federacja Rosyjska uznaje za zgodne z prawem podejmowanie symetrycznych i asymetrycznych środków niezbędnych do stłumienia takich nieprzyjaznych działań, a także do zapobiegania ich ponownemu wystąpieniu w przyszłości”.

Rosja opowiedziała się także za umocnieniem międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa oraz zapobieganiem użycia siły wojskowej z naruszeniem Karty NZ o eliminowaniu warunków wstępnych do prowadzenia wojny światowej i ryzyka użycia

bronii jądrowej, doskonaleniem mechanizmów bezpieczeństwa zbiorowego, utrzymaniem zdolności strategicznej i doskonaleniem mechanizmów kontroli zbrojeń. Wspomniano tutaj również o rozwoju wszechstronnych stosunków partnerskich i współpracy strategicznej z Chinami oraz szczególnie uprzywilejowanym partnerstwie strategicznym z Indiami, jak również wielodzielnicowej współpracy w ramach Szanghajskiej Organizacji Współpracy i formatach BRICS, zwłaszcza RIC (Rosja-Indie-Chiny). Ponadto ciekawy jest fragment, w którym uznano, że jednym z celów działania jest „realizacja prac w przestrzeni poradzieckiej, mających na celu kształtowanie wzajemnie korzystnych postaw dla Rosji i państw obcych w zakresie uczestnictwa w działalności organizacji międzynarodowych, wzajemnej pomocy gospodarczej, spraw społecznych i humanitarnych, a także zagadnień związanych z rozwojem nowych technologii”.

Strategia bezpieczeństwa narodowego Rosji opiera się zatem na krytycznej analizie sytuacji międzynarodowej. Sytuacja ta podlega zmianom w kierunku multipolarnym, której nie chcą zaakceptować Stany Zjednoczone i ich koalicjanci. Próbuje ona nadal narzucać swoją wizję wspólnoty i reguł w niej obowiązujących. Nie respektują uzgodnionej zasady niepodzielnego bezpieczeństwa, naruszają podstawowe zasady prawa międzynarodowego (suwerenność, nieingerencję w sprawy wewnętrzne), stosują podwójne standardy, ignorują rozwiązania przyjęte w ramach ONZ, używają środków jednostronnych. Zmierzają do demontażu przestrzeni poradzieckiej (która jest pojmowana jako przestrzeń wpływów Rosji, jedna sfera cywilizacyjna), izolują i szkodzą Rosji, stosując wobec niej sankcje, a także ignorując jej interesy bezpieczeństwa. W tych warunkach Rosja przyznaje sobie prawo do podejmowania, w odpowiedzi na enigmatyczne „nieprzyjemne działania”, środków symetrycznych, ale także asymetrycznych, które, czego nie dopowiedziano, mogą przecież wiązać się z użyciem siły. Środki takie, co ważne, mogą stanowić reakcję na nieprzyjemne działania, ale także mogą mieć charakter prewencyjny. Korzystanie z tego prawa uważa za zgodne z prawem.

W Strategii nie ma natomiast mowy o zasadzie samostanowienia narodów, poszanowania praw człowieka czy uznaniu krajowych standardów demokracji i rządów prawa. W omawianym dokumencie wyraźnie rysuje się ponadto idea oparcia bezpieczeństwa Rosji na współpracy z państwami BRICS, zwłaszcza Chinami i Indiami.

2. Koncepcja rządów prawa na poziomie międzynarodowym

2.1. Kształtowanie się koncepcji rządów prawa na poziomie międzynarodowym

Z historycznego punktu widzenia koncepcja rządów prawa jest zewnętrzna wobec prawa międzynarodowego. Powstała ona w reakcji na krytykę państwa absolutnego na szczeblu krajowym. Treść tej koncepcji kształtowała się od XVIII do XX w. Skojarzono ją przede wszystkim z postulatami formalnej i proceduralnej praworządności. W konsekwencji skupiono uwagę na tym, aby organy państwa działały na podstawie i w granicach prawa, zgodnie z ustalonymi i przewidywalnymi

zasadami i procedurami. Ponadto podkreślano znaczenie ustanowienia i działania organów kontrolujących działanie władzy wykonawczej i ustawodawczej, wśród których szczególne miejsce zajęło sądownictwo administracyjne i konstytucyjne³⁸. Idea rządów prawa na szczeblu krajowym stała się przedmiotem prac ONZ dopiero po zakończeniu zimnej wojny³⁹.

Rządy prawa na szczeblu międzynarodowym stały się przedmiotem zainteresowania wspólnoty międzynarodowej dopiero w XXI w.⁴⁰ Pierwszym krokiem było uchwalenie przez Zgromadzenie Ogólne ONZ Deklaracji milenijnej z 8 września 2000 r.⁴¹ Rezolucja ta, podjęta w składzie szefów państw lub rządów, zadeklarowała katalog wartości i zasad. Zaliczono do nich tradycyjne zasady prawa międzynarodowego znane z art. 2 Karty NZ i Deklaracji zasad prawa międzynarodowego, które przeniknięte zostają wartościami nowego rodzaju. Zaliczono do nich wolność, równość, solidarność, tolerancję, poszanowanie środowiska naturalnego, wspólną odpowiedzialność. W odniesieniu do pokoju, bezpieczeństwa i rozbrojenia w Deklaracji stwierdza się, że jej autorzy są zdecydowani m.in. wzmocnić poszanowanie dla rządów prawa w sprawach międzynarodowych i krajowych, a w szczególności zapewnić zgodność państw członkowskich z decyzjami Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, w zgodzie z Kartą NZ, w sprawach, których są stronami. O umocnieniu rządów prawa mowa jest również w kontekście praw człowieka, demokracji i dobrego zarządzania, a także w dziedzinie wzmocnienia ONZ (ponownie wraca sprawa umocnienia MTS w celu zapewnienia sprawiedliwości i rządów prawa w sprawach międzynarodowych).

Mocnym impulsem w sferze uznania rządów prawa na poziomie międzynarodowym była w szczególności rezolucja Zgromadzenia Ogólnego pt. „Wynik Szczytu Światowego” z 16 września 2005 r.⁴² Uznano w niej, że dobre zarządzanie i rządy prawa na szczeblach krajowym i międzynarodowym są ważne dla zrównoważonego rozwoju gospodarczego, zrównoważonego rozwoju oraz eliminacji ubóstwa i głodu. Prawa człowieka i rządy prawa zostały wskazane jako jedna z czterech dziedzin, co do których państwa członkowskie zobowiązały się znajdować wielostronne rozwiązania problemów. Szczególne znaczenie dla rozwoju idei rządów prawa na szczeblu międzynarodowym ma pkt 134 rezolucji. Uznano tutaj wyraźnie „potrzebę powszechnego przestrzegania i wdrażania rządów prawa zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym”. W związku z tym potwierdzono „przywiązanie do celów i zasad Karty i prawa międzynarodowego oraz do porządku międzynarodowego opartego na rządach prawa i prawie międzynarodowym, który jest niezbędny dla pokojowego współistnienia i współpracy między państwami”. Sformułowano także wezwanie, aby

³⁸ Zob. szerzej na temat rządów prawa na poziomie krajowym: C. Mik, *Państwo i prawo wobec procesów internacjonalizacji, integracji i globalizacji*, t. 1. *Wpływ internacjonalizacji i integracji na klasyczny paradygmat państwa i prawa*, TNOiK, Toruń 2021, s. 50-52 i cytowana tam literatura.

³⁹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego pt. Wzmacnianie rządów prawa z 20 grudnia 1993 r., A/RES/48/132, przyjęta bez głosowania. Zob. też T.P. Holterhus, *The History of the Rule of Law*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2017, vol. 21.

⁴⁰ C. Mik, *Państwo i prawo...*, s. 195-204, 277 i n.

⁴¹ A/RES/55/2. Rezolucję przyjęto bez głosowania.

⁴² A/RES/60/1. Rezolucję uchwalono bez głosowania.

państwa, które jeszcze tego nie zrobiły, rozważyły przystąpienie do wszystkich traktatów dotyczących ochrony ludności cywilnej. Zaapelowano też do państw, aby kontynuowały wysiłki „na rzecz wyeliminowania polityk i praktyk dyskryminujących kobiety oraz do przyjęcia praw i promowania praktyk, które chronią prawa kobiet i promują równość płci”. Wreszcie doceniono rolę MTS, głównego organu sądowniczego ONZ, „w rozstrzyganiu sporów między państwami oraz wartość jego pracy” i wezwano państwa, które jeszcze tego nie uczyniły, do rozważenia przyjęcia jurysdykcji Trybunału i zastanowienia się nad sposobami wzmocnienia jego pracy.

Postanowienia rezolucji „Wynik szczytu światowego” zaowocowały podjęciem prac w Zgromadzeniu Ogólnym nad pogłębieniem treści zasady rządów prawa na szczeblach krajowym i międzynarodowym. Prace, które podjęto w latach 2006-2012⁴³, zostały zwieńczone uchwaleniem Deklaracji Spotkania Wysokiego Szczebla (w składzie szefów państw i rządów) w sprawie rządów prawa na szczeblach krajowym i międzynarodowym w dniu 24 września 2012 r. (dalej: Deklaracja o rządach prawa)⁴⁴. Niemniej zainteresowanie rządami prawa na poziomie Zgromadzenia Ogólnego jest kontynuowane do dzisiaj. Zgromadzenie co roku podejmuje uchwały, dokonując oceny rządów prawa na poziomach krajowym i międzynarodowym⁴⁵. Co roku także Sekretarz Generalny ONZ przedstawia Zgromadzeniu, przed podjęciem rezolucji, sprawozdanie w sprawie umocnienia i koordynacji działań ONZ w zakresie rządów prawa.

2.2. Pojęcie rządów prawa na poziomie międzynarodowym

2.2.1. Zagadnienia ogólne

Deklaracja o rządach prawa z 2012 r. nie jest pogłębionym dokumentem koncepcyjnym. Nie zawiera sprecyzowanego rozumienia rządów prawa. Stanowi jedynie dość ogólny zestaw idei i zasad. Nie tyle definiuje, czym są rządy prawa, ile określa role, jakie rządy prawa powinny odgrywać we współczesnych stosunkach międzynarodowych. Z jej treści nie wynika, jaki jest stosunek rządów prawa do prawa międzynarodowego. W niektórych fragmentach Deklaracji stawia się bowiem rządy prawa obok prawa międzynarodowego. Mówi się np. o przywiązaniu członków ONZ do celów i zasad

⁴³ Rezolucje z 4 grudnia 2006 r., A/RES/61/39; z 6 grudnia 2007 r., A/RES/62/70; z 11 grudnia 2008 r., A/RES/63/128; z 16 grudnia 2009 r., A/RES/64/116; z 6 grudnia 2010 r., A/RES/65/32; z 9 grudnia 2011 r., A/RES/66/102. Rezolucje przyjmowano bez głosowania.

⁴⁴ A/RES/67/1. Rezolucję przyjęto bez głosowania. Zob. C.A. Feinäugle, *The UN Declaration on the Rule of Law and the Application of the Rule of Law to the UN: A Reconstruction from an International Public Authority Perspective*, „Goettingen Journal of International Law” 2016, vol. 7, no. 1, s. 157 i n., zwł. s. 161 i n.; R. Janse, *The UNGA Resolutions on the Rule of Law at the National and International Levels, 2006-Post 2015*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2014, vol. 18, s. 258 i n. Szerzej: M. Kanetake, A. Nollekaemper, *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference*, Hart Publishing, Oxford 2016.

⁴⁵ Po uchwaleniu Deklaracji przyjmowano rezolucje na temat rządów prawa na obu szczeblach. Zob. rezolucje z 14 grudnia 2012 r., A/RES/67/97; z 16 grudnia 2013 r., A/RES/68/116; z 10 grudnia 2014 r., A/RES/69/123; z 14 grudnia 2015 r., A/RES/70/118; z 13 grudnia 2016 r., A/RES/71/148; z 7 grudnia 2017 r., A/RES/72/119; z 20 grudnia 2018 r., A/RES/73/207; z 18 grudnia 2019 r., A/RES/74/191; z 15 grudnia 2020 r., A/RES/75/141; z 9 grudnia 2021 r., A/RES/76/117. Rezolucje przyjmowano bez głosowania.

Karty, prawa międzynarodowego i sprawiedliwości oraz porządku międzynarodowego opartego na rządach prawa. W innym miejscu z kolei deklaruje się „przywiązanie do porządku międzynarodowego opartego na rządach prawa i prawie międzynarodowym, które wraz z zasadami sprawiedliwości są niezbędne do pokojowego współistnienia i współpracy między państwami”.

Z Deklaracji nie dowiemy się także, czy rządy prawa na szczeblach krajowym i międzynarodowym są treściowo tożsame czy różne (bądź tylko częściowo tożsame). Chociaż dokument ten został podzielony na trzy części, to jednak nie są one wyraźnie przyporządkowane każdemu z tych szczebli. W Deklaracji znalazły się stwierdzenia sugerujące wspólnotę treści rządów prawa na obu poziomach. Uznano tutaj m.in., że standardy rządów prawa stosuje się na równi do wszystkich państw, organizacji międzynarodowych, łącznie z ONZ, jak również uznanie, że istnieją wspólne cechy w ramach rządów prawa na szczeblach międzynarodowym i krajowym. W tym duchu można też odczytywać sformułowanie, zgodnie z którym „zbiorowa odpowiedź na wyzwania i możliwości wynikające ze złożonych transformacji politycznych, społecznych i gospodarczych musi być oparta na rządach prawa, które stanowią podstawę przyjaznych i sprawiedliwych (*friendly and equitable*) stosunków między państwami i na których oparte są sprawiedliwe i uczciwe (*just and fair*) społeczeństwa”.

Z drugiej strony w Deklaracji o rządach prawa znalazły się elementy, które w sposób dość jednoznaczny wiążą się z poziomem międzynarodowym, chociaż, znowu, nie jest oczywiste, czy są one charakterystyczne wyłącznie dla niego. Z lektury Deklaracji wynika, że rządy prawa raczej nie są identyczne na obu poziomach. Niemniej z uwagi na ich funkcjonalne powiązania nie zawsze zasadne jest ich rozdzielanie, a tym bardziej przeciwstawianie.

Warto jeszcze zauważyć, że koncepcja rządów prawa jest rozwijana również na poziomie partykularnym, zwłaszcza w ramach regionalnych organizacji międzynarodowych. Na szczególną uwagę zasługuje Rada Europy, przy której działa Komisja „Demokracja przez Prawo”, zwana Komisją Wenecką. W 2016 r. przedstawiła ona Listę kontrolną rządów prawa⁴⁶. Ustalając ją, Komisja podkreśliła uniwersalny charakter rządów prawa, a zatem ich ponadeuropejski zasięg. Zarazem przestrzega przed nadmiernie formalnym ich rozumieniem, aczkolwiek gdy przychodzi do konkretów, elementów materialnych jest niewiele.

Według Komisji istnieje powszechna zgoda co do następujących elementów rządów prawa: 1) legalności, w tym przejrzystego, odpowiedzialnego i demokratycznego procesu stanowienia prawa; 2) pewności prawnej; 3) zakazu arbitralności; 4) dostępu do wymiaru sprawiedliwości przed niezależnymi i bezstronnymi sądami, w tym sądowej kontroli aktów administracyjnych; 5) poszanowania praw człowieka; oraz 6) niedyskryminacji i równości wobec prawa. Elementy te mają jednak swoje uwarunkowania lokalne. Każdy z tych elementów został jeszcze „rozpisany” na

⁴⁶ Rule of Law Checklist, Study No. 711/2013, CDL-AD(2016)007, Strasbourg, 18 March 2018, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e) [dostęp 8.07.2022]. Komisja korzystała z różnorodnych standardów, także pozaeuropejskich.

bardziej konkretne kryteria. W kontekście ustaleń Komisji Weneckiej można podnieść, że uniwersalny charakter rządów prawa mógłby być odczytywany jednak jako przekonanie, że ich rozumienie na szczeblach krajowym i międzynarodowym powinno być takie samo, chociaż treściowo zdają się bardziej związane z poziomem krajowym. Ponadto kojarzenie rządów prawa z prawami człowieka oznacza, że koncepcje te nie dają się ściśle rozgraniczyć, lecz pozostają współzależne, wzajemnie się przenikają.

2.2.2. Treść rządów prawa na poziomie międzynarodowym

Niezależnie od dylematów dotyczących relacji między rządami prawa na poziomach krajowym i międzynarodowym, należy zauważyć, że w Deklaracji o rządach prawa z 2012 r. Zgromadzenie Ogólne wskazuje elementy, które można łączyć bardziej jednoznacznie z rządami prawa na poziomie międzynarodowym. W ten sposób m.in. porządek międzynarodowy oparty na rządach prawa uznano za jedną z podstaw bardziej prawidłowego, dostatniego i sprawiedliwego świata. Rządy prawa odniesiono tak do wszystkich państw i organizacji międzynarodowych, jak też do ONZ i jej organów. Podkreślono, że poszanowanie i popieranie rządów prawa i sprawiedliwości powinno przyświecać wszystkim ich działaniom oraz zapewniać przewidywalność i legitymizację ich działań. Wyrażono też zdecydowaną wolę zaprowadzenia sprawiedliwego i trwałego pokoju na świecie oraz przywiązanie do celów i zasad ONZ. Podkreślono, że spory międzynarodowe powinny być rozwiązywane drogą pokojową. Potwierdzono, że prawa człowieka, rządy prawa i demokracja należą do uniwersalnych i niepodzielnych podstawowych wartości i zasad ONZ.

Z poziomem międzynarodowym mogą być również skojarzone stwierdzenia wiążące trzy filary ONZ, tj. międzynarodowy pokój i bezpieczeństwo, praw człowieka i rozwój z rządami prawa. W Deklaracji znalazło się też wezwanie do niestosowania jednostronnych środków ekonomicznych, finansowych lub handlowych z naruszeniem prawa międzynarodowego i Karty NZ, które utrudniają rozwój, zwłaszcza państw rozwijających się.

W Deklaracji podkreślono znaczenie rządów prawa jako jednego z kluczowych elementów zapobiegania konfliktom, utrzymywania pokoju, rozwiązywania konfliktów i budowania pokoju. W związku z tym uznano konieczność zagwarantowania sprawiedliwości w okresie przejściowym i wsparcie ONZ dla państw znajdujących się w takim okresie. Rządy prawa potraktowano także jako jeden z kluczowych elementów operacji pokojowych, a także wzmocnionej współpracy m.in. w dziedzinie rządów prawa. Podkreślono też, że „lepsze przestrzeganie międzynarodowego prawa humanitarnego jest niezbędnym warunkiem poprawy sytuacji ofiar konfliktów zbrojnych”. W związku z tym „wszystkie państwa i wszystkie strony konfliktów zbrojnych są zobowiązane do poszanowania i zapewnienia przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w każdych okolicznościach”. Rządy prawa związane również ze sprawiedliwością okresu przejściowego w związku ze stosowaniem międzynarodowego prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego jako wzorców naruszeń w tzw. procesach poszukiwania prawdy. Zapewniono, że nie może być mowy o tolerancji dla bezkarności osób popełniających zbrodnie

międzynarodowe oraz naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego i poważnego naruszenia prawa praw człowieka. W tym kontekście dostrzeżono i uznano rolę krajowych i międzynarodowych sądów karnych, a zwłaszcza Międzynarodowego Trybunału Karnego. Ponadto położono nacisk na umocnienie współpracy międzynarodowej opartej na zasadach wspólnej odpowiedzialności i zgodności z prawem międzynarodowym w celu zwalczania przestępczości zorganizowanej, która podważa zrównoważony rozwój i rządy prawa. Potępiono także terroryzm uznany za jedno z najpoważniejszych zagrożeń międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, zastrzegając wszakże, że jego zwalczanie musi odbywać się zgodnie z prawem międzynarodowym, łącznie z prawem praw człowieka, prawem uchodźczym i prawem humanitarnym.

W Deklaracji o rządach prawa doceniono również wagę poszczególnych organów ONZ w sferze rządów prawa: Zgromadzenia Ogólnego jako organu kształtowania polityki i ustanawiania standardów, a także zapewniającego stopniowy rozwój i kodyfikację prawa międzynarodowego, Rady Bezpieczeństwa w związku z wypełnianiem funkcji zapewnienia międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (w tym kontekście dostrzeżono także wagę środków kolektywnych, w tym celowanych sankcji Rady Bezpieczeństwa), Rady Gospodarczej i Społecznej w sferze umacniania rządów prawa, eliminacji ubóstwa oraz zrównoważonego rozwoju; Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości jako organu rozstrzygającego spory między państwami i wartość jego pracy dla promowania rządów prawa (potwierdzono też obowiązek wykonywania jego orzeczeń przez strony sporów, których orzeczenia dotyczą; wezwano do rozważenia przyjęcia jurysdykcji MTS przez państwa, które tego jeszcze nie zrobiły; wreszcie przypomniano o możliwości zwracania się o opinie doradcze). Ponadto zwrócono uwagę na rolę Międzynarodowego Trybunału Prawa Morza i innych sądów i trybunałów międzynarodowych w promowaniu rządów prawa na obu poziomach. Wyrażono uznanie dla prac Komisji Prawa Międzynarodowego. Przyjęto, że dobre zarządzanie na szczeblu międzynarodowym ma podstawowe znaczenie dla rządów prawa i położono nacisk na reformę organów ONZ. Podniesiono także wagę reformy instytucji Bretton Woods. W Deklaracji potwierdzono m.in. także ogólnie obowiązek państw przestrzegania wszystkich swoich zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego i położono nacisk na konieczność ich wspierania w wywiązywaniu się z tych zobowiązań.

W corocznych rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego w sprawie rządów prawa na szczeblach krajowym i międzynarodowym utwierdza się koncepcję rządów prawa. W ostatniej z nich, z 9 grudnia 2021 r., potwierdzono zatem przywiązanie do celów i zasad Karty NZ i prawa międzynarodowego jako fundamentów bardziej pokojowego, dostatniego i sprawiedliwego świata, a także ponowiono determinację w dążeniu do ich ścisłego przestrzegania i ustanowienia sprawiedliwego i trwałego pokoju na świecie. Potwierdzono też, że prawa człowieka, demokracja i rządy prawa są powiązane ze sobą i wzajemnie wzmacniają się oraz stanowią uniwersalne i niepodzielne podstawowe wartości i zasady ONZ. Przypomniano również potrzebę

powszechnego przestrzegania i wprowadzania w życie rządów prawa zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym oraz „przywiązanie do porządku międzynarodowego opartego na rządach prawa i prawie międzynarodowym, które wraz z zasadami sprawiedliwości są niezbędne do pokojowego współistnienia i współpracy między państwami”. Wyrażono też przekonanie, że „umacnianie rządów prawa na szczeblu krajowym i międzynarodowym jest niezbędne dla urzeczywistnienia trwałego wzrostu gospodarczego, zrównoważonego rozwoju, eliminacji ubóstwa i głodu oraz ochrony wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności”, a także uznano, że „bezpieczeństwo zbiorowe zależy od skutecznej współpracy, zgodnie z Kartą i prawem międzynarodowym, przeciwko zagrożeniom transnarodowym”. W rezolucji podkreślono również „obowiązek wszystkich państw do powstrzymania się w stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub jej użycia w jakikolwiek sposób niezgodny z celami i zasadami Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz do rozstrzygania sporów międzynarodowych środkami pokojowymi w taki sposób, aby nie zagrażały one pokojowi, bezpieczeństwu i sprawiedliwości międzynarodowej, zgodnie z rozdziałem VI Karty”. Ponadto wezwano państwa, które jeszcze tego nie uczyniły, aby rozważyły przyjęcie jurysdykcji MTS.

Ponadto potwierdza się „rolę Zgromadzenia Ogólnego w zachęcaniu do stopniowego rozwoju prawa międzynarodowego i jego kodyfikacji, a ponadto potwierdza, że państwa potwierdzają, iż państwa powinny przestrzegać wszystkich swoich zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego”, jak również „konieczność utrzymania i promowania praworządności na szczeblu międzynarodowym zgodnie z zasadami Karty NZ”. Uznaje się też „rolę wielostronnych i dwustronnych traktatów oraz procesów w umacnianiu rządów prawa i zachęca państwa do dalszego rozważenia możliwości promowania traktatów w dziedzinach, w których współpraca międzynarodowa mogłaby odnieść korzyści z traktatów”. Podkreśla się znaczenie Programu pomocy NZ w zakresie nauczania, studiowania, rozpowszechniania i szerszego stosowania prawa międzynarodowego dla programów i działań ONZ w dziedzinie rządów prawa.

Zwraca się uwagę na konieczność zapewnienia przestrzegania rządów prawa na szczeblu krajowym oraz potrzebę zwiększenia wsparcia dla państw członkowskich w krajowej implementacji ich zobowiązań międzynarodowych. Podnosi się wagę dialogu między państwami członkowskimi w dziedzinie rządów prawa, dostrzegając, że „działania w zakresie rządów prawa muszą być zakorzenione w kontekście krajowym oraz że państwa mają różne doświadczenia krajowe w zakresie rozwoju swoich systemów praworządności, z uwzględnieniem ich specyfiki prawnej, politycznej, społeczno-gospodarczej, kulturowej, religijnej i innej specyfiki lokalnej, uznając jednocześnie, że istnieją wspólne cechy oparte na normach i standardach międzynarodowych”. Uznano też znaczenie przywrócenia zaufania do rządów prawa jako kluczowego elementu sprawiedliwości okresu przejściowego, jak również konieczność zapewnienia dostępu do wymiaru sprawiedliwości dla wszystkich.

Sekretarz Generalny ONZ w swoich sprawozdaniach corocznych dotyczących rządów prawa stara się rozgraniczyć ich działanie na szczeblach krajowym i międzynarodowym. W ostatnim ze swoich sprawozdań z 26 lipca 2021 r.⁴⁷ w ramach promocji rządów prawa na szczeblu międzynarodowym rozważał kodyfikację i rozwój instrumentów, norm, standardów i reguł międzynarodowych (w kontekście prac Komisji Prawa Międzynarodowego, a także prac w innych organach ONZ czy w związku ze stanem ratyfikacji traktatów), promocję instrumentów, norm, standardów i reguł międzynarodowych (wsparcie państw w sferze prawa międzynarodowego, wykłady w bibliotece audiowizualnej ONZ, odpowiedź na COVID-19), międzynarodowe i hybrydowe sądy i trybunały, a także inne międzynarodowe mechanizmy rozliczalności). Przywiązał zatem wagę przede wszystkim do formalnych aspektów rządów prawa.

Z rezolucji ONZ można wnioskować, że rządy prawa na poziomie międzynarodowym są niedojrzałe koncepcyjnie. Dostrzega się ogólnie ich związek z pojęciami mającymi wprawdzie duże znaczenie, lecz prawnie niedookreślonymi, jak zrównoważony pokój, zrównoważony rozwój, sprawiedliwość. Uznaje się też za ważne skojarzenie rządów prawa z prawami człowieka i demokracją. Związki te nie są jednak pogłębione. Te bardziej konkretne elementy, które można wydobyć jako ewentualne składniki rządów prawa na poziomie międzynarodowym, nie dają też pełnego i satysfakcjonującego obrazu.

Wśród elementów, które można uznać za materialne, wymienia się akceptację celów i zasad Karty NZ, uwypuklenie zakazu groźby użycia lub użycia siły, zakaz stosowania jednostronnych środków gospodarczych, konieczność przestrzegania prawa międzynarodowego praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego w czasie konfliktów zbrojnych, negację bezkarności w razie popełnienia zbrodni międzynarodowych czy naruszenia zobowiązań w sferze praw człowieka i prawa humanitarnego w powiązaniu z podkreśleniem roli krajowych i międzynarodowych sądów karnych.

Z kolei w ramach elementów formalnych można wskazać uwypuklenie roli prawa międzynarodowego, jego rozwoju i kodyfikacji, a także przestrzegania zobowiązań z niego wynikających, obowiązek pokojowego rozwiązywania sporów międzynarodowych, podkreślenie wagi sądownictwa międzynarodowego i poszanowania obowiązku wykonywania wyroków międzynarodowych, konieczność zapewnienia sprawnego działania instytucji międzynarodowych oraz ich efektywnej reformy.

W związku z tym warto powrócić do ogólniejszego rozumienia rządów prawa i uczynić z nich punkt wyjścia do głębszych rozważań. Niewątpliwie należy rozróżnić formalne i materialne standardy rządów prawa. Pierwsze z nich można lokować na poziomie podstawowym i głębokim. W pierwszym przypadku standardy formalne obejmują w szczególności: 1) w zakresie tworzenia prawa – przejrzyste sposoby i klarowność co do źródeł prawa (problem katalogu, *soft law*); 2) w odniesieniu do obowiązywania – jasne zasady obowiązywania i dostęp do prawa przez publikację źródeł prawa; 3) w zakresie stosowania prawa – efektywne i poddane kontroli

⁴⁷ A/76/235.

wykonywanie obowiązków; 4) w sferze rozwiązywania sporów – istnienie obligatoryjnego i niezależnego sądownictwa z możliwością uzupełniającego działania metod alternatywnych, pozasądowych. Na poziomie głębokim standardy formalne należy kojarzyć przede wszystkim z: 1) normatywnością prawa (przeciwdziałaniem arbitralności, legalizmem); 2) postrzeganiem prawa jako porządku: zagadnienie wewnętrznej jedności porządku prawnego, hierarchicznej jego budowy i rozwiązywania sporów wewnętrznych; 3) stabilnością, przewidywalnością i bezpieczeństwem prawnym; 4) elastycznością systemu (zdolnością adaptacyjną – interpretacja ewolucyjna, otwarte pojęcia, otwartość na przenikanie reguł pozaprawnych, zwłaszcza moralnych, do systemu prawa pozytywnego).

Standardy materialne trudniej doprecyzować. Do takich standardów rządów prawa można zaliczyć zwłaszcza równość wobec prawa, legitymizację porządku (nienarzucanie jednostronne porządku, oparcie go na wartościach i zasadach efektywnie internalizowanych przez adresatów), odrzucenie siły, brak bezkarności w przypadku naruszania prawa, poczucie sprawiedliwości i poszanowania podstawowych reguł etycznych, poszanowanie godności i praw jednostki, ludu, akceptację podstawowych zasad prawa. Standardy te należy odczytywać w specyficznym środowisku międzynarodowym⁴⁸.

2.2.3. Uwarunkowania rządów prawa na poziomie międzynarodowym

Koncepcja rządów prawa nie może być mechanicznie przenoszona z poziomu prawa krajowego na poziom prawa międzynarodowego⁴⁹. Środowisko międzynarodowe powoduje m.in., że rządy prawa, zwłaszcza co do elementów formalnych, nie mogą być postrzegane z rygoryzmem równym istniejącemu na poziomie krajowym. W znacznym wyższym stopniu stają się one koncepcją relatywną. Środowisko międzynarodowe zabarwia też poszczególne kryteria rządów prawa własnym kolorem. Rządy prawa powinny być postrzegane jako koncepcja wewnętrzna w ramach międzynarodowego porządku prawnego, kwintesencja formalna i materialna jego prawnej natury.

Na czym polega specyfika międzynarodowa rządów prawa? Po pierwsze, jeśli uznać za prawdziwe stwierdzenie, że *ubi societas, ibi ius*, to należałoby zauważyć, że wspólnota międzynarodowa nie odpowiada strukturalnie wspólnotie państwowej. Składa się przede wszystkim z państw, chociaż coraz częściej wskazuje się, że obejmuje także innych aktorów, w tym aktorów niepaństwowych. Współtworzy ją wiele formalnych i nieformalnych układów (wspólnot) i powiązanych z nimi regulacji. Układy te niekiedy wzajemnie przecinają się. Jako całość wspólnota nie ma struktury hierarchicznej. Jest zdecentralizowana, chociaż poszczególne części składowe

⁴⁸ Zob. np. K.J. Keith, *The International Rule of Law*, "Leiden Journal of International Law" 2015, vol. 28, issue 3, s. 408 i n.

⁴⁹ R. Collins, *The Rule of Law and the Quest for Constitutional Substitutes in International Law*, "Nordic Journal of International Law" 2014, vol. 83, issue 2, s. 87 i n.; S. Chesterman, *An International Rule of Law*, "The American Journal of Comparative Law" 2008, vol. 56, no. 2, s. 350-360; S. Beaulac, *An Inquiry into the International Rule of Law*, "European University Institute Working Papers" 2007/14, zwł. s. 8 i n.

mogą podlegać hierarchizacji. Wspólnota międzynarodowa nie ustanowiła jednego prawodawcy (scentralizowanego systemu tworzenia prawa międzynarodowego), a procesy prawotwórcze są w znacznym zakresie niezinstytucjonalizowane, nieprzejrzyste. Katalog źródeł prawa pozostaje niepewny. Wskutek istnienia różnorodnych układów społecznych wewnątrz wspólnoty międzynarodowej powstają różnorodne reżimy i systemy prawne, które podają w wątpliwość istnienie i działanie prawa międzynarodowego jako jednolitego porządku prawnego. Z perspektywy obowiązywania istotne znaczenie ma zgoda na wiązanie się określonymi normami prawnymi. W ślad za zdecentralizowanym modelem tworzenia prawa międzynarodowego idzie brak scentralizowanego aparatu wykonawczego, obligatoryjnego systemu rozwiązywania sporów i scentralizowanego systemu egzekwowania prawa. Środkami działania są środki pozostawione w rękach państw. Istotnym instrumentem działania jest samopomoc. Niewykluczone jest stosowanie środków jednostronnych, w tym zwłaszcza jako środków odwetowych, a nawet, mimo zakazu użycia lub groźby użycia siły, incydentalne użycie siły zbrojnej⁵⁰.

Próbą wyjścia z tej niekomfortowej sytuacji jest promowanie konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Łączy się ją z poszukiwaniem reguł określających konstytucję formalną lub materialną prawa międzynarodowego jako porządku prawnego⁵¹. W pierwszym przypadku łączy się to zwłaszcza z nadawaniem cech konstytucyjnych Karcie NZ. W drugim z poszukiwaniem reguł formalnych lub materialnych scalających system. Regułami formalnymi są np. reguły drugiego rzędu (np. reguły dotyczące wykładni traktatów, odpowiedzialności za czyny międzynarodowo bezprawne), określane nieraz jako gramatyka prawa międzynarodowego. Regułami materialnymi są zasady naczelne prawa międzynarodowego, ujęte w Karcie NZ i rozwinięte w Deklaracji zasad prawa międzynarodowego z 1970 r., a także reguły, którym nadaje się szczególną rangę, tj. normy bezwzględnie wiążące (*ius cogens*)⁵².

Po drugie, w zdecentralizowanej wspólnocie międzynarodowej, w dużym stopniu opartej na woluntarystycznej koncepcji prawa międzynarodowego, w pewnym stopniu płynna jest legalność. Wprawdzie istnieją ustalone zasady i reguły wiążące prawnie członków wspólnoty, a ich przekroczenie uważa się za naruszenie prawa międzynarodowego (czyny międzynarodowo bezprawne; wchodzi w grę

⁵⁰ M. J. Glennon, *The Limitations of Traditional Rules and Institutions Relating to the Use of Force*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 79 i n. Por. wszakże kontrargumenty: J. Crawford, R. Nicholson, *The Continued Relevance of Established Rules and Institutions Relating to the Use of Force*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook...*, s. 96 i n.

⁵¹ Zob. C. Mik, *Państwo i prawo...*, s. 291-294.

⁵² Zob. projekt konkluzji w sprawie norm bezwzględnie wiążących wraz z komentarzem autorstwa Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ, A/74/10, <https://legal.un.org/ilc/reports/2019/english/chp5.pdf> [dostęp 8.07.2022]. Według Tilla Patricka Holterhusa konstytucjonalizacja bywa uważana za przejaw transferu idei rządów prawa do prawa międzynarodowego. Jego zdaniem wskutek tego transferu międzynarodowe rządy prawa zostają uznane za nadrzędną zasadę konstytucyjną prawa międzynarodowego, która ogranicza suwerenność państw, znajdują one zastosowanie do organizacji międzynarodowych i ponadnarodowych. Rządy prawa stają się także najważniejszą ideą globalnej wspólnoty prawa. Zob. T.P. Holterhus, *The history...*, s. 464-465.

odpowiedzialność pozakarna państw), w skrajnych przypadkach prowadzące dodatkowo do odpowiedzialności karnomiędzynarodowej jednostek. Jednakże wobec braku scentralizowanej i obowiązkowej oceny zachowań państw i jednostek oraz braku aparatu egzekwowania poszanowania prawa ocena staje się w dużym stopniu konwencjonalna. W szczególności państwa same oceniają legalność zachowania i mogą prowadzić do zalegalizowania sytuacji *prima facie* nielegalnych. Służą temu brak reakcji na naruszenia (np. dokonane przez mocarstwo), przyzwolenie (milcząca aprobata), uznanie, a nawet porozumienia kończące naruszenia prawa międzynarodowego, bez napiętnowania państw i ukarania sprawców. Statuty międzynarodowych sądów karnych nie stanowią powszechnie obowiązujących kodeksów (wiążą tylko te państwa, które je akceptują), a prawo zwyczajowe nie jest w stanie zapewnić instrumentów procesowych i instytucjonalnych umożliwiających egzekwowanie odpowiedzialności karnej, a nawet odpowiedzialności państw. Efektywność przynajmniej niekiedy przeważa nad legalnością. Nie zawsze *iniuria* nie wytwarza trwałych rozwiązań prawnych. Znaczenie ma dokonany fakt prawotwórczy.

Po trzecie, słabość legalizmu we wspólnocie międzynarodowej przejawia się także w tym, że wiele norm, zwłaszcza na poziomie powszechnym, pozostaje dość ogólna, niedookreślona. W konsekwencji normy mogą okazać się niewystarczającym wzorcem zachowań. Niezbędna jest ich konkretyzująca wykładnia. Jednak wykładnia dokonywana przez instytucje międzynarodowe jest możliwa jedynie fragmentarycznie (tam, gdzie istnieją instytucje) i niekiedy budzi zastrzeżenia, gdy okaże się zbyt ekspansywna. Dokonują jej zatem w dużym stopniu same państwa, przesądzając o legalności lub nielegalności własnych zachowań. Co więcej, niekiedy nie ma norm traktatowych ani zwyczajowych, które dostarczyłyby wskazówek co do pożądanego zachowania. Zaleca się wówczas sięgać do zasad ogólnych prawa. Te jednak mogą okazać się jeszcze mniej wiarygodnym źródłem oceny legalności.

Po czwarte, legalności we wspólnocie międzynarodowej nie sprzyja specyficzny sposób konstruowania norm prawnych, które często nie są powiązane z jednoznacznymi sankcjami (w pewnym sensie pozostają *leges imperfectae*). Tworzą je zwykle hipotezy i dyspozycje, podczas gdy sankcje zabezpieczają całe zespoły norm lub nawet całe prawo międzynarodowe. Trzeba je zatem za każdym razem relatywizować do konkretnych norm i sytuacji. Takie „sztukowane” normy prawne trudno czasem egzekwować. Wówczas do głosu dochodzą jednostronne (w znaczeniu indywidualne lub kolektywne) środki wywierania presji.

Po piąte, wyróżnikiem wspólnoty międzynarodowej jest jej istnienie i funkcjonowanie na podstawie określonego układu sił pozostających w równowadze. Układ ten nie jest jednak statyczny, lecz dynamiczny, a każda zmiana może prowadzić do zmiany priorytetów i postrzegania naruszeń prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe utrzuca układ sił na określonym etapie. Zmiany realnego układu sił powodują narastanie rozziwu między rzeczywistością stosunków a prawem międzynarodowym, której ofiarą jest prawo międzynarodowe. W takich warunkach nie jest ono bowiem przestrzegane, a naruszenia pozostają bez właściwej reakcji międzynarodowej.

Po szóste, zmienność interesów państw, częściowa nieprzewidywalność ich projekcji, w zmiennych warunkach stosunków międzynarodowych (raz opartych na odprężeniu, innym razem napinających się do granic konfliktu) powodują, że trudno jest wynegocjować pożądane reguły prawne. Wraz z narastającym przyspieszeniem historycznym, wynikającym zwłaszcza z procesów globalizacji, w tym masowego stosowania technologii informacyjno-komunikacyjnych w stosunkach międzynarodowych, dochodzi do deformalizacji prawa międzynarodowego. Poszukuje się alternatyw dla norm prawnie wiążących, neguje się binarny podział na prawo i nie-prawo. Prowadzi to do trudności w określeniu, co obowiązuje, a co jest tolerowane. Rozmiękczeniu ulegają także środki egzekwowania norm. Pojawia się idea nieformalnego prawa międzynarodowego. W celu zachowania jego znaczenia w dynamicznie zmieniającym się środowisku międzynarodowym rozcieńczane są kryteria kluczowych elementów międzynarodowego porządku prawnego. Poza źródłami prawa deformalizacja objęła podmioty prawa międzynarodowego (poszerzanie pojęcia podmiotowości poza państwa i organizacje międzynarodowe), normy i zobowiązania (poszerzanie zastosowania miękkich zobowiązań), odpowiedzialność (promowanie *accountability* w miejsce lub obok *responsibility*) i egzekwowanie prawa międzynarodowego (*non-compliance* zamiast *violations*).

Po siódme, istotną częścią rządów prawa jest istnienie mechanizmów zapewniających kontrolę poszanowania prawa i jego egzekwowanie w razie naruszeń. W rządach prawa na poziomie krajowym taką rolę spełniają sądy, w tym sądy administracyjne i konstytucyjne. W przypadku międzynarodowego porządku prawnego istnieje bogata gama formalnie równoważnych środków rozwiązywania sporów. Jednak tylko arbitraż i sądy mogą wydawać orzeczenia prawnie wiążące. W obu przypadkach ich istnienie i jurysdykcja są uzależnione od decyzji podmiotów, których zachowania mają kontrolować. Tylko w przypadku nielicznych sądów międzynarodowych o ograniczonej właściwości rzeczowej jurysdykcja pozostaje obligatoryjna. I w tych przypadkach wszakże strona może zdecydować o wypowiedzeniu lub wycofaniu się z traktatu, który leży u podstaw działania sądu. Z kolei egzekwowanie prawa w nikłym zakresie pozostaje scentralizowane (Rada Bezpieczeństwa ONZ: zagrożenie lub naruszenie pokoju lub akt agresji; efektywne działanie jest uzależnione od jednomyślnej postawy stałych jej członków). W pozostałym zakresie dozwolone są jednostronne środki odwetowe stanowiące odpowiedź na uprzednie naruszenie zobowiązań międzynarodowych, chyba że pozostają w sprzeczności z normami *iuris cogentis*, a także retorsje. Prawo międzynarodowe stawia prawo przed siłą, zakazując groźby użycia lub użycia siły wojskowej. Jednak to, czy doszło do zakazanego użycia siły, a zwłaszcza napaści zbrojnej (agresji), pozostaje niedookreślone. Wątpliwości budzi również użycie siły w obliczu nieuchronnego ataku zbrojnego (zwłaszcza możliwość ustalenia kryteriów dopuszczalności swoistej obrony uprzedzającej).

Po ósme, w warstwie materialnej wspólnota międzynarodowa ma kłopot z wypracowaniem zestawu wspólnych dla wszystkich jej członków wartości

i z uznaniem wspólnych dóbr. Wprawdzie członkowie ONZ deklarują wspólnotę celów i zasad, a nawet wspólnotę pewnych wartości wymienionych w Deklaracji milenijnej, a Komisja Prawa Międzynarodowego proklamuje, że normy bezwzględnie wiążące (*ius cogens*) stanowią wyraz nadrzędnie wyższych wspólnych wartości, to jednak w chwili próby okazują się one niewystarczającym zabezpieczeniem materialnoprawnym. W przypadku tzw. *hard cases* zawodzi odpowiedzialność za czyny międzynarodowo bezprawne, a karna odpowiedzialność za zbrodnie międzynarodowe pozostawia wiele do życzenia.

3. Konsekwencje agresji Rosji na Ukrainę dla rządów prawa na poziomie międzynarodowym

3.1. Uwagi ogólne

W tych rozważaniach dochodzimy wreszcie do punktu, kiedy trzeba zadać pytanie o następstwa konfliktu zbrojnego na Ukrainie dla rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Zauważmy najpierw, że konflikt ten generuje liczne problemy, które można określić jako bieżące. Zaliczyć do nich można m.in. zagadnienie efektywności stosowania sankcji niewojskowych w razie konfliktu, którego stroną jest wielkie mocarstwo, statusu państw nieuczestniczących w konflikcie zbrojnym, niebędących państwami neutralnymi, i dopuszczalności pomocy wojskowej jednej ze stron walczących, udzielania pomocy humanitarnej jedynie stronie napadniętej, egzekwowania odpowiedzialności karnej lub też jej nieegzekwowania za zbrodnie popełnione w Ukrainie czy naruszenia międzynarodowego prawa praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, jak również odpowiedzialności Rosji za naruszenie licznych zobowiązań międzynarodowych i szkody wyrządzone Ukrainie, czy nawet legalności zajęcia lub konfiskaty majątku osób objętych jednostronnymi środkami sankcyjnymi.

Konflikt ukraiński rodzi też smutną refleksję na temat ograniczonej efektywności w skrajnych przypadkach konfliktu zbrojnego, w których zaangażowane są mocarstwa, wielu traktatów, w tym zwłaszcza obowiązujących w sferze przeciwwójennej, jak traktaty nakazujące pokojowe rozwiązywanie sporów międzynarodowych i zakazujące użycia siły lub jej groźby, wykluczające instrumentalizację prawa do samoobrony, czy traktaty gwarantujące bezpieczeństwo państwa. Nie zapewniają wystarczającego oddziaływania performatywnego w stosunku do państw (zapobiegającego, korygującego, odstraszającego państwa i jednostki w zakresie określonych zachowań). Są dość instrumentalnie interpretowane i traktowane przez państwa i rządzących nimi polityków.

Napaść zbrojna Rosji na Ukrainę rodzi również wyzwania dalekosiężne. To one przede wszystkim dotyczą fundamentów koncepcyjnych rządów prawa na poziomie międzynarodowym. W tym względzie agresja ta powinna być analizowana w szerszym kontekście polityczno-prawnym, a zatem z uwzględnieniem stanowisk Rosji i Stanów Zjednoczonych oraz ich stosunku do prawa międzynarodowego,

a także roli innych państw, w tym zwłaszcza Chin. Między Rosją a Stanami Zjednoczonymi od wielu lat trwa rywalizacja. Jedynie w krótkim okresie, po zakończeniu zimnej wojny, uległa ona osłabieniu. Napaść zbrojna na Ukrainę doprowadziła jednak do radykalnej polaryzacji pozycji we wspólnocie międzynarodowej, utraty wzajemnego zaufania i podważenia fundamentalnych zasad prawnych, które po 1989 r. wydawały się zaakceptowane przynajmniej werbalnie.

3.2. Konsekwencje agresji Rosji na Ukrainę dla rządów prawa na poziomie międzynarodowym. Prognoza

Wojna na Ukrainie ujawniła potężne pęknięcie wewnątrz wspólnoty międzynarodowej jako środowisku tworzącym prawo międzynarodowe i zapewniającym jego działanie. Wprawdzie procesy erozji wspólnoty można było obserwować już wcześniej (np. dążenie państw rozwijających się i ich doktryny prawa międzynarodowego do uzyskania przełożenia na politykę międzynarodową i prawo międzynarodowe), lecz wydarzenia z roku 2022 doprowadziły niewątpliwie do wstrząsu w świadomości międzynarodowej, w szczególności w świadomości Zachodu. Agresja na Ukrainę stała się bowiem przejawem podważenia istniejącego układu sił, będącego podstawą istnienia pokojowej i gotowej do współdziałania wspólnoty międzynarodowej. Niejednoznaczne reakcje wspólnoty na agresję najpierw w 2014 r., a następnie w 2022 r. (mimo formalnie przytłaczającej większości głosów wspierających rezolucje Zgromadzenia Ogólnego czy Rady Praw Człowieka ONZ), pokazują, że wspólnota ta podzieliła się w sprawie władzy w stosunkach międzynarodowych, a w ślad za tym, w sprawie wartości i zasad, jakie miałyby ją scalać, oraz roli prawa międzynarodowego.

Nie jest to tylko podział doraźny i nie dotyczy on tylko Ukrainy. Pokazuje bowiem niechęć do potępienia tej agresji przez tak potężne państwa jak Chiny czy Indie, mimo że naruszenie prawa międzynarodowego jest oczywiste, rzecz można nawet, ordynarne. Okazuje się jednak, że niechęć do dominacji Zachodu jest na tyle duża, że można wstrzymać się od potępienia agresora. Własne interesy geostrategiczne, własna ocena stanu i pożądaných kierunków zmian w stosunkach międzynarodowych mogą przeważać nad podstawowymi zasadami prawa międzynarodowego. Prawo międzynarodowe, łącznie z Kartą NZ, w tych rachubach schodzi na dalszy plan. Zachód zostaje przeciwstawiony obozowi państw niechętnych dominacji Stanów Zjednoczonych i ich sojuszników. Tego pęknięcia we wspólnocie międzynarodowej przez dłuższy czas nie zasypie takie czy inne spacyfikowanie Ukrainy, gdyż źródło problemów powstałego rozziwu leży znacznie głębiej.

Atak zbrojny na Ukrainę wpłynie na wspólnotę międzynarodową także w innym znaczeniu. Procesy internacjonalizacji, integracji i globalizacji spowodowały pojawienie się mocnej presji w kierunku redefinicji wspólnoty międzynarodowej jako wspólnoty obejmującej nie tylko państwa i organizacje międzynarodowe, ale także

aktorów niepaństwowych⁵³. Domagano się uznania tych aktorów za podmioty prawa międzynarodowego, co w pewnym (choć nie tak dużym, jak by tego oczekiwano) zakresie istotnie nastąpiło⁵⁴. Wydaje się jednak, że konflikt zbrojny na Ukrainie znacząco osłabi ten proces przeobrażania wspólnoty. Można wręcz spodziewać się ponownego zwrotu w pojmowaniu wspólnoty międzynarodowej w stronę wspólnoty państw i akcentowania ich suwerenności⁵⁵. Powstałe bardzo poważne napięcie, drastyczny spadek wzajemnego zaufania wywoła z pewnością ograniczenie dziedzin współdziałania i intensywności współpracy, umocni dążenie państw do pełniejszej i efektywniejszej kontroli nad wszystkim, co dzieje się pod ich jurysdykcją, oraz poszerzenie sfery uważanej za podlegającą wyłącznej kompetencji wewnętrznej. W przypadku mocarstw, które podjęły rywalizację z sobą (Stany Zjednoczone vs. Chiny, Rosja, częściowo Indie), może dochodzić do odtworzenia sfer wpływów i pogłębiania regulacji regionalnych im służących⁵⁶. Oznaczałoby to jednak uprzedmiotowienie wielu państw, formalnie uważanych za równe i suwerenne.

Napaść na Ukrainę i radykalne wyostrenie różnic wewnątrz wspólnoty międzynarodowej pogłębia także wewnętrzne napięcia w prawie międzynarodowym jako porządku prawnym. Prowadzi do formułowania pytań, czy rzeczywiście istnieją wspólne wartości i ucieleśniające je normy bezwzględnie wiążące w skali wspólnoty międzynarodowej jako całości, skoro zakwestionowano takie wartości kluczowe i normy postrzegane w orzecznictwie międzynarodowym jako bezwzględnie wiążące (a wymienione w załączniku do wstępnego projektu konkluzji Komisji Prawa Międzynarodowego na ten temat⁵⁷), jak zakaz agresji, prawo do samostanowienia, podstawowe reguły międzynarodowego prawa humanitarnego, a nawet zakaz popełniania zbrodni ludobójstwa czy zbrodni przeciwko ludzkości⁵⁸. Tak w dokumentach programowych, jak i w doraźnych wystąpieniach swoich liderów związanych z inwazją na Ukrainę Rosja odrzuciła wartości i reguły prawne włączane do międzynarodowego porządku

⁵³ Zob. S. Parzymies, J. Symonides, *Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1, s. 85-87.

⁵⁴ J. Symonides, *Prawo międzynarodowe: kierunki zmian*, [w:] A.D. Rotfeld (red.), *Dokąd zmierza świat...*, s. 66; S. Parzymies, J. Symonides, *Rola prawa...*, s. 76-79.

⁵⁵ S. Parzymies, J. Symonides, *Rola prawa...*, s. 84, uważają, że do powrotu państwa przyczyniła się już recesja i kryzys finansowy. Zarazem przyjmują, że źródłem najpoważniejszych zagrożeń dla ładu międzynarodowego nie będą państwa, lecz raczej aktorzy niepaństwowi (s. 83). I ta prognoza w konkretnym kontekście wojny na Ukrainie, ale także generalnie, w świetle toczących się konfliktów i dość znaczącej wrażliwości wielu państw rozwijających się, wydaje się nietrafna.

⁵⁶ Zob. A. Peters, *Regional Orders, Geopolitics, and the Future of International Law*, „Current Legal Problems” 2021, vol. 74, issue 1, s. 149 i n., zwł. s. 170 i n.

⁵⁷ Projektowana konkluzja 23, załącznik.

⁵⁸ Warto zauważyć, że Rosja kwestionowała sensowność formułowania listy norm *iuris cogentis*, określając ten zabieg jako niemądry i bezwartościowy. Wskazywała też, że niewłaściwe jest pominięcie zakazu groźby użycia lub użycia siły z Karty NZ. Postulowała wykreślenie konkluzji 23 z projektu Komisji. Ciekawe, że podobne stanowisko zajęły Stany Zjednoczone. Kwestionowały one m.in. imperatywny charakter prawa do samostanowienia. Z kolei za wadliwie sformułowane uznały podstawowe normy międzynarodowego prawa humanitarnego. Zob. komentarze obu państw dostępne na stronach: https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/jc_russia.pdf oraz https://legal.un.org/ilc/sessions/73/pdfs/english/jc_us.pdf [dostęp 8.07.2022].

prawnego po zakończeniu zimnej wojny. W jej rozumieniu zostały one jakoby narzucone pod wpływem jej zwycięzcy – Stanów Zjednoczonych, wbrew prawu międzynarodowemu, jakie ukształtowało się po II wojnie światowej⁵⁹. Można się spodziewać, że chodzi tutaj o dezaprobatę m.in. dla praw człowieka, demokracji, a nawet rządów prawa na poziomie krajowym i powiązane z tym instytucje i regulacje prawa międzynarodowego, ale także o rozwiązania dotyczące międzynarodowego prawa gospodarczego, np. inwestycyjnego. W tych warunkach pojawia się groźba partykularyzacji prawa międzynarodowego oraz obkurczenia lub negacji przynajmniej części jego dorobku.

Tak wyraźne pęknięcie w postrzeganiu fundamentów aksjologicznych i prawnych wspólnoty międzynarodowej osłabia mechanizmy tworzenia, stosowania i egzekwowania prawa międzynarodowego, przynajmniej w skali powszechnej. W każdej z tych sfer, wbrew promowanym dotąd m.in. przez liberalizm idealistycznym narracjom prawa międzynarodowego, do głosu dojdzie po obu stronach sporu zdecydowanie bardziej twarde podejście do prawa międzynarodowego, którego wyrazem jest realizm (i to raczej w wersji przedstawionej przez Hansa Morgenthaua). Nowe podejście do prawa międzynarodowego będzie zatem bardziej instrumentalne. Istnienie i działanie prawa międzynarodowego będzie bardziej uzależnione od trudniejszej do ustalenia w skali powszechnej wspólnoty interesów państw i zmieniającej się równowagi sił. Bezpośredni wpływ państw, w tym zwłaszcza mocarstw, a nie instytucji międzynarodowych, będzie bardziej doniosły i widoczny⁶⁰.

W sferze tworzenia prawa międzynarodowego w skali powszechnej i w dziedzinach wrażliwych (ich krąg poszerzy się m.in. o kwestie gospodarcze, finansowe i handlowe) odczuwalny będzie zwrot w kierunku akcentowania indywidualnej zgody (i to nie zgody milczącej czy przyzwolenia) oraz swobody zaciągania zobowiązań (przy minimalizacji jej ograniczeń). Poszukiwanie podstaw obowiązywania norm poza zgodą będzie znacznie trudniejsze. Wobec braku zaufania i konfrontacji z pewnością trudniejsze będzie uzgadnianie już nie tylko traktatów wielostronnych, ale także zobowiązań miękkich. Większe problemy powstaną także w obliczu kształtowania i ustalania elementów prawa zwyczajowego, a podejście sądów międzynarodowych, łącznie z Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, oparte na stwierdzaniu istnienia i treści norm zwyczajowych (*assertion*) będzie łatwiej kwestionowane (stało się to widoczne m.in. w sprawie ukraińskiej przed Trybunałem Haskim, kiedy to zarządzenia w sprawie środków tymczasowych nie poparła także sędzia chińska).

⁵⁹ Zob. L. Mälksoo, *Russian Approaches...*, zwł. s. 172-184. Dla Rosji kluczową datą z perspektywy ukształtowania się prawa międzynarodowego jest 1945 r., a nie rok 1989 czy 1991. Autor trafnie zauważa, że interpretacja Karty NZ przez Rosję opiera się na założeniu, iż zwycięzcy II wojny światowej, jako pięciu oligarchów, mają decydować o losach świata. Bez ich jednomyślnej zgody żadna interwencja wojskowa nie może mieć legalnie miejsca. W tym kontekście interwencja NATO w Kosowie w 1999 r. miała charakter precedensowy z punktu widzenia interesów wojskowych Rosji.

⁶⁰ Zob. C. Mik, *Realizm w polityce międzynarodowej w świetle nauki stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego w dobie globalizacji*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *Prawo międzynarodowe – idee a rzeczywistość*, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 41 i n., zwł. s. 71 i n.

Polityzacja stosunków międzynarodowych w skali powszechnej w powiązaniu z trudnością egzekwowania twardego prawa międzynarodowego będzie powodowała też wzrost znaczenia konsensualnych (formalne i nieformalne porozumienia) i jednostronnych (zwłaszcza uznanie lub przyzwolenie) sposobów akceptacji stanów wątpliwych z perspektywy prawa międzynarodowego lub z nim wyraźnie sprzecznych. Towarzyszyła temu będzie niezdolność Rady Bezpieczeństwa do uznania naruszeń prawa międzynarodowego w rozumieniu rozdziału VII Karty NZ. Umocni to tendencję, która koroduje rządy prawa na poziomie międzynarodowym, a mianowicie płynnej, relatywnej legalności wynikającej z przewagi efektywności i pragmatyzmu nad legalnością. Może to także spowodować spadek znaczenia sądowych metod rozwiązywania sporów (sygnałem jest niestawienie Rosji przed MTS w sprawie zarzutów o ludobójstwo, wycofanie się z Rady Europy i europejskiej Konwencji praw człowieka). Tam z kolei, gdzie one pozostaną ważne, sądy będą zmuszone do bardziej powściągliwej wykładni. Alternatywą bowiem będzie odrzucanie obowiązku podporządkowania wyrokom. Wszystko to może doprowadzić do osłabienia powszechnych mechanizmów regulacyjno-kontrolnych i koncentracji na działaniu prawa międzynarodowego w obrębie poszczególnych kręgów państw. Może to też powodować narastanie różnic między tymi kręgami w zakresie przyjmowanych reguł i wartości leżących u podstaw regulacji.

Zwiększające się od kilkunastu lat napięcia polityczne staną się widoczne w szczególny sposób w kontekście wykładni obowiązującego prawa międzynarodowego. W warunkach głębokiego podziału politycznego wewnątrz wspólnoty jego strony (zwłaszcza Rosja i Chiny oraz Stany Zjednoczone) odwołują się bowiem w swej argumentacji do prawa międzynarodowego. Każde z nich jednak interpretuje je inaczej. Może to zapowiadać bardziej ogólną tendencję do wykładni prawa międzynarodowego, która zostanie podporządkowana interesom narodowym poszczególnych mocarstw (ugrupowań opozycyjnych względem siebie)⁶¹.

Wyrazem różnic w interpretacji prawa międzynarodowego stała się przyjęta po agresji z 2014 r., lecz przed napaścią zbrojną z 2022 r., bardzo symptomatyczna chińsko-rosyjska Deklaracja pekińska o promocji prawa międzynarodowego z 25 czerwca 2016 r.⁶² Pokazuje ona odmienną (w pewnym stopniu opozycyjną) spojrzenia tych mocarstw na prawo międzynarodowe w porównaniu do podejścia świata zachodniego. Pozostaje ona w tym samym nurcie, co strategia bezpieczeństwa Rosji czy oświadczenia W. Putina z lutego 2022 r., a zatem negacji hegemonii Stanów Zjednoczonych,

⁶¹ L. Mälksoo, *Russian Approaches...*, zwł. rozdz. 3 dotyczący rosyjskiej teorii prawa międzynarodowego. I. Marchuk, *Powerful States and International Law: Changing Narratives and Power Struggles in International Courts*, "University of California Davis Journal of International Law" 2019, vol. 26, no. 1, s. 65 i n.; C. Wittke, *The Politics of International Law in the Post-Soviet Space: Do Georgia, Ukraine, and Russia 'Speak' International Law in International Politics Differently?*, "Europe-Asia Studies" 2020, vol. 72, no. 2, s. 180 i n.

⁶² Dostęp do tekstu: <https://docenti.unimc.it/andrea.caligiuri/teaching/2018/18605/files/i-natura-e-sviluppo-dellordinamento-internazionale/declaration-of-the-russian-federation-and-the-peoples-republic-of-china-on-the-promotion-of-international-law-2016> [dostęp 8.07.2022].

odrzućcenia reguł prawa międzynarodowego wprowadzonych po zakończeniu zimnej wojny, a nawet powrotu do koncepcji sfer wpływów i interesów z XIX w.

Deklaracja obejmuje dziewięć punktów. Potwierdza się tutaj przywiązanie do zasad prawa międzynarodowego, odzwierciedlonych w Karcie NZ i Deklaracji z 1970 r. Za podstawę stabilności stosunków międzynarodowych uznaje się zasadę suwerennej równości. Potwierdza się także wagę zakazu użycia lub groźby użycia siły i potępia jednostronne interwencje wojskowe. Wyraża się również poparcie dla zasady nieingerencji w sprawy wewnętrzne innych państw i potępia ingerencję w celu wymuszenia zmiany prawowitych rządów oraz ekstraterytorialne stosowanie prawa krajowego. Aprobuje się ponadto zasadę pokojowego rozwiązywania sporów, dążenia do deeskalacji napięć i wspieranie współpracy pokojowej między stronami sporu. Za kluczowe uważa się jednak, aby mechanizmy rozwiązywania sporów były oparte na zgodzie i były stosowane w dobrej wierze, w duchu współpracy. Ich cele nie powinny być podważane przez nadużycia.

Zarazem Rosja i Chiny zgodziły się, że niedopuszczalne jest stosowanie podwójnych standardów i narzucanie przez jedno państwo swojej woli innym. Skrytykowały jednostronne sankcje, które mogą niweczyć środki zastosowane przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Potępiły także terroryzm we wszystkich jego formach, uznając, że jest to zagrożenie globalne. Co ciekawe, podkreślono znaczenie immunitetu państwa, własności i urzędników. Stwierdzono, że ich naruszanie może być źródłem eskalacji napięć. Przyjęto, że Konwencja NZ o prawie morza z 1982 r. odgrywa ważną rolę w utrzymaniu rządów prawa na oceanach. Uniwersalne i konsekwentne stosowanie jej postanowień nie może naruszać praw i uzasadnionych interesów stron.

W komentarzach do Deklaracji zauważa się, że Chiny i Rosja zakwestionowały w niej hegemonię świata zachodniego w sferze wykładni prawa międzynarodowego⁶³. W szczególności zwraca się uwagę na potępienie ingerencji w sprawy wewnętrzne państw w celu zmiany legalnych rządów. W Deklaracji podkreśla się też rolę zgody jako podstawy rozwiązywania sporów międzynarodowych oraz krytykuje podwójne standardy w prawie międzynarodowym i stosowanie jednostronnych sankcji. Zauważa się, że w Deklaracji położono nacisk na suwerenność państw, nieingerencję i wyłączne prawo Rady Bezpieczeństwa do decydowania o użyciu siły (gdzie oba mocarstwa mają prawo weta). Pozimnowojenny nacisk Zachodu na prawa człowieka i legitymację demokratyczną rządów postrzega się jako jednostronną próbę reinterpretacji lub obejścia celu Karty NZ. Według Rosji i Chin Karta nie rozróżnia bowiem rządów demokratycznych i niedemokratycznych i nie wymaga legitymacji demokratycznej od rządów. Oceniając Deklarację, twierdzi się nawet, że koncepcyjnie powraca ona do czasów zimnej wojny z jej ideą pokojowego współistnienia oraz postrzeganiem świata na zasadach walki między mocarstwami zachodnimi i niezachodnimi.

⁶³ Zob. L. Mälksoo, *Russia and China Challenge the Western Hegemony in the Interpretation of International Law*, "EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law" July 15, 2016, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-china-challenge-the-western-hegemony-in-the-interpretation-of-international-law/> [dostęp 8.07.2022].

Innym przejawem budowania chińsko-rosyjskiego nowego spojrzenia na prawo międzynarodowe jest obszerne Wspólne oświadczenie Federacji Rosyjskiej i Chińskiej Republiki Ludowej w sprawie stosunków międzynarodowych wkraczających w nową erę oraz zrównoważonego rozwoju na świecie przyjęte na marginesie zimowych igrzysk olimpijskich w Pekinie, tuż przed rozpoczęciem agresji na Ukrainę, 4 lutego 2022 r.⁶⁴ W dokumencie tym dostrzega się „rozwój takich procesów i zjawisk, jak wielobiegunowość, globalizacja gospodarcza, pojawienie się społeczeństwa informacyjnego, różnorodność kulturowa, przekształcenie globalnej architektury zarządzania i porządku światowego”. Ponadto zauważa się tendencję do „redystrybucji władzy w świecie”, oraz to, że „społeczność międzynarodowa wykazuje rosnące zapotrzebowanie na przywództwo mające na celu pokojowy i stopniowy rozwój”. Charakterystycznie stwierdza się: „Niektóre podmioty, stanowiące jedynie mniejszość w skali międzynarodowej, nadal opowiadają się za jednostronnym podejściem do rozwiązywania problemów międzynarodowych i uciekają się do użycia siły; ingerują w wewnętrzne sprawy innych państw, naruszając ich uzasadnione prawa i interesy, a także wzniecają sprzeczności, różnice i konfrontacje, hamując w ten sposób rozwój i postęp ludzkości, wbrew sprzeciwowi społeczności międzynarodowej”. Wzywa się państwa, aby „dążyły do prawdziwej wielobiegunowości, w której Organizacja Narodów Zjednoczonych i jej Rada Bezpieczeństwa odgrywają centralną i koordynującą rolę, promowały bardziej demokratyczne stosunki międzynarodowe oraz zapewniały pokój, stabilność i zrównoważony rozwój na całym świecie”.

W Oświadczeniu zwraca się uwagę, że nie ma jednego uniwersalnego wzorca demokracji. Podkreśla się, że Chiny i Rosja mają „długoletnie tradycje demokratyczne”. W tym kontekście negatywnie oceniają próby „niektórych państw” narzucania innym „standardów demokratycznych”, monopolizację prawa do oceny poziomu zgodności z zasadami demokracji oraz wyznaczanie ideologicznych linii podziału, m.in. przez tworzenie „ekskluzywnych bloków i wygodnych sojuszy”. Uznają, że „Takie próby hegemonii stanowią poważne zagrożenie dla pokoju i stabilności na świecie i w regionie oraz podważają stabilność porządku światowego”. Rosja i Chiny opowiedziały się przeciwko wykorzystywaniu demokracji i praw człowieka do wywierania presji na inne państwa oraz nadużywaniu wartości demokratycznych i ingerencji w wewnętrzne sprawy suwerennych państw. W Oświadczeniu podniesiono także, że „niektóre państwa, sojusze i koalicje wojskowe i polityczne dążą do uzyskania, bezpośrednio lub pośrednio, jednostronnych korzyści wojskowych ze szkodą dla bezpieczeństwa innych, w tym poprzez stosowanie praktyk nieuczciwej konkurencji, nasilają rywalizację geopolityczną, podsycają antagonizmy i konfrontacje oraz poważnie naruszają międzynarodowy porządek bezpieczeństwa i globalną stabilność strategiczną. Strony sprzeciwiają się dalszemu rozszerzaniu NATO i wzywają Sojusz Północnoatlantycki do porzucenia zideologizowanego podejścia zimnowojennego, do poszanowania suwerenności, bezpieczeństwa i interesów innych krajów, różnorodności ich uwarunkowań cywilizacyjnych, kulturowych

⁶⁴ Tekst: <http://en.kremlin.ru/supplement/5770> [dostęp 8.07.2022].

i historycznych oraz do przyjęcia sprawiedliwej i obiektywnej postawy wobec pokojowego rozwoju innych państw. Strony sprzeciwiają się tworzeniu zamkniętych struktur blokowych i przeciwstawnych obozów w regionie Azji i Pacyfiku oraz zachowują czujność wobec negatywnego wpływu strategii Stanów Zjednoczonych dotyczącej regionu Indo-Pacyfiku na pokój i stabilność w tym regionie”. Rosja i Chiny wyraziły też zaniepokojenie „trójstronnym partnerstwem w dziedzinie bezpieczeństwa między Australią, Stanami Zjednoczonymi i Wielką Brytanią”. Uznały, że „wycofanie się Stanów Zjednoczonych z Układu o likwidacji pocisków rakietowych średniego i krótszego zasięgu, przyspieszenie badań i rozwoju naziemnych pocisków rakietowych pośredniego i krótszego zasięgu oraz chęć rozmieszczenia ich w regionie Azji i Pacyfiku oraz w Europie, a także przekazanie ich sojusznikom, pociągają za sobą wzrost napięcia i nieufności, zwiększają ryzyko dla bezpieczeństwa międzynarodowego i regionalnego, prowadzą do osłabienia międzynarodowego systemu nierozprzestrzeniania broni i kontroli zbrojeń, podważając globalną stabilność strategiczną”. Zarazem obydwa państwa potwierdziły dążenie „do wszechstronnego wzmocnienia Szanghajskiej Organizacji Współpracy (SCO) i dalszego zwiększania jej roli w kształtowaniu policentrycznego porządku światowego opartego na powszechnie uznawanych zasadach prawa międzynarodowego, multilateralizmu, równego, wspólnego, niepodzielnego, wszechstronnego i trwałego bezpieczeństwa”. Podkreśliły też znaczenie ASEAN-u i Partnerstwa Dialogu dla bezpieczeństwa regionalnego.

Strony Oświadczenia wezwały do „ustanowienia nowego rodzaju stosunków między mocarstwami światowymi, opartych na wzajemnym szacunku, pokojowym współistnieniu i wzajemnie korzystnej współpracy”.

Agresja na Ukrainę i retoryka z nią związana (poprzedzająca ją i wyrażona w związku z aneksją Donbasu i rozpoczęciem działań zbrojnych) zdecydowanie wyodrębliły różnice istniejące tak na poziomie języka politycznego, jak i doktryny prawa międzynarodowego. Nie jest to przy tym tylko różnica między Rosją a Stanami Zjednoczonymi, ale także między popierającymi Rosję Chinami i Indiami (niekiedy tylko na zasadzie, aby działać przeciwko Stanom Zjednoczonym, a może także coś od nich uzyskać), a może nawet między państwami BRICS a światem Zachodu.

Innym wyzwaniem z całą mocą uwypuklonym przez agresję Rosji na Ukrainę jest dalsze działanie międzynarodowego systemu bezpieczeństwa zbiorowego⁶⁵. Agresja dobitnie pokazała, że w sytuacji, gdy w konflikt zaangażowany jest stały członek Rady Bezpieczeństwa (każdy z nich posiada broń jądrową), Rada nie jest w stanie na skutek pewnego weta podjąć odpowiedniej uchwały sankcyjnej. Nie działa tutaj zasada, że w przypadku decyzji dotyczących sporu międzynarodowego, którego stroną jest stały członek Rady Bezpieczeństwa, ma on obowiązek wstrzymania się od głosu (art. 27 ust. 3 Karty NZ). Chociaż logicznie nie jest to zbyt zrozumiałe (konflikt zbrojny jest przecież sporem kwalifikowanym), to jednak została ona

⁶⁵ Zob. J. d'Aspremont, *The Collective Security System and the Enforcement of International Law*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook...*, s. 129 i n.

ograniczona jedynie do rozdziału VI i art. 52 ust. 3 Karty⁶⁶. Stały członek Rady Bezpieczeństwa może zatem zawsze zablokować jakiekolwiek sankcje na mocy rozdziału VII Karty. Niewiele rezultatów daje też skorzystanie z procedury rezolucji Zjednoczeni dla pokoju. Trudno bowiem sobie wyobrazić, że upoważni ona państwa członkowskie ONZ do podjęcia wspólnej akcji zbrojnej przeciwko agresorowi będącemu stałym członkiem Rady Bezpieczeństwa, dysponującemu bronią jądrową. Możliwe jest jedynie polityczne potępienie mocarstwa, niekiedy wymuszone przez inne mocarstwo – sponsora rezolucji, co najwyżej objęcie takiego agresora sankcjami ekonomicznymi i personalnymi.

Osłabienie działania systemu bezpieczeństwa zbiorowego oraz większy nacisk na zabezpieczenie interesów indywidualnych lub grupowych państw będzie generowało częstsze uciekanie się do jednostronnych środków niewojskowych i wojskowych. Tym samym narastało będzie zjawisko tolerowania użycia siły jako środka interwencyjnego w tej lub innej postaci, nawet niekoniecznie pełnej inwazji zbrojnej. W stosunku do takich przypadków reakcje w skali powszechnej będą niejednoznaczne, a zatem łatwiej będzie o przyzwolenie na legalizację ich skutków lub o nieegzekwowanie konsekwencji prawnych dokonanych naruszeń tak wobec państw, jak i jednostek. Gdyby doszło do podziału świata na strefy wpływów, to mocarstwa w ich obrębie będą odgrywały rolę państwa policyjnego.

Elementem rządów prawa na poziomie międzynarodowym jest multilateralizm jako wyraz przekonania, że istnieją problemy ważne dla całej wspólnoty, które powinny być rozwiązywane i regulowane w ramach niezinstytucjonalizowanej lub zinstytucjonalizowanej współpracy wielostronnej. Z istoty swej związane z nimi są instytucje międzynarodowe, zwłaszcza o charakterze powszechnym, w tym przede wszystkim ONZ i agendy z nią związane. Wyzwalając dodatkowe napięcia i prowadząc do przyspieszenia zbrojeń, napaść zbrojna na Ukrainę zdecydowanie osłabi już wcześniej kwestionowane znaczenie multilateralizmu. Niemożliwą uczynić może też reformę ONZ czy instytucji z Bretton Woods.

Konflikt zbrojny na Ukrainie nie sprzyja również dążeniom do konstytucjonalizacji prawa międzynarodowego. Biorąc pod uwagę retorykę i praktykę tego konfliktu, można stwierdzić, że uderza on w samo serce konstytucji formalnej, jaką jest Karta NZ, i konstytucji materialnej (w szczególności zakwestionowanie bezwzględnie wiążącego charakteru zakazu agresji/zakazu groźby użycia lub użycia siły i innych norm uważanych za takie).

Obraz, jaki wyłania się w dłuższej perspektywie w następstwie agresji Rosji na Ukrainę w odniesieniu do kierunków zmian we wspólnotie międzynarodowej i w prawie międzynarodowym, nie jest optymistyczny. Można przyjąć, że bez

⁶⁶ Zob. komentarze do tego postanowienia: A. Zimmermann, [w:] B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The United Nations Charter. A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 919-927; P. Tavernier, [w:] J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (coord.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, t. I, Éditions Economica, Paris 2005, s. 944-948.

zasadniczej zmiany politycznej w Rosji, o którą trudno, powrót do efektywnej i wszechstronnej współpracy w skali powszechnej będzie bardzo skomplikowany. Konflikt ukraiński może zbliżyć do siebie Rosję i Chiny, a także inne niechętne Zachodowi państwa, oraz utrwalić ich powiązania na zasadzie antagonistycznej wobec Zachodu. Może to oznaczać, że prawo międzynarodowe powróci, przynajmniej w dość istotnym zakresie, do swej funkcji rozgraniczania władzy państw, czy szerzej funkcji zapewniania współistnienia, a nie współdziałania na rzecz dobra wspólnego.

Być może jedynie wstrząs zewnętrzny, np. w postaci gwałtownych zjawisk przyrodniczych czy narastających skutków zmiany klimatu, spowoduje otrzeźwienie i zajęcie się sprawami, które rzeczywiście są ważne dla ludzkości i jej trwania oraz pomyślnego rozwoju. W każdym razie fundamenty wspólnoty międzynarodowej i prawa międzynarodowego nie mogą pominąć uznania dla człowieka – jego godności osobowej i praw, dla ludów – ich równości i praw, oraz ludzkości jako całości, jej obecnych i przyszłych pokoleń. Bez tego zapewnienie stabilności i rozwoju wspólnoty międzynarodowej nie będzie możliwe.

***Pacta sunt servanda* pod presją migracyjną. Uwagi na temat kryzysu na polsko-białoruskiej granicy**

1. Presja migracyjna

Wydarzenia z lata i jesieni 2021 r. na polsko-białoruskiej granicy związane ze wzmożonym napływem migrantów próbujących przekroczyć granicę w sposób niezgodny z przepisami skłaniają do oceny tej sytuacji z perspektywy prawa międzynarodowego, w tym międzynarodowego prawa praw człowieka.

Według analizy opublikowanej przez Ośrodek Studiów Wschodnich białoruskie agencje turystyczne werbują osoby zdolne zapłacić od 10 do 15 tys. dolarów amerykańskich za wjazd do UE. Białoruś wydaje tym osobom wizy turystyczne, a nawet zaprasza na szczepienia przeciwko COVID-19. Przybysze są kwaterowani w hotelach, a po kilku dniach przewożeni w pobliże granicy z państwami Unii Europejskiej¹. Nierzadko doświadczają przemocy ze strony służb białoruskich i są wypychani poza granicę².

Działania reżimu białoruskiego należy traktować jako swego rodzaju atak demograficzno-informacyjno-psychologiczny mający na celu destabilizację państw ościennych. Jest on odpowiedzią na czwarty pakiet sankcji nałożonych przez Unię Europejską na Białoruś³ i stanowi hybrydowy atak, zaplanowany i systemowo zorganizowany przez reżim Aleksandra Łukaszenki⁴.

Presja migracyjna polegająca na podejmowaniu prób nieuprawnionego przekroczenia granicy przez dużą grupę osób wraz z operacją informacyjną może skutkować paraliżem możliwości obrony nienaruszalności granicy państwowej, gdyż użycie środków militarnych wobec takiego strumienia migracyjnego jest

* Prof. dr hab. Barbara Mikołajczyk, Uniwersytet Śląski, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0003-1584-2596.

¹ J. Hyndle-Hussein, *Kryzys migracyjny na Litwie*, <https://www.osw.waw.pl/en/node/29013> [dostęp 15.09.2021].

² Według amerykańskiego portalu NPR, *The EU accuses Belarus of luring global migrants into other European countries*, <https://www.npr.org/2021/10/12/1045345417/poland-belarus-lukashenko-eu-migrants-asylum?t=1634238523671> [dostęp 16.10.2021].

³ Rozporządzenie wykonawcze Rady (UE) 2021/997 z dnia 21 czerwca 2021 r. w sprawie wykonania art. 8a ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 765/2006 dotyczącego środków ograniczających wobec Białorusi, Dz. Urz. UE L 219I/3 z 21.06.2021 r.

⁴ Statement of the Prime Ministers on the hybrid attack on our borders by Belarus, www.gov.pl/web/premier/oswiadczenie-premierow-ingridy-imonyt-litwa-artursa-krijnisa-karia-lotwa-kai-kallas-estonia-i-mateusza-morawieckiego-polska-w-sprawie-ataku-hybrydowego-na-naszyc-granicach-ze-strony-bialorusi [dostęp 12.10.2021].

nieakceptowalne przez znaczną część opinii publicznej i może prowadzić do kompromitacji państwa. Celem ataku jest także polaryzacja postaw w społeczeństwie, a więc podsycanie niechęci do migrantów jako kryminalistów, gwałcicieli czy najeźdźców albo ukazywanie ich wyłącznie jako ofiar potrzebujących pomocy. Sami migranci nie są zazwyczaj aktywnymi uczestnikami ataku, ale mogą nieświadomie realizować rolę wyznaczoną im przez państwo atakujące. Ponadto, co charakterystyczne dla takiej sytuacji, humanitaryzm, przestrzeganie praw człowieka i wartości demokratyczne stanowią „słaby punkt” w takim starciu⁵.

Działania reżimu Łukaszenki są przykładem dehumanizacji migracji poprzez użycie migrantów jako broni demograficznej⁶ oraz o tzw. *weaponisation of migration*⁷. Co więcej, zobowiązania państw Unii Europejskiej w zakresie ochrony praw człowieka stały się w opisywanej sytuacji zakładnikiem. Stawka jest wysoka – albo UE zgodzi się na ustępstwa wobec Białorusi, albo państwa członkowskie leżące na jej zewnętrznej granicy odstąpią od przestrzegania międzynarodowych standardów praw człowieka i przestrzegania praw osób poszukujących ochrony międzynarodowej.

W momencie pisania tego tekstu (październik 2021) presja migracyjna przejawiająca się jako strumień migrantów próbujących przedostać się do Polski przez „zieloną granicę” stale rośnie. Zdarzają się próby siłowego przekroczenia granicy i niszczenia płotu zrobionego z drutu kolczastego. Polski rząd wysłał na Białoruś konwój z pomocą dla migrantów, który został zatrzymany na granicy, co było zresztą łatwe do przewidzenia.

Jednocześnie media i organizacje pozarządowe codziennie informują o ogromnej liczbie migrantów na lotnisku w Mińsku, o przemocy stosowanej przez służby białoruskie, cudzoziemcach błakających się po lasach przy granicy, o grupie Afgańczyków, która utknęła w upokarzających warunkach na granicy w Usnarzu Górnym, o rodzinach z małymi dziećmi wywiezionych z placówki Straży Granicznej w Michałowie do „linii granicy” (cokolwiek to znaczy), o wypychaniu migrantów na stronę białorską przez polską Straż Graniczną⁸, a także o ofiarach śmiertelnych⁹. Te wszystkie zdarzenia wpisują się w stosunkowo nowe pojęcie tzw. krzywd granicznych (*border harms of human displacement*), które pojawiło się w doktrynie prawa migracyjnego w czasie kryzysu 2015/2016 w kontekście odsyłania, niewpuszczania

⁵ W. Repetowicz, *Broń „D” jako zagrożenie asymetryczne*, „Wiedza Obronna” 2018, nr 1-2, s. 117-119.

⁶ *Ibidem*, s. 121.

⁷ Podobne działania są podejmowane np. przez Turcję wobec Grecji i Maroko wobec Hiszpanii, zob. I.E. Kotoulas, W. Pusztai, *Migration as a weapon Turkey's hybrid warfare against the European Union*, Foreign Affairs Institute, Report no. 1 June 2020; B. Garcés Mascareñas, *A Ceuta: The weaponisation of migration*, Barcelona Center For International Affairs, Barcelona Center For International Affairs, https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/2021/ceuta_the_weaponisation_of_migration [dostęp 18.10.2021].

⁸ Informacja z Amnesty International Evidence Lab, <https://amnesty.org.pl/tag/usnarcz-gorny/> [dostęp 20.10.2021].

⁹ A. Adamczyk, *Kryzys imigracyjny w UE i sposoby jego rozwiązania*, „Przegląd Politologiczny” 2016, nr 3, s. 48-52.

i przetrzymywania na granicach lub w detencji Syryjczyków próbujących przedostać się do Unii Europejskiej¹⁰.

Obecna sytuacja (październik 2021) na granicy z Białorusią jest jak dotąd największym wyzwaniem migracyjnym dla Polski po II wojnie światowej, gdyż wielki kryzys migracyjny z lat 2015/2016 najbardziej dotknął państwa Europy Południowej i Zachodniej, ale Polskę zasadniczo ominął.

2. Zobowiązanie *non-refoulement*

W przedstawionych wyżej okolicznościach zasadne wydaje się pytanie o zdolność Polski do rozwiązania presji migracyjnej na granicy z Białorusią przy zachowaniu zobowiązań wynikających z wiążących ją traktatów praw człowieka, prawa zwyczajowego, a także konstytucyjnego. O obowiązku *pacta sunt servanda* stanowi art. 26 Konwencji wiedeńskiej z dnia 23 maja 1969 r. o prawie traktatów: „[K]ażdy będący w mocy traktat wiąże jego strony i powinien być przez nie wykonywany w dobrej wierze”¹¹, ale jest oczywiste, że znajduje ona swe źródło w prawie zwyczajowym¹².

Zasadę *pacta sunt servanda* należy rozważać w świetle rozdziału trzeciego Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 r.¹³, ale wchodzi ona do polskiego porządku prawnego także dzięki art. 9 Konstytucji RP. Komentując ten przepis, Krzysztof Wójtowicz zauważył, że „obowiązek działania zgodnie z prawem wynika z zasady dobrej wiary i szeroko pojętej zasady *pacta sunt servanda*. Istotne znaczenie ma dla społeczności międzynarodowej, że Polska jest państwem prawa także w stosunkach zewnętrznych i respektuje wartości, na których prawo międzynarodowe się opiera. Z tej perspektywy można uznać, art. 9 za uroczyste przyrzeczenie, że Państwo Polskie będzie z jednej strony konstruktywnie uczestniczyć w umacnianiu ładu międzynarodowego, a z drugiej strony wykonywać zobowiązania w dobrej wierze”¹⁴. Zobowiązanie dotyczy wszystkich organów państwa, dzięki którym jego prawa i obowiązki są wprowadzane w życie¹⁵.

Konieczne należy podkreślić, że Konstytucja w sposób szczególny traktuje zobowiązania Polski wobec uchodźców. Artykuł 56 ust. 2 bezpośrednio bowiem nawiązuje do wiążącego Polskę prawa międzynarodowego: „Cudzoziemcowi, który w Rzeczypospolitej Polskiej poszukuje ochrony przed prześladowaniem, może być przyznany status uchodźcy zgodnie z wiążącymi Rzeczypospolitą Polską umowami międzynarodowymi”. Tak więc niewywiązanie się w tym zakresie ze zobowiązań

¹⁰ S. Ilcan, *Border harms of human displacement: harsh landscapes of human rights violations*, „Social Sciences” 2021, vol. 10, no. 4, s. 123.

¹¹ Dz. U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.

¹² M.E. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill/Nijhof, London 2009, s. 368.

¹³ Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹⁴ K. Wójtowicz, *Artykuł 9*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 328.

¹⁵ M.E. Villiger, *Commentary...*, s. 365.

międzynarodowych, w tym także niepodjęcie stosownych kroków w celu zweryfikowania, czy cudzoziemiec jest lub nie jest uchodźcą, stanowi jednocześnie naruszenie Konstytucji.

Wiążące Polskę umowy, o których mowa w art. 56, to przede wszystkim Konwencja dotycząca statusu uchodźców sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r.¹⁶ Jej art. 33 zakazujący wydalenia lub zawracania „uchodźcy do granicy terytoriów, gdzie jego życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo ze względu na jego rasę, religię, obywatelstwo, przynależność do określonej grupy społecznej lub przekonania polityczne” (*non-refoulement*) wyraża istotę międzynarodowego prawa uchodźczego. Zasada *non-refoulement* stanowi też część prawa zwyczajowego, a w doktrynie postuluje się o interpretowanie jej jako normy *ius cogens*¹⁷. Taka interpretacja znajduje uzasadnienie w połączeniu *non-refoulement* z absolutnym zakazem tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, choć niekoniecznie w swoim wąskim znaczeniu prawa uchodźczego¹⁸.

Zatem kolejną wytyczną w zakresie traktowania migrantów są zobowiązania w zakresie ochrony praw człowieka, w tym art. 7 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych (MPPoiP) przyjętego 16 grudnia 1966 r.¹⁹, art. 3 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania z 10 grudnia 1984 r.²⁰, art. 3 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. (EKPC)²¹ oraz przepisami zakazującymi zbiorowego wydalenia cudzoziemców (art. 4 protokołu nr 4 do EKPC), a także Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. Zważywszy, że wśród migrantów są rodziny z dziećmi oraz małoletni bez opieki, warto przypomnieć, iż Polska jest związana zasadą najlepszego zabezpieczenia interesów dziecka zawartą w art. 3 konwencji, a także art. 22 ust. 1, zobowiązującym państwa do pomocy humanitarnej przy korzystaniu z odpowiednich praw zawartych w konwencji²².

W kontekście obecnej presji migracyjnej trzeba przypomnieć, że UNHCR interpretuje *refoulement* także jako odmowę wjazdu (*non-admission*) na granicy²³ i według tej interpretacji państwo nie może wydalić ani odesłać z granicy cudzoziemca wnioskującego o status uchodźcy. Takie rozumienie zasady *non-refoulement*

¹⁶ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515.

¹⁷ J. Allain, *The jus cogens. Nature of non-refoulement*, „International Journal of Refugee Law” 2001, vol. 13, no. 4, s. 533-558.

¹⁸ O. Łachacz, *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. 15, s. 141.

¹⁹ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

²⁰ Dz. U. z 1989 r. Nr 63, poz. 378.

²¹ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

²² Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526.

²³ The Executive Committee, Conclusion No. 22 (XXXII) 1981, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, s. 3, pkt 7, <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=search&skip=0&query=refoulement&coi=> [dostęp 17.10.2021].

przyjęła też Komisja Prawa Międzynarodowego w „Projekcie artykułów o wydaleniu cudzoziemców” w 2014 r. (*Draft Articles on the Expulsion of Aliens*)²⁴. Komisja przyznaje państwom pełne prawo do decydowania o wjeździe cudzoziemców na ich terytoria i zasadniczo nie utożsamia *refoulement* z *non-admission*, ale czyni wyjątek właśnie dla uchodźców (art. 6 Projektu artykułów)²⁵.

Konwencja genewska nie czyni wyjątków w zasadzie *non-refoulement* w przypadku masowego napływu migrantów (*mass influx*), choć propozycje odstępiania od tej zasady właśnie w takich okolicznościach były wysuwane na etapie *travaux preparatoires*²⁶, lecz ostatecznie nie znalazły się w tekście przyjętego traktatu. Potwierdza to stanowisko Komitetu Wykonawczego UNHCR wskazujące, że zakaz *refoulement* obowiązuje także w sytuacji masowego napływu migrantów²⁷.

Zakres zasady *non-refoulement* w związku z wielkimi falami migracyjnymi był też rozważany w doktrynie w odniesieniu do zakazu wydalenia jako normy międzynarodowego prawa zwyczajowego. Nils Coleman, badając przykłady niewpuszczania grup uciekinierów w czasie konfliktu w byłej Jugosławii, zauważył, że w sytuacjach kryzysowych wśród państw brak *opinio iuris* co do bezwzględności stosowania tej zasady, i zaproponował wzięcie pod uwagę jej zrelatywizowania w zależności od sytuacji faktycznej²⁸. Wyrazem braku przekonania państw o bezwzględności zasady *non-refoulement* jako odmowy wjazdu w sytuacji masowego napływu osób poszukujących azylu jest art. 3 ust. 2 deklaracji ONZ o azylu terytorialnym z 1967 r. Pozwala on na wyjątek w celu obrony ludności państwa, gdy ma miejsce masowy napływ osób („[E]xception may be made to the foregoing principle only for overriding reasons of national security or in order to safeguard the population, as in the case of a mass influx of persons”)²⁹. Jednakże argumenty dotyczące odstępstw od zakazu niewpuszczania/zawracania z przejścia granicznego tracą rację bytu, gdy *non-refoulement* jest interpretowana jako część zakazu tortur niehumanitarnego traktowania albo karania.

Zasada *non-refoulement* wymaga po prostu przyjęcia i rozpatrzenia wniosku cudzoziemca, bez względu na to, czy wjechał na terytorium kraju legalnie, czy z naruszeniem przepisów, a także czy miało to miejsce w czasie „masowego napływu”, czy poza nim. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wynika także, że wniosek o ochronę międzynarodową powinien być rozpatrzony, nawet gdy istnieje prawdopodobieństwo, że wnioskodawca nadużywa procedury azylowej, zostało złożonych (za) dużo wniosków o ochronę przez cudzoziemców będących w podobnej sytuacji, a nawet jeśli państwo ma powody powoływać się na względy

²⁴ International Law Commission, *Draft Articles on the Expulsion of Aliens, with commentaries*, 2014, <https://www.refworld.org/docid/5539ef8e4.html> [dostęp 17.10.2021].

²⁵ *Ibidem*, s. 10, pkt 7.

²⁶ N. Coleman, *Non-refoulement revised renewed review of the status of the principle of non-refoulement as customary international law*, „European Journal of Migration and Law” 2003, no. 5, s. 46.

²⁷ The Executive Committee, Conclusion No. 22..., s. 7, pkt 15.

²⁸ N. Coleman, *Non-refoulement...*, s. 64.

²⁹ UN General Assembly, *Declaration on Territorial Asylum*, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII) <https://www.refworld.org/docid/3b00f05a2c.html> [dostęp 18.10.2021].

bezpieczeństwa i porządku publicznego³⁰. Być może wnioskujący jest uchodźcą w rozumieniu art. 1 konwencji dotyczącej statusu uchodźców, a więc powinien mieć dostęp do procedury, ze wszystkimi jej konsekwencjami, m.in. dostępem do pomocy i informacji prawnej. Jeśli okaże się, że nie wymaga ochrony, odpowiednie środki, łącznie z wydaleniem, przewidziane w prawie powinny być wobec niego zastosowane.

Respektowanie zasady *pacta sunt servanda* oznacza, że państwo nie może ignorować przyjętych na siebie zobowiązań, pomimo masowego napływu migrantów, nieskładania przez nich wniosków o ochronę lub przebywania poza linią graniczną. Sytuacja, w jakiej znaleźli się migranci, nawet jeśli ma to miejsce z ich winy (czy też naiwności), nie może skutkować pozbawieniem ich ludzkiej godności.

Oczywiście każdy przypadek należy rozpatrywać osobno, ponieważ „sytuacje graniczne” są często niejednoznaczne i zniuansowane, o czym świadczą m.in. wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *ND i NT p. Hiszpanii*. W tym przypadku funkcjonariusze Guardia Civil zatrzymali wspinających się na płot graniczny w Melilli obywateli Mali i Wybrzeża Kości Słoniowej, zakuli ich w kajdanki i bez identyfikacji natychmiast przekazali do Maroka. Izba siedmiu sędziów ETPC orzekła naruszenie przez Hiszpanię art. 4 protokołu nr 4 (zakaz zbiorowego wydalenia cudzoziemców) do EKPC oraz jej art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego). Natomiast Wielka Izba uznała, że Hiszpania nie naruszyła przepisów konwencji, gdyż skarżący wraz dużą grupą szturmujących usiłowali wdrzeć się siłą na terytorium Hiszpanii w miejscu do tego nieprzeznaczonym. Skarżący mieli możliwość udania się na przejście graniczne, działali zatem nielegalnie, co usprawiedliwiało działania Hiszpanii³¹.

Nie można jednak w wyroku w sprawie *ND i NT p. Hiszpanii* upatrywać wzorca dla przyszłego rozstrzygnięcia w sprawie *R.A. i inni p. Polsce*³² (oczywiście o ile takie dojdzie do skutku). Jej okoliczności są nieco inne, ponieważ skarżący, którzy utknęli w Usnarzu Górnym, na polsko-białoruskiej granicy, byli blokowani przez służby białoruskie i nie mogli przemieścić się do przejścia granicznego ani wrócić w głąb Białorusi. Skarżący powołali się na naruszenie przez Polskę art. 3 EKPC przez pozbawienie ich dostępu do procedur azytowych, co naraża ich, w przypadku ich dalszego odesłania do Afganistanu (*chain refoulement*), na ryzyko tortur oraz nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania. Podnieśli też kwestię zastosowania wobec nich środka w postaci zbiorowego wydalenia (art. 4 protokołu nr 4). Na podstawie art. 3 w połączeniu z art. 2 (prawo do życia) poskarżyli się także na warunki materialne i sanitarne. Sformułowali też zarzut naruszenia art. 13 (prawo do skutecznego środka odwoławczego). W związku ze skargą Trybunał zobowiązał polskie władze do zapewnienia skarżącym żywności, wody, odzieży, odpowiedniej opieki medycznej oraz, jeśli to możliwe, tymczasowego schronienia. Jednocześnie Trybunał zastrzegł,

³⁰ J. Kapelańska-Pręgowska, *Czynniki ryzyka a ochrona uchodźców przed wydaleniem w świetle art. 3 EKPC*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 5, s. 43.

³¹ Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 13 lutego 2020 r., *ND i NT p. Hiszpanii*, skargi nr 8675/15 oraz 8697/15.

³² *R.A. i inni p. Polsce*, skarga nr 42120/21.

że nałożenie tych środków nie powinno być rozumiane jako zobowiązanie Polski do wpuszczenia skarżących na swoje terytorium. Trybunał rozszerzył wymienione środki tymczasowe o umożliwienie niezbędnego kontaktu skarżących z przedstawicielami prawnymi, pod warunkiem, że skarżący przebywają na terytorium Polski. Alternatywnie prawnicy powinni być dopuszczeni w pobliże miejsca pobytu skarżących. Ponadto Trybunał zakazał rządowi odesłania skarżących na Białoruś, o ile znajdują się oni na terytorium Polski³³.

Środki tymczasowe nałożone przez ETPC nie zostały przez polski rząd wykonane. W odpowiedzi do Trybunału z 29 września 2021 r. strona polska stwierdziła, że nie może naruszać integralności sąsiedniego państwa. Wszelkie działania podejmowane z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wobec osób przebywających na terytorium Republiki Białorusi bez zgody strony białoruskiej stanowiłyby ingerencję prowadzoną na terytorium Białorusi. W związku z tym funkcjonariusze Straży Granicznej nie mogą umożliwiać kontaktów osobom postronnym, jak również doprowadzać do przemieszczania przez granicę towarów i dóbr w sposób nieuregulowany³⁴.

Odnosząc się do skomplikowanej i dynamicznej sytuacji na granicy, warto zauważyć, że być może gdyby problem koczujących migrantów został wcześniej dostrzeżony jako zagrożenie praw człowieka, a nie tylko ochrony granicy, to zostałby rozwiązany w sposób mniej medialny, a przede wszystkim humanitarny, a sprawa nie trafiłaby do ETPC. W tym miejscu warto przypomnieć, że Kodeks graniczny Schengen w art. 5 ust. 1 stanowi, iż przekraczanie granic zewnętrznych dozwolone jest jedynie na przejściach granicznych i w ustalonych godzinach ich otwarcia. Jednocześnie w ust. 2 pkt 2 Kodeksu pozwala na odstępstwa „dla osób lub grup osób w przypadku nieprzewidzianej sytuacji wyjątkowej”³⁵. Z kolei art. 9 ust. 5 ustawy o Straży Granicznej wymaga od funkcjonariuszy respektowania godności oraz przestrzegania wolności i praw człowieka i obywatela³⁶.

W sprawie *R.A. i inni p. Polsce*, a także w analogicznej *Ahmed i inni p. Łotwie*³⁷ ETPC będzie musiał zmierzyć się z sytuacją na granicy lądowej i po raz kolejny odnieść się do kwestii przypisania odpowiedzialności państwa oraz do interpretacji pojęcia „pod jurysdykcją państwa”. Najnowsze wytyczne Trybunału oparte na dotychczasowym orzecznictwie³⁸ i dotyczące interpretacji art. 1 konwencji³⁹ nie uwzględniają

³³ *La Cour communique l'affaire "R.A. et autres contre Pologne" et applique des mesures provisoires*, CEDH 283 (2021), 27.09.2021.

³⁴ *Poland provided the ECHR with its position on the order for interim measures*, <https://www.gov.pl/web/mswia-en/poland-provided-the-echr-with-its-position-on-the-order-for-interim-measures> [dostęp 20.10.2021].

³⁵ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/399 z dnia 9 marca 2016 r. w sprawie unijnego kodeksu zasad regulujących przepływ osób przez granice (Kodeks graniczny Schengen), Dz. Urz. UE L 77/1 z 23.03.2016 r.

³⁶ Tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1486, 1728.

³⁷ Skarga nr 42165/21.

³⁸ *Guide on Article 1 of the Convention – Obligation to Respect Human Rights – Concepts of "Jurisdiction" and Imputability*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 August 2021.

³⁹ Art. 1 stanowi: „Wysokie Układające się Strony zapewniają każdemu człowiekowi, podlegającemu ich jurysdykcji, prawa i wolności określone w rozdziale I niniejszej konwencji”.

sytuacji, gdy funkcjonariusz Straży Granicznej, którego zadaniem jest zapobieganie przekraczaniu granicy w niedozwolonym miejscu, pozostaje kilka metrów od skarżącego, ale jednak po drugiej stronie granicy, widzi i słyszy, że migranci chcą ubiegać się o ochronę i że przebywają w poniżających warunkach. Trybunał będzie musiał rozważyć, czy niemożność przemieszczenia się cudzoziemca do punktu kontroli granicznej bądź w głąb państwa, które wydało mu wizę, wyczerpuje znamiona „faktycznego pozostawiania pod kontrolą” państwa, przeciwko któremu skierowano skargę, związanego przecież EKPC i jej art. 3 o absolutnym i bezwarunkowym charakterze⁴⁰. Trybunał często orzekał w sprawach odnoszących się do różnych sytuacji w strefach tranzytowych i na morzu⁴¹, ale taki stan faktyczny będzie nowym wyzwaniem dla sędziów. Czy zatem Trybunał zdecyduje, że w takiej sytuacji godność ludzka stoi powyżej nienaruszalności granicy?

Natomiast linia orzecznicza ETPC w sprawach osób, które już znalazły się na terytorium państwa lub którym udało się dotrzeć do wyznaczonego punktu kontroli granicznej, zgodnie z normami prawa międzynarodowego jest wyraźnie ustalona⁴². Osoby te powinny mieć zagwarantowane prawa wynikające z umów międzynarodowych, którymi Polska jest związana, w tym ochronę przed *refoulement*, a więc także przed odsyłaniem z przejść granicznych. Podobne stanowisko przyjmują traktatowe organy praw człowieka. Komitet Przeciwko Torturom w komentarzu ogólnym nr 4 z 2017 r. stwierdza, że w przypadku odsyłania osób do innego państwa, gdy istnieją poważne podstawy, aby sądzić, że groziłoby im niebezpieczeństwo poddania torturom lub niehumanitarnego albo poniżającego traktowania, zasada *non-refoulement* ma charakter podobnie bezwzględny jak sam zakaz tortur. Żadne nadzwyczajne okoliczności nie mogą ani derogować, ani ograniczać prawa do wolności od tortur lub niehumanitarnego bądź poniżającego traktowania⁴³.

3. W poszukiwaniu dobrej wiary

Sztucznie wywołany przez Białoruś kryzys migracyjny wymaga podejmowania nadzwyczajnych środków. Z kolei przywołana powyżej zasada *pacta sunt servanda* wymaga, aby były one podejmowane w dobrej wierze, w zgodzie z przyjętymi przez Polskę zobowiązaniami. Prawnicy-internacjoniści często rozważają, która zasada

⁴⁰ UNHCR *Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights. Part 2.1 – Fact Sheet on Article 3*, UNHCR, March 2003, s. 5.

⁴¹ *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Immigration*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 31 August 2021.

⁴² Np. wyroki w sprawach *Kebe i inni p. Ukrainie*, *M.A. i inni p. Litwie*, *M.K. i inni p. Polsce i Others vs. Poland*, *Ilias i Ahmed p. Węgrom*, *D.A. i inni p. Polsce*, *Shahzad p. Węgrom*, *Sharifi i inni p. Włochom i Grecji*, *D p. Bułgarii*.

⁴³ UN Committee Against Torture, *General Comment No. 4 (2017) on the implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*, CAT/C/GC/4, 4.09.2018, pkt 9.

– dobrej wiary czy *pacta sunt servanda* – ma charakter pierwotny i nadrzędny⁴⁴, ale wszyscy są zgodni, że obie są nierozłączne i dobrze zakorzenione we współczesnym prawie międzynarodowym.

Realizując zatem obie te zasady, państwa powinny powstrzymać się od działań obliczonych na udaremnienie przedmiotu i celu umowy, nawet wtedy, gdy traktat pozostawia im dużą swobodę działania na gruncie wewnętrznym. Zasada dobrej wiary jest widoczna przede wszystkim w art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów i stanowi, że państwo-strona „nie może powoływać się na postanowienia swojego prawa wewnętrznego dla usprawiedliwienia niewykonywania przez nią traktatu”. A zatem czy Polska, kształtując politykę migracyjną i podejmując środki prawne i praktyczne w obliczu nadzwyczajnej sytuacji na granicy, działa lub przynajmniej stara się działać w dobrej wierze, aby pozostać w zgodzie z wiążącymi ją zobowiązaniami w zakresie praw człowieka?

W tym kontekście trzeba zauważyć, że ograniczenia w dostępie do procedur azylowych, m.in. ze względu na dyskryminację z przyczyn religijnych, zostały zauważone już w 2016 r. przez Komitet Praw Człowieka w uwagach końcowych dotyczących siódmego sprawozdania okresowego z wykonywania przez Polskę zobowiązań wynikających z MPPOiP. Komitet wezwał polskie władze do stworzenia efektywnego systemu zapobiegającego wydaleniom cudzoziemców do krajów, w których istnieją istotne podstawy, aby sądzić, że mogą być narażone na rzeczywiste ryzyko nieodwracalnej krzywdy, takie jak określone w art. 6 (prawo do życia) i 7 (zakaz tortur) paktu⁴⁵. Z kolei Komitet Przeciwno Torturom, w uwagach końcowych z 2019 r., podniósł problem odmowy przez Straż Graniczną rejestracji wniosków o ochronę międzynarodową oraz braku dostępu do pomocy prawnej na przejściu granicznym w Terespolu i Medyce⁴⁶.

W związku z nieprzyjmowaniem wniosków o ochronę na przejściu granicznym w Terespolu cudzoziemcy złożyli także skargę do ETPC. W sprawie *M.K. i inni p. Polsce*⁴⁷ trzy czeczeńskie rodziny z dziećmi podnosiły, że polskie służby wielokrotnie odmawiały im możliwości złożenia wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, pomimo wyrażonej przez nich woli ubiegania się o azyl. Skarżyły się na naruszenie zasady *non-refoulement* na podstawie art. 3 EKPC. Skarżący powołali się także na art. 4 protokołu nr 4 do konwencji, twierdząc, że ich sytuacja nie została rozpatrzona indywidualnie oraz że padli ofiarą ogólnej polityki prowadzonej przez polskie władze w celu

⁴⁴ L. Ehrlich, *Interpretacja traktatów*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 213; L. Łukaszuk, *Charakter podstawowych zasad prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1988, nr 11, s. 111-112; A. Wyrozumska, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006, s. 273; E. Lis, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, nr. 1, s. 28; M. Kałduński, *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 159.

⁴⁵ Human Right Committee, *Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Poland*, CCPR/C/POL/CO/7, 23 listopada 2016 r., s. 6-7.

⁴⁶ Committee against Torture, *Concluding Observations on the Seventh Periodic Report of Poland*, 29 August 2019, CAT/C/POL/CO/7, s. 9-11.

⁴⁷ Wyrok ETPC z 23 lipca 2020 r. w sprawie *M.K. i inni p. Polsce*, skarga nr 40503/17 i nr 43634/17.

zmniejszenia liczby wniosków o ochronę rejestrowanych w Polsce. Argumentowali również, że złożenie odwołania od decyzji o odmowie wjazdu do Polski nie stanowiło skutecznego środka odwoławczego, ponieważ nie zostałyby ono rozpatrzone wystarczająco szybko, nie miałyby skutku zawieszającego i nie zostałyby rozpatrzone przez niezależny organ. Warto również wspomnieć o tym, że ich przedstawicielowi prawnemu odmówiono możliwości spotkania się z nimi na przejściu granicznym. Wreszcie skarżący zarzucili, że polskie władze nie zastosowały się do środków tymczasowych przyznanych im przez Trybunał, co stanowi naruszenie art. 34 konwencji.

W odpowiedzi na zarzut niezastosowania się do środków tymczasowych Ministerstwo Spraw Zagranicznych utrzymywało, że konwencja nie ma zastosowania w sytuacji opisanej w skardze, ponieważ skarżący nie przebywali w Polsce w wyniku odmowy wjazdu. Ten argument, przypominający błędne koło, pozostaje w sprzeczności z art. 1 konwencji, ponieważ sformułowanie „w ramach ich jurysdykcji” oznacza, jak wcześniej wskazano, również „podleganie kontroli granicznej”. Wynika to z orzecznictwa ETPC i jest pojęciem ugruntowanym w dziedzinie praw człowieka⁴⁸. W tej sprawie Trybunał stwierdził, że Polska naruszyła wszystkie wyżej wymienione przepisy EKPC.

Podobne stanowisko ETPC zajął, wydając wyrok (lipiec 2021 r.) w sprawie *D.A. i inni p. Polsce*. W tym przypadku troje obywateli Syrii wielokrotnie i bezskutecznie próbowało złożyć na przejściu granicznym w Terespolu wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej. Cudzoziemcom co prawda wydano indywidualne decyzje o odmowie wjazdu, ale nie wzięto pod uwagę ich wniosków o udzielenie ochrony i nie zbadano ich indywidualnej sytuacji. Nie zapewniono im skutecznego środka odwoławczego, gdyż decyzja o odmowie wjazdu była natychmiast wykonalna, chociaż skarżący złożyli odwołanie do Komendanta Głównego Straży Granicznej. Podobnie jak w sprawie *M.K. i inni p. Polsce*, zarządzenie tymczasowe Trybunału nakazującego umożliwienie cudzoziemcom wjazdu do Polski nie zostało przez władze wykonane. Podobny też był wyrok Trybunału, który orzekł naruszenie przez Polskę art. 3 konwencji, art. 4 protokołu nr 4 oraz art. 13. W końcu Trybunał stwierdził naruszenie art. 34 konwencji poprzez zignorowanie przez polskie władze wydane go przez Trybunał środka tymczasowego⁴⁹.

Jeżeli w opisanych wyżej przypadkach możemy mówić o braku dobrej wiary w wykonywaniu zobowiązań wynikających z konwencji genewskiej w związku przyjętą praktyką służb granicznych, to ustawa o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz niektórych innych ustaw z dnia 14 października 2021 r. jest przykładem „udaremnienia przedmiotu i celu” traktatu (tu konwencji genewskiej) poprzez przyjęcie aktu prawa krajowego.

Ustawa wprowadza zmiany w art. 302 ustawy o cudzoziemcach, wymieniającym przypadki, w których cudzoziemcowi wydawana jest decyzja o zobowiązaniu

⁴⁸ C. Costello, *Courting access to asylum in Europe: Recent supranational jurisprudence explored*, „Human Rights Law Review”, vol. 12, no. 2, s. 287-339, *passim*; M. Kowalski, *Wnioski o ochronę międzynarodową składane na granicy – uwagi na tle środków tymczasowych zarządzonych wobec Polski przez Europejski Trybunał Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” marzec 2018, s. 15.

⁴⁹ Wyrok ETPC z 8 lipca 2021 r. w sprawie *D.A. p. Polsce*, skarga nr 51246/17.

do powrotu, m.in. z powodu przekroczenia lub usiłowania przekroczenia granicy wbrew przepisom prawa. Dotąd ustawa czyniła wyjątek dla sytuacji przewidzianych konwencją genewską. Natomiast nowelizacja nakłada obowiązek powrotu oraz uniemożliwia cudzoziemcowi ponowny wjazd do Polski i innych państw strefy Schengen w sytuacji, gdy „został zatrzymany niezwłocznie po przekroczeniu granicy wbrew przepisom prawa stanowiącej granicę zewnętrzną w rozumieniu art. 2 pkt 2 Kodeksu granicznego Schengen”. Zgodnie z nowym art. 303b cudzoziemiec może złożyć zażalenie na postanowienie o opuszczeniu terytorium RP do Komendanta Głównego Straży Granicznej, ale takie zażalenie nie wstrzymuje wykonania postanowienia. Z kolei art. 3 noweli modyfikuje ustawę o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z 13 czerwca 2013 r.⁵⁰ i pozwala, aby Szef Urzędu do Spraw Cudzoziemców pozostawił bez rozpoznania wnioski o udzielenie ochrony międzynarodowej, który został złożony przez cudzoziemca zatrzymanego niezwłocznie po przekroczeniu granicy zewnętrznej UE, chyba że cudzoziemiec „przybywa bezpośrednio z terytorium, na którym jego życiu lub wolności zagrażało niebezpieczeństwo prześladowania lub ryzyko wyrządzenia poważnej krzywdy, oraz przedstawił wiarygodne przyczyny nielegalnego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej niezwłocznie po przekroczeniu granicy”⁵¹. W praktyce to oznacza, że wnioski cudzoziemców zatrzymanych na terytorium Polski, po przekroczeniu przez nich granicy z Białorusią w miejscu niedozwolonym, nie będą rozpatrywane.

W istocie przyjęte rozwiązanie stanowi legalizację *push-backs*. Nieuwzględniający „sytuacji humanitarnych”, bezwzględny charakter zakazu nielegalnego przekraczania granicy oraz możliwość pozostawienia bez rozpoznania wniosku o ochronę międzynarodową naruszają zasadę *non-refoulement* zawartą w konwencji genewskiej, a także powołane wyżej zakazy tortur i zbiorowego wydalenia cudzoziemców oraz prawa do skutecznego środka odwoławczego, którymi Polska jest związana. Przyjęte rozwiązanie pozostaje również w sprzeczności z linią orzecniczą ETPC, kontynuowaną w najnowszych orzeczeniach dotyczących Polski.

W obecnym kształcie nowe przepisy nie spełniają także warunków dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej⁵² oraz tzw. dyrektywy powrotowej⁵³, m.in. w zakresie prawa do skutecznego środka zaskarżenia decyzji negatywnych, dostępu do pomocy i informacji prawnej, a także dostępu do tłumaczy. Pozostają też w sprzeczności z art. 18 (prawo do azylu) oraz 19 (ochrona

⁵⁰ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1108.

⁵¹ Dz. U. z 2021 r. poz. 1918.

⁵² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, Dz. Urz. UE L 180/60 z 29.06.2013 r.

⁵³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/115/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie wspólnych norm i procedur stosowanych przez państwa członkowskie w odniesieniu do powrotów nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich, Dz. Urz. UE L 348/98 z 24.12.2008 r.

w przypadku usunięcia z terytorium państwa, wydalenia lub ekstradycji) Karty praw podstawowych UE⁵⁴ i wreszcie z cytowanym wyżej art. 56 Konstytucji RP.

O braku dobrej wiary w wykonywaniu zobowiązań z zakresu ochrony praw człowieka w odniesieniu do migrantów świadczy także narracja wokół problemu migracji. Rząd i część mediów konsekwentnie przedstawiają migrantów jako zagrożenie dla bezpieczeństwa narodowego, kultury, tradycji i zdrowia publicznego. Taką narrację wykorzystano w czasie kampanii wyborczych w 2015 i 2018 r.⁵⁵ Niestety, ten model jest w 2021 r. powielany, a nawet bardziej wyeksponowany, i to nie tylko w mediach, ale także w oficjalnych dokumentach rządowych⁵⁶.

Na zakończenie warto zauważyć, że *pacta sunt servanda* i dobra wiara⁵⁷ wymagają współpracy⁵⁸ i lojalności⁵⁹ między państwami. We współczesnym, zglobalizowanym świecie takie podejście jest logiczne, zwłaszcza w odniesieniu do takich zjawisk jak ruchy migracyjne. Wydawałoby się więc naturalne, że zniwelowanie skutków obecnego kryzysu będzie możliwe wyłącznie przy pomocy, we współpracy i solidarności z innymi państwami, Unią Europejską i innymi organizacjami. Jednakże obecne polskie władze konsekwentnie przejawiały niechętny stosunek do współpracy w tym zakresie, zarówno na forum UE, nie przyjmując ani jednego uchodźcy z Grecji lub Włoch, jak i ONZ, odrzucając *Global Compact on Migration* podczas 73. sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ⁶⁰.

Trudno przewidzieć, w jakim kierunku rozwinie się migracyjna operacja reżimu Łukaszenki. Nie można wykluczyć jej eskalacji. Nie wiadomo, czy Polska poradzi sobie z problemem masowego napływu migrantów, a może podzieli los Grecji. Zważywszy na wskazane zaszczości, niekoniecznie Polska może liczyć na skuteczną pomoc w tym zakresie.

4. Uwagi końcowe

Kryzys migracyjny na granicy polsko-białoruskiej pokazuje, że największym zagrożeniem dla praw migrantów, zwłaszcza tych poszukujących ochrony

⁵⁴ Dz. Urz. UE C 326/391 z 26.10.2012 r.

⁵⁵ A. Mikulska-Jolles, *Migranci, uchodźcy i ksenofobia w kampanii wyborczej 2018 – raport z monitoringu*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2018, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/12/Kampania_raport_2.pdf [dostęp 23.10.2021].

⁵⁶ Zob. uzasadnienie do projektu ustawy: druk nr 1507 „Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o cudzoziemcach oraz ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”, <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1507> [dostęp 20.10.2021].

⁵⁷ D. Davison-Vecchione, *Beyond the forms of faith: pacta sunt servanda and loyalty*, „German Law Journal” 2015, vol. 16, no. 5, s. 1164.

⁵⁸ M.E. Villiger, *Commentary...*, s. 367.

⁵⁹ Art. 4 ust. 3. Traktatu o Unii Europejskiej stanowi: „Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów”.

⁶⁰ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z dnia 19 grudnia 2018 r. *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, A/RES/73/195.

międzynarodowej, jest upolitycznienie problemu migracji. Ze względu na swoją sytuację faktyczną i prawną są oni w znacznie mniejszym stopniu zdolni do obrony swoich ogólnych praw człowieka niż obywatele i stają się łatwym łupem dla polityków pokroju Łukaszenki, ale także stanowią doskonały pretekst, czy też narzędzie, wykorzystywane przez polityków kraju, do którego udaje im się dotrzeć (przynajmniej do jego granicy). W sytuacji wzrastającej presji na granicy i nierzadko agresji przebywających na polsko-białoruskiej granicy migrantów żadna z sił politycznych nie zdecyduje się otwarcie stanąć po ich stronie.

To, co można zaobserwować przy okazji kryzysu migracyjnego na granicy z Białorusią, to zależności pomiędzy obniżeniem ogólnych standardów ochrony praw człowieka w Polsce, w tym migrantów, ze złamaniem rządów prawa. Obecny kryzys migracyjny zbiegł się w czasie z kryzysem praworządności, który przejawia się m.in. w ignorowaniu zobowiązań międzynarodowych, także w zakresie prawa do azylu, skutecznego środka odwoławczego, zasady *non-refoulement* wraz z zakazem tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Rozwiązania zastosowane w obliczu kryzysu na granicy są logiczną konsekwencją prowadzonej wcześniej polityki migracyjnej przyjętej przez polskie władze po 2015 r.

Piętnaście lat temu Andrzej Wasilkowski w pracy zbiorowej pod redakcją K. Wójtowicza poświęconej otwarciu Konstytucji RP na prawo międzynarodowe pisał, że „sygnałów dotyczących naruszania prawa międzynarodowego (a więc art. 9), jest niewiele”⁶¹. Tymczasem niniejszy krótki tekst, dotyczący przecież tylko wycinka zobowiązań międzynarodowych, pokazuje, jak bardzo polskie podejście do zobowiązań międzynarodowych się zmieniło. Można zaobserwować działania wbrew zasadzie *pacta sunt servanda* i nie widać też dobrej wiary w wykonywaniu zobowiązań z zakresu praw człowieka. Łamanie praw człowieka przez władze białoruskie nie może usprawiedliwiać nierespektowania zobowiązań międzynarodowych przez Polskę. Przyjmując rozwiązania „kryzysowe”, rządzący skoncentrowali się wyłącznie na obronie granicy, kwestii wykorzystywania procedur azylowych przez migrantów oraz braku zainteresowania Polską jako krajem docelowym, pomijając aspekt humanitarny i sytuację w państwach pochodzenia cudzoziemców. Zdecydowano się na przyjęcie ustawy legalizującej wydalenie cudzoziemców znajdujących się już na terytorium Polski bez rozpatrzenia ich wniosków o ochronę, co godzi w zobowiązania międzynarodowe, zamiast poszukać rozwiązania w zakresie zwiększenia wydolności systemu migracyjnego.

Presja migracyjna na granicy z Białorusią jest pierwszym takim doświadczeniem współczesnej Polski, ale zapewne nie ostatnim, zważywszy na sytuację polityczną na świecie, a także na zmiany klimatyczne, które w coraz to większym stopniu wpływają na ruchy migracyjne. Potrzebne są zrównoważone i długofalowe rozwiązania, zawierające instrumenty integracyjne i nie idące na przekór systemowi ochrony praw człowieka na świecie i w Europie.

⁶¹ A. Wasilkowski, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP)*, [w:] K. Wójtowicz (red.) *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 18.

Niniejszy tekst powstał kilka miesięcy przed inwazją Rosji na Ukrainę i napływem do Polski milionów uciekinierów wojennych. Zmiana okoliczności nie wpłynęła jednak na zmianę sytuacji cudzoziemców przedostających się (lub usiłujących się przedostać) przez granicę z Białorusią (temat stał się po prostu mniej medialny). Natomiast rozwiązania prawne i faktyczne mające na celu wsparcie uchodźców wojennych z Ukrainy podkreślają jedynie różnice w podejściu do praw człowieka cudzoziemców ze względu na kraj pochodzenia i sposób dotarcia do Polski.

Demokracja i rządy prawa w Australii w kontekście kolonialnej przeszłości państwa i Pierwszych Narodów

Historia i losy ludów zamieszkujących obszary dzisiejszej Australii przedzielona jest datą odkrycia tego kontynentu przez holenderskiego podróżnika Willega Jonscha, który dotarł do wybrzeży „nieznanego Południowego Lądu” (*Terra Australis*) w 1606 r. Do tego wydarzenia swobodnie organizowały one swoje życie społeczne i polityczne, korzystając w pełni z wolności i niezależności. Kontakt z Europejczykami zmienił ten stan rzeczy. Zasiedlanie Australii w XVIII w. przez białą ludność pochodzącą z Wielkiej Brytanii prowadziło do sukcesywnego wypierania miejscowej ludności na tereny pustynne. Kolonizacja kontynentu skutkowałą zdominowaniem tejże ludności przez przybyszów z Europy. Niejednokrotnie dochodziło do masowych rzezi. Marginalizacja Aborygenów i Melanezyjczyków w Cieśninie Torresa obejmowała wszystkie sfery życia społecznego, począwszy od kultury, poprzez religię i obyczaje, a skończywszy na ustroju politycznym.

Kształt oficjalnego ustroju politycznego Australii zależał tylko i wyłącznie od potomków europejskich osadników. Niepodległość kontynentu miała i ma do tej pory konotacje zdecydowanie europocentryczne. Australia przyjęta została przez państwa europejskie do grona „rodziny Narodów” jako organizacja polityczna zarządzana przez ludność pochodzenia europejskiego. Od momentu uzyskania przez Związek Australijski niepodległości, czyli od przekształcenia kolonii brytyjskich w państwo, jej byt międzynarodowoprawny i konstytucyjny zdeterminowany był decyzjami odpowiednio państw europejskich i elit kolonialnych. Dla nich organizacja polityczna i społeczna Aborygenów nie istniała. W ramach tak skonstruowanego systemu postkolonialnego „rozwiązaniem” była dyskryminacja, ludobójstwo i przymusowa asymilacja rdzennych mieszkańców. Ani w prawie konstytucyjnym Australii, ani w prawie międzynarodowym publicznym nie było miejsca dla podmiotowości Aborygenów i Melanezyjczyków (Wyspiarzy z Torres), porównujących czasy kolonizacji i niepodległości Australii do apokalipsy¹, na którą składały się: jawna fizyczna przemoc (w tym

* Dr hab. Tomasz Srogosz, prof. Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Instytut Nauk Prawnych, ORCID: 0000-0001-9753-8920.

¹ A. Kwaymullina, *Aboriginal Nations, the Australian nation-State and Indigenous International Legal Traditions*, [w:] I. Watson (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Routledge, London-New York, 2018, s. 7.

zabójstwa), skryta strukturalna przemoc (w tym ustawowe bezprawie) oraz psycho-społeczna dominacja (inaczej kulturowe i duchowe ludobójstwo)².

Dzieje ustroju politycznego Australii przedstawiać należy, wyodrębniając trzy etapy: przedkolonialny, kolonialny i postkolonialny. Etap przedkolonialny miał miejsce do czasu intensywnej inwazji Europejczyków w XVIII w., kiedy to następowało sukcesywne wypieranie rdzennej ludności z rodzinnej ziemi. Etap kolonialny rozpoczął się wraz z pierwszymi regulacjami ustrojowymi na wzór europejski, obejmującymi swoim zasięgiem początkowo tzw. Nową Południową Walię, a następnie kolejne połacie kontynentu. Apogeum okresu kolonialnego nastąpiło w 1901 r. wraz z uchwaleniem konstytucji³ i formalną „niepodległością” Związku Australijskiego w rozumieniu euro-pocentrycznego prawa międzynarodowego. Kolonializm sformalizowany konstytucją sprowadzał się do całkowitej marginalizacji, dyskryminacji i przemocy wobec rdzennej ludności, słusznie nazywanej Pierwszymi Narodami (dla podkreślenia ich pierwotnego władztwa na terenach Australii). Nowy etap rozpoczął się dopiero z dniem 13 lutego 2008 r., w którym przedstawiciel wielu pokoleń elit kolonialnych, premier Kevin Rudd, oficjalnie przeprosił Pierwsze Narody za lata kolonializmu, w tym przemocy stosowanej wobec tzw. „skradzionych pokoleń” ludności tubylczej. Oświadczenie premiera nawiązywało do prawa i polityki rządu australijskiego powodujących przez dziesięciolecia cierpienia rdzennych mieszkańców⁴. Można powiedzieć, że miało piętnować dotychczasowy ustrój polityczno-społeczny Australii i otwierać nową, postkolonialną epokę pojednania i dobrego rządzenia. Celem niniejszego artykułu jest odpowiedź na pytanie – czy tak rzeczywiście się stało? Czy obecny kształt nadszarpniętych przeszłością kolonialną zasad rządów prawa i demokracji został w XXI w. uformowany w zadowalającym stopniu, który nie pozwala już na kierowanie pod adresem Związku Australijskiego zarzutów o wykluczenie Pierwszych Narodów, kontynuację polityki kolonialnej i rasizm? Czy w kontekście polityki wobec ludności rdzennej można stwierdzić, że Australia jest już państwem praworządnym i demokratycznym? Czy na kontynencie australijskim zasady rządów prawa i demokracji zagościły w zadowalającym stopniu, pozwalającym na obwieszczenie całkowitej dekolonizacji?

1. *Tjukurrpa*

Z perspektywy Europy, państw kolonialnych i grocjuszowskiego porządku prawa narodów systemy prawne „dzikich”, czyli „niecywilizowanych” ludów

² J. Atkinson, *Trauma Trails, Recreating Song Lines: The Transgenerational Effects of Trauma in Indigenous Australia*, Spinifex Press, North Geelong 2002, s. 59-73; zob. A. Janiszewska, E. Klima, *Ludność rdzenna – Aborygeni australijscy*, „Acta Universitatis Lodzensis: Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2008, vol. 9, s. 59-62.

³ Commonwealth of Australia Constitution Act, <https://www.aph.gov.au/constitution> [dostęp 9.11.2021].

⁴ *Apology to Australia's Indigenous Peoples*, 13.02.2008, https://www.aph.gov.au/Visit_Parliament/Art/Exhibitions/Custom_Media/Apology_to_Australias_Indigenous_Peoples [dostęp 9.11.2021].

zamieszkujących „odkryte” w XV-XVII w. kontynenty i wyspy, nie miały racji bytu w procesie kolonizacji kolejnych obszarów. Między kolonizatorami a ludami tychże terytoriów dochodziło do kontaktów skutkujących nawet zawieraniem swoistego rodzaju umów międzynarodowych, jednak z punktu widzenia rządów państw kolonialnych były one zawsze oceniane na podstawie grocjuszowskiej myśli międzynarodowoprawnej⁵. Nie były one traktowane jako relacje dwóch równoprawnych podmiotów prawa międzynarodowego, wyposażonych we własne odrębne i niezależne porządki prawne, świadczące o suwerenności. Porządki prawne ludów poddanych kolonizacji w ogóle nie leżały w sferze zainteresowania państw europejskich, które orężem wykuwały swój system prawny na podbitych terytoriach. Można powiedzieć, że zostały przez złożoną z „cywilizowanych” państw europejskich społeczność międzynarodową wrzucone w otchłań zapomnienia na kilka stuleci. To, co według grocjuszowskiego porządku było „niecywilizowane”, w tym prawo ludów poddanych kolonizacji, nie istniało⁶. Zastępowane było przez konstytucje i dekrety państw i władz kolonialnych. W tym kontekście konstytucja Australii z 1901 r. jawi się jako narzędzie kolonialnej dominacji europejskich elit, niedające żadnej przestrzeni dla porządku prawnego Pierwszych Narodów. Niepodległość Australii postrzegać należy jako klucz otwierający drzwi do podmiotowości prawa międzynarodowego państwa skonstruowanego na podstawie europejskiego modelu państwowości i rządzonego przez elity kolonialne. W łonie niepodległej Australii nie było nadal miejsca dla porządku prawnego ludności aborygeńskiej.

Tymczasem w momencie tzw. odkrycia kontynentu australijskiego wśród Aborygenów obowiązywał porządek społeczno-prawny determinowany przez mitologię określaną w języku angielskim jako *Dreaming* lub *Dreamtime* (w językach aborygeńskich – *malchera*, *alcheringa*, *mura-mura*, *Tjukurrpa*). *Dreaming* wiązał się i obecnie nadal wiąże z wierzeniami i światopoglądem plemion aborygeńskich, według których podczas „czasu snu” doszło do powstania świata dzięki czynom przodków-herosów. Ów sen jest kontynuowany w materialnym świecie i istnieje w każdym z Aborygenów, a jego poznanie możliwe jest w stanie zupełnego spokoju osiągalnego podczas marzeń sennych lub odprawiania rytuałów. Kontakt między światem materialnym a niematerialnym możliwy jest dzięki specjalnym ceremoniom i w miejscach świętych, w których „zamieszkali” przodkowie, na przykład w postaci skał lub drzew⁷. Opisane pokrótce wierzenia plemion aborygeńskich nie miały znaczenia tylko i wyłącznie duchowego. Plemiona „odkryte” w 1606 r., wbrew opinii Europejczyków, funkcjonowały w ramach porządku prawnego opartego na mitologii. „Czas snu” i związany z tym światopogląd nie tylko wskazywał drogę duchową, ale

⁵ Por. A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 80-81.

⁶ *Idem*, *The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities*, „Third World Quarterly” 2006, vol. 27, no. 5, s. 745; M. Burns, *The „Natural” Law of Nations: Society and the Exclusion of First Nations as Subjects of International Law*, [w:] I. Watson (ed.), *Indigenous Peoples...*, s. 45-46.

⁷ Por. E. Stockton, *The Dreaming in Australian Aboriginal Culture*, „The Way” 2000, vol. 40, no. 2, s. 148-155.

również determinował istnienie i rozwój aborygeńskich instytucji prawnych dotyczących rodziny, zobowiązań lub ziemi⁸. W czasie apokalipsy Pierwszych Narodów, czyli tzw. europejskich „odkryć” geograficznych, istniały dwa równoległe systemy prawa – kolonialny i tubylczy. Obecnie można powiedzieć, że rozumienie praworządności różni się w zależności od przyjętego punktu odniesienia – europocentrycznego (monteskiuszowskiego) i tubylczego. Można mówić o rdzennych rządach prawa opartych na *Dreaming* i tzw. suwerenności narracyjnej związanej z „czasem snu”⁹.

Istnienie rdzennych instytucji i systemów prawnych zaczęto dostrzegać w literaturze antropologicznej po apokalipsie Pierwszych Narodów dopiero w XX w. Bronisław Malinowski pisał, że w społeczeństwach aborygeńskich odnaleźć można rozmaite normy i zasady egzekwowane za pomocą sankcji. Jego zdaniem różnym typom norm odpowiadają odmienne rodzaje sankcji zbiorowych, które można odpowiednio poklasyfikować. Omawiając porządek społeczny Aborygenów, konkluduje: „wydaje się, że jest to właściwe miejsce na wprowadzenie koncepcji prawa, zgodności z prawem; [...] australijskie instytucje prawne odpowiadają temu, co określamy prawem i zgodnością z prawem w społeczeństwach wyżej rozwiniętych”¹⁰.

Dodać należy, że aborygeńska suwerenność narracyjna związana z „czasem snu” pojmowana jest odmiennie od suwerenności grocjuszowskiej. W tej pierwszej człowiek przynależy do ziemi, natomiast w tej drugiej ziemia należy do człowieka. Prawdopodobnie ta odmienność w pojmowaniu suwerenności, w połączeniu z przewagą militarną, doprowadziła do pełnego zdominowania i zmarginalizowania Pierwszych Narodów, czego skutki dostrzegalne są do dzisiaj.

2. Sovereignty

Piszący powyższe słowa Bronisław Malinowski nie był prawnikiem, był wybitnym antropologiem. Z tego też powodu nie zajmował się ówczesnym dominującym na kontynencie australijskim porządkiem prawnym. Interesował go porządek prawny z perspektywy badanej rdzennej ludności, który akceptował i dowodził jego istnienia. Tymczasem równoległe do jego badań rodziła się państwowość Australii. W dniu 9 lipca 1900 r. uchwalona została konstytucja, która położyła fundamenty pod międzynarodowoprawną niezależność i ustrój Związku Australijskiego, powstałego z połączenia sześciu brytyjskich kolonii. Oficjalnie Australia stała się państwem z dniem wejścia w życie konstytucji, tj. 1 stycznia 1901 r. Australijska ustawa zasadnicza opracowana została przez „białe” elity kolonii bez udziału ludności tubylczej. W referendum dotyczących jej przyjęcia Aborygeni i Melanezyjczycy nie mieli prawa głosu w Queensland i Zachodniej Australii.

⁸ *Ibidem*, s. 152.

⁹ A. Kwaymullina, *Aboriginal Nations...*, s. 7, 13-17.

¹⁰ B. Malinowski, *Aborygeni australijscy. Socjologiczne studium rodziny i inne prace przedterenowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 42.

Sposób opracowania i uchwalenia konstytucji Związku Australijskiego miał odbicie w jej treści. Zgodnie z jej punktem 127 ludy tubylcze nie były brane pod uwagę przy szacowaniu liczby ludności państwa. W niniejszym postanowieniu kluczowe było sformułowanie *people of Commonwealth*, które pojawia się już w pierwszym zdaniu preambuły do ustawy zasadniczej i nadaje ton zasadom zwierzchnictwa narodu i reprezentacji politycznej w całym dokumencie z 1900 r. Aborygeni zostali wykluczeni z porządku konstytucyjnego nowego państwa. Na podstawie punktu 5 konstytucji, statuującego zasadę rządów prawa, prawo Związku Australijskiego wraz z jego konstytucją miało wiązać ludność (*people*) każdego stanu, sądy, sędziów oraz obejmować każdy fragment terytorium państwa. Analiza treści tego postanowienia nie pozostawia złudzeń – Aborygeni i Melanezyjczycy nie podlegali konstytucji i prawu Związku Australijskiego. Można powiedzieć, że zostali przez porządek prawny rodzącego się państwa „zapomnieni”¹¹. W konsekwencji nie mieli prawa do udziału w jego życiu politycznym, ponieważ zgodnie z punktami 7 i 24 prawo wyboru przedstawicieli do parlamentu Australii przysługiwało tylko narodowi (*people*)¹². W rasiistowskim stylu podkreślały to punkt 25 oraz punkt 51 konstytucji. Do parlamentu należała funkcja ustawodawcza z pominięciem ludności aborygeńskiej. Przepis art. 51 wprowadzał segregację, dzieląc prawo na: powszechne które dotyczy narodu (*people*), oraz specjalne, które dotyczy innych ras niż Aborygeni i Melanezyjczycy. Pierwsze Narody nie podlegały żadnemu konstytucyjnie uznanemu porządkowi prawnemu. Aborygeńska *Tjukurrpa* nie była brana w ogóle pod uwagę. Została całkowicie wyparta w dominującym porządku prawnym przez europejskie *sovereignty*.

Powyższy stan konstytucyjno-prawny był wynikiem witoriańskiego rozumienia suwerenności leżącej u podstaw ówczesnego prawa narodów. Jej pojęcie stanowiło kluczowy punkt odniesienia dla opartej na „misji cywilizacyjnej” kolonizacji obszarów „zamorskich” przez mocarstwa europejskie¹³. Pierwsza fala tejże kolonizacji sprowadzała się do zakładania zależnych od tych mocarstw kolonii na tzw. ziemiach niczych w Afryce, obu Amerykach, Australii i Azji. Druga fala wiązała się natomiast z uzyskiwaniem niepodległości kolonii na kontynentach amerykańskich i w Australii. Niesłusznie określa się ją mianem dekolonizacji¹⁴, skoro co do istoty nie polegała na przewartościowaniu międzynarodowoprawnego pojęcia suwerenności. Zmiana podmiotu korzystającego z tejże suwerenności była raczej

¹¹ Por. T. Srogosz, *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa w świetle Third World Approaches to International Law*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, J. Nowakowska-Małusecka, W.S. Staszewski (red.), *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa i jej współczesne aspekty*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 65-68.

¹² E. Arcioni, *Excluding Indigenous Australians From the People: A Reconsideration of Sections 25 and 127 of the Constitution*, „Federal Law Review” 2012, vol. 40, s. 4-9; M. Davis, Z. Lemezina, *Indigenous Australians and the Preamble: Towards a More Inclusive Constitution or Entrenching Marginalisation?*, „University of New South Wales Law Journal” 2010, vol. 33(2), s. 248-249.

¹³ Zob. A. Anghie, *Imperialism...*, s. 17-18.

¹⁴ Por. L. Antonowicz, *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 67-68.

kosmetyczna i sprowadzała się do secesji lub niepodległości terytorium zależnego¹⁵. Podmiotem tym nie była, jak dotychczas, europejska metropolia, lecz twór reprezentowany przez jej wychowanków wykorzystujących możliwość uniezależnienia się od politycznego jarzma macierzystych mocarstw. Tak było w Ameryce Południowej, gdzie o niepodległość walczyli Kreole, tak było w Ameryce Północnej, w której Jerzy Waszyngton poprowadził białą elitę do niepodległości, tak wreszcie było w Australii, w której biali potomkowie kolonizatorów z sześciu brytyjskich kolonii zgodzili się na nowy porządek konstytucyjny. W nowo niepodległych państwach nie było miejsca dla Pierwszych Narodów. Można zauważyć, że międzynarodowoprawna idea suwerenności państwa wykorzystana została do budowania konstytucyjno-prawnej idei suwerenności (zwierzchnictwa) nowych narodów. W przypadku tej pierwszej przysługiwała ona „cywilizowanym” państwom europejskim, zaciekle broniącym swojego członkostwa w „rodzinie narodów” przed ludami „niecywilizowanymi”. W drugim przypadku była przywilejem „cywilizowanych” elit politycznych, nieakceptujących udziału Pierwszych Narodów w życiu politycznym i porządku konstytucyjnym nowo utworzonych państw. Zarówno witoriańska idea suwerenności, jak i konstytucyjna idea zwierzchnictwa narodu opierały się na założeniach rasistowskich, dzielących ludy i narody na te „cywilizowane”, czyli dominujące, oraz „niecywilizowane”, czyli zdominowane. Te drugie, „zapomniane” w nowożytnych modelach konstytucyjnych państw powstałych na bazie byłych kolonii, zamykane były w rezerwach, dyskryminowane, prześladowane oraz fizycznie i kulturowo wyniszczane. Wyrazem rasizmu i kolonializmu była polityka asymilacji, która prowadzona była w Australii od połowy XIX w. aż do lat 70. XX w. Polegała na przymusowym zabieraniu rdzennych dzieci z ich rodzin przez instytucje rządowe i kościelne do państwowych placówek wychowawczych. Jej celem była „czystość rasowa”¹⁶. Skutkiem polityki było powstanie tzw. skradzionego pokolenia. Z perspektywy porządku konstytucyjno-prawnego działania władz australijskich uważane były za legalne, skoro konstytucja z 1901 r. wykluczała Aborygenów i Melanezyjczyków z narodu Związku Australijskiego.

3. *Mabo*

Proces dekolonizacji rozpoczął się na kontynencie australijskim w latach 60. Jego istotą nie było wyzwolenie kolonii poprzez utworzenie nowego niepodległego państwa, tak jak miało to wówczas miejsce w Afryce. Nie miał on wymiaru międzynarodowoprawnego, choć był silnie zakorzeniony w porządku prawa narodów,

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Zob. *Bringing Them Home: Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families (The „Stolen Generation” Report)*, Commonwealth of Australia 1997, <https://humanrights.gov.au/our-work/aboriginal-and-torres-strait-islander-social-justice/publications/bringing-them-home> [dostęp 9.11.2021]; A. Kandzia-Poźdźiał, *Aborygeni australijscy – zatraceni w cywilizacji*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2015, vol. 46, s. 110.

w szczególności w prawie do samostanowienia, wyartykułowanym w Deklaracji z 14 grudnia 1960 r. w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym, czy też Paktach Praw Człowieka z 1966 r.¹⁷ W przypadku dekolonizacji Australii można mówić o procesie konstytucyjno-prawnym, który został zapoczątkowany w referendum z 27 maja 1967 r. w sprawie zmiany konstytucji z 1901 r.¹⁸ Drugie pytanie dotyczyło pominięcia w konstytucji sformułowań wprowadzających segregację i odnoszących się do ludności rdzennej oraz uwzględnienia Aborygenów i wyspiarzy z Torres w szacowaniu ludności państwa, czyli w istocie uznania ich prawa do udziału w życiu politycznym. Ponad dziewięćdziesiąt procent ludności uprawnionej do głosowania wypowiedziało się za zmianą konstytucji. W konsekwencji na podstawie *Constitution Alteration (Aboriginals) Act* z 1967 r. zmieniono punkt 51 xxvi (wykreślono sformułowanie dotyczące ludności aborygeńskiej) i usunięto punkt 127 konstytucji. Aborygeni i Melanezyjczycy zostali włączeni do porządku konstytucyjnego Związku Australijskiego jako jego obywatele, wobec których parlament mógł ustanowić „prawo specjalne” (*special laws*), jeżeli okaże się to konieczne.

Proces dekolonizacji porządku konstytucyjnego Związku Australijskiego w 1967 r. dopiero się zaczynał i trwa do dzisiaj. Referendum i zmiana ustawy zasadniczej z 1967 r. dotyczyły statusu Pierwszych Narodów Australii w ramach ustroju politycznego państwa. Piętnaście lat później rozpoczął się proces dekolonizacji ziemi. W maju 1982 r. pięciu rdzennych mieszkańców Wysp Torresa (Eddie Koiki Mabo, David Passi, Sam Passi, Celuia Mapo Salee i James Rice) wystąpiło z roszczeniem dotyczącym własności terytoriów położonych na wyspie Mer. Po dziesięciu latach sporu w dniu 3 czerwca 1992 r. Sąd Najwyższy Australii podważył doktrynę *terra nullius*, na której opierała się kolonizacja kontynentu i państwowość Związku Australijskiego¹⁹. Do dziesięcioletniego sporu między stanem Queensland („Ziemia Królowej”) a Pierwszymi Narodami należy podejść z perspektywy nie tylko ustrojowej (konstytucyjnej), ale także międzynarodowoprawnej. W szranki stanęły założenia vitoriańskiej i grocjuszowskiej suwerenności państwowej, stanowiącej rdzeń porządku prawa narodów, oraz zmarginalizowane w czasach kolonizacji rdzenne instytucje prawne (w tym *Tjukurpa*). Walka była nierówna. Naprzeciwko maszyny państwowej, która od początku spoczywała w rękach potomków kolonizatorów, stały jednostki, które jeszcze do 1967 r. były wykluczone z ludności stanowiącej zgodnie z konstytucją naród Australii. Pierwsze starcie wygrało państwo,

¹⁷ Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, New York, General Assembly Resolution 1514 (XV) of 14 December 1960, [https://undocs.org/en/A/RES/1514\(XV\)](https://undocs.org/en/A/RES/1514(XV)); International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, New York, 16.12.1966, “United Nations Treaty Series”, vol. 993, s. 3; wszedł w życie 3.01.1976, w stosunku do Polski – 18.06.1977; International Covenant on Civil and Political Rights, Nowy Jork 16.12.1966, “United Nations Treaty Series”, vol. 999, s. 171, wszedł w życie 23.03.1976, w stosunku do Polski – 18.06.1977.

¹⁸ Por. L. Strelein, T. Tran, *Building Indigenous Governance from Native Title: Moving Away From „Fitting in” to Creating a Decolonized Space*, “Review of Constitutional Studies” 2013, vol. 18, no. 1, s. 46.

¹⁹ *Mabo and others vs. Queensland* (No. 2), <http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1992/23.html> [dostęp 9.11.2021].

korzystając ze swoich prerogatyw konstytucyjnych i tym samym manifestując Pierwszym Narodom siłę. W dniu 15 kwietnia 1985 r. Parlament Stanu Queensland uchwalił ustawę, której skutkiem miało być wygaszenie roszczeń rdzennych mieszkańców Wysp Torresa. Ustawa potwierdzała pełne prawa państwa do ziem włączonych do Queensland oraz wykluczała możliwość dochodzenia wszelkich roszczeń, w tym odszkodowawczych, opartych na jakimkolwiek prawie pochodzącym sprzed aneksji²⁰. Akt parlamentu Queensland opierał się zatem na vitoriańskiej wizji suwerenności państwowej i nawiązywał do kolonialnych korzeni prawa narodów opartych na dominacji i sile. Przełom nastąpił w 1988 r., kiedy to w pierwszym wyroku w sprawie *Mabo vs. Queensland (No. 1)*²¹ Sąd Najwyższy Australii stwierdził, że ustawa Stanu Queensland z 1985 r. pozostaje w sprzeczności ze związkową ustawą w sprawie dyskryminacji rasowej z 1975 r.²² Vitoriańska wizja suwerenności państwa zaczęła pękać pod naporem regulacji prawnoczułowieczych, których źródłem była Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej²³ oraz Pakty Praw Człowieka. Australia, jako kolonialne państwo wywodzące się z cywilizacji zachodniej, nie mogła obok tych dokumentów przejść obojętnie. Związana z dekolonizacją i ewolucją praw człowieka odwilż w kolonialnym porządku międzynarodowoprawnym dotarła do Wysp Torresa. Znalazło to odzwierciedlenie chociażby w słowach sędziego Gerarda Brennana: „*Common law* niekoniecznie pozostaje w zgodności z prawem międzynarodowym, ale prawo narodów ma uzasadniony i istotny wpływ na rozwój *common law*, szczególnie wtedy, gdy deklaruje istnienie uniwersalnych praw człowieka; doktryna *common law* oparta była na niesprawiedliwej dyskryminacji w korzystaniu z praw cywilnych i politycznych, dlatego też wymaga rewizji; jest ona sprzeczna z międzynarodowymi standardami i podstawowymi wartościami *common law* w zakresie, w jakim utrzymuje dyskryminującą normę, która, z uwagi na zakładaną pozycję ludności rdzennej kolonii w podziale organizacji społecznej, pozbawia ją prawa do zasiedlania ich tradycyjnych ziem”²⁴. Pamiętać jednak należy, że proces dekolonizacji zachodził w ramach tego samego systemu prawa, który stanowił kilka wieków temu podstawę dla wykluczenia Pierwszych Narodów poza jego nawias oraz który ustanawiał dominującą pozycję kolonizatorów i ich potomków. Potwierdzają to słowa sędziego Brennana, świadczące o tym, że nigdy nie dopuszczano, w tym w sprawie *Mabo*, możliwości powrotu do stanu pierwotnego z momentu kolonizacji kontynentu australijskiego, w którym funkcjonowały obok siebie grocjuszowski system prawa

²⁰ An Act to Allay any Doubts That May Exist Concerning Certain Islands Forming Part of Queensland, No. 27, 1985 (Queensland Coast Islands Declaratory Act 1985), <https://www.legislation.qld.gov.au/> [dostęp 9.11.2021].

²¹ *Mabo and Others vs. The State of Queensland and Another* (No. 1), <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/HCA/1988/69.html> [dostęp 9.11.2021].

²² Racial Discrimination Act 1975, No. 52, 1975, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C00014> [dostęp 9.11.2021].

²³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, New York, 7.03.1966, “United Nations Treaty Series”, vol. 660, s. 195, weszła w życie 4.01.1969 r.

²⁴ *Mabo and others vs. Queensland* (No. 2), pkt 42.

narodów i *common law* oraz tubylcze systemy prawne. Dekolonizacja zawsze odbywała się w łonie prawa narodów i *common law*, które zostało przeniesione do Australii wraz z ekspansją kolonialną Anglii²⁵, co stawiało w lepszej sytuacji władzę Związku Australijskiego i „białe” elity. W składach sądów rozstrzygających sprawę *Mabo*, jak i w parlamencie krajowym nie było żadnego przedstawiciela Pierwszych Narodów, które zaczęły powoli kształtować swoje elity polityczne i intelektualne w XXI w. Wcześniej w atmosferze przymusowej asymilacji i wykluczenia społecznego nie było po temu warunków.

Sprawa *Mabo* miała ciąg dalszy i kluczowy wyrok Sądu Najwyższego zapadł w dniu 3 czerwca 1992 r. (*Mabo vs. Queensland – No. 2*). Sześciu sędziów głosowało za tym, że rdzenni wyspiarze posiadali i posiadają „tradycyjną własność” (*traditional ownership*) ziem należących do nich w momencie kolonizacji. Tylko jeden z sędziów zgłosił zdanie odrębne. Sąd Najwyższy orzekł, że brytyjskie władztwo nad wyspą, wynikające z aktów prawnych władz kolonialnych, nie wyeliminowało tytułu tubylców, którzy mają wciąż prawo do posiadania i korzystania z terytoriów wyspiarskich. Sześciu wspomnianych sędziów odrzuciło doktrynę kolonialną, zgodnie z którą terytoria Australii objęte ekspansją stanowiły kiedykolwiek *terra nullius*. Zarówno w momencie kolonizacji, jak i później nadal obowiązywał na nich tzw. tytuł tubylczy (*native title*), który uznany jest w ramach systemu prawnego Związku Australijskiego (*common law*). Tytuł ten istniał i istnieje niezależnie od jakichkolwiek wcześniejszych aktów legislacyjnych państwa. Jego faktyczne pozbawienie lub odebranie przez władze stanowe skutkować może odpowiednim zadośćuczynieniem, jednak tylko za okres od wejścia w życie ustawy w sprawie dyskryminacji rasowej, czyli od 1975 r.

W powyżej przywołanym wyroku Sądu Najwyższego uwagę zwraca koncepcja tytułu tubylczego do ziemi osadzona w ramach systemu prawa Związku Australijskiego (*common law*). Czy jest to rozwiązanie, które może uzasadniać twierdzenie o całkowitej dekolonizacji, w tym przywróceniu istoty rządów prawa i demokracji? Nie ulega wątpliwości, że przed wyrokiem w sprawie *Mabo* trudno było mówić o rządach prawa i demokracji, skoro, jak przyznali sami sędziowie, *common law* oparte było na normach i zasadach dyskryminujących ze względu na rasę. Odpowiedź możliwa jest po przedstawieniu założeń ustawy, która była pokłosiem sprawy *Mabo*, a w szczególności koncepcji tytułu tubylczego do ziemi. Można powiedzieć, że *Native Title Act* przyjęty przez australijski parlament w 1993 r. był z jednej strony specjalną ustawą regulującą na podstawie art. 51 xxvi konstytucji prawa rdzennej ludności, a z drugiej strony kodyfikacją orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Mabo vs. Queensland*²⁶. Rozpoczął jednocześnie ewolucję statusu ludności rdzennej w ramach australijskiego porządku prawnego, która miała zbliżyć ten system do idei rządów

²⁵ K. Wójtowicz, *Common law*, [w:] B. Banaszak et al., *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, s. 87.

²⁶ An Act About Native Title in Relation to Land or Waters, and for Related Purposes, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00178> [dostęp 31.10.2021]; ustawa nowelizowana była w latach 1998, 2007, 2009 i 2021.

prawa i demokracji, w znacznym stopniu lekceważonych w kolonialnej historii australijskiego porządku konstytucyjnego.

Zgodnie z punktem 3 powyżej wskazanej ustawy jej celem jest: uznanie i ochrona tytułu tubylczego, ustanowienie standardów postępowania w sprawie tego tytułu, ustanowienie mechanizmu zgłaszania roszczeń do tytułu oraz zezwolenie na walidację dotychczasowych aktów unieważnionych z uwagi na istnienie tego tytułu. Tytuł tubylczy do ziemi (*native title*) zdefiniowany został przez ustawę jako zbiór praw lub interesów kolektywnych lub indywidualnych do ziemi będących w posiadaniu Aborygenów lub wyspiarzy z Torres na podstawie tradycyjnego prawa, które łączy te grupy z ziemią i wodami, uznanych przez *common law* (pkt 223 ustawy). Wspomniane prawa i interesy wiążą się z uprawnieniem do łowienia, zbierania i rybołówstwa. Warunkiem uznania prawa kolektywnego jest decyzja Sądu Federalnego w sprawie tytułu i rejestracja grupy (*body corporate*) w specjalnym krajowym rejestrze (*National Native Title Register*). Roszczenia ludności rdzennej rozpatrywane są przez powołany ustawą Trybunał Krajowy do spraw Tytułu Tubylczego (*National Native Title Tribunal*), którego zadaniem jest w szczególności mediacja w sprawach dotyczących tytułu.

Z punktu widzenia kolonialnej przeszłości na uwagę zasługuje istota prawa tubylczego. Jest to zwyczajowe prawo Pierwszych Narodów, które za pomocą ustawy z 1993 r. zostało niejako wtłoczone w ramy *common law*. Można powiedzieć – zostało „ucywilizowane”. Prawa własności ziem oparte na *common law* pozostały nienaruszone. Tytuły tubylcze mogą zostać określone na terytoriach niczyich, w parkach i rezerwatach, na plażach, ziemiach wydzierżawionych, ziemiach należących do agencji państwowych i innych, które nie są objęte prywatnym prawem własności. Prawa grup Pierwszych Narodów określane są przez Sąd Federalny w różny sposób. Mogą one przybrać formę wyłącznego posiadania, użytkowania lub powiernictwa w określonym zakresie wynikającym z tubylczego prawa zwyczajowego (np. łowiectwo, zbieractwo, kult religijny, ochrona miejsc świętych, korzystanie z wody, korzystanie z innych dóbr, w tym w celach komercyjnych itp., poza tymi, których wyłącznym dysponentem jest Związek Australijski)²⁷.

Sprawa *Mabo* zmieniła perspektywę postrzegania relacji między państwem kolonialnym a Pierwszymi Narodami. Otworzyła drogę do dekolonizacji dzięki uwzględnieniu tytułu tubylczego. Doszło w pewnym stopniu do restytucji stanu przedkolonialnego, z zachowaniem porządku konstytucyjnego państwa, *common law* i tytułu radykalnego (*radical title*), który przysługiwał Wielkiej Brytanii nad tzw. *terra nullius*. W istocie doszło do splotu tytułu radykalnego z tytułem tubylczym, w którym ten drugi znalazł uznanie kosztem tego pierwszego w takim stopniu, na jaki pozwala na to Sąd Federacyjny. Można powiedzieć, że doszło do potwierdzenia

²⁷ Zob. *Western Australia vs. Ward* (2002), <https://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2002/HCA/28> [dostęp 9.11.2021]; *Akiba on behalf of the Torres Strait Regional Seas Claim Group vs. Commonwealth of Australia* (2013) <https://eresources.hcourt.gov.au/showCase/2013/HCA/33> [dostęp 9.11.2021]; *Willis on behalf of the Pilki People vs. State of Western Australia* (2014), <http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FCA/2014/1293.html> [dostęp 9.11.2021].

marginalizowanego przez stulecia *Tjukurpa* w ramach koncepcji suwerenności państwa. Z istoty i treści tej ostatniej usunięto vitoriańską „misję cywilizacyjną”. Sprawa *Mabo* otworzyła drogę do pojednania. Ale czy tę możliwość wykorzystano?

4. *Self-governance*

Dekolonizacyjna odwilż związana ze sprawą *Mabo* objęła nie tylko zmianę podejścia do suwerenności państwa i związanej z tym kolonialnej przeszłości, ale także do innych aspektów dotyczących życia politycznego i społecznego. Przyznanie prawa do tytułu tubylczego skutkowało pytaniem o możliwość samostanowienia i samorządzenia Pierwszych Narodów w ramach porządku konstytucyjnego Związku Australijskiego. Miałoby to być rozwiązanie pośrednie między wcześniejszą polityką asymilacyjną opartą na założeniach rasistowskich a możliwością secesji ludów tubylczych²⁸. Wynikałoby nie tylko z czynników wewnętrznych związanych z konsekwencjami sprawy *Mabo*, ale także narastającej presji zewnętrznej będącej rezultatem postanowień deklaracji ONZ w sprawie praw ludów tubylczych²⁹. Prace nad dokumentem uwidoczniły zresztą fakt, że Australia i jej przedstawiciele na forum ONZ do końca zamierzali bronić się przed uznaniem kolektywnych praw ludności rdzennej. Przyjęcie rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ zostało przełożone o rok z powodu sprzeciwu m.in. rządzonego przez Partię Liberalną Związku Australijskiego wobec potwierdzenia w przygotowywanej deklaracji prawa Pierwszych Narodów do samostanowienia, w tym swobodnego określenia statusu politycznego oraz gospodarczego, społecznego i kulturalnego rozwoju. W ostateczności prawo to zostało określone w art. 3 deklaracji, jednak w kontekście art. 46, który został zmodyfikowany na prośbę państw osadniczych (Kanady, Stanów Zjednoczonych, Nowej Zelandii i Australii), tak aby prawo do samostanowienia ludności rdzennej nie dawało możliwości secesji. Postanowienie art. 3 nie może być interpretowane w sposób prowadzący do kwestionowania integralności terytorialnej państw. Taki ukłon w stronę Związku Australijskiego i pozostałych państw osadniczych nie wystarczył, aby zagłosowały w 2007 r. nad deklaracją. Stanowisko w tym zakresie zostało zrewidowane rok później po objęciu urzędu premiera przez Kevina Rudda (Partia Pracy), który w dniu 13 lutego 2008 r. złożył w imieniu państwa oświadczenie zawierające przeprosiny Pierwszych Narodów kontynentu australijskiego za „prawo i politykę kolejnych parlamentów i rządów, które spowodowały głęboki smutek, cierpienie i stratę u naszych braci Australijczyków”. Wyraził jednocześnie nadzieję, że niesprawiedliwość zostanie zastąpiona przez wzajemne zrozumienie i odpowiedzialność oraz nowe rozwiązania kończące z kolonialną przeszłością.

²⁸ J. Gardiner-Garden, *From Dispossession to Reconciliation*, Research Paper No. 27, Department of the Parliamentary Library 1999, s. 15.

²⁹ United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Resolution 61/295 adopted by the General Assembly on 13 September 2007, <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples/declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html> [dostęp 9.11.2021].

Czy rok 2008 był dla Australii i jej Pierwszych Narodów przełomowy? Czy obecnie można powiedzieć, że Związek Australijski jest państwem demokratycznym i praworządnym w związku z kresem kolonialnej polityki wobec ludności tubylczej? Pamiętać należy o tym, że lata 2007 i 2008 rozpoczęły nowy rozdział w porządku konstytucyjnym państwa od niewiążących deklaracji i przeprosin. Odpowiedzi na powyższe pytania zależą od prześledzenia tego, co wydarzyło się w Australii w ciągu drugiej dekady XXI w.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to, że po omówionych deklaracjach nie doszło do zmian konstytucji Związku Australijskiego, mimo że od pewnego czasu taka potrzeba jest zgłaszana, m.in. w zakresie uznania kulturowego dziedzictwa i udziału w życiu politycznym Pierwszych Narodów³⁰. Ostatnie wymagane do modyfikacji ustawy zasadniczej referendum miało miejsce w 1977 r. i nie dotyczyło ludności tubylczej. Co do zasady Związek Australijski nie uznaje w ramach swojego systemu państwowego społeczności rdzennych jako odrębnych, politycznych podmiotów zdolnych do samostanowienia i samorządzenia. Nie czynią tego konstytucje stanowe, w których, w następstwie *Native Title Act*, doszło jedynie do uznania duchowego, społecznego, kulturowego i ekonomicznego związku ludności rdzennej z historycznie do niej należącymi ziemiami i wodami³¹. Rząd australijski nie podążył śladem Kanady, w której prawo Pierwszych Narodów do samostanowienia i udziału w życiu politycznym chronione jest przez punkt 35 konstytucji i jest przedmiotem linii orzeczniczej sądów kanadyjskich³². Pierwsze Narody Australii mogą korzystać jedynie z praw uznanych ustawą z 1993 r. oraz wyjątkowo uzgodnionych *ad hoc* przez niektóre stany. Przykładowo władze Australii Południowej i Wiktorii zaakceptowały prawo do samorządzenia odpowiednio ludów Ngarindjeri, Narungga i Adnyamathanha oraz Gunditjmarra, skutkiem czego są relacje na poziomie międzyrządowym między społecznościami tubylczymi a stanem w postaci zawieranych umów³³. Niestety inicjatywy tubylcze nie wynikają z federacyjnych regulacji konstytucyjnych czy też ustawowych. Są rezultatem samoorganizowania się społeczności rdzennych, które zostało zaakceptowane przez dwa stany w postaci Władz Regionalnych (w Wiktorii – *Aboriginal Regional Authorities*, natomiast w Australii Południowej – *Ngarrindjeri Regional Authorities* i *Narungga Nation Aboriginal Corporation*)³⁴. Relacje między Pierwszymi Narodami a Związkiem

³⁰ J. Chesterman, *Settling on a National Indigenous Australian 'voice'*, "Australian Journal of Public Administration" 2021, vol. 80, s. 366-369.

³¹ M. Davis, Z. Lemezina, *Indigenous Australians...*, s. 249-254.

³² Constitution Act (1982), <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/const/page-12.html#h-39> [dostęp 9.11.2021]; zob. *R. vs. Sparrow* (1990), <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/609/index.do> [dostęp 9.11.2021].

³³ A. Vivian, M. Jorgensen, A. Reilly, M. McMillan, C. McRae, J. McMinn, *Indigenous Self-government in the Australian Federation*, "Australian Indigenous Law Review" 2017, vol. 20, s. 217.

³⁴ <https://www.dpc.sa.gov.au/responsibilities/aboriginal-affairs-and-reconciliation/aboriginal-land-and-business>; <https://www.aigi.com.au/resource/ngarrindjeri-regional-authority/>; <https://www.environment.sa.gov.au/about-us/first-nations-partnerships/agreements-and-protocols> [dostęp 9.11.2021].

Australijskim lub stanem, a także kształt i zakres samorządzenia tychże narodów zależą w istocie od dobrej woli państwa lub stanu oraz układu sił politycznych na poziomie federacyjnym lub stanowym. O ile rząd Rudda (Partia Pracy) wyciągnął rękę w stronę Pierwszych Narodów (choć bez żadnych „twardych” rozwiązań konstytucyjnych, ograniczając się tylko do niewiążących deklaracji i przeprosin), co stworzyło podstawy do powstania pewnych form samostanowienia tychże narodów w dwóch stanach, o tyle wcześniejszy rząd Johna Howarda (Partia Liberalna) stał na stanowisku braku możliwości funkcjonowania władz rdzennych z uwagi na niebezpieczeństwo dla istnienia australijskiej „demokracji”³⁵. Partia Liberalna, której przewodniczył Howard, rządzi w Australii od 2013 r. Z jednej strony nie zanegowała oficjalnie stanowiska Howarda, z drugiej natomiast musi funkcjonować w środowisku politycznym zdeterminowanym oświadczeniem premiera Rudda z 2008 r., o czym świadczy chociażby oficjalne upamiętnienie trzynastej rocznicy tego wydarzenia przez premiera Scotta Morrisona³⁶. Wypadkową takiego podejścia jest polityka, w której trudno dostrzec postęp w sprawach Pierwszych Narodów. Funkcjonują wprawdzie instytucje państwowe reprezentujące ludność rdzenną (np. ministerstwo do spraw australijskich tubylców, Krajowa Agencja do spraw Australijskich Tubylców, Australijski Instytut Badań Aborygenów i Wyspiarzy z Torres) oraz zarejestrowana partia polityczna tejże ludności, jednak pamiętać należy, że są to inicjatywy działające w ramach państwa, w którym konstytucja nie uznaje prawa do samorządzenia Pierwszych Narodów. Krok naprzód został poczyniony w 2008 r., jednakże można odnieść wrażenie, że rząd australijski przyjął postawę bierną, nie dążąc do pogłębienia procesów dekolonizacyjnych, starając się utrzymać *status quo* oparte na ustawie z 1993 r. i uznanych rządowych agencjach aborygeńskich, działających w ramach państwowego porządku prawnego. Można odnieść wrażenie, że poza uznaniem kolektywnego prawa społeczno-gospodarczego w postaci tytułu tubylczego do ziemi rząd i parlament australijski nie mają zamiaru pójść dalej – w stronę politycznej samodzielności Pierwszych Narodów³⁷. W miejscu zatrzymał się nawet, *nota bene* przypominający kolonialną „misję cywilizacyjną”, sztandarowy program będący konsekwencją oświadczenia premiera Rudda pt. *Closing the Gap*, zmierzający do poprawy życia Pierwszych Narodów w sferach zdrowotnej, edukacyjnej, zatrudnienia, sprawiedliwości, bezpieczeństwa, zakwaterowania, dostępu do wody i poszanowania języka³⁸.

³⁵ S. Joseph, *The Howard Government's Record of Engagement with the International Human Rights System*, "Australian Yearbook of International Law" 2008, vol. 45, s. 47-48.

³⁶ <https://www.indigenous.gov.au/news-and-media/announcements/anniversary-apology-indigenous-peoples> [dostęp 9.11.2021].

³⁷ L. Strelein, T. Tran, *Building...*, s. 21.

³⁸ K. Rudd, *If the Liberal Party Truly Cared About Racial Injustice It Would Pay Its Fair Share to Close the Gap*, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/aug/07/who-will-pay-the-bill-for-the-new-closing-the-gap-agreement> [dostęp 9.11.2021].

5. Wnioski

Odpowiadając na pytania postawione we wstępie, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na tytuł artykułu, który te pytania determinował. Ambelin Kwaymullina (rdzenna przedstawicielka australijskiego środowiska akademickiego) rozpoczyna swój tekst od słów: „Australia is a continent, not a country”³⁹. W tytule niniejszego artykułu „Australia” jest z jednej strony państwem (Związkiem Australijskim), a z drugiej kontynentem, na którym Aborygeni i Wyspiarze z Torres byli pierwsi⁴⁰. Kiedy mowa jest o rządach prawa i demokracji w Australii, należy pamiętać nie tylko o systemie państwowym opartym na konstytucji z 1901 r., ale także o systemach prawa Pierwszych Narodów. W pierwszej kolejności ocenie należy poddać porządek konstytucyjny Związku Australijskiego, a w drugiej kolejności zastanowić się nad tym, czy jest w nim miejsce na systemy tubylcze, w których rządy prawa i demokracja mają inne znaczenie, wynikające z różnic między *common law* i europejskim (monteskiuszowskim) modelem demokratycznego państwa prawnego a modelami wynikającymi z *Dreaming*. Za błędne uznać należałoby założenie zamykające dyskusję tylko i wyłącznie w ramach federacyjnego porządku konstytucyjnego. Byłoby to typowe podejście europocentryczne, reprezentowane wcześniej przez państwa kolonialne, którego istotą jest dominacja kolonialna (państwa kolonialnego lub osadniczego). W dyskusji na temat rządów prawa i demokracji na kontynencie australijskim należy odrzucić paradygmat dominacji jednego systemu prawa (federacyjnego) nad innymi systemami prawa (tubylczymi).

Współistnienie porządków tubylczych i federacyjnego powinno być rezultatem porozumienia, a nie dominacji. A. Kwaymullina podaje w związku z tym w wątpliwość kompetencje organów związkowych i stanowych w zakresie chociażby ustalania tytułu tubylczego. W ramach dominującego systemu *common law* rozstrzygane są sprawy suwerenności narracyjnej (*Dreaming*)⁴¹. W ramach instytucji konstytucyjnych rozwiązuje się problemy społeczne i polityczne Pierwszych Narodów. Skutkiem takiego stanu rzeczy jest marazm, który nastąpił po, wydawałoby się, obiecującym i przełomowym oświadczeniu premiera Rudda. Losy Pierwszych Narodów nieustannie spoczywają w rękach „białej” elity, która nadal broni swojej „demokracji” i swoich „rządów prawa” i nie jest zainteresowana zakończeniem procesu dekolonizacji. Dominacja porządku federacyjnego, którego podwaliny zostały stworzone w czasach kolonializmu i w którym nadal nie ma miejsca na samorządzenie ludów tubylczych i ich systemy prawne, nie sprzyja dekolonizacji. Całkowite zakończenie procesu dekolonizacyjnego jest natomiast warunkiem tego, aby można było mówić o rządach prawa i demokracji w Australii. Nie może to następować tylko w ramach porządku konstytucyjnego, ale musi być rezultatem porozumienia równoprawnych podmiotów – państwa i Pierwszych Narodów. Skutkiem takiego porozumienia powinna być

³⁹ A. Kwaymullina, *Aboriginal Nations...*, s. 5.

⁴⁰ *We were here first* – słowa znajdujące się na okładce książki *Indigenous Peoples as Subject of International Law* (ed. I. Watson, Routledge, London-New York 2018).

⁴¹ A. Kwaymullina, *Aboriginal Nations...*, s. 15.

zmiana konstytucji z 1901 r. pozwalająca na samorządzenie rdzennej ludności i uznająca jej systemy prawne. Takie rozwiązanie otwierałoby drogę do pełnej dekolonizacji, czyli powrotu do dnia, w którym doszło do pierwszego spotkania Europejczyków z Aborygenami, dnia, w którym kolonizatorzy i kolonizowani powinni ustalić w drodze porozumienia ustrój polityczny pozwalający na współistnienie systemów prawnych, *Tjukurrpa* i suwerenności państwa.

Część III

Prawo europejskie

6 versus 33. Pierwsza sprawa klimatyczna przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

The climate crisis is a child rights crisis

UNICEF¹

The world has never seen a threat to human rights of this scope as that posed by climate change

M. Bachelet, the UN High Commissioner for Human Rights²

Wprowadzenie

Zmiana klimatu³, spowodowana w znacznym stopniu wzrostem stężenia gazów cieplarnianych w atmosferze, wywołuje na całym świecie zjawiska pogodowe o nie-spotykanej dotychczas skali. Globalne ocieplenie jest przyczyną topnienia lodowców, wysychania rzek i jezior, poszerzania obszarów pustynnych, klęsk suszy, pożarów, powodzi i głodu, co z kolei prowadzi do konfliktów o ziemię, wodę i zasoby naturalne⁴. Raporty Międzyrządowego Zespołu ds. Zmiany Klimatu (IPCC)⁵ wyraźnie wskazują jako główną przyczynę globalnego ocieplenia działalność człowieka prowadzącą do emisji gazów cieplarnianych, w szczególności poprzez spalanie paliw kopalnych: węgla, ropy i gazu. Zgodnie z raportem IPCC 2018 wzrost średniej temperatury o ponad 2°C w porównaniu z epoką przedprzemysłową lub o około 1,2°C w porównaniu z aktualnym poziomem spowoduje nieodwracalne zmiany w środowisku na całym świecie. Prognozuje się, że wzrost temperatury o 3°C będzie równoznaczny z podniesieniem poziomu mórz o piętnaście do dwudziestu pięciu metrów⁶.

* Dr hab. Monika Adamczak-Retecka, prof. Uniwersytetu Gdańskiego, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0002-2076-4310.

¹ *The Climate Crisis is a Child Rights Crisis: Introducing the Children's Climate Risk Index*. New York: United Nations Children's Fund (UNICEF), 2021 ("UNICEF CCRI"), <https://www.unicef.org/media/105376/file/UNICEF-climate-crisis-child-rights-crisis.pdf> [dostęp: 2.09.2022].

² Office of the UN High Commissioner for Human Rights (9 September 2019), Global update at the 42nd session of the Human Rights Council Opening statement by UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet.

³ Zgodnie art. 1 UNFCCC „zmiana klimatu” to zmiana w klimacie spowodowana pośrednio lub bezpośrednio działaniem człowieka, która zmienia skład atmosfery ziemskiej i która jest odróżniana od naturalnej zmienności klimatu obserwowanej w porównywalnych okresach.

⁴ R. Youngs, *Climate Change and European Security*, Routledge, London 2015, s. 2.

⁵ Międzyrządowy Zespół ds. Zmiany Klimatu (IPCC) – zespół ten został powołany do życia w 1988 r. przez Program Narodów Zjednoczonych ds. Ochrony Środowiska i Światową Organizację Meteorologiczną. Zob. Rezolucja ONZ A/RES/43/53 z dnia 6 grudnia 1988 r.

⁶ IPCC, *Summary for Policymakers*, [w:] V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P. R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews,

Organizacje międzynarodowe dążą do spowolnienia tempa zachodzenia zmian w środowisku wynikających ze zmiany klimatu poprzez zatrzymanie globalnego ocieplenia na poziomie 2°C w porównaniu z epoką przedprzemysłową. Za najważniejsze umowy międzynarodowe w zakresie ochrony klimatu należy uznać Ramową konwencję narodów zjednoczonych w sprawie zmiany klimatu (dalej: **Konwencja klimatyczna**) wraz z uzupełniającym ją Protokołem z Kioto oraz Porozumienie paryskie⁷. **Porozumienie paryskie**, przyjęte podczas konferencji klimatycznej w Paryżu (COP21) w 2015 r., ma charakter prawnie wiążący dla stron. Do najważniejszych postanowień tego porozumienia należy zaliczyć dążenie do ograniczenia globalnego ocieplenia do najwyżej 2°C w porównaniu do czasów sprzed rewolucji przemysłowej (art. 2) oraz postanowienie, że każda strona porozumienia sama będzie wyznaczała sobie cele redukcyjne i dokonywała oceny postępów w ich realizacji, co 5 lat przedstawiając raport (art. 4 pkt 2 i 9). Umowa nie wprowadza jednakże jednakowych celów redukcji emisji dwutlenku węgla – są one uzależnione od sytuacji gospodarczej i poziomu rozwoju poszczególnych państw. Zapis ten jest odzwierciedleniem przywoływanej w kilku miejscach zasady wspólnej, lecz zróżnicowanej odpowiedzialności⁸. Najnowszy Raport IPCC wskazuje, iż dotychczasowe wysiłki podjęte w celu ograniczenia globalnego ocieplenia są niewystarczające. Podczas ostatniego szczytu klimatycznego, który odbył się w listopadzie 2021 r. w Glasgow (COP 26), potwierdzone zostało postanowienie Porozumienia paryskiego dotyczące utrzymania globalnego ocieplenia na poziomie 2°C. Jednakże na podstawie najnowszych wyników badań wskazana została nowa **minimalna granica bezpieczeństwa** – 1,5°C, która może pozwoli uniknąć najbardziej dramatycznych skutków zmiany klimatu⁹.

Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, T. Waterfield (eds.), *Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, World Meteorological Organization, Geneva 2018, 32 pp. Szerzej na ten temat zob. M. Adamczak-Retecka, *Ekoprawo w ochronie klimatu*, [w:] J. Ciechanowicz-McLean (red.), *Ekoprawo. Prawo środowiskowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019, s. 221-232.

⁷ Ramowa konwencja Narodów Zjednoczonych w sprawie zmian klimatu (ang. United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) została sporządzona w Nowym Jorku w 1992 r. i uzupełniona Protokołem z Kioto w 1997 r. Konwencja klimatyczna została ratyfikowana przez 194 państwa, włącznie z wszystkimi państwami członkowskimi UE oraz przez Unię jako oddzielną organizację. Polska ratyfikowała konwencję klimatyczną w 1995 r., Dz. U. z 1996 r. Nr 53, poz. 238.

⁸ Framework Convention on Climate Change, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1. Szerzej na temat charakteru prawnego Porozumienia paryskiego, zob.: M. Adamczak-Retecka, *Udział Unii Europejskiej w paryskim szczycie klimatycznym. Komentarz dla Centrum Stosunków Międzynarodowych*, dokument elektroniczny, opublikowany w styczniu 2016, <http://www.csm.org.pl/pl/component/phocadownload/category/61-2016?download=725:csm-komentarz-adamczak-retecka-szczyt-klimatyczny-26-01-2016> [dostęp 24.05.2016] oraz M.M. Kenig-Witkowska, *Porozumienie Paryskie w sprawie zmian klimatu – refleksje ze stanowiska prawa międzynarodowego*, [w:] B. Krzan (red.), *Ubi ius, ibi remedium. Księga dedykowana pamięci profesora Jana Kolasy*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 229 i n.

⁹ Przyjmuje się, że wzrost na poziomie 2°C będzie równoznaczny z podniesieniem poziomu morza, który spowoduje zalanie niektórych państw wyspiarskich. Do dzisiaj temperatura wzrosła o 1,1°C w porównaniu z epoką przedindustrialną.

Uznanie przez ONZ zmiany klimatu za zagrożenie dla praw człowieka – w szczególności prawa do życia, prawa do odpowiedniej żywności i bezpiecznej wody pitnej, prawa do najwyższego osiągalnego stanu zdrowia oraz do odpowiedniego mieszkania – skłania do pytań o konsekwencje niepodjęcia przez organy państwowe działań mających na celu zapewnienie należytego poziomu ochrony tych praw. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie pierwszej sprawy klimatycznej wniesionej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez obywateli Portugalii przeciwko 33 państwom z tytułu naruszenia ich praw podstawowych poprzez prowadzenie polityki klimatycznej nieadekwatnej do stopnia zagrożenia wynikającego z kryzysu klimatycznego.

1. Sprawy klimatyczne

W związku z tym, że nie został utworzony międzynarodowy trybunał, którego zadaniem byłoby *explicite* rozpoznawanie spraw w zakresie ochrony środowiska, problematyka ochrony klimatu pojawia się w praktyce orzeczniczej istniejących sądów i trybunałów, między innymi Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, a także sądów krajowych¹⁰. Sprawy klimatyczne toczą się obecnie przed sądami różnych państw na całym świecie¹¹. W większości pozwów powoływany jest argument konieczności ochrony praw obecnych i przyszłych pokoleń poprzez podjęcie działań mających na celu spowolnienie zmiany klimatu. Podstawowe trudności, z którymi muszą zmierzyć się powodowie w tego typu sprawach, związane są z wykazaniem *locus standi* oraz związku przyczynowego pomiędzy naruszeniem praw jednostki a działaniem lub zaniechaniem organów państwowych¹². Zgodnie z Raportem ONZ sprawy klimatyczne dotyczą obecnie głównie sześciu kwestii. Po pierwsze, wyznaczania przez rządy mało ambitnych celów redukcyjnych. Po drugie, unikania odpowiedzialności za zobowiązania wynikające z przepisów krajowych i międzynarodowych porozumień. Po trzecie, niezgodności realizowanych inwestycji z postanowieniami umów międzynarodowych¹³. Po czwarte, są to powództwa, których celem jest niedopuszczenie do eksploatacji kolejnych

¹⁰ B.J. Preston, *Climate Change Litigation*, "Carbon and Climate Law Review" 2011, vol. 5, issue 1, s. 256-262. Na temat możliwości rozpoznawania spraw klimatycznych przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, zob. A. Strauss, *Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice*, [w:] W.C.G. Burns, H.M. Osofsky (eds.), *Adjudicating Climate Change. State, National and International Approaches*, Cambridge University Press Cambridge 2009, s. 337 i n.

¹¹ Do listopada 2020 r. wniesionych zostało ponad 1650 pozwów w tzw. sprawach klimatycznych, z czego większość w Stanach Zjednoczonych. W Unii Europejskiej powództwa dotyczą przede wszystkim systemu handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych. Dane z Sabin Center for Climate Change Law w Szkole Prawnej Uniwersytetu Columbia w Nowym Jorku.

¹² M. Adamczak-Retecka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody klimatyczne z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk-Sopot 2017, s. 205.

¹³ Przykładowo sprawa lotniska Heathrow, gdzie udzielono zgody na wybudowanie dodatkowego pasa startowego bez uwzględnienia w planie inwestycji założeń Porozumienia paryskiego i wpływu rozbudowanego lotniska na zmianę klimatu. W konsekwencji inwestycja została wstrzymana.

złów paliw kopalnych¹⁴. Po piąte, niepodejmowanie odpowiednich lub wystarczających działań adaptacyjnych do zmian już zachodzących i nieuchronnych. Wreszcie tzw. *greenwashing*, czyli zatajanie informacji o szkodliwym wpływie danego produktu na środowisko.

Zarzut niewystarczającego działania na rzecz ochrony klimatu został postawiony rządowi holenderskiemu w głośniej sprawie *Urgenda p. Holandii*, uznawanej za pierwszą na świecie sprawę klimatyczną, w której państwo zostało zmuszone do zmniejszenia emisji ze względu na konieczność ochrony praw swoich obywateli. Powództwo w tej sprawie zostało wniesione do sądu holenderskiego w 2015 r. przez Fundację Urgenda, występującą w imieniu własnym oraz grupy prawie 900 osób. Powodowie podnieśli kilka zarzutów, w tym nienależytej staranności w działaniach podejmowanych w celu redukcji gazów cieplarnianych¹⁵. Zdaniem Urgendy niedostateczne spowalnianie zmian klimatu sprawia, że rząd holenderski szkodzi interesom państwa poprzez wyrządzanie szkody po stronie obecnych i przyszłych pokoleń w Holandii i poza jej terytorium. Powołując się na **europejską Konwencję o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności**, powodowie argumentowali, że rząd holenderski naraża życie i zdrowie ludzkie oraz środowisko poprzez niewywiązywanie się z pozytywnego obowiązku do podejmowania działań ochronnych¹⁶. W szczególności powodowie powoływali się na art. 2 (prawo do życia) oraz art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) Konwencji. W odpowiedzi rząd holenderski podtrzymywał, że realizuje obowiązek ograniczania emisji dwutlenku węgla w stopniu wystarczającym¹⁷.

Wyrok w sprawie *Urgenda p. Ministerstwu Infrastruktury i Środowiska* został wydany 24 czerwca 2015 r.¹⁸ Rozpatrując sprawę sąd okręgowy w Hadze uwzględnił prawnomiędzynarodowe zobowiązania Holandii. W szczególności przywołana została Konwencja klimatyczna, ratyfikowana przez Holandię w 1993 r., oraz Protokół z Kioto wraz z poprawkami. Sąd okręgowy nie uznał jednakże zarzutu naruszenia art. 2 i 8 EKPC w związku z brakiem legitymacji Urgendy do wniesienia skargi w rozumieniu art. 34 EKPC. Uwzględnił natomiast zasady zawarte w Konwencji dla potrzeb wykładni prawa do środowiska, na które powoływali się powodowie¹⁹. Na uwagę

¹⁴ Przykładowo wstrzymanie rozbudowy elektrowni węglowej w Japonii czy też budowy elektrowni w Estonii.

¹⁵ Holandia należy do krajów o najwyższym poziomie emisji dwutlenku węgla *per capita*. Dlatego, zdaniem powodów, rząd holenderski powinien podjąć wszelkie możliwe działania na rzecz ochrony klimatu.

¹⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹⁷ Zgodnie z decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady 406/2009/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie wysiłków podjętych przez państwa członkowskie, zmierzających do zmniejszenia emisji gazów cieplarnianych w celu realizacji do roku 2020 zobowiązań Wspólnoty dotyczących redukcji emisji gazów cieplarnianych, która nakładała na Holandię obowiązek redukcji poziomu emisji gazów cieplarnianych o 16%. Dz. Urz. UE L 140 z 5.06.2009 r.

¹⁸ Rechtbank den Haag, 24 June 2015, C/09/456689/HA ZA 13-1396. Wyrok dostępny w jęz. angielskim na stronie: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/> [dostęp: 2.09.2022]. Szerzej na temat sprawy *Urgenda*, zob. M. Adamczak-Retecka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 192-197.

¹⁹ Zob. pkt 4.46- 4.50 orzeczenia.

zasługuje także podejście sądu holenderskiego do kwestii związku przyczynowego. Sąd rozpatrujący sprawę Urgenda uznał za istniejący związek przyczynowy pomiędzy emisją gazów cieplarnianych, globalną zmianą klimatu oraz jej wpływem na tzw. środowisko życia. Przyjęcie argumentu, że rząd holenderski podejmuje działania mające na celu ograniczenie poziomu emisji, nie zmienia faktu, że emisje te wpłynęły i nadal wpływają na zmianę klimatu. Biorąc pod uwagę prawdopodobieństwo wystąpienia szkody po stronie osób reprezentowanych przez Urgendę, rozpatrujący sprawę sąd nakazał holenderskiemu rządowi obniżenie do 2020 r. poziomu emisji dwutlenku węgla o 25% w porównaniu do roku 1990²⁰. Dotychczasowe plany przewidywały 16% obniżkę. Sąd stwierdził w uzasadnieniu wyroku, że zmiany klimatu są poważnym problemem zagrażającym ludzkości i wynikają z działalności człowieka. W ocenie sądu to na państwie ciąży prawny obowiązek ochrony swoich obywateli i w związku z tym sąd nakazał władzom podjęcie bardziej zdecydowanych kroków na rzecz ochrony klimatu. W uzasadnieniu sąd odwołał się nie do konkretnego naruszenia prawa, ale do koncepcji „odpowiedzialności społecznej”, która zdaniem sądu zobowiązuje państwo do podjęcia działań mających na celu uniknięcia niebezpieczeństwa²¹. Sąd Apelacyjny w Hadze podtrzymał wyrok Sądu Okręgowego, uznając skargę Urgendy także w zakresie naruszenia art. 2 i 8 EKPCz. Sąd Apelacyjny orzekł, że na rządzie holenderskim ciąży wynikający z Konwencji obowiązek ochrony praw przez nią zagwarantowanych²². Sąd Najwyższy utrzymał wyrok w mocy²³.

2. Sprawa portugalska

W rozpatrywanej przez Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawie *Duarte Agostinho i inni vs. Portugalia i inni* sześcioro portugalskich obywateli wniosło pozew przeciwko 33 państwom uprzemysłowionym, zarzucając im bierność w zakresie ochrony klimatu²⁴. Powodowie to czworo portugalskich dzieci (Sofia, Andre, Martin i Mariana) oraz dwoje młodych dorosłych (Claudia i Catarina) pochodzących z trzech rodzin zamieszkujących miasta Leira i Lizbona. Reprezentowani są przez międzynarodową

²⁰ Powodowie żądali redukcji o 40% – tak jak w Niemczech czy Danii.

²¹ Posłużenie się przez sąd krajowy licznymi zwrotami niedookreślonymi, takimi jak „odpowiedzialność społeczna” (ang. *social responsibility*) czy „niedopuszczalne zagrożenie” (ang. *unacceptable danger*) zostało krytycznie ocenione w doktrynie. Zob. L. Bergkamp, J.C. Hanekamp, *Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies*, „European Energy and Environmental Law Review” 2015, vol. 24, no 5, s. 110.

²² Wyrok SA z 9 października 2018 r.

²³ Wyrok SN z 20 grudnia 2019 r.

²⁴ Państwa wymienione w pozwie: Austria, Belgia, Bułgaria, Szwajcaria, Cypr, Czechy, Niemcy, Dania, Hiszpania, Estonia, Finlandia, Francja, Wielka Brytania, Grecja, Chorwacja, Węgry, Irlandia, Włochy, Litwa, Luksemburg, Łotwa, Malta, Holandia, Norwegia, Polska, Portugalia, Rumunia, Rosja, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Turcja, Ukraina. Zob. European Court of Human Rights, Fourth Section, Request No. 39371/20, Cláudia Duarte Agostinho and others against Portugal and 33 other States submitted 7 September 2020, Statement of 13 November 2020, Published 30 November 2020.

organizację pozarządową: Global Legal Action Network (GLAN)²⁵. Warto podkreślić, że powodowie nie dążą do uzyskania odszkodowania. Ich celem jest uzyskanie prawnie wiążącej decyzji Trybunału, zobowiązującej pozwane państwa do podjęcia niezwłocznych działań niezbędnych do zatrzymania kryzysu klimatycznego. Państwa mają nie tylko zdecydowanie i bezzwłocznie ograniczyć emisję gazów cieplarnianych na swoim terytorium, ale także kontrolować te pochodzące z międzynarodowych korporacji. Ponadto, zdaniem powodów, państwa rozwinięte powinny ograniczyć eksport paliw kopalnych.

Podstawowym zarzutem, jaki powodowie stawiają pozwanym państwom, jest naruszenie ich praw podstawowych, wynikających z art. 2 i 8 EKPC poprzez prowadzenie polityki „nieprzychylniej klimatowi” i niewywiązywanie się ze zobowiązań przyjętych w Porozumieniu paryskim. W szczególności wskazują art. 2 Porozumienia, zawierający zobowiązanie stron do dążenia do ograniczenia globalnego ocieplenia do najwyżej 2°C w porównaniu do czasów sprzed rewolucji przemysłowej oraz art. 4 pkt 2 i 9 Porozumienia, zobowiązujący każdą stronę porozumienia do wyznaczania własnych celów redukcyjnych i dokonywania oceny postępów w ich realizacji. Ponadto powodowie powołują się na Raport IPCC z 2018 r., wskazujący jednoznacznie wzrost stężenia gazów cieplarnianych w atmosferze spowodowany działalnością człowieka jako główną przyczynę zmiany klimatu²⁶. Powodowie podnoszą także zarzut dyskryminacji ze względu na wiek – najmłodszy z wnoszących skargę (8-letni) będzie miał w 2040 r. 28 lat. Jest to rok przewidywany jako krytyczny ze względu na odczuwalne następstwa zmiany klimatu. Jak podkreślają powodowie, dzisiejsze dzieci najdotkliwiej odczują konsekwencje zmiany klimatu w przyszłości. Ich zdaniem rządy bezpodstawnie zrzucają na ich pokolenie ciężar odpowiedzialności za zmianę klimatu, z której konsekwencjami będą musieli zmierzyć się jako dorośli. Zdaniem powodów zmiana klimatu stanowi zagrożenie dla ich życia i zdrowia, zarówno fizycznego, jak i psychicznego. Konsekwencje globalnego ocieplenia są przez nich bezpośrednio odczuwalne. Przykładowo Catarina Mota opisuje pożary lasów, które z powodu upałów sięją zniszczenie w okolicach Leiry²⁷. Utrzymująca się przez długi czas wysoka temperatura powietrza²⁸ powoduje problemy zdrowotne: bezsenność, alergie, problemy z oddychaniem. W okresie pożarów niemożliwe staje się przebywanie na zewnątrz, spacerowanie i uprawianie sportu, a szkoły pozostają zamknięte. Pył osiada w ogrodach i niszczy okoliczne uprawy. Ponadto powodowie wskazują na stres, niepokój, strach i niepewność związane z rzeczywistym zagrożeniem. Naruszone jest tym samym prawo powodów do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

²⁵ <https://www.glanlaw.org> [dostęp: 2.09.2022].

²⁶ W szczególności SR1.5, p. 4 para A.1. oraz p. 18 para D.1.1. Powodowie powołują się także na raport z listopada 2019 r., w którym ponad 11 tys. naukowców z całego świata uznało, że planeta Ziemia stoi w obliczu klimatycznego zagrożenia; UN Environmental Emissions Gap 2019 Report, zawierający wniosek, że zmiana klimatu zagraża cywilizacji, oraz Wspólny Raport WHO, UNICEF, Lancet, *A Future for the World's Children?* z lutego 2000 r.

²⁷ W 2017 r. w pożarach zginęło ponad 100 osób.

²⁸ Osiągająca 44°C.

3. Podsumowanie

W ostatnich latach na całym świecie zostało wniesionych wiele tzw. powództw klimatycznych, w których powodowie – często także w imieniu dzieci i młodzieży – wskazują szkody poniesione wskutek zmiany klimatu. Wzrost liczby rozpatrywanych przez sądy spraw klimatycznych można tłumaczyć rosnącą świadomością społeczną, ale także rozczarowaniem obywateli brakiem skuteczności działań podejmowanych przez organy państwowe na rzecz ochrony klimatu. Sprawa 6 versus 33 jest pierwszą sprawą klimatyczną rozpatrywaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Zdaniem powodów **obowiązek spowalniania zmiany klimatu wynika z obowiązku ochrony praw człowieka**, a wyrok tego konkretnego trybunału jest konieczny do zapewnienia skuteczności rozwiązań przyjmowanych w zakresie ochrony klimatu na poziomie krajowym. Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wynika tzw. pozytywny obowiązek państw w odniesieniu do środowiska. W orzeczeniach dotyczących m.in. dostępu do informacji, oceny środowiskowej czy zarządzania ryzykiem można odnaleźć podstawy dla roszczeń jednostek poszkodowanych wskutek zaniedbania państwa polegającego na niepodjęciu stosownych działań w obliczu przewidywalnego ryzyka. Takim ryzykiem może być wystąpienie powodzi lub suszy wskutek zmian klimatu²⁹.

Sprawa Urgenda pokazuje, jak można wykorzystać tradycyjne reguły odpowiedzialności deliktowej dla dochodzenia odpowiedzialności państwa przy równoczesnym zaangażowaniu organizacji pozarządowych. Bezpośrednią przyczyną zaangażowania społeczeństwa obywatelskiego w ochronę klimatu jest świadomość, że kontynuacja emisji gazów cieplarnianych spowoduje jeszcze większe ocieplenie klimatu, zwiększając ryzyko gwałtownych i nieodwracalnych następstw dla ekosystemu i społeczeństwa³⁰. Wygrana przed sądem holenderskim otworzyła drzwi kolejnym sprawom, które obecnie toczą się przed kilkoma sądami w Europie. W tym miejscu warto zaznaczyć, że pozew przeciwko rządowi z tytułu beczynności w sprawie kryzysu klimatycznego został wniesiony także w Polsce³¹. Większość spraw klimatycznych ma na celu zmobilizowanie państwa do podjęcia odpowiednich i skutecznych działań na rzecz ochrony klimatu. Ponadto służą nagłośnieniu problemu kryzysu klimatycznego i wyrażeniu troski o przyszłe pokolenia. Nawiązując do słów jednego z powodów w sprawie 6 versus 33, Andre (lat 12), można wyrazić nadzieję, że jego sprawa pozwoli na usłyszenie głosu pokolenia, które żyje w niepokoju i narastającym poczuciu zagrożenia katastrofalnymi następstwami zmiany klimatu, ale zarazem jest tym pokoleniem, które nie pozostaje obojętne na los Ziemi i wierzy w możliwość jej ocalenia.

²⁹ M. Adamczak-Retecka, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, s. 207.

³⁰ Szerzej na temat udziału organizacji pozarządowych w postępowaniach sądowych, zob. *ibidem*, s. 200-205.

³¹ W czerwcu 2021 r. pięcioro obywateli RP wystąpiło z roszczeniami o podjęcie działań umożliwiających osiągnięcie przez Polskę neutralności klimatycznej do 2043 r. oraz stosowanie się do budżetu emisyjnego i redukcję emisji gazów cieplarnianych do 2030 r. o 61% względem poziomu emisji z 1990 r. Zob. <https://www.clientearth.org/what-we-do/why-we-fight/climate/> [dostęp: 2.09.2022].

Zasada państwa prawnego jako element europejskiej tożsamości konstytucyjnej

1. Wstęp

W ostatnich dekadach zarówno na gruncie prawa konstytucyjnego, jak i prawa Unii Europejskiej oraz prawa międzynarodowego ogromną karierę zrobiło pojęcie „tożsamości konstytucyjnej”. Jest ono z reguły rozumiane jako tarcza chroniąca suwerenność państw członkowskich przed przekazywaniem praw suwerennych wiążących się z wykonywaniem władzy publicznej na szczebel organizacji ponadnarodowej. Należy jednak odnotować, że niejako w cieniu budzącego ogromne zainteresowanie, procesu rozwoju i utrwalania koncepcji tożsamości konstytucyjnej państw, z wolna, ale konsekwentnie postępuje odwrotny, choć nieprzeciwstawny proces – krystalizowania się europejskiej tożsamości konstytucyjnej. Opiera się ona na wartościach Unii Europejskiej wymienionych w art. 2 TUE¹, pośród których istotne miejsce stanowi wartość państwa prawnego, z której Trybunał Sprawiedliwości UE (TSUE) wyprowadza zasadę państwa prawnego jako ogólną zasadę prawa UE. Celami artykułu są: po pierwsze, refleksja nad tym, czym jest europejska tożsamość konstytucyjna i zasada państwa prawnego; po drugie, pytanie o rozumienie wartości państwa prawnego w ujęciu wielopoziomowego konstytucjonalizmu UE; i po trzecie, towarzyszące mu pytanie o relację tożsamości konstytucyjnych państw członkowskich do unijnej wartości państwa prawnego. Celom tym odpowiada struktura artykułu².

2. W poszukiwaniu definicji europejskiej tożsamości konstytucyjnej

Pojęcie tożsamości konstytucyjnej nie występuje w tekście TUE i TFUE³. Profesor Krzysztof Wójtowicz celnie zauważył, że niektóre trybunały konstytucyjne

* Prof. dr hab. Jacek Barcik, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0003-0253-7066](https://orcid.org/0000-0003-0253-7066).

¹ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.

² Artykuł opiera się na publikacjach: J. Barcik, *Ochrona praworządności w Radzie Europy i Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem niezależności sądów i niezawisłości sędziów*, C.H. Beck, Warszawa 2019; *idem*, *Wielopoziomowy konstytucjonalizm Unii Europejskiej a stosowanie praw podstawowych*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2, s. 35-52; *idem*, *Tożsamość konstytucyjna państw członkowskich UE a perspektywa kreacji wspólnej obrony europejskiej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 122-142.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.

państw członkowskich stworzyły pojęcie tożsamości konstytucyjnej, „by wzmocnić tezę o prawie sądu konstytucyjnego do kontrolowania zakresu przekazywanych Unii kompetencji, a nawet sprawdzenia, czy akty unijne respektują tę tożsamość”⁴. Podobnie uważa Andrzej Wróbel, zdaniem którego „konstrukcja prawna tożsamości konstytucyjnej, ściśle powiązana z traktatową zasadą poszanowania tożsamości narodowej, służy trybunałom konstytucyjnym do uzasadnienia ochrony zasadniczych elementów konstytucyjnego porządku prawnego przed inwazją prawa unijnego i wspierającą ją (kre-)aktywnością Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”⁵. Nie ma zatem jednej, europejskiej definicji tego pojęcia. Pozostaje ono przypisane prawu konstytucyjnemu każdego z państw członkowskich UE, które na gruncie postanowień konstytucji i działalności orzeczniczej sądów konstytucyjnych wypełniają go treścią, właściwą dla porządku konstytucyjnego konkretnego państwa. W związku z wpływem prawa europejskiego na prawa krajowe państw członkowskich pojawiają się jednak opinie o „europeizacji” tożsamości konstytucyjnej⁶. Wątpliwe jest, by udało się stworzyć wspólną, kompleksową definicję europejską. Niemniej pewne elementy definicyjne wydają się łączne dla wszystkich państw unijnych⁷. Zaliczyć do nich należy przede wszystkim konstytucyjne zasady ustrojowe, w tym demokratyczny charakter ustroju państwa i obowiązek poszanowania praw człowieka. W skład tożsamości konstytucyjnej wchodzi także współcześnie zasada państwa prawnego. Zawiera się ona w szerszym, ujętym w art. 4 ust. 2 TUE pojęciu „tożsamości narodowej”. Występuje ono w kontekście obowiązku Unii Europejskiej poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich, która jest „nierozzerwalnie związana z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”⁸.

W 2000 r. Cezary Mik zauważał, że TUE nie zastąpił tożsamości narodowych państw członkowskich „żadną tożsamością europejską”⁹. Integrację europejską należy jednak widzieć w ujęciu diachronicznym, traktującym ją jako proces polegający na rozwoju i nakazującym dostrzeganie złożonych wzajemnych związków i oddziaływań czynników kształtujących powyższy proces. Poprzez zbliżanie i ujednolicanie standardów prawnych w poszczególnych dziedzinach integracji powoli powstaje europejska tożsamość konstytucyjna. Podobnie jak w przypadku tożsamości konstytucyjnych na poziomie narodowym, nie istnieje jednolita, europejska

⁴ Zob. K. Wójtowicz, *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K 32/09)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11, s. 5.

⁵ A. Wróbel, *Tożsamość konstytucyjna czyli o zapędzaniu pszczoł do ula*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8, s. 1.

⁶ G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, „The Review of Politics” 2006, nr 68, s. 390; M. Mahlmann, *Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity*, „German Law Journal” 2005, nr 6, s. 307-318.

⁷ Zob. L.F.M. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, „Utrecht Law Review” 2010, vol. 6, nr 3, s. 36-49.

⁸ Zob. K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 9-21.

⁹ C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2000, s. 467.

definicja tego pojęcia¹⁰. Jego zakres jest zatem niedookreślony. Jasne jest natomiast, że tak, jak krajowa tożsamość konstytucyjna jest pochodną tożsamości narodowej danego państwa członkowskiego UE, tak europejska tożsamość konstytucyjna jest pochodną tożsamości europejskiej. Jednak co składa się na tożsamość europejską? Już w 1973 r. szefowie państw i rządów państw członkowskich ówczesnych Wspólnot Europejskich na szczycie w Kopenhadze podpisali Deklarację w sprawie tożsamości europejskiej. Stanowiła ona, że państwa członkowskie „pragną zapewnić poszanowanie cennych wartości ich porządku prawnego, politycznego i moralnego oraz zachowanie bogatej różnorodności ich narodowych kultur. Dzieląc się tym samym podejściem do życia, opierając się na determinacji budowania społeczeństwa, które zaspokaja potrzeby jednostki, są zdecydowane bronić zasad demokracji przedstawicielskiej, rządów prawa, sprawiedliwości społecznej – która jest ostatecznym celem postępu gospodarczego – i poszanowania praw człowieka. Wszystko to są fundamentalne elementy tożsamości europejskiej”¹¹. Zwraca uwagę, że wśród elementów składowych europejskiej tożsamości wymieniono zasadę rządów prawa. Jest ona zasadą ogólną prawa UE, co potwierdzał w swoim orzecznictwie TSUE, wielokrotnie podkreślając znaczenie zasady państwa prawnego¹². Także preambuła do TUE traktuje państwo prawne jako element „kulturowego, religijnego i humanistycznego dziedzictwa Europy”, do którego przywiązane są państwa członkowskie UE. Jak zauważył wiceprzewodniczący KE Frans Timmermans, „Zasada państwa prawnego jest częścią DNA Europy, jest częścią tego, skąd pochodzimy i dokąd musimy się udać. Czyni nas tym, czym jesteśmy” (“The rule of law is part of Europe’s DNA, it’s part of where we come from and where we need to go. It makes us what we are”)¹³. Nie da się funkcjonować w UE bez poszanowania zasady państwa prawnego. Zasadę tę można odczytywać w kontekście szczególnego rozumienia doktryny *point of no return*, w ramach którego naruszenie wartości państwa prawnego uruchamia proces dezintegracji europejskiej. *Point of no return* odnieść można bowiem do *acquis fundamental* UE. Dorobek ten obejmuje fundamentalną wartość, jaką jest państwo prawne, zaś „uszczerplenie” tego „*acquis* aktywuje proces likwidacji UE”¹⁴.

¹⁰ Pogłębioną refleksję na temat kształtowania się europejskiej tożsamości konstytucyjnej zawiera W. Sadurski w pracy: W. Sadurski, *European Constitutional Identity?*, „EUI LAW Working Papers” 2006, nr 33, s. 1-22.

¹¹ Declaration on European Identity, 14 December 1973, Copenhagen, https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/02798dc9-9c69-4b7d-b2c9-f03a8db7da32/publishable_en.pdf [dostęp 27.06.2022].

¹² Np. wyrok TSUE z 27 lutego 2018 r., C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs. Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117.

¹³ F. Timmermans, *The European Union and the Rule of Law - Keynote speech at Conference on the Rule of Law, Tilburg University, 31 August 2015*, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/timmermans/announcements/european-union-and-rule-law-keynote-speech-conference-rule-law-tilburg-university-31-august-2015_en [dostęp 2.10.2018].

¹⁴ J. Galster, D. Lis-Staranowicz, *Doktryna point of no return w prawie Unii Europejskiej. Ratione materiae wobec ratione temporis*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 7, s. 21-22.

3. Rozumienie wartości z art. 2 TUE i treść zasady państwa prawnego

Wartości UE z art. 2 TUE są fundamentem porządku aksjologicznego UE. Nie są samowystarczalnymi normami prawnymi (czyli nie są regułami prawa). Dlatego nie mogą one stanowić samodzielnej podstawy dla rozstrzygnięcia sprawy przez TSUE. Służą natomiast wyprowadzaniu z nich ogólnych zasad prawa UE, które zdecydowanie lepiej nadają się do sądowego zastosowania. Wartość UE wymieniona w art. 2 TUE, jaką jest państwo prawne, służy zatem do potwierdzenia zasady państwa prawnego jako ogólnej zasady prawa UE.

Zasada państwa prawnego nie była zawarta w traktatach założycielskich Wspólnot Europejskich (traktat paryski; traktaty rzymskie). Szybko jednak okazało się, że bez tej zasady niemożliwe jest funkcjonowanie systemu prawnego Wspólnot, którego zasady ustalało orzecznictwo ówczesnego TSUE. Dlatego to Trybunałowi luksemburskiemu należy się laur za wpisanie omawianej zasady w proces integracji europejskiej. Pierwszym judykatem, w którym Trybunał wprost powołał się na zasadę państwa prawnego, był wyrok z 1986 r. w sprawie *Les Verts*¹⁵. Trybunał stwierdził w nim, że EWG (dzisiaj UE) jest „wspólnotą prawa, w związku z czym zarówno działania jej państw członkowskich, jak instytucji podlegają kontroli w zakresie zgodności z kartą konstytucyjną, jaką jest traktat WE”. Określenie „wspólnota prawa” (*Community based on the rule of law*) było tłumaczeniem zwrotu *Rechtsgemeinschaft* (*Communauté de droit*), sformułowanego po raz pierwszy przez pierwszego Przewodniczącego KE Waltera Hallsteina (1958-1967). Trybunał unikał używania terminu „państwo prawne” (*Rechtsstaat; État de droit*), tak aby uniknąć porównań EWG z państwem.

Obok aktywności orzeczniczej TSUE, która potwierdzała i rozwijała znaczenie zasady państwa prawnego jako ogólnej zasady prawa UE, zasada ta znalazła się w „karcie konstytucyjnej” UE, jaką są traktaty unijne. Tworzący Unię Europejską traktat z Maastricht już w preambule odwoływał się do zasady państwa prawnego, do której „są przywiązane” państwa członkowskie. Przywoływał ją także jako cel działania wspólnot i UE w zakresie zewnętrznej polityki rozwojowej i Wspólnej Polityki Bezpieczeństwa i Obrony UE (art. J1). Kolejny krok stanowił Traktat z Amsterdamu, w którym zawarto katalog zasad, na jakich opiera się UE. Nowy art. 6 (dotychczasowy art. F ust. 1 TUE) został zmieniony poprzez zawarcie w nim stwierdzenia, że „Unia opiera się na zasadach wolności, demokracji, poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności i zasadzie państwa prawnego, które to zasady są wspólne dla państw członkowskich”. Zasada rządów prawa stała się zasadą traktatową wywodzoną z porządków prawnych państw członkowskich. Jej znaczenie stopniowo wzrastało, tak w zakresie polityk wewnętrznych, jak i działań zewnętrznych UE. Odbывало się to poprzez proces stopniowego, postępującego wrastania zasady państwa prawnego w różne dziedziny polityki i działań UE. W konsekwencji, od czasu pierwszych

¹⁵ Wyrok TSUE z 23 kwietnia 1986 r., 294/83, *Parti écologiste „Les Verts”* p. Parlamentowi Europejskiemu, ECLI:EU:C:1986:166.

orzeczeń Trybunału luksemburskiego, uległa ona znacznemu rozwinięciu, przy czym nadal kładzie szczególny nacisk na sądową ochronę praw człowieka w ramach UE. W jednym z najważniejszych wydanych przez siebie wyroków w ostatnich latach, w sprawie C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses vs. Tribunal de Contas*¹⁶, TSUE przypominał, że zgodnie z art. 2 TUE Unia Europejska opiera się na „wartościach – takich jak państwo prawne, które są wspólne państwom członkowskim, w społeczeństwie opartym między innymi na sprawiedliwości” (pkt 30 wyroku). Ponieważ UE jest unią prawa, w której jednostki mają prawo zakwestionować przed sądem zgodność z prawem każdej decyzji lub każdego innego aktu krajowego dotyczącego zastosowania wobec nich aktu Unii (pkt 30 wyroku), stąd art. 19 TUE, „w którym skonkretyzowano afirmowaną w art. 2 TUE wartość państwa prawnego, powierza zadanie zapewniania kontroli sądowej w porządku prawnym Unii nie tylko Trybunałowi, ale również sądom krajowym” (pkt 32 wyroku). Sądy te pełnią we współpracy z Trybunałem wspólne zadania, służące zapewnieniu poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów (pkt 33 wyroku). Państwa członkowskie zaś zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, wyrażoną w art. 4 ust. 3 TUE, mają obowiązek zapewnić stosowanie i poszanowanie prawa UE, w tym ustanowienie środków niezbędnych do zapewnienia jednostkom poszanowania ich prawa do skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii (pkt 34 wyroku). Ponieważ zaś sądy krajowe mogą na swoich wokandach rozstrzygać kwestie dotyczące stosowania lub wykładni prawa Unii, to zgodnie z art. 4 ust. 3 TUE obowiązkiem państwa członkowskiego jest zapewnienie, by także sądy krajowe spełniały wymogi zapewnienia skutecznej ochrony sądowej zgodnie z art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE (pkt 40 wyroku).

W UE przez długi czas nie istniała definicja państwa prawnego. Zakres przedmiotowy art. 2 TUE pozostawał zatem niedookreślony (odwoływano się w tym zakresie do dorobku Rady Europy). Dopiero w 2014 r. Komisja Europejska podjęła próbę zdefiniowania unijnego rozumienia państwa prawnego. Zawarto ją w Komunikacie KE w sprawie nowych ram UE na rzecz umocnienia praworządności¹⁷. Przyjęta ogólna definicja opiera się na kryterium funkcjonalności, jednocześnie wyliczając niezamknięty i wyprowadzony głównie z orzecznictwa TSUE katalog elementów składowych państwa prawnego. W ujęciu KE zasada praworządności gwarantuje, że wszystkie władze publiczne działają w granicach określonych przez prawo, zgodnie z wartościami demokracji i praw podstawowych oraz pod kontrolą niezależnych i bezstronnych sądów. Komisja przyznaje wprawdzie, że dokładna treść zasad i norm wynikających z praworządności może się różnić na poziomie krajowym w zależności od systemu konstytucyjnego każdego państwa członkowskiego, jednakże orzecznictwo TSUE i ETPC, a także dokumenty sporządzone przez Radę Europy, zawierają niepełny wykaz tych zasad, a więc obejmują definicję podstawowego znaczenia praworządności jako wspólnej wartości UE zgodnie z art. 2 TUE. Oznacza to, że istnieje wspólny element definicyjny, który muszą spełniać systemy prawne wszystkich

¹⁶ Wyrok TSUE z 27 lutego 2018 r., ECLI:EU:C:2018:117.

¹⁷ COM/2014/0158 final.

państw członkowskich. Komisja nie pozostawia tu żadnych wątpliwości, określając praworządność jako „podstawową zasadę Unii”, a zarazem „prawnie wiążącą zasadą konstytucyjną”. KE powołuje się przy tym na orzecznictwo TSUE, w którym Trybunał wskazywał, że praworządność jest źródłem zasad, które w pełni mogą być dochodzone na drodze sądowej i mają zastosowanie w systemie prawnym UE. TSUE podkreślał również, że zasady te są ogólnymi zasadami prawa wynikającymi z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich. Do wspólnych dla państw członkowskich elementów składających się na zasadę państwa prawnego Komisja zalicza:

- 1) zasadę legalności, która w kategoriach materialnych obejmuje przejrzysty, odpowiedzialny, demokratyczny i pluralistyczny proces uchwalania prawa. TSUE w wyroku w sprawie C-496/99 P *Komisja Wspólnot Europejskich vs. CAS Succhi di Frutta SpA*¹⁸ potwierdził, że zasada legalności jest podstawową zasadą Unii, stwierdzając, że „[...] we wspólnocie prawa poszanowanie zgodności z prawem powinno być należycie zapewnione” (pkt 63 wyroku);
- 2) pewność prawa, która wymaga między innymi, żeby przepisy były jasne i przewidywalne oraz żeby nie mogły zostać zmienione retrospektywnie. TSUE w wyroku w sprawach połączonych *Amministrazione delle finanze dello Stato vs. Srl Meridionale Industria Salumi i innym; Ditta Italo Orlandi & Figlio i Ditta Vincenzo Divella vs. Amministrazione delle finanze dello Stato*¹⁹ podkreślił znaczenie pewności prawa, stwierdzając, że w świetle zasad pewności prawa i ochrony uzasadnionych oczekiwań skutki prawodawstwa unijnego powinny być jasne i przewidywalne dla tych, którzy mu podlegają. Trybunał orzekł również, że „[...] zasada pewności prawa z reguły sprzeciwia się temu, by początek stosowania w czasie aktu prawa [Unii] przypadął przed datą jego publikacji, w drodze wyjątku dopuszczalne jest jednak odstępstwo od tej reguły, jeżeli wymaga tego zamierzony cel i jeżeli uzasadnione oczekiwania zainteresowanych osób są należycie respektowane” (pkt 10 wyroku);
- 3) zakaz arbitralności w działaniu władz wykonawczych. TSUE w sprawie *Hoechst AG*²⁰ orzekł, że: „We wszystkich systemach prawnych państw członkowskich ingerencja władz publicznych w dziedzinę prywatnej działalności jakiejkolwiek osoby, czy to fizycznej, czy prawnej, musi mieć jednak podstawę prawną i być uzasadniona względami określonymi w prawie, a zatem systemy te zapewniają, aczkolwiek w odmiennej formie, ochronę przed arbitralną lub nieproporcjonalną ingerencją. Potrzebę takiej ochrony trzeba uznać za ogólną zasadę prawa [Unii] [...]” (pkt 19 wyroku);
- 4) niezależną i skuteczną kontrolę sądową, w tym kontrolę poszanowania praw podstawowych. TSUE m.in. w wyroku w sprawie *Unión de Pequeños*

¹⁸ Wyrok TSUE z 29 kwietnia 2004 r., ECLI:EU:C:2004:236.

¹⁹ Wyrok TSUE z 12 listopada 1981 r., ECLI:EU:C:1981:270.

²⁰ Wyrok TSUE z 21 września 1989 r., ECLI:EU:C:1989:337.

*Agricolores*²¹ przypomniał, że Unia „jest wspólnotą prawa, w ramach której jej instytucje poddane są kontroli zgodności ich aktów z traktatem i ogólnymi zasadami prawa, do których należą też prawa podstawowe”. Jednostki powinny mieć zatem możliwość korzystania ze skutecznej ochrony sądowej praw, które wywodzą z unijnego porządku prawnego, ponieważ prawo do takiej ochrony stanowi część ogólnych zasad prawa, które wynikają ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich (pkt 38-39 wyroku);

- 5) prawo do niezależnego sądu, co wiąże się z podziałem władzy. Ten element zasady rządów prawa Komisja wywodzi ze związku pomiędzy prawem do rzetelnego procesu sądowego a rozdziałem władz. W wyroku w sprawach połączonych C-174/98 P oraz C-189/98 P *Królestwo Niderlandów i Gerard van der Wal p. Komisji Wspólnot Europejskich*²² TSUE stwierdził, że „[...] ogólna zasada prawa [Unii], zgodnie z którą każda osoba ma prawo do rzetelnego procesu sądowego, inspirowana art. 6 EKPC, [...] obejmuje prawo do sądu, który jest niezależny w szczególności od władzy wykonawczej [...]” (pkt 17 wyroku). Komisja zauważyła w związku z tym, że zasada rozdziału władz jest ważnym elementem zapewnienia przestrzegania zasady praworządności. Może ona jednak przybierać różne formy ze względu na różne modele parlamentarne i zróżnicowany stopień stosowania tej zasady na poziomie krajowym. KE przywołuje także stanowisko TSUE²³, który wspominał o operacyjnym rozdziale władz oznaczającym niezależną i skuteczną kontrolę sądową, wskazując, „że prawo Unii nie stoi na przeszkodzie temu, aby państwo członkowskie pełniło jednocześnie rolę prawodawcy, administratora i sędziego, o ile wszystkie te funkcje wykonuje z poszanowaniem zasady rozdzielenia władz, charakteryzującej funkcjonowanie państwa prawa [...]”;
- 6) równość wobec prawa, przy czym zasada równego traktowania, zgodnie z orzecnictwem TSUE, jest ogólną zasadą prawa UE, potwierdzoną w art. 20 i 21 KPP UE²⁴.

KE traktuje zasadę państwa prawnego całościowo, tj. z uwzględnieniem tak jej aspektu formalnego, jak i materialnego. Podkreśla, że nie można jej utożsamiać jedynie z czysto formalnymi i proceduralnymi wymogami, gdyż jest ona narzędziem służącym zapewnieniu przestrzegania i poszanowania zasad demokracji i praw człowieka. Dlatego praworządność jest „zasadą konstytucyjną o elementach zarówno formalnych, jak i materialnych”. Zaś UE jest, jak wynika z orzecnictwa TSUE, „wspólnotą prawa, to znaczy, że zarówno państwa członkowskie, jak i instytucje podlegają kontroli zgodności wydanych przez nie aktów z podstawową kartą konstytucyjną, jaką stanowi traktat WE (aktualnie TFUE), oraz że traktat ten ustanawia zupełny

²¹ Wyrok TSUE z 25 lipca 2002 r., ECLI:EU:C:2002:462.

²² Wyrok TSUE z 11 stycznia 2000 r., ECLI:EU:C:2000:1.

²³ Wyrok TSUE z 22 grudnia 2010 r., C-279/09, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH vs. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:811, pkt 58.

²⁴ Zob. wyrok TSUE z 14 września 2010 r., C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd p. Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2010:512, pkt 54.

system środków prawnych i procedur w celu powierzenia Trybunałowi Sprawiedliwości kontroli zgodności z prawem aktów instytucji”²⁵.

4. Wartość państwa prawnego w ujęciu wielopoziomowego konstytucjonalizmu UE

Konstrukcja Unii Europejskiej opiera się na złożonym systemie polityczno-prawnym, który można określić jako wielopoziomowy konstytucjonalizm. W literaturze słusznie podkreśla się, że głównie poprzez rozwój zasady pierwszeństwa stosowania prawa UE i bezpośredni skutek tego prawa, czyli dwa najważniejsze kamienie węgielne ponadnarodowego porządku prawnego UE, powstał złożony, wielopoziomowy system zarządzania. W jego ramach zarówno państwa członkowskie, jak i UE działają tak w charakterze prawodawcy, jak i władzy wykonawczej. Zapewnianie legitymacji demokratycznej i legalności wykonywania władzy, jak również ochrona praw jednostek w takim systemie jest znacznie bardziej złożona niż w przypadku pojedynczego państwa²⁶. Jednocześnie, jak już w 1996 r. zauważali, pisząc o konstytucjonalizmie europejskim, J.H.H. Weiler i Joel P. Trachman, prawo międzynarodowe nie jest odseparowane od prawa krajowego. Są one raczej zależne od siebie i wzajemnie się przenikają. Każde z nich ma odmienne zastosowanie w różnych kontekstach. Na europejski konstytucjonalizm składa się zarówno prawo międzynarodowe, jak i wewnętrzne, krajowe²⁷. Tworzą one jednak jeden system prawa UE. W jego ramach odpowiedzialność za ochronę zasady państwa prawnego jest odpowiedzialnością dzieloną, ciężąc tak na państwach członkowskich, jak i na UE²⁸. Zdaniem Roberta Baratty poszanowanie dla zasady państwa prawnego w państwach członkowskich jest także odpowiedzialnością instytucji UE. Służy ona bowiem całej Unii i wszystkim jej obywatelom. Silniejsza UE może legitymować się w oczach swoich obywateli przede wszystkim poprzez skuteczne instrumenty zapewniające poszanowanie dla zasady państwa prawnego na poziomie narodowym²⁹.

Ponieważ standardy związane z zasadą państwa prawnego kreowane są tak na poziomie konstytucji narodowych, jak i na poziomie ponadnarodowym, unijnym, możliwa jest sytuacja odmiennego rozumienia poszczególnych aspektów zasady

²⁵ Zob. wyrok TSUE z 3 września 2008 r., w sprawach połączonych C-402/05 P oraz C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakat International Foundation p. Radzie UE i Komisji*, ECLI:EU:C:2008:461, pkt 281.

²⁶ F. Amtenbrink, *Observing the Rule of Law in the European Union – Selected Issues*, „Erasmus Law Review” 2009, nr 1, s. 1.

²⁷ J.H.H. Weiler, J.P. Trachtman, *European Constitutionalism and Its Discontents*, „Northwestern Journal of International Law and Business” 1996-1997, vol. 17, s. 393.

²⁸ J. Schukking, *Protection of Human Rights and the Rule of Law in Europe: A shared responsibility*, „Netherlands Quarterly of Human Rights” 2018, nr 2, s. 152-158.

²⁹ R. Baratta, *Rule of Law ‘Dialogues’ Within the EU: A Legal Assessment*, „Hague Journal on the Rule of Law” 2016, nr 8, s. 371.

państwa prawnego w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich UE³⁰. Możliwa jest także kolizja rozumienia narodowego z jego ujmowaniem na poziomie UE, co może skutkować „niejasnym, a nawet sprzecznym rozumieniem wspólnotowej zasady praworządności w różnych państwach członkowskich, grożącym podważeniem skuteczności i jednolitego stosowania prawa wspólnotowego na całym terytorium Wspólnoty”³¹. Istotnym powodem do formułowania takich opinii jest aktywność orzecznicza sądów państw członkowskich UE w ostatnich latach. Jak zauważa J.H.H. Weiler, stały się one „znacznie bardziej agresywne w swoim konstytucyjnym samo rozumieniu” (*far more aggressive in their constitutional self-understanding*). „Sądy krajowe nie są już awangardą «nowego europejskiego porządku prawnego», przenosząc zasadę praworządności na stosunki ponadnarodowe i uprawomocniając, za pośrednictwem prawa WE, jednostki wobec władzy państw członkowskich. Zamiast tego stoją u bram i bronią konstytucji krajowych przed nielegalnym wkroczeniem z Brukseli. Otrzymują życzliwe wsparcie (*They have received a sympathetic hearing*), ponieważ są postrzegane jako chroniące podstawowe prawa człowieka, tak samo jak tożsamość narodową. Ochrona suwerenności narodowej jest *passé*; ochrona tożsamości narodowej poprzez nacisk na konstytucyjną odrębność jest w modzie”³². Jest jednak pewne, że bez zasady państwa prawnego niemożliwe byłoby funkcjonowanie złożonej maszyny wielopoziomowego zarządzania w Unii Europejskiej. Konieczne jest zatem wypracowanie mechanizmów ucierania kompromisu pomiędzy rozumieniem poszczególnych elementów zasady państwa prawnego na szczeblu unijnym i państw członkowskich, w ramach zjawiska, które Koen Lenaerts określa mianem „pluralizmu konstytucyjnego” (*constitutional pluralism*)³³. Ingolf Pernice nazywa je „wielopoziomowym konstytucjonalizmem” (*multilevel constitutionalism*)³⁴, Anneli Albi – „materiałnym, kooperującym konstytucjonalizmem” (*substantive co-operative constitutionalism*)³⁵, zaś Gianluigi Palombella – „komunikującym pluralizmem” (*communicative pluralism*)³⁶. Istotą powyższego zjawiska, niezależnie od przyjmowanej nazwy, jest poszukiwanie „konsensusu konstytucyjnego” (*constitutional consensus*)³⁷ pomiędzy wartościami całej Unii a tymi przyjmowanymi w państwach członkowskich. Pluralizm zakłada bowiem, że państwa członkowskie mają prawo do kierowania się własnymi

³⁰ D. Kochenov, *The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion*, „Erasmus Law Review” 2009, nr 1, s. 5-24.

³¹ *Ibidem*, s. 5.

³² J. Weiler, H. Horowitz, *The Accidental Constitution*, [w:] D. Benjamin (ed.), *Europe 2030*, Brookings Institution Press, Washington 2010, s. 35; J.H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, „International Journal of Constitutional Law” 2005, nr 2-3, s. 184.

³³ K. Lenaerts, *EU Values and Constitutional Pluralism: The EU System of Fundamental Rights Protection*, „Polish Yearbook of International Law” 2014, vol. XXXIV, s. 136-160.

³⁴ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, „Columbia Journal of European Law” 2009, nr 3, s. 349-407.

³⁵ A. Albi, *Erosion of Constitutional Rights in EU Law: A Call for 'Substantive Co-operative Constitutionalism'*, „Vienna Journal on International Constitutional Law” 2015, nr 3, s. 291-343.

³⁶ G. Palombella, *The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory*, „International Journal of Constitutional Law” 2009, nr 3, s. 442.

³⁷ K. Lenaerts, *EU Values...*, s. 142.

wartościami. Prawo to jest traktatowo zagwarantowane w art. 4 ust. 2 TUE, nakładającym na UE obowiązek poszanowania „tożsamości narodowych państw członkowskich, nierozzerwalnie związanych z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego [...]”. Jednakże pluralizm ten ma i musi mieć określone granice, w przeciwnym razie projekt europejski byłby skazany na porażkę³⁸. Granicę tę wyznaczają wspólne wartości z art. 2 TUE. Ich przestrzeganie ma fundamentalne znaczenie dla efektywności wspólnoty i opiera się na demokratycznie wyrażonej woli (nie ma przymusu przystępowania państw do Unii Europejskiej; w razie nieprzekraczalnych różnic możliwe jest także opuszczenie UE, do czego podstawy prawne stwarza art. 50 TUE).

Ucieranie konsensusu konstytucyjnego co do rozumienia wspólnych wartości należy przede wszystkim do TSUE (w konstruktywnym dialogu z sądami krajowymi), co jest zrozumiałe, jako że instytucja ta jest strażnikiem wartości spetryfikowanych w art. 2 TUE. Osiągnięcie konsensusu konstytucyjnego co do rozumienia określonej wartości prowadzi do jej potwierdzenia jako wartości paneuropejskiej, może także skutkować wykształceniem się, w odniesieniu do rozumienia określonej wartości, ogólnej zasady prawa UE, będącej źródłem prawa pierwotnego UE³⁹. Proces ucierania konsensusu konstytucyjnego prowadzi także do kształtowania się europejskiej tożsamości konstytucyjnej.

5. Tożsamości konstytucyjne państw członkowskich a unijna wartość państwa prawnego

Nawiązując do uprzednio postawionego pytania o to, w jaki sposób ponadnarodowa wartość Unii Europejskiej, jaką jest państwo prawne, da się pogodzić z zawartą w krajowych porządkach konstytucyjnych zasadą państwa prawnego, trzeba zauważyć, że zasada ta należy do zakresu tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich UE. Czy jednak wchodzi w zakres szerszego pojęcia tożsamości narodowej tychże państw? Rozważając to pytanie, można pomocniczo sięgnąć do zawartego w art. 4 ust. 2 TUE pojęcia „tożsamości narodowej”. Występuje ono w kontekście obowiązku Unii Europejskiej poszanowania tożsamości narodowej państw członkowskich, która jest „nierozzerwalnie związana z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi”⁴⁰. Unia ma także szanować „podstawowe funkcje państwa”, pod którym to pojęciem TUE rozumie zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego. Regulację tę należy odczytywać w powiązaniu z zasadą kompetencji przyznanych z art. 5 TUE, limitującą kompetencje Unii Europejskiej. Zdaniem rzecznika generalnego TSUE Miguela Poiaresa Madury „tożsamość

³⁸ *Ibidem*, s. 136.

³⁹ *Ibidem*, s. 159.

⁴⁰ K. Wójtowicz, *Poszanowanie...*, s. 9-21.

narodowa obejmuje bezsprzecznie tożsamość konstytucyjną państwa członkowskiego. Fakt ten znajduje potwierdzenie, w razie potrzeby, w próbie wyszczególnienia elementów tożsamości narodowej [...], i w art. 4 ust. 2 traktatu o Unii w brzmieniu wynikającym z traktatu lizbońskiego⁴¹. Na Unii ciąży obowiązek poszanowania tożsamości konstytucyjnej i tożsamości narodowej państw członkowskich. Czy jednak uznanie zasady państwa prawa za mieszczącą się w zakresie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich wyklucza uznanie wartości państwa prawnego za element europejskiej tożsamości konstytucyjnej? Taka konstatacja oznaczałaby jednocześnie wykluczenie, poza traktatowo unormowanym art. 7 TUE, możliwości badania przez instytucje europejskie stanu przestrzegania wartości państwa prawnego w państwach członkowskich UE. Jest ona jednak błędna, o czym świadczą regulacje konstytucyjne państw tworzących Unię⁴². Żadna z nich nie zakazuje przenoszenia na Unię Europejską kompetencji związanych z wykonywaniem poszczególnych aspektów zasady państwa prawnego, jeśli celem takiego przeniesienia byłoby wzmocnienie tejże zasady na poziomie narodowym.

6. Wnioski

Ujmując integrację europejską jako dynamiczny proces, podzielić należy zdanie Rainera Arnolda, że „Trwający proces konwergencji w dziedzinie wartości (prawa podstawowe, elementy praworządności) może prowadzić do wspólnych pojęć, które będą punktem wyjścia do powstania europejskiej tożsamości konstytucyjnej”⁴³. Jest to, czasami mniej medialnie eksponowany, element trwającej modernizacji sposobu funkcjonowania UE⁴⁴. Wiązać go należy z celem UE, jakim jest w świetle preambuły do TUE i art. 3 ust. 2 TUE zapewnienie przez Unię swoim obywatelom przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości bez granic wewnętrznych, w której zagwarantowana jest swoboda przepływu osób, w powiązaniu z właściwymi środkami w odniesieniu do kontroli granic zewnętrznych, azylu, imigracji, jak również zapobiegania i zwalczania przestępczości. Należy zauważyć, że cel ten ujęty jest jako norma programowa, bazująca na zasadzie państwa prawnego jako na elemencie tożsamości europejskiej. Tożsamość europejska rozumiana jest przy tym jako byt odrębny od tożsamości narodowych państw członkowskich. Na obecnym etapie integracji nie jest ona prostą sumą tożsamości narodowych ani ich nie zastępuje.

⁴¹ Opinia rzecznika generalnego Trybunału Sprawiedliwości UE M. Poiaresa Madury, przedstawiona 8.10.2008 w sprawie C213/07, *Michaniki AE vs. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypoyrgos Epikrateias, Elliniki Technodomiki (TEVAE)*, dawniej *Pantechniki AE, Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, Somateio*, Zb. Orzec. 2008, s. I-9999, pkt 31-33.

⁴² Zob. także: K. Wójtowicz (red.), *Zmiany konstytucyjne związane z członkostwem w Unii Europejskiej*, Instytut Europejski, Łódź 1998.

⁴³ R. Arnold, *Constitutional Identity in European Constitutionalism*, http://www.constcourt.md/public/files/file/conferinta_20ani/programul_conferintei/Rainer_Arnold.pdf [dostęp 27.06.2022].

⁴⁴ Zob. K.A. Wojtaszczyk (red.), *Modernizacja Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2011.

Wprawdzie zasada państwa prawnego wywodzi się ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich UE, mimo to nie można wykluczyć, że w zakresie szczególnych aspektów jej stosowania zachodzą będą odmienności i różne interpretacje uzasadniane specyfiką państw członkowskich. Podstawowa trudność zawiera się w związku z tym nie w pytaniu, kiedy, w jakim okresie europejska tożsamość może zastąpić tożsamości narodowe, ale raczej czy uda się wypracować mechanizmy współistnienia między rodzącą się europejską a narodowymi tożsamościami⁴⁵. Kwestia ta związana jest ze stosowaniem zasady państwa prawnego w ramach tzw. wielopoziomowego konstytucjonalizmu UE.

Konstytucje państw członkowskich UE w większości nie odnoszą się do możliwości transferu na poziom ponadnarodowy kompetencji związanych z wykonywaniem różnych aspektów zasady państwa prawa. Niektóre z nich podkreślają natomiast, że przekazanie praw suwerennych musi służyć wzmocnieniu zasady rządów prawa. Na tle regulacji konstytucyjnych można stwierdzić, że zasada ta mieści się w zakresie pojęcia tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich. Oznacza to, że państwa UE nie mogą przenosić na szczebel ponadnarodowy kompetencji prowadzących do zakwestionowania lub ograniczenia zasady rządów prawa. Mogą jednak przenieść kompetencje, które prowadzą do wzmocnienia tejże zasady. Dotyczy to zwłaszcza przekazania UE kompetencji do badania stanu przestrzegania zasady państwa prawnego w państwach członkowskich, gdyż przekazanie to wzmacnia funkcjonowanie tej zasady na poziomie krajowym. W obecnym stanie prawnym, w którym UE funkcjonuje jako stowarzyszenie 27 suwerennych państw, nie jest możliwe istnienie wyłącznej europejskiej zasady państwa prawnego, przy całkowitym przeniesieniu tej zasady z poziomu narodowego na ponadnarodowy. Stan integracji europejskiej powoduje także, że nie da się skutecznie i efektywnie wykonywać prawa UE bez istnienia ponadnarodowej europejskiej wartości państwa prawnego. Obok 27 porządków prawnych, każdy z własną zasadą rządów prawa, istnieje samodzielna i ogarniająca je, choć nie konsumująca, europejska zasada państwa prawnego. Jest ona elementem europejskiej tożsamości konstytucyjnej.

⁴⁵ J. Schild, *National v. European identities? French and Germans in the European multi-level system*, "Journal of Common Market Studies" 2001, nr 2, s. 347.

Dopuszczalność stosowania środków tymczasowych wobec uchybień zobowiązaniom państwa członkowskiego UE

1. Zagadnienia wprowadzające

Poddanie sporu pod rozstrzygnięcie Trybunałowi Sprawiedliwości Unii Europejskiej wiąże się, jak w każdym procesie, z koniecznością oczekiwania na wyrok. Dzięki reformom ostatnich lat czas trwania postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości (dalej: TS) i tak można uznać za krótki, zwłaszcza w porównaniu z wieloletnią walką przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, skoro w 2020 r. było to średnio rekordowo krótkie 15,4 miesiąca¹. Oczywiście z perspektywy oczekiwań skarżącego, ale i ogólnego interesu unijnego, zwłaszcza skutecznej ochrony prawnej czy swobody przepływu, takie odroczenie rozstrzygnięcia może być nadmierne, zwłaszcza jeżeli druga strona podejmie działania o skutkach nieodwracalnych, pozbawiając tym samym prawomocny wyrok TSUE praktycznego znaczenia. Dlatego też, wzorując się na krajowych procedurach, także w tej sądowo-unijnej, ustanowiono mechanizm tymczasowej ochrony, który pozwala zastosować środki niezbędne dla prawidłowego przebiegu postępowania, zabezpieczenia interesów jego stron oraz efektywnego wykonania zapadłego w przyszłości orzeczenia².

W ramach tego mechanizmu można najpierw wskazać na przełamywanie zasady braku suspensywności środków zaskarżenia – np. art. 278 TFUE³ przewiduje, że skargi wniesione do TSUE nie mają skutku zawieszającego, a jednak może on, gdy

* Dr hab. Aleksander Cieśliński, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0001-7459-564X.

** Mgr Ewa Bobin-Dobrzańska, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0001-6260-9194.

¹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, *Panorama roku. Sprawozdanie roczne za rok 2020*, s. 22-24, https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-06/20205918_qdaq20101pln_pdf.pdf [dostęp 21.10.2021].

² K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 563; K. Piasecki, *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 304.

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej zawarty w Rzymie w dniu 25 marca 1957 r. jako Traktat Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r. (dalej: TFUE).

wymagają tego okoliczności, zarządzić zawieszenie wykonania kwestionowanego aktu⁴. Są to jednak rozwiązania adekwatne do sporów z instytucjami UE, natomiast w omawianym kontekście warto zwrócić uwagę na tzw. „niezbędne środki tymczasowe”, jakie Trybunał może podjąć na podstawie art. 279 TFUE. Mają one ogólne zastosowanie bez ograniczenia rodzaju spraw, a orzecznictwo dowiodło ich szczególnej przydatności w postępowaniach „uchybieniowych” wszczynanych przeciwko państwom członkowskim – w dominującym zakresie na podstawie skarg z art. 258 TFUE wnoszonych przez Komisję Europejską lub z art. 259 TFUE przez innego członka UE.

Generalnie środki tymczasowe zapobiegają nieodwracalnej szkodzie w sytuacji skonkretyzowanej postępowaniem i umożliwiają późniejsze, pełne wykonanie wyroku co do istoty, a więc eliminują skutki uchybienia zobowiązaniom⁵. Natomiast w ramach tej procedury odgrywają ogólniejsze znaczenie systemowe jako element integralności porządku ponadnarodowego oraz skutecznej ochrony prawnej na terytorium unijnym⁶.

Artykuł 279 TFUE obowiązuje właściwie w niezmienionej treści od zarania EWG, ale jego znaczenie wzrasta, zwłaszcza w ostatnich latach, i jest to obszar prawa UE dynamicznie się rozwijający. Niestety, Polska dopracowała się szczególnego wkładu w ten rozwój i to nie tylko z powodu wielości postępowań, lecz także nie-spotykanej dotąd obstrukcji i kontestowania zobowiązań unijnych. Wymusiło to poszukiwanie nowych instrumentów egzekwowania przestrzegania prawa i to właśnie w tym duchu udało się ostatnio wypracować mechanizm kary pieniężnej, stosowany także w przypadku niewykonywania tymczasowych postanowień TSUE. Jak dotąd stało się to w postępowaniach z zakresu dwóch obszarów kluczowych dla spójności systemu unijnego, a więc praworządności i skutecznej ochrony prawnej oraz ochrony środowiska naturalnego. Co interesujące, pierwszy z nich dotyczy typowego postępowania ze skargi Komisji⁷, natomiast drugi rzadkiej skargi innego państwa członkowskiego⁸. Państwa we wzajemnych relacjach starają się bowiem rozwiązywać spory innymi metodami, a sytuacja pomiędzy Republiką Czeską a Rzeczpospolitą Polską stała się dodatkowo precedensowa – wniosek o nałożenie kary pieniężnej za brak wdrożenia środka tymczasowego, i to skutecznie uwzględniony, nie zdarzył się nigdy wcześniej.

⁴ Zob. też art. 41 Statutu – Protokół (nr 3) w sprawie statutu TSUE, Dz. Urz. UE L 228 z 23.08.2012 r. oraz R. Geiger, D.E. Khan, M. Kotzur (eds.), *European Union Treaties, Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, C.H. Beck-Hart, München 2015, s. 918; W. Postulski, Art. 278, [w:] A. Wróbel (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011, s. 528 i n.

⁵ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law...*, s. 563; W. Postulski, Art. 278..., s. 528 i n.

⁶ K. Scheuring, *Ochrona praw jednostek w postępowaniach przed sądami wspólnotowymi*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2007, s. 188.

⁷ Postanowienie Wiceprezes TS z 14 lipca 2021 r., C-204/21 R, *Komisja Europejska p. Rzeczpospolitej Polskiej* (dalej: RP), ECLI:EU:C:2021:593.

⁸ Postanowienie Wiceprezes TS z 21 maja 2021 r., C-121/21 R, *Republika Czeska p. RP*, ECLI:EU:C:2021:420.

Ze względu na intensywność „sprawy polskie” przed TSUE stworzyły dobry asumpt do rekapitulacji dorobku orzecznictwa w zakresie środków tymczasowych, przez co stanowią interesujący materiał badawczy. Generalnie systemowo wyodrębnić można w tym względzie kilka obszarów problemowych, a więc sam model postępowania, który stosuje sędzia orzekający, katalog ustanawianych środków oraz przesłanki dopuszczalności, których spełnienie warunkuje ich zastosowanie. Niewątpliwie największych wyzwań teoretycznych wydaje się dostarczać ten ostatni obszar i dlatego właśnie on stanowić będzie przedmiot rozważań niniejszego tekstu.

2. Pojęcie, charakter i podstawa prawna środków tymczasowych

W ujęciu doktrynalnym środki tymczasowe to rozstrzygnięcia incydentalne stosowane przed wydaniem przez Trybunał orzeczenia co do istoty sporu⁹. Ich celem jest udzielenie uprawnionemu ograniczonej w czasie ochrony roszczenia stanowiącego przedmiot przyszłego, toczącego się przed TSUE postępowania głównego¹⁰. Postępowanie incydentalne, w ramach którego środki te są ustanawiane, ma charakter akcesoryjny. Zgodnie z samą nazwą mają one charakter doraźny i okresowy, a ich tymczasowość można rozpatrywać formalnie i materialnie. W pierwszym znaczeniu nacisk kładzie się na uregulowanie stosunków prawnych stron jedynie na czas toczącego się postępowania sądowo-unijnego, przy czym, o ile nie wygasną wcześniej, stanie się to najpóźniej z chwilą wydania orzeczenia co do istoty sprawy¹¹.

Materialna tymczasowość implikuje natomiast brak charakteru prejudykatu przedmiotowych środków, które mają ograniczoną skuteczność i nie mogą wywierać skutków nieodwracalnych czy też idących dalej niż przyszłe rozstrzygnięcie Trybunału kończące postępowanie¹². Postanowienie o tymczasowej ochronie nie jest wydawane na podstawie w pełni przeprowadzonego postępowania dowodowego ani dogłębnej analizy prawnej, a zasadność roszczenia nie jest jeszcze ostatecznie przesądzona. Stąd nie może ono przesądzać ostatecznie kwestii prawnych lub faktycznych będących przedmiotem sporu ani rozstrzygać go, determinować treści wyroku czy zagrażać jego istocie, ani też krępować składu wyrokującego.

Ramy prawne postępowania incydentalnego określono zarówno na poziomie unijnego prawa pierwotnego, jak i wtórnego¹³. Wspomniany już art. 279 TFUE stanowi materialną podstawę otwartego katalogu, którego konkretyzacja zależy od

⁹ W. Postulski, *Art. 278...* s. 528 i n.

¹⁰ B. Wägenbaur, *Court of the Justice of the European Union. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, C.H. Beck, München 2013, s. 444.

¹¹ W. Postulski, *Art. 278...*, s. 528 i n.

¹² K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law...*, s. 573-574; postanowienie Prezesa Trybunału z 19 lipca 1995 r., C-149/95 P(R), *Komisja WE vs. Atlantic Container Line AB i in.*, ECLI:EU:C:1995:257, p. 22 oraz postanowienie Prezesa SPI z 20 lipca 2000 r., T-149/00 R, *Innova p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2000:197, p. 8.

¹³ I.C. Kamiński, *Wymiar sprawiedliwości we Wspólnocie Europejskiej. Praktyczny komentarz i przepisy*, LexisNexis, Warszawa 2004, s. 90.

wnioskodawcy, zobowiązanego zaproponować sposób zabezpieczenia postępowania, a przede wszystkim od swobodnego uznania obecnie wiceprezesa TS, który postanawia o zastosowaniu konkretnego środka¹⁴. Natomiast Statut w art. 39 ma już charakter procesowy, ustanawiając lakonicznie procedurę doraźną, ale bez uregulowania sprecyzowanych aspektów postępowania, poprzestając na odesłaniu do Regulaminu TS¹⁵, gdzie w przepisach art. 160-166 uszczegółowiono już dokładny przebieg i sposób orzekania o ustanowieniu środków¹⁶.

3. Współczesny rozwój orzecznictwa na przykładzie spraw polskich

Orzecznictwo w sprawach polskich związane ze stosowaniem środków tymczasowych zostało zapoczątkowane już kilka lat po akcesji sporem z 2007 r. o budowę dróg przez cenną przyrodniczo dolinę rzeki Rospudy. Zarzuty ze skargi Komisji stały się także podstawą do jej dwóch odrębnych wniosków, poczynawszy od wstrzymania prac kompensacyjnych, do czego niezwłocznie przychylił się Prezes Trybunału jeszcze na czas postępowania o środki tymczasowe¹⁷. Na podstawie zobowiązania Polski złożonego w jego trakcie Komisja wniosek wycofała i sprawę wykreśliła z rejestru¹⁸. Jednakże wkrótce KE musiała wystąpić z kolejnym – już o wstrzymanie samej budowy – ze względu na zawiedzione zaufanie, kiedy to strona polska, pomimo oświadczenia o wstrzymaniu jej kontynuacji do czasu wyroku, powzięła zamiar wznowienia prac. W tym odrębnym postępowaniu incydentalnym potrzebne były kolejne zobowiązania polskiego rządu, aby ostatecznie przekonać Komisję do wycofania wniosku¹⁹, a rok później – sam Trybunał – do wykreślenia całej sprawy z rejestru ze względu na całkowite zaprzestanie prac²⁰.

Już wtedy pojawiły się symptomy stanu niepewności prawnej kreowanej przez polski rząd, które nasiliły się w kolejnej dekadzie. W sprawie Puszczy Białowieskiej i obszaru Natura 2000 o walorach lasu naturalnego z martwym drewnem oraz starodrzewami stanowiącymi siedliska naturalne Komisja w 2017 r. zarzucała naruszenie przepisów o ich ochronie oraz zagrożenie dla dzikiej fauny i flory. Wynikały one z wdrożenia aktywnej gospodarki leśnej – wycinki oraz usuwania starych drzew – oficjalnie z powodu gradacji kornika drukarza, czego jednak nie potwierdzili

¹⁴ W. Postulski, *Art. 279*, [w:] A. Wróbel (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 528 i n.

¹⁵ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości z dnia 25 września 2012 r., Dz. Urz. UE L 265 z 29.09.2012 r. (dalej: Regulamin TS, RTS).

¹⁶ B. Wägenbaur, *Court of the Justice...*, s. 444.

¹⁷ Postanowienie Prezesa TS z 18 kwietnia 2007 r., C-193/07 R, *Komisja WE vs. RP*, ECLI:EU:C:2007:218.

¹⁸ Postanowienie Prezesa TS z 18 lipca 2007 r., C-193/07 R, *Komisja WE vs. RP*, ECLI:EU:C:2007:464.

¹⁹ Postanowienie Prezesa TS z 25 stycznia 2008 r., C-193/07 R-2, *Komisja WE vs. RP*, ECLI:EU:C:2008:45.

²⁰ Postanowienie Prezesa TS z 25 sierpnia 2009 r., C-193/07, *Komisja WE vs. RP*, ECLI:EU:C:2009:495.

eksperci. Wnioskowane środki tymczasowe ustanowiono niezwłocznie, jeszcze przed wysłuchaniem RP²¹. Precedensowy brak ich wykonywania zmusił Komisję do wystąpienia uzupełniającego o ustanowienie kary pieniężnej na wypadek dalszego ignorowania nakazów TS. Ale tu sama jej zapowiedź w kolejnym postanowieniu okazała się wystarczająca²².

Kolejne postępowanie co do niezależności Sądu Najwyższego rozpoczęło serię spraw o ochronę praworządności w polskim wymiarze sprawiedliwości²³. Stanowiło następstwo ustawowych zmian obniżających wiek przejścia w stan spoczynku już powołanych sędziów, dotykając ponad 1/3 jego ówczesnego składu oraz skracając konstytucyjną kadencję I Prezes. Zmiany te uzależniły los sędziów od dyskrecyjnego uznania Prezydenta RP, z którego zaczął on już korzystać. Dlatego złożenie przez Komisję wraz ze skargą wniosku o tymczasowe wstrzymanie reformy i umożliwienie dalszego wykonywania funkcji stało się niezbędne ze względu na bezpośrednie ryzyko poważnej i nieodwracalnej szkody dla skutecznej ochrony prawnej. Trybunał przychylił się do tego jeszcze przed złożeniem uwag przez RP i ostatecznym postanowieniem incydentalnym, które środki te potwierdziło po kilku miesiącach²⁴.

Następnie Komisja złożyła pierwszą skargę co do Izby Dyscyplinarnej SN oraz odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów. Zarzuty były jeszcze poważniejsze: niezapewnienie niezależności i bezstronności sędziów tej Izby, przyznanie jej przesyłki dużej władzy dyskrecyjnej, brak wstrzymania biegu postępowań przez czynności związane z podejmowaniem obrony czy usprawiedliwioną nieobecność obwinionego lub jego obrońcy. Podnoszono również, że treść orzeczeń sądowych oraz kierowanie wniosków prejudycjalnych można było zakwalifikować jako przewinienie dyscyplinarne, a Rzecznika Dyscyplinarnego powoływał Minister Sprawiedliwości. Wnioskowane środki tymczasowe o zawieszenie przepisów o właściwości ww. Izby w sprawach dyscyplinarnych sędziów uzasadniano zapadłymi już wyrokami TSUE i SN kwestionującymi jej status jako niezawisłego i bezstronnego organu, którym nie chciała się ona podporządkować. Trybunał odrzucił tu ponownie kwestionowanie swojej jurysdykcji w takich sprawach oraz argumenty niedopuszczalnej ingerencji w sądownictwo krajowe, nieusuwalność sądów czy braku precedensu w zarządzaniu środkami tymczasowymi takiego rodzaju²⁵.

Z kolei skarga Republiki Czeskiej z tytułu udzielenia kopalni Turów koncesji na wydobywanie węgla z rażącym naruszeniem prawa UE – bez oceny oddziaływania na środowisko i z wyłączeniem zainteresowanej społeczności, dotkniętej sytuacją

²¹ Postanowienie Wiceprezesa TS z 27 lipca 2017 r., C-441/17 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:622.

²² Postanowienie TS z 20 listopada 2017 r., C-441/17 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:877.

²³ Wyrok TS z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2019:531.

²⁴ Postanowienie Wiceprezesa TS z 19 października 2018 r., C-619/18 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2018:852 oraz postanowienie Trybunału z 17 grudnia 2018 r., C-619/18 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2018:1021.

²⁵ Postanowienie TS z 8 kwietnia 2020 r., C-791/19 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2020:277.

utruty dostępu do wody – okazała się wyjątkowa nie tylko dlatego, że postępowania międzypaństwowe są rzadkie. Uwzględniono tutaj bowiem wniosek tymczasowy o niezwłoczne wstrzymanie działalności kopalni, kwestionując przy tym polskie argumenty o niewykazaniu związku tej sytuacji z naruszeniem prawa oraz konieczności jedynie konwalidacji procedury koncesyjnej, a nie zakończenia wydobywania w przypadku przegranej²⁶. Nie udało się też następnie uzyskać uchylecia tego postanowienia TS wskutek zmiany okoliczności, skoro jedynie rozwinęto uprzednie argumenty, a ewentualnych zagrożeń dostaw ciepła i wody nie wykazano. A kiedy okazało się, iż nie jest ono wykonywane, niezbędne stało się precedensowe nałożenie na Rzeczpospolitą Polskę okresowej kary pieniężnej²⁷.

Niestety została ona zastosowana także w ostatniej jak dotąd sprawie polskiej ze środkami tymczasowymi, gdzie mimo deklaracji rządu RP nie zlikwidowano Izby Dyscyplinarnej. Wszczęte niedawno postępowanie ponownie dotyczy odpowiedzialności sędziów – wskutek literalnego i ograniczonego czasowo wdrożenia postanowienia we wcześniejszej sprawie zaczęto nadużywać prawa karnego, a to ta Izba może zezwalać na pociągnięcie ich do takiej odpowiedzialności, tak jak na tymczasowe pozbawienie wolności. Weszła w życie także tzw. ustawa kagańcowa, grożąca sędziom skutkami dyscyplinarnymi za badanie przez nich spełnienia unijnych wymogów niezawisłości i bezstronności sądu, a wyłączne rozpatrywanie zarzutów w tych sprawach powierzono drugiej, nowej Izbie SN – Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych, która orzeka także o statusie sędziów i przeniesieniu ich w stan spoczynku.

Stąd Komisji zależało nie tylko na zawieszeniu stosowania kwestionowanych przepisów, lecz także skutków wydanych już rozstrzygnięć oraz wpływu nowych spraw, co Trybunał uwzględnił²⁸. Ponownie odrzucono argumenty strony polskiej o braku jego jurysdykcji, tak jak nowy zarzut nierównego traktowania członków UE, skoro Komisja nie reagowała na brak immunitetów sędziów w części z nich, który oparto na wyrywanych z szerszego kontekstu krajowych gwarancji rozwiązań. Złożony następnie wniosek Polski o uchylenie środka został oddalony²⁹, a wkrótce została ona obciążona historyczną okresową karą pieniężną z tytułu jego niewykonania – jeden milion euro dziennie³⁰.

²⁶ Postanowienie Wiceprezes TS z 21 maja 2021 r., C-121/21 R, *Republika Czeska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:420.

²⁷ Postanowienie Wiceprezes TS z 20 września 2021 r., C-121/21 R, *Republika Czeska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:752.

²⁸ Postanowienie Wiceprezes TS z 14 lipca 2021 r., C-204/21 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:593.

²⁹ Postanowienie Wiceprezes TS z 6 października 2021 r., C-204/21 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:834.

³⁰ Postanowienie Wiceprezes TS z 27 października 2021 r., C-204/21 R, *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:878.

4. Przesłanki zastosowania

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem TS przede wszystkim środki tymczasowe: „mogą zostać zarządzone jedynie wtedy, gdy zostanie ustalone, iż ich zastosowanie jest *prima facie* uzasadnione przez zarzuty prawne i faktyczne (*fumus boni iuris*) oraz że są one pilne, w tym sensie, iż ich zarządzenie i wykonanie przed rozstrzygnięciem w sprawie głównej jest konieczne w celu uniknięcia poważnej i nieodwracalnej szkody dla interesów skarżącego. Te przesłanki mają charakter kumulatywny w takim znaczeniu, że brak spełnienia jednej z nich uzasadnia niezastosowanie środków tymczasowych”³¹.

Nacisk położony jest więc na zasadność skargi w ramach postępowania głównego, a więc w omawianych tu sprawach zarzutów uchybienia zobowiązaniom członkowskim, oraz niezbędności środka dla zapobieżenia poważnym i nieodwracalnym szkodom. Intuicyjnie ta druga przesłanka wydaje się kluczowa, uzasadniając rozstrzyganie na tak wczesnym etapie, a nawet dominująca dla rozważań sędziego orzekającego, zwłaszcza że brak pilności wystarczy dla odmowy jego ustanowienia. Nie pozwala to jednak pomijać innych przesądzających okoliczności – zwłaszcza przez wnioskodawcę, który musi wszechstronnie uzasadnić, dlaczego proponowane rozwiązanie należy zastosować. Natomiast w tym postępowaniu incydentalnym choć sędzia ma dokonać całościowej oceny, to korzysta ze znacznego marginesu swobody i możliwości dostosowania się do specyfiki danej sprawy. Implikuje to autonomiczny model badania uwzględniający brak narzuconego z góry schematu kolejności lub wagi przesłanek oraz brak obowiązku odniesienia się do wszystkich argumentów wnioskodawcy.

Przywołany powyżej cytat odzwierciedla raczej tradycyjne podejście, nieuwzględniające jeszcze jednej przesłanki, która ukształtowała się ewolucyjnie w praktyce orzeczniczej, a nie była pierwotnie przewidywana w spisanej procedurze. W duchu całego systemu unijnego należy bowiem jeszcze dokonać wyważenia różnych interesów, na które wpływ może mieć nałożony środek – zarówno stron, osób trzecich, jak i ogólnego interesu unijnego. To wydaje się tylko zwiększać swobodę rozstrzygania, zarówno co do zasadności zastosowania środka, jak i jego doboru. Dopiero w tym kontekście należy uwypuklać kumulatywny charakter wszystkich trzech przesłanek pod rygorem oddalenia wniosku³².

W dalszej części niniejszego tekstu przesłanki te zostaną poddane dokładniejszej analizie, z uwzględnieniem najnowszego dorobku orzeczniczego w sprawach przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej.

³¹ Postanowienie Prezesa TS z 27 września 2004 r., C-7/04 P(R), *Komisja WE vs. Akzo Nobel Chemicals Ltd i Akros Chemicals Ltd.*, ECLI:EU:C:2004:566, s. 28.

³² Postanowienie Prezesa TS z 24 kwietnia 2008 r., C-76/08 R, *Komisja WE p. Republice Malty*, ECLI:EU:C:2008:252, s. 21; postanowienie Prezesa TS z 10 grudnia 2009 r., C-573/08 R, *Komisja Europejska p. Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:775, s. 11 oraz postanowienie Wiceprezesa TS z 3 grudnia 2014 r., C-431/14 P-R, *Republika Grecka p. Komisji Europejskiej*, ECLI:EU:C:2014:2418, s. 19.

4.1. Problem zasadności roszczenia *prima facie*

Badanie, jakiego dokonać ma sędzia orzekający o środkach tymczasowych, nie może być oczywiście utożsamiane z przeprowadzeniem pełnego postępowania i przesądzenia o istocie sporu. Na tym etapie chodziłoby raczej o wyjściowe ustalenie, na ile roszczenie co do istoty mogłoby zostać skutecznie uwzględnione, głównie aby wykluczyć skargi, które nie mają żadnych szans, gdzie stosowanie środków byłoby nawet szkodliwe i krzywdzące. Twierdzenia wnioskodawcy nie mogą więc być pozbawione podstaw – zarówno faktycznych, jak i prawnych, co wymaga poparcia dowodami i argumentami, aby nie dało się z góry wykluczyć, że w omawianych przypadkach doszło do uchybienia zobowiązaniom członkowskim. Nieodzowna jest zatem wstępna ocena zarzutów Komisji celem ustalenia, że przynajmniej niektóre z nich mają ciężar gatunkowy, który wyklucza aprioryczne odrzucenie skargi w ogóle, a przynajmniej bez głębszej analizy, oraz wszelkich działań typowych dla całościowego postępowania głównego.

Stopień rygoryzmu takiego badania może być zróżnicowany. W bardziej tradycyjnym ujęciu oczekiwano silnego domniemania, że skarga ma mocne podstawy, czy istotnych dowodów zasadności roszczeń, co w omawianym zakresie przekładało się na przynajmniej poważne wątpliwości co do legalności działań państwa. W tym właśnie kontekście używano określenia *fumus boni iuris*, przez które rozumiano możliwość uprawdopodobnienia zasadności skargi głównej, a więc i przyszłego sukcesu procesowego dzięki wykazaniu, że ma ona mocne podstawy *prima facie*. Przecistawiano mu tzw. *fumus non mali iuris* wiązany oryginalnie z brakiem oczywistej bezpodstawności, gdzie właściwie wystarczy przekonać, że na tak wczesnym etapie nie jest możliwe uznanie, że skarga jest ewidentnie bezzasadna, pozbawiona racjonalnego uzasadnienia, aby mieć podstawy do zasądzenia środków. Jest to formuła liberalniejsza, a tym samym bardziej pojemna, która pozwala zastosować środki tymczasowe w szerszym zakresie przypadków, nawet jeżeli owa zasadność skargi byłaby znacznie mniej pewna. Z pewnością brak bezpodstawności łatwo jest wykazać w tych sprawach, które mają charakter precedensowy, a więc gdy Trybunał rozstrzyga przy braku ugruntowanego orzecznictwa³³.

Analiza współczesnego orzecznictwa dowodzi, że Trybunał konsekwentnie posługuje się tym pierwszym terminem, a jednak sposób rozumienia samej przesłanki zdaje się być dość pojemny. Stąd okazuje się, że uznaje się ją za spełnioną już wtedy, gdy na tym wczesnym etapie postępowania incydentalnego „występuje istotny spór prawny lub faktyczny, którego rozstrzygnięcie nie nasuwa się od razu, wobec czego skarga w postępowaniu głównym nie jest *prima facie* pozbawiona poważnych podstaw”³⁴, albo alternatywnie – „gdy jeden z zarzutów dotyczy istnienia złożonych kwestii prawnych, których rozwiązanie nie nasuwa się od razu i wymaga tym samym przeprowadzenia dogłębnej oceny, która nie może być dokonywana przez sąd orzekający w przedmiocie środków tymczasowych, lecz powinna stanowić przedmiot

³³ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law...*, s. 595-598.

³⁴ C-441/17 R z 20 listopada 2017 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:877, s. 31.

postępowania co do istoty sprawy, lub jeżeli dyskusja pomiędzy stronami wskazuje na istnienie poważnej kontrowersji prawnej, której rozstrzygnięcie nie jest oczywiste”³⁵.

Warto na to spojrzeć także z perspektywy proceduralnej – sędzia orzekający o środkach tymczasowych nie może przecież podejmować decyzji całkowicie autonomicznych, odrywając postępowanie incydentalne od głównego. Nie należy oczywiście zasądzać ich tam, gdzie skarga jest bezzasadna, co wymaga jednak już na samym wstępie jakiejś analizy zarzutów. Ale z drugiej strony nie wolno przesądzać o ich ostatecznej zasadności i tym samym wiązać składu wyrokującego, co raczej sugeruje ostrożność oraz analizę o charakterze raczej ograniczonym do wstępnej niemożności wykluczenia dopuszczalności skargi. Im staranniej bowiem się ją przeprowadzi, tym mniej swobody pozostanie dla sędziów ostatecznie rozstrzygających spór – często bez wiceprezesa odpowiedzialnego za środki tymczasowe.

Powyższe sprzyja bazowaniu na argumentacji powołanej w skardze głównej, a przede wszystkim zawartości wniosku o ich ustanowienie, o ile nie byłyby one oczywiście bezzasadne z powodu niedopełnienia wymogów formalnych lub nawet braku jurysdykcji Trybunału, co wymaga kontroli podejmowanej przez TS z urzędu. Natomiast poza tym, szczególnie w postępowaniach przeciwko państwu, może to implikować zaufanie do stanowiska Komisji Europejskiej i tym bardziej utrudniać jego sytuację procesową, przechylając swoiście szalę na rzecz nałożenia środków, nawet w sytuacjach niejednoznacznych. Stąd dostrzec można gotowość do czynienia tego niezwłocznie, jeszcze przed wysłuchaniem drugiej strony i wydaniem postanowienia incydentalnego. Generalnie więc podnoszone wątpliwości co do przyszłego wyroku czy nawet silne kontrargumenty nie muszą działać na korzyść państwa i wystarczać do zablokowania środków, co bywa szczególnie uzasadnione tam, gdzie zagrożone są podstawowe unijne wartości i cele.

Sprawa wycinki w Białowieży jest przykładem właśnie takiego niezwłocznego działania Trybunału, kiedy od razu wydano wstępne postanowienie, opierając się na samym wniosku Komisji – wystarczyło tu bowiem uznanie, że jej argumenty nie wydają się bezpodstawne, a naruszenia prawa i niespełnienia wymagań ochronnych przez polskie władze nie można wykluczyć. W dalszym postępowaniu Komisja dowodziła, że działania aktywnej gospodarki leśnej są bezprawne już dlatego, że polskie władze nie upewniły się co do braku negatywnego wpływu na obszar Natura 2000 i nie uwzględniły opinii naukowych. Odrzucono stanowisko, że nie zdołała ona odpowiednio wykazać, by zarzuty były *prima facie* zasadne, zastępując to uznaniem, że jej argumenty nie wydają się *prima facie* pozbawione poważnych podstaw i nie można wykluczyć, że owe działania w Puszczy nie spełniają unijnych wymogów ochrony. Nawet przedstawienie przeciwstawnych ekspertyz zadziałało na niekorzyść polskiej obrony, bo istnienie sprzecznych opinii naukowych jedynie potwierdzało wystarczający w tym kontekście stan wątpliwości, gdy ocena musi być uproszczona³⁶.

³⁵ C-121/21 R z 21 maja 2021 r., *Czechy vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:420, s. 35.

³⁶ C-441/17 R z 20 listopada 2017 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:877, s. 31-42.

W powyższym postępowaniu Komisji sprzyjała działająca na korzyść ochrony przyrody zasada ostrożności. Natomiast do przychylności Trybunału w sprawach dotyczących polskiego wymiaru sprawiedliwości mogła przyczynić się waga przypisywana ochronie praworządności. W sprawie niezawisłości Sądu Najwyższego Komisja uwypukliła znaczenie postępującego już wysyłania w stan spoczynku urzędujących sędziów i uzależnienie ich losu od uznania Prezydenta RP. Zarazem nawet jeżeli przedmiotem sporu miałyby pozostawać zastosowanie unijnych gwarancji skutecznej ochrony prawnej wobec autonomii państwa w organizacji systemu sądownictwa, to argumentacja taka nie wywołała rezultatu pożądanego przez stronę polską. Tak złożone i dyskusyjne kwestie prawne, gdy rozwiązanie nie nasuwa się od razu, nie pozwalały na deliberację w ramach postępowania incydentalnego, a więc raczej przemówiły za ustanowieniem środków tymczasowych. Trybunał ponownie uznał, że argumenty Komisji nie wydają się *prima facie* pozbawione poważnych podstaw, w przeciwieństwie do stanowiska polskiego rządu, że wniosek tego rodzaju rozpatrywano po raz pierwszy i to bazując na hipotezach w sytuacji, gdy miano stosować rozwiązania znane już z innych krajów³⁷.

W pierwszej ze spraw dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów Trybunał zgodził się z Komisją, że na tym etapie wystarczy wykazać spełnienie wymogów przedmiotowej przesłanki przez jeden z zarzutów skargi, a nie badać zasadność każdego z nich. To ułatwiło uwzględnienie jej wniosku, gdyż podnoszony m.in. brak niezależności i bezstronności Izby Dyscyplinarnej można było wywieść z wcześniejszego orzecznictwa, wspierając się tylko nowymi, potwierdzającymi to okolicznościami. Co prawda chodziło głównie o wyrok prejudycjalny³⁸, gdzie ostatecznie nie stwierdzono naruszenia traktatów, pozostawiając to sądowi odsyłającemu, jednak okazało się to wystarczające w świetle natury rozstrzygnięć tego rodzaju, zwłaszcza że znalazło potwierdzenie w kolejnych wyrokach TS dotyczących SN. Na tej podstawie Trybunał stwierdził, że nie można *prima facie* wykluczyć uchybienia art. 19 TUE przez sporne przepisy krajowe, przez co ponownie mógł on uznać, że argumenty Komisji ukazały się *prima facie* jako niepozbawione poważnej podstawy – bez wypowiedzania się na tym etapie co do zasadności argumentów obu stron, pozostawiając to do wyłączonej właściwości składu orzekającego co do istoty³⁹.

Również we wniosku Republiki Czeskiej o środki tymczasowe nastąpiła koncentracja na jednym zarzucie – dotyczącym wydania koncesji na wydobywanie węgla bez przeprowadzenia oceny oddziaływania na środowisko, pomimo takiego wyrażonego wymogu w unijnej dyrektywie. Ze względu na tak ewidentny charakter naruszenia Trybunał mógł uznać – bez wypowiedzania się w pełni o zasadności całej skargi – że zarzuty strony skarżącej wydają się *prima facie* niepozbawione poważnej podstawy⁴⁰.

³⁷ C-619/18 R z 17 grudnia 2018 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2018:1021, s. 30-59.

³⁸ Wyrok TS z 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *A.K. p. Krajowej Radzie Sądownictwa i CP i DO p. Sądowi Najwyższemu*, ECLI:EU:C:2019:982.

³⁹ C-791/19 R z 8 kwietnia 2020 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2020:277, s. 52-81.

⁴⁰ C-121/21 R z 21 maja 2021 r., *Czechy vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:420, s. 35-52.

Odmienne podejście przyjęto w drugiej ze spraw dotyczących odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów, gdzie ze względu na szeroki katalog wnioskowanych środków tymczasowych analizę podzielono na kilka kategorii. Najpierw badano zarzuty uzasadniające pełne zawieszenie działalności Izby Dyscyplinarnej, zwłaszcza w sprawach karnych i statusu sędziów SN oraz skutków wydanych już uchwał. W świetle już wcześniejszych rozstrzygnięć dosyć łatwo przyszło uznać za niepozbawiony *prima facie* poważnej podstawy ten brak gwarancji niezawisłości i bezstronności. Bez przesądzania na tym etapie o zasadności argumentów stron podkreślono ryzyko wykorzystywania kompetencji Izby jako narzędzia politycznej kontroli treści orzeczeń oraz ograniczania niezawisłości sędziów, a także wzbudzania w przekonaniu jednostek wątpliwości w tym zakresie⁴¹.

Trudne do wykluczenia *prima facie* naruszenie wiązało się także z pozbawieniem ich możliwości badania spełnienia unijnych wymogów dotyczących niezawisłego i bezstronnego sądu w kontekście kontroli zgodności z prawem powołań sędziowskich, zwłaszcza że godziło to w zasadę pierwszeństwa oraz możliwość kierowania pytań prejudycjalnych. W tym samym duchu oceniono żądania Komisji dotyczące zawieszenia tzw. ustawy kagańcowej pozwalającej na pociągnięcie ich za to do odpowiedzialności dyscyplinarnej, czego przypadki zostały nawet powołane w jej wniosku. Już na tym etapie Trybunał nie pozostawił wątpliwości, że konstytucyjny charakter aktu powołania sędziego nie może usprawiedliwiać wyłączenia jego kontroli sądowej, tak jak uznania, że prawo jednostki do żądania tego nie mieści się w zakresie art. 47 KPP, tym bardziej w świetle najnowszego orzecznictwa ETPC. Wobec powyższego trudno było analogicznie nie traktować osobno badanego żądania Komisji zawieszenia przepisów o wyłącznej właściwości Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych SN do rozpoznawania zarzutów braku niezależności sądu lub niezawisłości sędziego, nawet w świetle polskiego argumentu konieczności zapewnienia specjalizacji w kwestiach natury ustrojowej i eliminacji ryzyka rozbieżności orzeczniczych⁴².

4.2. Kwestia pilności

Zważywszy na konsekwencje środków tymczasowych, tak jak w innych postępowaniach sądowych, właśnie przesłanka pilności wydaje się mieć znaczenie wiodące, sprawiając nawet wrażenie zdominowania całego toku rozumowania sędziego orzekającego, chociaż bywa to bardziej kwestią rozłożenia akcentów, a nie pomijania innych przesłanek. Ogólnie chodzi o sytuację niecierpiącą zwłoki, gdy nie można się obejść bez niezwłocznego działania ze względu na zagrożenie poważnej i nieodwracalnej szkody. Stanowi to naturalną konsekwencję trwania postępowania przez pewien czas, gdy następstw owej zwłoki nie uda się w przyszłości zniwelować mimo korzystnego dla wnioskodawcy wyroku, który może wtedy mieć ograniczoną siłę

⁴¹ C-204/21 R z 14 lipca 2021 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:593, s. 79-114 oraz 154-177.

⁴² *Ibidem*, s. 193-205 oraz 219-240.

oddziaływania lub nawet być praktycznie bezużyteczny⁴³. Kładzie się tu nacisk na zagwarantowanie jego przyszłej pełnej skuteczności, aby uniknąć luk w ochronie prawnej prowadzących do takiej szkody, i właśnie temu podporządkowana jest ocena dopuszczalności środków tymczasowych. Stąd o ile na tym etapie sędzia w ograniczonym stopniu bada zasadność zarzutów skargi, to właśnie wyłącznie dla tych celów ma założyć, że mogą one zostać uwzględnione, gdyż chodzi o szkodę, jaka wynikłaby z odmowy ustanowienia środków w przypadku jej uwzględnienia co do istoty⁴⁴.

W tym zakresie nie mieści się jednak naprawienie albo eliminacja skutków takiej szkody, która została już wyrządzona, chyba że udałoby się powstrzymać ich pogłębianie albo w inny sposób zapewnić korzyść dodatkową w stosunku do przyszłego wyroku. Jeżeli więc bezprawie po stronie państwa się już dokonało, wywołując wszelkie negatywne konsekwencje, Trybunał powinien to autorytatywnie przesądzić, aby istniała podstawa dochodzenia odszkodowań lub zmian ustawodawczych, ale dopiero w rozstrzygnięciu kończącym postępowanie główne. Może to jednak zależeć od charakteru żądanych środków – czy ograniczają się do powstrzymania się od określonych działań przez państwo czy też może wymagają działań pozytywnych.

Wnioskodawca w postępowaniu incydentalnym zobowiązany jest rygorystycznie do wykazania ewentualności szkody, chociaż na poziomie wystarczającego prawdopodobieństwa, a nie absolutnej pewności. Należy więc dowieść istnienia wyraźnego ryzyka dla dobra zasługującego na ochronę – bezpowrotnego uszczerbku przed wydaniem wyroku, o ile żądane środki nie zostaną zarządzone. W ujęciu systemowym szkoda powinna nosić cechy zarówno poważnej, jak i nieodwracalnej, choć współcześnie Trybunał niekoniecznie rozdziela te dwa warunki, wykazując tendencję do zbiorczej analizy, zwłaszcza tam, gdzie zamierza przychylić się do wniosku, podczas gdy odmowa może nastąpić już z powodu niespełnienia jednej z nich⁴⁵.

O ile szkoda jest nieodwracalna, gdy nie uda się jej naprawić korzystnym wyrokiem, to ustalenie, że jest poważna, zależy od zbadania sytuacji faktycznej i prawnej wnioskodawcy, a więc wymaga zindywidualizowanego podejścia. Inna będzie perspektywa małego przedsiębiorstwa, gdy jej zakres podważy dalszą egzystencję, a inna państwa członkowskiego, gdzie może chodzić o wymiar ogólniejszy czy też systemowy⁴⁶. Poza wyjątkowymi okolicznościami nie może mieć ona charakteru *stricte* majątkowego, gdyż to udaje się co do zasady naprawić odszkodowaniem pieniężnym obciążającym stronę przegrywającą, chyba że nie zapewniłoby ono

⁴³ B. Wägenbaur, *Court of the Justice...*, s. 446.

⁴⁴ C-76/08 R z 24 kwietnia 2008 r., *Komisja Europejska p. Republice Malty*, ECLI:EU:C:2008:252; C-573/08 R z 10 grudnia 2009 r., *Komisja Europejska p. Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:775 oraz postanowienie Wiceprezesa TS z 20 lipca 2018 r., C-238/18 R, *Europejski Bank Centralny p. Republice Łotewskiej*, ECLI:EU:C:2018:581.

⁴⁵ W. Postulski, *Art. 278...*, s. 528 i n.; C-76/08 R z 24 kwietnia 2008 r., *Komisja Europejska p. Republice Malty*, ECLI:EU:C:2008:252; C-573/08 R z 10 grudnia 2009 r., *Komisja Europejska p. Republice Włoskiej*, ECLI:EU:C:2009:775 oraz postanowienie Wiceprezesa Trybunału z 10 stycznia 2018 r., C-442/17 P(R), *Komisja Europejska vs. RW*, ECLI:EU:C:2018:6.

⁴⁶ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU procedural law...*, s. 599, 603.

pełnej ochrony dóbr – np. prowadząc do upadłości przedsiębiorstwa⁴⁷. W orzecznictwie uwzględniano natomiast, obok takiego zagrożenia, nieodwracalną zmianę pozycji przedsiębiorstwa na rynku⁴⁸, kwestie ochrony środowiska, czy też utratę mandatu przez członka PE⁴⁹. Ryzyko wystąpienia szkody musi być przy tym także realne, a nie hipotetyczne, tj. oparte na przyszłych i niepewnych wydarzeniach, chociaż skoro nie musi być całkowicie pewne, chodzi o jej skonkretyzowaną postać oraz relatywną przewidywalność⁵⁰.

Analizowane w tym tekście polskie sprawy wiązały się właśnie ze szkodami niemajątkowymi o szczególnym ciężarze gatunkowym – w środowisku naturalnym oraz praworządności. Z pewnością trudno odmawiać środków tymczasowych, gdy chodzi o kluczowe unijne wartości i prawa podstawowe, tak jak wtedy, gdy zaskarżane działania godzą we wspólną przestrzeń sądową lub rynek wewnętrzny, podważając wzajemną uznawalność czy swobodny przepływ, względnie spójność społeczną, gospodarczą i terytorialną. Generalnie jednak wydaje się, że nawet w takich sprawach bardziej uwypukla się aspekt nieodwracalności, a stopień poważności bywa traktowany jako bardziej ocenny i mniej wymierzalny.

Zarządzając wstępne środki w sprawie Białowieży, Trybunał zgodził się z Komisją, że działania gospodarki leśnej grożą trwałą dewastacją naturalnych siedlisk rzadkich gatunków, często reliktów lasów pierwotnych oraz zmianami w strukturze i funkcjach drzewostanów, prowadząc do nieodwracalnego przekształcenia w las gospodarczy. W ostatecznym postanowieniu dodano nieodwracalność szkody wynikającej z wycinki i usuwania starodrzewu – pierwotnych siedlisk nie da się przywrócić odszkodowaniem lub innymi rekompensatami. Musiała ona zarazem być poważna, skoro nastąpił trzykrotny wzrost etatu pozyskiwania drewna na znacznym obszarze Puszczy. Nie przyjęto przy tym polskiego uzasadnienia tych działań gradacją kornika drukarza mającego zagrażać drzewostanom, gdyż jego co najmniej sporny charakter wykluczył dążenie do ustalenia złożonego stanu faktycznego ograniczonymi instrumentami postępowania incydentalnego. Stąd, jak zawsze w takich sytuacjach, na jego potrzeby założono, że zarzuty mogą zostać uwzględnione, tym bardziej że nawet strona polska nie kwestionowała wpływu na siedliska, choć miał być krótkookresowy, ale brak było, *prima facie*, danych naukowych wykluczających ponad racjonalną wątpliwość owe szkodliwe skutki⁵¹.

⁴⁷ Postanowienie Prezesa SPI z 12 lipca 2002 r., T-163/02 R, *Montan Gesellschaft Voss i in. p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2002:196, s. 30; postanowienie Prezesa SPI z 5 lipca 2005 r., T-117/05 R, *Andreas Rodenbröcker i inni p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2005:273, s. 76 oraz postanowienie prezesa SPI z 3 grudnia 2002 r., T-181/02 R, *Neue Erba Lautex GmbH Weberei und Veredlung p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2002:294, s. 88.

⁴⁸ Postanowienie Prezesa SPI z 20 lipca 2000 r., T-169/00 R, *Esedra SPRL p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2000:198, s. 45.

⁴⁹ Postanowienie Prezesa SPI z 26 stycznia 2001 r., T-353/00 R, *Jean-Marie Le Pen p. Parlamentowi Europejskiemu*, ECLI:EU:T:2001:21, s. 96 oraz B. Wägenbaur, *Court of the Justice...*, s. 448, 808-809.

⁵⁰ Postanowienie Prezesa SPI z 15 stycznia 2001 r., T-241/00 R, *Azienda Agricola „Le Canne” Srl p. Komisji WE*, ECLI:EU:T:2001:6, s. 37.

⁵¹ C-441/17 R z 27 lipca 2017 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:622, s. 43-61.

Przyjmując na analogicznej zasadzie hipotezę bezprawności zmian w sprawie niezależności Sądu Najwyższego, prawdopodobieństwo szkody nasuwało się samo, tym bardziej że były one już wdrażane. Nieodwracalność uzasadniono rolą tego organu, którego wyroki korzystają z powagi rzeczy osądzonej, co mogłoby wpływać także na ogólny odbiór polskiego wymiaru sprawiedliwości w przestrzeni sądowej UE⁵². W tym kontekście podkreślono znaczenie niezależności sądów dla całego systemu unijnego, zwłaszcza współpracy sądowej i procedury prejudycjalnej, co zostało ponownie wykorzystane w pierwszej sprawie Izby Dyscyplinarnej, której kwestionowana niezależność zaczęła już wpływać na sytuację polskich sędziów, spełniając omawianą przesłankę nieodwracalności⁵³. Co ciekawe, Trybunał nie zgodził się z argumentem braku pilności, skoro oddalono wniosek o tryb przyspieszony, wskazując na brak korelacji tych dwóch aspektów, zwłaszcza że nie stosuje się go w sprawach złożonych, do których ta się zaliczała⁵⁴.

Natomiast we wniosku Republiki Czeskiej podkreślano różne negatywne konsekwencje kontynuacji wydobywania węgla, z których nie wszystkie mogły uzasadnić środki tymczasowe. Obniżanie terenu powodujące uszkodzenia budynków prowadziło do szkód o głównie materialnym charakterze, a więc możliwych do wyrównywania odszkodowaniem. Podstawą do ich nałożenia stało się jednak negatywne oddziaływanie na poziom wód podziemnych po drugiej stronie granicy, które uznano za prawdopodobne, gdyby taka kontynuacja do ostatecznego wyroku miała miejsce. Nie miało znaczenia, że mogła być to niejedyna przyczyna, tym bardziej że pośrednio potwierdzono jej znaczenie, budując wielki ekran przeciwifiltracyjny, który ma być ukończony dopiero w 2023 r. Wszakże celem postępowania incydentalnego nie jest ustalanie złożonego stanu faktycznego, to już samo prawdopodobieństwo wystarczyło, by postanowienie o środkach oparto na założeniu przyszłego uwzględnienia zarzutów. Natomiast wpływ na zaopatrzenie w wodę pitną populacji uczynił szkodę dla środowiska i zdrowia ludzkiego poważną i nieodwracalną⁵⁵.

Pilność żądania zawieszenia całej działalności Izby Dyscyplinarnej SN było łatwo wykazać ze względu na wzrastającą intensywność jej działalności w spornym zakresie – Komisja przedstawiła dowody szeregu rozstrzygnięć o uchyleniu immunitetu, zezwoleniu na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej czy zawieszeniu sędziów w czynnościach i obniżeniu wynagrodzenia. W tym kontekście za prawdopodobne uznano wystąpienie poważnej i nieodwracalnej szkody dla porządku prawnego Unii, jego wartości oraz wywodzonych z niego przez jednostki praw. Trybunał przypomniał, że sama wizja narażenia na powyższe ryzyko, gdy właściwy jest organ niegwarantujący niezależności, może negatywnie wpływać na sędziów. Zwiększa to wątpliwości co do niepodatności na czynniki zewnętrzne także tych nieobjętych takimi rozstrzygnięciami, pozbawiając oznak niezawisłości i bezstronności, a więc

⁵² C-619/18 R z 19 października 2018 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2018:852, s. 60-90.

⁵³ C-791/19 R z 8 kwietnia 2020 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2020:277, s. 82-103.

⁵⁴ Zob. też postanowienie Prezesa TS z 18 października 2017 r., C-493/17, *Heinrich Weiss i in.*, ECLI:EU:C:2017:792, s. 13.

⁵⁵ C-121/21 R z 21 maja 2021 r., *Czechy vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:420, s. 53-79.

podważając zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w jednostkach w demokratycznym państwie prawnym, nawet jeżeli ewentualny proces karny toczyłby się przed innym sądem⁵⁶.

Podobnie potraktowano pozbawienie możliwości weryfikowania spełnienia przez sądy orzekające unijnych wymogów niezbędnych do realizacji skutecznej ochrony prawnej oraz przekazanie do wyłącznej właściwości drugiej nowej Izby SN. Niezbędne okazało się wreszcie zawieszenie stosowania tzw. ustawy kagańcowej przewidującej odpowiedzialność dyscyplinarną za dokonywanie takiej weryfikacji, nawet jeżeli miało wystarczyć wcześniejsze zawieszenie orzekania przez Izbę Dyscyplinarną w sprawach dyscyplinarnych. Zdaniem Trybunału w ten sposób zmniejszono ryzyko poważnej i nieodwracalnej szkody, ale go nie wyeliminowano, gdyż znowu sama wizja wszczęcia postępowania może wpłynąć na niezawisłość oraz wątpliwości w odbiorze społeczeństwa co do jej zachowania⁵⁷.

4.3. Nakaz wyważenia interesów

Ważenie różnych interesów stanowi bardzo istotny element rozstrzygania o środkach tymczasowych, przesądzając ostatecznie o stanowisku Trybunału, niezależnie od stopnia pilności sprawy. Nie chodzi jedynie o strony w ścisłym rozumieniu, bo przecież w sporach z państwami członkowskimi Komisja realizuje rolę „strażnika traktatów”, a więc także zabezpiecza interesy podmiotów prywatnych korzystających z gwarancji przestrzeni sądowej, rynku wewnętrznego czy czystego środowiska. Natomiast skutki ewentualnych środków nakładanych na władze krajowe, chociażby w postaci zawieszenia stosowania prawa czy pomijania wyroków sądów państwowych, ale nawet wstrzymania określonej inwestycji, oddziałują na znaczny krąg podmiotów dalece wykraczający poza organy krajowe. Często dzieje się to w dłuższym horyzoncie czasowym, zanim ostateczny wyrok nie wyeliminuje ich z obrotu, ale mogą one sięgać nawet dalej. Zadaniem Trybunału w ramach rozstrzygania incydentalnego będzie więc ustalenie, na ile interes, który ma być chroniony środkami tymczasowymi, przeważa nad innymi, które powinny zostać wzięte pod uwagę. Niezbędne jest uwzględnienie nieodwracalnych konsekwencji, które wywoła podjęcie lub uchylenie się od określonych działań, nie zapominając też, że skarga w postępowaniu głównym może nie zostać ostatecznie uwzględniona.

Kolizja może natomiast obejmować tak różne interesy, jak bezpieczeństwo energetyczne, stabilność finansów państwa, funkcjonowanie danego rynku sektorowego albo systemu ochrony zdrowia lub zabezpieczenia społecznego. Szczególnie ciekawie kształtuje się to w sprawach ze sporów pomiędzy dwoma państwami, jak w sprawie Turowa, gdzie zderzyły się interesy głównie ekonomiczne dalszego funkcjonowania przedsiębiorstwa i jego otoczenia, być może także strategiczne związane

⁵⁶ C-791/19 R z 8 kwietnia 2020 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2020:277, s. 115-141 oraz 178-188.

⁵⁷ C-204/21 R z 14 lipca 2021 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:593, s. 206-213 oraz 241-249.

z energetyką z jednej strony, oraz dobro środowiska naturalnego i zaspokajanie potrzeb wodnych ludności po stronie czeskiej. Dlatego zadaniem sędziego orzekającego jest uwzględnienie ryzyka związanego z każdym ewentualnym rozwiązaniem i zbadanie, na ile interes ich wnioskodawcy przeważa nad dalszym stosowaniem kwestionowanych decyzji i norm krajowych. Należy rozważyć z jednej strony, czy skutki takiego stosowania udałoby się odwrócić, gdyby doszło do ich uchylenia po uwzględnieniu skargi przez TSUE, a z drugiej czy w przypadku jej oddalenia zawieszenie uniemożliwiłoby osiągnięcie celów, dla których je przyjęto⁵⁸.

Także w tym względzie wnioskodawca powinien starać się wykazać niezbędność środków w świetle całokształtu okoliczności i poszanowania zasady proporcjonalności, łącznie z najmniejszą możliwą dotkliwością dla tych przeciwstawianych interesów. Natomiast państwo, przeciwko któremu mają zostać zastosowane, może podkreślać wagę powoływanych przez nie interesów oraz proporcjonalność stosowanych instrumentów, zagrożonych rozstrzygnięciem Trybunału, jak też wykazywać możliwość zastosowania bardziej ograniczonych środków niż te proponowane. Stanowi to alternatywną lub uzupełniającą linię obrony wobec kwestionowania pilności, gdy podjęcie określonych działań dopiero w następstwie ostatecznego wyroku miałoby być wystarczające dla osiągnięcia pożądanego celu albo samego prawdopodobieństwa jego wydania na korzyść Komisji.

Stąd proces ważenia powinien wiązać się ze starannymi analizami faktycznymi i prawnymi, z odwołaniem do kategorii zobiektywizowanych, chociaż sędzia orzekający dysponuje znacznym, trudnym do kwestionowania marginesem uznania. Pozwala mu to na przyjęcie innych, choćby bardziej ograniczonych środków tymczasowych niż proponowane, a nawet odmowy ich zastosowania, pomimo spełnienia przesłanki pilności oraz zasadności *prima facie*. Zresztą im mniej rygorystycznie podchodzi się do pierwszej z przesłanek, poprzestając na badaniu braku oczywistej bezpodstawności, tym większe znaczenie przypisać należy właśnie wyważaniu interesów w danej sprawie, co jeszcze zwiększa władzę sędziego.

Dla zobowiązania do zaprzestania wycinki w Białowieży wystarczyło założenie, że nie można skutecznie uzasadniać celu polskich władz ograniczeniem gradacji kornika, tym bardziej że Komisja wykazała także naukowo brak zagrożenia siedlisk, których kornik ten stanowi naturalny element, wcześniej nie traktowany jako zagrożenie. Należy to do zwykłego cyklu przyrody, a zwiększona gradacja nie podważa rekreacyjnej, turystycznej i krajobrazowej atrakcyjności puszczy, jedynie ewentualnie gospodarczą. Okazało się zresztą, że działania aktywnej gospodarki prowadzono tylko na niewielkiej części obszaru chronionego, w pozostałej nie przejmując się tą gradacją. Zdaniem Trybunału interes publiczny w zachowaniu właściwego stanu siedlisk i lasów naturalnych przeważał nad interesem państwa w zwalczaniu kornika, szczególnie przy uwzględnieniu zasady ostrożności, tym bardziej gdy chodziło

⁵⁸ Postanowienie Prezesa TS z 25 czerwca 1998 r., C-159/98 P (R), *Gouvernement des Antilles néerlandaises p. Radzie UE*, ECLI:EU:C:1998:329 oraz z 10 stycznia 2018 r., C-442/17 P(R), *Komisja Europejska vs. RW*, ECLI:EU:C:2018:6.

o zachowanie bioróżnorodności, a nie traktowanie lasu jako źródła surowca. Natomiast ochrona przed utratą jego ekonomicznej wartości, także dla lokalnej ludności pożywiającej runo, stanowiłaby interes o zupełnie innej wadze w zderzeniu z interesem przyrody, zagrożonej poważnymi i nieodwracalnymi szkodami. Strona polska nie wykazała, że wstrzymanie kwestionowanych działań na czas postępowania groziło szkodami porównywalnymi, zwłaszcza że procedowano w trybie przyspieszonym. Równocześnie jednak, w poszanowaniu proporcjonalności, określono wyjątki, wyłączając z zakresu orzeczonych środków działania bezwzględnie konieczne i najmniej radykalne dla zapewnienia bezpośrednio i natychmiastowo bezpieczeństwa publicznego osób w bezpośrednim otoczeniu dróg lub innej ważnej infrastruktury⁵⁹.

W podobnym duchu uznano przewagę interesu polegającego na zapobieżeniu poważnej i nieodwracalnej szkodzie dla środowiska naturalnego i zdrowia ludzkiego, wynikającej z kontynuacji wydobywania w Turowie, nad społeczno-gospodarczym i energetycznym interesem RP, tym bardziej że zasada ostrożności wymagała szczególnej troski o wody podziemne. Z drugiej strony Trybunał wskazał na możliwość uniknięcia lub kompensaty konsekwencji społeczno-gospodarczych takimi instrumentami, jak unijne fundusze umożliwiające tworzenie nowych miejsc pracy oraz zaopatrywanie się w węgiel dla elektrowni w innych kopalniach w przypadku zaprzestania wydobywania w Turowie. Trybunał przypomniał, że odwracalnych szkód czysto finansowych nie można traktować tak jak nieodwracalnych zmian środowiskowych, a strona polska nie potrafiła wykazać konkretnymi dowodami, że to wstrzymanie wydobywania miało zagrażać równowadze środowiskowej ze względu na niemożność zabezpieczenia wyrobiska. Podobnie było z argumentem bezpieczeństwa energetycznego i zaopatrzenia odbiorców w prąd, zwłaszcza że operatorzy systemu mogą to rekompensować⁶⁰.

W kolejnych sprawach związanych z polskim wymiarem sprawiedliwości Trybunał przychylił się do stanowiska Komisji o szczególnej wadze zagrożenia dla funkcjonowania systemu prawnego Unii, który ma być oparty na skutecznej ochronie prawnej oraz wspólnej przestrzeni sądowej ze wzajemną uznawalnością zarówno orzeczeń, jak i praw jednostek, którym mogła zostać wyrządzona nieodwracalna szkoda. Na tym tle czasowe przywrócenie do pracy sędziów SN, zawieszenie funkcjonowania Izby Dyscyplinarnej czy pozwolenie wszystkim sądom na badanie spełnienia unijnych wymogów niezawisłości i bezstronności do czasu wydania odpowiednich wyroków nie miałyby porównywalnego ciężaru gatunkowego. Każdorazowo TS rozważał to starannie tak z perspektywy przyjęcia środków i późniejszego oddalenia skargi Komisji, jak i odmowy ich zastosowania przy następnym jej uwzględnieniu. Nie przekonały Trybunału polskie argumenty uderzenia w podstawowe zasady ustrojowe państwa i interes wymiaru sprawiedliwości, gdy jedni sędziowie mieliby składać z urzędu innych oraz osłabione zostałyby w oczach jednostek wrażenie niezależności tegoż Sądu Najwyższego. Przypomniano, że państwo nie może skutecznie powoływać

⁵⁹ C-441/17 R z 20 listopada 2017 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2017:877, s. 62-84.

⁶⁰ C-121/21 R z 21 maja 2021 r., *Czechy vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:420, s. 80-94.

się na sprzeczność przepisów krajowych, w tym rangi konstytucyjnej, ze skutkami zastosowania środka tymczasowego, zwłaszcza jeżeli chodzi o zagrożenie szkody dla ogólnego interesu UE w prawidłowym funkcjonowaniu jej porządku prawnego⁶¹.

Podobnie potraktowano zarzut naruszenia prawa do sądu, a nawet pewności prawa, poprzez pozbawienie Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych jej kompetencji, gdyż wykonanie środka tymczasowego może wymagać przywrócenia stanu prawnego sprzed wejścia w życie spornego przepisu, a więc stosowania poprzednio obowiązujących przepisów. Dlatego też chybiona była teza o ryzyku bezkarności sędziów naruszających prawo ze względu na brak zagrożenia postępowaniem dyscyplinarnym, skoro wystarczyło przynajmniej czasowo ponownie pozwolić orzekać w takich sprawach uprzednio umocowanemu organowi. Zresztą też o poważnym zagrożeniu pospolitymi przestępstwami sędziów, takimi jak gwałt czy przemoc domowa, nie poparto stosownymi dowodami, tak jak nie wykazano możliwości wykorzystywania przez przywróconych sędziów swojej funkcji dla realizacji partykularnych interesów czy wzbudzania wtedy wątpliwości co do ich niezawisłości⁶².

Podsumowanie

Problematyka stosowania środków tymczasowych jeszcze do niedawna nie stanowiła szczególnego przedmiotu zainteresowania w polskiej literaturze, gdyż wydawała się nie tylko bardzo specjalistyczna, ale i odległa od wyzwań naszego członkostwa w Unii Europejskiej. Stąd wystarczała podstawowa wiedza, że zapobiegają one nieodwracalnej szkodzie i umożliwiają późniejsze, pełne wykonanie wyroku co do istoty. Natomiast szczególnie w ostatnich latach środki te stały się istotnym instrumentem zapewniania przestrzegania zobowiązań członkowskich.

Orzecznictwo TSUE dowiodło ich szczególnej przydatności w tzw. postępowaniach „uchybieniowych” jako gwarancji zapobieżenia nieodwracalnej szkodzie dla całego systemu unijnego. Niestety we wzroście znaczenia tej procedury szczególny udział ma Polska, której uporczywe kontestowanie niektórych rozstrzygnięć Trybunału doprowadziło do wypracowania mechanizmu kary pieniężnej. Za symptomatyczne uchodzić może także i to, że środki tymczasowe wobec naszego kraju nakładano w dwóch szczególnie znaczących dziedzinach, a więc praworządności oraz ochrony środowiska, ukazując ewolucję podejścia – od początkowej wstrzemięźliwości orzeczniczej w przypadku Rospudy, aż do daleko posuniętego rygoryzmu historycznie rekordowej kary pieniężnej w sprawie odpowiedzialności dyscyplinarnej sędziów.

Celem niniejszego artykułu było przedstawienie tego instrumentu nie tylko w ujęciu systemowym, lecz także przez pryzmat konkretnych postępowania – właśnie

⁶¹ C-619/18 R z 17 grudnia 2018 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2018:1021, s. 91-116 oraz C-791/19 R z 8 kwietnia 2020 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2020:277, s. 104-113.

⁶² C-204/21 R z 14 lipca 2021 r., *Komisja Europejska vs. RP*, ECLI:EU:C:2021:593, s. 142-153, 189-192, 214-218 oraz 250-254.

dotyczących Polski ze względu na ich reprezentatywność. Punktem wyjścia była oczywiście konstatacja jego doraźnego charakteru w ramach postępowania incydentalnego, w celu udzielenia ograniczonej w czasie ochrony roszczenia stanowiącego przedmiot przyszłego, toczącego się przed TSUE postępowania głównego.

Niewątpliwe interesujący okazuje się już sam charakter prawny art. 279 TFUE, który pozostawia znaczny margines swobodnego uznania wiceprezesowi TSUE orzekającemu o tych środkach. To właśnie pojemność tej formuły, przy jednoinstancyjnym postępowaniu bez możliwości skorzystania ze środka odwoławczego, była nagłaśniana i spotkała się z największą krytyką. Natomiast z normatywnego punktu widzenia istotne wydają się zwłaszcza przesłanki ich zastosowania i to im poświęcono najwięcej uwagi w niniejszym tekście, z uwzględnieniem poszczególnych rozstrzygnięć w analizowanych sprawach.

W tym kontekście interesującą ewolucję dostrzec można w odniesieniu do rozumienia zasadności roszczenia *prima facie*. Początkowo bazowało ono na silnym domniemaniu, że skarga ma solidną szansę uwzględnienia, aby ostatecznie poprzestać na raczej odwróconym podejściu, zgodnie z którym wystarcza założenie, że nie jest ona pozbawiona poważnych podstaw.

Przesłanka pilności wymaga oczywiście uwzględniania specyficznego kontekstu postępowań przeciwko państwom członkowskim organizacji ponadnarodowej, ale nie wydaje się, aby konstrukcyjnie zasadniczo odbiegało to od podejścia znanego z klasycznych środków zabezpieczenia skargi przed sądami powszechnymi. Ogólnie chodzi o sytuację niecierpiącą zwłoki, gdy nie można się obejść bez niezwłocznego działania jeszcze przed wyrokowaniem ze względu na zagrożenie poważnej i nieodwracalnej szkody. Na pewno interesujące okazało się stosowanie przez TSUE, także w przedstawionych tutaj postanowieniach, zindywidualizowanego podejścia.

Szczególną natomiast uwagę zwrócić warto na model wyważania interesów. Stanowi on przejaw ogólniejszego podejścia Trybunału do rozstrzygania wszelkich sporów – z zastosowaniem zasady proporcjonalności, a zwłaszcza poszukiwaniem środków najmniej dotkliwych. Analizowane rozstrzygnięcia w sprawach polskich można potraktować jako ogólnie reprezentatywne w tym obszarze. To, co wydaje się dodatkowo interesujące, wiąże się z zakresem uwzględnianych dóbr, gdyż nie chodzi jedynie o strony w ścisłym rozumieniu, a więc samą Komisję jako instytucję oraz pozwane państwo, lecz raczej interes systemu unijnego jako całości oraz obywateli jako jego beneficjentów.

Naruszanie praw podstawowych lub praworządności jako przyczyna odmowy przekazywania osób w Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Unia Europejska oparta jest na wspólnych wartościach wyrażonych w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹, między innymi demokracji, państwa prawnego oraz poszanowania praw człowieka. Przestrzeganie wskazanych wartości jest warunkiem przyjęcia do tej organizacji i jako takie podlega skrupulatnemu badaniu w okresie przedakcesyjnym. Sytuacja jest bardziej skomplikowana, gdy wartości te są naruszane przez państwo już po akcesji. Może to stanowić problem dla samej UE, ale również dla innych państw ze względu na mechanizmy współpracy i uznawania ustanowione w ramach przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (PWBiS).

Przestrzeń ta, obejmująca wspólną politykę azylową oraz europejską przestrzeń sądową, jest skonstruowana w oparciu o zasadę wzajemnego zaufania². W opinii 2/13 TS stwierdził, że „[z]asada ta wymaga w szczególności w odniesieniu do przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości, by każde z tych państw uznawało – z zastrzeżeniem wyjątkowych okoliczności – iż wszystkie inne państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych

* Dr hab. Agnieszka Frąckowiak-Adamska, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0003-1812-6659.

¹ Artykuł 2 Traktatu o Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r., s. 13: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

² K. Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, „Common Market Law Review” 2017, vol. 54, issue 3, s. 805-840; E. Xanthopoulou, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, „Common Market Law Review” 2018, vol. 55, issue 2, s. 489-509; W. Lewandowski, *Pomiędzy Scyllą zawieszenia wzajemnego zaufania i Charybdą fragmentaryzacji standardu ochrony prawa podstawowego – dylematy Trybunału Sprawiedliwości w wyroku C-216/18 PPU, LM*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 2, s. 4-13; P. Filipek, *Rozproszona europejska kontrola przestrzegania prawa do rzetelnego procesu sądowego w świetle zasady wzajemnego zaufania i wyroku C-216/18 PPU, LM*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 2, s. 14-31; A. Podolska, *Zasada wzajemnego zaufania państw członkowskich UE do swoich wymiarów sprawiedliwości*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019; M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

w tym prawie”³. Państwa generalnie zaakceptowały tak zdefiniowany wymóg zaufania, gdyż pozwala on na skuteczną współpracę w sprawach azylowych i uznawanie orzeczeń w sprawach cywilnych i karnych. Różnice w poziomie ochrony praw człowieka w poszczególnych państwach członkowskich oraz pewne faktyczne niedomaganie w przestrzeganiu tych wartości są zatem tolerowane i nie stanowią podstawy odmowy stosowania mechanizmów PWBIS⁴. W ostatniej dekadzie okazało się jednak, że jest pewien próg, po przekroczeniu którego określone państwo przestaje cieszyć się zaufaniem innych. Strukturalne problemy w ośrodkach azylowych w Grecji, przeludnienie w więzieniach węgierskich i rumuńskich oraz strukturalne problemy wynikające z reform sądownictwa w Polsce okazały się trudne do zaakceptowania dla innych państw członkowskich właśnie ze względu na ich własne zobowiązania do ochrony praw podstawowych⁵. Sądy państw członkowskich decydujące o przekazaniu osób do tych państw w ramach mechanizmów stworzonych prawem unijnym – odesłania do państwa odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o azyl oraz na podstawie europejskiego nakazu aresztowania – nabrały wątpliwości, czy powinny wykonywać automatycznie swoje zobowiązanie wynikające z prawa unijnego. W odpowiedzi na ich pytania – w wyrokach *N.S.* z 2011 r., *Aranyosi i Căldăraru* z 2016 r. oraz *LM* z 2018 r. – TSUE uznał, że zaistnienie systemowych problemów z zapewnieniem zakazu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo istoty prawa do rzetelnego procesu w danym państwie członkowskim wzrusza domniemanie poszanowania praw podstawowych. W konsekwencji pozwala ono innym państwom Unii dokonać kontroli ich rzeczywistego przestrzegania oraz odmówić współpracy w razie stwierdzenia rzeczywistego ryzyka dla osoby, która ma być przekazana.

O ile zatem nie budzi wątpliwości, że zaufanie między państwami nie może być absolutne, o tyle wciąż ustalana jest odpowiedź, jak zrównoważyć wymóg poszanowania praw podstawowych z koniecznością skutecznej współpracy w ramach PWBIS. Niniejsze opracowanie porównuje dwa przypadki odmowy przekazania osób do innego państwa członkowskiego z powodu systemowych problemów związanych z zapewnieniem przestrzegania praw podstawowych – w ramach wspólnej europejskiej polityki azylowej oraz na podstawie europejskiego nakazu aresztowania. O ile w pierwszym przypadku zaistnienie takich systemowych niedomagań wystarczyło do zawieszenia współpracy z danym państwem, o tyle w przypadku Europejskiego Nakazu Aresztowania (dalej: ENA) TS wypracował mechanizm wymagający badania ryzyka w każdym indywidualnym przypadku. Ponadto, mimo że TS w wyroku *LM* zakwalifikował ograniczenie niezależności sądów jako naruszenie praw podstawowych (przynajmniej w kontekście przekazywania osób na podstawie ENA), w opinii autorki niezależność sądów powinna być postrzegana szerzej – również jako składowa demokracji i praworządności. Konsekwencje jej naruszenia powinny być zatem inne niż te przyjęte w orzeczeniach dotyczących innych praw podstawowych. Na końcu stawiane jest pytanie o skuteczność aktualnych

³ Opinia TSUE 2/13 (przystąpienie Unii do EKPC) z dnia 18 grudnia 2014 r., EU:C:2014:2454, pkt 192.

⁴ Zob. pkt 4 poniżej.

⁵ Wynikające z prawa krajowego, międzynarodowego i unijnego.

mechanizmów – zarówno z punktu widzenia ochrony praw jednostki, jak i rozwiązania źródła problemów godzących we wzajemne zaufanie między państwami.

2. Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości

Przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości jest stosunkowo młodą polityką unijną⁶. Ma jednak ambicje porównywalne lub nawet przekraczające te dotyczące rynku wewnętrznego – utworzenie i utrzymywanie przestrzeni bez granic wewnętrznych – wspólnej przestrzeni azylowej i europejskiej przestrzeni sądowej (sprawiedliwości). Jej tworzenie stanowi jeden z głównych celów UE w XXI w.⁷, co znajduje odbicie w intensywności pracy prawodawcy unijnego, zwłaszcza w zakresie współpracy sądowej. W przypadku spraw cywilnych przyjęto 14 rozporządzeń zawierających klauzule uznawania orzeczeń, w przypadku spraw karnych 10 decyzji ramowych, dwie dyrektywy oraz jedno rozporządzenie nakazujące wzajemne uznawanie orzeczeń⁸.

Mimo znaczącej liczby aktów prawnych wydanych dla jej realizacji należy mieć na względzie, że pochodne prawo unijne reguluje je dopiero od około dwudziestu lat. Jest to zatem czas młodości tych dziedzin, ujawniania się problemów konstytucyjnych oraz wykuwania odpowiedzi na nie, przy czym początki i charakter każdej z tych polityk są różne, co sprawia że nie zawsze można przenieść automatycznie rozwiązania z jednego elementu PWBis na inne⁹. System rozpatrywania wniosków azylowych, oparty na zasadzie właściwości państwa, przez które osoba poszukująca azylu wjechała do Unii Europejskiej, i założeniu, że wszystkie państwa chronią jednakowo prawa podstawowe, powstał w czasach względnego spokoju i nie uwzględnił wielkich fali migracji, które pojawiły się w XXI w.¹⁰ Impulsem do otwarcia się państw na rzeczywistą współpracę w sprawach karnych były zamachy terrorystyczne na World Trade Center z 2001 r. Na fali obaw przed terroryzmem państwa ustanowiły bardzo skuteczny i oparty na wysokim stopniu zaufania mechanizm współpracy – ENA. W dalszych latach nie udało się wynegocjować aktu prawnego z zakresu współpracy sądowej w sprawach karnych przewidującego równie wysokie zaufanie. Współpraca w sprawach cywilnych ma korzenie w umowie międzynarodowej zawartej między państwami członkowskimi już w 1968 r. – konwencji brukselskiej, która była przez

⁶ Pojęcie to zostało wprowadzone do traktatów w 1997 r. traktatem z Amsterdamu zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej, Traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (Dz. Urz. WE C 340/1 z 10.11.1997 r.). Obecnie PWBis jest regulowana w tytule V TFUE – art. 67-89 TFUE.

⁷ Art. 3(2) TUE.

⁸ A. Frąckowiak-Adamska, *Następstwa wyroku w sprawie LM (Celmer) i postępowania na podstawie art. 7 TUE dla funkcjonowania sądów polskich w ramach wspólnoty prawnej UE*, [w:] J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2018, s. 89-105.

⁹ F. Maiani, A. Miglionico, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, "Common Market Law Review" 2020, issue 57, s. 7-44.

¹⁰ B. Gotsova, *Rules Over Rights? Legal Aspects of the European Commission Recommendation for Resumption of Dublin Transfers of Asylum Seekers to Greece*, "German Law Journal" 2019, vol. 20(5), s. 638.

killkadziesiąt lat przedmiotem interpretacji TSUE. Wkroczenie prawodawcy unijnego na ten teren w XXI w. wiązało się jednak z gwałtownym pogłębieniem integracji i wzrostem wymogu wzajemnego zaufania, między innymi poprzez wprowadzenie automatycznego uznawania i wykonalności orzeczeń.

Jak wskazano powyżej, współpraca państw w ramach PWBIS oparta jest na zasadzie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, która nakazuje państwom domniemywać, że inne państwa członkowskie przestrzegają prawa unijnego i praw podstawowych. Rozporządzenie Dublin II¹¹ będące podstawą współpracy w zakresie polityki azylowej nie przewidywało możliwości odmowy przekazania osoby ze względu na naruszenie praw podstawowych. Jeśli chodzi o unijne akty z zakresu współpracy sądowej w sprawach cywilnych i karnych zawierających klauzulę uznawania, to należy zauważyć, że różnią się one od siebie, jednak we wszystkich uznawanie/wykonywanie jest zasadą, a ich odmowa jest możliwa tylko w przypadkach określonych w danym akcie¹². Niektóre akty przewidują możliwość odmowy uznania/wykonania orzeczenia, gdy mogłoby ono prowadzić do naruszenia praw podstawowych¹³. Inne akty nie przewidują jednak takiej możliwości. Do tej drugiej grupy należy decyzja ramowa o ENA. Czy zatem w europejskiej przestrzeni sądowej państwa podejmujące decyzję o przekazaniu osoby do innego państwa lub wykonaniu innego orzeczenia mogą badać przestrzeganie praw podstawowych w innym państwie?

Pierwsza skrajna koncepcja zakłada, że wyłącznie państwo, do którego ma być przekazana osoba, odpowiada za ochronę praw podstawowych, a inne państwa nie mogą tego w żadnym wypadku sprawdzać. Wymaga ona zatem bezwzględnego zaufania. Na drugim biegunie znajduje się rozwiązanie, że każde państwo odpowiada w pełni za ochronę praw podstawowych i państwo przekazujące w każdym przypadku musi sprawdzić, czy przekazanie osoby do innego państwa nie narusza tych praw. Takie rozwiązanie osłabiłoby znacząco lub nawet uniemożliwiło współpracę państw w PWBIS. Trzecia koncepcja zakłada znalezienie równowagi między tymi dwiema skrajnościami. Pierwsza koncepcja wydawała się dominować w początkowym orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości. Przed opinią 2/13 kwestią ożywionej debaty było, czy wzajemne zaufanie nakazane aktami prawa unijnego w ogóle może być

¹¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 343/2003 z dnia 18 lutego 2003 r. ustanawiające kryteria i mechanizmy określania państwa członkowskiego właściwego dla rozpatrywania wniosku o azyl, wniesionego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego (Dz. Urz. WE L 50/1 z 25.02.2003 r.), tzw. rozporządzenie Dublin II.

¹² Wyrok TSUE z 29 stycznia 2013 r., C-396/11, *Ciprian Vasile Radu*, EU:C:2013:39, § 36.

¹³ W przypadku spraw cywilnych np. rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych (Dz. Urz. UE L 351/1 z 20.12.2012 r.) (tzw. rozporządzenie Bruksela I bis) – w ramach odmowy ze względu na oczywiste naruszenie porządku publicznego. W przypadku spraw karnych np. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2014/41 z dnia 3 kwietnia 2014 r. w sprawie europejskiego nakazu dochodzeniowego w sprawach karnych (Dz. Urz. UE L 130/1 z 1.05.2014 r.) w art. 11 ust. 1f przewiduje, że odmowa uznania lub wykonania END może nastąpić, jeżeli „istnieją istotne przesłanki uznania, że wykonanie czynności dochodzeniowej wskazanej w END byłoby nie do pogodzenia ze spoczywającymi na państwie wykonania obowiązkami wynikającymi z art. 6 TUE i z Karty praw podstawowych”.

przełamane¹⁴. Mimo pokus, by zasada wzajemnego zaufania w zakresie PWBis była absolutna¹⁵, TS dopuścił jednak w wyjątkowych przypadkach możliwość badania, czy inne państwo członkowskie przestrzega praw podstawowych. Druga koncepcja – badanie każdego indywidualnego przypadku – jest stosowana aktualnie (tymczasowo) w przypadku spraw azylowych. Trybunał wykluczył podobne rozwiązanie w normalnych okolicznościach w przypadku uznawania orzeczeń, wskazując, że podważałoby zasadę wzajemnego zaufania¹⁶. Docelowo rozwiązaniem postulowanym dla PWBis jest model trzeci, czyli równowaga między prawami podstawowymi a zasadą wzajemnego zaufania.

3. Przełamanie wzajemnego zaufania we wspólnym europejskim systemie azylowym

Przełamanie wzajemnego zaufania nastąpiło najpierw w zakresie wspólnego europejskiego systemu azylowego. Obowiązujące wówczas rozporządzenie Dublin II przewidywało, że wniosek jest rozpatrywany przez państwo członkowskie, które jest wskazane jako odpowiedzialne według kryteriów przewidzianych w tym akcie prawnym; w pierwszej kolejności państwo, w którym przekroczone po raz pierwszy granicę UE. W sprawie *N.S.* dotyczącej przekazania osoby ubiegającej się o azyl do Grecji sąd brytyjski rozpatrujący odwołanie od decyzji o wydaleniu do tego kraju ustalił występowanie poważnych nieprawidłowości w zakresie procedury i warunków przyjmowania osób ubiegających się o azyl, zwrócił się więc z pytaniem prejudycjalnym do TS. Trybunał luksemburski, powtarzając wcześniejsze rozstrzygnięcie ETPC¹⁷, stwierdził, że prawo UE stoi na przeszkodzie stosowaniu niewzruszalnego domniemania, iż inne państwo członkowskie przestrzega praw podstawowych Unii Europejskiej¹⁸. W szczególności sam fakt bycia stroną umów chroniących prawa człowieka nie uzasadnia niewzruszalności takiego domniemania, gdyż należy brać pod uwagę również, czy prawa te są przestrzegane w praktyce¹⁹. W przypadku wspólnej przestrzeni

¹⁴ A. Frąckowiak-Adamska, *Granice wzajemnego zaufania w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 2, s. 4-19.

¹⁵ Tak TSUE w wyroku z 22 grudnia 2010 r., C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga vs. Simone Pelz*, EU:C:2010:828, dotyczącym uznawania orzeczeń dotyczących uprowadzenia dziecka, oraz rzecznik generalny Bot w opinii z 3 czerwca 2016 r. w sprawach połączonych C-404/15 i C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi i Robert Csákdáraru vs. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, EU:C:2016:140.

¹⁶ W wyroku TSUE z 5 lipca 2018 r., C-390/16, *postępowanie przeciw Danielowi Bertoldowi Lardzie*, EU:C:2018:532, pkt 37: „postępowanie szczególne w sprawie uznania przewidziane w państwie członkowskim, które wobec wcześniejszego wyroku skazującego wydane przez sąd innego państwa członkowskiego, nakłada obowiązek sprawdzenia, czy ten sąd przestrzegał praw podstawowych danej osoby, może w braku wyjątkowych okoliczności podważyć zasadę wzajemnego zaufania, a tym samym jeden z celów, o których mowa w decyzji ramowej 2008/675”.

¹⁷ Wyrok ETPC z 21 stycznia 2011 r., *M.S.S. p. Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09.

¹⁸ Wyrok TSUE z 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych: C-411/10 i C-493/10, *N.S. vs. Secretary of State for the Home Department i M.E. i in. vs. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ECLI:EU:C:2011:865.

¹⁹ Wyrok w sprawie C-411/10 i C-493/10, *N.S.*, pkt 102-104.

azyłowej te orzeczenia spowodowały uśmiercenie (przynajmniej na jakiś czas) wzajemnego zaufania w relacjach z Grecją, gdyż przekazywanie osób ubiegających się o azyl do tego kraju zostało wstrzymane od 2011 r. Ostrożne wznowienie przekazywania osób do Grecji od 15 marca 2017 r. zarekomendowała Komisja Europejska, przewidując jednak konieczność udzielenia określonych gwarancji w odniesieniu do każdego przekazania osoby, dotyczących sposobu, w jaki ta osoba będzie traktowana²⁰. To rozwiązanie można by zatem zakwalifikować jako należące do drugiej ze skrajnych opcji wskazanych powyżej. Służy ono nie tylko ochronie praw jednostek, ale też zagwarantowaniu państwom przekazującym, że nie naruszają one art. 4 Karty²¹.

W następstwie wyroku *N.S.* Komisja zaproponowała wprowadzenie do rozporządzenia dublińskiego mechanizmu tymczasowego wstrzymania przekazywania do państwa, które stoi w obliczu szczególnie naglącej sytuacji powodującej nadzwyczaj duże obciążenie jego zasobów przeznaczonych na przyjmowanie osób, system azylowy lub infrastrukturę²². Mogło ono nastąpić na wniosek tego państwa lub z inicjatywy Komisji albo innego państwa członkowskiego, gdy uznały one, że poziom ochrony osób ubiegających się o ochronę międzynarodową w danym państwie członkowskim jest niezgodny z prawodawstwem wspólnotowym w dziedzinie azylu. Propozycja nie została jednak uwzględniona przez prawodawcę unijnego i ostatecznie w rozporządzeniu 604/2013 (Dublin III) zawarto tylko art. 3(2), przewidujący pominięcie państwa członkowskiego pierwotnie wyznaczonego jako państwo odpowiedzialne, jeżeli przekazanie do niego wnioskodawcy jest niemożliwe, gdyż istnieją istotne powody ku temu, by przypuszczać, że w procedurze azylowej i w warunkach przyjmowania wnioskodawców w tym państwie członkowskim występują wady systemowe, powodujące pojawienie się ryzyka nieludzkiego lub poniżającego traktowania w rozumieniu art. 4 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej.

W dalszym orzecznictwie TS stwierdził, że odmowa przekazania osoby wnioskującej o azyl może nastąpić również, gdy nie ma wad systemowych, a tylko występuje ryzyko w indywidualnym przypadku²³. Ponadto w sprawie *Jawo* szeroko

²⁰ Zalecenie Komisji (UE) 2016/2256 z dnia 8 grudnia 2016 r. skierowane do państw członkowskich w sprawie wznowienia przekazywania osób do Grecji na mocy rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 604/2013 (Dz. Urz. UE L 340/60 z 15.12.2016 r.). Jednocześnie jednak Komisja zastrzegła, że odpowiedzialność za decyzję o wznowieniu przekazywania w poszczególnych przypadkach spoczywa wyłącznie na organach państw członkowskich pod kontrolą sądów, które mogą występować do TSUE z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (motyw 39 preambuły do zalecenia). Krytycznie na temat gotowości Grecji do powrotu do systemu dublińskiego oraz o zasadniczych wadach samego systemu, który jest w stanie sprostać wymogom XXI-wiecznych fal migracyjnych i powoduje niesprawiedliwe rozłożenie ciężaru rozpatrywania wniosków, zob. B. Gotsova, *Rules Over Rights?...*, *passim*.

²¹ B. Gotsova, *Rules Over Rights?...*, s. 657.

²² Wniosek rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające kryteria i mechanizmy ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela kraju trzeciego lub bezpaństwowca (wersja przekształcona), COM/2008/0820 końcowy, art. 31.

²³ Wyrok TSUE z 16 lutego 2017 r., C578/16 PPU, *C.K.*, EU:C:2017:127: „nawet wobec braku istotnych powodów ku temu, by przypuszczać, że w państwie członkowskim odpowiedzialnym za rozpatrzenie wniosku o udzielenie azylu występują nieprawidłowości systemowe, przekazanie w ramach

zinterpretowano zakres czasowy ochrony przed niehumanitarnym lub poniżającym traktowaniem w ramach wspólnego europejskiego systemu azylowego. Obejmuje on zbadanie ryzyka w trakcie przekazywania osoby, w toku procedury azylowej, jak też po jej zakończeniu, w tym ocenę przewidywalnych warunków życia, jakie czekałyby ją jako beneficjenta ochrony międzynarodowej w państwie członkowskim w razie przyznania ochrony międzynarodowej. Jak zauważył bowiem Trybunał, stosowanie tego systemu nie może prowadzić do powstania poważnego ryzyka naruszenia art. 4 karty na żadnym etapie i w żadnej formie²⁴. Próg, powyżej którego art. 4 karty stałby na przeszkodzie przekazaniu osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową do innego państwa członkowskiego, został jednak ustanowiony dość wysoko. Ma to miejsce w wypadku, gdy organ przekazujący stwierdza rzeczywisty charakter tego ryzyka dla tej osoby ze względu na fakt, że w przypadku przekazania znalazłaby się ona, niezależnie od jej woli oraz osobistych wyborów, w sytuacji skrajnej deprywacji materialnej²⁵.

Inaczej przedstawia się kwestia ochrony praw podstawowych w kontekście przekazywania osób na podstawie ENA.

4. Ograniczenie wzajemnego zaufania w procedurze wykonywania europejskiego nakazu aresztowania

Decyzja ramowa o ENA przewiduje, że sąd w państwie wykonującym ENA może lub musi odmówić wykonania nakazu w razie zaktualizowania się jednej z przesłanek określonych w art. 3, 4 lub 4a tego aktu. Trybunał konsekwentnie uznaje ten katalog za zamknięty²⁶. Żadna z tych przesłanek nie stanowi ogólnej podstawy odmowy ze względu na naruszenie praw podstawowych. W praktyce pojawiło się zatem pytanie, czy sądy w jednym państwie mogą (lub są zobowiązane) odmówić przekazania osoby na podstawie ENA do państwa, w którym mogą zostać naruszone jej prawa podstawowe?

4.1. Zakaz tortur i niehumanitarnego lub poniżającego traktowania

Takie pytanie pojawiło się w kontekście ENA w sprawach *Aranyosi i Căldăraru*. Sąd niemiecki zastanawiał się, czy powinien odmówić wykonania ENA wydanych w Rumunii i na Węgrzech ze względu na to, że zła sytuacja w więzieniach w tych państwach (przede wszystkim przełudnienie) została wielokrotnie uznana przez ETPC za naruszającą art. 3 EKPC. Rzecznik generalny Bot opowiedział się za pełną

rozporządzenia nr 604/2013 osoby ubiegającej się o azyl może zostać przeprowadzone jedynie w warunkach wykluczających, że przekazanie to spowoduje rzeczywiste i widoczne ryzyko poddania zainteresowanej osoby niehumanitarnemu i poniżającemu traktowaniu w rozumieniu tego artykułu”.

²⁴ Wyrok TSUE z 19 marca 2019 r., C-163/17, *Jawo vs. Bundesrepublik Deutschland*, ECLI:EU:C:2019:218, pkt 89.

²⁵ Która nie pozwalałaby jej na zaspokojenie podstawowych potrzeb, takich jak wyżywienie, mycie i mieszkanie, oraz która szkodziłaby jej zdrowiu fizycznemu lub psychicznemu lub doprowadziłaby ją do stanu powodującego naruszenie godności ludzkiej – por. wyrok w sprawie C-163/17, *Jawo*, pkt 91-93.

²⁶ Wyrok w sprawie C-396/11, *Radu*, EU:C:2013:39, pkt 36.

skutecznością mechanizmu ENA i wskazał, że art. 1 ust. 3 DR ENA nie powinien stanowić podstawy odmowy wykonania ENA opartej na ryzyku naruszenia w wydającym nakaz państwie członkowskim praw podstawowych osoby podlegającej przekazaniu²⁷. Jednocześnie zasugerował obowiązek kontroli proporcjonalności wydania ENA przez państwo wydania jako element obowiązku ochrony praw podstawowych. Zdaniem rzecznika państwo, które nie jest w stanie zapewnić w swoich więzieniach warunków nienaruszających art. 4 Karty, nie powinno wydawać ENA. Opinia ta spotkała się z ogromną krytyką organizacji pozarządowych broniących praw człowieka, które zwróciły uwagę jedynie na pierwszy element opinii. W liście otwartym do Komisarz ds. sprawiedliwości, spraw konsumenckich i równości płci zatytułowanym „Opinia rzecznika generalnego Bot’a w sprawach *Aranyosi i Căldăraru* zagrożeniem dla sprawiedliwości w Europie”²⁸ podniosły m.in., że takie rozwiązanie naruszałoby niekwestionowaną zasadę, iż zakaz tortur i poniżającego lub niehumanitarnego traktowania ma charakter absolutny.

Trybunał Sprawiedliwości wydał wyrok idący w kierunku sugerowanym w liście otwartym. Stwierdził, że „w wyjątkowych okolicznościach” mogą być wprowadzone ograniczenia dotyczące zasad wzajemnego uznawania i zaufania²⁹. Ponadto potwierdził, że zakaz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, przewidziany w art. 4 Karty, ma charakter bezwzględny³⁰. Co do sposobu oceny istnienia takiego zagrożenia, stwierdzono, że w razie, gdy sąd państwa wykonania ENA posiada poważne informacje o istnieniu systemowych lub ogólnych nieprawidłowości, lub dotyczących niektórych grup osób, czy też niektórych ośrodków penitencjarnych w państwie wydania ENA, powinien sprawdzić w sposób konkretny i dokładny, czy osoba ścigana ENA będzie ze względu na warunki jej pozbawienia wolności we wskazanym państwie narażona na rzeczywiste niebezpieczeństwo niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w razie jej przekazania do tego państwa. W tym celu ma odroczyć wykonanie nakazu i skonsultować się z sądem wydającym ENA (który z kolei ma obowiązek współpracy w tym zakresie). Jeśli nie można wykluczyć istnienia wskazanego niebezpieczeństwa w rozsądnym terminie, wspomniany organ powinien zdecydować, czy należy umorzyć procedurę przekazywania³¹.

Przeprowadzanie indywidualnego testu okazało się rodzić w praktyce wiele pytań. Po pierwsze, o zakres kontroli warunków w więzieniach. Zwłaszcza organy niemieckie przedstawiały sądom wydającym ENA niezwykle szczegółowe pytania. W sprawie *ML* sądowi węgierskiemu zadano 78 pytań. Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił w tym kontekście, że wykonujący nakaz organ sądowy musi sprawdzić

²⁷ Opinia RG w sprawach połączonych C-404/15 i C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi i Robert Căldăraru vs. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, EU:C:2016:140, pkt 183.

²⁸ Zob. Fair Trials joins with criminal justice experts on European Arrest Warrant, 11 marca 2016 r., <https://www.fairtrials.org/node/858> [dostęp 6.07.2022].

²⁹ Wyrok w sprawach połączonych C-404/15 i C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi i Robert Căldăraru*, pkt 82.

³⁰ *Ibidem*, pkt 85.

³¹ *Ibidem*, pkt 104.

jedynie konkretne i dokładne warunki pozbawienia wolności zainteresowanej osoby, które mają znaczenie dla ustalenia, czy osoba ta będzie narażona na rzeczywiste niebezpieczeństwo nieludzkiego lub poniżającego traktowania w rozumieniu art. 4 Karty praw podstawowych. Drugim istotnym pytaniem było, czy badanie powinno dotyczyć wszystkich potencjalnych więzień, w których może zostać osadzona osoba po przekazaniu na podstawie ENA. W tym zakresie TS udzielił odpowiedzi negatywnej i wskazał, że wykonujący nakaz organ sądowy jest zobowiązany do zbadania jedynie warunków pozbawienia wolności w zakładach penitencjarnych, w których według dostępnych mu informacji wspomniana osoba zostanie prawdopodobnie osadzona, w tym tymczasowo lub przejściowo. Ponadto w razie uzyskania dodatkowych gwarancji od państwa wydania ENA sąd podejmujący decyzję o wydaniu powinien wziąć je pod uwagę³².

Z dalszego orzecznictwa wynika natomiast, że brak implementacji do prawa krajowego przepisu dyrektywy unijnej³³ przewidującego prawo do wznowienia postępowania w przypadku, gdy podejrzani lub oskarżeni nie byli obecni na swojej rozprawie, nie stanowi podstawy odmowy wykonania ENA³⁴.

4.2. Naruszenie istoty podstawowego prawa do rzetelnego procesu sądowego

Po orzeczeniu w sprawach *Aranyosi i Căldăraru* TS stanął przed kolejnym problemem, tym razem związanym z systemowymi naruszeniami praworządności w Polsce. Czy przyjęcie ponad 30 reform ocenianych zgodnie jako zwiększające wpływ władzy wykonawczej i ustawodawczej na system wymiaru sprawiedliwości, a zatem osłabiające niezależność sądów i niezawisłość sędziów³⁵, powinno prowadzić do zawieszenia wykonywania ENA z Polski? Takie wątpliwości przedstawił Trybunałowi już w 2018 r. sąd irlandzki w sprawie *LM*. Trybunał, powołując się na motyw 10 preambuły DR ENA, stwierdził, że ogólne zawieszenie mechanizmu ENA jest możliwe jedynie w przypadku podjęcia decyzji przez Radę Europejską i Radę na mocy art. 7 ust. 2 i 3 TUE. Do tego czasu sądy krajowe wykonujące ENA powinny stosować dwustopniowy test ustanowiony dla przypadku potencjalnego naruszenia praw podstawowych w innym państwie członkowskim (test *Aranyosi*). Jeżeli sąd ustali, że istnieje realne ryzyko naruszenia istoty prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego z powodu uchybień o charakterze systemowym lub ogólnym

³² Wyroki: wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-220/18 PPU *ML*, EU:C:2018:589; z 15 października 2019 r., C-128/18, *Dumitru-Tudor Dorobantu*, EU:C:2019:857, pkt 68.

³³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/343 z 9 marca 2016 r. w sprawie wzmocnienia niektórych aspektów domniemania niewinności i prawa do obecności na rozprawie w postępowaniu karnym, Dz. Urz. UE L 65/1 z 11.3.2016 r.

³⁴ Wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r., C-416/20 PPU, *TR*, EU:C:2020:1042, pkt 46.

³⁵ Dokument roboczy służb Komisji. Sprawozdanie na temat praworządności z 2020 r. Rozdział dotyczący sytuacji w zakresie praworządności w Polsce Towarzyszący dokumentowi: Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Sprawozdanie na temat praworządności z 2020 r. Sytuacja w zakresie praworządności w Unii Europejskiej, SWD/2020/320 final.

(ocena systemowa), musi ustalić „konkretnie i precyzyjnie, czy [...] istnieją istotne podstawy, aby sądzić, że osoba ta będzie narażona na takie ryzyko, jeżeli zostanie przekazana temu państwu” (ocena szczegółowa). W tym celu organ wykonujący powinien „zbadać, w jakim stopniu nieprawidłowości systemowe lub ogólne w odniesieniu do niezawisłości sądów wydającego nakaz państwa członkowskiego, o których świadczą informacje posiadane przez wykonujący nakaz organ sądowy, mogą mieć wpływ na właściwe sądy tego państwa w zakresie prowadzenia postępowania wobec osoby ściganej”³⁶. W razie uznania takiego potencjalnego wpływu powinien następnie ustalić, „czy istnieją poważne i sprawdzone podstawy, aby uznać, że owa osoba będzie narażona na rzeczywiste ryzyko naruszenia jej prawa podstawowego do niezawisłego sądu, a tym samym istotnej treści prawa podstawowego do rzetelnego procesu sądowego w świetle jej sytuacji osobistej, jak również charakteru przestępstwa, za które jest ścigana, oraz kontekstu faktycznego, na którym opiera się europejski nakaz aresztowania”³⁷. Wykonujący nakaz organ sądowy powinien wystąpić do wydającego nakaz organu sądowego, na podstawie art. 15 ust. 2 decyzji ramowej 2002/584, o przekazanie wszelkich informacji uzupełniających, niezbędnych jego zdaniem do oceny istnienia takiego ryzyka. Musi też powstrzymać się od wykonania ENA jedynie w przypadku stwierdzenia występowania konkretnego rzeczywistego ryzyka. Sąd irlandzki po pewnych wahaniach przekazał L.M. do Polski.

Ponieważ sytuacja sądownictwa w Polsce uległa dalszemu pogorszeniu, podobne pytanie zadał w 2020 r. Rechtbank (Sąd Okręgowy) w Amsterdamie w dwóch sprawach dotyczących L i P. Sąd holenderski uznał, że zmiany legislacyjne w Polsce³⁸ osiągnęły punkt, w którym istnieje realne ryzyko naruszenia podstawowego prawa do niezawisłego sądu w odniesieniu do każdego podejrzanego w wydającym nakaz państwie członkowskim. W związku z tym zapytał, czy może pominąć drugi aspekt testu *LM* (ocena szczegółowa) lub ewentualnie uznać, że polskie sądy nie spełniają wymogu niezawisłości, a zatem nie kwalifikują się jako organy sądowe w rozumieniu decyzji ramowej w sprawie ENA (decyzja ramowa w sprawie ENA).

³⁶ Wyrok TSUE z 25 lipca 2018 r., C-216/18 PPU *LM*, EU:C:2018:586, pkt 74.

³⁷ *Ibidem*, pkt 75.

³⁸ W szczególności wskazywał na przyjęcie nowej ustawy o ustroju sądownictwa, która weszła w życie w dniu 14 lutego 2020 r. (ustawa z dnia 20 grudnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2020 r. poz. 190, tzw. ustawa kagańcowa), wszczęcie przez Komisję postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego ze względu na tę ustawę, wyroki TSUE: z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *A.K. i in.*, EU:C:2019:982 oraz z 26 marca 2020 r., C-558/18 i C-563/18, *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny*, EU:C:2020:234, wyrok polskiego SN (Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych) z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18, w którym sąd ten, uznał, że Krajowa Rada Sądownictwa nie jest w obecnym składzie organem bezstronnym i niezawisłym od władzy ustawodawczej i wykonawczej, skargę Komisji Europejskiej przeciwko Polsce (sprawa C-791/19), postanowienie TSUE z 8 kwietnia 2020 r., C-791/19, *Komisja Europejska przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, EU:C:2020:277 oraz uchylenie przez Izbę Dyscyplinarną Sądu Najwyższego polskiemu sędziemu immunitetu od odpowiedzialności karnej.

Trybunał w sprawach *L i P*³⁹ podtrzymał konieczność przeprowadzania dwuetapowego testu i stwierdził, że nawet najpoważniejsze uchybienia nie pozwalają same w sobie sądom innych państw członkowskich na automatyczną odmowę wykonania nakazu aresztowania wydanego przez to państwo członkowskie. Sądy te mogą powstrzymać się od wykonania ENA jedynie wówczas, gdy „istnieją istotne podstawy, aby sądzić, że po przekazaniu tej osoby do wydającego nakaz państwa członkowskiego wystąpi rzeczywiste ryzyko naruszenia jej prawa do rzetelnego procesu sądowego”. Sąd holenderski nie wydał *L. i P.* do Polski.

Orzeczenia TS nie usatysfakcjonowały sądów krajowych, gdyż przed TS zawisłe są dwie dalsze sprawy dotyczące wykonywania ENA z Polski⁴⁰. Tym razem sądy irlandzki i holenderski pytały, czy należy stosować kryterium określone w wyroku *LM*, jeżeli istnieje rzeczywiste ryzyko, że wnoszący odwołanie będą sądzeni przed sądami, które nie są ustanowione ustawą, a osoba zamierzająca zakwestionować wniosek złożony w kontekście ENA nie może spełnić tego kryterium z tej przyczyny, że w danym momencie nie jest możliwe ustalenie składu sądów, przed którymi będzie sądzona, ze względu na sposób losowego przydzielania spraw. Ponadto sądy te pragną ustalić, czy brak skutecznego środka odwoławczego umożliwiającego zakwestionowanie ważności powołania sędziów w Polsce, w okolicznościach, w których jest oczywiste, że wnoszący odwołanie nie mogą w tym momencie ustalić, że sądy, przed którymi będą sądzeni, będą składały się z sędziów, którzy nie zostali ważnie powołani, stanowi naruszenie istoty prawa do rzetelnego procesu sądowego wymagające od wykonującego nakaz państwa odmowy przekazania wnoszących odwołanie.

Z wyroków w sprawach *LM* i *L i P* wynika, że również ryzyko naruszenia podstawowego prawa do niezawisłego sądu, a w rezultacie naruszenie istoty podstawowego prawa do rzetelnego procesu sądowego, może stanowić przyczynę odstąpienia od wykonania ENA.

5. Konkluzje

W 2021 r. jest daleko do ostatecznego rozwiązania konfliktu między opisanymi dwoma rodzajami zobowiązań, jakie ciążyą na państwach członkowskich. Z jednej strony wzajemne zaufanie jest istotne dla bytu Unii jako wspólnej przestrzeni i stanowi korelat skuteczności współpracy między państwami. Szereg aktów prawa unijnego zobowiązuje państwa do uznawania orzeczeń z innych państw członkowskich i przekazywania do nich osób. Z drugiej strony państwa są zobowiązane również prawem unijnym, prawem krajowym (zwykle rangi konstytucyjnej) oraz prawem międzynarodowym (przede wszystkim EKPC) do ochrony praw jednostek. Ze względu na tę wielość źródeł praw podstawowych konflikt między prawami podstawowymi a unijną zasadą

³⁹ Wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r. w sprawach połączonych C-354/20 PPU i C-412/20 PPU, *Openbaar Ministerie vs. L and P*, EU:C:2020:1033.

⁴⁰ Sprawa C-480/21, *W O, J L vs. Minister for Justice and Equality*, wniosek z 3 sierpnia 2021 r., sprawa C-563/21 PPU, *Openbaar vs. Y*, wniosek z 14 września 2021 r.

wzajemnego zaufania może być rozstrzygany w ramach trzech porządków prawnych i przez trzy rodzaje sądów – TSUE, ETPC oraz sądy konstytucyjne państw członkowskich. Powyższa analiza ogranicza się do perspektywy unijnej, nie należy jednak zapominać, że punkt równowagi między tymi dwoma rodzajami zobowiązań może być ustalony inaczej przez trybunał strasburski i krajowe trybunały konstytucyjne.

Do chwili obecnej TS zezwolił na obalenie domniemania zaufania i niewykonanie ENA z innego państwa członkowskiego, gdy „istnieje realne ryzyko, iż w razie przekazania jej wydającemu nakaz organowi sądowemu osoba ta może być w nim narażona na nieludzkie lub poniżające traktowanie w rozumieniu art. 4 karty lub na naruszenie podstawowego prawa do niezawisłego sądu, a w rezultacie naruszenie istoty podstawowego prawa do rzetelnego procesu sądowego, zagwarantowanego w art. 47 akapit drugi karty”. Orzeczenia te dotyczą jednak jedynie pewnych wycinkowych aspektów problematyki – problemów systemowych z ochroną praw podstawowych, przekazywania osób, czyli jednej z najwrażliwszych sfer praw człowieka, oraz tylko dwóch praw – zakazu tortur i nieludzkiego lub poniżającego traktowania oraz prawa do rzetelnego procesu. Nie dają wyczerpującej odpowiedzi na pytania o granice zaufania, jakim są zobowiązane darzyć się państwa unijne w PWBIS w kontekście ochrony praw podstawowych. Dokładne jej wyznaczenie powinno się dokonać w najbliższych latach. W tym kontekście można zauważyć, że wątpliwości innych państw co do możliwości przekazywania osób do danego państwa członkowskiego sygnalizują istnienie problemu w tym państwie. Odmowa przekazania stanowi leczenie objawowe i tymczasowe, ale nie usuwa istoty problemu. Systemowe problemy z ochroną praw człowieka powinny być rozwiązane u źródła. Na przykład w przypadku złej sytuacji w zakresie udzielania azylu w Grecji Unia i organizacje międzynarodowe przekazały do tego państwa znaczące środki, które zostały wykorzystane m.in. do zbudowania nowych ośrodków dla osób ubiegających się o azyl. Wciąż jednak państwa nie wydają się gotowe do reformy systemu dublińskiego, który to sam w sobie przyczynił się do powstania nadmiernego obciążenia Grecji⁴¹.

Kolejną kwestią jest, że TS zakwalifikował systemowe ograniczanie niezawisłości sądownictwa w Polsce jako naruszenie prawa podstawowego do rzetelnego procesu. Tymczasem systemowe i intencjonalne ograniczanie niezawisłości sądownictwa w Polsce prowadzi również do zmiany tożsamości tego państwa. W 2020 r., według Instytutu Varieties of Democracy (V-Dem), Polska była najbardziej autokratyzującym się krajem na świecie⁴². Została zmieniona jej klasyfikacja z demokracji liberalnej na demokrację wyborczą. Dochodzi zatem do długotrwałego naruszania wszystkich trzech podstawowych wartości z art. 2 TUE – demokracji, praworządności i praw podstawowych. Domniemanie przestrzegania przez państwo wartości z art. 2 TUE nie może być stosowane. A w konsekwencji niemożliwe jest stosowanie dalszych założeń lub zasad, które opierają się na tym właśnie założeniu, w tym zasady wzajemnego zaufania.

⁴¹ B. Gotsova, *Rules Over Rights?*..., s. 652-653.

⁴² Zob. Democracy Report 2021, https://www.v-dem.net/static/website/files/dr/dr_2021.pdf [dostęp 6.07.2022].

Nie zatrzymuj się – bo upadniesz. Kryzysy i nieoczywisty rozwój struktur integracyjnych ostatniej dekady

Pana profesora Krzysztofa Wójtowicza poznałem, rozpoczynając swoje studia doktoranckie na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Wrocławskiego. To rzeczywiście już „dawne czasy”, aczkolwiek tak świeże w mojej pamięci. Miałem zaszczyt i szczęście uczyć się od Pana Profesora tak prawa, zwłaszcza europejskiego, jak i sposobu funkcjonowania w strukturach akademickich, umiejętności budowania relacji ze studentami i z doktorantami. Panie Profesorze – dziękuję za wiele rzeczy, wciąż zauważam, że kształtując już własne otoczenie naukowe – czerpię z doświadczeń zdobywanych przy Panu we Wrocławiu, wpierw jako doktorant w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego, a następnie – wciąż z Panem jako szefem – w Katedrze Nauk Prawnych w Centrum Studiów Niemieckich i Europejskich UW. Rozpoczętą drogę naukową we Wrocławiu kontynuuję już w innych ośrodkach akademickich i w innych miejscach. Wyjechałem z Wrocławia, ale zabrałem te doświadczenia i piękne wspomnienia wrocławskich czasów ze sobą w sercu.

1. Uwagi wprowadzające

Niniejszy artykuł ukazuje i analizuje „nielinearność” w rozwoju integracji europejskiej. Linearność rozumiana jest tu jako utrwalone, wspierane rozwojem regulacji i praktyki orzeczniczej tendencje w procesie integracji. Skokowe zmiany procesów integracyjnych jest obecny od ich początków. Jednak ostatnie dekady XXI w. przyniosły wyjątkowo częste kryzysy o zróżnicowanej proveniencji – ekonomicznej, zewnętrznej wobec Unii, ale też krajowe, wynikające z konstrukcji Unii Europejskiej (UE) i jej poszczególnych polityk integracyjnych oraz, co zwłaszcza silnie ciąży nad aktualną kondycją integracji, z uwarunkowań politycznych krajowych niektórych państw członkowskich.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 1 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE¹) osiągnięcie „coraz ściślejszego związku pomiędzy narodami Europy, w którym decyzje podejmowane są w sposób jak najbardziej jawny i na szczeblu jak najbliższym obywatelowi”, jest zasadniczym celem i zadaniem Unii Europejskiej. Oznacza to, że

* Prof. dr hab. Robert Grzeszczak, Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-5861-9119](https://orcid.org/0000-0002-5861-9119).

¹ Traktat o Unii Europejskiej – wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202/1 z 7.06.2016 r., s. 13 ze zm.

Unia musi się rozwijać. Gdyby przestała, a obywatele nie odnajdywaliby w niej wartości dodanej, mogłaby wówczas w rozmaity sposób ulec degradacji. Stąd pojawiła się w tytule teoria rowerowa. Oznacza ona, że tak długo jak Unia pozostaje w ruchu (tak jak rower), będzie trwała, jednak jeśli zatrzymałaby się, to upadnie.

Przyjmując znaną dewizę, że zjednoczona Europa będzie wykuwana w efekcie kryzysów, stawianą tu hipotezą jest to, że współczesna Unia może rozwinąć się i pogłębić jakość integracji właśnie wskutek aktualnych i niedawnych kryzysów – a są to: kryzys finansowy, uchodźczy, pandemiczny i praworządnościowy. Analizie poddane zostaną wybrane trzy ostatnie z ww. i wybrane relewantne do nich doświadczenia Unii Europejskiej ostatniej dekady – kryzysowe i naprawcze, w tym te prowadzone z sukcesami oraz te, których rozwiązania nie należy się niestety spodziewać w dającym się przewidzieć czasie².

2. Dynamika i paradoksy integracji

Integracja europejska jest procesem, który ulega ciągłym przeobrażeniom. Unia Europejska przeszła ewolucję od organizacji skoncentrowanej wokół budowy jednolitego rynku wewnętrznego do „nowego etapu procesu integracji europejskiej”, który nie zamyka się od dawna tylko w wolnym handlu. Procesowi integracji gospodarczej towarzyszy bowiem, co wynika z preambuły do TUE (jak i praktyki integracyjnej), „równoczesny postęp w innych dziedzinach”. Artykuł 2 TUE wskazuje, że wartości takie jak wolność, demokracja, równość, państwo prawne, ochrona praw człowieka są „wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”. Zgodnie z art. 3 ust. 3 akapit 2 TUE Unia działa na rzecz zwalczania „wykluczenia społecznego i dyskryminacji” oraz wspierania „sprawiedliwości społecznej i ochrony socjalnej”, a także „solidarności między pokoleniami”, a cele Unii są realizowane w poszanowaniu praw podstawowych.

Integracja europejska pełna jest paradoksów. A jeden z nich, widoczny silnie w ostatniej dekadzie, wyraża się tym, że państwa, stanowiąc źródło integracji, są jednocześnie i coraz wyraźniej jej naturalną granicą. Oczywiście to państwa pozostają centralnym punktem integracji – ale od traktatu z Maastricht już niejedynym. Podmiotami integracji są bowiem także obywatele Unii Europejskiej, beneficjenci tych procesów, a nad poszanowaniem praw wynikających z regulacji UE stoją sądy krajowe, będące „sądami pierwszego kontaktu z prawem Unii”³.

² Ciekawe prawno-politologiczne spojrzenie na naturę kryzysów UE zob. A. Grimm (Hrsg.), *Die neue Europäische Union. Zwischen Integration und Desintegration*, Nomos, Baden-Baden 2020.

³ R. Grzeszczak, *Dylematy ustrojowe Unii Europejskiej jako ambitnego eksperymentu prawnomiędzynarodowego*, [w:] B. Krzan (red.), *Ubi ius, ibi remedium. Księga dedykowana pamięci Profesora Jana Kolasy*, C.H. Beck, Warszawa 2016; *idem*, *Z perspektywy przeszłości o przyszłości prawa UE*, [w:] A. Wróbel (red.), *System Prawa Unii Europejskiej*, t. 1. *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 9 i n.

W integracji europejskiej, jako strukturze budowanej poprzez prawo, znaczenie sądów jest podstawowe. Sądy krajowe mają obowiązek zapewnić pełną skuteczność norm prawa Unii, w zakresie rozstrzygania zawisłych przed nimi spraw. Oznacza to m.in., że sądy te powinny, także z własnej inicjatywy, nie stosować żadnych niezgodnych z prawem Unii norm krajowych, bez potrzeby zwracania się o ich uchylenie w drodze ustawodawczej lub przez sąd konstytucyjny i bez konieczności oczekiwania na orzeczenie w tej kwestii przez sąd wyższego rzędu, w tym np. przez sąd najwyższy lub trybunał konstytucyjny, o czym stanowi linia orzecznicza, która rozwija zasadę nienaruszalności kompetencji sądów krajowych w zakresie art. 267 TFUE⁴. Uwagi te mają znaczenie zwłaszcza dla analizy w punkcie dotyczącym kryzysu praworządności niektórych państw członkowskich.

Należy wyraźnie podkreślić, że rozwój prawa unijnego przybiera na dynamice i jakości za przyczyną orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, często podejmującego działania kompensacyjne wobec inercji państwa, tj. gdy te nie są, z różnych powodów, skore do rozwijania integracji i zapewniania jej skuteczności.

3. *Up and down* – czyli od kryzysu do kryzysu?

„Europa zostanie wykuta w kryzysach i będzie sumą rozwiązań przyjętych dla rozwiązywania tych kryzysów” – jest to znana i często przytaczana wypowiedź Jeana Monneta. I rzeczywiście – debaty o strategiach dla Unii trwają od założenia pierwszej Wspólnoty w 1952 r., przybierając na intensywności zwłaszcza w dobie kryzysu (kryzysów). Dlatego kolejne dekady XXI w. obfitują w tak liczne scenariusze rozwoju, zmian i reform Unii Europejskiej.

Samo pojęcie „kryzys”, zgodnie ze swą grecką genezą, oznacza pewien czas przełomu, przesilenia czy decydującego zwrotu⁵. Termin ten odnosi się do sytuacji nieporozumienia, zwątpienia oraz zagrożenia⁶. Kryzysy (w) UE, w tym zwłaszcza kryzysy gospodarcze, uatrakcyjniają wizję procesów renacjonalizacji poszczególnych polityk, co prowadzi w zasadzie do podważenia podstaw unijnej integracji wyrażonej w zasadach równości, jednolitości czy niedyskryminacji. Procesy te przybierają różną formę – od decyzji i manifestacji politycznych, poprzez praktykę administracyjną, aż po formalne zmiany legislacyjne w prawie krajowym. Renacjonalizacja integracji rozumiana jest jako tendencje (pozostające w sferze dziejących się procesów lub już faktów) do przejmowania na powrót niektórych kompetencji UE przez władze krajowe, ale zwłaszcza restrykcyjnej kontroli regulacji unijnych przez parlamenty narodowe oraz rosnącej dominacji polityki centralistycznej i rosnącej dominacji polityki

⁴ Szeroko na ten temat zob. K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012.

⁵ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, <http://archive.is/njNJ#selection-189.1-189.85> [dostęp 5.11.2021].

⁶ *Cambridge Dictionary*, <https://dictionary.cambridge.org/pl/dictionary/english/crisis> [dostęp 5.11.2021].

nad ekonomią⁷. W efekcie obserwuje się silniejszą konkurencję między państwami członkowskimi o przywództwo w sektorowych politykach UE (np. energetycznej czy rolnej), w określonych strefach (euro) i w Unii jako całości. Taki stan rzeczy łączy się ze wspomnianymi kryzysami.

Jednak zagrożenie zewnętrzne dla UE wydaje się konsolidować Unię (jej państwa członkowskie). Dowodzi tego wojna w Ukrainie i jej skutki dla samej UE – ucięto np. spekulacje o wystąpieniu Polski z UE czy zgodzono się na wiele konsolidujących Unię działań, zwłaszcza w sferze obronności, ale także ochrony zdrowia, co jest wynikiem doświadczeń pandemicznych.

Unia u progu trzeciej dekady XXI w. przechodzi kryzysy i wyzwania o znaczeniu wręcz egzystencjalnym. Można powiedzieć, nawiązując do słów Monneta, że choć nie po raz pierwszy w swojej historii jest konfrontowana z kryzysami, to być może te obecne odznaczają się niespotykaną skalą i nasileniem. Europa stanęła w obliczu problemów, których skala jest większa od poprzednich. Znamy te, które są za nami, obserwujemy aktualne (uchodźczy), ale rozmiary niektórych z nich dopiero poznamy, jak epidemii koronawirusa, która wywoła kryzys – co jest przesądzone, jednak nie można jeszcze w pełni zdefiniować jego natury, nie jest znany jego zakres i przebieg. To pogarsza i tak już przełomowy rok 2021 – po wyjściu Wielkiej Brytanii z Unii Europejskiej podważane jest jej znaczenie jako bloku politycznego i gospodarczego, wysoki poziom ochrony praw człowieka staje się też problematyczny, co pokazuje „ślepotą instytucji unijnych” wobec działań podejmowanych przez niektóre państwa na granicach zewnętrznych UE. Dodatkowo na całości silne piętno odciska zjawisko osuwania się demokracji w niektórych państwach.

Kryzysy są powiązane – jeden wpływa na kolejny. Na przykład proces przyjmowania działań antykryzysowych z I i II dekady XXI w. uwzględniał, co zrozumiałe, płatników owej pomocy, tj. stanowiska najsilniejszych gospodarek tworzących rynek wewnętrzny. W konsekwencji niektóre inicjatywy zostały odebrane w wielu państwach (np. w Grecji⁸) jako wyraz nacisku na sprawy wewnętrzne państwa, a w efekcie na ich suwerenność. Przekonanie to stanowiło dodatkowy impuls dla rozwoju partii populistycznych w pogrążonych w kryzysie demokracjach⁹.

Podobne zjawiska są obserwowane w związku z kryzysem praworządności, reakcjami, często ospałymi, Komisji Europejskiej czy niektórych państw członkowskich.

⁷ R. Grzeszczak, *Refleksje nad tendencjami rozwoju prawa Unii Europejskiej. Od unifikacji i konstytucjonalizacji do fragmentacji i renacjonalizacji prawa*, [w:] K. Karski (red.), *Kierunki rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego*, Bellona, Warszawa 2015, s. 51-63.

⁸ P. Eleftheriadis, *Greece: voting for or against Europe*, <https://verfassungsblog.de/greece-voting-for-or-against-europe/> [dostęp 5.11.2021].

⁹ Zob. różne spojrzenia na sprawę pomocy państw bogatszych tym zadłużonym (nadmiernie) i poparcie wśród państw beneficjentów pomocy dla partii populistycznych: W. Paterson, *The Reluctant Hegemon? Germany Moves Centre Stage in the European Union*, „Journal of Common Market Studies” 2011, vol. 9, s. 55 i n.; A. Costa Pinto, C. Pequito Teixeira, *Portugal Before and After the “Great Recession”: A Resilient Democracy?*, [w:] *eidem* (eds.), *Political Institutions and Democracy in Portugal Assessing the Impact of the Eurocrisis*, Palgrave Macmillan, Cham 2019; M.D. Poli, *Contemporary populism and the economic crisis in western Europe* „Baltic Journal of Political Science” 2016, no. 5, s. 49.

Co więcej, wysiłki oszczędnościowe w sferze publicznej, powiązane warunkowo z uzyskiwaną od UE (państw członkowskich) pomocą, oznaczały cięcia m.in. w sferze wydatków na służbę zdrowia, co przyniosło negatywne konsekwencje w trakcie kolejnego kryzysu – pandemicznego.

3.1. Kryzys pandemiczny

Kryzys pandemiczny z lat 2020-2021 został wywołany koronawirusem SARS-CoV-2, który przynosił zagrożenie zdrowia i życia obywateli UE, ale też doprowadził do niewydolności służby zdrowia w większości państw członkowskich i pauperyzacji gospodarczej zwłaszcza wskutek obostrzeń (*lockdown-y*). Okoliczności te przyniosły z jednej strony krytykę dotychczasowego modelu ochrony zdrowia publicznego, z drugiej postulaty intensyfikacji działań ochronnych, zarówno na poziomie narodowym, jak i unijnym.

Problemem, który pojawiał się, zresztą po raz kolejny, były niewystarczające kompetencje UE dla skutecznych działań. Jednak obywatele wobec takich zagrożeń jak epidemia nie pytają przecież o podział kompetencji, ale oczekują rezultatów. Znakomicie wyczuły to partie populistyczne. Wydaje się, że w pełni świadoma tego była także KE (i UE jako taka). Zgodnie jednak z art. 6 TFUE obszar ten (ochrona i poprawa zdrowia ludzkiego) należy do kompetencji Unii o charakterze uzupełniającym (wspomagającym). Główną podstawę prawną dla działań podejmowanych przez instytucje UE w związku z pandemią stanowił art. 168 pkt 5 TFUE. W jego ramach Parlament Europejski (PE) i Rada ustanawiają środki zachęcające, zmierzające do ochrony i poprawy zdrowia ludzkiego, w szczególności zwalczania epidemii transgranicznych, środki dotyczące monitorowania poważnych transgranicznych zagrożeń dla zdrowia, wczesnego ostrzegania w przypadku takich zagrożeń oraz ich zwalczania. Oznacza to, że wyłączone są środki o charakterze harmonizacyjnym w odniesieniu do prawodawstwa państw członkowskich. Dopuszczalne jest jednak podejmowanie przez KE każdej użytecznej inicjatywy w celu wsparcia koordynacji polityk i programów prozdrowotnych państw członkowskich (art. 168 ust. 2 zd. 2 TFUE). Nie wdając się tu w szerszą analizę tych podstaw, trzeba zaznaczyć, że są one miękkie i zbyt powierzchowne, jak pokazały lata 2020-2021, aby móc skutecznie reagować w skali unijnej. Zatem główne działania spoczywały na państwach członkowskich. Autonomię państw członkowskich w zakresie zapewnienia dostępu do służby zdrowia statuuje art. 168 pkt 7 TFUE. W efekcie ocena działań Unii Europejskiej w związku z wybuchem pandemii SARS-CoV-2 powinna być relewantna do zakresu przyznanych jej kompetencji. Praktyka jest jednak inna, czego świadome są państwa, ale czynią z tego użytek polityczny, aby przenieść, tradycyjnie, sukcesy na swoje konto, a porażki pozostawić na barkach unijnych.

Oczywiście jedną z konsekwencji rozwoju pandemii było nasilenie postulatów wzmożenia działań ochronnych na poziomie narodowym. W początkowej fazie kryzysu były one jednak powiązane z silnymi tendencjami dezintegracyjnymi. Wówczas to pod presją niekontrolowanego wzrostu zagrożenia większość rządów państw

członkowskich zdecydowała się nie tylko ograniczyć prawa podstawowe i wolności obywatelskie, ale też zawiesić działanie podstawowych swobód unijnych. Mowa tu w szczególności o przywróceniu kontroli granicznych, ograniczeniu swobody przepływu wyrobów medycznych oraz ograniczeniu możliwości wykonywania pracy w wymiarze transgranicznym¹⁰. Pojawiło się w agendach unijnych wiele inicjatyw, o których nie będzie tu szerzej mowy, niemniej miały one zazwyczaj charakter wspomagający, opierający się na różnych formach dofinansowań, grantów, ale także starań, aby przyspieszyć powrót do funkcjonowania ograniczanych swobód rynku wewnętrznego.

Podsumowując, Unia, opierając się na wątych traktatowych kompetencjach w zakresie polityki zdrowotnej (art. 168 TFUE), podjęła działania, które jednak z natury rzeczy są mniej zauważalne przez obywateli niż te na poziomie państw. Nieskoordynowane działania w Europie na początku epidemii nie wynikały z deficytu Unii Europejskiej, tylko z nieprzygotowania państw członkowskich. Pytaniem otwartym jest, czy w okresie kwarantanny społeczeństw powinno być akurat „więcej Unii” czy też „mniej Unii”. Unii, w moim odczuciu, udało się tym razem uniknąć jednak bardzo niebezpiecznej konsekwencji – renacjonalizacji integracji. Podstawowe pytanie, jakie przewija się w związku z rolą Unii i jej państw w walce z epidemią koronawirusa, to: czy państwa członkowskie skuteczniej sobie radzą podczas epidemii, a Unia Europejska została zaskoczona kryzysem i czy jest skuteczna? Tym razem wydaje się, że udało się nie dopuścić do cofnięcia w integracji, a zwłaszcza odczucia braku aktywności, przydatności, efektywności i w efekcie sensowności trwania Unii w oczach jej obywateli.

3.2. Kryzys uchodźczy i imigracyjny

Zasady członkostwa, tworzące fundament dla integracji, to przede wszystkim zasada lojalnej współpracy, solidarności, niedyskryminacji, która z kolei jest podstawą dla fundamentalnej osi integracji europejskiej – zasady wzajemnego zaufania między państwami. UE stworzyła system prawny silnie związany z krajowym. Wzajemne relacje między prawem UE a prawem krajowym są złożone i regulowane zasadami ogólnymi, zwłaszcza takimi jak zasada pierwszeństwa Unii Europejskiej wobec prawa krajowego, zasada bezpośredniego i pośredniego skutku prawa UE czy zasada skuteczności prawa UE. Te znane w momencie akcesji Polski do struktur unijnych w 2004 r. zasady są istotą funkcjonowania całej struktury. Funkcjonowanie UE jako całości zakłada bowiem, że wszystkie państwa członkowskie UE szanują inne wartości wymienione w art. 2 TUE i działają w duchu lojalności solidarności.

Kryzys uchodźczy jak w soczewce pokazał, że państwa z różnym zaangażowaniem i powodzeniem dostosowują się do unijnych reguł integracyjnych, a uwaga ta dotyczy zarówno państw założycielskich, jak i nowych członków, jak Polska czy Węgry.

¹⁰ Jedną z pierwszych reakcji Unii na rozwój SARS-CoV-2 było uruchomienie Mechanizmu Ochrony Ludności – pomocy obywatelom Unii znajdującym się jednak poza nią, uruchomiono także system „rescuEU” – finansowany ze środków unijnych zakup artykułów medycznych i ochronnych; szerzej zob. H. De Pooter, *The Civil Protection Mechanism of the European Union: A Solidarity Tool at Test by the COVID-19 Pandemic*, „American Society of International Law Insights” 2020, vol. 24, no. 7.

Kryzys migracyjny w Europie (kryzys uchodźczy) spowodowany jest przybywaniem uchodźców i imigrantów do UE w liczbach największych w jej historii. Za jego początkową datę uznaje się rok 2015, jednak w 2021 r. doszło (zresztą do przewidywanej i zapowiadanej) kolejnej odsłony. Inny przebieg miał kryzys uchodźczy w 2022 r., a wywołany wojną w Ukrainie, w efekcie którego kilka milionów obywateli Ukrainy uciekło przed wojną do innych państw europejskich, zwłaszcza do Polski. Państwami, w których najczęściej dochodziło wcześniej do przekraczania granicy w I fazie kryzysu, były Grecja, Włochy i Hiszpania, a w kolejnej – paradoksalnie te państwa, które w 2015 r. blokowały wspólną reakcję w sprawie problemu uchodźczego – w tym zwłaszcza Polska, ale także Węgry. Co oczywiste, największy ciężar zarówno z zakresu ochrony granic, jak i udzielenia pomocy humanitarnej spoczywa na tych właśnie państwach. Do państw tranzytowych należały m.in. Węgry, Austria, Słowenia, a w odsłonie kryzysu w 2021 r. – Litwa, Łotwa oraz Polska. O ile rzeczywistymi celami migracji z lat 2015 i 2021 były Niemcy, Szwecja, państwa Beneluxu, Skandynawii czy Niderlandy¹¹, o tyle w 2022 r. sytuacja jest inna, ponieważ wielu uchodźców zamierza przeczekać wojnę i stan zagrożenia, a następnie deklaruje wolę powrotu do Ukrainy.

Pierwszy kryzys zasady solidarności europejskiej nastąpił pomiędzy państwami z Grupy Wyszehradzkiej a państwami Europy Południowej i Zachodniej. Państwa tzw. starej UE (a więc tradycyjnie multikulturalne) reprezentują bowiem o wiele bardziej otwartą postawę wobec migrantów niż hegemoniczne zazwyczaj państwa Europy Wschodniej¹². Podstawowym problemem w reakcji UE na kryzys migracyjny i uchodźczy (tak w 2015, jak i w 2021 r.) był i pozostaje czas – tzn. powolność podjęcia działań solidarnościowych i ochronnych. W efekcie kryzys spowodował w pierwszej kolejności wzrost popularności krajowych partii narodowo-populistycznych, co jest żywotnym zagrożeniem dla demokracji i dla istnienia UE. Dla zobrazowania – w Niemczech w latach 2013-2017 eurosceptyczna partia *Alternative für Deutschland* prawie potroiła skalę poparcia u społeczeństwa landów wschodnich w wyborach parlamentarnych, z kolei francuski *Front Narodowy* (i liderka Marine Le Pen) zyskał więcej poparcia w związku z wyrażeniem negatywnym stanowiskiem w sprawie polityki imigracyjnej i generalnie – integracji europejskiej. W 2018 r. Matteo Salvini z nacjonalistycznej włoskiej *Ligi Północnej* objął stanowisko wicepremiera i ministra spraw wewnętrznych Włoch, z kolei w Austrii wzrost nastrojów antyimigranckich doprowadził do powrotu do władzy w 2017 r. koalicji narodowo-konserwatywnej *Austriackiej Partii Ludowej* oraz nacjonalistycznej *Wolnościowej Partii Austrii*. Pytaniem otwartym w chwili powstawania niniejszej analizy jest zakres wpływu na wybory polityczne w Polsce w związku z kryzysem uchodźczym w 2021 r.

¹¹ Zob. A. Apetroe, *The European Migration Crisis. Which consequences affecting the stability of the European Union?*, https://www.researchgate.net/publication/326925411_The_european_migration_crisis_Which_consequences_affecting_the_stability_of_the_European_Union [dostęp 7.11.2021].

¹² F. Pastore, *The next big European project? The migration and asylum crisis: a vital challenge for the EU*, "Norwegian Institute of International Affairs", Policy Brief, 25/20115, s. 2.

Nie wdając się tu w szczegółową analizę instrumentów, którymi dysponuje Unia, należy przypomnieć, że głównym narzędziem prawnym był Wspólny Europejski System Azylowy (WESA). Składa się on z szeregu aktów prawnych (dyrektyw i rozporządzeń), a dotyczących procedur azylowych, praw uchodźców i imigrantów, wzmocnienia agencji FRONTEX, identyfikacji i relokacji uchodźców z Grecji i Włoch, systemu równomiernej relokacji uchodźców między państwami członkowskimi (*Dublin IV proposal*). Wiele pomysłów i inicjatyw zakończyło się fiaskiem, jak m.in. próba wypracowania jednolitych dla UE kryteriów przyznawania statusu uchodźcy. Jak celnie to ujęła Anna Katharina Mangold, od lat idea UE jako wspólnoty wartości, która może wspólnie stawić czoła ogromnym wyzwaniom globalnych ruchów uchodźczych, pozostaje w tyle za ideą państw członkowskich jako suwerennych monad bez okien¹³.

Jak podkreślałem, działania podejmowane przez UE muszą być zgodne m.in. z zasadami pomocniczości oraz pozostawać w zakresie kompetencji powierzonych. W sytuacjach kryzysowych opinia publiczna oczekuje jednak aktywnych i efektywnych inicjatyw ochronnych tak ze strony państw członkowskich, jak i instytucji unijnych. Jednak niewystarczające kompetencje przyznane Unii nie prowadzą do skutecznych działań, a w efekcie skutkują krytyką i niską społeczną oceną zdolności reagowania kryzysowego Unii Europejskiej. To z kolei powoduje stawianie pytań o sens istnienia UE, o wartość dodaną wynikającą z członkostwa w UE, a gdy uwzględnić przy tym populistyczną narrację w niektórych państwach, to rosnący eurosceptycyzm, a nawet snucie wizji opuszczenia UE, stały się faktem. Obserwowane są te zjawiska m.in. w Polsce. Mimo że kryzysy, takie jak gospodarczy z 2008 r., migracyjny z lat 2015, 2021 i 2022 czy kryzys pandemiczny z 2020 r., wykazują oczywiście odmienny charakter, to łączą się w interakcjach i skutkach.

3.3. Osuwanie się demokracji w państwach członkowskich UE

Jak wspominałem, kryzysy w UE łączą się. W pewnych wypadkach bezpośrednio, a w wielu pośrednio, jak efekt domina. I tak rozpoczęta przez Węgry, Polskę i Czechy „renacjonalizacja integracji europejskiej” (w znaczeniu przedstawionym w podrozdz. 3 artykułu) intensyfikowała się w kolejnych latach, przejawiając się w próbach redefiniowania czy wręcz negowania wartości integracyjnych. Tak jak w 2015 r. przeciwstawiono się zasadzie solidarności, tak w 2017 r. KE dostrzegła istotne ryzyko naruszenia standardów demokratycznego państwa prawa w Polsce¹⁴.

Od 2010 r. problemy praworządności w UE zaczęły być szerzej i głębiej omawiane na forum europejskim. Stało się tak w związku z instytucjonalnymi zmianami w niektórych państwach członkowskich, w szczególności w odniesieniu do ich trybunałów konstytucyjnych, sądów najwyższych i generalnie – systemu wymiaru sprawiedliwości. Zmiany te w 2010 r. zapoczątkowały Węgry, w 2012 r. podjęła je także

¹³ A.K. Mangold, *How Corona Aggravates the Crises of the European Union and Threatens its Existence: Call for European Democratic Solidarity*, „VerfassungsBlog” 6.04.2020, <https://verfassungsblog.de/how-corona-aggravates-the-crises-of-the-european-union-and-threatens-its-existence/> [dostęp 15.10.2021].

¹⁴ Szeroko na ten temat zob. R. Grzeszczak, *Skuteczność unijnych procedur ochrony praworządności w stosunku do państwa członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 6, s. 28-55.

Rumunia, a od 2015 r. Polska. W Europie zauważane są dziś zjawiska, które mimo że występowały już wcześniej, to nie z taką intensywnością i nie na tak dużą skalę. Można to nazwać procesem osuwania się demokracji (tzw. *democratic backsliding*)¹⁵. Osuwanie się demokracji, podobnie jak jej budowanie, jest procesem, w którym władza w państwie używa narzędzi prawnych, politycznych i opinii publicznej. Proces demontażu rządów prawa prowadzony jest przez stopniową zmianę w systemie konstytucyjnym, która eliminuje liberalne i demokratyczne cechy systemu i zastępuje je autorytarnymi, doprowadzając do głębokiej i trwałej zmiany w ustroju państwa. Należy wyraźnie podkreślić, że sytuacja w Polsce ostatnich lat nie jest pierwszym przypadkiem dyskusji na forum UE na temat łamania praworządności i jedynym przykładem osuwania się demokracji. Jest natomiast najbardziej wieloaspektowym procesem i z olbrzymim potencjałem dla systemowego *democratic backsliding*¹⁶.

Lektura traktatów stanowiących UE, tak wersji pierwotnej, jak i ich kolejnych rewizji, przekonuje, że zamiarem twórców UE było coś więcej aniżeli klasyczna umowa międzynarodowa. To, co stanowi różnicę, a stan ten wciąż trwa, to ponadnarodowość i powiązane z nią cechy systemu integracyjnego (zasada pierwszeństwa prawa UE, a także zasady skutku bezpośredniego, bezpośredniej stosowalności czy skutku pośredniego). Przekonuje o tym analiza wartości i celów UE (art. 2 i 3 TUE) uzupełnionych o jurysdykcyjny mechanizm kontroli wykonywania zobowiązań przez państwa członkowskie i system odpowiedzialności tych państw, odmienny od klasycznych reguł prawnomiędzynarodowych, przeniesienie centrum decyzyjnego na poziom, którego nie można zakwalifikować jako krajowy lub międzynarodowy, a także specyficzny, bliski federalnemu, system rozdziału kompetencji¹⁷.

Osią rozważań, z natury rzeczy, jest Polska, a właściwie jej rząd. Przyjmuję tu założenie, że „praworządność”, „rządy prawa” oraz „państwo prawne” są tożsame i zmierzają do stanu, w którym państwo nie tyle wykonuje władzę za pomocą prawa, ale jest w procesie rządzenia prawu podporządkowane. Praworządność jest definiowana przez KE jako przejrzysty, odpowiedzialny, demokratyczny i pluralistyczny proces uchwalania prawa, pewność prawa, zakaz arbitralności w działaniu władz wykonawczych, niezależne i bezstronne sądy, skuteczną kontrolę sądową, w tym kontrolę poszanowania praw podstawowych oraz równość wobec prawa¹⁸.

¹⁵ R. Grzeszczak, I.P. Karolewski, *Mind the Gap! Schwierigkeiten der Rechtsstaatlichkeit in der EU*, „Verfassungsblog” 26.09.2017, <http://verfassungsblog.de/mind-the-gap-schwierigkeiten-der-rechtsstaatlichkeit-in-der-eu>; szeroko na ten temat zob. W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, „Sydney Law School Research Paper” 2018, no. 18/01, s. 17-31; także N. Borneo, *On Democratic Backsliding*, „Journal of Democracy” 2016, vol. 27, s. 5-19.

¹⁶ Definicja za referatem W. Sadurskiego pt. *Near Misses: Avoiding Constitutional Retrogression*, wygłoszonym podczas konferencji The International Society of Public Law (ICON-S) „Identity, Security, Democracy: Challenges for Public Law” na Uniwersytecie w Hongkongu, 26.06.2018; zob. także R. Grzeszczak, *Skuteczność unijnych procedur...*, s. 17.

¹⁷ R. Grzeszczak, *Teorie integracji europejskiej*, [w:] A. Wróbel (red.), *System Prawa...*, t. I, s. 7.

¹⁸ Szeroko zob. J. Barcz, R. Grzeszczak, A. Nowak-Far, J. Truszczyński, *Praworządność a unijne fundusze (prawne i praktyczne aspekty interpretacji ustaleń Rady Europejskiej z 11.12.2020 r.)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 11, s. 140-156.

Wspomniana już obecność Polski w podręcznikach do prawa UE uwieczni wydarzenia precedensowe w integracji europejskiej właśnie z Polską w roli głównej jako państwem torującym niechlubne procedury systemowego łamania praworządności, a w efekcie pierwszego zastosowania miękkiej procedury Komisji Europejskiej w sprawie kontroli i ochrony praworządności (styczeń 2016¹⁹) oraz uruchomienia po raz pierwszy w historii UE, w grudniu 2017 r.²⁰, mechanizmu art. 7 TUE, odmawiającym wykonania realokacji uchodźców i stosującym niehumanitarne praktyki wobec uchodźców na granicy z Białorusią, skonfliktowanym z instytucjami unijnymi i wieloma państwami członkowskimi, niestosującym się do wyroków i postanowień Trybunału Sprawiedliwości i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, kwestionującym wreszcie zasady pierwszeństwa prawa UE (wypowiedź Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2021 r., sprawa K 3/21)²¹.

Sytuacja w zakresie praworządności i jej ochrony w UE wiąże się z szeregiem paradoksów. Wynikają one po części z pewnych cech strukturalnych samej UE i jej prawa, a po części z szerszego zjawiska zagrożeń dla demokracji występujących w niektórych państwach członkowskich UE. Proces demontażu praworządności polega na stopniowych zmianach ustroju konstytucyjnego, eliminowaniu jego liberalnych i demokratycznych cech i zastępowaniu ich cechami autorytarnymi, co skutkuje fundamentalnymi i trwałymi zmianami w krajowych rozwiązaniach konstytucyjnych²².

Nie jest możliwe ani też celowe omówienie tu każdej inicjatywy legislacyjnej w Polsce, która w ostatnich latach wywołała krytykę co do stanu praworządności w Polsce. W ciągu 6 lat polskie władze przyjęły wiele ustaw mających wpływ m.in. na strukturę wymiaru sprawiedliwości w Polsce, a zwłaszcza na Trybunał Konstytucyjny, Sąd Najwyższy, sądy powszechne, Krajową Radę Sądownictwa, policję, prokuraturę i Krajową Szkołę Sądownictwa. Zmiany te prowadziły do zmiany Konstytucji w drodze ustaw. W obliczu bierności Trybunału Konstytucyjnego, a nawet widocznej jego przychylności dla władzy, zmieniane prawo umożliwiało władzy wykonawczej systematyczną polityczną ingerencję w skład, kompetencje, administrację i funkcjonowanie władzy sądowniczej. Zmiana ustrojowa Polski widoczna jest również, i tak samo wpływowa, w praktyce organów państwa oraz aksjologii i języku polityki. Istnieje wiele wielopoziomowych reform prawnych, które budzą

¹⁹ Komunikat Komisji Europejskiej: *Nowe, nowoczesne wieloletnie ramy finansowe dla Unii Europejskiej, która skutecznie realizuje swoje priorytety po 2020 r.*, COM(2018) 98 final; zob. Komunikat prasowy Komisji Europejskiej *Rule of law in Poland: Commission starts dialogue* z 13 stycznia 2016 r.: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-62_en.htm [dostęp 6.11.2021].

²⁰ Wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie stwierdzenia wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez Rzeczpospolitą Polską zasady praworządności z dnia 20 grudnia 2017 r., COM(2017) 835 final.

²¹ W chwili przygotowywania artykułu powstało już wiele komentarzy dotyczących wypowiedzi TK z 7 października 2021 r., warto zwrócić uwagę zwłaszcza na uchwałę nr 4/2021 Komitetu Nauk Prawnych PAN z 12 stycznia 2021 r., <https://knp.pan.pl/> [dostęp 6.11.2021].

²² R. Grzeszczak, S. Terrett, *The EU's role in policing the rule of law: reflections on recent Polish experience*, "Northern Ireland Legal Quarterly" 2018, vol. 69(3), s. 348.

obawy dotyczące praworządności, poczynając od drobnych zmian legislacyjnych, a skończywszy na bardziej systemowych zmianach. Wśród tych ostatnich znajdują się reformy dotyczące polskiego sądownictwa zapowiadane w czasie powstawania tej analizy (jesień 2021).

W tle dyskusji o praworządności i zjawiska osuwania się demokracji w Polsce mają miejsce różne i coraz częstsze akty braku lojalności Polski tak wobec innych państw członkowskich, jak i prawa Unii, a zwłaszcza jawne lekceważenie zasad Unii Europejskiej²³. O ile wiele z dyskutowanych zmian w prawie Polskim można próbować uzasadniać funkcjonowaniem podobnych rozwiązań w którymś z innych państw członkowskich, o tyle należy jednak spojrzeć na nie w ujęciu systemowych zmian, sumować ich zakres. Wówczas dopiero otrzymuje się rzeczywisty obraz nowej sytuacji prawnej, jaka powstaje w Polsce od 2015 r. Tak też należy odczytywać ustawę z dnia 20 grudnia 2019 r. Dopiero suma podjętych działań daje pełen obraz destrukcji zasady rządów prawa w Polsce, zakresu niezgodności z prawem Unii Europejskiej.

4. A może regres, aby zachować całość?

Do niedawna większość analiz procesu integracji europejskiej zakładała, że „peryferyjność” jest stanem, który spotyka niektóre państwa UE wbrew ich woli i tymczasowo, a zdecydowanie dominuje tendencja i zgoda co do zacieśniania integracji, która tylko incydentalnie bywa wstrzymywana. Przeznaczeniem Polski byłoby więc przyjęcie wspólnej waluty, Rumunii – akcesja do strefy Schengen, całej zaś UE – coraz ściślejsza integracja polityczna, a następnie militarna. Świadome decyzje Brytyjczyków czy Duńczyków o wyhamowaniu integracji uznawano za wyjątki. Jednak sytuacja na Węgrzech i w Polsce, *brexit*, seria wspomnianych już wyborów z poparciem dla eurosceptyków (Włochy, Francja, Austria), pojawiające się hasła eurosceptyczne w partii „głównego nurtu” (Niderlandy, Belgia, Niemcy) wskazują, że „peryferyjność” zaczyna być podnoszona do rangi wartości godnej zachowania. Często odpowiedzią jest postulat przyspieszenia i pogłębienia procesów integracyjnych. Pojawia się przy tym zgoda na koncepcję zróżnicowania integracji, w której państwa zmierzające ku dalej idącej integracji traktują jej postęp jako środek presji na „maruderów” albo też pragmatyczny sposób ich marginalizacji²⁴.

W praktyce, gdy przyjrzyć się temu, co dzieje się współcześnie, jesteśmy świadkami kształtowania się różnych centrów integracyjnych, co wynika z uzgodnionych decyzji opartych na ramach prawnych pozwalających na zróżnicowanie integracji,

²³ Mowa tu o stanowiskach wielu państw członkowskich, organizacji międzynarodowych, m.in. Rady Europy (a zwłaszcza jej Komisji Weneckiej) OBWE i ONZ, samej Unii Europejskiej i jej instytucji (zwłaszcza Komisji Europejskiej i Parlamentu Europejskiego), a także wielu organizacji pozarządowych i stowarzyszeń prawników, a wreszcie doktryny.

²⁴ Za: *Perspektywy rozwoju UE: między „twardym jądrem” – a „twardymi peryferiami”*, Euractiv, 14.11.2017, <https://www.euractiv.pl/wydarzenie/perspektywy-rozwoju-ue-miedzy-twardym-jadrem-a-twardymi-peryferiami/> [dostęp 7.11.2021].

a bezpośrednią przyczyną są zazwyczaj pragmatyczne lub/i polityczne decyzje, coraz częściej populistyczne. Wciąż nie jest jasne, dokąd prowadzą UE dotychczasowe derogacje oraz projekty nowych ram prawnych współpracy, przewidzianych dla integrowania tylko grupy państw. Czy inicjowanie zróżnicowanych form współpracy i dalej idącej integracji, w tym także poza ramami UE, choć do niej nawiązujących i pośrednio z nią związanych, ma szansę przyczynienia się do umocnienia spójności Unii, czy zagraża bardziej jej fragmentacją? Wszystko to balansuje jednak, jak sędzę, niebezpiecznie na krawędzi fragmentacji procesu integracji europejskiej.

Dyskusja nad wewnętrznym różnicowaniem się procesu integracji europejskiej w ostatnich kilkunastu latach przeszła od fazy dyskusji politycznych i doktrynalnych sporów do etapu faktycznego różnicowania się zaangażowania państw członkowskich w różne obszary objęte procesem integracji europejskiej. Przejawia się ono m.in. w podjęciu procedur wzmocnionej współpracy, przyjęcia tzw. metody schengenńskiej, tzn. osiągania celów integracyjnych przez grupę państw członkowskich na podstawie umów międzynarodowych zawieranych poza strukturami unijnymi czy – przede wszystkim – w strefie euro z ustanowioną tam unią bankową. Skrajnym wyrazem tego zjawiska stał się tzw. *brexit*, czyli wystąpienie Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej²⁵.

Ostatnie lata i wydarzenia w Unii i na świecie wydają się dowodzić, że zróżnicowanie procesu integracji będzie się pogłębiać. Mimo prointegracyjnego skutku, jaki wywiera wojna w Ukrainie, także i z tym powiązane skutki mogą pchnąć integrację w jej fragmentację. Pokazała to topniejąca jedność państw członkowskich podczas spotkań Rady Europejskiej w 2022 r. w sprawie kolejnych pakietów sankcji wobec Rosji. Najważniejszym aktualnie przejawem zróżnicowania poziomów integracji jest wyodrębnienie się strefy euro. Obserwowalna jest, moim zdaniem, zmiana metody i filozofii w podejściu do integracji i samej UE, którym bliskie jest założenie „mniej unii, a więcej państwa”, czynienie polityk unijnych bardziej zależnymi od państw, co dodatkowo i naturalnie łączone jest z sięganiem do różnych formuł różnicowanej integracji – elastyczności czy wielu prędkości²⁶. Elastyczność jest bowiem konsekwencją znacznej liczby państw członkowskich, o zróżnicowanych potencjałach gospodarczych, ale też różnych uwarunkowaniach prawnych, społecznych czy politycznych. Oczywiście z samego już procesu integrowania różnorodności, co ma miejsce w UE, wynikają poważne strukturalne problemy, tj. odrębności w prowadzeniu szeregu polityk (np. zagranicznej), odmienności perspektyw i interesów. Pierwsza dekada XXI w. to silne wyodrębnienie się państw, których wspólną walutą jest euro. Proces ten charakteryzuje najpełniej zróżnicowanie integracji w praktyce. To one wyraźnie ustanowiły jądro integracyjne. Jednak wraz z rozwojem kryzysu doszło do dalszego wewnętrznego zróżnicowania, a w efekcie do silnej polaryzacji

²⁵ J. Barcz, *Od lizbońskiej do postlizbońskiej Unii Europejskiej. Główne kierunki reformy ustrojowej procesu integracji europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 169.

²⁶ R. Grzeszczak (ed.), *Renationalisation of the Integration Process in the Internal Market of the European Union*, Nomos, Baden-Baden 2018, s. 11 i n.

poszczególnych państw w strefie euro. Jest to proces grupowania się państw tej strefy w bardziej jednorodną przestrzeń prawno-instytucjonalną oraz wyłączania pozostałych (zwłaszcza nowych) członków Unii na jej peryferie. Co więcej, Traktat o stabilności, koordynacji i zarządzaniu w unii gospodarczej i walutowej (tzw. traktat fiskalny) oznacza ponowne sięgnięcie do metody schengenńskiej, która także może prowadzić do pominięcia w procesie decyzyjnym instytucji unijnych i pozostałych poza strefą euro państw członkowskich.

Celem wzmocnionej współpracy jest „sprzyjanie realizacji celów Unii, ochrona jej interesów oraz wzmocnienie procesu jej integracji”. Regulacje dotyczące tego mechanizmu wprowadzone zostały do prawa pierwotnego dopiero przez traktat z Amsterdamu w 1999 r., a aktualnie znajdują się w art. 20 TUE i art. 326-334 TFUE. Jest to mechanizm pozwalający grupie państw członkowskich na pogłębienie współpracy w ramach kompetencji dzielonych Unii. Istotą wzmocnionej współpracy jest przede wszystkim działanie jako swoistej awangardy procesów integracyjnych, a więc grupy państw, do której z czasem powinny przystąpić wszystkie pozostałe państwa członkowskie. Wzmocniona współpraca działać ma na zasadach katalizatora podejmowania decyzji poprzez przełamywanie impasu decyzyjnego. Jej uruchomienie powinno wywoływać natomiast efekt tzw. przyciągania innych państw. Wzmocniona współpraca była początkowo wykorzystywana raczej jako instrument polityczny lub karta przetargowa służąca „przekonywaniu” opornych państw członkowskich i osiągnięciu konsensu, a nie była zastosowana w praktyce. Zasadniczo bowiem, jak pokazuje praktyka, państwa członkowskie preferują zawieranie różnego rodzaju porozumień i wspólnych umów w obszarach wrażliwych z punktu widzenia suwerenności politycznej niż podejmowanie działań, których skutkiem jest wykluczenie części z nich z procesów integracyjnych.

5. Zakończenie

Aby zrozumieć przyszłość, należy spojrzeć na przeszłość, a w tym wypadku tę nieodległą, która silnie wpływa na obecną sytuację w Unii, i tę, w której Unia się znajdzie za kilka lat. Przede wszystkim Unia jest związana wciąż konsekwencjami kryzysu finansowego z 2008 r., niejasny jest nadal efekt programów naprawczych w związku ze skutkami pandemii. Do problemów natury finansowej dołączył kryzys związany z napływem uchodźców, który już w 2015 r., a w roku 2021 na nowo ujawnił głębokie różnice między państwami członkowskimi w kwestii tego, jakiego rodzaju globalnej solidarności należy oczekiwać od Unii i do jakiej wzajemnej solidarności są zobowiązane same państwa członkowskie. Kolejnym problemem, który odciska silne piętno na współczesnej Unii, a który będzie rzutować na jej przyszłość i zapewne doprowadzi do zmiany traktatów stanowiących UE, jest zjawisko osuwania się demokracji w państwach członkowskich, zbliżających się do uznania ich za autorytarne. Jeszcze przed epidemią UE jej państwa członkowskie nie były w stanie podjąć skutecznych działań zaradczych, a mechanizmy traktatowe dla ochrony

wartości Unii z art. 2 w zw. z art. 7 TUE okazały się niewystarczalne. Proces destrukcji praworządności w państwach trwa, a kryzys epidemii koronawirusa stał się dodatkowym pretekstem do jego kontynuowania²⁷.

UE w bezruchu zostanie uznana za niepotrzebną, co będą starali się wykorzystać populistyczni politycy, coraz silniejsi w Europie 3. dekady XXI w. Niebezpiecznie przedstawia się tendencja do traktowania Unii jako tworu zewnętrznego i przyzwolenia państw członkowskich i ich społeczeństw na np. protekcyjizm własnych towarów, usług czy miejsc pracy. Ciągła reforma i rozwój Unii Europejskiej są zatem potrzebne i nieodzowne. Zdają sobie z tego sprawę przywódcy państw członkowskich i instytucji Unii. Drogi reformy są różne, ale ciąży na nich wola polityczna, uwarunkowania gospodarcze. Sama forma reformy jest także otwarta. Kryzys gospodarczo-społeczny po epidemii uderzy w dochody rządowe i doprowadzi zapewne do gwałtownego wzrostu długu publicznego i bezrobocia albo inflacji, co już obserwujemy. Niesie to wiele niebezpieczeństw, np. rozwarstwienie po-pandemiczne grozi rozłamem na linii północ-południe UE, a to stanowiłoby niebezpieczeństwo dla przyszłości strefy euro. To, co czeka Unię, to przededefiniowanie sposobu kształtowania polityk, zwłaszcza redystrybucyjnych (pomocowych). Zapewne zyska na znaczeniu w praktyce socjalna metoda rozwiązywania kryzysów. W efekcie gospodarka powinna stać się bardziej inkluzywna, a Unia Europejska będzie angażować się zdecydowanie silniej w wyrównywanie społecznych podziałów, które pogłębi kryzys. Jednak mam osobiście nadzieję, że tak jak w tragedii greckiej, po kryzysie następuje *katharsis* – oczyszczenie. Ten potencjał tkwi także w obecnym kryzysie (w) Unii Europejskiej z 2021 r.

²⁷ Szerzej zob. R. Grzeszczak, *Z perspektywy...*, s. 1297-1323.

Jurysdykcja Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawach dotyczących Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa

1. Wprowadzenie

W wyroku w sprawie *Les Verts* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) orzekł, że „Unia jest unią prawa, to znaczy, że zarówno państwa członkowskie, jak i instytucje podlegają kontroli zgodności wydanych przez nie aktów z podstawową kartą konstytucyjną, jaką stanowi traktat”¹. W ten sposób umożliwił on kierowanie skarg o stwierdzenie nieważności przeciwko aktom Parlamentu Europejskiego, nawet jeśli instytucja ta nie była wyraźnie wymieniona jako instytucja, której akty mogą być poddane kontroli legalności, w pierwszym akapicie dawnego art. 263 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)². Artykuł 19 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) powierza sądom Unii misję zapewnienia „poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów”, a państwa członkowskie zobowiązuje do ustanawiania środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii. Zgodnie z orzecznictwem „w TFUE, w art. 263 i 277 z jednej strony oraz w art. 267 z drugiej, ustanowiono kompletny system środków prawnych i procedur zapewniający kontrolę legalności aktów Unii, powierzając ją sądom Unii”³. Na uwagę jednakże zasługuje fakt, że z art. 24 ust. 1 TUE oraz z art. 275 akapit pierwszy TFUE wynika, że TSUE nie jest w zasadzie właściwy w zakresie postanowień dotyczących Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa (WPZiB) ani w zakresie aktów

* Dr Adriana Kalicka-Mikołajczyk, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0002-1250-5052.

¹ Wyrok TS z dnia 23 kwietnia 1986 r., *Parti écologiste „Les Verts” p. Parlamentowi Europejskiemu*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

² Owa bierna legitymacja Parlamentu w dziedzinie skarg o stwierdzenie nieważności została uzupełniona legitymacją czynną, ustaloną w wyroku TS z 4 października 1991 r., *Parlament p. Radzie*, C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, pkt 26. Trybunał stwierdził, że jeśli tekst traktatu EWG nie wymienia Parlamentu pośród instytucji, które mogą wnieść skargę o stwierdzenie nieważności, może to stanowić „lukę w przepisach proceduralnych, która nie może [...] przeważać nad podstawowym interesem, jakim jest utrzymanie i poszanowanie równowagi instytucjonalnej zdefiniowanej w traktatach ustanawiających Wspólnoty Europejskiej”.

³ Wyrok TS: z dnia 3 października 2013 r., *Inuit Tapiriit Kanatami i in. p. Parlamentowi i Radzie*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pkt 92. Podobnie wyroki: w sprawie 294/83, pkt 23; z 25 lipca 2002 r., *Unión de Pequeños Agricultores p. Radzie*, C-50/00 P, EU:C:2002:462, pkt 40; z 19 grudnia 2013 r., *Telefónica p. Komisji*, C-274/12 P, ECLI:EU:C:2013:852, pkt 57; z 28 kwietnia 2015 r., *T & L Sugars i Sidul Açúcares p. Komisji*, C-456/13 P, ECLI:EU:C:2015:284, pkt 45; a także postanowienie TS z 24 lutego 2015 r., *Pesquerias Riveirenses i in. p. Radzie*, C-164/14 P, ECLI:EU:C:2015:111, pkt 40.

przyjętych na ich podstawie⁴. Jednak przywoływany już art. 24 ust. 1 TUE oraz art. 275 akapit pierwszy TFUE ustanawiają odstępstwo od zasady ogólnej jurysdykcji, którą art. 19 TUE przyznaje TSUE w celu zapewnienia poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów, i w konsekwencji muszą one być interpretowane ściśle⁵. W tym zakresie należy podkreślić, że jak wynika zarówno z art. 2 TUE, znajdującego się w postanowieniach wspólnych traktatu UE, jak i z art. 21 TUE, odnoszącego się do działań zewnętrznych Unii Europejskiej (Unia), do którego odsyła art. 23 TUE dotyczący WPZiB, Unia oparta jest w szczególności na wartościach równości i państwa prawa⁶. Tymczasem samo istnienie skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu poszanowania przepisów prawa Unii jest nierozzerwalnie związane z istnieniem państwa prawa⁷.

Celem artykułu jest udzielenie odpowiedzi, jaki jest zakres jurysdykcji TSUE w obszarze WPZiB, to znaczy czy posiada on kompetencje do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni aktów przyjętych w ramach tej polityki⁸.

Niniejszy artykuł wpisuje się w zakres zainteresowań naukowych Pana Profesora Krzysztofa Wójtowicza obejmujący system sądowy Unii Europejskiej, ale również kwestie poświęcone polityce zagranicznej Unii⁹.

2. Kontrola sądowa TSUE dokonywana na podstawie art. 24 TUE i art. 275 TFUE

Wejście w życie postanowień traktatu z Lizbony spowodowało zlikwidowanie trójfilarowej struktury Unii i włączenie w ogólne ramy wspólnotowe przepisów

⁴ Wyroki TS: z 24 czerwca 2014 r., *Parlament Europejski p. Radzie Unii Europejskiej*, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, pkt 69; z 12 listopada 2015 r., *Elitaliana SpA p. Eulex Kosowo*, C-439/13 P, ECLI:EU:C:2015:753, pkt 41.

⁵ Sprawa C-658/11, pkt 70 oraz sprawa C-439/13, pkt 42.

⁶ Wyrok TS z 27 lutego 2007 r., *Segi, Araitz Zubimendi Izaga i Aritza Galarrraga p. Radzie Unii Europejskiej*, C-355/04 P, ECLI:EU:C:2007:116, pkt 51 oraz opinia TS z 18 grudnia 2014 r., *Przystąpienie Unii Europejskiej do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 168, 169.

⁷ Wyrok TS z 6 października 2015 r., *Maximillian Schrems vs. Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, pkt 95.

⁸ Prezentowane poglądy są wyłącznie poglądami autorki niniejszego tekstu.

⁹ Na ten temat m. in.: K. Wójtowicz, *Orzeczenie wstępne Trybunału Wspólnot Europejskich*, Acta Universitatis Wratislaviensis no. 1850, „Przegląd Prawa i Administracji” 1996, t. XXXIV; *idem*, *Autonomia prawa Unii Europejskiej w wersji ofensywnej – uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Kadi*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu: prace dedykowane profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012, s. 262-271; *idem*, *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Biuro Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012; *idem*, *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej a kompetencje państw członkowskich*, [w:] J. Galster, A. Szczerba-Zawada (red.), *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej. Prawo i praktyka*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2016, s. 73-85; K. Wójtowicz, T.T. Koncewicz, *Trybunał Sprawiedliwości i Sąd I instancji: wybór aktów prawnych z wprowadzeniem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.

w sprawie WPZiB. Nie spowodowało to jednak pełnego jej „uwspólnotowienia” z uwagi na fakt, że w dalszym ciągu „podlega szczególnym zasadom i procedurom”¹⁰. Jedną z istotnych cech specjalnych ram opracowanych przez państwa członkowskie dla WPZiB są ograniczone kompetencje przyznane w tym obszarze TSUE. Można śmiało powiedzieć, że pomimo względnego poszerzenia jego jurysdykcji wykonywanie przez TSUE kontroli sądowej w odniesieniu do WPZiB ma miejsce tylko w wyjątkowych okolicznościach. Niemniej jednak, jak będziemy mieli okazję się przekonać w dalszej części artykułu, dokładne jej granice nie są w pełni jasne.

Na wstępie należy wyraźnie podkreślić, iż art. 24 ust. 1 TUE jest jednym z podstawowych przepisów dotyczących WPZiB. Umiejscowiony został po przepisie otwierającym rozdział 2 „Postanowienia szczególne dotyczące wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa” sekcja 1 „Postanowienia wspólne” tytułu V TUE. Podczas gdy w art. 23 TUE zdefiniowano cele WPZiB, w art. 24 TUE określono zakres WPZiB, jej podstawowe ramy instytucjonalne i naczelne zasady. W szczególności art. 24 ust. 1 TUE rozpoczyna się od określenia zakresu tej polityki, która obejmuje „wszelkie dziedziny polityki zagranicznej i ogół kwestii dotyczących bezpieczeństwa Unii”. Następnie określono w nim podstawowe ramy instytucjonalne, wyraźnie wskazując, że WPZiB „podlega szczególnym zasadom i procedurom”, i przedstawiając podstawowe role odgrywane w jej ramach przez Radę Europejską, Radę i Wysokiego Przedstawiciela Unii do Spraw Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa. Na koniec art. 24 ust. 1 TUE stanowi, że z zastrzeżeniem pewnych wyjątków TSUE „nie jest właściwy w zakresie tych postanowień”. Tym samym odczytywane w kontekście sformułowanie „tych postanowień” może jedynie odnosić się do wszystkich postanowień zawartych w TUE, dotyczących WPZiB, to jest całego rozdziału 2 tytułu V TUE. Taka interpretacja znajduje również potwierdzenie w treści art. 275 TFUE, który wyraźnie wyłącza właściwość TSUE w odniesieniu do przepisów dotyczących WPZiB¹¹.

Zgodnie z orzecznictwem w traktatach ustanowiono kompletny system środków prawnych i procedur mających na celu zapewnienie kontroli legalności aktów Unii i powierzono tę kontrolę TSUE¹². W rezultacie osoby fizyczne i prawne, które nie mogą, z racji przesłanek dopuszczalności określonych w art. 263 akapit czwarty TFUE, skarżyć bezpośrednio aktów Unii o charakterze generalnym, są chronione przed stosowaniem wobec nich takich aktów. Jeżeli wdrożenie tych aktów należy do instytucji Unii, to osoby te mogą wnieść skargę bezpośrednią do Sądu przeciwko aktom wykonawczym na zasadach określonych w art. 263 akapit czwarty TFUE

¹⁰ Art. 24 ust. 1 i 2 Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016), Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016 r.

¹¹ „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy w zakresie postanowień dotyczących wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa ani w zakresie aktów przyjętych na ich podstawie. Trybunał jest jednak właściwy w zakresie kontroli przestrzegania artykułu 40 Traktatu o Unii Europejskiej oraz orzekania w sprawie skarg wniesionych na warunkach przewidzianych w artykule 263 akapit czwarty niniejszego Traktatu, dotyczących kontroli legalności decyzji przewidujących środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 Traktatu o Unii Europejskiej”.

¹² Sprawa 294/83, pkt 23; sprawa C-50/00 P, pkt 40 i sprawa C-583/11 P, s. 92.

i podnieść zgodnie z art. 277 TFUE na poparcie skargi zarzut niezgodności z prawem aktu o charakterze generalnym. W odwrotnym przypadku, jeżeli wdrożenie jest zadaniem państw członkowskich, osoby te mogą dochodzić stwierdzenia nieważności aktu Unii przed sądami krajowymi i spowodować wystąpienie przez te sądy z pytaniem prejudycjalnym do TSUE na podstawie art. 267 TFUE¹³. Zasady te nie mają jednak w pełni zastosowania w odniesieniu do aktów Unii w obszarze WPZiB.

Faktycznie art. 24 ust. 1 TUE i art. 275 TFUE stanowią, że TSUE nie jest właściwy w zakresie postanowień dotyczących WPZiB ani aktów przyjętych na podstawie tych przepisów, z wyjątkiem dwóch szczególnych sytuacji. Po pierwsze, TSUE może kontrolować przestrzeganie art. 40 TUE, który ustanawia między WPZiB i innymi kompetencjami Unii zasadę zakazu wzajemnej ingerencji. Po drugie, TSUE jest właściwy do orzekania w zakresie skarg wniesionych przez osoby fizyczne lub prawne przeciwko decyzjom przewidującym środki ograniczające przyjęte przez Radę w ramach WPZiB. Podkreślić jednakże należy, że w obszarze WPZiB Unia posiada uprawnienie do przyjmowania aktów prawnie wiążących zarówno w stosunku do swoich instytucji, jak i w stosunku do państw członkowskich¹⁴. Z drugiej strony, celami Unii w obszarze WPZiB nie jest przyjmowanie aktów wprowadzających ogólne i abstrakcyjne przepisy tworzące prawa i obowiązki jednostek¹⁵. Ta jej cecha wyjaśnia, dlaczego WPZiB została ustanowiona przez traktat z Maastricht jako zestaw przepisów, które słusznie Rzecznik Generalny Nils Wahl określił jako *lex imperfecta*, i to z dwóch powodów¹⁶. Po pierwsze, w traktatach nie została wyraźnie przewidziana żadna procedura sądowa mająca na celu egzekucję i kary w wypadku naruszeń. A zatem nie ma sposobu zapewnienia przestrzegania tych przepisów przez państwa członkowskie¹⁷ lub niestosujące się do nich instytucje Unii¹⁸. Po drugie, jednostkom, których prawa mogłyby być naruszone przez akty przyjęte w ramach WPZiB, przysługują jedynie ograniczone środki prawne. Faktycznie dostęp do TSUE albo bezpośredni poprzez bezpośrednio skierowane skargi, albo pośredni poprzez wnioski o wydanie

¹³ Sprawa C-583/11 P, pkt 92, 93 i przytoczone tam orzecznictwo.

¹⁴ Brzmienie art. 24 ust. 3 i art. 31 ust. 1 TUE jest bardzo wyraźne w tym zakresie.

¹⁵ Art. 24 ust. 1 i art. 31 ust. 1 TUE.

¹⁶ Jest to wywodzący się z prawa rzymskiego starożytny termin, ogólnie stosowany w celu opisanie prawa, które nakłada obowiązek lub zabrania danego zachowania, lecz nie przewiduje żadnej sankcji za jego naruszenie.

¹⁷ Uważam za rozsądne, aby uznać, że procedury określone w art. 7 TUE na wypadek poważnych naruszeń wartości Unii powinny być stosowane w odniesieniu do działań (lub zaniechań) państw członkowskich również w ramach WPZiB. Z drugiej strony, określone w art. 258-260 TFUE postępowanie w sprawie naruszenia wydaje się być całkowicie wykluczone w wypadku zwykłych naruszeń przepisów WPZiB. Niemniej zasugerowano, że postępowanie to może być dostępne w wypadku, gdy systematyczne i trwałe naruszanie przepisów WPZiB (wraz z ewentualnym naruszeniem innych przepisów prawa Unii) może stanowić naruszenie przepisów ogólnych dotyczących działań zewnętrznych Unii lub zapisanej w art. 4 ust. 3 TUE zasady lojalnej współpracy, która w ramach WPZiB ma szczególne znaczenie w szczególności art. 24 ust. 3 TUE. Zob. np. C. Hillion, *A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, [w:] M. Cremona, A. Thies (eds.), *The European Court of Justice and External Relations: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford 2016, s. 24-28.

¹⁸ Na przykład wydaje się, że nie istnieje procedura mająca na celu zbadanie, czy działania lub zaniechania instytucji w dziedzinie WPZiB są zgodne z przepisami rozdziału 2 tytułu V TUE.

orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jest poważnie ograniczony. Charakter *lex imperfecta* cechujący przepisy o WPZiB swoją genezę wywodzi ze szczególnego charakteru drugiego filaru ustanowionego traktatem z Maastricht: hybrydowego systemu łączącego cechy ówczesnego prawa wspólnotowego i prawa międzynarodowego publicznego¹⁹. Brak wiążącego mechanizmu o charakterze sądowym służącego rozstrzygnięciu sporów jest w oczywisty sposób cechą wchodzącą w ramy międzyrządowego charakteru WPZiB. Poza tym w większości, jeśli nie we wszystkich państwach członkowskich sądy krajowe tradycyjnie praktykują pewne formy ograniczeń drogi sądowej w odniesieniu do aktów państwa w sferze polityki zagranicznej²⁰.

Nie należy jednakże zapominać, że obecnie WPZiB jest nieodłączną częścią porządku prawnego Unii, nawet jeżeli zachowuje pewne cechy szczególne. W konsekwencji tradycyjne mechanizmy egzekwowania i sankcji, które istnieją w ramach prawa międzynarodowego publicznego, nie mogą być do niej stosowane. Wynika to z dwóch faktów. Po pierwsze, odmiennie niż państwa działające zgodnie z zasadami prawa międzynarodowego państwa członkowskie nie mogą swobodnie wybrać sposobu, w jaki chcą rozwiązać powstały między nimi spór²¹. Brzmienie art. 344 TFUE jest w tym względzie jednoznaczne, a ostatnie orzecznictwo TSUE potwierdza raczej rygorystyczną wykładnię tego przepisu²². Z tego względu, pomimo ograniczonej właściwości przyznanej TSUE i sądom krajowym w obszarze WPZiB, żaden inny organ sądowniczy nie może zostać wyposażony w wyłączną kompetencję w tym obszarze zapewniającą „poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów”²³. Po drugie, w systemie unijnym nie jest dopuszczalna żadna forma represji lub innej sankcji nałożonej przez państwo, w tym w dziedzinie WPZiB²⁴. Jak stwierdził TSUE, państwo członkowskie w żadnym wypadku nie może jednostronnie i z własnej inicjatywy przyjąć środków naprawczych ani ochronnych „zmierzających do zapobiegania nieprzestrzeganiu przez inne państwo członkowskie przepisów traktatu”²⁵ lub „w celu zapobiegania ewentualnym naruszeniom przepisów prawa Unii przez instytucję”²⁶.

Rozważania te podkreślają jeszcze bardziej ograniczenia związane z systemem ustanowionej na mocy traktatów kontroli sądowej w odniesieniu do WPZiB. System

¹⁹ Wyrok TS z dnia 3 września 2008 r., *Yassin Abdullah Kadi i Al Barakaat International Foundation p. Radzie Unii Europejskiej i Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone C-402/05 P oraz C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, pkt 202.

²⁰ J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2008, s. 88, 103 i n.

²¹ Odnośnie do prawa międzynarodowego: Opinia doradcza Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej z 23 lipca 1923 r. w sprawie Statusu Karelii wschodniej, Opinia doradcza, pkt 27, https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf [dostęp 10.10.2021]. Także M.N. Shaw, *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, Cambridge 2008, s. 1014.

²² Opinia 2/13, pkt 201-214.

²³ Art. 19 ust. 1 TUE.

²⁴ Podobnie opinia rzecznika generalnego P. Légera z dnia 20 czerwca 1995 r. w sprawie C-5/94 *Hedley Lomas*, ECLI: EU:C:1995:193, pkt 27.

²⁵ Wyrok TS z 25 września 1979 r., *Komisja p. Francji*, 232/78, ECLI:EU:C:1979:215, pkt 9.

²⁶ Wyrok TS z 12 lutego 2009 r., *Komisja p. Grecji*, C-45/07, ECLI:EU:C:2009:81, pkt 26.

ten jest w rzeczywistości wynikiem wyboru dokonanego przez państwa członkowskie, które podjęły decyzję o nieprzyznaniu TSUE ogólnej i bezwzględnej kompetencji w odniesieniu do całości traktatów unijnych. TSUE nie może zatem interpretować przepisów zawartych w traktatach w celu poszerzenia swojej właściwości w sposób wykraczający poza dosłowne brzmienie tych przepisów lub w celu tworzenia nowych środków prawnych w nich nieprzewidzianych²⁷. Tak jak każda inna instytucja Unii także on musi przestrzegać zasady kompetencji powierzonych. W szczególności zgodnie z art. 13 ust. 2 TUE TSUE „działa w granicach uprawnień przyznanych na mocy traktatów, zgodnie z procedurami, na warunkach i w celach w nich określonych”. A zatem do państw członkowskich należy w razie potrzeby zreformowanie obecnie obowiązującego systemu zgodnie z art. 48 TUE²⁸. Jednakże kompetencje przyznane TSUE w tej dziedzinie w traktatach, jakkolwiek ograniczone, nie mogą być pomijane. W tym względzie TSUE stwierdził, że przepisy wyłączające jego właściwość do orzekania w przedmiocie ważności i wykładni aktów Unii mają charakter wyjątkowy i jako takie powinny być interpretowane zawężająco²⁹. W związku z tym uznał on swoją właściwość w odniesieniu do aktów, które, choć przyjęte w ramach WPZiB, zostały oparte na horyzontalnych lub nienależących do WPZiB podstawach prawnych, czy to o charakterze materialnoprawnym³⁰, czy też proceduralnym³¹. Ponadto TSUE jest uprawniony z jednej strony do kontroli, czy dany akt WPZiB powinien być przyjęty na podstawie przepisu nienależącego do WPZiB³², oraz z drugiej strony, czy dany akt z zakresu WPZiB, co do którego jego właściwość wydaje się być wyłączona, powinien ze względu na swój charakter, zakres i skutki być przyjęty w formie aktu z zakresu WPZiB, co do którego, wyjątkowo, TSUE jest właściwy.

3. Kompetencja TSUE do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni aktów WPZiB

Na pierwszy rzut oka kompetencje TSUE w dziedzinie WPZiB wydają się być wykluczone przez art. 24 ust. 1 akapit drugi TUE i art. 275 akapit pierwszy TFUE. Przypomnieć jednakże należy, że TSUE miał okazję zbadać kwestie związane ze swoimi kompetencjami w dziedzinie WPZiB w opinii 2/13, w której stwierdził, że nie miał jeszcze okazji, aby dokładnie określić zakres ograniczeń swoich kompetencji wynikających w zakresie WPZiB, tj. z art. 24 ust. 1 akapit drugi TUE i art. 275 TFUE³³. Następnie orzekł, że „wystarczy stwierdzić, że w obecnym stanie prawa Unii niektóre akty wydane w ramach WPZiB nie są objęte kontrolą sądową Trybunału”,

²⁷ Sprawa C-50/00 P, pkt 44.

²⁸ *Ibidem*, pkt 45.

²⁹ Sprawa C-355/04 P, pkt 53; sprawa C-354/04 P, pkt 53.

³⁰ Sprawa C-439/13 P, pkt 41-50.

³¹ Sprawa C-658/11, pkt 69-74.

³² Artykuł 40 TUE.

³³ Opinia 2/13, pkt 251.

lecz ich nie sprecyzował³⁴. Ponadto o ile zasadą jest kontrola zgodności z prawem aktów Unii, na podstawie art. 19 TUE, art. 263 TFUE, 277 TFUE i 267 TFUE, o tyle art. 24 ust. 1 akapit drugi TUE i art. 275 akapit pierwszy TFUE ustanawiają klauzulę *carve-out* w odniesieniu do właściwości sądów Unii, czyli innymi słowy „odstępstwo od zasady ogólnej właściwości, którą art. 19 TUE przyznaje TSUE, w konsekwencji muszą być interpretowane ściśle”³⁵.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy w zakresie tych postanowień”, podczas gdy art. 275 akapit pierwszy TFUE stanowi, że „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy w zakresie postanowień dotyczących WPZiB ani w zakresie aktów przyjętych na ich podstawie”. Obecność w art. 275 akapit pierwszy TFUE pojęcia „postanowień dotyczących WPZiB” może sprawiać mylne wrażenie, że sądy Unii nie mają żadnej właściwości w odniesieniu do wszelkich postanowień TFUE, które, mimo że nie należą do WPZiB, mogą jej dotyczyć. TSUE jednakże nigdy nie przyjął szerokiej wykładni art. 275 akapit pierwszy TFUE. Wręcz przeciwnie, orzekł on, że akt oparty na art. 37 TUE, który stanowi część postanowień WPZiB TUE, i art. 218 ust. 5 i 6 TFUE nie jest wykluczony z kontroli sądowej, ponieważ art. 218 TFUE, będący postanowieniem wyraźnie dotyczącym WPZiB, „ma zakres ogólny i w konsekwencji stosuje się go w zasadzie do wszystkich umów międzynarodowych negocjowanych i zawieranych przez Unię we wszystkich dziedzinach jej działań, w tym w odniesieniu do WPZiB”³⁶. Klauzula *carve-out* dotyczy zatem tylko postanowień art. 23-46 TUE i aktów Unii przyjętych na ich podstawie³⁷. Wynika z tego, że do zakresu przedmiotowego jej stosowania należą rozporządzenia przyjęte przez Radę na podstawie art. 215 TFUE. Ponadto aby akt WPZiB mógł korzystać z immunitetu jurysdykcyjnego, nie tylko jego podstawa prawna powinna mieścić się wśród art. 23-46 TUE, ale i jego treść musi dotyczyć prowadzenia WPZiB.

Sytuację powyższą najlepiej obrazuje wyrok wydany w dniu 12 listopada 2015 r. w sprawie *Elitaliana SpA p. Eulex Kosowo*³⁸. W dniu 4 lutego 2008 r. Rada przyjęła wspólne działanie 2008/124/WPZiB w sprawie misji Unii Europejskiej

³⁴ TSUE nie przyjął jednak bardzo jasnej tezy rzecznik generalnej Juliane Kokott, zgodnie z którą nie jest on właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności aktów dotyczących WPZiB, co umożliwiłoby sądom państw członkowskich, przy zachowaniu ich obowiązku stosowania prawa Unii, samemu dokonywać oceny zgodności z prawem tego rodzaju aktów i nie stosować ich w przypadku, gdy uznają je za niezgodne z prawem, stanowisko rzecznik generalnej J. Kokott z 13 czerwca 2014 r. w sprawie opinii 2/13, ECLI:EU:C:2014:2475, pkt 82-103.

³⁵ Sprawa C-658/11, pkt 70 oraz sprawa C-439/13 P, pkt 42.

³⁶ Sprawa C-658/11, pkt 72.

³⁷ Wyrok TS z 28 listopada 2013 r., *Rada p. Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, C-348/12 P, ECLI:EU:C:2013:776, pkt 99, który odsyła do pkt 36-38 wyroku Sądu z 25 kwietnia 2012 r., *Manufacturing Support & Procurement Kala Naft p. Radzie*, T-509/10, ECLI:EU:T:2012:201; a także wyrok Sądu z 16 lipca 2014 r., *National Iranian Oil Company p. Radzie*, T-578/12, ECLI:EU:T:2014:678, pkt 35, który został potwierdzony przez wyrok Trybunału z 1 marca 2016 r. w sprawie *National Iranian Oil Company p. Radzie*, C-440/14 P, ECLI:EU:C:2016:128.

³⁸ Sprawa C-439/13.

w zakresie praworządności w Kosowie, Eulex Kosowo³⁹. W ramach tej misji zostało opublikowane ogłoszenie o przetargu ograniczonym dotyczącym projektu zatytułowanego „Wsparcie śmigłowca na potrzeby misji Eulex w Kosowie”, zmierzające do zawarcia umowy o świadczenie usług. Elitaliana SpA (Elitaliana) uczestniczyła w tym przetargu. Jej oferta została zaklasyfikowana na drugim miejscu. Szef misji Eulex Kosowo udzielił zamówienia ubiegającemu się, którego oferta została zaklasyfikowana na miejscu pierwszym. Z tego powodu Elitaliana wniosła skargę przeciwko Eulex Kosowo do Sądu. W postępowaniu przed Sądem Eulex Kosowo podniosło jeden zarzut niedopuszczalności oparty, po pierwsze, na braku statusu strony pozwanej przez Eulex Kosowo, oraz po drugie, na braku właściwości Sądu w zakresie aktów dotyczących WPZiB. Postanowieniem Elitaliana/Eulex Kosowo Sąd odrzucił skargę jako niedopuszczalną. Następnie Elitaliana skierowała odwołanie do TSUE, w którym wniosła o uchylenie zaskarżonego postanowienia. Na jego podstawie TSUE musiał rozważyć kwestię, czy Eulex Kosowo jest prawnie odpowiedzialne za decyzje wydane przez szefa tej misji, a dokładniej czy skarga o stwierdzenie nieważności na podstawie art. 263 TFUE może zostać wniesiona przeciwko Eulex Kosowo. Ponadto TSUE musiał zająć stanowisko w przedmiocie zarzutów Elitaliana dotyczących naruszenia prawa podstawowego do skutecznego środka prawnego oraz istnienia usprawiedliwionego błędu po jej stronie w odniesieniu do wskazania strony pozwanej w postępowaniu przed Sądem. W wyroku TSUE orzekł, że „[...] sporne środki, o stwierdzenie nieważności, których wniesiono w związku z naruszeniem przepisów mających zastosowanie do unijnych zamówień publicznych, odnoszą się do udzielenia zamówienia publicznego, które wygenerowało wydatki pokrywane z budżetu Unii. Z powyższego wynika, że rozpatrywane zamówienie objęte jest zakresem stosowania przepisów rozporządzenia finansowego” i że „w świetle okoliczności właściwych dla niniejszej sprawy nie można stwierdzić, że zakres przewidzianego w art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 pierwszy akapit TFUE odstępstwa od właściwości Trybunału jest taki, że wyłącza on właściwość Trybunału do dokonywania wykładni i stosowania przepisów rozporządzenia finansowego dotyczących udzielania zamówień publicznych”⁴⁰.

Ograniczenie kompetencji TSUE w dziedzinie WPZiB dokonane przez klauzulę *carve-out* jest uzasadnione tym, że akty WPZiB mają z założenia odzwierciedlać jedynie decyzje o charakterze czysto politycznym, związane z prowadzeniem WPZiB, względem których kontrola sądowa jest trudna do pogodzenia z podziałem władz⁴¹.

³⁹ Wspólne działanie Rady 2008/124/WPZiB z dnia 4 lutego 2008 r. w sprawie misji Unii Europejskiej w zakresie praworządności w Kosowie, Eulex Kosowo, Dz. Urz. UE L 42 z 16.02.2008 r., s. 92-98.

⁴⁰ Sprawa C-439/13 P, pkt 48-49.

⁴¹ W prawie kilku państw członkowskich zagadnienia związane z prowadzeniem polityki zagraicznej przez rząd nie podlegają kontroli sądowej zgodnie z tzw. teorią zwaną *actes de gouvernement* (teorią aktów władzy), w szczególności: Conseil d'Etat, du 19 février 1875, 46707, publié au recueil Lebon, s. 155, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007633029/> [dostęp 2.11.2021] lub doktryną *justiciability*: w szczególności sprawa *Abbassi & Anor., R (on the application of) vs. Secretary of State for Foreign Affairs and Commonwealth Affairs*, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b46f1f52c94e0775e7ef153> [dostęp 2.11.2021].

Jednakże klauzula *claw-back* pozbawia akt WPZiB owego immunitetu jurysdykcyjnego, gdy akt wykracza poza granice WPZiB, jak ma to miejsce w przypadku decyzji WPZiB, które choć przyjęte na podstawie tytułu V rozdział 2 traktatu UE, wkraczają w zakres kompetencji nadanych Unii w TFUE, jak również decyzji WPZiB przewidujących zastosowanie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych. Już w 1998 r. TSUE orzekł w wyroku wydanym w sprawie *Komisja przeciwko Radzie*, że jest uprawniony na podstawie art. M traktatu UE (poprzednik art. 40 TUE) do „zapewnienia, aby akty prawne, co, do których Rada utrzymuje, iż objęte są art. K.3 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej, nie naruszały kompetencji przyznanych Wspólnocie na mocy postanowień traktatu WE”⁴². Podobnie, zgodnie z orzecznictwem dotyczącym kontroli legalności środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych zawartych w aktach sprzed wejścia w życie traktatu z Lizbony, „w przypadku wspólnego stanowiska, którego zasięg, z uwagi na jego treść, przekracza zasięg przewidziany w traktacie UE dla tego rodzaju aktu, powinna istnieć możliwość poddania go kontroli Trybunału”⁴³, ponieważ „możliwość wystąpienia do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym powinna przysługiwać w odniesieniu do wszystkich aktów Rady, których celem jest wywołanie skutków prawnych wobec osób trzecich, bez względu na ich charakter lub formę”⁴⁴. Klauzula *claw-back* przewidziana w art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 akapit drugi TFUE nie zmieniła istotnie sytuacji istniejącej przed przyjęciem traktatu z Lizbony. Jednakże istnieje różnica między treścią odnośnych postanowień, ale tym razem to art. 275 TFUE jest sformułowany za pomocą pojęć węższych niż art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE. Artykuł 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE przewiduje bowiem, że sądy Unii są właściwe „do kontrolowania przestrzegania artykułu 40 TUE i do kontroli legalności niektórych decyzji przewidzianych w artykule 275 akapit drugi TFUE”. Natomiast art. 275 akapit drugi TFUE stanowi, że sądy Unii są właściwe „w zakresie kontroli przestrzegania artykułu 40 TUE oraz orzekania w sprawie skarg wniesionych na warunkach przewidzianych w artykule 263 akapit czwarty TFUE, dotyczących kontroli legalności decyzji przewidujących środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE”.

W przypadku kontroli przestrzegania art. 40 TUE oba postanowienia są identyczne. Każdy akt WPZiB, który jest objęty zakresem klauzuli *carve-out*, może być kontrolowany przez sądy Unii pod kątem poszanowania art. 40 TUE. Ten aspekt klauzuli *claw-back* dotyczy między innymi aktów przyjętych na podstawie art. 215 ust. 1 i 2 TFUE, które obejmują zarówno środki przewidujące zerwanie lub ograniczenie w całości lub w części stosunków gospodarczych i finansowych z jednym lub z większą liczbą państw trzecich, jak i środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych. Niemniej jednak istnieje znacząca różnica między brzmieniem tych

⁴² W szczególności wyroki TS: z 13 września 2005 r., *Komisja p. Radzie*, C-176/03 ECLI:EU:C:2005:542, pkt 39; z 23 października 2007 r., *Komisja p. Radzie*, C-440/05, ECLI:EU:C:2007:625, pkt 53; z 20 maja 2008 r., *Komisja p. Radzie*, C-91/05 ECLI:EU:C:2008:288, pkt 33.

⁴³ Sprawa C-354/04 P, pkt 54 i sprawa C-355/04 P, pkt 54.

⁴⁴ Sprawa C-354/04 P, pkt 53 i sprawa C-355/04 P, pkt 53.

dwóch postanowień, ponieważ art. 275 akapit drugi TFUE ogranicza kontrolę legalności decyzji przewidujących zastosowanie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych do skarg o stwierdzenie nieważności wnoszonych przez te osoby zgodnie z art. 263 akapit czwarty TFUE, podczas gdy art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE przywraca właściwość TSUE w zakresie kontroli, ogólnie rzecz biorąc, legalności „niektórych decyzji przewidzianych w artykule 275 akapit drugi TFUE”, czyli „decyzji przewidujących środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE”.

Tymczasem z orzecznictwa TSUE wynika, że kontrola legalności, do której odwołuje się art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE, obejmuje nie tylko skargi o stwierdzenie nieważności wniesione na podstawie art. 263 akapit czwarty TFUE, ale również w szczególności mechanizm odesłania prejudycjalnego przewidziany w art. 267 TFUE. Zgodnie bowiem z wieloletnim i utrwalonym orzecznictwem „odesłanie prejudycjalne w kwestii ważności aktu stanowi, podobnie jak skarga o stwierdzenie nieważności, środek kontroli legalności aktów instytucji Unii”⁴⁵. Jak orzekł TSUE wyroku w sprawie *Foto-Frost*, „kompetencje przyznane Trybunałowi przez art. 267 TFUE mają w szczególności na celu zapewnienie jednolitego stosowania prawa Unii przez sądy krajowe, ponieważ rozbieżności w orzecznictwie sądów państw członkowskich dotyczące ważności aktów Unii mogłyby zagrozić nawet spójności [...] porządku prawnego Unii i naruszyć podstawowy wymóg pewności prawa”⁴⁶. Ponadto z uwagi na to, że zgodnie z orzecznictwem⁴⁷ klauzulę *carve-out* ustanowioną przez art. 275 akapit pierwszy TFUE należy interpretować jak wszelkie wyjątki, w sposób zawężający, i że zakres klauzuli *claw-back* nie może być szerszy od zakresu klauzuli *carve-out*⁴⁸, klauzula *claw-back*, która przywraca zasadę podstawową, powinna być interpretowana w sposób szeroki z uwzględnieniem mającego obszerniejszy zakres brzmienia art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE.

⁴⁵ Wyroki TS: z dnia 22 października 1987 r. *Foto-Frost*, 314/85, ECLI:EU:C:1987:452, pkt 16, oraz 294/83, pkt 23; z dnia 25 lipca 2002 r., C-50/00 P, pkt 40; z 6 grudnia 2005 r., *Gaston Schul Douane-expediteur*, C-461/03 ECLI:EU:C:2005:742, pkt 22; z 12 września 2006 r., *Reynolds Tobacco i in. p. Komisji*, C-131/03 P, ECLI:EU:C:2006:541, pkt 80; z 22 czerwca 2010 r. *Melki i Abdeli*, sprawy połączone C-188/10 i C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, pkt 54; oraz z 6 października 2015 r., C-362/14, pkt 62.

⁴⁶ Sprawa *Foto-Frost* opiera się na fakcie, że „artykuł 263 przyznaje Trybunałowi wyłączną kompetencję stwierdzenia nieważności aktu instytucji Unii” (pkt 17). Podobnie wyroki TS: z 18 lipca 2007 r., *Lucchini*, C-119/05, ECLI:EU:C:2007:434, pkt 53; z 22 czerwca 2010 r., sprawy połączone C-188/10 i C-189/10, pkt 54; z 6 listopada 2012 r., *Otis i in.*, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, pkt 53; oraz z 6 października 2015 r., C-362/14, pkt 62. Zasadę tę należy stosować do każdego aktu Unii, który albo jest objęty ogólną klauzulą właściwości TSUE, albo klauzulą *claw-back*. Jeżeli natomiast postępowanie dotyczy aktu odnoszącego się do WPZiB, który jest objęty zakresem klauzuli *carve-out*, lecz nie zakresem klauzuli *claw-back*, kontrola jego legalności należy nie do właściwości TSUE, lecz do sądów państw członkowskich, które zgodnie z art. 19 TUE mają za zadanie zapewnienie podmiotom prawnym skutecznej ochrony sądowej. Jak przewiduje bowiem art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 akapit pierwszy TFUE, to „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej nie jest właściwy”, a nie sądy państw członkowskich.

⁴⁷ Sprawa C-658/11, pkt 70 oraz sprawa C-439/13 P, pkt 42.

⁴⁸ Nie jest bowiem możliwe, aby drugi akapit art. 275 TFUE przywracał właściwość sądów Unii w odniesieniu do pytań, które nie zostały najpierw wyłączone z ich właściwości w pierwszym akapicie tego artykułu.

Wobec powyższego klauzula *claw-back* zezwala TSUE na kontrolowanie przestrzegania artykułu 40 TUE w odniesieniu do wszystkich aktów WPZiB albo w drodze skargi o stwierdzenie nieważności, albo w trybie prejudycjalnym⁴⁹, oraz kontroli legalności decyzji WPZiB przewidujących zastosowanie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE albo w trybie skargi o stwierdzenie nieważności, albo w trybie prejudycjalnym. Stanowisko przeciwnie, wyrażone przez rzecznik generalną J. Kokott w stanowisku dotyczącym opinii 2/13 i popierane w ramach niniejszej sprawy przez rządy Zjednoczonego Królestwa, czeski, niemiecki, estoński, francuski i polski oraz przez Radę, zgodnie z którym „w zakresie WPZiB traktaty nie przewidują właśnie żadnej kompetencji prejudycjalnej Trybunału”⁵⁰, trudno byłoby, moim zdaniem, pogodzić z art. 23 TUE, który stanowi, że „działania Unii na arenie międzynarodowej opierają się na zasadach, o których mowa w rozdziale 1”, w tym państwa prawnego oraz powszechności i nierozdzielności praw człowieka i podstawowych wolności, które obejmują bez wątpienia prawo dostępu do sądu oraz skutecznej ochrony sądowej⁵¹.

Z uwagi na fakt, że klauzula *claw-back* ogranicza kompetencje TSUE do kontroli legalności decyzji WPZiB przewidujących środki wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE, uprawnienia interpretacyjne, które art. 267 akapit pierwszy lit. b TFUE przyznaje TSUE, są, jak się wydaje, w odniesieniu do tych aktów wyłączone z jego kompetencji. Tymczasem w porównywalnym kontekście prawnym, w którym art. 41 traktatu EWWiS uprawniał TSUE do „orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności uchwał Wysokiej Władzy i Rady”, TSUE orzekł, że „ocena ważności aktu wymaga wcześniejszego dokonania jego wykładni”⁵². Na tej podstawie TSUE orzekł, że „niezgodna z celem i spójnością traktatów byłaby sytuacja, w której w przypadku sporu co do unormowań wynikających z traktatów WE i EWEA ustalenie ich znaczenia i zakresu należy ostatecznie do Trybunału Sprawiedliwości, tak jak to zapisano w identyczny sposób w art. 177 traktatu EWG [obecnie art. 267 TFUE – A.K.-M.] i art. 150 traktatu EWEA [obecnie uchylony – A.K.-M.], co pozwala na zapewnienie jednolitości ich stosowania, podczas gdy w przypadku, gdy rozpatrywane normy wiążą się z traktatem EWWiS, kompetencja ta pozostawałaby zastrzeżona wyłącznie dla różnych sądów krajowych, których interpretacje mogłyby się różnić, a Trybunał Sprawiedliwości nie miałby legitymacji do zapewnienia jednolitej wykładni tych norm”⁵³. Z tych powodów jeżeli sądy Unii mogą

⁴⁹ K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2014, pkt 6.05.

⁵⁰ Punkt 100 stanowiska. W pkt 101 dodała, że „niewątpliwie z punktu widzenia integracji politycznej godne ubolewania jest, że w kwestiach związanych z WPZiB Trybunał nie ma kompetencji prejudycjalnej i nie dysponuje monopolem jurysdykcyjnym w zakresie ważności aktów prawnych instytucji w rozumieniu wyroku *Foto-Frost*, ponieważ w ten sposób nie można zapewnić jednolitej wykładni i jednolitego stosowania prawa Unii w ramach WPZiB”.

⁵¹ Art. 21 ust. 1 TUE.

⁵² Wyrok TS z 22 lutego 1990 r., *Europejska Wspólnota Węgla i Stali vs. Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni SpA*, C-221/88, ECLI:EU:C:1990:84, pkt 14.

⁵³ Sprawa C-221/88, pkt 16.

czynić więcej, a mianowicie kontrolować legalność decyzji przewidującej zastosowanie środków wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętej przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE, mogą one z pewnością czynić mniej, a mianowicie dokonywać wykładni tych decyzji, w szczególności w celu uniknięcia stwierdzenia przez TSUE nieważności aktu dotyczącego WPZiB, który mógłby on utrzymać w mocy, nadając mu inną interpretację.

Posłużę się w tym miejscu przykładem decyzji Rady 2014/512 dotyczącej środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie i dokonam jej interpretacji w świetle art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 TFUE⁵⁴. Decyzja niniejsza na pierwszy rzut oka korzysta z immunitetu jurysdykcyjnego przewidzianego w klauzuli *carve-out*. Podstawą prawną jej przyjęcia jest bowiem art. 29 TUE, który znajduje się w tytule V rozdział 2 traktatu UE pod nagłówkiem „Postanowienia szczególne dotyczące wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa”, a jego treść w sposób oczywisty wchodzi w zakres WPZiB, biorąc pod uwagę, że w owej decyzji Rada ustanowiła środki ograniczające „w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie”. Uważam, że zgodnie z klauzulą *claw-back* TSUE jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym w przedmiocie zgodności decyzji 2014/512 z art. 40 TUE. Aby był on również właściwy w zakresie kontroli legalności tej decyzji w świetle jakiegokolwiek innej podstawy niż naruszenie art. 40 TUE, należy zbadać, czy decyzja ta należy do „decyzji przewidujących środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych przyjętych przez Radę na podstawie tytułu V rozdział 2 TUE” w rozumieniu art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 akapit drugi TFUE. W tym względzie należy również przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem środki ograniczające „są podobne zarówno do aktów o charakterze ogólnym, ponieważ zabraniają adresatom określonym w sposób ogólny i abstrakcyjny w szczególności udostępniania środków finansowych i zasobów gospodarczych osobom i podmiotom wymienionym w wykazach zawartych w załącznikach do tych aktów, jak również do zbioru indywidualnych decyzji stosowanych wobec takich osób i podmiotów”⁵⁵. Zdaniem TSUE „ich indywidualny charakter umożliwia dostęp do sądu Unii”⁵⁶. Należy jednakże podkreślić, że pomimo faktu, iż środki ograniczające wprowadzone w art. 4 i 4a decyzji 2014/512 wchodzą w zakres stosowania klauzuli *carve-out*, lecz nie mieszczą się już w zakresie klauzuli *claw-back*, nie mamy do czynienia z brakiem ochrony prawnej, ponieważ rozporządzenie nr 833/2014 podlega w pełni, kompetencji TSUE i powtarza niemal słowo w słowo treść tych przepisów w swoich art. 3, art. 3a i art. 4

⁵⁴ Decyzja Rady 2014/512/WPZiB z dnia 31 lipca 2014 r. dotycząca środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, Dz. Urz. UE L 229 z 31.07.2014, s. 13-17.

⁵⁵ Wyrok TS z 23 kwietnia 2013 r., *Gbagbo i in. p. Radzie*, sprawy połączone od C-478/11 P do C-482/11 P, ECLI:EU:C:2013:258, pkt 56; z 3 września 2008 r., sprawy połączone C-402/05 P i C-415/05 P, pkt 241-244; a także sprawa z 28 listopada 2013 r., C-348/12 P, pkt 99, który odsyła do pkt 36-38 wyroku w sprawie T-509/10.

⁵⁶ Sprawy połączone od C-478/11 P do C-482/11 P, pkt 57.

ust. 3 i 4⁵⁷. W razie gdyby TSUE miał stwierdzić nieważność tych przepisów rozporządzenia nr 833/2014, Rada powinna podjąć niezbędne środki w celu zapewnienia zgodności równoważnych przepisów decyzji 2014/512 z wyrokiem TSUE, i to na podstawie art. 266 TFUE. Przyjęcie bowiem na podstawie art. 215 TFUE rozporządzenia, nawet jeśli powtarza ono słowo w słowo albo uzupełnia lub doprecyzowuje środki przewidziane w decyzji dotyczącej WPZiB, jak ma to miejsce w analizowanym przypadku, pociąga za sobą utratę immunitetu jurysdykcyjnego, z którego mogły korzystać owe środki na podstawie art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE i art. 275 akapit pierwszy TFUE⁵⁸. Przeciwnie rozwiązanie skutkowałoby przyjęciem szerokiej wykładni wyłączenia kompetencji TSUE w tej dziedzinie, podczas gdy takie wyłączenie jest wyjątkiem, a nie regułą.

4. Zakończenie

Kontrola zgodności z prawem aktów Unii, którą zapewnia TSUE, odbywa się w myśl utrwalonego orzecznictwa, w ramach dwóch uzupełniających się postępowań sądowych. W TFUE w art. 263 i 277 z jednej strony oraz w art. 267 z drugiej ustanowiono zupełny system środków prawnych i procedur zapewniający kontrolę legalności aktów Unii, powierzając ją sądom Unii. Nieodłączną cechą tego zupełnego systemu środków prawnych i procedur jest prawo podmiotów do kwestionowania, w ramach postępowania wszczętego przed sądem krajowym, legalności przepisów zawartych w aktach prawa Unii, które były podstawą wydania wobec nich decyzji lub aktu krajowego, poprzez podniesienie zarzutu ich nieważności i doprowadzenie do tego, aby ów sąd, który sam nie jest właściwy do stwierdzania takiej nieważności, przedłożył TSUE pytanie prejudycjalne w analizowanej sprawie.

Ta cecha systemu ochrony sądowej Unii rozciąga się również na kontrolę legalności decyzji przewidujących przyjęcie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych w ramach WPZiB. Jednakże ani z TUE, ani z TFUE nie można wywieść, że skarga o stwierdzenie nieważności, wniesiona do Sądu na podstawie art. 256 w związku z art. 263 TFUE, stanowi jedyny mechanizm kontroli legalności decyzji przewidujących środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych, wykluczający w szczególności możliwość skierowania odesłania prejudycjalnego w zakresie oceny ważności. W tym względzie art. 24 ust. 1 akapit drugi zdanie ostatnie TUE odsyła do art. 275 akapit drugi TFUE nie w celu określenia rodzaju procedury, w ramach której TSUE może kontrolować legalność niektórych decyzji, ale

⁵⁷ Rozporządzenie Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczące środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, Dz. Urz. UE L 229 z 31.07.2014 r., s. 1-11.

⁵⁸ Okoliczność ta wynika z rozumienia art. 215 TFUE jako stanowiącego „pomost między działaniami Unii obejmującymi sankcje gospodarcze [...] a celami traktatu UE”. Zob. wyrok TS z 19 lipca 2012 r., *Parlament p. Radzie*, C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472, pkt 59. Akty WPZiB, które przekraczają ów „pomost”, stają się środkami podległymi wymogowi przestrzegania postanowień TFUE.

w celu określenia rodzaju decyzji, których legalność może być przedmiotem kontroli w ramach każdego postępowania służącego takiej kontroli legalności. Tymczasem z uwagi na to, że wykonanie decyzji przewidującej środki ograniczające wobec osób fizycznych lub prawnych spoczywa w części na państwach członkowskich, odesłanie prejudycjalne w zakresie oceny ważności pełni istotną funkcję dla zapewnienia skutecznej ochrony sądowej, gdy w krajowym postępowaniu sądowym zakwestionowano zarówno legalność krajowych środków wykonujących, jak i legalność samej decyzji przyjętej w dziedzinie WPZiB, będącej ich podstawą. Otóż w świetle okoliczności, że państwa członkowskie muszą zapewnić zgodność swoich polityk krajowych ze stanowiskami Unii wyrażonymi w decyzjach Rady przyjmowanych na podstawie art. 29 TUE, możliwość zainicjowania kontroli sądowej tych decyzji wydaje się niezastąpiona w sytuacji, gdy decyzje te przewidują przyjęcie środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych.

Jak wynika zarówno z art. 2 TUE, ujętego w postanowieniach wspólnych TUE, jak i z art. 21 TUE, odnoszącego się do działań zewnętrznych Unii, do którego odsyła art. 23 TUE, dotyczący WPZiB, Unia opiera się w szczególności na wartości, jaką jest państwo prawne. Również art. 47 Karty praw podstawowych (KPP) stanowi potwierdzenie zasady skutecznej ochrony sądowej, wymaga, aby każdy, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo Unii zostały naruszone, miał prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem, zgodnie z warunkami przewidzianymi w tym artykule. Nie należy zapominać, że samo istnienie skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu poszanowania przepisów prawa Unii jest nierozdzielnie związane z istnieniem państwa prawa. Nie ulega wątpliwości, że art. 47 KPP nie może być podstawą przyznania TSUE kompetencji w sytuacji, gdy takiej nie przyznają mu traktaty, zasada skutecznej ochrony sądowej wymaga jednakże, aby wyłączenie kompetencji w dziedzinie WPZiB było interpretowane zawężająco. Skoro celem procedury, która pozwala TSUE na wydawanie orzeczeń w trybie prejudycjalnym, jest zgodnie z funkcją przypisaną mu w art. 19 ust. 1 TUE zapewnienie poszanowania prawa w wykładni i stosowaniu traktatów, to wąskie interpretowanie właściwości przyznanej TSUE w art. 275 akapit drugi TFUE, do którego odsyła art. 24 ust. 1 TUE, byłoby sprzeczne z celami tego art. 19 ust. 1 TUE i zasady skutecznej ochrony sądowej. W tych okolicznościach, o ile Trybunał jest na podstawie art. 24 ust. 1 TUE oraz art. 275 akapit drugi TFUE właściwy *ratione materiae* do wydawania orzeczeń w przedmiocie ważności aktów Unii, mianowicie w szczególności gdy akty te dotyczą środków ograniczających wobec osób fizycznych lub prawnych, to interpretowanie tego ostatniego postanowienia w ten sposób, że wyklucza ono możliwość zwrócenia się przez sądy państw członkowskich do TSUE w sprawie kontroli ważności decyzji Rady przewidujących przyjęcie takich środków, stałoby w sprzeczności ze strukturą systemu skutecznej ochrony sądowej ustanowionego w traktatach.

Zgodnie z orzecznictwem spójność systemu ochrony sądowej wymaga, aby uprawnienie do orzekania o nieważności aktów wydawanych przez instytucje Unii, jeśli jest ona podnoszona przed sądem krajowym, było zastrzeżone wyłącznie dla

TSUE w ramach art. 267 TFUE. Podobny wniosek należy przyjąć w odniesieniu do decyzji w dziedzinie WPZiB, wobec których traktaty przyznają mu kompetencje do kontroli ich legalności. Ewentualne rozbieżności w orzecznictwie sądów państw członkowskich dotyczące ważności aktów prawnych Unii mogłyby zagrozić spójności samego porządku prawnego Unii i naruszyć podstawowy wymóg pewności prawa. W świetle wszystkich powyższych rozważań na pytanie postawione we wstępie niniejszego artykułu należy odpowiedzieć, że po dokonaniu analizy postanowień art. 19, 24 i 40 TUE, art. 275 TFUE oraz art. 47 KPP można stwierdzić, iż TSUE posiada kompetencje do orzekania w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE w sprawie ważności aktu przyjętego na podstawie postanowień dotyczących WPZiB, takiego jak analizowana w punkcie 3 decyzja 2014/512, pod warunkiem, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy albo kontroli zgodności tej decyzji z art. 40 TUE, albo kontroli legalności środków ograniczających przyjętych wobec osób fizycznych lub prawnych.

Europejski system ochrony przed szkodliwymi subsydiami zagranicznymi – między beczynnością a protekcjonizmem¹

1. Wprowadzenie

Jednym z priorytetów Komisji Europejskiej (KE, Komisja) w roku 2021, wskazanych w dokumencie programowym *Dynamiczna Unia w niestabilnym świecie*, jest podjęcie kroków mających na celu zminimalizowanie negatywnego wpływu zagranicznych subsydiów na gospodarkę europejską². Zdaniem Komisji ów wpływ manifestuje się m.in. poprzez nieuczciwą przewagę konkurencyjną, jaką pozaunijne subsydiowane przedsiębiorstwa osiągają nad podmiotami europejskimi, które zmuszone są operować w ścisłym gorsecie reguł dotyczących pomocy państwa i nie mogą liczyć na analogiczne wsparcie³. Jeszcze przed formalną deklaracją priorytetów KE opublikowała *Białą Księgę w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi*, której celem było „zapoczątkowanie szerokiej dyskusji”, w jaki sposób przeciwdziałać wspomnianym szkodliwym subsydiom w obliczu limitacji istniejących instrumentów stosowanych zarówno w ramach unijnej polityki handlowej, jak i systemu Światowej Organizacji Handlu (WTO SCM) ze względu m.in. na ich ograniczenie do obrotu towarami⁴. Po generalnie pozytywnym odzewie ze strony państw członkowskich, w maju 2021 r. Komisja opublikowała projekt rozporządzenia w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny⁵. W chwili składania

* Dr hab. Jakub Kociubiński, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0002-4391-7439](https://orcid.org/0000-0002-4391-7439).

¹ Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji DEC-2021/43/B/HS5/00548.

² Commission Work Programme 2021. A Union of vitality in a world of fragility, COM(2020) 690 final.

³ Biała Księga w sprawie wyrównywania szans w związku z subsydiami zagranicznymi, COM(2020) 253 final (dalej: Biała Księga), s. 10. Pozostałe obszary, gdzie zdaniem KE odczuwalny jest wpływ zagranicznych subsydiów, są poza zakresem niniejszego opracowania.

⁴ Biała Księga, s. 44-45. Chodzi o rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1037 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony przed przywozem towarów subsydiowanych z krajów niebędących członkami Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 176/56 z 30.06.2016 r., ze zm. oraz Porozumienie w sprawie subsydiów i środków wyrównawczych (Porozumienie SCM), opublikowane w UE w Dz. Urz. UE L 336/156 z 23.12.1994 r. Dodać należy, że w prawie UE funkcjonują sektorowe środki mające chronić transport lotniczy i morski przed szkodliwym wpływem zagranicznych subsydiów, które jak dotąd nie zostały zastosowane, dlatego zostaną pominięte.

⁵ Wniosek Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (projekt rozporządzenia), COM(2021) 223 final.

tekstu do druku (lipiec 2022 r.) tekst jest po pierwszym czytaniu w Parlamencie Europejskim, na etapie uzgadniania finalnej wersji z Radą⁶. Poprawki zaproponowane przez Parlament nie dotyczą opisywanych w tekście zagadnień, dlatego, biorąc pod uwagę generalne poparcie dla rozporządzenia, można realistycznie zakładać, że w tym aspekcie wersja ostateczna nie będzie odbiegać od przedstawianego projektu. Akt stanowi unilateralne narzędzie umożliwiające stosowanie sankcji finansowych wobec przedsiębiorstw zarówno będących beneficjentami „szkodliwych” subsydiów, jak i odmawiających współpracy dla wykrycia otrzymywanego wsparcia.

Tytułową inicjatywę należy także rozpatrywać w kontekście zmagania się z długofalowymi gospodarczymi skutkami pandemii COVID-19. Historia gospodarcza potwierdza, że pogorszeniu globalnej koniunktury generalnie towarzyszy wzrost protekcjonizmu i ingerencji państwa w gospodarkę, będący z jednej strony racjonalną ekonomicznie próbą ożywienia wzrostu gospodarczego, natomiast z drugiej odpowiedzią na, z reguły populistyczne, oczekiwania społeczne bardziej aktywnej polityki⁷.

W obliczu wzbierającej fali interwencjonizmu można postawić pytanie wyznaczające perspektywę badawczą niniejszego opracowania, czy proponowany przez KE mechanizm jest w stanie wypełnić stawiane przed nim zadania przy obiektywnych ograniczeniach dyktowanych przez międzynarodowe *Realpolitik*. Jeżeli osiągnięcie politycznego porozumienia w zakresie międzynarodowej kontroli subsydiowania, skuteczniejszej niż funkcjonujące rozwiązania WTO SCM, nie jest możliwe, europejski prawodawca skazany jest na budowę mechanizmu ochrony opartego na unilateralnych środkach. Problem badawczy nie dotyczy więc poszukiwania teoretycznie optymalnych rozwiązań, tylko stanowi próbę odpowiedzi na pytanie, czy jedyne realistyczne rozwiązanie bazujące na środkach jednostronnych będzie w stanie przynajmniej częściowo zadziałać, czy też mamy do czynienia ze „ślepą uliczką” legislacyjną.

2. Zdefiniowanie subsydiów

Abstrahując od nadrzędnego problemu braku politycznej woli kooperacji ze strony państw trzecich przekładającego się na brak dostępu do danych finansowych, pierwszym problemem już *stricte* natury prawnej, jaki napotykają wszelkie próby wprowadzenia międzynarodowego systemu kontroli subsydiów, jest zdefiniowanie, czym są subsydia⁸. Projektując system unilateralny – a taki charakter ma tytułowy mechanizm – formalnie rzecz biorąc, nie ma potrzeby uzyskiwania „zewnętrznego” konsensusu, warunkującego wejście w życie proponowanych rozwiązań. Problem legalnej definicji wówczas nie znika, natomiast nabiera nieco innego wymiaru: rozszerzająca definicja niemająca pokrewieństwa koncepcyjnego z pojęciami subsydiów

⁶ Akt procedowany jest w trybie zwykłej procedury prawodawczej o sygnaturze 2021/0114/COD.

⁷ Zob. G. Dale, *Double Movements and Pendular Forces: Polanyian Perspectives on the Neoliberal Age*, „Current Sociology” 2012, vol. 60(1), s. 3.

⁸ P. Poretti, *The Regulation of Subsidies Within the General Agreement on Trade in Services of the WTO. Problems and Prospects*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, s. 5.

„rozpoznawalnymi” przez rodzime tradycje prawne państw subsydiujących może spowodować postrzeganie wprowadzanego systemu jako ustanawianie arbitralnych barier służących w rzeczywistości protekcjonizmowi, nie zaś ochronie uczciwej konkurencji⁹. W immanentnie upolitycznionych realiach międzynarodowego handlu zarówno zakres przedmiotowy, jak i sam mechanizm nowych regulacji należy bowiem też postrzegać w kategorii pewnego sygnału politycznego (abstrahując od jego oceny) determinującego działania responsywne państw trzecich¹⁰.

W tym kontekście zastosowanie na potrzeby nowego rozporządzenia definicji bazującej na rozwiązaniach przyjętych w systemie WTO SCM, które same w sobie wykazują duże podobieństwo z definicją pomocy publicznej w prawie Unii Europejskiej (UE), należy ocenić generalnie pozytywnie. System WTO mimo wszystkich niedoskonałości, które trzeba odnotować, wynikających w dużym stopniu z suboptimalnego systemu rozwiązywania sporów, jest jedynym mechanizmem kontroli subsydiów, który można (nieco na wyrost) określić jako globalny. Dlatego definicja wywodząca się z tego systemu nie jest *terra incognita*, przez co do pewnego stopnia zmniejsza się możliwą krytykę, że Unia, wprowadzając tytułowy system, unilateralnie rozszerza definicję subsydiów w stosunku do tego, co jest „generalnie” akceptowane.

Natomiast biorąc pod uwagę pewne „przyzwyczajenie” Komisji do operowania schematami pojęciowymi z prawa pomocy publicznej, wynikające z bardzo bogatej praktyki w tej sferze, zdaniem autora można racjonalnie oczekiwać, że definicja zawarta w proponowanym rozporządzeniu będzie interpretowana w sposób raczej bazujący na dorobku w zakresie pomocy publicznej niż w oparciu o praktykę WTO SCM, choć trzeba dodać, że w zasadniczych punktach obie definicje są generalnie zbieżne¹¹. Można więc zaryzykować twierdzenie, że pojęcie subsydiów stosowane na potrzeby analizowanego rozporządzenia będzie pewną hybrydą łączącą *verba legis* WTO SCM z dorobkiem interpretacyjny prawa UE.

Przechodząc do analizy samej definicji subsydiów, wzmiankowane podobieństwo sformułowań z definicją WTO SCM widać w sposobie sformułowania kryterium przypisywalności środka do państwa. Środek badany na podstawie nowego rozporządzenia wypełni to kryterium, gdy „[...] (a)(1) występuje finansowy wkład rządu lub jakiejkolwiek instytucji publicznej na terytorium Członka (zwanej dalej „rządem”), tzn. gdy: (i) działalność rządu obejmuje bezpośredni przepływ środków (np. darowizny, pożyczki, wkłady kapitałowe), potencjalny przepływ środków lub transfer zobowiązań (np. gwarancje kredytowe); (ii) należne dochody rządowe są zaniechane lub nie pobierane”¹².

Zdaniem autora wymóg „wkładu rządu” jest problematyczny i może odbić się *in minus* na skuteczności mechanizmu kontroli. Problem nie jest nowy, gdyż w prawie

⁹ D.H. Regan, *What are Trade Agreements for? Two Conflicting Stories Told by Economists, With a Lesson for Lawyers*, „Journal of International Economic Law” 2006, vol. 9(4), s. 951.

¹⁰ *Ibidem*; L. Mavroidis, *Trade in Goods*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 20.

¹¹ H. Hofmann, C. Micheau (eds.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2016, s. 503. Różnice dotyczą głównie interpretacji selektywności w odniesieniu do środków regionalnych.

¹² Por. Biała Księga, s. 46; Porozumienie SCM, art. 1(a)(1).

pomocy publicznej od rozstrzygnięcia w sprawie *PreussenElektra* wymogi pochodzenia od państwa i z zasobów państwowych – ten drugi element odpowiada kryterium wkładu – wbrew literalnemu brzmieniu art. 107 ust. 1 TFUE traktowane są jako kumulatywne, nie zaś alternatywne przesłanki¹³. Innymi słowy, wkład państwa jest wymagany. Przy sprawach z zakresu pomocy publicznej, które ostatecznie doprowadziły do wykrywania się tej dosyć kontrowersyjnej linii wykładni, jak i późniejszych, gdzie interpretacja znalazła zastosowanie, ujawniły się naszkicowane poniżej problemy, które, jak należy przyjąć, przynajmniej mogą wystąpić przy stosowaniu tytułowego narzędzia.

Jeżeli pomoc traktowana jest w kategorii przywileju stawiającego beneficjenta w lepszej sytuacji *vis-à-vis* swoich konkurentów, to opierając się na tzw. obiektywnej koncepcji pomocy, która oznacza, że środek ocenia się pod kątem jego realnego wpływu, nie zaś formalnej charakterystyki, mówiąc nieco kolokwialnie, czy stworzenie takiego przywileju coś państwo kosztowało, powinno być bez znaczenia¹⁴. Można tu wymienić prawa specjalne i wyłączne, które niekoniecznie muszą wiązać się z redukcją wymaganych danin publicznych czy bezpośrednim uszczupleniem zasobów państwowych. Na przykład państwo może zezwolić na priorytetowe wykorzystanie pewnej infrastruktury¹⁵. Oczywiście zawsze można próbować argumentować, że samo uruchomienie jakiegokolwiek prawa specjalnego wiąże się z pewnymi czysto administracyjnymi kosztami po stronie państwa. Jest to argument prawdziwy, ale na tej zasadzie każdy kontakt z instytucjami państwowymi, czy to osób fizycznych, czy prawnych, jest związany z pewnym kosztem – obsługi administracyjnej, czasu pracy urzędników *etc.* To jest argumentacja sprowadzająca sprawę nieco *ad absurdum*, ale staje się nieunikniona, jeśli trzeba pogodzić stworzenie uprzywilejowanej pozycji przez badany środek z wymogiem wkładu po stronie państwa.

Poza tym, i to wydaje się kwestią ważniejszą, często kontrola państwa nad profesjonalnymi uczestnikami rynku wykracza poza stwierdzalną na pierwszy rzut oka kontrolę *de iure*¹⁶. Może przybrać wiele „miękkich” form realizowanych przez różnego rodzaju nieformalne powiązania na przykład personalne. Może zatem nie być dającego się zidentyfikować formalnego „polecenia” państwa skierowanego do kontrolowanego przedsiębiorstwa, żeby to zadziałało jako podmiot subsydiujący (zaangażowało swoje zasoby w relacje z innym przedsiębiorstwem, docelowym beneficjentem), ale takie przedsiębiorstwo będące pod trudno dostrzegalnym wpływem państwa może zadziałać pozornie z własnej inicjatywy, czy na przykład będąc uzależnionym od kontraktów z jednostkami publicznymi, chcąc zachować źródło przychodów lub licząc na

¹³ Wyrok TS z 13 marca 2001 r. *PreussenElektra AG vs. Schleswag AG*, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, pkt 58-62.

¹⁴ Linia orzecznicza zapoczątkowana w wyroku TS z 2 lipca 1974 r., *Włochy vs. Komisja*, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, pkt 13.

¹⁵ Zob. wyrok TS z 14 stycznia 2015 r., *Eventech Ltd vs. The Parking Adjudicator*, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 oraz komentarz G. Skovgaard Ølykke, *Exclusive Rights and State Aid*, „European State Aid Law Quarterly” 2017, vol. 2, s. 164.

¹⁶ Interpretacja pojęć kontroli i wpływu została oryginalnie wypracowana na potrzeby postępowań z zakresu kontroli koncentracji. Zob. I. Kokkoris, H. Shelanski, *EU Merger Control: An Economic and Legal Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2014, s. 118 i n. oraz cytowane tam sprawy.

quid pro quo od rządu. Oczywiście możliwe jest mnożenie konkretnych szczegółowych scenariuszy, ale wspólnym mianownikiem wszystkich naszkicowanych powyżej sytuacji jest to, że nie ma bezpośredniego identyfikowalnego przekazania zasobów państwowych ani dającego się zidentyfikować impulsu ze strony rządu, a może powstać przywilej – korzyść nieosiągalna w normalnych warunkach rynkowych¹⁷.

Nawet zakładając, że warunek przypisania środka państwu będzie spełniony, to udzielenie wsparcia przez przedsiębiorstwa (czy jakichkolwiek pośredników komercyjnych) ani nawet przez jednostki będące częścią szeroko pojętego aparatu państwa nie oznacza, że mamy do czynienia z subsydiowaniem. Definicja subsydiów z analizowanego projektu rozporządzenia *implicite* uwzględnia tę okoliczność. Gdyby bowiem *passus* „[...] przynosi korzyść przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność gospodarczą na rynku wewnętrznym [...]” nie był rozumiany jako odniesienie do korzyści nieosiągalnej w normalnych warunkach rynkowych, to prowadziłoby to do absurdalnej konkluzji, że każda finansowa relacja z sektorem publicznym, nawet świadczenia wzajemne, musiałyby stanowić subsydia¹⁸.

W prawie pomocy publicznej, które stanowi tu wzorzec interpretacyjny, w analogicznej sytuacji stosuje się test inwestora rynkowego. Dla rozróżnienia, czy dane zaangażowanie zasobów państwowych stanowi wsparcie, czy też jest czysto biznesową transakcją, konstruuje się scenariusz kontrfaktyczny, „podstawiając” w miejsce państwa hipotetycznego prywatnego inwestora, który zakłada się, że kieruje się wyłącznie przesłankami ekonomicznymi¹⁹. Jeżeli badanie wykaże, że ów racjonalny inwestor zaangażowałby swoje zasoby na identycznych warunkach, na jakich uczyniło to państwo w danej operacji, wówczas uznaje się, że państwo działało jako inwestor rynkowy, realizując cele ekonomiczne, nie zaś interwencjonistyczne²⁰.

Wspomniana skomplikowana (niewykluczone, że w pewnych przypadkach intencjonalnie) nieformalna sieć zależności między strukturami państwowymi a profesjonalnymi uczestnikami rynku wiążąca się z uzyskaniem różnego stopnia trudno mierzalnego wpływu i kontroli nad tymi ostatnimi stanowi komplikację także w kontekście stosowania testu inwestora rynkowego. Jeżeli podmiotem udzielającym domniemanego subsydia jest przedsiębiorstwo, na podstawie samego istnienia relacji gospodarczej nie można automatycznie zakładać istnienia subsydiów²¹. W takiej sytuacji nie będzie też żadnego aktu prawnego czy innego dokumentu programowego wprost deklarującego, że celem tej konkretnej operacji nie jest osiągnięcie pewnego celu

¹⁷ Identyfikacja może być problematyczna nawet w odniesieniu do pomocy publicznej. Zob. np. wyroki TS i Sądu z 29 kwietnia 2004 r., *Grecja vs. Komisja*, C-278/00, ECLI:EU:C:2004.239, pkt 53; z 20 września 2007 r., *Salvat*, T-136/05, ECLI:EU:T:2007:295, pkt 140-165.

¹⁸ Por. Biała Księga, s. 46 *in fine* z np. wyrokiem TS z 21 marca 1990 r., *Belgia vs. Komisja (Tubemeuse)*, C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, pkt 22-29.

¹⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Slynna, *Van der Kooy vs. Komisja*, sprawy połączone 67, 68 i 70/85, ECLI:EU:C:1987:177, pkt 251.

²⁰ Por. Biała Księga, s. 46 i Projekt rozporządzenia, motywy 9-10 np. z decyzją KE SA.36868 *Estonian Air*, Dz. Urz. UE L 174/1 z 30.06.2016 r., pkt 105.

²¹ L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 138-139.

biznesowego, tylko udzielenie wsparcia. Ponadto dana transakcja teoretycznie mogłaby być racjonalna ekonomicznie, ale w danym momencie jest niepotrzebna w sensie biznesowym i/lub nawet jeśli co do zasady byłaby uzasadnialna ekonomicznie, to wybór partnera jest dokonywany w celu udzielenia mu wsparcia. W każdym z tych przypadków konieczne byłoby zbadanie dokładnych parametrów operacji i dokonanie oceny, czy wychodzą poza to, co występuje w normalnych warunkach rynkowych²². Nawet zakładając, że Komisja będzie miała dostęp do informacji, ocena będzie trudna, bo dla spełnienia testu inwestora rynkowego nie trzeba wykazywać, że dana transakcja musi być „najlepsza”, że nie może istnieć alternatywa biznesowa oferująca potencjalnie wyższą stopę zwrotu²³. Ocena ekonomicznej atrakcyjności inwestycji będzie determinowana przez szereg czynników swoistych dla konkretnego inwestora, takich jak jego strategiczne cele, ilość dostępnego kapitału, czas, jaki jest w stanie poczekać na zwrot inwestycji, poziom akceptowalnego ryzyka, dostęp do informacji *etc.* W związku z tym poza zupełnie skrajnymi przypadkami generalnie nie da się z absolutną pewnością wskazać jednego obiektywnie najlepszego kursu²⁴. Dlatego na potrzeby testu inwestora rynkowego wystarczające jest wykazanie, że dane działanie jest uzasadnialne biznesowo.

Nawet uwzględniając pewne rozmycie ostrości kryterium wynikające z rozróżnienia między działaniem racjonalnym a optymalnym, ocena biznesowego charakteru transakcji w sensie czysto ekonomicznym jest generalnie dobrym wskaźnikiem, czy doszło do przyznania przywileju mogącego zakłócić konkurencję. Natomiast interpretując definicję zawartą w proponowanym rozporządzeniu przez pryzmat dorobku pomocy publicznej, nawet jeżeli stwierdzi się, że transakcja wychodzi poza to, co mieści się w ramach racjonalnego zarządzania komercyjnie zorientowanym podmiotem, czyli przyznaje partnerowi-beneficjentowi korzyść nieosiągalną w normalnych warunkach rynkowych, ta okoliczność nie przesądza o istnieniu subsydium. Trzeba dodatkowo albo wykazać, że państwo przekazało konkretne zasoby przedsiębiorstwu udzielającemu subsydia z wyraźnym poleceniem, żeby przekazały całość środków innemu podmiotowi, albo gdyby udało się stwierdzić, że przedsiębiorstwo subsydiujące jest pod kontrolą państwową w takim dużym stopniu, że wszystkie jego działania są przypisywane państwu²⁵.

W nawiązaniu do powyższego generalnie stosuje się rozróżnienie między adresatem środka a rzeczywistym beneficjentem²⁶. Jeżeli adresat działa jako pośrednik, nie zatrzymując nic dla siebie, jest „przezroczysty” z perspektywy kontroli subsydiowania²⁷. Natomiast kontrowersyjną – bardziej od strony praktycznej niż

²² Por. Projekt rozporządzenia, motyw 10 z np. wyrokiem Sądu z 12 grudnia 2000 r., *Alitalia vs. Komisja*, T-296/97, ECLI:EU:C:2000:289, pkt 98-100.

²³ Np. wyrok Sądu z 3 lipca 2014 r., *Ciudad de la Luz vs. Komisja*, sprawy połączone T-319/12 i 321/12, ECLI:EU:T:2014:604, pkt 42.

²⁴ H.A. Simon, *Models of man: social and rational: mathematical essays on rational human behavior in society setting*, Wiley, New York 1957, s. 270-271.

²⁵ Wyrok TS z 3 lipca 2003 r. *Belgia vs. Komisja (Verlipack)*, C-457/00, ECLI:EU:C:2003:387 oraz wyrok TS *Komisja vs. Włochy*, 173/73, pkt 16.

²⁶ H. Hofmann, C. Micheau (eds.), *State Aid Law...*, s. 207.

²⁷ Por. wyrok TS, *Verlipack*, C-457/00, pkt 52-61 z Projektem rozporządzenia, art. 2(1).

czysto prawnej – kwestią jest, czy wsparcie może być udzielone równocześnie dwóm podmiotom – adresatowi, który odnosi korzyść i innemu wyłącznie pośredniemu beneficjentowi. Opierając się na ugruntowanej w prawie UE obiektywnej koncepcji pomocy, odpowiedź byłaby twierdząca tak długo, jak korzyść będzie nieosiągalna w normalnych warunkach rynkowych²⁸. Takie podejście byłoby też do obrony w międzynarodowoprawnym reżimie kontroli subsydiów, na gruncie doktryny skutku, jeżeli byłoby możliwe wykazanie, że pośrednie wsparcie udzielone przedsiębiorstwom pozaunijnym przekłada się negatywnie na sytuację ich konkurentów w UE²⁹.

Natomiast problemem jest, że dzięki naszkicowanej powyżej interpretacji możliwe byłoby uzasadnienie ingerencji właściwie w każdą relację biznesową czy interwencję w dowolnej sferze gospodarki państwa trzeciego. Poza tym system byłby immanentnie nieszczelny. Nie można realistycznie oczekiwać, że da się wykryć i monitorować każdą korzyść nieosiągalną w normalnych warunkach rynkowych, która powstaje jako pośredni skutek subsydiowania innych przedsiębiorstw. To jest kwestia nie tyle samego dostępu do informacji, co możliwości ich przefiltrowania, czyli skuteczność mechanizmu kontroli będzie ograniczona przez zjawisko określane jako „przeciążenie informacyjne” (*Information Overload*)³⁰. Dlatego wszelkiego rodzaju rozwiązania w zakresie zagwarantowania dostępu do informacji i zapewniania kooperacji ze strony państw trzecich zawarte w opisywanym projekcie należy ocenić generalnie pozytywnie jako potrzebne, ale trzeba też uwzględnić, że nigdy nie będą uniwersalnym remedium.

Przeprowadzone rozważania ujawniły więc pewien rozdzźwięk między tym, co byłoby pożądane z perspektywy szczelności systemu kontroli subsydiów, a tym, co jest realistyczne. O ile system dający priorytet obiektywnej koncepcji pomocy, podporządkowujący jej wymóg istnienia wkładu państwa i oparty na szerokim rozumieniu pośredniej korzyści, byłby *prima facie* bardziej pożądany dla wykrycia potencjalnie szkodliwych, „ukrytych” subsydiów, o tyle stworzenie tak „inwazyjnego” systemu zewnętrznej kontroli nie wydaje się wykonalne ani praktycznie ze względu na wspomniane „przeciążenie informacyjne”, ani politycznie.

3. Ocena wpływu na rynek

W podobnym praktyczno-politycznym kontekście należy rozpatrywać kwestię oceny negatywnego wpływu na rynek wewnętrzny będącą uzasadnieniem podjęcia kroków na podstawie omawianego rozporządzenia³¹. Zdaniem autora kluczowym pytaniem, jakie pojawia się w tym kontekście, jest, czy da się za pomocą obiektywnych,

²⁸ Wyrok Sądu z 1 lipca 2009 r., *KG Holding*, sprawy połączone T-81-83/07, ECLI:EU:C:2009:237, pkt 176.

²⁹ Doktryna jest stosowana w unijnym *acquis*, np. w wyroku Sądu z 25 marca 1999 r., *Gencor vs. Komisja*, T-102/96, ECLI:EU:C:1999:65.

³⁰ Zob. R. Romano, *A Comment on Information Overload, Cognitive Illusions, and Their Implications for Public Policy*, „Southern California Law Review” 1986, vol. 59, s. 313.

³¹ Projekt rozporządzenia, art. 1(1) i 3-4.

niepodważalnych metodologicznie i dających powtarzalne rezultaty kryteriów stwierdzić, że obserwowane zaburzenie konkurencji nie mogło powstać w żaden inny sposób, jak tylko być skutkiem subsydiów? Pytanie jest tym istotniejsze, jeśli przyjmie się wspomnianą optykę praktycznej wykonalności i politycznych reperkusji, że w prawie pomocy publicznej UE ocena wystąpienia negatywnego wpływu na konkurencję i handel jest bardzo rudymmentarna. Nie trzeba dokonywać wyznaczenia rynku właściwego, identyfikować konkurentów czy analizować istniejącej wymiany handlowej. Wystarczające jest wskazanie logicznie poprawnego, ale nieweryfikowalnego praktycznie mechanizmu wpływu na rynek³². W praktyce funkcjonuje więc *quasi*-domniemanie, że środek będzie miał szkodliwy wpływ, jeżeli stwierdzi się występowanie selektywnej korzyści³³.

Jeżeli na potrzeby nowego rozporządzenia przyjąć powyższy standard stosowany w sprawach z zakresu pomocy publicznej, wówczas formuła „[z]akłócenie na rynku wewnętrznym uważa się za istniejące, jeżeli subsydlum zagraniczne może poprawić pozycję konkurencyjną zainteresowanego przedsiębiorstwa na rynku wewnętrznym i jeżeli wskutek tego faktycznie lub potencjalnie negatywnie wpływa na konkurencję na rynku wewnętrznym [...]” będzie zupełnie pustą figurą retoryczną³⁴. Tym samym system będzie, niekoniecznie zgodnie z intencją, sprawiał wrażenie arbitralnego. Jeżeli natomiast przyznać przywoływanemu przepisowi moc normatywną – co generalnie trudno zakwestionować, biorąc pod uwagę sposób sformułowania i kontekst systemowy – to oznaczałoby konieczność każdorazowego robienia pełnego badania wpływu zidentyfikowanych subsydiów z wyznaczeniem rynku relewantnego, wskazaniem konkurentów *etc.*

Tu pojawia się pewne ryzyko przekroczenia granicy między ochroną procesu konkurencji a ochroną konkretnych konkurentów. Jeśli badanie byłoby tak rudymmentarne jak w sprawach z zakresu pomocy publicznej, wówczas omawiany akt nie byłby w stanie wyrównać nieuczciwie osiągniętej przewagi konkurencyjnej, bo nie byłoby wiadomo, ani jaka szkoda powstała, ani wobec kogo została wyrządzona, więc ostatecznie mogłoby dojść do stworzenia uprzywilejowanej pozycji europejskim przedsiębiorstwom przez antysubsydijne środki nałożone na podmioty z państw trzecich. Jeżeli natomiast badanie byłoby bardziej zaawansowane i w jego toku doszłoby do wskazania europejskich konkurentów „pokrzywdzonych” przez zagraniczne subsydia, to też należy wyrazić wątpliwość, czy możliwe byłoby zastosowanie nowego rozporządzenia w taki sposób, że tylko wyrówna się zaburzenie, a również nie „przesunie wahadła w drugą stronę”³⁵. Wspomniana wątpliwość wynika z tego, że dla skalibrowania środka zaradczego wymagane byłoby wyizolowanie i skwantyfikowanie wpływu konkretnego czynnika – subsydiów³⁶. Tymczasem ogólna konkurencyjność kształtowania jest przez ogromną liczbę czynników, które niekoniecznie są związane z subsydiami,

³² Np. wyrok TS z 15 grudnia 2005 r., *Unicredito*, C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774, pkt 56.

³³ H. Hofmann, C. Micheau (eds.), *State Aid Law...*, s. 144.

³⁴ Projekt rozporządzenia, art. 3(1) *in principio*.

³⁵ S. Mestelman, *General Equilibrium Modelling of Industries with Production Externalities*, “The Canadian Journal of Economics” 1986, vol. 19, s. 522.

³⁶ *Ibidem*.

gdyż w grę wchodzi np. kwestie kosztów pracy, dostępu do wykwalifikowanej siły roboczej, infrastruktury, poziomu opodatkowania *etc.* Zatem stosowany w kontekście kontroli subsydiów postulat równych szans wyrażający dążenie do pewnej idealnej sytuacji rynkowej, zbliżonej do modelu konkurencji doskonałej w naukach ekonomicznych, jest tylko hasłem. W skali globalnej równe szanse nie istnieją i nigdy nie istniały. Wyjściowa pozycja konkurencyjna firm z różnych zakątków świata była, jest i będzie różna, zatem usunięcie subsydiów z tego równania nie oznacza osiągnięcia równowagi. Na tej samej zasadzie, jeżeli gospodarka w jakimś kraju cierpi z powodu strukturalnych niedomogów, sam fakt subsydiowania nie oznacza automatycznie powstania zaburzenia konkurencji, jeśli jedynie służy zbalansowaniu gorszej pozycji wyjściowej (czy skutecznie i czy takie zbalansowanie w ogóle jest możliwe, pozostaje odrębną kwestią)³⁷.

4. Odstraszanie *versus* reagowanie

Przedstawione problemy związane z identyfikacją i oceną wpływu subsydiów nakładające się na sygnalizowany we wstępie podstawowy problem polityczny braku kooperacji skłania do raczej pesymistycznej konkluzji, że UE staje przed wyborem między immanentnie niedoskonałym systemem jednostronnym albo beczynnością.

W naukach ekonomicznych wskazuje się, że stawianie protekcyjnych barier – a generalnie tak należy widzieć opisywane rozporządzenie – jako reakcja na działanie drugiej strony, nawet jeśli ta druga strona interweniuje, wspierając swoje przedsiębiorstwa, jest *per saldo* mniej korzystne, niż gdyby nie reagować³⁸. Natomiast skoro, jak zostało wspomniane, Komisja traktuje zaadresowanie kwestii subsydiów zagranicznych jako jeden ze swoich priorytetów, jak również biorąc pod uwagę generalnie pozytywny odzew państw członkowskich na inicjatywę KE, beczynność nie jest opcją.

Jeżeli więc przyjąć, że opisywany unilateralny mechanizm jest jedynym politycznie realistycznym rozwiązaniem, to należy zastanowić się, na czym polegać ma jego oddziaływanie. Jeżeli nie ma realnych możliwości wykrycia i zmierzenia wpływu wszystkich interwencji państw trzecich, pojęcie subsydiów daje dość dużą swobodę interpretacyjną, a system umożliwia nałożenie sankcji za brak kooperacji, to należy rozważyć rolę tytułowego rozporządzenia nie jako „skalpela” dla dokonywania chirurgicznych ingerencji balansujących zaburzenia, tylko w kategorii odstraszania, jako miecz Damoklesa wiszący nad państwami mającymi zamiar stosować subsydia mogące zakłócić konkurencję na rynku wewnętrznym.

W tym celu zasadne jest sięgnięcie po dorobek dotyczący funkcjonowania odstraszania. Oryginalnie został wypracowany na potrzeby analizy mechanizmów znajdujących zastosowanie przy powstaniu i eskalacji konfliktów zbrojnych, natomiast

³⁷ KE wydaje się świadoma tych problemów: Por. Projekt rozporządzenia, art. 3 i 4.

³⁸ Zob. np. D. Collie, *Strategic trade policy and retaliation*, „Japan and the World Economy” 1994, vol. 6, s. 75.

zidentyfikowane zależności zostały z czasem zaadaptowane jako sprawdzające się także do wszelkiego rodzaju międzynarodowych relacji gospodarczych³⁹. Skuteczność mechanizmu odstraszania jest determinowana przez przekonujące zakomunikowanie woli do użycia danego środka i istnienie praktycznej możliwości realizacji swoich zapowiedzi⁴⁰.

Przechodząc do oceny pierwszego z powyższych elementów, to choć nie było nigdy analogicznego rozporządzenia w prawie UE, sektorowe rozporządzenia dotyczące transportu lotniczego i morskiego pozostają martwą literą, podczas gdy mocno ograniczone, jeśli chodzi o zakres przedmiotowy, rozporządzenie dotyczące dumpingu stosowane jest raczej rzadko. Można też stwierdzić, że Unia Europejska w sprawach zagranicznych nie mówi jednym głosem⁴¹. Dlatego jeśli wcześniejsze doświadczenia, zarówno gdy chodzi o stosowanie jednostronnych środków, jak i o praktyczną implementację deklaracji dotyczących polityk, mają stanowić indykację przyszłych działań, to należy skłaniać się ku stanowisku, że opisywany wymóg nie jest spełniony. Ewentualnie alternatywnie można traktować nowe rozporządzenie jako *carte blanche*, deklarację nowej linii, więc wcześniejsze doświadczenia nie powinny rzutować negatywnie na przekaz, jaki ma stanowić tytułowe rozporządzenie. Jeżeli jednak rzeczywiście potraktować proponowany mechanizm jako nowe otwarcie, postrzegane bez „bagażu” wcześniejszych doświadczeń, wówczas należałoby postulować jak najszybsze zastosowanie rozporządzenia po wejściu w życie dla „odcięcia się” od wcześniejszej praktyki i dopiero wtedy mogłoby zacząć wypełniać rolę odstraszającą⁴².

Natomiast odnosząc się do drugiego z wymogów skutecznego odstraszania, czysto praktycznego, to należy przypomnieć, że zasadniczym problemem związanym ze stosowaniem unilateralnych środków „na zewnątrz” jest dostęp do informacji za granicą pozwalających zidentyfikować udzielane tam subsydia. Polityczna wola kooperacji ze strony państw trzecich nie może być zagwarantowana. Wcześniejsze sektorowe regulacje zawierały wbudowany „paragraf 22”, bo dla zastosowania przewidzianych w nich sankcji wymagane było stwierdzenie istnienia szkodliwych subsydiów, do czego konieczna była współpraca państw trzecich, których przedsiębiorstwa miały być dotknięte sankcjami. W tym kontekście rozwiązania zawarte w proponowanym rozporządzeniu należy ocenić pozytywnie z perspektywy finistycznej skuteczności, bo pozwalają nakładać tzw. środki tymczasowe za brak kooperacji na działające w UE przedsiębiorstwa z państw trzecich, co do których zachodzi podejrzenie, że mogą otrzymywać szkodliwe subsydia w krajach macierzystych⁴³. To jest krok, który *de facto* jest odwróceniem ciężaru dowodu.

W nawiązaniu do powyższego należy odnotować, że o ile w sferze pomocy publicznej w UE nie ma problemów z brakiem kooperacji, to do pewnego stopnia

³⁹ F. Zagare, *Rationality and deterrence*, „World Politics” 1990, vol. 42, s. 238.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Zob. np. E. da Conceição-Heldt, S. Meunier (eds.), *Speaking with a Single Voice: The EU as an effective actor in global governance?*, Taylor & Francis, Ltd., Abingdon 2015.

⁴² F. Zagare, *Rationality...*, s. 238.

⁴³ Projekt rozporządzenia, art. 14.

analogiczny problem odwrócenia ciężaru dowodu wymuszonego brakiem możliwości zgromadzenia informacji występuje w postępowaniach antykartelowych. Stosowane w nich od lat podejście Komisji, zgodnie którym stwierdza się praktykę uzgodnioną na podstawie zewnętrznej charakterystyki działalności członków domniemanej zmo- wy wskazującej na istnienie uzgodnionego kursu przy relatywnie niewielkich dowodach na kontakty między nimi, w ostatnich latach spotyka się z coraz większą krytyką Trybunału i Sądu jako „skrót dowodowy”⁴⁴. Natomiast przy stosowaniu środków jednostronnych nie wydaje się, żeby istniała realistyczna alternatywa dla takiego podej- ścia. Tym bardziej że nie można mówić o braku prawa do sądu. Nie chodzi też o spra- wy karne, dlatego standardy w zakresie domniemań i standardów postępowania dowodowego wypracowane na potrzeby sytuacji, gdzie decyduje się o pozbawieniu wolności, nie do końca pasują do spraw z zakresu subsydiów, gdyż w nich zawsze istnieje możliwość prostego udowodnienia braku wsparcia państwowego poprzez przedstawienie, na zasadzie poufności, danych finansowych.

Jednak z drugiej strony można argumentować, że uwzględniając problemy ze stwierdzeniem wpływu na rynek, jeśli subsydia będą stwierdzalne, to nawet w przy- padku kooperacji nie ma gwarancji, że działania responsywne nie będą nadmierne dolegliwe i przez to będą odbierane jako arbitralny protekcjonizm. Dlatego ostatecz- na wola kooperacji, poza czysto politycznymi uwarunkowaniami, będzie determi- nowana bilansem zysków i strat zestawiającym z jednej strony dolegliwość środków tymczasowych i docelowych sankcji z drugiej.

Wątpliwości co do skuteczności nowego rozporządzenia jako narzędzia od- straszania wynikają także z tego, że w dorobku poświęconym działaniu tego mecha- nizmu wskazuje się na podatność na tzw. ekwifinalność⁴⁵. Pojęcie oznacza możliwość dojścia do analogicznych rezultatów różnymi ścieżkami⁴⁶. Skuteczność odstraszania ostatecznie zależeć będzie od wielu czynników znajdujących się poza kontrolą od- straszającego, jak inna percepcja ryzyka, priorytetów, kosztów czy wewnętrzne polityczne naciski w państwach trzecich *etc.* Zatem nawet jeżeli mechanizm odstra- szania skonstruowany jest prawidłowo, tzn. są spełnione wzmiankowane warunki, to nigdy nie będzie gwarancji, że zadziała⁴⁷.

Przy fiasku odstraszania istnieje dobrze zbadany mechanizm eskalacji „wojen” handlowych, gdzie jedna strona „karze” drugą za działania wobec siebie, które uzna- je za szkodliwe, i wówczas nie dochodzi nigdy do zbalansowania (bo to i tak jest niemierzalne), tylko do „przesunięcia wahaćla w drugą stronę”, co powoduje kolej- ne działania responsywne⁴⁸. Być może jest to nie do uniknięcia. Dlatego należy również rozważyć, czy tego typu przesilenia nie należy oczekiwać, bo ono może ostatecznie doprowadzić do poszukiwania konsensualnych rozwiązań. W kontekście

⁴⁴ Zob. np. wyrok Sądu z 12 lipca 2018 r., *ABB vs. Komisja*, T-445/14, ECLI:EU:C:2018:449.

⁴⁵ A. George, R. Smoke, *Deterrence and Foreign Policy*, „World Politics” 1989, vol. 41, s. 171.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ L. Kriesberg, *Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution*, Rowman & Littlefield Publi- shers, Lanham 2012, s. 160.

restrykcji bezpośrednich inwestycji zagranicznych stosuje się pojęcie *Investing Screening Paradox*, gdzie restrykcje prowadzą do krótkoterminowego zahamowania napływu, co ostatecznie ze względu na dolegliwość dla wszystkich prowadzi do poszukiwania rozwiązań kompromisowych, ostatecznie przyczyniając się do większej liberalizacji⁴⁹. Otwarte pozostaje pytanie, czy analogiczna zależność wystąpi w przypadku subsydiów. O ile warunki wejściowe wydają się spełnione, o tyle trzeba odnotować, że choć wspomniany paradoks jest logicznie do obrony, to kwestia, na ile działa on w praktyce, jest dyskusyjna.

5. Zakończenie

Przeprowadzone rozważania ujawniły dwie powiązane kwestie determinujące ostateczną ocenę tytułowych rozwiązań: system zawsze będzie do pewnego stopnia nieszczerły, a jego zastosowanie (a może samo istnienie) może powodować działania responsywne państw trzecich. Powiązanie polega na tym, że im bardziej rozszerzająca będzie definicja subsydiów, dająca większe pole do ingerencji w gospodarki państw trzecich, tym bardziej system będzie postrzegany jako protekcyjny i arbitralny oraz tym mniejsza będzie wola współpracy i większe prawdopodobieństwo działań responsywnych. Z kolei zawężająca definicja i moderacja w stosowaniu nowego mechanizmu sprawi, że będzie on postrzegany jako „bezzębny”, nie będzie odstraszał i pozostanie martwą literą jak istniejące reguły sektorowe.

Analizowany system wprowadza możliwość nakładania kar za brak kooperacji. Nie wiadomo, jak będą stosowane, ale można zaryzykować twierdzenie, że od tego w dużym stopniu będą zależały reakcje państw trzecich. Z jednej strony jest to kwestia wyważenia kosztu braku współpracy i kosztów kar za ujawnienie subsydiów, z drugiej motywowana – politycznie reakcja na działania UE postrzegane jako afront, a z trzeciej – bilans postrzeganych strat z unijnych środków punitivnych *versus* korzyści z subsydiowania. Postrzeganych, gdyż jeśli nie da się wymierzyć za pomocą twardych danych skali zaburzenia powodowanego przez subsydia, to ocena unijnych środków antysubsydyjnych będzie zawsze subiektywna. Jeżeli więc działania UE będą odbierane jako przywoływane w tekście „przesunięcie wahadła w drugą stronę”, a takie prawdopodobieństwo zawsze istnieje, to skala działań responsywnych będzie determinowana czysto polityczną i darwinistyczną w swojej istocie kalkulacją zysków i strat.

Unilateralny system kontroli subsydiów, rozwiązując, czy raczej próbując rozwiązać problem, zawsze więc będzie tworzyć inny. Czy jest to akceptowalna cena w stosunku do korzystnych efektów takiego systemu, pozostaje w sferze oceny politycznej, przy czym uwzględniając powyższe uwarunkowania, wyznaczając kurs i godząc się na wiążące się z tym koszty, i tak nigdy nie będzie pewności, jak wysokie one będą.

⁴⁹ S. Schill, *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, "Legal Issues of Economic Integration" 2019, vol. 46(2), s. 107-108.

From POLEXIT to E(U)EXIT? Poland, European Union and beyond. The essay in constitutional pessimism¹

Poland's Accession to the European Union meant that, at the time of Accession, the norms of the Polish Constitution as well as the Polish governance practice did not differ from the axiological standards prevalent within the Union. The way the democratic state ruled by law was understood, especially in the jurisprudence of the Constitutional Court, was consistent with the values common to the member states of the European Union

K. Wójtowicz, *O relacjach pomiędzy prawem międzynarodowym a Konstytucją RP*²

Epilogue. Focus on the boats, and miss out on the journey

This analysis will argue that by focusing solely on the boat (*e.g.*, the Polish case of the rule of law backsliding), we run the risk of losing sight of how the internal dispute over basic values, which are allegedly shared with other Europeans, translates into the situation in Europe. The rising authoritarian tendencies in one member state affect the journey in an ever closer union among peoples of Europe just as much as they alter the constitutional profile(s) of the rogue member states. Focused on the *boat*, we forget about the *journey* and its destination³.

* Dr hab. Tomasz Tadeusz Koncewicz, professor of law, Department of European and Comparative Law, University of Gdańsk, 2022–2023 Fellow and Visiting Professor, European University Institute, ORCID: [0000-0002-7944-9665](https://orcid.org/0000-0002-7944-9665).

¹ I acknowledge the funding received from the European Union's Horizon 2020 Research & Innovation programme under Grant Agreement No. 770142, project *RECONNECT*–Reconciling Europe with its Citizens through Democracy and Rule of Law of which this analysis forms part.

² "On the relationship between international law and the Constitution of the Republic of Poland" (my translation). The article is available at <http://www.absolwenci.prawa69.pl/kategoria.php?artykul=233&kat=2> [accessed on 11.07.2022]. I am grateful to my father, himself a graduate of the 1969 class and a colleague of Professor Krzysztof Wójtowicz, for bringing my attention to this analysis. I found it very fitting for my own reconstruction of the state of Poland and the EU in 2022 and beyond.

³ See L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2017, No. 1; L. Pech, S. Platon, *Menace Systémique Envers l'Etat de Droit en Pologne: Entre Action et Procrastination*, Fondation Robert Schuman, Question d'Europe no. 451, Novembre 13, 2017; D.R. Kelemen, K.L. Scheppele, *Defending Democracy in the EU Member States. Beyond art. 7 TEU* [in:] F. Bignami (ed.), *EU Law in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.

This is not surprising. Busy with everyday life, we often lose sight of the processes that take place around us, which can remain unnoticed and incomprehensible⁴. The events of “here and now” absorb our attention, which rarely goes beyond superficial interest and is limited to reading newspaper headlines. We live from news item to news item, losing the essence and meaning of the problem along the way, often without even reflecting on it. A single element obscures the whole. Meanwhile, only by combining dispersed elements can we understand the reality that surrounds us and the changes it is undergoing. Viewing the situation in Poland through the prism of individual events is also the main reason (though not the only one) for the limited effectiveness⁵ of the European Commission’s attempts to enforce Poland’s compliance with the European standards of the rule of law. The common denominator that escapes our attention is the collective term “unconstitutional capture of the state and its institutions.” The annihilation of the independent Constitutional Court⁶ and repeated attacks on the common courts⁷, the National Council of the Judiciary, and the Supreme Court, are only elements of this methodical capture of the state. The battle lines on the domestic front have been clearly drawn. Now with the ultimate abuse of executive and judicial power in the form of the fake constitutional court holding a trial on the very essentials of the EU legal order, the uneasy and once unthinkable questions come to the fore. The ‘decision’⁸ by the fake court that basically declares Poland’s unwillingness to continue as an EU member state has already to all intents and purposes pushed Poland to the periphery of the Union. It also speaks volumes as to how far the new doctrine has come since 2015, and how powerful a justification it provides⁹.

Importantly, a “capture” is a process, not just a point in time and space. It has its deep roots in the crisis of the liberal narrative not just in the former states of the

⁴ T.T. Koncewicz, *How the EU is Becoming a Rule-of-Law-less Union of States. From POLEXIT to E(U) EXIT?* at <https://verfassungsblog.de/how-the-eu-is-becoming-a-rule-of-law-less-union-of-states/> [accessed on 10.07.2022].

⁵ K.L. Scheppele, L. Pech, *Protecting the Rule of Law in the EU* at <https://verfassungsblog.de/category/debates/protecting-the-rule-of-law-in-the-eu/> [accessed on 10.07.2022].

⁶ T. T. Koncewicz, *Of institutions, democracy, constitutional self-defence and the rule of law*, “Common Market Law Review” 2016, vol. 53, issue 6, p. 1753; Idem, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, “Review of Central and East European Law” 2018, vol. 43, issue 2, p. 116; Idem, *Unconstitutional Capture and Constitutional Recapture. Of the Rule of Law, Separation of Powers and Judicial Promises*, “NYU Jean Monnet Working Paper” 2017, No. 3.

⁷ Among many analyses consult: L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland’s Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU’s (In)Action*, “Hague Journal of the Rule of Law” 2021, vol. 13, p. 1.

⁸ E. Łętowska, S. Biernat, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal* at <https://verfassungsblog.de/this-was-not-just-another-ultra-vires-judgment/> [accessed on 10.07.2022].

⁹ T. T. Koncewicz, *10 Anti-Constitutional Commandments Taking Stock of 2015-2019 and Beyond* at <https://verfassungsblog.de/10-anti-constitutional-commandments/> [accessed on 10.07.2022] and also the analysis *infra*.

Eastern bloc¹⁰, but also beyond¹¹. Liberalism and democracy – understood as something more than “statistical democracy,” that is, the rule of the majority – cease to be those values that are treated as axioms of the legal systems of the EU member states. As a result of a capture, the principles of the rule of law, the separation of powers, the independence of the judiciary, the supremacy of the Constitution, and the central position of a constitutional court that effectively controls the ruling majority, are undermined. The “capture”¹² stands for a gradual weakening of the guarantees that comprise the separation of powers and a moving away from the basic principle of the dispersion of powers between different institutions (to exclude the concentration of power in one centre) towards mono-institutions that guard one official narrative, can do anything, and are not kept in check in any way¹³. Such a takeover undermines the basic assumption of the liberal state that there is not – and cannot be – one omnipotent institution. In a state of liberal democracy, each institution should be limited by law, and it can do only as much as it is allowed by the applicable law. Institutions must accept and bear the supervision exercised by other institutions operating within the legal system. In a democracy, it is the law that is sovereign.

With all this a point of no return might have been indeed reached. POLEXIT looms large¹⁴. Yet, for POLEXIT to be understood properly, it must be put in a much

¹⁰ For examples see: I. Krastev, *Is East-Central Europe Backsliding? The Strange Death of The Liberal Consensus*, “Journal of Democracy” 2007, vol. 18, p. 56; B. Stanley, *Backsliding Away? The Quality of Democracy in Central and Eastern Europe*, “Journal of Contemporary European Research” 2019, vol. 15; L. Cianetti, J. Dawson, S. Hanley (ed.), *Rethinking 'Democratic Backsliding' in Central and Eastern Europe*, Routledge, London 2019.

¹¹ S. Mounk, *The People vs Democracy*, Harvard University Press, Cambridge 2018; D. Runciman, *How democracy ends*, Basic Books, New York 2018; A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose a Constitutional Democracy*, “UCLA Law Review” 2018, vol. 65 available at https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13666&context=journal_articles [accessed on 10.07.2022] and shorter A. Huq, T. Ginsburg, *How we lost constitutional democracy in America* [in:] C. Sunstein (ed.), *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*, Dey St. William Morrow, New York 2018; S. Levitzky, D. Ziblatt, *How democracies die*, Crown, New York 2018; D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, “University of California Davis Law Review” 2013, vol. 47, p. 189; O. Varol, *Stealth authoritarianism*, “Iowa Law Review” 2015, vol. 100, p. 1673; M. Tushnet, *Authoritarian Constitutionalism*, “Cornell Law Review” 2015, vol. 100, p. 391. For United States’ flirt with creeping authoritarianism C. Sunstein (ed.), *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*, Dey St. William Morrow, New York 2018; A. Huq, T. Ginsburg, *How to Lose...* and shorter version A. Huq, T. Ginsburg, *How we lost constitutional democracy...*; T. Daly, *Enough Complacency: Fighting Democratic Decay in 2017*, at <http://www.iconnectblog.com/2017/01/enough-complacency-fighting-democratic-decay-in-2017-i-connect-column/> [accessed on 10.07.2022].

¹² J.W. Müller, *Rising to the challenge of constitutional capture*, EUROZINE at <https://www.eurozine.com/rising-to-the-challenge-of-constitutional-capture/> [accessed on 10.07.2022]. On the constitutional capture in Polish: T.T. Koncewicz, *Unijny etos sądownictwa. O fundamentach, metapolityce i POLEXIT* [in:] A. Bodnar, A. Płoszka, (ed.), *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

¹³ For more conceptual analysis I refer here to: T.T. Koncewicz, *Polish Counter-Revolution 2015-2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, 68 “Jahrbuch des öffentlichen Rechts” 2020, vol. 68, p. 702.

¹⁴ More recently see: I. Krastev, *Un Polexit pourrait se produire, non par stratégie, mais par accident*, 5 November 2021 Le Monde at https://www.lemonde.fr/international/article/2021/11/05/ivan-krastev-un-polexit-pourrait-se-produire-non-par-strategie-mais-par-accident_6101092_3210.

broader systemic context¹⁵. At the bottom line, it brings to the fore the ultimate question of mega – politics of belonging and identity¹⁶.

1. The new doctrine on the rise

What we have witnessed in Poland from 2015-2021 (and beyond?) is the crucial process of transitioning from “resentment” as a vague emotion of rejection and critique of the unsatisfactory liberal *status quo* to the more formalised and institutionalised “politics of resentment”. This transitioning is crucial because, through it, a resentment becomes anchored within mainstream politics and is articulated in the public sphere¹⁷. Just like Nietzsche’s *ressentiment* was crucial in the slaves’ revolt against their masters, resentment today needs a constitutional code of morality and legality, a constitutional channel to give voice to the emotion and to turn it into a constitutional and political variable. The resentment alone is an emotion in need of a constitutional doctrine, and the politics of resentment adds this crucial dimension of translation: a constitutional doctrine that competes with the dominant liberal constitutionalism and delivers on the promise of populist and emotion-driven narratives.

The new doctrine¹⁸ goes beyond constitutional bad faith, however. It adopts a relentless abuse of constitutional arrangements and engages in rampant legal instrumentalism for the benefit of political ends. The law no longer has its fixed meaning. Rather it changes in response to the demands of politics. What truly differentiates the “politics of resentment” from mere contestation and dissatisfaction with the *status quo* is the *constitutional break* with, hitherto prevalent, constitutional principles, and the

[html](#) [accessed on 10.07.2022]; D. Sarmiento, *Poland is a problem for the EU precisely because it will not leave*, 16 October 2021 *The Economist* <https://www.economist.com/europe/2021/10/14/pol-and-is-a-problem-for-the-eu-precisely-because-it-will-not-leave> [accessed on 10.07.2022].

¹⁵ For more see *infra* and my earlier iterations on the subject: T.T. Koncewicz, *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism. Meet the new (un)constitutional doctrine, PART I* at <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit1/> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Koncewicz, *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism. Still paddling together? PART II* at <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit2/> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Koncewicz, *Capturing the state and “polexiting” the Union – An essay in constitutional pessimism. From POLEXIT to E(U)EXIT: a rhetorical figure or (already) creeping reality? Part III* at <https://reconnect-europe.eu/blog/polexit3/> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Koncewicz, *W Puszczy PiS robi pierwszy wielki krok do polexitu*, <https://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszczy-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-do-polexitu.html> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Koncewicz, *POLEXIT. Myth and Reality*, „Czas Kultury” 2020, no. 4 at <https://www.eurozine.com/spectres-of-polexit/> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Koncewicz, *POLEXIT. Quo vadis POLONIA?* at <https://verfassungsblog.de/polexit-quo-vadis-polonia/> [accessed on 10.07.2022].

¹⁶ R. Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, “Annual Review of Political Science” 2008, vol. 11.

¹⁷ T.T. Koncewicz, *Understanding the Politics of Resentment. Of The Principles, Institutions, Counter-Strategies and... the Habits of Heart*, “Indiana Journal of Global Legal Studies” 2019, vol. 27, issue 2, p. 501.

¹⁸ This part draws on L. Rye, C. Fassone, T.T. Koncewicz, *Ideas of Democracy and the Rule of Law across Time and Space* at <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2019/12/D4.1.pdf> [accessed on 10.07.2022].

wholesale rejection of the existing constitutional order. It advocates total *capture* (see *supra*) of the old, and allegedly corrupt, institutions, and in their place brings to life a new institutional order. Constitutional capture has an inherent spill-over effect. The seemingly isolated constitutional capture in Poland and elsewhere carries the risks of adverse consequences throughout the entire continent. Most importantly, it needs its own analytical and conceptual framework and toolkit. With this ambition in mind, a series of 10 commandments (they should not be read as exhaustive) will be set out. Such a systemic and holistic perspective allows us to see through the flurry of individual and often confusing boats.

1.1. New understanding of the role of a constitution

A constitution is no longer understood as a higher law of universal principles, but as yet another tool to protect the existence and uniqueness of the state. A constitution becomes an outlet for political expression of the rules adopted by the majority of the day. Liberal constitutions put a premium on conflict management, inclusion, and evolutionary (incremental) change that would be both open to diversity and accommodate it as a social and normative fact, a trust that is built over time among different components of the polity. A resentful constitution, however, thrives on disengagement and distrust and revolutionary tradition. It builds on the avowed objective of a clean slate and starting from zero and the drive to settle fundamental questions once and for all. Such a constitution of fear reflects a unified vision of the people and a monolithic state¹⁹. The people are defined by sameness, not differences. A constitution of fear is no longer a tool to protect against the state, rather it becomes a tool to entrench power and exclude dissent in order to create a flattened and barren public sphere. The competition among possible constitutional ideologies and visions of the most desirable models of the state is excluded. Such a constitution petrifies the partisan vision and credo of the powers that be, right here, right now. Such a constitution is an extension of the ever-present legal instrumentalism and drive to settle the score for past wrongs, exclude the traitors, bring to light their misdeeds, and vindicate the long-suppressed vision of the Polish nation and state. In the end, a constitution becomes a political manifesto of power, not a safeguard against the arbitrary power.

1.2. The Law, understood as the will of the majority & 3. Suspicion of inter/supra/national institutions

As there is no place for a veto emanating from within the government other than from the majoritarian parliaments, the politics of resentment targets institutions that otherwise might be seen as a brake on the power of the people's representatives. The institutions are only accepted if they are seen as "our" institutions and translate only messages that the ruling parties believe to be deserving of being present in the public sphere. Such an understanding leads to an important tweak to the established

¹⁹ T.T. Konciewicz, *A Constitution of Fear*, at <https://verfassungsblog.de/a-constitution-of-fear/> [accessed on 10.07.2022].

narrative: institutions that have been channeling (for populists “distorting”) the rule of law (see commandment 10 below) must be dealt with as expeditiously as possible. All institutions – domestic, and supranational, and international – stand in the way of the new doctrine and, as such, will not be tolerated. With extreme majoritarianism as one of the new doctrine’s cornerstones, disabling constitutional courts and judicial review has been the first order of the day for constitutional capture. Not surprisingly, the Polish Constitutional Court was the first one to go... The success of the doctrine depended on disabling the guardians in the first place.

1.3. Primacy of politics over law, and the political over the legal

The law has no independent standing within the constitution of resentment: it is understood as the outcome of political action, used and abused to achieve whatever objectives the current majority wants to pursue. The law becomes a blunt political instrument. It no longer tames politics, but rather it serves the political. For populists, liberal constitutions with their openness and inclusion are unnecessary inventions of elitist minorities and only distort the communication between the representatives of the people and the people themselves. As such, the law must be remodeled and harnessed so as to enable and protect the decision-making that at long last reflects the purified rule of the people. With this, one of the post-1945 paradigms according to which “politics must adapt to laws, not the law to politics” (*“Politia legibus, non leges politiae adaptandae”*) becomes obsolete.

1.4. A new kind of political conflict

The politics of resentment in Poland transforms our traditional understanding of political conflict. While politicians and political parties in democracies routinely put forward competing visions for society and politics, they always stick to the language of probability in setting out their alternatives to the existing government. They are prepared to test their alternatives through procedures and elections, and accept that the constitution is the stage that frames political contestation. As liberal democrats, they share a commitment to the core values of freedom and equality, and the formal acknowledgement that their political adversaries have as valid a claim to represent the people as they do.

1.5. What are the constitutional courts for?

H. Schwartz has argued that the rise of the independent constitutional courts in Eastern Europe was remarkable and that these courts were ready to challenge and overturn important statutes, bills, and regulations. He concludes “and most (of these courts – T.T.K.) seem to have gotten away with it”²⁰. Unfortunately, the last 6 years painfully show that this time the Polish Constitutional Court (“the Court”) has not gotten away with it. The Court once a proud institution and an effective check

²⁰ H. Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, University of Chicago Press, Chicago 2000, p. XI.

on the will of the majority, is now a shell of its former self. It has become a dangerous and unhinged institution that uses judicial review both as a blunt sword to punish the opponents and to promote the illiberal agenda of the ruling majority.

Judicial review, one of the great achievements of the 1989 (r)evolution(s), is discarded with dramatic consequences. What has long been overlooked is the fact that the constitutional court is not seen as a mere obstacle to be removed. A constitutional court's role as one of the linchpins of a new liberal democratic order is transformed from a counter-majoritarian institution to an ally of the majority and a shameless government enabler²¹. As I have previously argued²², three interconnected transformations have reshaped the face of what used to be the Polish Constitutional Court: i) judicial review has been *weaponised* and used against the opposition; ii) constitutional review has been *instrumentalised* in the process of implementing the political agenda; and finally, iii) judicial *rubber-stamping* of all unconstitutional schemes placed before it is enacted by the ruling majority. To this list might be added iv) the courtroom is *used* to create what Otto Kirchheimer termed "effective political images" that cast some political actors as villains ("justice has been done to them") and others as political heroes ("their virtuousness has finally been rewarded"). Political justice must be swift and leave public opinion with indelible and black-or-white memories²³. Constitutional review acts as an enforcer of political justice. Quite a change from what we had aspired to back in 1989...

²¹ For an incisive analysis: L. Garlicki, *Disabling the Constitutional Court in Poland?* (p. 63–69) and M. Wyrzykowski, *Bypassing the Constitution or Changing the Constitutional Order outside the Constitution* (p. 159–179) [in:] A. Szmyt, B. Banaszak, *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr. H. C. Rainer Arnold*, Gdańskie Wydawnictwo Naukowe, Gdańsk 2016; W. Sadurski, *What Is Going on in Poland Is an Attack against Democracy?* at <http://verfassungsblog.de/what-is-going-on-in-poland-is-an-attack-against-democracy> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Konciewicz, *Polish Constitutional Drama: Of Courts, Democracy, Constitutional Shenanigans and Constitutional Self-Defense* at www.iconnectblog.com/2015/12/polish-constitutional-drama-of-courts-democracy-constitutional-shenanigans-and-constitutional-self-defense [accessed on 10.07.2022]; T.T. Konciewicz, *Farewell to the Polish Constitutional Court* at <http://verfassungsblog.de/farewell-to-the-polish-constitutional-court> [accessed on 10.07.2022]; T.T. Konciewicz, *Statutory Tinkering: on the Senate's Changes to the Law on the Polish Constitutional Tribunal* at <http://verfassungsblog.de/statutory-tinkering-senate-polish-constitutional-tribunal> [accessed on 10.07.2022]. For a useful and detailed recap, see also the Helsinki Foundation for Human Rights, *The Constitutional Crisis in Poland 2015–2016*, Report (August 2016) at <http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFHR-The-constitutional-crisis-in-Poland-2015-2016.pdf> [accessed on 10.07.2022]. More recently, see comprehensively W. Sadurski, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding* at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3103491 [accessed on 10.07.2022].

²² T.T. Konciewicz, *From Constitutional to Political Justice – How and Why do Constitutional Courts Matter in the Authoritarian Regimes* at <https://reconnect-europe.eu/blog/blog-constitutional-political-justice/> [accessed on 10.07.2022].

²³ O. Kirchheimer, *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, New Jersey 1961.

1.6. Collectivity (community) over the individual (citizen) & Human rights (“dignitary rights”) take a backseat to the interests of ethnocultural community

The constitution of fear (element 1 above) aims to transform the citizens into the anonymous, ethnic and pure people where individualism takes a backseat to the communal. Open and participatory citizenship are concepts alien to the constitutional language of the new doctrine. Those who plead their human rights to the detriment of the state, and even dare to take their grievances to the supra-national level, are cast as traitors. Think, for example, of the backlash against those judges who have the courage to refer questions for preliminary rulings to the Court of Justice (on this also sections II and III, *infra*). Again, there is no place for nuancing here.

1.7. From the rule of law to the rule by law

Finally, most crucially, there is the changing understanding of the rule of law. The rule of law no longer frames the decision-making process, *but rather*, rule by law facilitates the expression of the will of the people (or their representatives). Rule of law is seen as an obstacle to protecting the collectivity and the common good. First, the Polish government has been insisting that the rule of law should be interpreted differently from what was hitherto accepted. Second, they insist that there is no agreement on what the rule of law entails in practice (application). Those two new elements transform the rule of law – one of the paradigms of the post 1989 transition. Poland has been steadily moving away from *the rule of law* and embracing *the rule by law*. Mere legality of the majority position suffices to legitimize the law.

1.8. The Counter-Constitution

Now combine elements 1-10, and what you get is a new constitutional design centred around the resentful counter-constitution that redraws constitutional boundaries by sheer politics of force. The force creates the facts on the ground and does not pay much attention to constitutional constraints. The qualification “counter”²⁴ emphasizes that this new constitutional setting is built in direct opposition to the liberal understanding(s) that prevailed post-1989²⁵. While the content of the new anti-constitutional doctrine in Poland has been firmly established, what keeps changing are the plots, characters, and the doctrine’s reach. With the counter-constitution as the crowning moment of the deliberate capture of the independent institutions and of the

²⁴ K.L. Scheppele, *The Social Lives of the Constitutions* [in:] P. Blokker, Ch. Thornhill (ed.), *Sociological constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.

²⁵ J. Zajądło, T.T. Koncewicz, *Po co PiS-owi konstytucja? Po nic. Woli państwo bez prawdziwej Konstytucji* <https://oko.press/koncewicz-zajadlo-po-co-pis-owi-konstytucja-po-nic-woli-panstwo-bez-prawdziwej-konstytucji/> [accessed on 10.07.2022].

incremental transformation of the citizens into captive minds²⁶, the free-floating resentment has finally found its (un)constitutional manifestation and home...

How does this internal strife translate then into the European level of governance?

2. The EU meets Poland

If this is your land, Where are your stories?

E. J. Chamberlin, *If this is your land, Where are your stories? Reimagining Home and Sacred Space*²⁷

2.1. The constitutional design in error?

Read against the background of the new doctrine (*supra* I), Poland (and earlier Hungary) now proposes a new understanding of the decision on integration: we, Europeans, differ in terms of our understanding of the constitutional essentials, because the rule of law in Poland means something different than elsewhere (and there is no consensus in this regard at the level of a common understanding of, for example, the elements of judicial independence. The juxtaposition of values stabilized at the level of the European Union member states, with our textual understanding of the community and values that comprise this community, leads to an inevitable collision with this view from Poland.

The question remains, however: why, after 2015, was the European Union missing in action in the case of Hungary, and now Poland? The European Union was surprised by the constitutional crisis and the dispute over values because it had been founded on the premise that the community of states would be a celebration, rather than negation, of liberal democracy. The establishment of the first Community was accompanied by the presumption that none of the states would question its foundations and the common system of values that determined the shape of the post-war European consensus. The Communities were conceived as a celebration and triumph of liberal democracy. Today, however, we can see that the assumptions of this post-war constitutional order do not work. We are dealing with a “constitutional design in error”²⁸. What is this error in the constitutional foundations of the European Union? The community cannot protect itself, the integrity of the EU legal order, and the citizens of the member states from their own states, because in 1951 no one predicted that the liberal foundations of the post-war European order would be called

²⁶ On this fatal transition see: T.T. Konciewicz, *From Captured State to Captive Mind The authoritarian train's last stop* at <https://verfassungsblog.de/from-captured-state-to-captive-mind/> [accessed on 10.07.2022].

²⁷ J.E. Chamberlin, *If this is your land, where are your stories?: reimagining home and sacred space*, Pilgrim Press, Cleveland: Ohio 2004.

²⁸ T.T. Konciewicz, *European Union and Democratic Backsliding, Constitutional design and change* [in:] X. Contiades, A. Fotiadou (eds.) *Routledge Handbook of Constitutional Change*, Routledge 2020 with further references.

into question. Today, Hungary and Poland place this danger on the agenda. This, in turn, poses a new difficult question: how can we rethink the assumption about common values in a situation where there are member states that, first, are not ready to read the common values in a collaborative and consensus – friendly fashion, and secondly, propose their own vision of functioning in the community?

Joining the European Union in 2004 was simply a *moment* in time. The accession to the Union, however, raised a question (which at that time was ignored): how do we function in a community and how do we navigate integration, which is a *process*? How do we operationalize our participation by building standards? Here we have suffered spectacular failures. In a sense, the basic paradigm of 1989 – that we shall not turn back from liberalization and democratic changes – is broken. In 2015, this paradigm was undermined as the transition from one stage to another was reversed. Must we now go back to square one and try to redefine our values? The biggest challenge is: how do we build a constitutional context around common values, knowing that a large part of Polish society does not understand what provisions are contained in the Polish Constitution? But building a constitutional context is a task that goes beyond, and is much more difficult than, adding new institutions and creating procedures. We cannot continue to focus only on the institutional aspect of Polish democratic consolidation, because we will make the same mistake that we made in 1989. In 2022, we must be aware that Poland's membership of the Union also entails an obligation towards the community that Poland is co-creating.

2.2. Understanding art. 2 of the Treaty on the European Union

Few remember that in the Treaty of Paris of 1951, the Community was based on one fundamental assumption: we unite because we believe that there are common and basic values – constitutional essentials – that, despite our differences, make us want to live together. These common values were not just a text but were rooted in a standard resulting from the legal culture built up over generations. Yet the reference to values in art. 2 of the Treaty on European Union (TEU)²⁹ should be read as having two dimensions: the *acceptance* (the Union is founded on shared values) and the *practice*³⁰. The former speaks to a textual perspective and the grand narrative of the

²⁹ Art. 2 TEU reads. "The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail". In French: "L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes".

³⁰ For theoretical discussion see: A. Williams, *The Ethos of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2016; M. Frischut, *The Ethical Spirit of EU Law*, Springer 2019; N. Walker, *The Philosophy of European Union Law* [in:] D. Chalmers, A. Arnall (ed.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 7-11. On art. 2 TEU with further references T.L. Boeckstein, *Making Do with What We have: On the interpretation and Enforcement of the EU's Founding Values*,

values, the latter is concerned with the context and is praxis centered. Only when values are translated into, and function through, virtues does the reference to the values in the Treaties take on a real meaning. Values, when practiced, help build the praxis and this in turn helps to nurture a sentiment of indeed being shared and experienced together. Values without virtues resemble an empty shell: full of constitutional rhetoric, but not much more. The member states, in good faith, sign the treaty and commit themselves to a certain discipline that goes beyond the interests and preferences of any one state. In this way they recognize that such a discipline will be binding on them in their collective actions in the European public sphere. The acceptance tells only half of the story, however. The outcome of the exchanges is recognized as legitimate if it respects the procedural framework(s) that discipline and constrain these exchanges. The compromise that binds all parties to the original consensus must be discourse-based. Crucially, though, for the discourse to have this tone – setting and defining impact – it must be anchored in at least some recognition of commonality and essentials and the responsibility for the common good that this discourse serves. We are in the Union together, and the element of sharing must not only be present throughout the process, but also assumed at the very beginning. The problem is not so much that the values have been brought within the Treaty's normative space, but rather the adoption of the counter-factual assertion that the values are shared. Being founded on shared values not only implies that at any given moment all the values should be indeed practiced and respected. It also acknowledges that differences will be ironed out based on the overarching belief that an initial anchoring in shared commonalities convinced all the parties to the consensus to come together. Founding presumes good constitutional faith in talking through our differences and bargaining to arrive at the consensus – a friendly constitutional arrangement. The anchoring is not about imposing values but inviting actors to sit down and talk about possible tensions in the practice of the consensus. Practice follows founding. The latter secures the former in that practice will always be read considering the common founding.

The commitment that keeps us together is to the essential and principled core of the European public space, and art. 2 TEU expresses this most basic commitment that all parties undertake when they decide to join. The commitment is not based on exact identity but rather on the principled commitment to the essentials that make up the core. Indeed “We might note that many important principles of law have solid cores that can be legally enforced even if there is disagreement about where the boundary is at the margins. Most general principles have clear cores and contestable margins, and it is no argument against the existence of the clear core that one can imagine cases at the margins over which one can reasonably argue”³¹. The problem is not with the acceptance of this starting point but rather with the articulation of the

“German Law Journal”, (2022) vol. 23 p. 431 and T.T. Koncewicz, *European Values*, [in:] S. Garben, L. Gormley (eds.), *Oxford Encyclopedia of EU law* (2022, forthcoming).

³¹ L. Pech, K.L. Scheppele, *Is the Rule of Law Too Vague a Notion?* at <https://verfassungsblog.de/the-eus-responsibility-to-defend-the-rule-of-law-in-10-questions-answers/> [accessed on 10.07.2022].

explicit contents and parameters of the core and the contours of the behavior that will not be tolerated when judged against the essential core.

When we agree to share, the underlying assumption is that we will be able to draw the red lines of what is prohibited and ultimately counteract such behavior once the lines so drawn are overstepped. Otherwise, the recognition of commonality loses much of its purpose. Membership ethos explains that member states are bound to adopt a certain attitude toward other actors, and is reflected, among other things, in their duty to have due regard to the Union system and abide by the most fundamental Treaty rules. Today, this idealized notion of membership resembles a myth in search of both the storyteller and the public interested in listening. As European societies evolve and advance, it must be asked whether “we the European peoples” are ready to continue living together in a constitutional regime, internally divergent, and one that is ready to respond to the exigencies and demands of new realities. James Tully’s canoe metaphor eloquently summarizes the challenge, promise, and dream behind this question: “Perhaps the great constitutional struggles and failures around the world today are groping towards the third way of constitutional change, symbolized by the ability of the members of the crew of the canoe to discuss and reform their constitutional arrangements in response to the demands for recognition as they paddle. A constitution can be both the foundation of democracy and, at the same time, subject to democratic discussion and change in practice”.

Narrative and messaging matter here. The Union does not impose anything on us. Being in a community means that its members voluntarily accept certain rules of conduct that bind everyone as a condition of living together. Diversity (from the perspective of states – the members of the community) constantly seeks compromise with the pursuit of uniformity (the perspective of the Union). Integration is a process, not a zero-sum game following the antagonistic logic of “Us – good vs. Them – bad,” and “sovereign states vs. a non-sovereign Union”. When you become part of a community, benefits go hand in hand with responsibilities. If you do not respect the latter, the rest of the community may one day decide that they no longer want to play for the same team as you. At this point, you are relieved of your duties, but at the same time, you lose the benefits that the community guaranteed. The EU only enforces the terms of the contract we signed in 2004. The element of entrusting the courts as independent and impartial arbitrators to settle conflicts that the states would not be able to resolve among themselves has been, from the very beginning, the foundation of the EU contract.

2.3. The Court of Justice and constitutional crying out in the wilderness?

The respect for courts and their decisions and the trust in the reformatory power of law have been at the forefront of European integration and defined the post-war liberal consensus. The authority of the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as “the CJEU” or “the Court”), the binding nature of its rulings, and the emancipation of national courts as courts of general jurisdiction

in the sphere of Union law, were essential parts of the original consensus that paved the way for the first Communities. The respect for the law in art. 19 TEU has defined the ethos of the Court³² and anchored its mission within the telos of the European integration³³. The destructive and antagonistic self-help and retaliation were ruled out and so was the contractual principle *do ut des* according to which “I perform as long as you perform”. Rather states were obliged to comply with their Community obligations irrespective of whether others do the same. It was left to the courtroom with its own logic, argumentative framework(s) and a set of principles, to define the content and extent of the obligations undertaken on Accession Day. For the community of law to survive, any unilateral action by the states was to be banished from the Community vernacular. All the disputes were to be dealt with within the framework of the European judicial system and the judgments by the Court of Justice would be binding on all parties to the contract. In this way post-war liberal constitutionalism has delivered on its promise and goal of “never again”. The latter was underpinned by three fundamental propositions: i) the Constitution is the ultimate law of the land that ii) disciplines the fleeting majorities through the regime of constitutional rights and independent institutions. Finally, iii) every political power is a power constrained by courts. The supranational courts, the Court of Justice, and the European Court of Human Rights, have a special constraining role to play here. The pledge of “never again” was supposed to be the long-lasting lesson from the past.

The place of the Court in the EU legal system must be read against this more systemic and historic background. It has been designed so that states would have a very limited possibility of interfering with its jurisprudence³⁴. In the Union, all members follow the law equally and unconditionally, not only when they are comfortable with it, and if others follow it too. There is a peculiar egalitarianism in the courtroom: powerful Germany has one vote, just like little Luxembourg. In the courtroom, there is a language of rules and regulations, to which ad hoc politics yields – it

³² On the role of art. 19 TEU K. Lenaerts, *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, “Fordham International Law Journal” 2013, vol. 36, p. 1303; T. Tridimas, *The Court of Justice of the European Union*, [in:] R. Schutze, T. Tridimas (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford University Press 2018, in particular pp. 581-609; R. Barents, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Wolters Kluwer 2016, in particular pp. 107-125. More recently with further references T.T. Konciewicz, *The Core of the European Public Space. Revisiting Art. 19 TEU in Times of Constitutional Reckoning* at <https://verfassungsblog.de/the-core-of-the-european-public-space/> [accessed on 10.07.2022].

³³ C.N. Kakouris, *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l'ethos du Juge*, “Revue des affaires européennes” 1994, no. 4, p. 35.

³⁴ T.T. Konciewicz, *Filozofia europejskiego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, (with the foreword by Professor Martin Shapiro, Warsaw 2021. On the book <https://reconnect-europe.eu/news/new-book-on-the-philosophy-of-the-european-judicial-system/>) [accessed on 10.07.2022]. It brings together various arguments and strands of research on the role and place of the Court of Justice in post-war liberal European settlement as well as the misunderstanding and hostility the Court generates in Poland now. For the argument in a much condensed form, see my <https://konstytucyjny.pl/t-t-konciewicz-trybunal-sprawiedliwosci-unii-europejskiej-i-unijny-etos-sadzenia-najpierw-sprobuj-zrozumiec-instytucje-a-dopiero-potem-krytykuj> [accessed on 10.07.2022].

is civilized and curbed by them. If you want to win, you have to convince others through the strength of your arguments, not the size of the jar full of spruce bark beetle brandished in the courtroom by a representative of the government as an argument in favour of... relentless logging in the UNESCO-protected Białowieża Forest³⁵. Such populist theatrics may appeal to voters' emotions, but in the courtroom, it is laughable and discrediting. The Law and Justice Party is afraid of the Court of Justice because, in the courtroom, it must speak to it in the language of the court and follow the logic of the courtroom. Ultimately, it is the authority and force of arguments that will prevail, rather than arguments of force.

When one state fails to fulfill its obligations, the others cannot unilaterally close their borders and block citizens or goods of the former. Instead, they must take the matter to a court of law, wait for a decision, and strictly comply with it, regardless of its content. This is because, by joining the Union, the states concluded a contract with each other, one of the key points of which was to respect the competences of the Court of Justice, its jurisdiction, and the obligation to comply with any decision issued by the so-recognized court. For the obligation to be credible from the outset, it had to be respected not only *ex post* (when the judgment was delivered) but also *ex ante* (when the case is still pending). Only then do the common market and the political community make sense. The case-law of the Court must be read as a constant exposure of the consequences of the Union's status as a community (union) based on the rule of law. Whenever the rule of law has been threatened, the Court, based on its role as a guardian of the Treaties, has always been ready to make the necessary intervention.

Words do matter here. The jurisprudence of the Court on the so-called reforms of the justice system in Poland is a response to the first steps towards the "POLEXIT", that is, withdrawing Poland from the Union³⁶. Attacking the preliminary ruling procedure, which is a cornerstone of European integration, instituting disciplinary proceedings against the judges who apply European law, feigned gestures supposedly inhibiting the takeover of the Supreme Court, rejecting the Court's judgment of 19 November 2019, brazenly disrespecting its interim order of 9 April 2020, and inciting the fake constitutional court to rule on the constitutionality of the very foundations of the original consensus – these are all, unfortunately, manifestations of a no longer creeping, but rather galloping, POLEXIT.

³⁵ T.T. Koncewicz, *The Politics of Resentment and First Principles in the European Court of Justice* [in:] F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.

³⁶ On this case law see S. Platon, *Court of Justice Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: Miasto Łowicz*, "Common Market Law Review" 2020, vol. 57, p. 1843; T.T. Koncewicz, *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles* [in:] K. Szczepanowska-Kozłowska (ed.), *Profesor Marek Saffjan znany i nieznan. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, Warszawa 2020. For a holistic approach to the case law consult papers published in „Palestra” 5/2020 at <https://palestra.pl/pl/czasopismo?rocznik=2020> [accessed on 10.07.2022].

In doing so, Poland puts itself outside the community and loses what remains of its “legal credibility.” There is one place for a state that wants to play only for itself and emphasizes its uniqueness against others: outside the community. However, when properly understood, POLEXIT goes beyond only this. Attacks on the Court not only marginalize Poland within the wider political community and ultimately push it out of the EU, but also transforms a Polish citizen back into a servant of the state and a second-class European citizen, deprived of the protection offered to citizens in other countries by European law and the court. It is a return to a world in which a citizen has no chance – he must shine with the reflected light of the state and obey its will. He is supposed to live in the shadow of “a constitution of fear”. Here we come to the point: what is the spirit of European law?³⁷ Is it just a slick-sounding metaphor? Thanks to European law and the jurisdiction of the Court of Justice, a citizen lives “at the edge of systems” and no longer belongs exclusively to the territory delimited by the borders of “his/her” state. Citizens get to make their own choices and decide where they want to work or buy a car. European law has survived for more than half a century precisely because it has been applied to individual citizens’ cases in the local courts of the member states. The spirit of integration, therefore, consists in liberating the citizen from the corset of the all-powerful state in whose shadow the citizen has lived so far, and in the strict observance of the judgments issued. The contradiction between the European vision and ideal, and the doctrine that the Law and Justice Party lives and breathes, is therefore fundamental. While, according to the party’s narrative, the citizen is to live in the shadow of the “constitution of fear,” which allows the state to interfere with his or her rights and life without limits, post-war Europe promotes a constitutional culture of restraint and moderation. While Law and Justice strives at all costs to squeeze the citizen into the state framework, the Union frees us from this framework and opens new opportunities. While European law gives a citizen a chance to win against the powerful state, the latter would like to see its EU obligations as a worthless piece of paper. For the Law and Justice party, a good citizen is a controlled citizen, convinced that the state’s decisions are always good for him or her and meekly accepting them.

On the ruins of the rule of law it is the citizens who must ask about the far-reaching European consequences (for themselves) of current Polish policy, where everyone is our enemy plotting to hurt Poland – the chosen one among nations, a state that questions the foundations of the Union, and rejects the authority of the courts and judicial decisions. Citizens must understand that electing a party that rejects the separation of powers and tolerance for others, and that promotes chauvinism and divisions while elevating distrust, pettiness, and the desire for revenge to the rank of political “virtues”, comes at a cost that will one day have to be paid. Citizens who care about Europe and Poland in Europe cannot agree to the rejection of the

³⁷ T.T. Konciewicz, *On the rubbles of the rule of law*, Eurozine at <https://www.eurozine.com/on-the-rubble-of-the-rule-of-law/> [accessed on 10.07.2022].

fundamental core of integration and European law. The legalistic autocrats³⁸ of the Polish government, backed by the “authority” of the unlawful group of persons masquerading as judges, show us how the captured state works. Today we can no longer deny that a spectacle is taking place in front of our eyes, in which everyone plays their role on the board of the political game called “How to manipulate law and institutions?” and “How to destroy law and institutions when they resist?”. It is scary to think what will happen when citizens buy (or have they already bought?) this politically fabricated show.

Yet this domestic exit is only half of a developing story.

3. From POLEXIT to E(U)EXIT and back. More than a metaphor?

Unfortunately, the spinelessness of the EU, the blatant incompetence of the European Commission and of its leadership do not help, to say the least. Those among us who – despite all the let downs and discouragement – still believe, and want to believe, in a peaceful, united, and integrated Europe as a value that keeps European peoples together, are left all alone. It is time to shout out bluntly that today it is the collective malaise and escapism of the EU institutions that enable the capture that marches on and produces effects that are and will be impossible to roll back. Rome has been burnt down and yet the Commission still fiddles by dialoguing with the arsonists, by slavishly sticking to its futile repertoire of grand gestures and press releases full of empty promises... Is anybody still listening in Brussels? Or has turning the other cheek simply become the new normal for the European bureaucrats? The shady pact of selling out the rule of law to save the budget (and that is a mild description of the Commission’s capitulation and institutional humiliation)³⁹ only corroborates the fact that the, once proud, guardian of the Treaties has become a puppet at the hands of the member states. It is high time to recognize this and call a spade a spade, rather than pretending that Commissioner Jourova has something interesting to say. The European constitutional tragedy sees the Commission becoming part of the problem, rather than a solution... The Union stands hollowed out and bereft of any guiding principles other than the internal market⁴⁰. This is as bad as it gets.

All this European procrastination, and the ultimate dereliction of duties by those who should be at the forefront of saving the last remnants of the European rule of law and legal credibility, unfolds to the accompaniment of sovereign war

³⁸ K. L. Scheppelle, *Autocratic Legalism*, “The University of Chicago Law Review” 2018, vol. 85, p. 545.

³⁹ A. Alemanno, M. Chamon, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It* at <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/> [accessed on 10.07.2022]; A. Alemanno, *The EU Parliament’s Abdication on the Rule of Law (Regulation)* at <https://verfassungsblog.de/the-eu-parliaments-abdication-on-the-rule-of-law-regulation/> [accessed on 10.07.2022].

⁴⁰ For more detailed analysis see: T.T. Koncewicz *How the EU is Becoming a Rule-of-Law-less Union of States...*

rhetoric at the domestic level. Here the soloists are representatives of the government, outdoing themselves in their ignorance, judicial brawling, and tearful martyrdom scenes in the hope that their electorate will notice and appreciate it. This is a spectacle in which a pseudo-constitutional court speaks about the compliance of the preliminary ruling procedure with the Polish Constitution, holds trial over the legality of the decisions by the Court, and creates the appearance of legality, or in Kirchheimer's parlance, effective political images.

This new illegal business as usual becomes the new normal and nobody seems to care anymore⁴¹. Meanwhile, the parliament continues legislative efforts to take over the remnants of an independent judiciary and render the Polish courts asking questions to the Tribunal as pointless. From a tragicomedy, this performance turns into a drama of the rule of law when the Deputy Minister of Justice fights against rebellious judges using an internet-media campaign and loyal servants, and one by one supranational courts are declared to have no legal authority in Poland. And the EU is watching all of this while sending a new flurry of protest letters and concocting risible "compromises" with the autocrats. Yes, words do matter here, like never before.

This leads us to a more general takeaway. We have focused too much on how the capture in Poland has changed the constitutional profile of that state. Given the ample evidence, the time has now come to recognize that the deliberate process of removing "the community of law"⁴² component from the Union legal order alters the constitutional profile of ... the Union itself. The "community of law" no longer serves as the guiding star for actions of the institutions. The once cherished, "community of law" becomes an empty slogan. From a non-negotiable asset, it has been downgraded to yet another card to be played and traded should the institutional calculus so demand. Right before our eyes, the EU is becoming a rule-of-law-less union of states. This is exactly how and when domestic POLEXIT meets supranational E(U) EXIT. This is not yet another allegoric figure (which I very much wish it would be) but rather a matter-of-fact recognition of surrounding tragic reality. Words do matter after all.

As vital as the courtroom is, and has been, in the history of European integration, its promises and opportunities must be read in the light of its inherent limits. The supranational legality will come into being as fully shaped only when the judiciary *and* the political work in tandem and in collaboration. Both the *judicialization of the politics* (with shrinking space for political discourse) and the *politicization of*

⁴¹ On this: T.T. Konciewicz, *When Legal Fundamentalism Meets Political Justice*, „Israel Law Review” 2022, p. 1-58, available at <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/when-legal-fundamentalism-meets-political-justice-the-case-of-poland/99F9CFE7FE8196B568D4A1464D811890> [accessed on 3.10.2022] and also *De la justice constitutionnelle à la justice politique*, „Revue des droits et libertés fondamentaux” 2020, vol. 79 at <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/de-la-justice-constitutionnelle-a-la-justice-politique-quest-ce-que-les-polonais-ont-perdu-en-2015-et-quont-ils-obtenu-en-retour/> [accessed on 10.07.2022].

⁴² L. Pech *et al.*, *Meaning and scope of the rule of law* at <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/D7.2-1.pdf> [accessed on 10.07.2022].

the judiciary (with concerns over the growing role of the courts in the political process and choices that should be left to democratically responsible leaders) must be front and center. Judicialization of the supranational governance must be reconstructed as a joint enterprise which assumes a collaborative reading of the European consensus. Given the disagreements that go to the heart of the supranational consensus, the role of the political institutions of the supranational governance must be acknowledged. These institutions take part in the operation of, and contribute to, the practice and legality of the supranational legal order by using their own competences and procedures. Just as the judiciary has its own fidelities to the law and values, so does the political. Supranational legality needs both if the commitments to the consensus are to be credible and if this union is to stand a chance and to move forward...

4. Learning from the past or still repeating the same mistakes?

As argued in section II of the present analysis, the world of European post-war constitutionalism has been defined by restraint and moderation. However, this world and its precepts are alien to the new authoritarians. The stage for the principal confrontation between two kinds of opposing legalities has been set. By rejecting the Court, capturing the independent judiciary, hollowing out judicial review, attacking the preliminary ruling procedure, and altogether rewriting the liberal rule of law, Poland is turning its back on the community of law and the principles that generations of Poles yearned for post-1945, and now seem... shockingly ambivalent about.

Where does it leave us today? It is not an easy question to ponder. In 2022, the Polish *raison d'état* needs a civic narrative, reflection, and a discussion over the future shape of Europe and its place within it, in place of the current yammering and sowing of lies that poison hearts and souls. It was Polish citizens who voted for accession. It is highly probable that the same citizens will soon have to vote in favor of our staying in the Union, given the unprecedented step of the “pseudo-constitutional court” undermining one of the cornerstones of European integration in the form of the preliminary ruling procedure and the intimidation of judges who apply European law. Who would have thought that, 16 years after Poland's accession to the EU, it would be necessary to remind ourselves about the foundations of the EU legal order, to which we have committed ourselves voluntarily, and that such a discussion would take on existential importance in the face of the impending (or already creeping some might argue) POLEXIT.

Today we live not only in a state devoid of any checks and balances. We live in a state in which the authorities can do virtually anything, all in times of a global pandemic, which is used as a convenient excuse to further consolidate power and curtail civil rights. The efforts of the last five years to take over independent institutions are falling into a ghastly logical whole at the worst possible moment for both Europe, and our civic rights and liberties. While the financial crisis and Brexit are

undoubtedly events that make us reflect on the future of the European Union and the optimal model of European integration, the crisis of values in the form of one member state of the EU undermining liberal democracy, the rule of law, and the rights of minorities as well as attacks on independent courts, strikes at the very axiological foundations of the Union and question its continuity.

Therefore, placing the foundations front and center becomes a key factor. We cannot take Poland's membership in the Union for granted and treat it as an element of our everyday life. The EU citizens' freedoms to travel, work, shop in Berlin, holiday in Greece, were not given to us once and for all just because Poland is the chosen nation that always deserves something. Have we forgotten that a border separated us from Europe only 18 years ago and a passport was necessary for travelling? When we give up on the community and violate the obligations that define our commitment to the community, we must also be ready to give up on the normative opening and all the opportunities and subjective rights that come with belonging to a community of law and common values. Reminding ourselves about it should be a civic response to the hateful poisoning of the hearts and souls of Poles by the narrative (laced with ignorance) of an evil Europe plotting against Poland, not appreciating our individuality, going after our sovereignty, *et cetera*. It is necessary to go beyond the micro-perspective dominating in Poland, determined by disputes taking place "here and now," in favor of macro-reflections: "what is next?". The fundamental question is how this "here and now" will affect our lives and change them in the future.

Thinking about Europe in terms of community and the values that bind European states and nations is of particular importance in Poland in A.D. 2022. The "Polish constitutional tragedy" of the last six years must be a constant warning against the civil *non possumus* and the disastrous consequences of turning away from Europe, with all its flaws and imperfections. Let us think about Europe, let us vote for Europe (and Poland in it), and let us understand the far-reaching disastrous consequences of the current Polish politics.

Epilogue... or a new Prologue? Looking beyond here and now

The events of recent years, together with the never-ending announcements of retaliation against the Court, judges, and now the outright assault on the integrity of EU law by means of the captured and weaponized constitutional review, are all part of the open war of the Polish government with the Court of Justice. These events fully justify posing the following question: *Quo vadis Polonia?* What about your willingness to respect commitments, judgments, and procedures you entered into voluntarily?

As I write these words, the time has come to finally recognize that the entire post-1989 constitutional profile of Poland has been irrevocably affected. Tinkering here and there, while foolishly hoping that the EU will come to our rescue, must be finally thrown out the window. The European stakes (and costs) of the domestic

constitutional reshuffling happening right before our very eyes should be spelt out in so many words⁴³: either respect the core rules of the community that you voluntarily accepted on Accession Day *or* leave. With the emasculation of constitutional review and the incapacitation of the judiciary, the very paradigms that have shaped Polish democratic transformations in and post-1989 have been called into question⁴⁴. When law and institutions begin to serve ruthless politics, instead of civilizing and constraining it, one of the foundations of the post-war European order is destroyed – the belief that any political power must be limited and controlled by institutions independent of it, above all, the courts. Honesty is needed more than ever, and we must be aware of what is at stake in the uncompromising political game that rages on. It is no less a choice between our participation in the European legal community, whose rules, and principles we accepted voluntarily in 2004 and which had been the dream and aspiration of entire generations of Poles after 1945, or... a definitive POLEXIT.

And yet, as has been argued here, to make this sorry state of affairs even more miserable, POLEXIT has now found a powerful supranational ally. With the “community of law” happily brushed aside by the institutions and the unbound Masters of the Treaties, we are staring into the eyes of E(U)EXIT: Institutions that were designed to act as the safety-valve and emergency brake against the authoritarian impulses of states, are now playing their own part in enabling and shepherding the dangers they were supposed to avert.

The dream of the Founding Fathers back in 1951 was that law, not war, would become the device to reconcile and frame the diverse interests of Member States and ensure that ‘never again’ would be indeed woven into the fabric of the European continent. It was expected that the language and behaviour appropriate to a courtroom would prevail with its trust in the power of argument, not simply antagonistic arguments of power. While this shift and belief were emblematic of the post – war settlement, they seem now to be on the defensive for the reasons explained in the preceding analysis. Despite all the historic baggage and traumatic experiences, we the Europeans do not seem to be learning from the, after all, not-so-distant past. The constitutional decay moves beyond the domestic and spills over into the supranational. We are living in times which favour constitutional bad faith, dishonesty, and a comfortable looking the other way when something should have, and must have, been said and done, even if only for symbolic reasons.

⁴³ J.-W. Müller, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, “European Law Journal” 2015, vol. 21, p. 141.

⁴⁴ M. Wyrzykowski, *Trwa wojna przeciw konstytucji*, (*The war against the Constitution rages on*) at <https://kulturaliberalna.pl/2021/03/02/trwa-wojna-przeciw-konstytucji/> [accessed on 10.07.2022]; M. Wyrzykowski, *W 2021 Konstytucja leży podarta na strzępy*, (*In 2021 the Constitution lies down shredded into pieces*) at <https://kulturaliberalna.pl/2021/03/09/w-2021-konstytucja-lezy-podarta-na-strzepy/> [accessed on 10.07.2022]; M. Wyrzykowski *To nie kryzys, to wojna*, (*It is not a crisis. It is a war*) at <https://magazynpismo.pl/idee/rozmowa/miroslaw-wyrzykowski-to-nie-kryzys-to-wojna/?seo=pw> [accessed on 10.07.2022].

In times like these, constitutional symbols of decency and resilience do matter more than ever and yet we have none left to fall back on. It is pertinent to quote here Professor David Edward, who with his usual perspicacity and clarity both warned and encouraged us. He argued: “Those of us who are old enough to remember the times of despair, then of hope and optimism, and now perhaps of bewilderment, can nevertheless look back and reflect that, in spite of all the hostile rhetoric, the achievements of the past half century have been immense and the community of interest amongst our peoples is real”⁴⁵. These words should resonate now in the capitals of Europe and help to rediscover the spirit of the First Principles that laid foundations for the ever closer union among peoples of Europe⁴⁶.

And yet, as of now “the ever-closer union” continues to be bound together by the fact of statal membership with the citizens still lurking in the shadow of this state-driven narrative. The design is still dominated by a Union of states and, at best, market-driven, and self-interested economic operators. The challenge before the supranational legal order clearly goes beyond institutional and procedural dimensions and technocratic tinkering. It starts from and recognizes that we need to move beyond *ad hoc* patching up of the sinking ship and embrace a more systemic rethinking of the system’s ailments and their causes. If the union of states does not make a leap towards *community of values*, shared legality and practice enforced in the name of the European peoples and explained as such, the EU’s vocation and mission will be constantly called into question. Only the sum of *commitment of the member states*, a *special ethos of membership*, *novel justificatory narrative(s)*, and *triggering the civic register* can ensure the long-lasting credibility and legitimacy of the supranational design and governance.

Without doubt, the question of who will be the constitutional storyteller of the European *First Principles* and the contours of the overlapping consensus is, and will be, crucial as the European Union ponders and tries to narrate its future story⁴⁷. For any myth to survive, though, supranational governance and design need not only crafty storytellers, but also a good story to tell, an engaged audience to listen, counter-strategies to defend the myth(s), and counter-narrative(s) to explain and justify the original consensus that first brought states and European peoples together⁴⁸. The European Union seems to be falling short in all these registers of myth-telling,

⁴⁵ Manuscript on file with the Author.

⁴⁶ On the symbolic meaning of the union consult T.T. Konciewicz, *L’Union de droit supranational comme premier principe de l’espace public européen. D’une union toujours plus étroite entre les peuples d’Europe mis à l’épreuve?* [in:] *La Collection débats et documents de la Fondation Jean Monnet pour l’Europe*, Lausanne 2021, available at <https://jean-monnet.ch/en/publication/22e-numero-de-la-collection-debats-et-documents/>.

⁴⁷ P. Blokker, *A New Narrative for a Citizens’ Europe* at <https://reconnect-europe.eu/blog/a-new-narrative-for-a-citizens-europe/> [accessed on 10.07.2022] and his *How to narrate the future of Europe?* at <https://reconnect-europe.eu/blog/how-to-narrate-the-future-of-europe/> [accessed on 10.07.2022].

⁴⁸ On this, see my *If you are Europe, what is your story in 2022?* at <https://verfassungsblog.de/if-you-are-europe-what-is-your-story-in-2022/> [accessed on 10.07.2022] and *What Does it Mean to be a Member State of the Union in 2022 and beyond?* at <https://reconnect-europe.eu/blog/what-does-it-mean-to-be-a-member-state-of-the-union-in-2022-and-beyond/> [accessed on 10.07.2022].

defending, and building new myths for the generations to come. As the supranational legal order moves forward, ponders and narrates its myths, the memory of why the states joined in 1952 is, and will be, of fundamental importance. Amnesia and inability to critically retool the founding narrative(s) and adapt them to the changing world already set free the majoritarian politics and shattered one of the founding myths of the first Communities that of the constrained political power and the overlapping, and not perfect, consensus. All this as part of the never ending and elusive search for the workable equilibrium between the existential diversity of the parts on the one hand and the necessary minimum sharing among all the parties to the consensus on the other. This is the true challenge of *mega-politics* that the supranational governance, design, and legality face today and in the foreseeable future.

When laws and institutions come to serve politics, rather than holding power in check, a cornerstone of the post-war European order is lost. Let us be mindful of what could be at stake. Do we stay in the Europe to which generations aspired after WWII, and thereby recognize the precepts we have accepted in 2004? Or do we opt for Polesxit – with no going back. While the choice remains always ours, the open questions are the ultimate statements in constitutional pessimism.

Rola i znaczenie krajowych organów ochrony prawnej dla budowania Unii Europejskiej jako wspólnoty opartej na prawie. Rozważania na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE

Artykuł 19 ust. 1 TUE składa się z dwóch akapitów. Pierwszy z nich stanowi, że: „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) obejmuje Trybunał Sprawiedliwości (TS), Sąd i sądy wyspecjalizowane. Zapewnia on poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu Traktatów”. Natomiast zgodnie z akapitem drugim „Państwa Członkowskie ustanawiają środki niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii”. O ile akapit pierwszy powierza Trybunałowi Sprawiedliwości kompetencję do „zapewnienia poszanowania prawa”, to akapit drugi zawiera zobowiązanie dla państw członkowskich do spełnienia na poziomie krajowym wymagań wynikających z zasady skutecznej ochrony prawnej, w dziedzinach objętych prawem Unii. Jest to konkretyzacja ogólnej zasady skutecznej ochrony praw¹, którą jednostki wywodzą z prawa Unii, wynikającej nie tylko z przedmiotowego przepisu TUE, ale także z tradycji konstytucyjnych wspólnych dla państw członkowskich oraz z art. 6 i 13 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC).

Prawnomiędzynarodowy rodowód rzeczzonej zasady wart jest odnotowania, jest to bowiem przykład przejęcia zasady prawnej o charakterze prawnym ugruntowanym w przestrzeni międzynarodowej do prawa unijnego na podstawie orzecznictwa TSUE².

* Prof. dr hab. Dagmara Kornobis-Romanowska, Uniwersytet Wrocławski, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0001-5860-0760](https://orcid.org/0000-0001-5860-0760).

¹ Wyrok TS z 19 grudnia 1968 r., *Salgoil*, C-13/68, ECLI:EU:C:1968:54, pkt 463; z 9 lipca 1985 r., *Bozzetti*, C-179/84, ECLI:EU:C:1985:306, pkt 17; z 10 kwietnia 1984 r., *von Colson*, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153, pkt 18 i 22; z 15 maja 1986 r., *Johnston*, C-222/84, ECLI:EU:C:1986:206; z 15 października 1987 r., *Heylens*, C-222/86, ECLI:EU:C:1987:442; z 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pkt 35. Zob.: S. Weatherill, *From Myth to reality: The EU's "New Legal Order" and the Place of General Principles Within It*, [w:] S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law, European and Comparative Perspectives*, Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford and Portland, Oregon 2017, s. 37 i n.; S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, [w:] C. Paulussen, T. Takacs, V. Lazic, B. Van Rompuy (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law, Public and Private Perspectives*, Springer, The Hague 2016, s. 144 i n.

² Odesłania do orzecznictwa dotyczą głównie działalności jurysdykcyjnej TS, choć także orzecznictwo TSUE przyczynia się do rozwoju zasady skutecznej ochrony prawnej. Są to jednak zagadnienia związane głównie ze stosowaniem art. 263 TFUE, a więc pozostające poza zakresem analizy w tym

Precyzyjniej rzecz ujmując, nie jest to proste przejęcie, a raczej odwzorowanie tej zasady z prawa międzynarodowego do prawa UE. Ostatecznie bowiem obywatele państw członkowskich UE chronią na jej podstawie swoje unijne uprawnienia bezpośrednio przed organami krajowymi i na podstawie krajowych przepisów proceduralnych, a nie za pośrednictwem państwa. Zatem standardy stosowane w tym zakresie w prawie międzynarodowym okazały się zbyt ogólne w porównaniu z wymaganiami odnośnie do ochrony prawnej jednostki w UE, co ujawniły historyczne orzeczenia TS w sprawach *Van Gend en Loos* i *Costa p. ENEL*³ i od tychże właśnie wyroków rozpoczął się rozwój zasady skutecznej ochrony prawnej w orzecznictwie TS, zakończony jej kodyfikacją w TUE, w przedmiotowym przepisie art. 19 ust. 1 akapit drugi.

Narzędzia i metody, które temu służą, zostały zidentyfikowane i rozwinięte w historycznym orzecznictwie TS, w którym Trybunał ustalił szczególne cechy związane z autonomiczną i konstytucyjną naturą prawa Unii. W szczególności, jak wielokrotnie wskazywał TS, prawo Unii charakteryzuje się tym, że pochodzi z niezależnego źródła, jakie stanowią traktaty, jest nadrzędne względem prawa państw członkowskich⁴, a przy tym szereg przepisów prawa UE znajduje zastosowanie do pochodzących z nich jednostek i nich samych, w czym wyraża się bezpośrednia skuteczność tego prawa⁵. W ramach tak uformowanej struktury konstytucyjnej ochrona prawna w UE nie jest i nie może być ograniczona jedynie do sporów pomiędzy jednostkami a organami unijnymi czy krajowymi, ale ma także zastosowanie w sporach horyzontalnych, tzn. między podmiotami prywatnymi⁶. Jednostki mogą więc formułować swoje roszczenia w krajowym postępowaniu sądowym, czyli wysuwać żądania przeciwko innym podmiotom prywatnym, których treścią jest ochrona uprawnień wywiedzionych z prawa UE. Może to być przykładowo roszczenie o ochronę praw podstawowych, w tym przed dyskryminacją, w sprawach dotyczących obywatelstwa europejskiego, z zakresu praw pracowniczych, w sprawach ubezpieczeniowych, konsumenckich, dotyczących konkurencji, swobód rynku wewnętrznego, pomocy państwa, podatków, znaków towarowych, polityki socjalnej, współpracy wymiarów sprawiedliwości w sprawach cywilnych, prywatnego prawa międzynarodowego, współpracy policji i sądów w sprawach karnych, udzielania azylu czy wiz itd. Sądy krajowe są wówczas dla obywateli państw członkowskich sądami „pierwszego kontaktu”, tzn. w tych właśnie sądach dochodzone są

artykule. Szeroko na ten temat, zob. K. Kowalik-Bańczyk, *Skuteczna ochrona prawna w działalności Sądu Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 8, s. 16.

³ Wyroki TS: z 5 lutego 1963 r., *Van Gend en Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1; z 15 lipca 1964 r., *Costa p. ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴ Zob. wyroki TS: C-6/64, s. 1159, 1160; a także z 17 grudnia 1970 r., *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, pkt 3; z 26 lutego 2013 r., *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, pkt 59; opinia z 14 grudnia 1991 r., 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, pkt 21; opinia z 8 marca 2011 r., 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, pkt 65.

⁵ Sprawa C-26/62, s. 23; opinia 1/09, pkt 65; opinia z 18 grudnia 2014 r., 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 165-166; wyroki TS: z 15 kwietnia 2008 r., *Impact*, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223; z 12 stycznia 2010 r., *Petersen*, C-341/08, ECLI:EU:C:2010:4; z 19 stycznia 2010 r., *Kücükdeveci*, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21; z 18 listopada 2010 r., *Georgiev*, C-250/09, ECLI:EU:C:2010:699; z 8 września 2011 r., *Hennigs*, C-297/10, ECLI:EU:C:2011:560.

⁶ Zob. np. wyrok TS z 15 września 1998 r., *Edis*, C-231/96, ECLI:EU:C:1998:401, pkt 37.

roszczenia oparte na prawie unijnym, oraz sądami „powszechnymi” w ramach porządku prawnego Unii, których zadaniem jest stosowanie prawa Unii⁷. Zanim jednak sąd krajowy uzna roszczenie i udzieli jednostce ochrony uprawnień poprzez zastosowanie w sprawie konkretnego przepisu prawa UE, powinien najpierw dokonać oceny, czy jej przedmiot pozostaje w związku z prawem UE, a więc czy sprawa ma charakter unijny⁸. Jest to zadanie sądu i treść żądania stron nie ma znaczenia dla kwalifikacji sprawy jako unijnej, może mieć znaczenie jedynie pomocnicze⁹. Podmioty indywidualne są więc uprawnione do poszukiwania ochrony uprawnień unijnych w postępowaniach przed organami krajowymi sądowymi lub administracyjnymi¹⁰, te zaś są zobowiązane taką ochronę zapewnić¹¹.

Artykuł 19 ust. 1 akapit drugi TUE jest traktatowym wyrazem i uściśleniem ogólniejszej zasady skutecznej ochrony prawnej w UE¹². Przepis ten po pierwsze decentralizuje ochronę prawną w UE, przekazując ją zasadniczo na poziom państw członkowskich (co zresztą wynikało już wcześniej z zasady ogólnej prawa UE), a po drugie gwarantuje ochronę praw podstawowych dzięki temu, że jest to przepis bezpośrednio skuteczny (ta cecha natomiast została potwierdzona przez TS w wyroku w sprawie *AB*¹³). Oznacza to, że można się na niego powoływać przed sądami krajowymi jako na autonomiczną podstawę prawną do celów dokonania oceny zgodności działań państwa członkowskiego z prawem Unii¹⁴. Omawiany przepis może więc stanowić samodzielną podstawę dla oceny zarzutów związanych z ewentualnymi brakami w zakresie zapewnienia skutecznej ochrony sądowej, w tym także w zakresie

⁷ Tak TS w opinii 1/09, pkt 80.

⁸ Zob. wyroki TS: z 25 lipca 2002 r., *MRAX*, C-459/99, ECLI:EU:C:2002:461, pkt 39; z 16 grudnia 1992 r., *Koua Poirrez*, C-206/91, ECLI:EU:C:1992:523, pkt 10-12; z 11 lipca 2002 r., *Carpenter*, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434, pkt 28; z 16 listopada 1995 r., *Van Duyn*, C-152/94, ECLI:EU:C:1995:422; z 19 marca 1992 r., *Baptista Morais*, C-60/91, ECLI:EU:C:1992:140; z 10 lutego 1991 r., *Komisia p. Francji*, C-294/89, ECLI:EU:C:1991:302; z 3 października 1990 r., *Bouchoucha*, C-61/89, ECLI:EU:C:1990:343; z 20 kwietnia 1988 r., *Guy Bekaert*, C-204/87, ECLI:EU:C:1988:192; z 2 lipca 1998 r., *Anestis Kapasakalis i in.*, C-225/95, ECLI:EU:C:1998:332, pkt 22; z 20 września 1997 r., *Uecker i Jacquet*, sprawy połączone C-64/96 i C-65/96, ECLI:EU:C:1997:285, pkt 16; z 16 stycznia 1997 r., *USSL*, C-134/95, ECLI:EU:C:1997:16, pkt 19; z 28 stycznia 1992 r., *Steen vs. Deutsche Bundespost*, C-332/90, ECLI:EU:C:1994:254, pkt 9.

⁹ D. Miąsik, *Sprawa wspólnotowa przed sądem krajowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 9, s. 20.

¹⁰ Szeroko na ten temat, zob: N. Póltorak, *European Union rights in national court*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2015; P. Van Cleynenbreugel, *Judge-Made Standards of National Procedure in Post-Lisbon Constitutional Framework*, „European Law Review” 2012, vol. 37, no. 1, s. 92-93.

¹¹ Wyroki TS: w sprawie C-222/84, pkt 18; z 10 kwietnia 1984 r., *Von Colson*, C-14/83, ECLI:EU:C:1984:153; z 23 kwietnia 1986 r., *Les Verts*, C-294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

¹² Wyroki TS: w sprawie C-222/84 i w sprawie C-222/86.

¹³ Wyrok TS z 2 marca 2021 r., *A.B.*, C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

¹⁴ Wyroki TS: z 27 lutego 2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117; z 26 marca 2020 r., *Miasto Łowicz i Prokurator Generalny*, sprawy połączone C-558/18 i C-563/18, ECLI:EU:C:2020:234.

regulacji prawnej niezwiązanej ze stosowaniem prawa UE, ale mieszczącej się w dziedzinie objętej prawem UE¹⁵.

Artykuł 19 ust. 1 akapit drugi TUE może stanowić samodzielną podstawę dla oceny zarzutów związanych z ewentualnymi brakami w zakresie zapewnienia skutecznej ochrony sądowej, nie oznacza to jednak, że jest to jedyna podstawa. Zasada skutecznej ochrony prawnej została także potwierdzona¹⁶ w art. 47 Karty praw podstawowych (KPP lub Karta)¹⁷, która ma moc wiążącą równą traktatom¹⁸. Przepis ten potwierdza i konkretyzuje prawo do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu jako prawo podstawowe w UE i warto zauważyć, że aktualnie stanowi jeden z najczęściej stosowanych przepisów Karty. Wskazany przepis KPP jest wiążący, jasny i bezwarunkowy, może być stosowany bezpośrednio, tj. bez konieczności ustanowienia szczegółowych norm w przepisach prawa Unii lub prawa krajowego. Dla jednostek oznacza to możliwość powołania się na art. 47 KPP w każdym krajowym postępowaniu przed organami ochrony prawnej, także w sporach horyzontalnych¹⁹, z ograniczeniami dotyczącymi stosowania postanowień KPP wynikających z art. 51 Karty. W rezultacie sąd krajowy musi w granicach swoich kompetencji zapewnić ochronę prawną przysługującą jednostkom na podstawie art. 47 KPP i zagwarantować pełną skuteczność tego artykułu, w razie konieczności poprzez przyznanie mu pierwszeństwa i odstąpienie od stosowania wszelkich przepisów prawa krajowego, które stoją z nim w sprzeczności. W konsekwencji przepis prawa krajowego, który jest niezgodny z art. 47 KPP, powinien być pominięty w stosowaniu przez sąd krajowy²⁰. Co się zaś tyczy zakresu stosowania art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE, to postanowienie owo dotyczy „dziedzin objętych prawem Unii”, niezależnie od tego, w jakiej sytuacji państwa członkowskie stosują to prawo w rozumieniu art. 51 ust. 1 KPP²¹.

¹⁵ J. Barcik, *Ochrona praworządności w Radzie Europy i Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem niezależności sądów i niezawisłości sędziów*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 141.

¹⁶ Tak TS w wyrokach: z 4 czerwca 2013 r., ZZ, C-300/11, ECLI:EU:C:2013:363; z 6 listopada 2012 r., Otis, C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684, pkt 46; oraz z 18 maja 2021 r., Asociația „Forumul Judecătorilor din România” i in., sprawy połączone C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 i C-397/19, ECLI:EU:C:2021:393, pkt 190.

¹⁷ Tak wyroki TS: z 13 marca 2007 r., Unibet, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, pkt 37; z 22 grudnia 2010 r., DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, pkt 29-33 wraz z głosem K. Kowalik-Bańczyk, *Bezpośrednie stosowanie Karty Praw Podstawowych w krajowym postępowaniu sądowym gwarancją skuteczności prawa UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3, s. 40.

¹⁸ Art. 6 TUE.

¹⁹ Wyrok TS z 17 kwietnia 2017 r., Vera Egenberger, C-441/16, ECLI:EU:C:2018:257, pkt 78; zob. także wyroki TS: z 11 września 2018 r., IR vs. JQ, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696, pkt 69-70; z 13 grudnia 2018 r., Torsten Hein, C-385/17, ECLI:EU:C:2018:1018, pkt 48-52; z 22 stycznia 2019 r., Cresco Investigation, C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43, pkt 76-77; z 6 listopada 2018, Bauer, sprawy połączone C-569/16 i 570/16, ECLI:EU:C:2018:871, pkt 84-86; z 6 listopada 2018, Max Planck, C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874, pkt 73-75; z 29 lipca 2019 r., Torubarov, C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626, pkt 56; z 19 listopada 2019 r., A.K. p. Krajowej Radzie Sądownictwa i CP i DO p. Sądowi Najwyższemu, sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982, pkt 162.

²⁰ Wyrok TS z 11 września 2014 r., A p. B i in., C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, pkt 46.

²¹ Wyroki TS: z 24 czerwca 2019 r., Komisja p. Polska (niezależność Sądu Najwyższego), C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, pkt 50 i przytoczone tam orzecznictwo; a także C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 i C-397/19, pkt 192.

W tym układzie art. 47 KPP powinien być należycie uwzględniony przy dokonywaniu wykładni art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE²². Jak trafnie stwierdził rzecznik generalny Evgeni Tanchev, przepisy art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE oraz 47 KPP są ze sobą powiązane i istnieje między nimi „pomost konstytucyjny”²³, a art. 19 ust. 1 TFUE należy interpretować w świetle art. 47 KPP²⁴. Dopiero oba te przepisy łącznie stanowią prawną podstawę dla sądów krajowych do stosowania środków ochrony prawnej przewidzianych w prawie krajowym i wytyczają zakres tzw. zasady autonomii proceduralnej państw członkowskich. Zgodnie z tą zasadą jeśli występuje brak zharmonizowanych uregulowań unijnych o charakterze proceduralnym, wówczas skuteczność przepisów prawa UE osiągnięta jest na podstawie przepisów proceduralnych pochodzących z wewnętrznego porządku prawnego państwa członkowskiego, pod kontrolą jurysdykcyjną TSUE²⁵.

Ochrona zapewniana przez państwo winna być skuteczna w rozumieniu prawa UE wytyczonym w orzecznictwie TSUE. Jak natomiast wynika z tego orzecznictwa, państwa członkowskie są zobowiązane przyczyniać się do spełnienia dwóch fundamentalnych wymagań. Pierwszym z nich jest wyczerpujący charakter systemu środków ochrony prawnej i procedur²⁶. Drugie wymaganie polega na tym, że każde państwo członkowskie powinno zapewnić, by prawnym kryteriom skutecznej ochrony sądowej odpowiadały także same organy, które ją zapewniają, czyli sądy w rozumieniu prawa UE. Dla prawa UE kluczowe znaczenie ma w tej kwestii zachowanie niezawisłości takich organów, co potwierdza art. 47 KPP i przewidziane w nim prawo dostępu do niezawisłego sądu. Zgodnie z prawem UE sądem jest bowiem zawsze organ, który jest niezawisły, czyli taki, który pełni funkcje jurysdykcyjne w sposób autonomiczny, nie podlegając żadnej hierarchii służbowej ani nie będąc podporządkowanym komukolwiek i nie otrzymując nakazów czy wytycznych z jakiegokolwiek źródła, oraz że jest on w ten sposób chroniony przed ingerencją i naciskami zewnętrznymi mogącymi zagrozić niezależności osądu jego członków i wpływać na ich rozstrzygnięcia, jak to zostało dobitnie podkreślone w wyroku TS w sprawie sędziów portugalskich²⁷, który ma kluczowe znaczenie dla dookreślenia wymogów skutecznej ochrony

²² Wyrok TS z 20 kwietnia 2021 r., *Repubblika*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, pkt 45 i przytoczone tam orzecznictwo.

²³ Opinia rzecznika generalnego E. Tancheva w sprawach połączonych C-585/18, C-624/18 i C-625/18, *A.K. i in. (Niezależność Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego)*, ECLI:EU:C:2019:551, pkt 85.

²⁴ Zob. także: sprawa C-64/16, pkt 40, 41, pkt 53 w związku z pkt 50, 52; oraz M.J. García-Valdecasas Dorrego, *El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*, „Revista Española de Derecho Europeo” 2019, no. 72, s. 75-96.

²⁵ Wyrok TS z 19 listopada 1991 r., *Francovich*, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, pkt 40-43. Więcej na ten temat zob.: A. Wróbel, *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, R. LXII, z. 1, s. 35; D. Miąsik, [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. I, wyd. 2, Zakamycze, Kraków 2010, s. 240.

²⁶ Sprawa C-294/83, pkt 23.

²⁷ Sprawa C-64/16, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo.

sądowej po stronie organów krajowych. W doktrynie wyrok ten komentowany jest także jako precedensowy z punktu widzenia określenia zakresu kompetencji TS dotyczących oceny gwarancji niezawisłości sądów krajowych²⁸, bo wynika z niego wniosek, że gwarancje niezawisłości są objęte prawem UE i dotyczą każdego sądu, który potencjalnie ma kompetencję do stosowania prawa UE, by w ten sposób standard skutecznej ochrony sądowej z art. 19 ust. 1 TUE był w każdej sprawie zapewniony.

Precedensowy charakter orzeczenia TS w sprawie sędziów portugalskich został ugruntowany w późniejszym orzecznictwie dotyczącym wykładni art. 19 TUE oraz art. 47 KPP²⁹. Wniosek, jaki wynika z tego orzecznictwa, jest jednoznaczny i brzmi on następująco: art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE ma zastosowanie w każdym przypadku, gdy sąd krajowy orzeka w sprawie dotyczącej ochrony uprawnień wynikających z prawa Unii. W konsekwencji na podstawie tego właśnie przepisu każde państwo członkowskie powinno zapewnić w szczególności, by organy należące – jako sądy – w rozumieniu prawa Unii do systemu środków prawnych w dziedzinach objętych prawem Unii i mogące w związku z tym rozstrzygać o stosowaniu lub wykładni prawa Unii odpowiadały wymogom skutecznej ochrony sądowej³⁰. Zobowiązania te muszą być dotrzymywane przez państwa członkowskie bez względu na organizację wymiaru sprawiedliwości w tych państwach. Bez sądu, rozumianego jako organ sprawujący wymiar sprawiedliwości w państwie członkowskim w sposób bezstronny i niezawisły, nie może być bowiem w ogóle mowy o prawie do skutecznego środka prawnego, a więc i o ochronie prawnej. Przepisy te stanowią ramy prawne i podstawowe wymagania dla organizowania sądownictwa w państwie członkowskim. Ich treścią jest jednocześnie także głęboko aksjologiczne wezwanie do poszanowania niewzruszalnej reguły rządów prawa z art. 2 TUE, od której nie może być ani odstępstwa, ani mowy o dowolności. Dopiero na tym fundamencie możliwe jest wskazywanie przez państwa członkowskie sądów właściwych do rozpatrzenia skarg opartych na prawie UE, zgodnie z wewnętrzną organizacją wymiaru sprawiedliwości w tym państwie. Naruszenie tych reguł stanowi pogwałcenie prawa UE, sankcjonowane w trybie art. 7 TUE. Brak realnej skuteczności tego trybu jest także przesłanką do zastosowania art. 258 TFUE oraz art. 259 TFUE, w takich przypadkach z nowym potencjałem. Jak wskazuje się w literaturze naukowej, odejście od trybu politycznego na rzecz postępowania przed TSUE pozwala oprzeć *effet utile* prawa UE na nowych podstawach i zmienionym znaczeniu przepisów art. 19 ust. 1 TUE, jak również art. 47 KPP³¹. O ile więc z prawa UE nie wynikają dla państw członkowskich konkretne rozwiązania organizacyjne w strukturze wymiaru sprawiedliwości, to przy wykonywaniu tej

²⁸ Zob. M. Taborowski, *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019; s. 43; J. Barcik, *Niezawisłość...*, s. 23 i n.; A. Sołtys, [w:] S. Biernat (red.), *System prawa Unii Europejskiej*, t. 1. *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2020, s. 144.

²⁹ Wyroki TS: z 25 lipca 2018 r., LM, C-215/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586; w sprawie C-896/19.

³⁰ Wyroki TS: w sprawie C-824/18, pkt 112; z 6 października 2021 r., W. Ż., C-487/19, ECLI:EU:C:2021:798, pkt 104.

³¹ L. Pech, S. Platon, *A Court of Justice Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, "Common Market Law Review" 2018, vol. 55, no. 6, s. 827-1854.

kompetencji państwa członkowskie mają obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii³². Gwarancje wynikające z art. 19 TUE muszą dotyczyć każdego sądu, bez względu na dziedzinę prawa europejskiego, której dotyczy konkretne postępowanie. Nie może być tu zatem mowy o orzekaniu przez TS na podstawie przedmiotowego przepisu o niezawisłości i bezstronności sędziowskiej jako o orzekaniu *ultra vires*, a kwestia, czy dany organ jest „sądem”, jest objęta prawem unijnym jako gwarancja skuteczności ochrony prawnej i nie może być w żadnym wypadku traktowana jako należąca do zakresu autonomii organizacyjnej wymiaru sprawiedliwości w państwie członkowskim UE.

Artykuł 19 ust. 1 akapit pierwszy TUE powierza TSUE kompetencję do zapewnienia poszanowanie prawa w wykładni i stosowaniu traktatów. Trybunał czuwa więc nad poszanowaniem prawa Unii także w zakresie, w jakim państwa członkowskie spełniają obowiązek tworzenia systemu skutecznych środków ochrony prawnej i procedur służących urzeczywistnianiu uprawnień unijnych w postępowaniach przed niezawisłymi sądami. Obowiązek ten wynika dla nich z zasady lojalnej współpracy ustanowionej w art. 4 ust. 3 TUE. Przepis ten wraz z art. 19 ust. 1 akapit drugi współtworzy normatywną podstawę zasady skutecznej ochrony prawnej³³. Warto zauważyć, że rzeczona zasada lojalnej współpracy ma na tym polu bardzo szczególne znaczenie – nie tylko prawne, ale i polityczne – i dlatego, jak się wydaje, warto jej poświęcić kilka zdań komentarza. Treść tej zasady zgodnie ze wskazanym przepisem brzmi, że „Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”. To w sumie dość lakoniczne brzmienie przepisu w gruncie rzeczy wytycza dla organów ochrony prawnej w państwach członkowskich pełen zakres ich unijnych obowiązków. To właśnie z tej perspektywy główne i pierwszoplanowe zobowiązanie tych organów polega na tym, by lojalnie³⁴, solidarnie i skutecznie realizować na ich terytoriach³⁵ uprawnienia podmiotów prywatnych wywodzonych z prawa UE za pomocą środków krajowych.

Warto w tym miejscu zadać pytanie, na czym polega wzajemność przewidziana w przepisie art. 4 ust. 3 TUE, że „Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia” i co państwa członkowskie zyskują w zamian

³² Wyroki TS: w sprawie C-619/18, pkt 52 i przytoczone tam orzecznictwo i w sprawach połączonych C-558/18 i C-563/18, pkt 36.

³³ A. Wróbel, *Komentarz do art. 47 KPP*, [w:] *idem* (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 1127.

³⁴ T. Lang, *The Principle of Loyal Cooperation and the Role of the National Judge in Community, Union and EEA Law*, „ERA Forum” 2006, vol. 7, s. 476-477; zob. także M. Szpunar, *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich*, „Palestra” 2020, nr 5, s. 60.

³⁵ Opinia TS z 8 marca 2011 r., 1/09 w sprawie ustanowienia jednolitego systemu rozstrzygania sporów patentowych, pkt 68.

za lojalność w stosunku do Unii w przedmiotowym zakresie? Otóż Unia ze swej strony podejmuje wobec państw członkowskich zobowiązanie natury prawnej wynikające z kolei z art. 4 ust. 2 TUE, że szanuje ich równość wobec traktatów, jak również ich tożsamość narodową, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi, w tym w odniesieniu do samorządu regionalnego i lokalnego. Szanuje podstawowe funkcje państwa, zwłaszcza funkcje mające na celu zapewnienie jego integralności terytorialnej, utrzymanie porządku publicznego oraz ochronę bezpieczeństwa narodowego. W szczególności bezpieczeństwo narodowe pozostaje w zakresie wyłącznej odpowiedzialności każdego państwa członkowskiego.

Należy zauważyć i podkreślić, że powyższe rozwiązanie prawne, bazujące na podstawowych strukturach politycznych i konstytucyjnych w każdym z państw członkowskich, z uwzględnieniem przyjętych przez państwa członkowskie zobowiązań międzynarodowych, jest bardzo newralgiczne. W praktyce oznacza ono konieczność stałego poszukiwania i ustalania równowagi oraz właściwych proporcji między poszanowaniem tożsamości narodowej a członkostwem w strukturach międzynarodowych oraz w UE. Jeden element jest w tym newralgicznym układzie niezbędny, stanowi bowiem podstawę dla ustalenia wymaganej równowagi. Elementem, o którym mowa, jest wzajemne zaufanie państw do systemów prawnych, a w szczególności do systemów wymiaru sprawiedliwości w innych państwach członkowskich, co wyraża się głównie w poszanowaniu tych samych wartości podstawowych, w traktatach unijnych wyrażonych w art. 2 TUE. Tylko dzięki temu możliwe jest utworzenie i utrzymywanie przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości – obszaru bez granic wewnętrznych w UE, w której każde z państw członkowskich co do zasady przyjmuje i uznaje, że wszystkie inne państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, a zwłaszcza praw podstawowych uznanych w tym prawie³⁶. Warto podkreślić, że o ile wzajemne zaufanie jest kluczową wartością, od której faktycznie zależy prawidłowe funkcjonowanie przestrzeni sprawiedliwości w UE, to niezbędne jest jednak także domniemanie, że pozostałe państwa członkowskie przestrzegają prawa Unii, w tym praw podstawowych³⁷ i wartości, na których opiera się Unia.

Unia zbudowana jest na wartościach, które z założenia dzielą wszystkie państwa członkowskie. Każde państwo członkowskie dzieli się zatem ze wszystkimi innymi państwami członkowskimi i jednocześnie przyjmuje, że państwa te dzielą z nim szereg wspólnych wartości. Wartości te sprecyzowano w art. 2 TUE, który stanowi, że „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”.

³⁶ Wyrok TS z 10 listopada 2016 r., *Półtorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo.

³⁷ Wyrok TS z 21 grudnia 2011 r., *N.S.*, sprawy połączone C-411/10 i C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, pkt 83. Silnym wyrazem zaufania jest wzajemne uznawanie orzeczeń sądowych przez państwa członkowskie, zgodnie z art. 81 i 82 TFUE.

Założenie to oznacza i uzasadnia istnienie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi oraz w szczególności między ich sądami, że wartości te będą uznawane i że zatem prawo Unii, które wprowadza je w życie, będzie przestrzegane³⁸. Dokładnie taki *passus* znalazł się w opinii TS w sprawie przystąpienia UE do EKPC³⁹, a więc przy okazji poszukiwania kompromisu dla ochrony wspólnych wartości we wszystkich państwach europejskich, także tych spoza UE.

Biorąc powyższe pod uwagę, można zatem stwierdzić, że art. 2 TUE określa ramy prawne i ma związek z prawem do skutecznej ochrony sądowej, co zostało potwierdzone przez TSUE w wyroku w sprawie *UPA*⁴⁰. Tamże Trybunał przypomniiał, że Unia jest wspólnotą prawa, w ramach której jej instytucje poddane są kontroli zgodności ich aktów z traktatem i ogólnymi zasadami prawa, do których należą też prawa podstawowe⁴¹. Jednostki powinny mieć zatem możliwość korzystania ze skutecznej ochrony sądowej praw, które wywodzą z unijnego porządku prawnego, w tym do zakwestionowania przed sądem zgodności z prawem każdej decyzji lub każdego innego aktu krajowego dotyczącego zastosowania wobec nich aktu UE⁴². Prawo do takiej ochrony stanowi część ogólnych zasad prawa, które wynikają ze wspólnych tradycji konstytucyjnych państw członkowskich. Prawo to zostało ustanowione również w art. 6 i 13 EKPC⁴³. O ile jednak, na podstawie art. 2 TUE, Unia oraz państwa członkowskie są podporządkowane demokracji, prawom człowieka oraz państwu prawnemu, to kompetencja i obowiązek do ustanawiania środków niezbędnych do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii zostały powierzone państwom członkowskim. To one właśnie, na

³⁸ Dokładnie taki *passus* znalazł się w opinii TS w sprawie przystąpienia UE do EKPC, a więc przy okazji poszukiwania kompromisu dla ochrony wspólnych wartości we wszystkich państwach europejskich, także tych spoza UE – opinia TS z 18 grudnia 2014 r., 2/13 w sprawie przystąpienia UE do EKPC, ECLI:EU:C:2014:2454, pkt 168; wyrok TS z 6 marca 2018 r., *Achmea*, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, pkt 34. Zob. także: Ch. Timmermans, *How Trustworthy is Mutual Trust? Opinion 2/13 Revisited*, [w:] K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publications, Oxford 2019, s. 21.

³⁹ Opinia TS 2/13, pkt 168.

⁴⁰ Wyrok TS z 25 lipca 2002 r., *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, pkt 38, 39; zob. także N. Półtorak, *Kto jest związany zasadą efektywnej ochrony prawnej – uwagi na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Unión de Pequeños Agricultores*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3.

⁴¹ Sprawa C-294/83, pkt 23.

⁴² Sprawa C-64/16, pkt 31 i przytoczone tam orzecznictwo, a także wyroki TS: z 25 lipca 2018 r., *Minister for Justice and Equality*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, pkt 49; sprawa C-619/18, pkt 49.

⁴³ Wyroki TS: w sprawie C-222/84, pkt 18; z 9 lutego 2006 r., *Sfakianakis AEUE vs. Elliniko Dimosio*, sprawy połączone C-23/04–C-25/04, ECLI:EU:C:2006:92, pkt 28; z 13 marca 2007 r., *Unibet (International) Ltd p. Justitiekanslern*, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163, pkt 37; a także z 28 lutego 2013 r., *Arango Jaramillo i in. p. EBI*, C-334/12 RX-II, ECLI:EU:C:2013:134, pkt 40; z 27 listopada 2001 r., *Komisja p. Austrii*, C424/99, ECLI:EU:C:2001:642, pkt 45; wyrok SPI z 15 stycznia 2003 r., *Philip Morris International, Inc i in. p. Komisji Wspólnot Europejskich*, sprawy połączone T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 oraz T-272/01, ECLI:EU:T:2003:6, pkt 121.

podstawie art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE, ustanawiają środki, które są niezbędne do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii.

Spełnienie powyżej wskazanego warunku musi podlegać weryfikacji i temu służy ustanowiona w art. 7 TUE specjalna procedura przewidująca polityczną kontrolę przestrzegania tych wartości z art. 2 TUE, tzw. kontrola praworządności⁴⁴. Już samo uruchomienie jej przez Komisję Europejską oparte na uzasadnionym wniosku z art. 7 ust. 1 TUE jest miarodajną informacją dla sądów krajowych, która w dalszej samodzielnej ocenie tych sądów może podważyć zaufanie do systemu sądowniczego danego państwa członkowskiego. W literaturze naukowej podkreśla się, że na tym przede wszystkim polega znaczenie wyroku w sprawie C-216/18 PPU *LM* (sprawa *Celmer*)⁴⁵, że domniemanie wzajemnego zaufania może zostać podważone poprzez wszczęcie procedury z art. 7 TUE. Jej skuteczne przeprowadzenie może się natomiast zakończyć zawieszeniem niektórych praw wynikających ze stosowania traktatów dla tego państwa członkowskiego, łącznie z prawem do głosowania przedstawiciela rządu tego państwa w Radzie. Do tej pory uruchomiono ją w dwóch przypadkach: w grudniu 2017 r. z wniosku Komisji w odniesieniu do Polski i we wrześniu 2018 r. z wniosku Parlamentu Europejskiego w odniesieniu do Węgier⁴⁶. Kontrola przestrzegania przez państwa członkowskie wartości, na których opiera się Unia, ma zatem charakter polityczny i aktualnie jesteśmy świadkami bezprecedensowego stosowania mechanizmu przewidzianego w art. 7 TUE⁴⁷. Już na początkowym etapie

⁴⁴ Propozycja jej ustanowienia pojawiła się w traktacie amsterdamskim, zob. W. Sadurski, *Adding Bite to a Bark: the Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, "The Columbia Journal of European Law" 2010, vol. 16, no. 3, s. 385 i n.; szerzej na temat tej zasady oraz kontroli przestrzegania przez państwa członkowskie, zob. M. Taborowski, *Mechanizmy...*; J. Barcik, *Ochrona praworządności...*; P. Marcisz, M. Taborowski, *Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umocnienia praworządności (analiza krytyczna)*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 12; J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2018; R. Grzeszczak, *Skuteczność unijnych procedur ochrony praworządności w stosunku do państw członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 6, s. 28; J. Barcz, [w:] J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (wstęp, wybór i oprac.), *Problem praworządności w Polsce w świetle dokumentów Komisji Europejskiej. Okres „dialogu politycznego” 2016-2017*, Przedstawicielstwo Komisji Europejskiej w Polsce, Warszawa 2020, s. 17.

⁴⁵ M. Taborowski, *Naruszenie elementów zasady państwa prawa (art. 2 TUE) jako ograniczenie zasady wzajemnego zaufania w prawie Unii Europejskiej (w świetle wyroku LM (Celmer))*, [w:] J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy...*, s. 73; A. Frąckowiak-Adamska, *Następstwa wyroku w sprawie LM (Celmer) i postępowania na podstawie art. 7 TUE dla funkcjonowania sądów polskich w ramach wspólnoty prawnej UE*, [w:] J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy...*, s. 89 i n.

⁴⁶ Zob. wniosek dotyczący decyzji Rady w sprawie stwierdzenia wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez Rzeczpospolitą Polską zasady praworządności (COM(2017) 835 final z 20.12.2017); Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 września 2018 r. w sprawie wniosku wzywającego Radę do stwierdzenia, zgodnie z art. 7 ust. 1 Traktatu o Unii Europejskiej, istnienia wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia przez Węgry wartości, na których opiera się Unia (2017/2131(INL)).

⁴⁷ Swoje głębokie zaniepokojenie w tym względzie w okresie poprzedzającym przedstawienie wniosku przez Komisję wyraziły także inne kluczowe dla ochrony praw podstawowych instytucje i organizacje europejskie i międzynarodowe, tj. Komitet Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych, Rada Europejska, PE i Europejska Sieć Rad Sądownictwa; oraz na poziomie krajowym polski Sąd Najwyższy, Trybunał Konstytucyjny, Rzecznik Praw Obywatelskich, Krajowa Rada Sądownictwa, organizacje sędziowskie i stowarzyszenia prawników.

tej procedury Węgry próbowały ją zablokować, wnosząc do TS skargę o stwierdzenie nieważności rezolucji PE w trybie art. 269 TFUE, który powierza Trybunałowi szczególną właściwość w zakresie kontroli zgodności z zasadami proceduralnymi w odniesieniu do przyjmowania przez Radę Europejską lub Radę UE stwierdzeń na podstawie art. 7 TUE. Strona skarżąca podniosła szereg zarzutów, w tym naruszenia przepisu proceduralnego, w tej postaci, że większość głosów w PE wymagana do przyjęcia rezolucji w zgodzie z art. 354 TFUE nie została osiągnięta, ponieważ przy obliczaniu oddanych głosów nie uwzględniono wstrzymujących się od głosu. Kolejne zarzuty oparte były na naruszeniu zasady pewności prawa, zasad demokracji i równego traktowania, lojalnej współpracy, współpracy w dobrej wierze między instytucjami oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań. W postępowaniu tym w charakterze interwenienta popierającego stronę skarżącą wzięła udział również Polska. Orzekając w tej sprawie, TS nie znalazł podstaw dla uznania tych zarzutów za uzasadnione i ostatecznie skarga Węgier została oddalona w całości⁴⁸.

Sprawa z powództwa Węgier została prawomocnie zakończona, a skarga oddalona, ale jej tok ukazuje determinację stron do wykazania własnych racji i jeśli jest w tej kwestii jakaś pewność, to dotyczy ona jedynie stwierdzenia, że dla rozwiązywania problemów odnoszących się do podstawowych wartości w UE niezbędny jest dialog dyplomatyczny i polityczny oparty na dobrej wierze i kulturze prawnej wszystkich stron tego dialogu – instytucji unijnych oraz państw członkowskich. Nie należy jednak spodziewać się przełomu i skutecznego rozwiązania problemu za pomocą procedury z art. 7 TUE, skoro jej cechą wiodącą jest polityczne uznanie. Rozwiązanie wydaje się możliwe raczej w postępowaniu przed TS z art. 258 TFUE w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, w którym nie ma miejsca na uznaniowość w odniesieniu do zarzutów dotyczących naruszenia zasady państwa prawa.

Tymczasem po stronie instytucji intencja podjęcia dialogu politycznego jest jasno wyrażana i realizowana przez Radę UE, która pełniąc wyraźnie określoną rolę instytucjonalną na mocy art. 7 TUE, ustanowiła coroczny dialog na temat praworządności na forum Rady do Spraw Ogólnych. Forum to skupia się każdego roku na konkretnym problemie związanym z tą kategorią prawną. Wprawdzie lata 2020 i 2021 upłynęły pod znakiem pandemii, która zdominowała agendy unijne i międzynarodowe, to jednak problematyka praworządności nie została zarzucona. Zostały w tym czasie opublikowane dwa sprawozdania Komisji na ten temat, przy czym drugie sprawozdanie odnosiło się także do problemów stwierdzonych we wcześniejszym raporcie, przedstawiając bilans i kierunki zmian przyjmowanych w poszczególnych państwach członkowskich. Ogółem odnotowano wiele pozytywnych zmian w tych państwach, w tym także w kwestiach, które w 2020 r. uznano za problematyczne. W raporcie wskazano jednak na wciąż utrzymujące się zjawiska budzące niepokój oraz wykazano, że w niektórych państwach członkowskich problemy te pogłębiły się, w tym jeśli chodzi o niezależność sądownictwa i sytuację mediów.

⁴⁸ Wyrok TS z 3 czerwca 2021 r., *Węgry p. Parlamentowi Europejskiemu*, C-650/18, ECLI:EU:C:2021:4266.

W szczególności w rozdziale „Sprawozdania” dotyczącym Polski wykazano całą masę problemów występujących w tej sferze w polskim prawie, a szczególnie w związku z tzw. „reformą” polskiego systemu wymiaru sprawiedliwości przeprowadzaną od 2015 r. na podstawie ponad 30 ustaw dotyczących struktury organizacyjnej wymiaru sprawiedliwości w Polsce. Ustawy te zachwiały równowagę władzy, zwiększając wpływ władzy wykonawczej i ustawodawczej na system wymiaru sprawiedliwości ze szkodą dla niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Zmiany zasad ustroju i funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego (TK), Krajowej Rady Sądownictwa (KRS), Sądu Najwyższego (SN), sądów powszechnych, sądów administracyjnych i prokuratur prowadzące do ograniczenia niezależności sądów i niezawisłości sędziów oraz niezależności władzy sądowniczej ze skutkiem polegającym na naruszeniu zasady praworządności skłoniły Komisję do wszczęcia postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 TUE, przy czym według polskiego rządu skutek taki nie ma miejsca.

Polski rząd neguje fakty i nie przyjmuje do wiadomości nie tylko ustaleń Komisji i Parlamentu Europejskiego, ale także przeciwstawia się wiążącym orzeczeniom sądów międzynarodowych – tak TS, jak i ETPC. Lista wyroków wydanych przez TS w „sprawach polskich” w związku z naruszeniami praworządności jest długa i obejmuje już w zasadzie wszystkie procedury dostępne przed TS⁴⁹, przykładowo: od wyroków w trybie prejudycjalnym⁵⁰, przez zarządzenia środków tymczasowych⁵¹, po postępowania naruszeniowe z art. 258 TFUE, zakończone prawomocnymi wyrokami TS, że Polska narusza prawo UE⁵². Do tej listy należy dołączyć jeszcze postępowania przed ETPC, a jest ich aktualnie blisko 30, w tym orzeczenie tego Trybunału wydane w maju 2021 r., a zawierające stwierdzenie nieprawidłowości w procedurze mianowania członków TK⁵³ oraz skargi w związku z usuwaniem przez Ministra Sprawiedliwości sędziów ze stanowisk wiceprezesów sądów powszechnych⁵⁴. Ta ostatnia kwestia została zresztą podniesiona także w uzasadnieniu wniosku KE w ramach procedury wszczętej przeciwko Polsce na podstawie art. 7 TUE. W ten sposób powstaje niechłubna dla Polski

⁴⁹ Pełna lista spraw polskich w TSUE wraz z komentarzami, zob. J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer, *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018-2020)*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2021.

⁵⁰ Sprawa C-824/18, wyjaśniająca wymogi prawa Unii w odniesieniu do powołań sędziów do SN; sprawa C-487/19.

⁵¹ Postanowienie TS z 14 lipca 2021 r., *Komisja p. Polsce*, C-204/21 R, ECLI:EU:C:2021:592; polski rząd otwarcie przeciwstawił się wiążącemu charakterowi postanowienia w sprawie środków tymczasowych wydanego przez TS w dniu 21 maja 2021 r. w sprawie wniesionej przeciwko Polsce za naruszenie unijnego prawa ochrony środowiska, postanowienie C-121/21 R, *Republika Czeska vs. Polska*, zobowiązujące Polskę do natychmiastowego zaprzestania działalności wydobywczej węgla brunatnego w kopalni Turów.

⁵² Wyroki TS: z 15 lipca 2021 r., *Komisja p. Polsce*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:59; w sprawie C-619/18; postanowienie TS z 17 grudnia 2018 r., *Komisja p. Polsce*, C-619/18 R, EU:C:2018:102.

⁵³ Wyrok ETPC z 7 maja 2021 r., *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. p. Polsce* (skarga nr 4907/18).

⁵⁴ Skargi nr 26691/18 i 27367/18, wyrok nieprawomocny. W dniu 30 czerwca 2021 r. Sekretarz Generalny Rady Europy wystosował list otwarty do polskiego Ministra Sprawiedliwości, wyrażając obawy i rozczarowanie wobec ostatnich oświadczeń polskich władz, podważających uprawnienia ETPC oraz wiarygodność systemu EKPC jako całości.

saga, na podstawie której może już powstać podręcznik prawa UE z zakresu możliwych naruszeń i zaniedbań, jakich może dopuścić się państwo członkowskie w UE.

Tymczasem KRS wciąż działa, pomimo zakwestionowania jej niezależności⁵⁵ i nałożenia na Polskę okresowej kary pieniężnej w wysokości miliona euro dziennie⁵⁶, a funkcjonowanie SN jest nieustannie zakłócanie, w tym przez zmiany w ustawodawstwie. Rząd polski nie przyjmuje orzeczeń TS i ETPC do wiadomości, a w swoich działaniach i opiniach pozostaje do nich w wyraźnej kontrze. Nie pozostaje zresztą w tych działaniach odosobniony, gdyż jest wspierany przez rozstrzygnięcia TK⁵⁷, w którym m.in. stwierdzono, że zarządzenie przez TS środków tymczasowych w dziedzinie wymiaru sprawiedliwości jest niezgodne z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej, a orzeczenie ETPC w sprawie *Xero Flor* zostało uznane za nieistniejące i stanowiące w uznaniu TK bezprawną ingerencję w krajowy porządek prawny⁵⁸. „Ukoronowaniem” tej linii decyzyjnej jest rozstrzygnięcie TK w sprawie K 3/21⁵⁹, gdzie wnioskodawcą był premier polskiego rządu, a w którym za niekonstytucyjne zostały uznane przepisy TUE, tj. art. 1 w związku z art. 4. ust. 3, art. 19 ust. 1 akapit 2 oraz art. 2, a więc wszystkie te przepisy, które definiują Unię jako coraz ściślejszy związek między narodami Europy, budowany w duchu lojalnej współpracy przez państwa członkowskie, tworzące wspólnotę opartą na prawie, tj. hołdującą wartościom takim jak praworządność, demokracja, prawa człowieka, oraz zapewniającą obywatelom skuteczną ochronę prawną w dziedzinach objętych prawem UE. W przepisach tych TK odnalazł za to sprzeczność z Konstytucją RP, w szczególności w zakresie, w jakim w uznaniu TK z art. 19 ust. 1 TUE została wywiedziona kompetencja TSUE do badania organizacji i ustroju wymiaru sprawiedliwości w państwie członkowskim. Zdaniem TK kompetencji tej nie można w żaden sposób wywodzić także z art. 2 TUE, który jest „katalogiem wartości o jedynie aksjologicznym znaczeniu”, a nie zasadami prawnymi⁶⁰. W rozstrzygnięciu tym jest wprawdzie mowa o lojalnej współpracy, wzajemnym szacunku i wsparciu, ale jedynie jako wstęp do zapowiedzi „usunięcia z polskiego porządku prawnego” orzecznictwa TSUE⁶¹. Podobnego *dictum* należy spodziewać się w odniesieniu do orzecznictwa ETPC, skoro ten Trybunał także orzeka o naruszeniach praworządności w Polsce.

Nie sposób podzielić argumentacji i wnioskowania w przedmiotowym rozstrzygnięciu TK, a stwierdzenia w nim zawarte zostały uznane za fałszywe przez sędziów TK w stanie spoczynku⁶². W przywołanym powyżej rozstrzygnięciu TK

⁵⁵ Sprawy połączone C-585/18, C-624/18 i C-625/18.

⁵⁶ Postanowienie wiceprezesa TS z 27 października 2021 r., *Komisja p. Polsce*, C-204/21 R.

⁵⁷ Wobec nieprawidłowości w obsadzie tego organu trudno bowiem mówić o orzeczeniach TK, tak też KNP PAN w uchwale 4/2-21 z 12 października 2021 r.

⁵⁸ Tak rozstrzygnięcie TK z 16 lipca 2021 r., P 7/20.

⁵⁹ Rozstrzygnięcie TK z 7 października 2021, K 3/21.

⁶⁰ *Ibidem*, pkt 19.

⁶¹ *Ibidem*, pkt 22.

⁶² Zob. oświadczenie sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021 r., dostępne pod adresem: <https://forumfws.eu/aktualnosci/2021/10/13/oswiadczenie-sedziow-tk-w-spoczynku/> [dostęp 10.11.2021] oraz: S. Biernat, E. Łętowska, *Komentarz do oświadczenia*

jedna kwestia jest bezsporna i nie podlega dyskusji, a mianowicie że Konstytucja jest najwyższym rangą aktem prawnym w polskim systemie prawnym, o czym stanowi art. 8 Konstytucji RP. Artykuł ten znajduje się w Rozdziale I zatytułowanym „Rzeczpospolita”, poświęconym zasadom państwa demokratycznego, wśród których są także zasada państwa prawnego, praworządności i trójpodziału władzy. Szczególne znaczenie ma zasada ustrojowa wyrażona w art. 9 Konstytucji, że Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego⁶³. Przepis ten ma pełną wartość normatywną, w związku z czym może służyć wykładni systemowej i ustalaniu innych przepisów konstytucyjnych odnoszących się do prawa międzynarodowego⁶⁴. Niech więc podsumowaniem dla całości rozważań nad zmianami w polskim systemie prawnym ze szczególnym uwzględnieniem wymiaru sprawiedliwości poczynając od roku 2015, w tym na tle rozstrzygnięć TK w tym czasie, będzie stwierdzenie Prof. Krzysztofa Wójtowicza, że „[...] treść Konstytucji RP, jak nigdy dotąd w powojennej historii ustrojowej, zmusza do spojrzenia na prawo międzynarodowe z perspektywy prawa konstytucyjnego”⁶⁵. Dziś jest to teza niezwykle aktualna i trafna, nie tylko przez wskazanie zakresu historycznego, ale nade wszystko przez odniesienie do właściwej podstawy prawnej. To zatem Konstytucja wyznacza podstawę, na której zaciągane są zobowiązania międzynarodowe i unijne podejmowane przez Polskę, z poszanowaniem zasad państwa prawnego, praworządności, demokracji, praw człowieka, wolności, równości. Po ich skutecznym przyjęciu, w myśl art. 9 Konstytucji, są one dla Polski wiążące. Ta konstatacja wystarczy, by uznać, że rozstrzygnięcie TK z 7 października 2021 r. jest niezgodne z Konstytucją z wielu powodów, w tym jako wydane *ultra vires*. Dla całokształtu rozważań przedstawionych w tym artykule znaczenie ma jedna zasadnicza konstatacja, że niezawisłość sędziowska nie jest kwestią należącą do organizacji i ustroju wymiaru sprawiedliwości, ale stanowi jeden z mechanizmów, od których zależy skuteczność ochrony prawnej w całej UE. Zapewnienie tej ochrony przed organami krajowymi jest obowiązkiem każdego państwa członkowskiego UE, co podlega kontroli na poziomie unijnym przez TS na podstawie art. 19 ust. 1 akapit drugi TUE z wynikiem, że praworządność jest szanowana albo naruszana. *Tertium non datur*.

sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021, „Rzeczpospolita” 26.10.2021, <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art19049161-letowska-i-biernat-wyjasniaja-falszywe-stwierdzenia-zawarte-w-wyroku-tk> [dostęp 10.11.2021].

⁶³ K. Wójtowicz, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016, komentarz do art. 9, teza 1.

⁶⁴ K. Wójtowicz, *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1–3 czerwca 2000*, RW KUL, Lublin 2000, s. 67.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 75.

Zasada solidarności w prawie Unii Europejskiej

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest uczczenie jubileuszu Profesora Krzysztofa Wójtowicza poprzez krytyczne spojrzenie na zasadę solidarności, przede wszystkim z perspektywy prawa Unii Europejskiej, ze szczególnym odniesieniem do klauzuli solidarności wyrażonej w art. 222 TFUE. Wpierw jednak konieczne wydaje się odniesienie się do ogólnej perspektywy solidarności w stosunkach międzynarodowych, bez której rozważania nad prawnoeuropejskim wymiarem solidarności byłyby niepełne, zwłaszcza w kontekście jej realizacji, przede wszystkim w odniesieniu do tzw. kryzysu migracyjnego. To oczywiście niejedyna odsłona problemu (wystarczy wspomnieć sytuację wywołaną napaścią zbrojną na Ukrainę), ale ujawnia z całą mocą potencjał i kontrowersje związane z solidarnością, a przede wszystkim niebezpieczeństwa wynikające z jej braku.

2. Solidarność w stosunkach międzynarodowych

W kontekście solidarności można mówić o wzajemnej więzi między członkami grupy ludzkiej¹. Dla miłośnika prozy Aleksandra Dumasa naturalnie łączy się z mottem muszkietierów: *un pour tous, tous pour un!* Żadna wspólnota nie mogłaby istnieć bez fundamentalnej solidarności. Jako idea objawia się również w wielu obszarach, w których ten termin nie jest używany wyraźnie. Nawet poza państwem można rozważyć ten wyraz jedności, zobowiązania lub braterstwa (*fraternité*)². Wbrew temu, co wydaje się sugerować potoczne rozumienie, solidarności nie można utożsamiać z altruizmem. Solidarność opiera się na zasadzie wzajemności, innymi słowy: solidarność wymaga i oczekuje solidarności³.

W stosunkach międzynarodowych solidarność oznacza odpowiedzialność i obowiązek wszystkich członków społeczności międzynarodowej⁴. Koncepcja

* Dr hab. Bartłomiej Krzan, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: [0000-0003-3964-114X](https://orcid.org/0000-0003-3964-114X).

¹ K. Bayertz, *Begriff und Problem der Solidarität*, [w:] *idem* (Hrsg.), *Solidarität: Begriff und Problem*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1998, s. 11.

² Zob. P. Hilpold, *Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts“ 2007, Bd. 55, s. 195 i n.

³ P. Hilpold, *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in Article 222 TFEU*, „Legal Issues of Economic Integration“ 2015, vol. 42, s. 212-213.

⁴ U. Scheuner, *Solidarität unter den Nationen als Grundsatz in der gegenwärtigen Internationalen Gemeinschaft*, [w:] J. Delbrück et al. (Hrsg.), *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel zum 65. Geburtstag am 21. Januar 1976*, Duncker & Humblot, Berlin 1975, s. 273.

solidarności w istocie łączy w sobie faktyczną i prawną współzależność państw⁵. Można traktować solidarność jako spoiwo łączące państwa⁶, które rozwinęło się w różnym stopniu w poszczególnych reżimach prawa międzynarodowego⁷. Według Rüdiger Wolfruma zasada solidarności odzwierciedla przekształcenie prawa międzynarodowego w międzynarodowy porządek prawny oparty na wartościach⁸. Nawiązując do kluczowych ustaleń Wolfganga Friedmanna⁹, Karel Wellens obrazowo przedstawił prawo międzynarodowe za pomocą metafory wysp współpracy na morzu koegzystencji i wreszcie wysp solidarności na morzu współpracy¹⁰. Trudno nie zgodzić się też z przywołanym autorem, który w przekonujący sposób odwołuje się do koncepcji rozwoju ewolucyjnego zasad autorstwa Michela Virally'ego¹¹ także w kontekście solidarności: najpierw jako pojęcia, następnie jako politycznej, a wreszcie jako prawnej zasady prawa międzynarodowego. Zasada ta pełniła podwójną rolę: reagowania na zagrożenia lub zdarzenia (solidarność negatywna) oraz tworzenia wspólnych praw i obowiązków (solidarność pozytywna). W różnych gałęziach prawa międzynarodowego osiągnęła różne etapy rozwoju¹². Można też, z uwagi na stopień ogólności, uznać solidarność za ideę ramową albo perspektywę odnoszącą się do prawa międzynarodowego¹³.

3. Kontekst prawa europejskiego

Solidarność znalazła szerokie zastosowanie w prawie europejskim¹⁴. Już w swej słynnej deklaracji Robert Schuman podkreślił, że droga do zjednoczonej Europy

⁵ K. Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, [w:] R.S.J. MacDonald, D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston 2005, s. 776.

⁶ Ch. Tomuschat, *Discussion Following the Presentation by Karel Wellens*, [w:] R. Wolfrum, Ch. Kojima (eds.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Springer, Berlin 2010, s. 44. W tym kontekście można odwołać się do „cementującej” myśli Comte’a i Durkheima – zob. K. Bayertz, *Begriff und Problem...*, s. 11.

⁷ K. Wellens, *Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections*, [w:] R. Wolfrum, Ch. Kojima (eds.), *Solidarity...*, s. 4.

⁸ R. Wolfrum, *Solidarity amongst States: An Emerging Structural Principle of International Law*, [w:] P.-M. Dupuy et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Weltordnung. Festschrift für Christian Tomuschat*, S.L. Engel, Kehl 2006, s. 1087. Zob. też wykład haski tegoż autora – R. Wolfrum, *Solidarity and Community Interests: Driving Forces for the Interpretation and Development of International Law: General Course on Public International Law*, „Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye” 2021, Tome 416.

⁹ Zob. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964.

¹⁰ K. Wellens, *Solidarity as a Constitutional Principle...*, s. 804.

¹¹ M. Virally, *Le rôle des ‘principes’ dans le développement du droit international*, [w:] M. Batelli, P. Guggenheim (eds.), *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Global Studies Institute de l'Université de Genève, Genève 1968, s. 542-543.

¹² K. Wellens, *Revisiting Solidarity...*, s. 4.

¹³ Zob. G. Schwarzenberger, *The Conceptual Apparatus of International Law*, [w:] R.S.J. Macdonald (ed.), *The Structure of International Law*, Nijhoff, The Hague 1983, s. 693.

¹⁴ A.Th. Müller, *Solidarität als Rechtsbegriff im Europarecht*, [w:] C. Sedmak (ed.), *Solidarität: Vom Wert der Gemeinschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2010, s. 70. Zob. też P. Hilpold,

wiedzie przez konkretne działania tworzące najpierw solidarność faktyczną (fr. *solidarité de fait*). Do zasady solidarności nawiązywał również wielokrotnie Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu, zwracając m.in. uwagę, że uchybienie obowiązkowi solidarności uderza w same podstawy wspólnotowego, a obecnie unijnego porządku prawnego¹⁵.

Solidarność jest stale obecna, choć jej znaczenie nieprzerwanie się zmienia¹⁶. Można traktować ją jako podstawową wartość, a wręcz motor integracji. Bez cienia przesady uznaje się solidarność za element kodu genetycznego Unii Europejskiej¹⁷. Nawiązując do teorii Léona Duguity¹⁸, można też sparafrazować, że solidarność stanowi nawet podstawę prawa UE¹⁹. Nie przyjmując jednak bezkrytycznej postawy, trzeba przypomnieć i bardziej sceptyczne opinie, znajdujące dla solidarności ograniczone miejsce, choćby ze względu na brak spójności oraz różnice w kulturze politycznej poszczególnych państw członkowskich, przekładające się na kwestie gospodarcze, finansowe i podatkowe²⁰. Tym bardziej trafność tej oceny potwierdza chociażby kryzys finansowy w Grecji²¹ i ostatnie wydarzenia migracyjne²².

W doktrynie traktuje się solidarność różnie, m.in. jako nakaz pomocy słabszym przez silniejszych²³, a także jako współodpowiedzialność państw członkowskich, która wyraża się również we wzajemnej wspólnej pomocy, zwłaszcza w sytuacjach kryzysowych²⁴. Konieczne jest przy tym zachowanie równowagi pomiędzy korzyściami a ciężarami wynikającymi z członkostwa w Unii²⁵. Zasadniczo wyróżnia się

Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular Regard to Monetary Union, "Yearbook of European Law" 2015, vol. 34, s. 257 oraz P. Hilpold, *Solidarität im EU-Recht: Die "Inseln der Solidarität" unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, „Europarecht" 2016, Bd. 54/4, s. 373 i n.

¹⁵ Zob. wyrok TS z 7 lutego 1973 r., *Komisja Wspólnot Europejskich p. Republice Włoskiej*, C-39/72, ECLI: ECLI:EU:C:1973:13, § 25.

¹⁶ M. Ross, *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?*, [w:] M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 23.

¹⁷ R. Bieber, *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 84, 24.09.2012, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84--Roland-Bieber---Gegenseitige-Verantwortung---Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf [dostęp 20.11.2021].

¹⁸ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., vol. 3, Fontemoing, Paris 1923, s. 595.

¹⁹ R. Bieber, *Gegenseitige Verantwortung...*, s. 9.

²⁰ Ch. Tomuschat, *Solidarität in Europa*, [w:] F. Capotorti et al. (eds.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden 1987, s. 756.

²¹ Zob. np. K.-A. Schwarz, *Solidarität mit Griechenland – eine europäische Tragödie*, [w:] P. Müller-Graf et al. (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing*, Nomos, Baden-Baden 2011, s. 705 i n.

²² Zob. B. Krzan, *Solidarität mit und durch Osteuropa*, [w:] P. Hilpold et al. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa: Festgabe zum 85. Geburtstag von Professor Heinrich Neisser, einem europäischen Humanisten*, Facultas, Wien 2021, s. 754 i n.

²³ Ch. Tomuschat, *Solidarität in Europa...*, s. 737.

²⁴ C. Mik, *Solidarność w prawie Unii Europejskiej. Podstawowe problemy teoretyczne*, [w:] idem. (red.), *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 2009, s. 46.

²⁵ Wyrok TS Trybunału z 7 lutego 1979 r., *Komisja Wspólnot Europejskich p. Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, C-128/78, ECLI: ECLI:EU:C:1979:32, § 12.

przede wszystkim nieprzedkładanie interesów indywidualnych nad zbiorowymi i obowiązek solidarnego wsparcia potrzebującego pomocy przez wspólnotę²⁶.

Nie ulega wątpliwości, że wraz ze wzrostem różnorodności w UE coraz trudniej jest stworzyć poczucie wspólnoty, które stanowi podstawę do szerszego rozumienia solidarności²⁷. Słusznie w tym kontekście stwierdzono, że im bardziej zróżnicowana społeczność, tym bardziej złożony musi być system moralny, który ją spaja²⁸.

4. Traktatowe regulacje

Odwołania do solidarności w traktatach europejskich są bogate²⁹. Początkowo ideę solidarności rozważano w kontekście relacji między państwami członkowskimi. Obecnie jednak solidarność europejska funkcjonuje też w różnych wymiarach – objawia się z perspektywy spójności między regionami, a także solidarności między grupami społecznymi, podstawowych praw socjalnych i solidarności międzynarodowej³⁰. Oczywiście solidarność międzyrządowa jest tylko jedną z form solidarności (w) UE, ale nasza analiza skupia się na tym tradycyjnym rozumieniu solidarności. Poniżej zostanie zatem zwrócona uwaga na strukturę stosunków między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a Unią.

Solidarność stanowi albo podstawę (preambuła TUE³¹, Karta praw podstawowych³²), wartość (art. 2 TUE), cel (art. 3 ust. 3 i 5 TUE) albo miarę działania Unii lub państw członkowskich. Skierowana jest do trzech różnych grup adresatów: do obywateli, do instytucji Unii i/lub do państw członkowskich³³, a nawet szerzej: do innych państw.

W preambule do TUE wyrażono pragnienie pogłębienia solidarności pomiędzy narodami państw członkowskich w poszanowaniu ich historii, kultury i tradycji. Zgodnie z art. 2 *in fine* TUE wartości UE są wspólne państwom członkowskim

²⁶ Ch. Tomuschat, *Solidarität in Europa...*, s. 734; Ch. Calliess, *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon: Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, s. 105.

²⁷ I. Hartwig, Ph. Nicolaides, *Ein knappes Gut? Solidarität in der erweiterten EU*, „Osteuropa“ 2004, vol. 54, no. 5/6, s. 158.

²⁸ C. Sedmak, *Solidaritäten in Europa*, [w:] *idem* (Hrsg.), *Solidarität: Vom Wert der Gemeinschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2010, s. 43.

²⁹ S. Kirste, S. Puntischer-Riekman, K. Schmalenbach, D. Wydra, *Introduction to the Special Issue "Transnational Solidarity — An Interdisciplinary Approach"*, „Archiv des Völkerrechts“ 2014, Bd. 52, s. 3. Zob. też M.T. Kotzur, K. Schmalenbach, *Solidarity Among Nations*, „Archiv des Völkerrechts“ 2014, Bd. 52, s. 70: „lavishly if not quite over-used”.

³⁰ Zob. A. Sangiovanni, *Solidarity in the European Union*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2013, vol. 33, s. 217; por. M. Nettesheim, *Konzeptionen und Dimensionen von Solidarität im Recht der Europäischen Union*, [w:] P. Becker, B. Lippert (eds.), *Handbuch Europäische Union*, Springer online 2018, s. 2.

³¹ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 13.

³² Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 391.

³³ Por. I. Domurath, *The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach*, „Journal of European Integration” 2013, vol. 35, s. 459-475; por. M. Nettesheim, *Konzeptionen und Dimensionen...*, s. 2.

w społeczeństwie opartym m.in. właśnie na solidarności. W przeciwieństwie do art. 2 TUE Karta praw podstawowych podnosi status solidarności do jednej z „niepodzielnych powszechnych wartości”, na których zbudowana jest Unia. Trudno wreszcie pominąć tytuł IV Karty „Solidarność”, a odnoszący się do praw społecznych itd.

Wśród celów Unii wymieniona została solidarność międzypokoleniowa³⁴, a także solidarność między państwami członkowskimi³⁵. Natomiast w stosunkach zewnętrznych pojawia się odwołanie do „solidarności i wzajemnego stosunku pomiędzy narodami”³⁶. W tytule V TUE podkreślono, że działania UE na arenie międzynarodowej oparte są na zasadach, które leżą u podstaw jej utworzenia, rozwoju rozszerzenia oraz które Unia zamierza wspierać na świecie, wymieniając wśród nich właśnie zasadę solidarności³⁷. Zgodnie z art. 24 ust. 2 TUE wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwa jest oparta na rozwoju wzajemnej solidarności politycznej między państwami członkowskimi³⁸. Solidarność jest wreszcie łączona z lojalnością. W tym duchu art. 24 ust. 3 TUE wymaga, by państwa członkowskie aktywnie i bez zastrzeżeń popierały politykę zagraniczną i bezpieczeństwa.

Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁹ oprócz odwołania w preambule do solidarności łączącej Europę z krajami zamorskimi odnosi się jedynie do solidarności między państwami członkowskimi: w ramach przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości⁴⁰, odnośnie do pomocy finansowej Unii⁴¹, a także w dziedzinie energetyki⁴².

Osobne znaczenie ma art. 222 TFUE, który stanowi szczególny wyraz solidarności pomiędzy państwami członkowskimi UE. Wynika z niego obowiązek wspólnego działania Unii i państw członkowskich „w duchu solidarności, jeżeli jakiegokolwiek Państwo Członkowskie stanie się przedmiotem ataku terrorystycznego lub ofiarą

³⁴ Art. 3 ust. 3 pkt 2 TUE, zob. też Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów, *Odnowiona agenda społeczna: Możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku*, COM(2008)412, 2.07.2008 oraz zwłaszcza Komunikat Komisji, *Zielona Księga „Wobec zmian demograficznych: nowa solidarność między pokoleniami”*, COM(2005) 94, 16.03.2005.

³⁵ Art. 3 ust. 3 zd. 4 i 5 TUE.

³⁶ Art. 3 ust. 5 TUE.

³⁷ Art. 21 ust. 1 TUE.

³⁸ Por. art. 32 TUE.

³⁹ Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 47.

⁴⁰ Zgodnie z art. 67(2) TFUE „Unia zapewnia brak kontroli osób na granicach wewnętrznych i rozwija wspólną politykę w dziedzinie azylu, imigracji i kontroli granic zewnętrznych, opartą na solidarności między Państwami Członkowskimi i sprawiedliwą wobec obywateli państw trzecich. Do celów niniejszego tytułu, bezpaństwowcy są traktowani jak obywatele państw trzecich”. Zob. też art. 80 TFUE oraz art. 78(3) TFUE, który stanowi: „W przypadku, gdy jedno lub więcej Państw Członkowskich znajdzie się w nadzwyczajnej sytuacji charakteryzującej się nagłym napływem obywateli państw trzecich, Rada, na wniosek Komisji, może przyjąć środki tymczasowe na korzyść zainteresowanego Państwa lub Państw Członkowskich. Rada stanowi po konsultacji z Parlamentem Europejskim”.

⁴¹ Art. 122 TFUE.

⁴² Art. 194 TFUE.

klęski żywiołowej lub katastrofy spowodowanej przez człowieka". Przepis ten stanowi samodzielnie Tytuł VII Części V Traktatu „Działania zewnętrzne Unii”⁴³.

Wprowadzane traktatem z Lizbony postanowienia, podobnie jak wcześniejsze regulacje traktatu konstytucyjnego, stanowią wyraźny dowód na wolę i gotowość państw członkowskich do podjęcia działalności unijnej, a nie wyłącznie w ramach NATO czy innych organizacji międzynarodowych⁴⁴. Artykuł 222 (1) TFUE odnosi się nie tylko do pomocy państwom członkowskim w razie ataku terrorystycznego, ale również do działań zapobiegających zagrożeniu terrorystycznemu na terytorium państw członkowskich oraz ochrony instytucji demokratycznych i ludności cywilnej przed ewentualnym atakiem terrorystycznym. Klauzula solidarności ma zatem bardzo wyraźny wymiar prewencyjny.

Dyspozycja art. 222 TFUE zawiera dwie zasadnicze przesłanki, które uzasadniają podjęcie solidarnego działania – z jednej strony jest to zagrożenie terrorystyczne, a z drugiej katastrofa naturalna bądź wywołana przez człowieka. Te ostatnie zostały ujęte wspólnie. Jako katastrofy naturalne można rozumieć powodzie, samoczynne pożary lasów, trzęsienia ziemi, sztormy itp. Pod pojęciem katastrof wywołanych przez człowieka kryją się przede wszystkim wypadki związane z przemysłem, np. katastrofy elektrowni atomowych, wypadki komunikacyjne jak katastrofy lotnicze, kolejowe itd. Zgodnie z pkt 6 preambuły rozporządzenia 2012/2002 tworzącego Fundusz Solidarności UE⁴⁵ aby mówić o katastrofie, musiałaby ona spowodować poważne szkody finansowe⁴⁶. Do zapobiegania klęskom żywiołowym i katastrofom odnosi się także art. 196 TFUE⁴⁷. Kwestie pomocy w razie klęsk żywiołowych lub

⁴³ Takie umiejscowienie może wywoływać krytykę, gdyż odnosi się on do sytuacji, które mogą mieć miejsce wewnątrz państw członkowskich, a nie na zewnątrz UE. Z niezrozumiałych względów klauzula solidarności nie została włączona do postanowień o wspólnej polityce zagranicznej i bezpieczeństwa w ramach TUE – zob. B. Krzan, *Klauzula solidarności: art. 222*, [w:] A. Wróbel et al. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. 2 Art. 90-222, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 1638. Z drugiej jednak strony pozwala to uwzględnić katastrofy naturalne lub wywołane przez człowieka, nieposiadające wymiaru zewnętrznego.

⁴⁴ W rezolucjach Rady Europejskiej przyjętych po wydarzeniach madryckich zawarto zobowiązanie polityczne państw członkowskich, by w duchu klauzuli solidarności Konstytucji dla Europy wystąpić przeciwko aktom terroru (Bulletin EU 3-2004, European Council statement on combating terrorism (I.29)). Podobnie sformułowana znajdują się w samodzielnej deklaracji o solidarności przeciwko terroryzmowi (Bulletin EU 3-2004, Declaration on solidarity against terrorism (I.50)). Zob. też S. Blockmans, *L'Union fait la Force: Making the Most of the Solidarity Clause (Art. 222 TFEU)*, [w:] I. Govaere, S. Poli (eds.), *EU Management of Global Emergencies*, Brill, Leiden 2014, s. 113. Jednakże ze względu na konotacje o charakterze militarnym Konwent zrezygnował z nazwy „klauzula sojusznicza”, zastępując ją „klauzulą solidarności” – zob. Ch. Callies, „Tous pour un, un pour tous” – *Die Solidaritätsklausel des Art. 1-43 der Europäischen Verfassung als Ausdruck eines allgemeinen europäischen Solidaritätsprinzips?*, [w:] A. Epiney et al. (Hrsg.), *Die Herausforderung von Grenzen. Festschrift für Roland Bieber*, Nomos, Baden-Baden 2007, s. 309 i n.

⁴⁵ Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 661/2014 z dnia 15 maja 2014 r. zmieniające rozporządzenie Rady (WE) nr 2012/2002 ustanawiające Fundusz Solidarności Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE L 189/143 z 27.06.2014 r.

⁴⁶ Zob. art. 2 ust. 2 rozporządzenia 2012/2002.

⁴⁷ Sztandarowym przykładem w tym zakresie będzie decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/885 z dnia 20 maja 2021 r. w sprawie uruchomienia Funduszu Solidarności Unii Europejskiej

katastrof spowodowanych przez człowieka oraz spraw związanych ze zwalczaniem kryzysu poza obszarem Unii regulują postanowienia TUE⁴⁸.

Warto zauważyć, że na tle wymogów postawionych przed UE zobowiązania państw członkowskich w analogicznej sytuacji przedstawiają się skromniej – art. 222 ust. 2 stanowi o pomocy. Zakres tej pomocy pozostawiony jest wyborowi samych państw. W dołączonej do aktu końcowego deklaracji nr 37 wyraźnie zaznaczono, że żadne z postanowień art. 222 nie ma na celu naruszania prawa pozostałych państw członkowskich do wyboru najbardziej odpowiednich środków w celu wypełnienia przez nie obowiązku solidarności w stosunku do państwa dotkniętego atakiem terrorystycznym bądź klęską naturalną lub wywołaną przez człowieka. W razie ataku terrorystycznego bądź klęski żywiołowej czy też katastrofy naturalnej UE mobilizuje wszystkie dostępne instrumenty, łącznie ze środkami wojskowymi udostępnionymi jej przez państwa członkowskie. Kapitałne znaczenia ma również Unijny Mechanizm Ochrony Ludności⁴⁹.

Działania państw członkowskich są koordynowane w Radzie. Aby umożliwić podjęcie skutecznych działań przez UE i kraje członkowskie, konieczna jest systematyczna ocena zagrożeń. Odnosić się ona będzie przede wszystkim do zagrożenia terrorystycznego, ale celowa wydaje się także w odniesieniu do katastrof naturalnych, jak też wywołanych przez człowieka. Zadanie to powierzono Radzie Europejskiej⁵⁰.

Artykuł 222 TFUE nie określa warunków i procedury zastosowania przez UE klauzuli solidarności. Dla uruchomienia wsparcia konieczny jest w każdym przypadku wniosek władz politycznych państwa dotkniętego klęską naturalną bądź katastrofą. W tym zakresie ust. 3 komentowanego przepisu odsyła do decyzji Rady podjętej na wspólny wniosek Komisji oraz wysokiego przedstawiciela Unii do spraw zagranicznych i polityki bezpieczeństwa.

Stosowna decyzja została wydana 24 czerwca 2014 r.⁵¹ Rada podkreśliła w niej, że „Zastosowanie przez Unię klauzuli solidarności powinno opierać się w miarę możliwości na już istniejących instrumentach; zwiększać skuteczność poprzez poprawę koordynacji i unikanie powielania działań; nie powinno angażować dodatkowych zasobów; powinno zapewniać państwom członkowskim prostą i przejrzystą płaszczyznę kontaktu na szczeblu unijnym z poszanowaniem kompetencji przyznanych

w celu udzielenia pomocy Grecji i Francji w związku z klęskami żywiołowymi oraz Albanii, Austrii, Belgii, Chorwacji, Czarnogórze, Czechom, Estonii, Francji, Grecji, Hiszpanii, Irlandii, Litwie, Luksemburgowi, Łotwie, Niemcom, Portugalii, Rumunii, Serbii, Węgrom i Włochom w związku z wystąpieniem stanu zagrożenia zdrowia publicznego, Dz. Urz. UE L 194/40 z 2.06.2021 r.

⁴⁸ Odpowiednio art. 21 ust. 2 lit. g oraz art. 43 ust. 1 *in fine* TUE.

⁴⁹ Zob. decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013/EU z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności, Dz. Urz. UE L 347/924 z 20.12.2013 r. Wcześniej-szy Wspólnotowy Mechanizm Ochrony Ludności został ustanowiony decyzją Rady 2001/792/WE, Euratom (2), poddaną przekształceniu w decyzji Rady 2007/779/WE, Euratom (3). Finansowanie tego mechanizmu zagwarantowano decyzją Rady 2007/162/WE, Euratom (4) z dnia 5 marca 2007 r. ustanawiającą Instrument Finansowy Ochrony Ludności („instrument finansowy”).

⁵⁰ Art 222 (4) TFUE.

⁵¹ 2014/415/UE: Decyzja Rady z dnia 24 czerwca 2014 r. w sprawie uzgodnień dotyczących zastosowania przez Unię klauzuli solidarności, Dz. Urz. UE L 192/53 z 1.07.2014 r.

poszczególnym instytucjom oraz służbom Unii”⁵². Zwrócono przy tym uwagę, że uzgodnienia dotyczące reagowania na poziomie Unii powinny przyczynić się do zwiększenia skuteczności poprzez wzmocnienie koordynacji w oparciu o istniejące instrumenty⁵³. Wśród nich wymieniono strategię bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej, mechanizm ochrony ludności Unii Europejskiej ustanowiony decyzją Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013/UE⁵⁴, którą powołano Centrum Koordynacji Reagowania Kryzysowego, oraz decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE⁵⁵, a także struktury powstałe w ramach wspólnej polityki bezpieczeństwa i obrony.

Uzgodnienia na mocy decyzji mają za cel poprawę skuteczności poprzez zwiększoną koordynację reagowania Unii i państwa członkowskiego⁵⁶. Zgodnie z art. 2 decyzji stosuje się ją w przypadku ataku terrorystycznego lub klęski żywiołowej, lub katastrof spowodowanych przez człowieka, bez względu na to, czy powstały one na lub poza terytorium państw członkowskich.

Należy przy tym zauważyć, że przy korzystaniu z poczynionych uzgodnień na mocy decyzji, a zwłaszcza przy mobilizowaniu dostępnych jej instrumentów, Unia jest związana prawem międzynarodowym i nie narusza praw państw niebędących państwami członkowskimi⁵⁷. Wykluczono wpływ decyzji na kwestie obronne⁵⁸. Decyzja definiuje klęskę żywiołową lub katastrofę jako „dowolną sytuację, która ma lub może mieć znaczący niekorzystny wpływ na ludzi, środowisko naturalne lub mienie, w tym na dziedzictwo kulturowe”. Z kolei „atak terrorystyczny” został określony jako „przestępstwo terrorystyczne zdefiniowane w decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW”⁵⁹. Natomiast „sytuacja kryzysowa” w myśl powołanej decyzji

⁵² *Ibidem*, 4 ustęp arengi.

⁵³ *Ibidem*, 9 ustęp arengi.

⁵⁴ Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1313/2013/UE z dnia 17 grudnia 2013 r. w sprawie Unijnego Mechanizmu Ochrony Ludności, Dz. Urz. UE L 347 z 20.12.2013 r., s. 924.

⁵⁵ Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1082/2013/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie poważnych transgranicznych zagrożeń zdrowia oraz uchylająca decyzję nr 2119/98/WE, Dz. Urz. UE L 293 z 5.11.2013 r., s. 1.

⁵⁶ Art. 1 (5) decyzji 2014/415/UE.

⁵⁷ Art. 2 (1) *in fine* decyzji 2014/415/UE.

⁵⁸ Art. 2 (2) decyzji 2014/415/UE. Por. wcześniejsze rezolucje Parlamentu Europejskiego: z dnia 22 listopada 2012 r. w sprawie klauzul wzajemnej obrony i solidarności UE: wymiaru politycznego i operacyjnego (2012/2223(INI)), Dz. Urz. UE C 419/138 z 16.12.2015 r. oraz rezolucję Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie klauzuli wzajemnej obrony (art. 42 ust. 7 TUE) (2015/3034(RSP)), w której PE uważa, że „uruchomienie klauzuli wzajemnej pomocy stanowi wyjątkową możliwość, aby ustanowić podstawy dla silnej i trwałej Europejskiej Unii Obrony; jest zdania, że dopiero gdy UE będzie dysponowała niezależnymi zdolnościami w zakresie bezpieczeństwa i zdolnościami obronnymi, będzie ona odpowiednio wyposażona i gotowa do tego, by stawić czoło ogromnym zagrożeniom dla bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego oraz wyzwaniom w tym zakresie” z rezolucją Parlamentu Europejskiego z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie klauzuli wzajemnej obrony (art. 42 ust. 7 TUE) (2015/3034(RSP)), Dz. Urz. UE C 11/89 z 12.01.2018 r., § 18.

⁵⁹ Decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW, zmienioną na mocy decyzję Rady 2005/671/WSiSW, zastąpiła dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu. Z perspektywy prawa międzynarodowego czy europejskiego trudno oczywiście przywołać ogólnie akceptowaną definicję terroryzmu – zob. np. Ch. Walter, *Defining Terrorism in National and International Law*, [w:] *idem et al. (eds.), Terrorism as a Challenge for National and International Law*:

oznacza klęskę żywiołową, katastrofę lub atak terrorystyczny o tak daleko idących skutkach lub takim znaczeniu politycznym, że wymaga sprawnej koordynacji polityki i reakcji na szczeblu politycznym w Unii. Bardzo szeroko zdefiniowano w tym akcie reakcję – jako „jakiegokolwiek działanie podejmowane w przypadku klęski żywiołowej, katastrofy lub ataku terrorystycznego mające na celu zaradzenie ich bezpośrednim negatywnym skutkom”. W myśl art. 4 w razie klęski żywiołowej, katastrofy lub ataku terrorystycznego poszkodowane państwo członkowskie może powołać się na klauzulę solidarności, o ile – po wyczerpaniu możliwości, jakie oferują istniejące środki i narzędzia na poziomie krajowym i unijnym – uzna, że dana sytuacja kryzysowa zdecydowanie przekroczyła dostępną dla tego państwa zdolność reagowania. Władze poszkodowanego państwa członkowskiego mogą powołać się na klauzulę, zwracając się do prezydencji Rady. Z tym samym wnioskiem zwracają się także do przewodniczącego Komisji Europejskiej poprzez Centrum Koordynacji Reagowania Kryzysowego. Uzgodnienia dotyczące koordynacji w ramach Rady powinny zostać oparte na zintegrowanych uzgodnieniach UE (uzgodnienia IPCR).

Chociaż art. 222 TFUE jest jedynym artykułem traktatów w całości poświęconym solidarności i zawiera najwięcej szczegółów na temat tego pojęcia, nie może on służyć jako jedyny ani główny punkt odniesienia dla definicji tego pojęcia. Przepis ten dotyczy raczej segmentu solidarności, choć dość ważnego. Dlatego nie jest możliwe wyprowadzenie podstawowego znaczenia solidarności bezpośrednio z tego artykułu⁶⁰.

Pomimo że w prawie Unii Europejskiej coraz częściej mówi się o solidarności, terminowi temu zawsze brakuje precyzyjnej definicji. Nie jest jasne, jakie powinny być konkretne warunki realizacji tego postulatu. Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu podchodził do solidarności unijnej (wcześniej: wspólnotowej) na różne sposoby: jako zasady wynikającej z samej natury organizacji; jako zasady wywodzącej się z preferencji wspólnotowej; jako zasady opartej na wzajemnej pomocy, o której mowa w różnych artykułach traktatów, a także jako zasady wynikającej z obowiązków, zarówno pozytywnych, jak i negatywnych, będących efektem z realizacji celów i kompetencji⁶¹. Ale można też ujmować solidarność jako zasadę zakazującą państwom członkowskim brania prawa we własne ręce⁶². Doskonale widać to na przykładzie kryzysu uchodźczego, nie bez kozery traktowanego jako kryzys solidarności w UE⁶³. Kolejnych przykładów dostarcza agresja Federacji Rosyjskiej

Security versus Liberty?, Springer, Berlin 2004, s. 33 i n. Przyjęcie jednej całościowej konwencji antyterrorystycznej napotyka nadal spore problemy (R. Higgins, *The General International Law of Terrorism*, [w:] R. Higgins, M. Flory (eds.), *International Law and Terrorism*, Routledge, London 1997, s. 28).

⁶⁰ P. Hilpold, *Filling a Buzzword...*, s. 211.

⁶¹ E.A. Marias, *Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community*, „Legal Issues of European Integration” 1994, vol. 21, s. 88 i n.

⁶² *Ibidem*, s. 97.

⁶³ O. Bergeau, „La crise des solidarités”: *La politique migratoire de l'Union Européenne sous l'angle de la solidarité*, [w:] D. Sidjanski, F. Saint-Ouen, C. Stephanou (eds.), *Union de valeurs? La mise en oeuvre des valeurs et des principes fondamentaux de l'Union Européenne – Union of Values? Implementing the values and fundamental principles of the European Union*, Global Studies Institute de l'Université de Genève, Genève 2018, s. 53 i n.

na Ukrainę i brak solidarnej na nią reakcji ze strony unijnej. Ta problematyka zasługuje na oddzielne potraktowanie, wykraczające poza ramy obecnej analizy.

5. Kryzys(y) solidarności

Unia Europejska przez lata nie potrafiła znaleźć jednolitego stanowiska w kwestiach polityki azylowej i uchodźczej. Zgodnie z systemem dublińskim za rozpatrzenie wniosku o azyl odpowiada zwykle państwo, na którego ziemi osoba ubiegająca się o ochronę stawia pierwsze kroki na terenie Europy. Miało to szczególnie silny wpływ na państwa członkowskie, Grecję i Włochy. We wrześniu 2015 r. uzgodniono, że początkowo 40 000 uchodźców, a następnie kolejnych 120 ich tysięcy zostanie przeniesionych z Grecji i Włoch do innych krajów w ciągu dwóch lat⁶⁴. Państwa wschodnioeuropejskie broniły się przed tym, przyjmując ogólne stanowisko odmowy. Węgry i Słowacja próbowały, przy wsparciu Polski jako interwenienta, zaskarżyć decyzje UE. Należy zauważyć, że kilka „starych” państw członkowskich (Belgia, Niemcy, Grecja, Francja, Włochy, Luksemburg, Szwecja) oraz Komisja interweniowały w postępowaniu po stronie Rady.

We wrześniu 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości oddalił skargę Słowacji i Węgier przeciwko rozporządzeniu o dystrybucji uchodźców, uznając, że decyzje o relokacji były zgodne z prawem⁶⁵. Pomimo orzeczenia sądu nadal trwał spór między państwami członkowskimi dotyczący mechanizmu dystrybucji. Trzej członkowie z Europy Wschodniej (Polska, Węgry i Czechy) nadal odmawiali przyjęcia uchodźców z Włoch i Grecji. Te trzy państwa powołały się na przysługujące im na mocy art. 72 TFUE prawo do utrzymania bezpieczeństwa i porządku publicznego i odmówiły wówczas przyjęcia uchodźców w celu obrony bezpieczeństwa wewnętrznego kraju przed niekontrolowaną migracją. Komisja Europejska zareagowała na to w grudniu 2017 r., wnosząc do Trybunału trzy skargi o naruszenie.

W swojej opinii rzecznik generalny Trybunału Sprawiedliwości UE Eleanor Sharpston ostro skrytykowała brak solidarności⁶⁶. Jak wyraźnie stwierdziła, solidarność polega na podziale odpowiedzialności – obu państw członkowskich na granicach zewnętrznych potencjalnego państwa członkowskiego relokacji – za funkcjonujący

⁶⁴ Zob. decyzję Rady (UE) 2015/1523 z dnia 14 września 2015 r. wprowadzającą środki tymczasowe w dziedzinie ochrony międzynarodowej na rzecz Włoch i Grecji (Dz. Urz. UE L 239/146 z 14.09.2015 r.) oraz decyzję Rady (UE) 2015/1601 z dnia 22 września 2015 r. wprowadzającą środki tymczasowe w zakresie ochrony międzynarodowej na rzecz Włoch i Grecji (Dz. Urz. UE L 248/80 z 24.09.2015 r.).

⁶⁵ Wyrok TS z 6 września 2017 r. w sprawach połączonych C-643/15 i C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631.

⁶⁶ Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston przedstawiona w dniu 31 października 2019 r., *Komisja Europejska p. Rzeczypospolitej Polskiej, Komisja Europejska p. Republice Węgierskiej, Komisja Europejska p. Republice Czeskiej*, sprawy połączone C-715/17, C-718/17 i C-719/17, ECLI:EU:C:2019:917, § 234: „aby relokacji można było poddać wystarczającą liczbę wnioskodawców, co pomogłoby zredukować niedopuszczalną presję wywieraną na państwa członkowskie pierwszej linii”.

mechanizm dystrybucji. Według Sharpston solidarność jest „siłą napędową projektu europejskiego” i oznacza m.in. nakaz „wypełniania wspólnych obowiązków i (tak) ponoszenia wspólnego ciężaru, w trosce o wspólne dobro”⁶⁷. W jej opinii obok praworządności i obowiązku lojalnej współpracy najważniejsza jest zasada solidarności. Lekceważenie zobowiązań prawnych UE przez poszczególne państwa „stanowi pierwszy niebezpieczny krok w kierunku upadku uporządkowanego społeczeństwa, które podlega rządowi prawa”⁶⁸. Z powodu trudności związanych ze zobowiązaniami relokacyjnymi państwa Europy Wschodniej nie powinny jednostronnie decydować o niewykonaniu decyzji o relokacji, ale mogą żądać czasowego zawieszenia ich zobowiązań wynikających z tych decyzji w celu działania zgodnie z zasadą solidarności.

W wyroku z dnia 2 kwietnia 2020 r. w sprawach połączonych C-715/17, C-718/17 i C-719/17 Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że poprzez odmowę wdrożenia mechanizmu czasowego przesiedlenia dla osób ubiegających się o ochronę międzynarodową Rzeczpospolita Polska, Węgry i Republika Czeska naruszyły swoje zobowiązania wynikające z prawa Unii⁶⁹.

Sędziowie stwierdzili, że państwa członkowskie nie mogą generalnie odmówić przyjęcia uchodźców z powodu zwykłych obaw i ze względu na ogólną prewencję. Tylko wtedy, gdy istnieją obiektywne i jasne dowody na to, że określone osoby są niebezpieczne, mogą odmówić przyjęcia⁷⁰. Państwo członkowskie nie powinno zatem polegać na swojej jednostronnej ocenie rzekomego braku skuteczności lub nawet rzekomego braku funkcjonowania mechanizmu relokacji stworzonego przez te akty prawne w celu uniknięcia jakiegokolwiek obowiązku relokacji ciężącego na nim na

⁶⁷ *Ibidem*, § 253: „Solidarność jest siłą napędową projektu europejskiego. Ze względu na swój udział w tym projekcie oraz na ich obywatelstwo Unii Europejskiej państwa członkowskie i ich obywatele mają zobowiązania oraz korzyści, obowiązki oraz prawa. Udział w europejskim «demos» nie polega na wertowaniu traktatów i prawa wtórnego w poszukiwaniu tego, czego można zażądać. Wymaga on ponadto wypełniania wspólnych obowiązków i (tak) ponoszenia wspólnego ciężaru, w trosce o wspólne dobro”. Zob. też § 204 opinii: „W ten sposób potencjalne państwo członkowskie relokacji okazuje solidarność wobec pozostałych państw członkowskich, które, podobnie jak ono, ponoszą odpowiedzialność za utrzymanie bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego na ich odpowiednich terytoriach”.

⁶⁸ *Ibidem*, § 238.

⁶⁹ Wyrok Trybunału (Trzecia Izba) z 2 kwietnia 2020 r. w sprawach połączonych C-715/17, C-718/17 i C-719/17, ECLI:EU:C:2020:257.

⁷⁰ *Ibidem*, § 160: „mechanizm przewidziany, w kontekście procedury relokacji, w art. 5 ust. 4 i 7 każdej z decyzji 2015/1523 i 2015/1601 dawał właściwym organom państwa członkowskiego relokacji możliwość powoływania się na poważne podstawy lub uzasadnione powody związane z utrzymaniem bezpieczeństwa narodowego lub porządku publicznego na ich terytorium tylko po zbadaniu dla każdego przypadku z osobna rzeczywistego lub potencjalnego zagrożenia, jakie dana osoba ubiegająca się o udzielenie ochrony międzynarodowej stanowiła dla jego interesów. Mechanizm ten stał zatem na przeszkodzie, jak w istocie zauważyła również rzecznik generalna w pkt 223 opinii, temu, aby w kontekście tej procedury państwo członkowskie arbitralnie mogło powołać się, wyłącznie do celów prewencji ogólnej i bez wykazania bezpośredniego związku z indywidualnym przypadkiem, na art. 72 TFUE w celu uzasadnienia zawieszenia, a nawet zaprzestania, wykonywania zobowiązań, które na nim ciąży na mocy decyzji 2015/1523 lub decyzji 2015/1601”.

mocy tych aktów prawnych⁷¹. Te jasne ustalenia zostały dokonane przez sędziów na podstawie bezpośredniego odniesienia do zasady solidarności⁷².

W tym kontekście wypada powrócić do komunikatu Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie zwiększenia solidarności wewnątrz UE w dziedzinie azylu⁷³. Traktował on solidarność jako „jedn[ą] z wartości podstawowych Unii Europejskiej, która stanowi też wiodącą zasadę wspólnej europejskiej polityki azylowej od chwili jej wprowadzenia w 1999 r.”, ale mocno akcentował także potrzebę „przekucia idei solidarności w konkretne działania wy wpływ[a]jące z praktycznej rzeczywistości, gdyż systemy azylowe państw członkowskich są ze sobą powiązane”⁷⁴. Przede wszystkim idzie o powiązanie solidarności z odpowiedzialnością: „państwa członkowskie muszą dopilnować, aby ich systemy były zgodne ze standardami sformułowanymi w prawie międzynarodowym i europejskim”⁷⁵.

Warto zwrócić uwagę, jak na zarzuty zareagowały państwa wyszehradzkie, krytykowane przez inne państwa członkowskie za brak solidarności w kryzysie migracyjnym. Odpowiedzieli wyraźnym odniesieniem do polityki energetycznej i skrytykowali – z ich punktu widzenia – brak solidarności Europy dla projektu gazuociągu Nord Stream 2, nawet jako zdradę wewnątrz UE⁷⁶. W ten sposób objawia się rozbieżność – kolejny znak, że solidarność oznacza coś innego dla Europy Środkowo-Wschodniej niż dla Europy Zachodniej. Takich uproszczeń należy teraz unikać. Ta kluczowa koncepcja integracji europejskiej może być bardzo łatwo zinstrumentalizowana⁷⁷. Perspektywy krótkoterminowych zysków mogą łatwo naginać, a nawet zaburzać rachunki średnio- lub długoterminowe. W ten sposób solidarność – ubezpieczenie od ryzyka na przyszłość – może być zagrożona. Pokazuje to wartość

⁷¹ *Ibidem*, § 180; por. § 134ff.

⁷² *Ibidem*, § 180-181.

⁷³ KOM(2011) 835 wersja ostateczna.

⁷⁴ Jak podkreślono w komunikacie: „Przeciążony lub źle działający system jednego państwa członkowskiego wywiera wyraźny wpływ na wszystkie pozostałe, w tym poprzez wtórne przepływy”.

⁷⁵ *Ibidem*: „Wymóg zachowania porządku na własnym terytorium, tak żeby nie szkodzić innym państwom członkowskim, to kluczowy aspekt solidarności. Należy go dalej wzmacniać, aby stworzyć warunki wzajemnego zaufania, umożliwiające dalsze rozwijanie wzajemnej pomocy. Zwiększenie zaufania ma kluczowe znaczenie dla umocnienia solidarności. Realizacja zasady solidarności wymaga rzeczywistego zaangażowania ze strony państw członkowskich. Trudna sytuacja gospodarcza Unii Europejskiej i należących do niej państw sprawia, że jest to jeszcze większym wyzwaniem. UE stworzyła już pewne instrumenty solidarności, które stanowią solidne podstawy. Każdy z nich można usprawnić, można też dodać nowe komponenty, tworząc elastyczny zestaw narzędzi, pozwalający zaspokajać różne potrzeby w zakresie solidarności”.

⁷⁶ M. Knodt, A. Tews, *European Solidarity and Its Limits: Insights from Current Political Challenges*, [w:] A. Grimm, S. My Giang (eds.), *Solidarity in the European Union: A Fundamental Value in Crisis*, Springer, Berlin 2017, s. 61; K.-O. Lang, *Rückzug aus der Solidarität? Die Visegrád-Länder und ihre Reserviertheit in der Flüchtlingspolitik*, „Stiftung Wissenschaft und Politik-Aktuell” Oktober 2015, Nr. 84, s. 3.

⁷⁷ M. Stolleis, *Wer Solidarität sagt, will etwas haben, Rechtsgeschichte*, „Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte” 2004, no. 5, s. 52. Por. P. Hilpold, *Solidarität im EU-Recht...*, s. 379.

i potrzebę zaufania w przyszłą wzajemność między państwami członkowskimi jako warunku solidarności⁷⁸.

Nawiązując do takiego podejścia, rzecznik generalna Sharpston w cytowanej wyżej opinii zauważyła z mocą: „Przestrzeganie «zasad gry» i odgrywanie swojej właściwej roli solidarnie z pozostałymi współ-Europejczykami nie może opierać się na skrupulatnej analizie kosztów i korzyści zgodnie z formułą (znaną niestety z retoryki zwolenników Brexitu) «Ile dokładnie Unia Europejska mnie kosztuje tygodniowo i jaką dokładnie ja osobiście odnoszę z niej korzyść?». Taka koncentracja na sobie jest zdradą wizji ojców założycieli, wizji prosperującego kontynentu żyjącego w pokoju. Jest to przeciwieństwo lojalności państwa członkowskiego i bycia godnym, jako jednostka, wspólnego europejskiego obywatelstwa. Jeśli europejski projekt ma odnieść sukces i się rozwijać, wszyscy musimy się bardziej postarać”⁷⁹. Trudno znaleźć bardziej dosadne i przekonujące uzasadnienie.

6. Uwagi końcowe

Tytułem podsumowania należy zauważyć, że pomimo eksponowanego stanowiska solidarności państwa członkowskie nie wdrożyły spójnej i solidarnej polityki. W obliczu kryzysów i wyzwań jako oczywisty jawi się postulat rozwijania solidarności w sposób wyrażający wsparcie i pomoc ze strony Unii, a jednocześnie danie wyraźnego sygnału, że jest to nie tylko fundamentalna wartość porządku prawnego UE, ale także nieodłączny element tożsamości europejskiej⁸⁰. Tym samym ten motor integracji może być nie tylko zasadniczym wzorcem regulacyjnym, ale dodatkowo naturalnym pomocniczym uzasadnieniem także tam, gdzie wprost nie zawarto odwołań do solidarności. W każdym przypadku solidarność może stanowić wyraźny sygnał akcentujący wspólne, spójne podejście w ramach Unii Europejskiej.

⁷⁸ B. Krzan, *Solidarität...*, s. 763.

⁷⁹ Opinia Rzecznika Generalnego Eleanor Sharpston, § 254.

⁸⁰ J. Czuczai, *The Principle of Solidarity in the EU Legal Order – Some Practical Examples after Lisbon*, [w:] J. Czuczai, F. Naert (eds.), *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Brill, Leiden 2017, s. 163.

O pierwszeństwie prawa Unii Europejskiej w orzecznictwie najwyższych francuskich sądów: nowe idee czy stare dylematy?

Księga jubileuszowa jest długo wyczekiwaną sposobnością, by wyrazić uznanie dla dokonań naukowych Pana Profesora Krzysztofa Wójtowicza. Wspólne zainteresowania badawcze dotyczące rozwiązań prawnych o charakterze integracyjnym w V Republice Francuskiej stanowią okazję, by na kilku stronach podziękować Panu Profesorowi za cenne rady, inspiracje oraz wsparcie, jakich doświadczam nieustannie w mojej pracy naukowej.

1. Rozpoczynając swoją monografię poświęconą sądom konstytucyjnym wobec prawa Unii Europejskiej, Profesor Krzysztof Wójtowicz nawiązał do doświadczeń pierwszych lat V Republiki Francuskiej. Napisał, że „Najbardziej dosadna krytyka francuskiej praktyki ustrojowej w pierwszych latach funkcjonowania V Republiki została zawarta w lapidarnym tytule książki François Mitteranda – *Le Coup d’État permanent* (1964). Nieodparcie rodzi się pokusa, by opisując relacje między prawem Unii Europejskiej i prawem konstytucyjnym państw członkowskich, użyć równie mocnego określenia – permanentna sytuacja kolizyjna. Podstawową przyczyną tego stanu rzeczy jest powierzenie Unii Europejskiej kompetencji do stanowienia norm prawnych obowiązujących bezpośrednio w porządkach prawnych państw członkowskich. [...] W państwach członkowskich Unii Europejskiej aktem prawnym zajmującym najwyższe miejsce w systemie źródeł prawa jest z reguły konstytucja. To ona najpełniej wyraża wolę suwerennego narodu, definiując zasady ustrojowe państwa i gwarantuje obywatelowi określone prawa podstawowe. Ta szczególna treść konstytucji implikuje najwyższą moc prawną zawartych w niej norm, a w konsekwencji zakazuje stanowienia i stosowania norm z konstytucją sprzecznych”¹.

Słowa te wyrażają zasadę powszechnie znaną, która wyznacza kierunek rozstrzygnięć sądów krajowych mierzących się z kolizją pomiędzy normami o najwyższej mocy w wewnętrznym porządku prawnym a normami prawa unijnego. I chociaż mogłoby się wydawać, że problem ten został już przez sądy przeanalizowany i ugruntowany, wciąż pojawiają się nowe przypadki i przykłady kładące na szali z jednej

* Dr hab. Katarzyna Kubuj, Instytut Nauk Prawnych PAN, ORCID: 0000-0003-3689-4520.

¹ *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012, s. 5.

strony racje przepisów krajowych, z drugiej zaś zewnętrznych unormowań. W ostatnim czasie problem ten wybrzmiał przy okazji rozstrzygnięcia polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2021 r., K 3/21, który na wniosek Prezesa Rady Ministrów orzekł o niezgodności niektórych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją RP. W sposób wyraźny i stanowczy Trybunał podkreślił nadrzędność konstytucji w hierarchii źródeł prawa także wobec przepisów traktatowych, bowiem – tak jak każda ratyfikowana umowa międzynarodowa i jak każda część polskiego systemu prawnego – traktat musi być zgodny z konstytucją. W ustnym uzasadnieniu do wyroku odwołano się do orzecznictwa trybunałów i sądów konstytucyjnych wielu państw członkowskich UE. Wskazano, że sądy te wielokrotnie stwierdzały, iż niektóre przejawy działania instytucji Unii Europejskiej, w szczególności Trybunału Sprawiedliwości UE, mają charakter *ultra vires*, tzn. przekraczają kompetencje przyznane tym instytucjom w traktatach. Wspomniano, że orzeczenia takie zapadały m.in. we Francji, w Danii, we Włoszech, w Czechach, w Hiszpanii czy w Rumunii, a najbardziej ugruntowaną linię orzeczniczą w tym zakresie kontynuuje od lat 70. XX w. niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny².

Nie wchodząc w polemikę z polskim Trybunałem Konstytucyjnym, nie da się zaprzeczyć, że państwa członkowskie wielokrotnie stawały przed dylematem, jak dostosować wymogi prawa UE (a wcześniej Wspólnot Europejskich) do rozwiązań konstytucji krajowych. Na tym tle rozpatrywano m.in. tak istotne kwestie, jak dotyczące suwerenności państwa, tożsamości konstytucyjnej czy ochrony praw podstawowych. Przy użyciu różnych metod problemy te rozstrzygały francuskie sądy, a zwłaszcza Rada Konstytucyjna oraz Rada Stanu.

Nie ma potrzeby dokonywania szczegółowej prezentacji orzecznictwa wspomnianych sądów, bowiem zagadnienie to znalazło miejsce także w polskiej doktrynie prawa³. Ograniczę się zatem do najważniejszych kwestii, które dostrzegał

² Wyrok TK z 7 października 2021 r., K 3/21, Dz. U. z 2021 r. poz. 1852. Podkreślenia wymaga, że z powodu braku pisemnego uzasadnienia do wyroku przedstawiona konstatacja TK opiera się na uzasadnieniu ustnym oraz komunikacie po wyroku zamieszczonym na stronie TK: <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/11664-ocena-zgodnosc-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> oraz na stronie Ministerstwa Spraw Zagranicznych: <https://www.gov.pl/web/ue/komunikat-msz-ws-wyroku-trybunalu-konstytucyjnego> [dostęp 2.09.2022].

³ Tytułem przykładu zob. D.E. Harasimiuk, *Tożsamość narodowa i konstytucyjna V Republiki Francuskiej*, [w:] A. Wróbel, M. Ziółkowski (red.), *Tożsamość konstytucyjna w wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 47; I. Kawka, *Problem pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w orzecznictwie francuskiej Rady Konstytucyjnej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 259; K. Kubuj, *Implementacja prawa wspólnotowego na tle doświadczeń Francji*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006; eadem, *Europeizacja konstytucji w świetle zmian Konstytucji V Republiki Francuskiej*, [w:] K. Kubuj, J. Wawrzyniak (red.), *Europeizacja konstytucji państw członkowskich Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 87; R. Puchta, *Rada Stanu jako organ sądowej ochrony konstytucji we Francji*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2019; K. Wojtyczek, *Europeizacja Konstytucji V Republiki Francuskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 6, s. 139; opracowania K. Wójtowicza, do których będę się odwoływać

w swoich publikacjach Szanowny Jubilat, by zobaczyć, na ile spójne są z nimi poglądy wyrażone w najnowszych rozstrzygnięciach Rady Stanu.

2. Charakterystyczne dla francuskiej myśli prawniczej ukształtowanej w doktrynie oraz orzecznictwie jest założenie, że konstytucja jest podstawową normą wewnętrznego porządku prawnego, a jako wyraz woli narodu⁴ ma logiczne pierwszeństwo przed traktatami, będącymi wyrazem woli państw. U podstaw tego poglądu leży przekonanie, że konstytucja jest pojmowana jako „źródło norm”; z tego względu zawiera warunki i tryb implementacji prawa zewnętrznego do prawnego porządku wewnętrznego; konstytucja nie może zatem być podporządkowana normom, których implementację warunkuje. Jak zauważa Ferdinand Mélin-Soucramanien, „w tym tkwi całe piękno i jednocześnie cała trudność tego problemu, gdyż musimy przyznać, iż działają jednocześnie dwie koncepcje pierwszeństwa”⁵.

W prawie francuskim koncepcja pierwszeństwa konstytucji wobec prawa międzynarodowego jest wywodzona z dwóch podstawowych przepisów. Po pierwsze, art. 54 konstytucji ukształtował zasadę, w myśl której konsekwencją uznania niezgodności norm traktatowych z ustawą zasadniczą, badanych przez Radę Konstytucji w trybie kontroli prewencyjnej, jest uwarunkowanie ich ratyfikacji lub zatwierdzenia od uprzedniej zmiany konstytucji. Po drugie, z art. 55 konstytucji wynika *expressis verbis*, że traktaty lub umowy należycie ratyfikowane bądź zatwierdzone zyskują z chwilą ich ogłoszenia moc wyższą wyłącznie wobec ustaw. Istotne znaczenie dla wzajemnych relacji pomiędzy krajowym i międzynarodowym porządkiem prawnym mają też unormowania Preambuły do Konstytucji z 1946 r., stanowiącej integralną część francuskiej konstytucji: ust. 14 Preambuły wyraża zasadę *pacta sunt servanda*, a jej ust. 15 uznaje możliwość wyrażenia zgody na ograniczenie suwerenności niezbędne do konstruowania i obrony pokoju.

Proces szczególnego podchodzenia do obowiązywania w państwie prawa unijnego rozpoczął się w 1992 r., gdy wprowadzono do konstytucji nowy rozdział XIV zatytułowany „O Wspólnotach Europejskich i o Unii Europejskiej” (obecnie

w dalszej części. Celowo zwracam w tym miejscu uwagę na polskie opracowania. Znajdują się w nich bowiem odesłania do bogatego piśmiennictwa francuskiej doktryny.

⁴ Na marginesie warto wspomnieć, że przekonanie o najwyższej mocy konstytucji jako wyrazu woli narodu jest w doktrynie francuskiej koncepcją stosunkowo nową, bowiem w okresie poprzedzającym V Republikę, na mocy wciąż obowiązującej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r., szczególnie miejsce w systemie źródeł prawa zajmowała ustawa jako wyraz woli powszechnej (art. VI). Nie negowano najwyższego miejsca konstytucji, ale jej moc oceniano raczej w kategoriach politycznych niż prawnych. Do zmiany podejścia do konstytucji w hierarchii źródeł prawa przyczyniły się dwa zasadnicze czynniki, po pierwsze, orzecznictwo Rady Konstytucyjnej – czyli nowego we Francji organu kontroli konstytucyjności prawa; po drugie – rosnący wpływ prawa międzynarodowego oraz nieustannie pogłębiająca się integracja w ramach Wspólnot Europejskich/Unii Europejskiej.

⁵ F. Mélin-Soucramanien, *Konstytucyjne gwarancje stosowania prawa międzynarodowego i wspólnotowego we Francji*, [w:] M. Granat (red.), *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2007, s. 45.

rozdział XV „O Unii Europejskiej”). Regulacja ta była odpowiedzią na decyzję Rady Konstytucyjnej stwierdzającej niezgodność traktatu z Maastricht z konstytucją (92-308 DC). Zawarto w niej bezpośrednie odwołanie do tego traktatu oraz unormowania, których celem było wyeliminowanie jego sprzeczności z konstytucją dostrzeżonych przez Radę Konstytucyjną. W kolejnych latach unikano umieszczenia w tekście konstytucji generalnej klauzuli integracyjnej. Poprzestano na wpisywaniu do tekstu ustawy zasadniczej odniesień do traktatów reformujących Unię Europejską: w 1999 r. traktatu z Amsterdamu, w 2005 r. Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy (zmiana ta nie weszła w życie na skutek fiaska ratyfikacji traktatu), a w 2008 r. traktatu z Lizbony (art. 88-1 konstytucji).

Zgodnie z powyższymi postanowieniami uczestnictwo Francji w strukturach europejskich zyskało walor konstytucyjny. Konstytucyjną specyfikę integracji europejskiej zaakcentowano, wskazując zwłaszcza, że ani Wspólnoty, ani Unia nie godzą w suwerenność państw. Państwa członkowskie zachowują swą wolność, wspólnie wykonują pewne swe kompetencje, a przy tym swobodnie mogą podejmować inne zobowiązania (art. 88-1 konstytucji). Regulacja ta była początkowo traktowana jak deklaracja o charakterze politycznym. Zyskała znaczenie na początku XXI w., do czego przyczyniła się najpierw Rada Konstytucyjna, a następnie Rada Stanu.

3. W pierwszych orzeczeniach badających zgodność traktatów europejskich z konstytucją Rada Konstytucyjna niechętnie odnosiła się do odrębności wspólnotowego porządku prawnego. Wyrażała przywiązanie do tezy o niespecyficznym charakterze Wspólnot Europejskich oraz o konieczności przestrzegania przez strony umów międzynarodowych zasady wzajemności (*réciprocité*).

Ważne miejsce dla oceny pierwszeństwa prawa unijnego miała decyzja Rady w sprawie Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy (nr 2004-505 DC), a następnie nawiązująca do przyjętych w niej ustaleń decyzja w sprawie traktatu z Lizbony (nr 2007-560 DC). Traktat konstytucyjny usankcjonował bowiem fundamentalną zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego (art. I-6), w czym dostrzegano zasadniczy powód jego niekonstytucyjności⁶. Mimo to Rada Konstytucyjna zajęła odmienne stanowisko. W decyzji z 2004 r. dostrzegła, że Unia Europejska została ustanowiona na mocy traktatu zgodną wolą stron, a państwa członkowskie przyznały jej kompetencje do osiągania ich wspólnych celów. Ponadto Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich, nierozzerwalnie związaną z ich podstawowymi strukturami politycznymi i konstytucyjnymi. Zdaniem Rady deklaracje te w powiązaniu z innymi przepisami traktatu sprawiają, że traktat nie zmienia ani istoty Unii Europejskiej, ani zasady pierwszeństwa, jaka na przestrzeni kilkudziesięciu lat została sformułowana i była konsekwentnie rozwijana przez Trybunał Sprawiedliwości UE. Wprowadzenie w 1992 r. specjalnych uregulowań konstytucyjnych związanych z członkostwem w Unii

⁶ Traktat nie wszedł w życie m.in. ze względu na odrzucenie w referendum we Francji zgody na jego ratyfikację.

Europejskiej, a zwłaszcza wspomnianego art. 88-1, pozwoliło Radzie na uznanie, że ustawodawca usankcjonował istnienie unijnego porządku prawnego zintegrowanego z wewnętrznym porządkiem prawnym i różnym od międzynarodowego. Nawiązując do tych konkluzji, w 2007 r. – choć traktat z Lizbony nie odnosił się wprost do zasady pierwszeństwa – Rada potwierdziła, że w wewnętrznym porządku prawnym najwyższa moc prawna należy do konstytucji. Uznała jednocześnie, że normy konstytucyjne pozwalają Francji na uczestniczenie w tworzeniu i rozwoju stałej organizacji europejskiej, posiadającej osobowość prawną i wyposażonej w uprawnienia decyzyjne w efekcie przekazania kompetencji przez państwa członkowskie (pkt 8 decyzji). Podkreśliła jednak, że ratyfikacja każdej umowy międzynarodowej, która podważałaby prawa i wolności konstytucyjnie gwarantowane bądź naruszałaby podstawowe zasady wykonywania suwerenności narodowej, wymaga uprzedniej zmiany ustawy zasadniczej (pkt 9 decyzji)⁷.

4. Kolejną sferą, w której kształtowały się relacje pomiędzy konstytucją a prawem unijnym, było wyznaczenie przez Radę Konstytucyjną granic ingerencji tego prawa w porządek konstytucyjny. Krzysztof Wójtowicz określił ten proces mianem „testu konstytucyjności” zobowiązań międzynarodowych⁸, który przebiegał przy okazji oceny traktatów, a następnie w trakcie kontroli ustaw transponujących dyrektywy wspólnotowe.

Począwszy od traktatu z Maastricht, kluczowym elementem kontroli konstytucyjności aktów prawa pierwotnego stała się ocena, czy przepisy traktatowe dadzą się pogodzić z „podstawowymi warunkami wykonywania suwerenności narodowej” (*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*). Określenie dotyczące zasad wykonywania suwerenności pojawiało się we wcześniejszych decyzjach Rady dotyczących zobowiązań międzynarodowych, ale nie zostało w nich zdefiniowane⁹; nigdy wcześniej nie stało się też podstawą orzeczenia o niekonstytucyjności. Z interpretacji Rady zdawało się wynikać, że pod tym sformułowaniem rozumie się zobowiązania niezgodne z obowiązkiem państwa do zapewnienia poszanowania

⁷ Zob. O. Gohin, *Conseil constitutionnel et Traité de Lisbonne: vite, clair et bien*, „La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales” 14.01.2008, no. 3; K. Kubuj, *Decyzja francuskiej Rady Konstytucyjnej w sprawie Traktatu z Lizbony w świetle wcześniejszych orzeczeń dotyczących integracji europejskiej*, „Studia Prawnicze KUL” 2011, nr 2(46) s. 49 wraz cyt. tam literaturą; E. Popławska, *Orzeczenie francuskiej Rady Konstytucyjnej w sprawie Traktatu z Lizbony*, „Prawo i Polityka” 2010, nr 1(2), s. 50.

⁸ K. Wójtowicz, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, [w:] E. Popławska (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000, s. 163. Cytowany wcześniej F. Mélin-Soucramanien mówi w tym kontekście o „warunku konstytucyjności” – *idem*, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 49.

⁹ Szerzej na ten temat zob. F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, „Revue du droit public” 1991, s. 1500; K. Kubuj, *Implementacja...*, s. 106-113. Warto zwrócić uwagę, że w początkowym okresie działalności Rada Konstytucyjna oscylowała pomiędzy koncepcją o ograniczeniu suwerenności lub jej przekazaniu. Jak wskazuje K. Wójtowicz, w doktrynie podejście to było mocno krytykowane, „by nie powiedzieć wysmiane”, bowiem ograniczenie suwerenności nie jest niczym innym niż wynikiem przekazania jej części na rzecz innego podmiotu – K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne...*, s. 110-111.

instytucji republiki, respektowania ciągłości narodowej oraz zagwarantowania praw i wolności obywateli¹⁰. Krzysztof Wójtowicz zauważa, że w przypadku kontroli traktatów Rada Konstytucyjna, w odróżnieniu od innych europejskich sądów konstytucyjnych, nie wyodrębniła nienaruszalnego „jądra suwerenności” i stosuje wskazane kryterium w sposób przypominający weto zawieszające. W razie stwierdzenia sprzeczności traktatu z konstytucją suwerenny naród, bezpośrednio w referendum lub za pośrednictwem ciała przedstawicielskiego, może drogą częściowych zmian ustawy zasadniczej przekazać Unii Europejskiej pełnię atrybutów suwerenności¹¹.

Istotny etap dla oceny relacji pomiędzy krajowym i unijnym porządkiem prawnym wyznaczyły decyzje w sprawie ustaw transponujących bezwarunkowe i precyzyjne dyrektywy wspólnotowe. Rada Konstytucyjna w 2004 r. po raz pierwszy w sposób wyraźny uznała transpozycję dyrektywy wspólnotowej do prawa krajowego za wymóg konstytucyjny (*exigence constitutionnelle*) znajdujący wyraźne podstawy w art. 88-1 konstytucji. Konstytucyjny wymóg transpozycji nie zyskał jednak charakteru absolutnego, bowiem został przez Radę poddany ograniczeniom, jakie miały stanowić „wyraźne przeciwne przepisy konstytucji” (*dispositions expresses contraire de la Constitution*). Tak sformułowany warunek konstytucyjności nie został przez Radę zdefiniowany i wywołał spory zamęt terminologiczny¹². W 2006 r. Rada Konstytucyjna zastąpiła formułę *dispositions expresses* sformułowaniem *identité constitutionnelle* („tożsamość konstytucyjna”; decyzja nr 2006-540 DC). Stwierdziła bowiem, że transpozycja dyrektywy do prawa krajowego nie może naruszyć „reguły lub zasady nierozłącznie związanej z tożsamością konstytucyjną Francji, chyba że ustrojodawca wyrazi na to zgodę” (*un principe ou une règle inhérente à l'identité constitutionnelle de la France*). Używając pojęcia „tożsamość konstytucyjna”, Rada nawiązała do wypowiedzi innych europejskich sądów konstytucyjnych rozstrzygających kolizje pomiędzy normami prawa UE i prawa krajowego¹³. Nie wykluczyło to jednak dylematów dotyczących definicji „tożsamości konstytucyjnej” i narzuciło na sądy¹⁴

¹⁰ Orzeczenie nr 85-188 DC w sprawie zgodności z konstytucją Protokołu dodatkowego nr 6 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zob. K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne...*, s. 111.

¹¹ *Ibidem*, s. 111-112.

¹² Decyzje Rady Konstytucyjnej: z 10 czerwca 2004 r., nr 2004-496 DC; z 1 lipca 2004 r., nr 2004-497 DC oraz decyzje z 29 lipca 2004 r., nr 2004-498 DC i nr 2004-499 DC, wszystkie decyzje dostępne na stronie www.conseil-constitutionnel.fr. Decyzje te były szeroko komentowane w doktrynie. Zob. K. Wójtowicz, *Glosa do orzeczenia francuskiej Rady Konstytucyjnej z dnia 10 czerwca 2004 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1, s. 158 i n.; *idem*, *Francuski model kontroli konstytucyjności prawa krajowego implementującego prawo wspólnotowe*, [w:] P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas (red.), *Prawa człowieka. Społeczeństwo obywatelskie. Państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 220 i n.; K. Kubuj, *Implementacja...*, s. 93-106 wraz z cyt. tam literaturą.

¹³ Zob. K. Wójtowicz, *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4, s. 17; A. Kustra, *Sądy konstytucyjne a ochrona tożsamości narodowej i konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 51; A. Wróbel, M. Ziółkowski (red.), *Tożsamość konstytucyjna...*

¹⁴ Zob. D.E. Harasimiuk, *Tożsamość narodowa...*, s. 68-72.

obowiązek dekodowania zasad i wartości, które przesądzają o istocie państwowości, stanowią swego rodzaju „jądro” (rdzeń) owej tożsamości¹⁵.

Na kanwie wspomnianych decyzji wyłania się wnioski, że może dochodzić do sytuacji, w której akt krajowy, będący konsekwencją bezwarunkowych i precyzyjnych postanowień aktu wspólnotowego (dyrektywy¹⁶), zawiera postanowienia naruszające zasady mieszczące się w granicach pojęcia tożsamość konstytucyjna Francji, w tym także prawa podstawowe gwarantowane konstytucyjnie. Do Rady Konstytucyjnej należy ocena, czy takie prawo chronione jest również w ramach porządku prawnego Unii/Wspólnot. W przypadku braku ekwiwalentnej ochrony – gdy akt implementujący naruszy zasadę mieszczącą się w pojęciu tożsamości konstytucyjnej Francji – kontrola konstytucyjności jest dokonywana przez właściwy organ francuski¹⁷.

5. Godzenie zasady nadrzędności konstytucji z zasadą przestrzegania/pierwszeństwa prawa unijnego stało się też przedmiotem orzecznictwa Rady Stanu. Do najważniejszych dla omawianej kwestii rozstrzygnięć należą bez wątpienia decyzje w sprawach: *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*¹⁸ z 8 lutego 2007 r. (zwana powszechnie *Arcelor*) oraz jedna z najnowszych – *French Data Network* z 21 kwietnia 2021 r. (zyskała już miano *Arcelor 2.0*)¹⁹. Pierwsza z nich dotyczyła skargi wobec dekretu implementującego wiernie dyrektywę wspólnotową. Rada Stanu, nawiązując do wniosków poczynionych przez Radę Konstytucyjną, potwierdziła, że obowiązek implementacji dyrektyw znajduje podstawy w art. 88-1 konstytucji. Stworzyła następnie model kontroli aktów podustawowych implementujących prawo wspólnotowe oparty na kryterium rodzaju zasady konstytucyjnej, którą taki akt wykonawczy może naruszać. Rada Stanu dopuszcza zatem sytuację, w której zasada konstytucyjna znajduje odpowiednik w prawie wspólnot i jest w nim skutecznie chroniona; wówczas sprzeczność implementującego aktu podustawowego (w ww. sprawie dekretu) z konstytucją oznacza, że sprzeczny z prawem wspólnot jest także akt podlegający implementacji. Jeśli sędzia krajowy nabierze wątpliwości co do zgodności dyrektywy z prawem wspólnotowym, może skierować pytanie prejudycjalne do TSUE. Stwierdzenie przez ten Trybunał naruszenia

¹⁵ W doktrynie prawa francuskiego wskazuje się różne cechy, mogące stanowić trzon tożsamości konstytucyjnej. Wymowne jest twierdzenie F. Mélin-Soucramani, który stworzył sześciopunktowy „dowód osobisty francuskiej konstytucyjności”: 1) Francja jest Republiką, 2) Francja jest państwem niepodzielnym i zdecentralizowanym, 3) Francja jest laicka, 4) Francja jest demokratyczna, 5) Francja jest państwem socjalnym, 6) Francja respektuje zasady równości i niedyskryminacji – *idem*, *Konstytucyjne gwarancje...*, s. 49.

¹⁶ W decyzji nr 2018-765 DC Rada zastosowała swoje dotychczasowe orzecznictwo w sprawie aktów krajowych transponujących dyrektywę w sytuacji implementacji przez akty prawa krajowego rozporządzeń unijnych.

¹⁷ Zob. K. Wójtowicz, *Francuski model kontroli...*, s. 225-226 wraz z cytowaną tam literaturą.

¹⁸ CE Ass. 8.02.2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, n° 287110; tłumaczenie na język polski wraz z komentarzem zob. R. Puchta, *Decyzja Rady Stanu z dnia 8 lutego 2007 r. w sprawie badania konstytucyjności aktów wykonawczych implementujących dyrektywy europejskie (nr sprawy 287110)*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 5, s. 281-286.

¹⁹ CE Ass. 21.04.2021, *French Data Network*, n° 393099; <https://www.conseil-etat.fr/fr/ariane/web/CE/decision/2021-04-21/393099> [dostęp 6.07.2022].

prawa wspólnotowego przez akt prawa wtórnego powoduje unieważnienie aktu prawa krajowego wydanego w celu implementacji. Odmienna sytuacja ma miejsce wtedy, gdy w prawie wspólnotowym nie istnieje norma lub zasada odpowiadająca powołanej w skardze normie lub zasadzie konstytucyjnej, czyli brakuje wystarczającej ochrony porządku konstytucyjnego. Sąd dokonałby wówczas oceny konstytucyjności aktu wykonawczego, a to mogłoby w efekcie prowadzić do stwierdzenia niekonstytucyjności dyrektywy, którą akt ten implementuje. Stwierdzenie w tej sytuacji niekonstytucyjności aktu wykonawczego prowadziłoby zatem do naruszenia konstytucyjnego obowiązku prawidłowej implementacji dyrektywy. Do organów krajowych należałoby wówczas rozstrzygnięcie wyboru metody rozwiązania powstałego konfliktu, który mógłby nastąpić albo w drodze renegocjacji aktów prawa wspólnotowego, albo dostosowania prawa konstytucyjnego do wymogów wynikających z prawa UE²⁰.

W sprawie rozstrzygniętej w kwietniu 2021 r.²¹ Rada Stanu nie tylko wypowiedziała się na temat miejsca konstytucji w systemie źródeł prawa, ale ponadto musiała odpowiedzieć na oczekiwanie francuskiego rządu, który – po raz pierwszy od początku istnienia integracji europejskiej – zwrócił się do Rady Stanu o niestosowanie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Rada Stanu powtórzyła dotychczasowe stanowisko, że zgodność z prawem Unii jest obowiązkiem wynikającym zarówno z Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), jak i z art. 88-1 konstytucji. Jednocześnie, potwierdzając istnienie porządku prawnego Unii Europejskiej zintegrowanego z wewnętrznym porządkiem prawnym, na warunkach wymienionych w art. 88-1, Rada Stanu podkreśliła nadrzędne miejsce konstytucji w hierarchii źródeł prawa. Nawiązała także do wcześniejszych ustaleń dotyczących norm i wartości o szczególnym znaczeniu oraz ich ochrony w porządku krajowym oraz unijnym.

Pewne *novum* stanowi natomiast sposób argumentacji, w której zdecydowanie wyraźniej niż w sprawie *Arcelor* Rada Stanu zaakcentowała rolę sądów i kwestię podziału kompetencji między nimi. Stwierdziła bowiem, że na mocy zasad pierwszeństwa, jednności i skuteczności wynikających z traktatów, zgodnie z wykładnią Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, sędzia krajowy, który jest odpowiedzialny za stosowanie przepisów i zasad ogólnych prawa Unii, jest zobowiązany zapewnić ich pełną skuteczność, pozostawiając w razie potrzeby bez zastosowania wszelkie przepisy przeciwne, niezależnie od tego, czy wynikają one z międzynarodowego zobowiązania Francji, ustawy czy aktu administracyjnego.

²⁰ Zwracano uwagę, że przyjęty przez Radę Stanu model ochrony szczególnych norm (zasad, praw) konstytucyjnych, podobnie jak w decyzjach Rady Konstytucyjnej, nie jest pozbawiony wad. Nie zawiera choćby wskazówek co do kryteriów, jakimi powinien posługiwać się sąd administracyjny przy rozstrzyganiu, czy dana norma prawa wspólnotowego odpowiada normie o walorze konstytucyjnym. Wydaje się, że tego typu problemy muszą być rozwiązywane *a casu ad casum*, z uwzględnieniem orzecznictwa krajowego i europejskiego definiującego treść analizowanych norm oraz przy założeniu, że celem jest zapewnienie jak najbardziej efektywnej ochrony praw jednostki. Zob. R. Puchta, *Decyzja Rady Stanu...*, s. 283-284.

²¹ Skarżący operatorzy łączności elektronicznej kwestionowali przed Radą Stanu krajowy obowiązek do zatrzymywania przez okres jednego roku danych dotyczących połączeń w sposób ogólny i nieodróżnicowany w celu ścigania przestępstw.

Warto zwrócić uwagę, że z jednej strony Rada Stanu podkreśliła, iż do sędziego administracyjnego należy, w razie potrzeby, przyjęcie wykładni, jaką TSUE nadał obowiązkom wynikającym z prawa Unii. Chociaż dodała jednocześnie, że wykładnia ta powinna być najbardziej zgodna z wymogami konstytucyjnymi także innymi niż wynikające z art. 88-1 w zakresie, w jakim pozwalają na to sformułowania zawarte w wyrokach europejskiego Trybunału. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której zastosowanie dyrektywy lub rozporządzenia europejskiego, zgodnie z wykładnią TSUE, skutkowałoby pozbawieniem skutecznych gwarancji jednego z tych wymogów konstytucyjnych, który nie korzystałby w prawie Unii z równoważnej ochrony. Wówczas sędzia administracyjny, po zapoznaniu się z zarzutem, musi uchylić akt krajowy implementujący akt UE w ścisłym zakresie, w jakim wymaga tego poszanowanie konstytucji.

Z drugiej strony, Rada przedstawiła wyraźne stanowisko, że nie należy do sędziego administracyjnego czuwanie nad przestrzeganiem podziału kompetencji między Unią Europejską a państwami członkowskimi, czy to przez prawo wtórne UE, czy przez sam TSUE. Rada Stanu nie może zatem kontrolować zgodności orzeczeń TSUE z prawem UE. Nie jest w szczególności umocowana do tego, by pozbawiać takie orzeczenia mocy wiążącej, jak stanowi art. 91 regulaminu, na tej podstawie, że TSUE przekroczył swoje kompetencje, nadając zasadzie lub aktowi prawa UE zakres wykraczający poza zakres przewidziany w traktatach. Rada odrzuciła tym samym koncepcję rządu zmierzającą do przeprowadzenia przez sąd krajowy kontroli *ultra vires*, która występuje w różnych formach w krajowych orzecznictwach konstytucyjnych, a w sposób spektakularny zastosował ją niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 5 maja 2020 r.²²

Wyrok wydany przez Radę Stanu określono już mianem ryzykownego przedsięwzięcia, prawdziwej sztuki wysokich lotów²³. Formalnie unieważniając część aktów prawa krajowego i ministerialną odmowę ich uchylenia ze względu na niezgodność z prawem UE, Rada zwraca uwagę na konieczność dostosowania tego prawa do wymogów prawa unijnego wynikających nie tylko z aktów normatywnych, ale także z wykładni TSUE. Jednocześnie Rada stanowczo przypomina o granicach zasady pierwszeństwa i wyższości konstytucji w porządku krajowym. Znajduje przy tym praktyczne rozwiązanie, które pozwoliłoby prawodawcy utrzymać stanowiące przedmiot rozstrzygnięcia obowiązujące mechanizmy zatrzymywania danych i dostępu do nich bez konieczności jawnego lekceważenia prawa Unii²⁴.

²² Wyrok FTK z 5 maja 2020 r., 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915. FTK nie zastosował wykładni decyzji Rady EBC, dokonanej przez TSUE we wcześniejszym wyroku, stwierdził natomiast naruszenie przez Radę EBC zasady proporcjonalności, a także naruszenie zasady kompetencji powierzonych przez obie instytucje, tj. przez Radę EBC i TSUE, a ich akty zakwalifikował jako akty wydane z przekroczeniem kompetencji – tzw. akty *ultra vires*. Zob. M. Balczyk, *Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2020, nr 2 (27), s. 257 i n.

²³ B. Bertrand, *L'arrêt French Data Network du Conseil d'Etat: un dialogue des juges en trompe l'œil*, <https://blog.leclubdesjuristes.com/larret-french-data-network-du-conseil-detat-un-dialogue-des-juges-en-trompe-loeil/> [dostęp 6.07.2022].

²⁴ W sprawie stanowiącej przedmiot wskazanego rozstrzygnięcia Rady Stanu skarżący zakwestionowali w świetle orzecznictwa europejskiego obowiązek operatorów łączności elektronicznej do

6. Wspomniane przykłady dowodzą, że francuskie najwyższe sądy: konstytucyjny oraz administracyjny podążają trudną drogą eliminowania konfliktów pomiędzy dwoma niezależnymi porządkami prawnymi. Sądy utrzymują stanowisko o najwyższej mocy konstytucji w hierarchii źródeł prawa i z niej wywodzą obowiązek implementacji oraz stosowania prawa europejskiego. Na tej podstawie faworyzują ustaloną już ścieżkę zastrzeżenia konstytucyjności, które ma na celu przede wszystkim ochronę konstytucyjnej specyfiki krajowego porządku prawnego. Jak zauważa K. Wójtowicz, nie wydaje się, by jakikolwiek sąd konstytucyjny mógł zrezygnować z roli sądu „ostatniego słowa” w tym względzie²⁵. Praktyka orzecznicza francuskiej Rady Stanu pokazuje, że konstatacja ta znajduje uzasadnienie także dla innych najwyższych sądów krajowych.

Dążąc jednak do unikania otwartego konfliktu z Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej, francuskie najwyższe sądy starają się jednocześnie interpretować prawo UE oraz orzecznictwo unijne w sposób neutralizujący, tak aby było zgodne z wymogami konstytucyjnymi i by nie trzeba było stosować zastrzeżenia konstytucyjności w przypadku, gdy nie ma istotnej równoważności między blokiem konstytucyjności a blokiem traktatowym. Strategia ta charakteryzuje podejście francuskich sądów z tym zastrzeżeniem, że z czasem zmianom podlega metoda argumentacji, przybierająca niekiedy charakter wysoce zniuansowany. Ostatecznie, w sytuacji niebudzącej wątpliwości niemożności pogodzenia porządku unijnego ze specyfiką konstytucyjnych rozwiązań, pozostają dwa alternatywne rozwiązania: renegocjacja aktów prawa unijnego albo nowelizacja konstytucji dostosowująca do wymogów wynikających z prawa UE. A w tym ostatnim obszarze Konstytucja z 1958 r. przeszła wiele istotnych przeobrażeń.

zatrzymywania przez okres jednego roku danych dotyczących połączeń w sposób ogólny i niezróżnicowany w celu ścigania przestępstw. Trybunał Sprawiedliwości uznał ten sposób przechowywania danych za „szczególnie poważną” ingerencję w prywatność i ochronę danych osobowych i zanegował stosowanie przepisów krajowych przewidujących ogólny obowiązek zatrzymywania danych oraz dostęp, nawet bardzo warunkowy, organów publicznych do tych danych w przypadku przestępstw pospolitych (wyrok TSUE z 21 grudnia 2016 r., *Tele2 Sverige AB vs. Post-och telestyrelsen i Secretary of State for the Home Department vs. Tom Watson et autres*, sprawy połączone C-203/15 i C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970). Rada Stanu dokonała wyjątkowej interpretacji. Uznała bowiem – po raz pierwszy w swoim orzecznictwie – że „ochrona podstawowych interesów narodu, zapobieganie naruszeniom porządku publicznego [...], walki z terroryzmem i ścigania przestępstw stanowią cele o wartości konstytucyjnej” (pkt 9), które są wyraźnie związane z art. 12 Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1789 r. Jednakże zdaniem Rady Stanu takie wymogi konstytucyjne nie korzystają w prawie UE z ochrony równorzędnej do tej, którą gwarantuje konstytucja. Rada Stanu oparła to twierdzenie głównie na fakcie, że wskazane wymogi mają zastosowanie do dziedzin, które zgodnie z art. 4 ust. 2 TUE należą wyłącznie lub zasadniczo do kompetencji państw członkowskich. W sposób bezprecedensowy Rada Stanu potwierdziła w ten sposób wyjątkowość francuskiej normy konstytucyjnej. Jednocześnie uniknęła wyraźnego uznania konfliktu pomiędzy normami rangi konstytucyjnej a prawem UE, ponieważ przyjęła, idąc za wykładnią TSUE, że ogólne i niezróżnicowane przechowywanie danych jest na mocy prawa UE dozwolone, jeżeli ma na celu ochronę bezpieczeństwa narodowego. Cel ten sędzia uznał za realizowany w tym przypadku (w pkt 44 orzeczenia podkreślono walkę z terroryzmem, ryzyko szpiegostwa i ingerencji zagranicznej oraz działalność grup radykalnych i ekstremistycznych).

²⁵ K. Wójtowicz, *Sądy konstytucyjne...*, s. 159.

Zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru w Unii Europejskiej w kontekście zmiany warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych

1. Wstęp

Niniejszy artykuł został poświęcony zasadom pluralizmu mediów i swobody odbioru w Unii Europejskiej w kontekście koncesjonowania działalności nadawczej w Polsce. Inspiracją do podjęcia tematu stały się propozycje zmian polskiego prawa w zakresie warunków udzielania koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych. W dniu 11 sierpnia 2021 r. Sejm RP uchwalił ustawę o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389)¹ zwaną potocznie „lex TVN” (dalej: ustawa zmieniająca). Następnie 13 sierpnia 2021 r. ustawa została przekazana do Senatu, który na posiedzeniu w dniu 9 września 2021 r. rozpatrzył ustawę zmieniającą i podjął uchwałę o jej odrzuceniu. Powrót do prac nad ustawą zmieniającą miał nastąpić w bliżej nieokreślonym czasie. Niespodziewanie w piątek 17 grudnia 2021 r. ustawą zmieniającą zajęła się Sejmowa Komisja Kultury i Środków Przekazu, która zarekomendowała Sejmowi odrzucenie uchwały Senatu o odrzuceniu ww. nowelizacji. Tego samego dnia po południu Sejm uchwałę Senatu odrzucił, w konsekwencji czego uchwalił ustawę zmieniającą. Następnie nowelizacja trafiła do podpisu Prezydenta RP, który w dniu 27 grudnia 2022 r. zawetował ustawę zmieniającą². Celem artykułu jest analiza i ocena art. 1 pkt 3 ustawy zmieniającej dotyczącego warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych pod kątem zgodności tych przepisów z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z zasadą pluralizmu mediów i swobody odbioru, ale także w świetle fundamentalnych swobód gospodarczych UE. W artykule uwzględniono więc zarówno prawo pochodne UE dotyczące audiowizualnych usług medialnych, jak i prawo pierwotne UE odnoszące

* Dr hab. Sylvia Majkowska-Szulc, prof. Uniwersytetu Gdańskiego, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: 0000-0002-4257-7030.

¹ Ustawa o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk sejmowy nr 1389). Podstawę analizy stanowił tekst ustawy zmieniającej zawarty w druku senackim nr 482. Niniejszy artykuł nie dotyczy zmian zaproponowanych tego samego dnia w druku sejmowym nr 1340, a które to zmiany weszły w życie częściowo 1 listopada 2021 r. i w pozostałym zakresie 1 stycznia 2022 r.

² Weto nowelizacji ustawy o radiofonii i telewizji – pismo i wniosek, https://www.prezydent.pl/storage/file/core_files/2022/1/5/d1cf2aa1d06a4b0a2d2ef18d3f322dc4/Weto%20-%20ustawa%20o%20zm.%20ustawy%20o%20radiofonii%20i%20telewizji.pdf [dostęp 3.07.2022].

się do swobodnego przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości. Temat zasługuje na pogłębioną analizę na wypadek rozważania przez polskiego ustawodawcę przyjęcia regulacji opartej na dyskryminacji kapitału obcego w ramach działalności audiowizualnej.

2. Zakres i uzasadnienie ustawy zmieniającej

Ustawa zmieniająca proponowała modyfikację warunków przyznawania koncesji ze względu na strukturę kapitałową podmiotów, którym miała być udzielona koncesja, co skutkowałoby wpływem na dotychczasowe i przyszłe struktury kapitałowe spółek zarejestrowanych w innych państwach EOG niż Polska. Artykuł 35 ust. 2 ustawy o radiofonii wskazuje szczególne wymagania, które muszą spełnić spółki z udziałem osób zagranicznych, by uzyskać koncesję. Jednocześnie należy podkreślić, że przewidziane w art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji ograniczenia w zakresie struktur kapitałowych spółek-koncesjonariuszy aktualnie nie dotyczą podmiotów mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w EOG bez względu na to, czy są, czy też nie są zależne od osób zagranicznych mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie spoza EOG. Zmiana przewiduje zniesienie tego wyjątku³. W porównaniu do obowiązującego brzmienia proponowana zmiana wprowadzała warunek braku zależności osoby zagranicznej pochodzącej z EOG od osoby zagranicznej pochodzącej spoza EOG, przy czym wspomniany brak „zależności” miał być oceniany w świetle kryteriów przewidzianych w polskiej ustawie Kodeks spółek handlowych⁴ (dalej: k.s.h.). Ponadto przewidywane było dodanie ustępu 4 do art. 35 ustawy o radiofonii i telewizji⁵. Przepis ten stanowił *novum*. Ustawodawca deklarował w nim traktowanie podmiotów z EOG na równi z podmiotami polskimi, ale pod warunkiem, że na potrzeby uzyskania koncesji nie będą zależne, w rozumieniu k.s.h., od podmiotów pochodzących spoza EOG. Równość ta przejawiać się miała w fakcie, że ten sam wymóg stawia się spółkom pochodzącym z Polski⁶.

3. Koordynacja audiowizualnych usług medialnych w UE

Na szczeblu Unii Europejskiej audiowizualne usługi medialne są koordynowane mocą dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych

³ Art. 1 pkt 3 lit. b ustawy zmieniającej.

⁴ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz. U. z 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.

⁵ Art. 1 pkt 3 lit. c ustawy zmieniającej.

⁶ Szczegółowo na ten temat: S. Majkowska-Szulc, *Opinia nt. zgodności z prawem UE ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr 482)*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2021, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5990/plik/oe-355_ost.pdf [dostęp 10.10.2021].

i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (tzw. dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)⁷. Działalność w sektorze audiowizualnych usług medialnych należy do działalności regulowanej. Celem polityki regulacyjnej w tym obszarze jest zabezpieczenie określonych interesów publicznych, w tym zapewnienie pluralizmu mediów. Ponadto regulowanie działalności w sektorze audiowizualnych usług medialnych ma na celu zabezpieczenie takich interesów publicznych, jak różnorodność kulturowa, prawo do informacji, ochrona małoletnich i konsumentów oraz zwiększanie świadomości społecznej i umiejętności korzystania z mediów⁸. Nieustannie zwiększająca się ilość informacji i ich zasięg stanowią wyzwanie, które wymaga jednoznacznej i wielowymiarowej polityki publicznej w celu zachowania wysokiej jakości wiadomości i pluralizmu mediów jako dobra publicznego niezbędnego dla demokracji⁹. Dodatkowo celem dyrektywy jest uniknięcie zakłóceń konkurencji, zwiększenie pewności prawnej, wsparcie dokończenia budowy rynku wewnętrznego oraz uproszczenie tworzenia jednolitej przestrzeni informacyjnej¹⁰. W związku z tym państwa członkowskie uzgodniły, że należy umożliwić przedsiębiorstwom rozwój w warunkach regulowanych jedynie w niezbędnym stopniu¹¹.

Wobec powyższego przepisy ww. dyrektywy nie pozostają bez wpływu na systemy koncesjonowania obowiązujące w państwach członkowskich. Z jednej strony, ww. dyrektywa nie wpływa na odpowiedzialność państw członkowskich i ich organów w zakresie czynności organizacyjnych, w tym systemu koncesjonowania¹². Jest więc oczywiste, że za działania organów krajowych nie odpowiadają organy Unii Europejskiej, tylko władze danego państwa członkowskiego. Z drugiej zaś strony, państwa członkowskie zadeklarowały, że żaden przepis ww. dyrektywy nie powinien zobowiązywać ani zachęcać państw członkowskich do wprowadzania nowych systemów koncesjonowania lub zatwierdzania administracyjnego jakiegokolwiek rodzaju audiowizualnych usług medialnych¹³. Oznacza to, że nowe systemy koncesyjne nie powinny być przyjmowane przez państwa członkowskie, a zakres istniejących systemów koncesyjnych nie powinien być rozszerzany. Powyższe wynika z ustalonego wspólnie przez państwa członkowskie celu, jakim jest przejście od rynków krajowych do wspólnego rynku produkcji i dystrybucji programów przy jednoczesnym zagwarantowaniu warunków uczciwej konkurencji bez uszczerbku dla funkcji użyteczności publicznej pełnionej przez audiowizualne usługi medialne¹⁴.

⁷ Tekst mający znaczenie dla EOG, Dz. Urz. UE L 95 z 15.04.2010, s. 1-24.

⁸ Motyw 12 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

⁹ P.L. Parcu, *New Digital Threats to Media Pluralism in the Information Age*, "Competition & Regulation in Network Industries" 2020, vol. 21, no. 2, s. 91, 92, 99, EBSCOhost, doi:[10.1177/1783591719886101](https://doi.org/10.1177/1783591719886101) [dostęp 10.10.2021].

¹⁰ Motyw 11 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹¹ Motyw 14 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹² Motyw 19 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹³ Motyw 20 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

¹⁴ Motyw 2 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Tradycyjne systemy koncesyjne w znacznej mierze przestały spełniać swoje dotychczasowe funkcje w związku z rozwojem technologii. Generalnie koncesjonowanie oparte na zasadzie terytorializmu stanęło pod znakiem zapytania¹⁵. Faktem stała się postępująca konwergencja usług medialnych, która oznacza stopniowe łączenie się tradycyjnych usług nadawczych i Internetu. Stwarza to możliwości oglądania programów za pomocą odbiorników telewizyjnych z dostępem do Internetu oraz zapewnia dostęp do audiowizualnych usług medialnych za pomocą komputerów stacjonarnych, laptopów, tabletów i innych urządzeń przenośnych. Granice między znanym z XX w. linearnym modelem konsumpcji treści audiowizualnych za pomocą odbiorników telewizyjnych a usługami na żądanie dostarczanych do komputerów już się zatarły¹⁶. Internet ułatwia dostęp do informacji, co sprzyja wolności wypowiedzi i zwiększa pluralizm poglądów, ale jednocześnie pojawiają się nowe wyzwania związane ze sposobem docierania do informacji i ich oceniania. Z tych względów już w 2014 r. Rada podkreślała, że należy zwrócić szczególną uwagę na ewentualne negatywne skutki zarówno nadmiernej koncentracji własności w tym sektorze, jak i rosnącej pozycji selekcjonerów informacji¹⁷. Była to reakcja na pojawiające się w Europie zagrożenia dla pluralizmu mediów.

W 2010 r. Węgry przyjęły nową ustawę medialną, powszechnie uważaną za zagrażającą wolności mediów. Na jej podstawie utworzono organ kontroli mediów – Narodowy Urząd ds. Mediów i Telekomunikacji – składający się z członków wyznaczonych przez partię rządzącą w parlamencie. W pierwotnym brzmieniu ustawy, aby móc działać na Węgrzech, wszystkie organizacje medialne musiały zarejestrować się w ww. Urzędzie. Organ miał prawo nakładać grzywny w wysokości do 700 000 euro na przedsiębiorstwa medialne za „niezrównoważony zasięg wiadomości” (*imbalanced news coverage*) lub materiały, które uznał za obrażające „moralność publiczną”. Rażąco naruszenia mogły skutkować cofnięciem rejestracji. W wyniku zdecydowanej interwencji UE i Rady Europy ustawa węgierska została nieznacznie zmieniona, ale wiele zaleceń nie zostało wdrożonych¹⁸. Z kolei w 2011 r. w Wielkiej Brytanii wybuchła „afery hakierska”, która ujawniła niebezpieczeństwo koncentracji zbyt dużej władzy medialnej w zbyt małej liczbie rąk. Wydarzenia te spowodowały zmianę w podejściu Komisji Europejskiej do kwestii zaangażowania UE w regulację pluralizmu mediów¹⁹.

Wobec pojawienia się nowych technologii transmitowania audiowizualnych usług medialnych ramy regulacyjne dotyczące wykonywania działalności transmisyjnej powinny uwzględniać wpływ zmian strukturalnych, rozpowszechnienia

¹⁵ F. Cunningham, *Entertainment Licensing*, „Licensing Journal” 2019, vol. 39, no. 5, s. 16-17.

¹⁶ Por. Komisja Europejska, *Zielona Księga Przygotowanie do nadejścia w pełni zintegrowanych mediów audiowizualnych: wzrost gospodarczy, twórczość i wartości*, COM/2013/0231 final.

¹⁷ Konkluzje Rady i przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie w sprawie wolności i pluralizmu mediów w otoczeniu cyfrowym, Dz. Urz. UE C 32 z 4.02.2014 r., s. 6-7.

¹⁸ Human Rights Watch, *Hungary: Media Law Endangers Press Freedom, Problematic Legislation Part of Wider Concern About Country's Rights Record*, January 7, 2011.

¹⁹ E. Komorek, *The Problem Which Refuses to Go Away. Recent Developments in the EU Approach to Media Pluralism*, „Communications Law: Journal of Computer, Media & Telecommunications Law” 2014, vol. 19, no. 2, s. 40-42.

technologii informacyjno-komunikacyjnych (TIK) i rozwoju technologicznego na sposoby prowadzenia działalności gospodarczej, a w szczególności na finansowanie transmisji komercyjnych, oraz powinny zapewniać optymalne warunki konkurencyjności i pewność prawną w europejskich sektorach technologii informacyjnych i mediów, a także zapewniać poszanowanie różnorodności kulturowej i językowej²⁰. Z czasem rozszerzono zakres dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych o regulacje dotyczące platform udostępniania wideo, zwłaszcza w celu nałożenia pewnych obowiązków na dostawców takich platform²¹. Przykład platform udostępniania wideo potwierdza, że rozwój technologii spowodował zniknięcie pewnych istotnych powodów, dla których audiowizualne usługi medialne były objęte systemem koncesjonowania w konkretnym państwie. Ważne i pilne jest znalezienie odpowiednich narzędzi regulacyjnych, by zapewnić pluralistyczne i zróżnicowane rynki mediów w Europie w nowej rzeczywistości²².

4. Zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru

Wolność i pluralizm mediów są podstawowymi wartościami chronionymi przez Kartę praw podstawowych, więc znajdują swoje oparcie w prawie pierwotnym UE²³. Prawa te mają swój odpowiednik także w art. 10 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁴. Wolność i pluralizm mediów są jednym z filarów demokracji, bowiem media odgrywają ważną rolę w zapewnianiu przejrzystości i rozliczalności, a także mają wpływ na opinię publiczną oraz na udział obywateli w procesach decyzyjnych i ich wkład w te procesy²⁵. Wsparciu wolności i pluralizmu mediów służy także dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych. Z kolei pluralizm informacji powinien być, w ocenie państw członkowskich, podstawową zasadą Unii²⁶, a instrumenty przyjmowane przez państwa członkowskie powinny przyczyniać się do upowszechniania pluralizmu mediów²⁷. Kluczową rolę w egzekwowaniu przepisów ww. dyrektywy mają właściwe audiowizualne organy regulacyjne w państwach członkowskich, w tym Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji w Polsce.

²⁰ Motywy 4-5 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²¹ Komunikat Komisji, *Wytoczne w sprawie stosowania w praktyce kryterium zasadniczej funkcji w odniesieniu do definicji „usługi platformy udostępniania wideo” zgodnie z dyrektywą o audiowizualnych usługach medialnych*, C/2020/4322, Dz. Urz. UE C 223 z 7.07.2020 r., s. 3-9.

²² K. Rozgonyi, *Negotiating New Audiovisual Rules for Video Sharing Platforms: Proposals for a Responsive Governance Model of Speech Online*, „Revista Catalana de Dret Públic” 2020, no. 61, s. 83, EBSOhost, doi:10.2436/rcdp.i61.2020.3537 [dostęp 15.11.2021].

²³ Art. 11 ust. 2 Karty praw podstawowych.

²⁴ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

²⁵ Konkluzje Rady i przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie w sprawie wolności i pluralizmu mediów w otoczeniu cyfrowym, Dz. Urz. UE C 32 z 4.02.2014 r., s. 6-7.

²⁶ Motyw 34 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²⁷ Motyw 94 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Jednocześnie jedną z najważniejszych zasad, na których opiera się dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych, jest swoboda odbioru. Państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia na swoim terytorium swobody odbioru, przy jednoczesnym nieograniczaniu retransmisji audiowizualnych usług medialnych z innych państw członkowskich²⁸. Dyrektywa ustanawia zatem zasadę uznawania przez odbierające państwo członkowskie funkcji kontrolnych państwa pochodzenia wobec telewizyjnych programów nadawców telewizyjnych podlegających jego jurysdykcji. Kontrola stosowania prawa państwa członkowskiego pochodzenia mającego zastosowanie do programów telewizyjnych i kontrola przestrzegania postanowień dyrektywy należy wyłącznie do państwa członkowskiego, z którego programy pochodzą. Z tych względów państwo członkowskie będące odbiorcą nie jest uprawnione do sprawowania własnej kontroli pod względami wchodzącymi w zakres dziedzin koordynowanych przez dyrektywę²⁹. Jednakże co do zasady dyrektywa 2010/13 nie sprzeciwia się zastosowaniu przepisów krajowych, które w sposób ogólny mają na celu ochronę interesu ogólnego, nie ustanawiają jednak powtórnej kontroli programów telewizyjnych występującej obok kontroli będącej obowiązkiem państwa członkowskiego, z którego programy są nadawane³⁰. Ponadto za niezgodne z unijną swobodą odbioru uznane zostały klauzule bezwzględnej ochrony terytorialnej stosowane w umowach dystrybucyjnych³¹. Dodatkowo unijna zasada swobody odbioru zadecydowała o kierunkach rozwoju ochrony praw autorskich do utworu nadawanego w ramach rozpowszechniania telewizyjnego³². Zakres zastosowania tej zasady jest wieloaspektowy, a jej skuteczność wymaga współpracy między organami różnych państw. W przypadku gdy prawo krajowe przewiduje udzielanie koncesji i jeżeli sprawa dotyczy więcej niż jednego państwa członkowskiego, wskazane jest, by przed przyznaniem takiej koncesji właściwe organy nawiązały kontakt. Współpraca ta powinna obejmować wszystkie dziedziny, które podlegają koordynacji na mocy ww. dyrektywy³³.

²⁸ Art. 3 ust. 1 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

²⁹ Wyrok Trybunału (trzecia izba) z 22 września 2011 r., *Mesopotamia Broadcast A/S METV i Roj TV A/S p. Bundesrepublik Deutschland*, sprawy połączone C-244/10 i C-245/10, ECLI:EU:C:2011:607, pkt 35-36. Tezy aktualne, choć wyrok wydany na podstawie dyrektywy Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej, Dz. Urz. UE L 298, s. 23, zmienionej dyrektywą 97/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r., Dz. Urz. UE L 202, s. 60.

³⁰ Wyrok Trybunału (druga izba) z 4 lipca 2019 r., *Baltic Media Alliance Ltd. vs. Lietuvos radijo ir televizijos komisja*, C-622/17, ECLI:EU:C:2019:566, pkt 73.

³¹ Wyrok Sądu (piąta izba) z 12 grudnia 2018 r., *Groupe Canal+ p. Komisji Europejskiej*, T-873/16, ECLI:EU:T:2018:904. Na ten temat: S. Mavroghenis, F. Pedro, *The Canal+ Judgment: Your Favourite Domestic Channels, in Luxembourg (Take 2) – Absolute Territorial Protection*, "Journal of European Competition Law & Practice" 2019, vol. 10, no. 4, s. 228-231.

³² H. Ulianova, *Protection of Intellectual Property Rights in the Field of Television and the Internet. The Notion of Teleformat*, "Ius Humani" 2021, vol. 10, no. 1, s. 8, EBSCOhost, doi: [10.31207/ih.v9i2.264](https://doi.org/10.31207/ih.v9i2.264) [dostęp 10.10.2021].

³³ Motyw 95 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych określa dopuszczalne ograniczenia zasady swobody odbioru. Niezależnie od stosowania ogólnej zasady kraju pochodzenia, na której opiera się ww. dyrektywa, państwa członkowskie mogą podejmować działania, które ograniczają swobodę przepływu przekazów telewizyjnych, ale z zastrzeżeniem spełnienia warunków i w ramach procedury określonej w dyrektywie. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości wszelkie ograniczenia swobody świadczenia usług, w tym wszelkie odstępstwa od podstawowej zasady Traktatu, podlegają wykładni zawężającej³⁴. Dotyczy to także szczególnego rodzaju usług, jakimi są audiowizualne usługi medialne. Procedura wprowadzania ograniczeń swobody odbioru przewiduje obowiązkowy dialog z Komisją Europejską. Państwo członkowskie może tymczasowo ograniczyć swobodę odbioru, jeżeli audiowizualna usługa medialna świadczona przez dostawcę usług medialnych podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego stanowi jawne, poważne i groźne naruszenie art. 6 ust. 1 lit. a ww. dyrektywy, tj. nawoływanie do przemocy lub nienawiści wobec grupy osób lub członka grupy ze względów, o których mowa w art. 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Państwo może też tymczasowo ograniczyć swobodę odbioru, jeśli dochodzi do naruszenia art. 6a ust. 1, tj. ochrona małoletnich, lub szkodzi zdrowiu publicznemu, lub stwarza poważne i groźne ryzyko takiej szkody³⁵. Podobnie dopuszczalne jest ograniczenie swobody odbioru, jeżeli audiowizualna usługa medialna świadczona przez dostawcę usług medialnych podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego stanowi jawne, poważne i groźne naruszenie art. 6 ust. 1 lit. b lub przynosi uszczerbek bezpieczeństwu publicznemu, w tym bezpieczeństwu narodowemu i obronie narodowej, lub stwarza poważne i groźne ryzyko takiego uszczerbku³⁶. We wszystkich wskazanych sytuacjach Komisja Europejska ostatecznie postanawia o zgodności podjętych środków z prawem unijnym. W przypadku decyzji negatywnej państwo członkowskie zostaje zobowiązane do pilnego odstąpienia od środków, których to dotyczy³⁷. Dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych stwarza więc środki ochrony odbiorców przed nadawcami naruszającymi prawo.

5. Unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego w UE

Państwa członkowskie UE i Komisja mają obowiązek współpracy i wymiany informacji na temat inwestycji z państw trzecich, które mogą mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny w UE, w tym w Polsce. Bezpośrednie inwestycje

³⁴ Motyw 43 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁵ Art. 3 ust. 2 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁶ Art. 3 ust. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

³⁷ Art. 3 dyrektywy 2010/13/UE o audiowizualnych usługach medialnych.

zagraniczne wymienione zostały w nomenklaturze przepływu kapitału³⁸ i są one definiowane jako „wszelkiego rodzaju inwestycje dokonywane przez osoby fizyczne lub przedsiębiorstwa handlowe, przemysłowe bądź finansowe i które służą ustanowieniu lub utrzymaniu trwałych i bezpośrednich powiązań między osobą, która wniosła kapitał, a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępnia ona kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej”³⁹. Zakres podmiotowy swobodnego przepływu kapitału regulują postanowienia traktatowe, w myśl których zakazane są wszelkie ograniczenia w przepływie kapitału między państwami członkowskimi oraz między państwami członkowskimi a państwami trzecimi⁴⁰. Tym samym zasada swobodnego przepływu kapitału jest otwarta na podmioty pochodzące z państw trzecich.

Rozporządzenie ustanawiające unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych⁴¹ weszło w życie 10 kwietnia 2019 r., a przewidziany w nim mechanizm współpracy ma zastosowanie od 11 października 2020 r. Rozporządzenie 2019/452 uzupełnia ogólne ramy polityki inwestycyjnej UE poprzez zapewnienie, że otwartość UE na bezpośrednie inwestycje zagraniczne jest zrównoważona przez odpowiednie kontrole potencjalnych zagrożeń. Wskazuje ono czynniki, które mogą być brane pod uwagę przez państwa członkowskie lub Komisję przy ustalaniu, czy bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny. Państwa członkowskie i Komisja mogą uwzględniać ewentualny wpływ danej inwestycji między innymi na fizyczną lub wirtualną infrastrukturę krytyczną, w tym infrastrukturę związaną z mediami, a ponadto na wolność i pluralizm mediów⁴². Dodatkowo rozporządzenie 2019/452 wskazuje na trzy przykładowe sytuacje, które mogą być brane pod uwagę przez państwa członkowskie i Komisję przy badaniu wpływu inwestycji na bezpieczeństwo lub porządek publiczny. Po pierwsze, chodzi o to, czy dany inwestor zagraniczny jest bezpośrednio lub pośrednio kontrolowany przez rząd, w tym organy państwowe lub siły zbrojne, państwa trzeciego, również poprzez strukturę własnościową lub istotny poziom finansowania. Po drugie, mogą badać, czy dany inwestor zagraniczny był już zaangażowany w działania mające wpływ na bezpieczeństwo lub porządek publiczny w państwie członkowskim. W końcu mogą sprawdzać, czy istnieje poważne ryzyko udziału danego inwestora zagranicznego w niezgodnej z prawem lub przestępczej działalności⁴³.

³⁸ Dyrektywa Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz. Urz. UE L 178 z 8.07.1988 r., s. 5-18. Moc interpretacyjna nomenklatury zawartej w ww. dyrektywie: wyrok TS (pierwsza izba) z 21 maja 2015 r., *Finanzamt Ulm p. Ingeborg Wagner-Raith*, C-560/13, ECLI:EU:C:2015:347. Definicje pojęć z dyrektywy Rady z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 Traktatu, Dz. Urz. L 178 z 8.07.1988 r., s. 5-18.

³⁹ *Ibidem*, s. 5-18.

⁴⁰ Art. 63 ust. 1 TFUE.

⁴¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii, PE/72/2018/REV/1, Dz. Urz. UE L 79 I z 21.03.2019 r., s. 1-14.

⁴² Art. 4 ust. 1 lit. a i e rozporządzenia 2019/452.

⁴³ Art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2019/452.

Powyższe oznacza, że odpowiednie organy krajowe mają możliwość ograniczenia pluralizmu mediów lub swobody odbioru w zakresie przewidzianym przez unijne ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa lub porządku publicznego w UE. Tymczasem polski ustawodawca, proponując ustawę zmieniającą, założył, że każda bezpośrednia lub pośrednia zależność kapitałowa od podmiotów pochodzących z państw spoza EOG stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa, w związku z czym zaproponował automatyczne odmawianie udzielenia koncesji wszelkim podmiotom zależnym od podmiotów zagranicznych pochodzących spoza EOG. Jednocześnie wśród źródeł zagrożenia polski ustawodawca nie wskazał obiektywnych przesłanek, takich jak wymienione w rozporządzeniu, w tym na przykład kontrolowanie spółki nadawczej przez organy państwowe lub siły zbrojne państwa trzeciego. Polski ustawodawca przewidział badanie zależności od podmiotów zagranicznych w rozumieniu polskiego k.s.h., a nie w rozumieniu obiektywnych przesłanek. W konsekwencji polski ustawodawca, nie wskazując obiektywnych przesłanek uznania podmiotu za stanowiący zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego, dopuściłby się arbitralnego naruszenia prawa w zakresie stosowania wyjątków od zasady pluralizmu mediów i swobody odbioru. Ponadto przewidziane w ustawie zmieniającej ograniczenia inwestycyjne w zakresie uzyskania w Polsce koncesji na usługi medialne nie stanowiły skutecznego środka ochrony bezpieczeństwa państwa, a tym bardziej nie mogły wypełniać tego celu skuteczniej niż działające wspólnie właściwe organy państw członkowskich i Komisja Europejska. W tym sensie ustawa zmieniająca była bezcelowa.

6. Ocena ustawy zmieniającej pod kątem jej zgodności z prawem UE

Proponowana zmiana była rewolucyjna, jeśli chodzi o ocenę zdolności spółek pochodzących z UE, i szerzej z EOG, do uzyskania koncesji w Polsce. W tym kontekście pojawia się wiele wątpliwości dotyczących zgodności ustawy zmieniającej zarówno z prawem polskim, jak i unijnym. Przede wszystkim ustawa zmieniająca była niezgodna z Konstytucją RP oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z dnia 21 marca 1990 r.⁴⁴, choć ten aspekt nie był przedmiotem niniejszego artykułu. Powód ten był natomiast podawany jako główna przyczyna zawetowania ustawy zmieniającej przez Prezydenta RP. Ponadto ustawa zmieniająca była niezgodna z pierwotnym i wtórnym prawem UE, w tym ze swobodą przedsiębiorczości, swobodnym przepływem kapitału oraz

⁴⁴ Zespół Doradców ds. kontroli konstytucyjności prawa przy Marszałku Senatu Rzeczypospolitej Polskiej X kadencji, *Opinia prawna w przedmiocie zgodności ustawy uchwalonej przez Sejm RP 11 sierpnia 2021 r. o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji z Konstytucją RP z 1997 r. oraz Traktatem o stosunkach handlowych i gospodarczych między Rzeczypospolitą Polską a Stanami Zjednoczonymi Ameryki z 21 marca 1990 r.* (druk senacki nr 482), Kancelaria Senatu RP, Warszawa, 25.08.2021, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5989/plik/ekspertyza_zespolu_doradcow-lex_tvn.pdf [dostęp 10.10.2021].

z zasadą pluralizmu mediów i swobody odbioru. Dodatkowo ustawa zmieniająca naruszała obowiązujące na szczeblu UE procedury przewidziane na wypadek zagrożenia bezpieczeństwa publicznego ze strony bezpośrednich inwestycji zagranicznych.

Jeśli chodzi o unijną swobodę przedsiębiorczości, to zakazuje ona każdej dyskryminacji ze względu na siedzibę spółki. Z kolei dyskryminacja ma miejsce zarówno w przypadku stosowania różnych reguł w porównywalnych sytuacjach, jak i w przypadku stosowania tej samej reguły w odmiennych sytuacjach⁴⁵. Z tych względów art. 49 TFUE w związku z art. 54 TFUE zakazuje odmiennego traktowania, jeżeli spółki te znajdują się w obiektywnie porównywalnej sytuacji. Jednocześnie zakazuje stosowania tych samych reguł do spółek, które nie znajdują się w porównywalnej sytuacji. W tym kontekście przewidziane w ustawie zmieniającej kryterium zależności w rozumieniu k.s.h. stanowiło przejaw dyskryminacji, ponieważ w świetle polskiego prawa sytuacja spółki zarejestrowanej w Polsce i przewidzianej przez polski system prawny nie jest porównywalna z sytuacją spółki zarejestrowanej w innym państwie członkowskim UE i przewidzianej przez system prawny tego państwa. W państwach UE występują formy działalności gospodarczej znacznie różniące się w zależności od systemu prawnego, z którego pochodzą, a niektóre rodzaje spółek są nawet nieznane w innych systemach prawnych. W takiej sytuacji stosowanie kryterium rozróżniającego określonego w polskim prawie spółek jest dyskryminujące. Również samo pojęcie spółki dominującej i spółki zależnej jest różnie definiowane w różnych państwach członkowskich. Kodeks spółek handlowych definiuje pojęcie spółki dominującej jako spółki handlowej⁴⁶, a z kolei zdefiniowanie spółki handlowej jest możliwe poprzez analizę przepisów odnoszących się do określonych typów normatywnych spółek. Tymczasem systemy innych państw dopuszczają inne typy normatywne spółek albo podobnym typom spółek nadają inny charakter. W tej sytuacji w przypadku spółek wielonarodowych zarejestrowanych w innych państwach członkowskich, a korzystających z unijnej swobody przedsiębiorczości, wyłonienie spółki zależnej według kryteriów przewidzianych w k.s.h. może być utrudnione, a nawet niemożliwe. Wobec powyższego dalsza pogłębiona analiza przepisów k.s.h. jest zbędna.

Dodatkowo art. 49 TFUE zakazuje każdej pośredniej lub ukrytej dyskryminacji ze względu na siedzibę spółki, przy czym w przypadku dyskryminacji ukrytej chodzi o zastosowanie innego kryterium rozróżnienia niż siedziba spółki, które jednakże prowadzi w rzeczywistości do takiego samego dyskryminującego rezultatu⁴⁷. Kryterium rozróżniające w postaci braku zależności w rozumieniu polskiego

⁴⁵ Na przykład wyroki TS: z 14 lutego 1995 r., *Schumacker*, C-279/93, Rec. s. I-225, pkt 30; z 12 grudnia 2006 r., *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Zb. Orz. s. I-11673, pkt 46; z 2 kwietnia 2009 r., *Elshani*, C-459/07, Zb. Orz. s. I-2759, pkt 36.

⁴⁶ Artykuł 4 § 1 pkt 4 k.s.h.

⁴⁷ Wyroki TS: z 5 lutego 2014 r., *Hervis Sport*, C-385/12, ECLI:EU:C:2014:47, pkt 30; z 5 grudnia 1989 r., *Komisja p. Włochom*, C-3/88, Rec. s. 4035, pkt 8; z 13 lipca 1993 r., *Commerzbank*, C-330/91, Rec. s. I-4017, pkt 14; z 8 lipca 1999 r., *Baxter i in.*, C-254/97, Rec. s. I-4809, pkt 10; z 25 stycznia 2007 r., *Meindl*, C-329/05, Zb. Orz. s. I-1107, pkt 21; z 1 czerwca 2010 r., *Blanco Pérez i Chao Gómez*, sprawy połączone C-570/07 i C-571/07, Zb. Orz. s. I-4629, pkt 117 i n.

k.s.h. jest wprawdzie adresowane do wszystkich spółek wnioskujących o koncesję w Polsce, czy też teoretycznie jest stosowane na identycznych warunkach do wszystkich spółek wnioskujących, ale może stanowić przejaw dyskryminacji pośredniej z tych samych powodów, które zostały wskazane powyżej. W konsekwencji zastosowanie teoretycznie tych samych kryteriów określonych w polskim prawie spółek zarówno do spółek z Polski, jak i spółek z innych państw członkowskich UE, może prowadzić do położenia spółek z innych państw UE w gorszej sytuacji ze względu na siedzibę spółki poza Polską. Wspomniane przez polskiego ustawodawcę zapobieganie dyskryminacyjnemu traktowaniu polskich koncesjonariuszy ma więc wynikać z tego, że skoro wymóg braku zależności w rozumieniu k.s.h. od podmiotów z państw trzecich stawia się podmiotom z Polski, to ten sam wymóg należy postawić podmiotom z EOG. Jak już wspomniano, rozwiązanie to tylko z pozoru przewiduje równe traktowanie podmiotów z Polski i podmiotów z EOG, a ze względu na swój dyskryminacyjny charakter jest niezgodne z prawem UE.

W końcu ograniczenia praw wynikających z prawa UE muszą zawsze spełniać kryterium proporcjonalności, czyli każdy wyjątek powinien być oceniany w świetle celu, któremu ma to służyć. W przypadku ustawy zmieniającej celem tym było rzekomo zapewnienie bezpieczeństwa państwa, czyli Rzeczypospolitej Polskiej. Powołanie się przez ustawodawcę krajowego na względy bezpieczeństwa publicznego celem wprowadzania ograniczeń w fundamentalnych swobodach UE, w tym w swobodnym przepływie kapitału i swobodzie przedsiębiorczości, jest obwarowane konkretnymi warunkami. Jak wskazano w uzasadnieniu do ustawy zmieniającej, „Projekt ustawy ma na celu doprecyzowanie regulacji umożliwiających efektywne przeciwdziałanie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji możliwości przejęcia kontroli nad nadawcami rtv przez dowolne podmioty spoza UE, w tym podmioty z państw stanowiących istotne zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa”⁴⁸. Z powyższego wynika, że polski ustawodawca zmierzał do wykluczenia możliwości wpływu na sprawy spółek świadczących audiowizualne usługi medialne przez podmioty pochodzące spoza EOG, a regulację tę uzasadniał względami bezpieczeństwa państwa. Znamienne, że wobec wspomnianego zagrożenia Prokurator Generalny uznał, że ustawa zmieniająca leży poza zakresem zadań i kompetencji Prokuratora Generalnego, więc postanowił nie przedstawiać uwag w sprawie projektu ustawy zmieniającej⁴⁹. Należy podkreślić, że obowiązuje przepis ustawy o radiofonii i telewizji, który wprost przewiduje, że koncesji nie udziela się, jeżeli rozpowszechnianie programów przez wnioskodawcę mogłoby spowodować zagrożenie bezpieczeństwa państwa⁵⁰. Przepis ten dotyczy wszystkich wnioskodawców bez względu na strukturę własnościową, więc ma szerszy zakres

⁴⁸ Uzasadnienie do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (Druk sejmowy nr 1389) udostępnione na stronie Sejmu RP, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1389> [dostęp 18.08.2021].

⁴⁹ Opinia Prokuratora Generalnego do druku sejmowego nr 1389, <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?documentId=D9BAEC0EDB4CBE93C125871F00436F0D> [dostęp 14.10.2021].

⁵⁰ Art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34, t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 805.

niż przepisy ustawy zmieniającej, jeśli chodzi o ochronę bezpieczeństwa publicznego. Konkludując, ustawa zmieniająca została oficjalnie uzasadniona względami bezpieczeństwa państwa, ale w rzeczywistości była motywowana innymi względami. Faktem pozostaje, że proponowała ona zmiany, które dyskryminowałyby podmioty z innych państw członkowskich UE. Nie bez znaczenia jest też fakt, że istnieją unijne ramy monitorowania inwestycji zagranicznych w związku z ochroną bezpieczeństwa publicznego, o czym była mowa w punkcie poprzedzającym.

Ustawa zmieniająca poprzez wprowadzenie nowych ograniczeń inwestycyjnych w stosunku do nadawców ubiegających się o koncesję w Polsce przewidywała rozszerzenie polskiego systemu koncesji medialnych wbrew treści i celom dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych. W kontekście systemu regulacyjnego proponowane zmiany pozostawały w sprzeczności m.in. z prawem do informacji i pluralizmem mediów, a jednocześnie w żaden sposób nie wpływały na zwiększenie ochrony małoletnich czy konsumentów. Bez wątpienia proponowane w ustawie zmieniającej ograniczenia w udzielaniu koncesji ze względu na strukturę własnościową nadawcy ograniczały pluralizm informacji zamiast go upowszechniać, jednocześnie polski ustawodawca nie uzasadnił proponowanych zmian żadnym z dopuszczalnych ograniczeń zasady pluralizmu mediów. Tymczasem żaden wyjątek nie może być przedmiotem arbitralnych naruszeń przez państwo członkowskie.

Z założenia uzyskania koncesji na wykonywanie działalności gospodarczej wymaga się wyłącznie w dziedzinach mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny⁵¹. Do takich dziedzin z pewnością nadal należy działalność w sektorze audiowizualnych usług medialnych, ale jej kontrolowanie poprzez przyznanie lub odmowę przyznania koncesji nie jest już możliwe. Na przykład odmowa udzielenia koncesji przez polskie organy nie skutkuje brakiem dostępu z terytorium Polski do usług świadczonych przez danego nadawcę. Pierwotnie, na etapie przyjmowania polskiej ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji⁵², koncesjonowanie działalności medialnej spełniało wspomniane cele, ponieważ działalność nadawcza ograniczała się co do zasady do terytorium geograficznego danego państwa, które mogło skuteczniej kontrolować działalność nadawcy. Obecnie rozpowszechnianie telewizyjne obejmuje oprócz telewizji analogowej i cyfrowej także transmisję strumieniową na żywo (*live streaming*), nadawanie w Internecie (*webcasting*) czy sekwencyjne udostępnianie audycji (*near-video-on-demand*). Konkludując, system koncesyjny na etapie przyznawania koncesji nie jest ani proporcjonalnym, ani skutecznym środkiem osiągnięcia celu w postaci bezpieczeństwa państwa lub jego obywateli. W tym znaczeniu ustawa zmieniająca była bezcelowa i nie gwarantowała osiągnięcia celu w postaci braku możliwości prowadzenia działalności nadawczej przez podmiot, któremu koncesji nie udzielił polski organ administracji publicznej.

⁵¹ Art. 37 ust. 1 ustawy – Prawo przedsiębiorców, Dz. U. z 2018 r. poz. 646, t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 162.

⁵² Dz. U. z 1993 r. Nr 7, poz. 34.

W świetle procedury ustanowionej w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych ograniczenia odbioru celem ochrony odbiorców nie wydają się możliwe w stosunku do największych dostawców usług audiowizualnych działających w Polsce, ale w razie złamania wspomnianych przepisów ww. dyrektywy z pewnością Komisja Europejska wesprze każdą władzę krajową w walce z rzeczywistym zagrożeniem. Przewidziana w dyrektywie o audiowizualnych usługach medialnych procedura daje też możliwość przeciwdziałania zagrożeniom wspólnie przez wszystkie państwa członkowskie, co jest istotne w dobie cyfryzacji. Jeśli więc wśród motywów, którymi kierował się polski ustawodawca, przyjmując ustawę zmieniającą, były względy bezpieczeństwa publicznego, to ustawa staje się bezcelowa w sytuacji przejścia na koncesję udzieloną w innym państwie członkowskim. Hipotetycznie jeśli polskie władze zidentyfikują zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa ze strony nadawcy podlegającego jurysdykcji innego państwa członkowskiego, a w konsekwencji podejmą decyzję o ograniczeniu swobody odbioru, to będą zobowiązane zastosować procedurę z dyrektywy o audiowizualnych usługach medialnych i uzyskać *de facto* zgodę Komisji Europejskiej. Do tej pory Polska nie zgłosiła Komisji Europejskiej tego rodzaju zagrożenia.

Zasada swobody odbioru ma kluczowe znaczenie dla podmiotów, które prowadzą działalność nadawczą w jednym państwie członkowskim na podstawie koncesji przyznanej w innym państwie członkowskim. Może to być przypadek TVN24 nadającego w Polsce na podstawie koncesji uzyskanej w Niderlandach⁵³. Zarówno obowiązująca regulacja, jak i ta proponowana w ustawie zmieniającej wykluczają możliwość uzyskania w Polsce koncesji przez osoby zagraniczne z państw trzecich, ale przepisy te nie spełniają już celu, dla którego zostały przyjęte. Wynika to bowiem z faktu, że podmioty te mogą prowadzić działalność nadawczą w Polsce na podstawie koncesji uzyskanej w jednym z tych państw członkowskich UE, które w związku z rozwojem technologii zniosły ograniczenia wobec podmiotów z państw trzecich, na przykład w Niderlandach, Francji czy w Niemczech.

Analiza faktów, które zbiegły się w czasie z pracami nad ustawą zmieniającą, potwierdza tezę, że polski ustawodawca zmierzał do ograniczenia pluralizmu mediów. Prace legislacyjne rozpoczęły się w momencie, gdy Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji od ponad roku rozpatrywała wniosek o koncesję złożony przez TVN SA. Z doniesień medialnych wynikało, że problematyczna miała być pośrednia zależność kapitałowa TVN SA (Polska) od Discovery Inc. (Stany Zjednoczone). Tymczasem KRRiT nie tylko uchybiła wszelkim terminom administracyjnym, ale także pozbawiła wnioskodawcę prawa do sprawiedliwego procesu, ponieważ nie wydała decyzji odmownej, którą wnioskodawca mógłby zaskarżyć. W końcu 22 września 2021 r., po 19 miesiącach od dnia złożenia wniosku, KRRiT podjęła uchwałę o udzieleniu TVN SA koncesji na kolejny okres na rozpowszechnianie programu TVN24. Jednakże tego samego dnia KRRiT przyjęła uchwałę „w sprawie podjęcia działań mających

⁵³ Oświadczenie Zarządu TVN z 16 sierpnia 2021 ws. koncesji TVN24, <https://tvn24.pl/polska/koncesja-dla-tvn24-oswiadczenie-zarzadu-tvn-sa-w-sprawie-koncesji-5192692> [dostęp 17.08.2021].

na celu uporządkowanie zasad rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce w zakresie możliwości działania podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego⁵⁴.

W uchwale tej KRRiT zwróciła uwagę na problem dyskryminacyjnego traktowania polskich koncesjonariuszy w stosunku do koncesjonariuszy z innych państw EOG w zakresie nakładanych ograniczeń inwestycyjnych. Chodzi o art. 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, bowiem wskazane w nim ograniczenia mają zastosowanie również do (polskich) spółek z pośrednim kapitałowym udziałem osób zagranicznych, czyli do (polskich) spółek, w których uczestniczy inna spółka polska mająca w charakterze swoich udziałowców lub akcjonariuszy osoby zagraniczne. Tymczasem aktualnie obowiązujące przepisy przewidują maksymalny próg 49% udziałów lub akcji podmiotu spoza EOG, który to próg stanowi granicę między zastosowaniem przepisów o swobodnym przepływie kapitału a swobodą przedsiębiorczości. Artykuł 35 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji dopuszcza bowiem maksymalnie 49% udział podmiotów z państw trzecich w spółkach ubiegających się o koncesję w Polsce. Jednocześnie art. 35 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji znosi wszelkie ograniczenia dla podmiotów pochodzących z państw EOG, ponieważ podmioty te mogą korzystać ze swobody przedsiębiorczości na zasadach przewidzianych dla podmiotów pochodzących z Polski. Jeśli chodzi zaś o badanie zależności podmiotu zagranicznego pochodzącego z EOG od podmiotów pochodzących spoza EOG, to niezgodny z prawem może być zarówno wymóg braku zależności, jak i sposób badania zależności w rozumieniu polskiego k.s.h. Ograniczenia swobód gospodarczych i zasad prawa UE podpadają konkretnym warunkom, o czym w innych punktach artykułu. Już samo potencjalne zagrożenie dyskryminacyjnego traktowania spółek pochodzących z UE ze względu na niespełnienie warunków stawianych spółkom znanym polskiemu systemowi prawa jest wystarczająco odstraszające, by mogło zostać uznane za niezgodne z traktatami.

7. Wnioski

Ustawa zmieniająca przewidywała wprowadzenie ograniczeń działalności nadawczej zarejestrowanych w Polsce spółek z udziałem osób zagranicznych, uzasadniając je względami bezpieczeństwa państwa, a na zasadzie równego traktowania wprowadza te same ograniczenia w stosunku do podmiotów pochodzących z państw członkowskich EOG. Jeśli intencją polskiego ustawodawcy byłoby zapewnienie równego traktowania polskich podmiotów i podmiotów z EOG, to zniósłby ograniczenia inwestycyjne obowiązujące aktualnie w ustawie o radiofonii i telewizji,

⁵⁴ Uchwała Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji Nr 230/2021 z dnia 22 września 2021 r. w sprawie podjęcia działań mających na celu uporządkowanie zasad rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych w Polsce w zakresie możliwości działania podmiotów spoza Europejskiego Obszaru Gospodarczego, <https://www.gov.pl/attachment/4024bf7b-7b7d-4d8d-bb4c-e1564688e58d> [dostęp 30.09.2021].

zamiast wprowadzać dodatkowe w stosunku do spółek z EOG, narażając się na naruszenie prawa UE i pogorszenie stosunków gospodarczych z państwami trzecimi. Rozwiązanie to byłoby tym bardziej zasadne, że w świetle nowych technologii konieczne jest wdrożenie nowych sposobów przeciwdziałania zagrożeniom, a odmowa udzielenia koncesji już nie spełnia zadania, które spełniała kilkanaście lat temu. Przedstawione przez polskiego ustawodawcę uzasadnienie zmian jest nieprzekonywujące. Wobec powyższego faktycznym celem ustawy zmieniającej jest ograniczenie pluralizmu mediów w Polsce. Jak zauważa Adam Bodnar, w porównaniu z Węgrami Polska nadal wydaje się toczyć pluralistyczną debatę w wielu kwestiach. Jednakże przestrzeń dla tej debaty kurczy się ze względu na presję na społeczeństwo obywatelskie, silną rolę kontrolowanych przez państwo mediów publicznych, jak również ze względu na zwiększanie kontroli nad mediami poprzez wykorzystanie państwowych spółek do przejmowania niezależnych spółek medialnych⁵⁵. Diagnozę tę można uzupełnić stwierdzeniem, że władza w Polsce zmierza do ograniczenia pluralizmu mediów poprzez zmiany warunków udzielenia koncesji osobom prawnym z udziałem osób zagranicznych.

Przedstawiony w niniejszym artykule przypadek ustawy zmieniającej nie kończy problemu ograniczania pluralizmu mediów przez władzę publiczną w Polsce. W dniu 27 czerwca 2022 r. wprowadzono ostatni etap zmian nadawania bezpłatnej naziemnej telewizji cyfrowej w Polsce DVB-T2/HEVC. W wyniku decyzji Urzędu Komunikacji Elektronicznej na wniosek Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji inaczej potraktowano telewizję publiczną i telewizję prywatną. Telewizja publiczna nie musiała zmienić standardu nadawania. Tymczasem nadawcy komercyjni musieli przejść na nowy standard nadawania DVB-T2, w wyniku czego około 2,5 mln widzów pozostało bez możliwości odbierania takich ogólnodostępnych kanałów jak Polsat czy TVN, ponieważ nie dostosowali odbiorników do nowej technologii⁵⁶.

⁵⁵ A. Bodnar, *Polish Road toward an Illiberal State: Methods and Resistance: Addison C. Harris Lecture, Indiana University, Maurer School of Law*, "Indiana Law Journal" 2021, vol. 96, no. 4, s. 1085.

⁵⁶ T.J., *Cały kraj w zasięgu nowego standardu telewizji cyfrowej. Nadawcy komercyjni protestują*, „Dziennik Gazeta Prawna” 26.06.2022, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/media/artykuly/8478998,naziemna-telewizja-cyfrowa-protest-tvn-tvp-zostaje.html> [dostęp 5.07.2022].

Promowanie wartości Unii Europejskiej na arenie międzynarodowej

1. Wprowadzenie

Unia Europejska jest nie tylko wspólnotą o charakterze gospodarczym czy politycznym, ale również, przynajmniej w założeniu, wspólnotą wartości. Zostało to wyraźnie podkreślone w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE)¹ w brzmieniu nadanym przez traktat lizboński. W rezultacie przewiduje on, że: „Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne Państwom Członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn”. Nie ma zatem wątpliwości, że obowiązkiem państw członkowskich UE jest ich przestrzeganie i wspieranie.

Pojawia się jednak zasadnicze pytanie, jak w tym kontekście rozumieć pojęcie wartości, innymi słowy, w jakim znaczeniu ono funkcjonuje w Unii Europejskiej? Jaka jest podstawa do promowania wartości unijnych na arenie międzynarodowej? Wreszcie jakie środki są stosowane dla uzyskania tego celu? Poszukując odpowiedzi na te pytania, można wstępnie przyjąć, że sposób rozumienia wartości w prawie unijnym nie odbiega od tego, jaki pojawia się w naukach społecznych, a ściślej – w socjologii. Zostanie to doprecyzowane w pierwszej części artykułu. Z kolei podstawy do ich promowania w stosunkach międzynarodowych należy poszukiwać w traktatach, a zwłaszcza w art. 21 (1) TUE. Na analizie tego postanowienia będzie koncentrowała się kolejna część opracowania. Środki stosowane w celu wspierania i promowania własnych wartości przez Unię są różnorodne, a przy tym podejmowane w ramach różnych polityk unijnych. Można zatem postawić wstępną hipotezę, że cel ten przyświeca większości, o ile nie wszystkim działaniom podejmowanym przez nią na arenie międzynarodowej, różnią się one jednak skutecznością. Stąd też ostatnia część artykułu będzie najbardziej rozbudowana, gdyż znajdą się w niej przykłady aktów prawnych (w tym umów międzynarodowych) oraz innych środków realizowanych przez Unię w stosunku do państw trzecich oraz organizacji międzynarodowych.

* Prof. dr hab. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Wydział Nauk o Polityce i Bezpieczeństwie, ORCID: [0000-0001-8266-3104](https://orcid.org/0000-0001-8266-3104).

¹ Dz. Urz. UE C 326/13 z 26.10.2012 r. (wersja skonsolidowana).

2. W poszukiwaniu definicji wartości

Pojęcie wartości ma niejednoznaczny charakter, a przy tym podlega ono ewolucji. W literaturze używa się go w rozmaitych kontekstach, a jego definicje są formułowane na zróżnicowanym poziomie ogólności, w zależności od dyscypliny. W ekonomii na przykład wartość oznacza zwykle cenę, podczas gdy w filozofii czy etyce ma zupełnie inne znaczenie. Zgodnie z definicją zawartą w *Encyklopedii PWN* „wartość to podstawowa kategoria aksjologii oznaczająca wszystko to, co cenne i godne pożądania, co stanowi cel ludzkich dążeń”². Jest ona pomocna przy ocenie wagi rzeczy lub działań niezbędnej dla dokonywania życiowych wyborów. Wartości to szeroko określone preferencje odpowiednich kierunków działań lub ich wyników, często wskazują, jak powinno być, np. pracowitość zasługuje na podziw. Wynika z tego, że mogą mieć one istotny wpływ na funkcjonowanie człowieka – inspirują go do osiągnięcia czegoś oraz regulują jego zachowanie³.

Cechą wyróżniającą definicje o charakterze socjologicznym jest umieszczenie wyznawanych przez jednostkę wartości w szerszym kontekście wpływów grupy społecznej⁴. Same wartości mogą być traktowane jako: „1) przedmioty i przekonania o nienormatywnym charakterze, determinujące względnie podobne przeżycia psychiczne i działania jednostek – członków grup społecznych, 2) przekonania rozpowszechnione w grupie społecznej, określające godne pożądania sądy i zachowania członków tej grupy, 3) przekonania pojedynczych jednostek lub przekonania rozpowszechnione w grupach społecznych, określające godne pożądania cechy poszczególnych grup społecznych lub społeczeństwa jako całości”⁵. Innymi słowy, wartości mogą być uznawane za standardy społecznego zachowania, pozwalające zachować równowagę i funkcjonować w szerszej społeczności. Jak podkreśla się w literaturze, są one „związane z godnością ludzką i normalizacją w relacjach międzyludzkich. Ich praktyczne znaczenie polega na tym, że są środkami służącymi utrzymaniu bardziej humanitarnej egzystencji społecznej w kontekście zbiorowego współistnienia i jego kontynuacji”⁶. Tak rozumiane społecznie uznawane wartości stanowią punkt odniesienia dla rządzących, jeśli bowiem ich działania są w dostatecznym stopniu na nich oparte, to spotykają się z powszechną akceptacją.

² *Encyklopedia PWN*, hasło wartość, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/wartosc;3994143.html> [dostęp 2.06.2021].

³ Por. I. Dudzik, S. Nowak, *Rola wartości w życiu współczesnego człowieka. Na podstawie przeprowadzonych badań własnych*, [w:] I. Dudzik, B. Czuba, K. Rejman (red.), *Rola wartości etycznych we współczesnym świecie. Wartości etyczne współczesnego człowieka (cz. I)*, Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, Jarosław 2017, s. 11.

⁴ U. Sokal, *Wartości preferowane przez osoby dorosłe pochodzące z rodzin pełnych i rozwiedzionych*, „Roczniki Socjologii Rodziny” 2001, t. 13, s. 162.

⁵ M. Misztal, *Problematyka wartości w socjologii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, s. 18.

⁶ S. Koffas, *Principles and Values as Essential Elements that Shape Social Policy*, „Sociology and Anthropology” 2017, vol. 5(8), s. 628.

Wydaje się zatem, że właśnie w takim znaczeniu posłużono się pojęciem „wartość” w art. 2 TUE. Na taki sposób rozumienia tego terminu jako „przekonań rozpow szechnionych w grupie społecznej” wskazuje także zdanie 2 tego postanowienia. Podkreślono tam, że wartości, na których opiera się Unia, są wspólne dla państw członkowskich, a ich społeczeństwa funkcjonują z uwzględnieniem pluralizmu, nie-dyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i męż-czyzn. Niewątpliwie to znalezienie wspólnego rdzenia aksjologicznego nie było łatwym zadaniem, ale pozwoliło uzyskać pewien punkt wyjściowy, a zarazem podstawę dla przyszłych działań UE w różnych obszarach, także na arenie międzynarodowej.

Na zakończenie tych wstępnych, definicyjnych uwag warto jeszcze odnieść się do niejednokrotnie dokonywanego nie tylko w literaturze, ale również w aktach prawnych rozróżnienia na wartości i zasady. Co charakteryzuje te dwa podstawowe pojęcia? Zasady można by zdefiniować jako „normatywne propozycje, które prze-kształcają wartości w ogólne standardy działań politycznych [...]; skoncentrowanie się na zasadach pozwala nam zrozumieć, w jaki sposób wartości zamieniają się w dzia-łania”⁷. Zasady są zatem bardziej obiektywne i zestandaryzowane, podczas gdy war-tości mają charakter raczej spersonalizowany, subiektywny, a przy tym dość elastycz-ny⁸. Można by zatem uznać, że zasady opierają się na wartościach i je konkretyzują.

3. Podstawa traktatowa dla działań UE na arenie międzynarodowej – art. 21 (1) TUE

„Działania Unii na arenie międzynarodowej oparte są na zasadach, które leżą u podstaw jej utworzenia, rozwoju i rozszerzenia, oraz które zamierza wspierać na świecie: demokracji, państwa prawnego, powszechności i niepodzielności praw czło-wieka i podstawowych wolności, poszanowania godności ludzkiej, zasad równości i solidarności oraz poszanowania zasad Karty Narodów Zjednoczonych oraz prawa międzynarodowego” (art. 21 (1) zd. 1 TUE). Przepis ten stanowi potwierdzenie, że wartości leżące u podstaw funkcjonowania Unii są podstawą jej działania w stosun-kach zewnętrznych. Mamy również do czynienia z ich operacjonalizacją, gdyż art. 21 (1) zd. 1 TUE odwołuje się do zasad, które mają bardziej obiektywny i konkretny charak-ter. Postanowienie to znajduje zastosowanie w odniesieniu do wszystkich działań podejmowanych na arenie międzynarodowej, a także niezależnie od tego, jaki mają charakter: dyplomatyczny, jednostronny czy dwu- lub wielostronny⁹.

⁷ S. Lucarelli, *Introduction: Values, Principles, Identity and European Union Foreign Policy*, [w:] S. Lucarelli, I. Manners (eds.), *Values and Principles in European Foreign Policy*, Routledge, Lon-don-New York 2006, s. 10.

⁸ Por. A. Ahmed, *Ethics, Morals, Principles, Values, Virtues, and Beliefs. What is the difference?*, <https://values.institute/ethics-morals-principles-values-virtues-and-beliefs-what-is-the-difference> [dostęp 2.06.2021].

⁹ T.P. Holterus, *The Legal Dimensions of Rule of Law Promotion in EU Foreign Policy: EU Treaty Imperatives and Rule of Law Conditionality in the Foreign Trade and Development Nexus*, „Goettingen Journal of International Law” 2018, vol. 9, no. 1, edycja specjalna, s. 80.

Wiążący charakter art. 21 (1) nie budzi wątpliwości. Odnosił się do niego Trybunał Sprawiedliwości m.in. w wyroku z 19 lipca 2016 r. w sprawie *H vs. Komisja i Rada*¹⁰, wskazując, że: „[...] jak wynika zarówno z art. 2 TUE, znajdującego się w postanowieniach wspólnych traktatu UE, jak i z art. 21 TUE, odnoszącego się do działań zewnętrznych Unii, do którego odsyła art. 23 TUE dotyczący WPZiB, Unia oparta jest w szczególności na wartościach równości i państwa prawa”. Oznacza to, że przepis ten jest uznawany za podstawę działań podejmowanych na arenie międzynarodowej w takim samym zakresie, w jakim art. 2 TUE wiąże Unię i jej państwa członkowskie w kontekście środków i polityk wewnętrznych. Możemy zatem mówić o jego podstawowym, wręcz konstytucyjnym charakterze w tej zewnętrznej sferze. Kogo zatem i do czego zobowiązuje art. 21 (1) TUE?

Przepis wyraźnie odnosi się do Unii, a zatem instytucji i organów unijnych. Podejmując działania na arenie międzynarodowej, muszą one uwzględniać wymienione w omawianym postanowieniu zasady, czyli je respektować, jak również „wspierać je na świecie”. To ostatnie zobowiązanie zostaje wzmocnione przez regulację art. 3 (5) zd. 1 TUE, która wyraźnie wskazuje, że „w stosunkach zewnętrznych Unia umacnia i propaguje swoje wartości i interesy oraz wnosi wkład w ochronę swoich obywateli”. Interpretacja obu przepisów (art. 21 (1) oraz art. 3 (5)) pozwala zatem dojść do wniosku, że instytucje oraz organy unijne są nie tylko zobowiązane do przestrzegania wartości unijnych, ale także ich wspierania i propagowania¹¹. Wiąże się to zatem z pewną aktywnością, pozytywnymi działaniami, które zapewnią promowanie wartości/zasad unijnych na arenie międzynarodowej. Warto przy tym zauważyć, że to zobowiązanie uzupełnia jeszcze regulacja art. 21 (1) zd. 2 TUE, która wskazuje, że „Unia dąży do rozwijania stosunków i budowania partnerstwa z państwami trzecimi oraz z organizacjami międzynarodowymi, regionalnymi lub światowymi, które wyznają zasady, o których mowa w akapicie pierwszym”.

Warto zauważyć, że katalog zasad przewidzianych w art. 21 (1) TUE nie różni się zasadniczo od katalogu wartości z art. 2 TUE. W tym ostatnim wskazano wprawdzie odrębnie na wolność oraz poszanowanie praw osób należących do mniejszości, ale można przyjąć, że ochrona tych wartości może zostać uwzględniona w ramach „powszechności i niepodzielności praw człowieka i podstawowych wolności”. Na uwagę zasługuje natomiast wyraźne odniesienie się w art. 21 (1) TUE do zasady „poszanowania zasad Karty Narodów Zjednoczonych oraz prawa międzynarodowego”, która z oczywistych względów nie pojawia się w art. 2 TUE. W kontekście działań podejmowanych przez Unię na arenie międzynarodowej ma ona natomiast zasadnicze znaczenie, na co wskazywały sądy unijne jeszcze przed jej wyraźnym uregulowaniem przez traktat lizboński. Wówczas zasada przestrzegania prawa międzynarodowego przez Wspólnotę Europejskie/Unię Europejską miała status ogólnej zasady prawa WE/UE¹².

¹⁰ C-455/14 P, ECLI:EU:C:2016:569, pkt 41.

¹¹ Tak też T.P. Holterus, *The Legal Dimensions...*, s. 80-81.

¹² Por. szerzej C. Mik, *Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego przez Wspólnotę Europejską w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji* [w:] *idem* (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, TNOiK, Toruń 2001, s. 251-315.

Skoro art. 21 (1) TUE odwołuje się do tych samych wartości, odrębnie ich nie definiując, to należy przyjąć, że mają one takie samo znaczenie, jakie przypisuje się im na gruncie art. 2 TUE. Wskazuje na to zarówno zawarte w pierwszym z tych przepisów sformułowanie „zasady, które leżą u podstaw jej utworzenia, rozwoju i rozszerzenia”, a zatem te już wcześniej stosowane, jak i orzecznictwo sądów unijnych, a zwłaszcza Trybunału Sprawiedliwości, które często odwołuje się łącznie do obu regulacji. Oznacza to, że występujące w nich wartości/zasady, takie jak demokracja, rządy prawa, poszanowanie godności ludzkiej, praw człowieka, równość, solidarność należy interpretować w ten sam sposób w kontekście działań wewnętrznych oraz zewnętrznych Unii Europejskiej.

4. Przykłady polityk i działań zewnętrznych Unii Europejskiej wspierające oraz promujące jej wartości

4.1. Uwagi ogólne

Unia Europejska buduje swój wizerunek globalnego aktora na arenie międzynarodowej, odwołując się do wskazanych wyżej wartości i zasad. Nie ma zatem wątpliwości, że pełnią one zasadniczą rolę w jej relacjach z państwami trzecimi i organizacjami międzynarodowymi. Wspieranie i promowanie wartości odbywa się przy pomocy zróżnicowanych metod zarówno o charakterze prawnym, jak i politycznym. Pierwsza wiąże się z uznaniem ich za zasadniczy element umowy zawieranej z danym podmiotem, a nieprzestrzeganie wartości skutkuje zawieszeniem jej wykonywania¹³. Drugim sposobem jest zachęcanie państw trzecich do przystępowania do umów międzynarodowych opartych na uniwersalnych wartościach, trzecim uzależnienie wsparcia finansowego ze strony Unii od przestrzegania jej zasad i wartości, a czwartym stosowanie restrykcji w przypadku ich nieprzestrzegania¹⁴. Unia Europejska stosuje przy tym różne środki – zarówno jednostronne (autonomiczne), jak i dwu- lub wielostronne (traktatowe). Ze względu na charakter prawny możemy wśród nich wyróżnić:

- 1) instrumenty prawnie niewiążące (*soft instruments*), a zatem różnego rodzaju konkluzje, rezolucje, deklaracje itd. wzywające określone podmioty do respektowania wartości unijnych oraz regularnie prowadzony dialog z państwami trzecimi;
- 2) prawnie wiążące jednostronne środki handlowe, techniczne i finansowe;
- 3) dwustronne umowy¹⁵.

Warto też dodać, że 23 maja 1995 r. Komisja Europejska przyjęła komunikat dotyczący włączenia klauzuli dotyczącej przestrzegania zasad demokratycznych

¹³ *The European Neighbourhood Policy – Values and Principles*, S. Poli (ed.), Routledge, New York 2016, s. 2.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Por. szerzej L. Pech, *Rule of law as a guiding principle of the European Union's external action*, "CLEER Working Papers" 2012, no. 3, s. 14-22.

i praw człowieka do umów międzynarodowych zawieranych przez UE z państwami trzecimi¹⁶. To właśnie od tego czasu klauzula ta stanowi zasadniczy element następujących umów międzynarodowych: stowarzyszeniowych, o współpracy, handlowych oraz o partnerstwie i współpracy¹⁷.

Spośród najważniejszych polityk zewnętrznych poniżej zostały przedstawione te, w ramach których promowanie wartości unijnych odgrywa najistotniejszą rolę, na co wskazują także regulacje traktatowe. Analiza ta obejmuje omówienie ich podstawy prawnej wynikającej z traktatów oraz w odpowiednich przypadkach dokumentów o ogólnym programowym charakterze (np. strategii czy komunikatów) lub wybranych postanowień umów międzynarodowych.

4.2. Polityka rozszerzenia

Głównym przepisem prawnym odnoszącym się do tej polityki jest art. 49 TUE, który przewiduje, że „każde państwo europejskie, które szanuje wartości, o których mowa w artykule 2, i zobowiązuje się je wspierać, może złożyć wniosek o członkostwo w Unii [...]”. Mamy tu zatem do czynienia z wyraźnym odniesieniem się do wartości unijnych wymienionych w tym postanowieniu (poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawnego, poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości). Nie tylko ich poszanowanie, ale również aktywne wspieranie jest warunkiem członkostwa w UE, który musi być spełniony jeszcze przed wszczęciem negocjacji akcesyjnych. Jeśli państwo kandydujące nie wypełni tego zobowiązania, nie może złożyć wniosku o członkostwo i nie zostanie przyjęte do Unii. Jest to więc daleko idący przypadek zastosowania tzw. warunkowości (*conditionality*), która generalnie wiąże się z uzależnieniem uzyskania korzyści (w tym przypadku członkostwa) od spełnienia określonych wymogów, co ma prowadzić do zmiany w państwie, przede wszystkim do jego dalszego demokratycznego rozwoju i przestrzegania określonych wartości¹⁸.

W ramach polityki rozszerzenia istotną rolę odgrywają także kryteria kopenhaskie, czyli ogólne warunki, jakie powinno spełnić państwo przystępujące do Unii, określone przez Radę Europejską na szczycie w Kopenhadze w 1993 r. i zaostrzone podczas szczytu Rady Europejskiej w Madrycie w 1995 r. Należą do nich:

- stabilność instytucji gwarantujących demokrację, praworządność, prawa człowieka oraz poszanowanie i ochrona mniejszości;
- funkcjonująca gospodarka rynkowa oraz zdolność sprostania presji konkurencyjnej i siłom rynkowym UE;
- zdolność do przyjęcia na siebie wymogów członkostwa, włączając w to możliwość skutecznego wdrażania zasad, norm i polityk tworzących unijny

¹⁶ COM (95) 216 final.

¹⁷ A. Kalicka-Mikołajczyk, *Europejska Polityka Sąsiedztwa. Konstrukcja i charakter prawny*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2021, s. 100.

¹⁸ Por. szerzej S. Koch, *A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union*, "World Development" 2015, vol. 75, s. 99.

dorobek prawny (*acquis*) oraz realizację celów unii politycznej, gospodarczej i walutowej¹⁹.

W literaturze trafnie zauważa się, że tzw. pierwsze kryterium kopenhaskie zostało na mocy traktatu z Amsterdamu wprowadzone do postanowień art. 49 TUE²⁰. Uzyskało tym samym rangę prawa pierwotnego.

Proces wypełniania wymogów przewidzianych w art. 49 TUE oraz kryteriów kopenhaskich, a także dostosowania do standardów unijnych, jest określany mianem europeizacji. W jego ramach państwo kandydujące „przyjmuje wartości, standardy i praktyki UE oraz jej państw członkowskich i staje się państwem europejskim”²¹. Ten duży wysiłek, z jakim wiąże się transformacja ustrojowa, jest wspierany finansowo i technicznie przez Unię Europejską. Instrumentami, które mają pomóc państwu kandydującemu w wypełnieniu kryteriów członkowskich, są układy stowarzyszeniowe przewidujące wzajemne zobowiązania. Obietnica członkostwa w Unii sprawia, że wspieranie i promowanie jej wartości w ramach polityki rozszerzenia jest niezwykle skuteczne. Jak wskazuje się w doktrynie, wynika to z kalkulacji zysków i strat państwa kandydującego, w którego ocenie warto zgodzić się na ingerencję w jego wewnętrzne sprawy w zamian za możliwość dostępu do wspólnego rynku, gwarancję transferów pieniężnych, zwiększenie potencjału na arenie międzynarodowej²².

Należy zatem stwierdzić, że daleko posunięty mechanizm warunkowości, oparty na zasadzie „wszystko albo nic”, decyduje o skuteczności wzmacniania i promowania wartości unijnych w najbliższym sąsiedztwie. Przyszłe członkostwo w UE jest silnie uzależnione od przestrzegania tych wartości, a jeśli państwo kandydujące tego nie czyni, to nie może na nie liczyć. Dlatego też w literaturze zauważa się, że w praktyce UE jest bardziej skuteczna w promowaniu własnych wartości w okresie przedakcesyjnym niż po przystąpieniu do niej danego państwa, kiedy przestaje działać mechanizm warunkowości²³. Trudno się z tym nie zgodzić, biorąc pod uwagę m.in. obecną sytuację w Polsce i na Węgrzech, w odpowiedzi na którą instytucje unijne wciąż poszukują stosownych instrumentów, mających zapewnić pełne przestrzeganie przez te państwa wartości unijnych. Nie ma jednak wątpliwości, że polityka rozszerzenia UE okazała się skutecznym instrumentem pokojowej transformacji demokratycznej w Europie Środkowej i Wschodniej, a obecnie pozostaje istotną siłą napędową reform na Bałkanach Zachodnich. To z tego względu w 2012 r. Unia

¹⁹ Por. informacje na stronie: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/accession_criteria_copenhagen.html?locale=pl [dostęp 8.06.2021].

²⁰ J. Barcz, *Instytucjonalne uwarunkowania strategii rozszerzenia Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 2, s. 88.

²¹ S. Economides, J. Ker-Lindsay, *‘Pre-Accession Europeanization’: The Case of Serbia and Kosovo*, „Journal of Common Market Studies” 2015, vol. 53, s. 1028.

²² A. Florczak, A. Paczeński, *Unia Europejska – strażniczka wartości czy (własnych) interesów?*, [w:] M. Klimowicz, A. Paczeński (red.), *Procesy integracyjne i dezintegracyjne w Europie. Podręcznik akademicki*, OTO, Wrocław 2014, s. 352.

²³ Por. szerzej H. Grabbe, *Six Lessons of Enlargement Ten Years On: The EU’s Transformative Power in Retrospect and Prospect*, „Journal of Common Market Studies” 2014, vol. 52, s. 3 i n.

otrzymała Pokojową Nagrodę Nobla w uznaniu jej wysiłków na rzecz pokoju, pojednania, demokracji i praw człowieka w Europie²⁴.

4.3. Europejska Polityka Sąsiedztwa

Europejska Polityka Sąsiedztwa „jest paradygmatem polityki zewnętrznej mającej na celu promowanie wartości UE”²⁵. Na ten aspekt zwrócono uwagę już w Komunikacie Komisji z 2003 r.: „Szersza Europa – Sąsiedztwo: Nowe ramy stosunków z naszymi wschodnimi i południowymi sąsiadami”²⁶, w którym po raz pierwszy zaprezentowano tę nową unijną politykę. Wskazano tam na jej dwa główne cele:

- współpracę z partnerami na rzecz zmniejszenia ubóstwa oraz **stworzenia obszaru dobrobytu i wspólnych wartości**, opartego na integracji ekonomicznej, ożywionych relacjach politycznych i kulturalnych oraz wspólnym zapobieganiu konfliktom między UE a jej sąsiadami;
- zapewnienie przez Unię państwom sąsiadującym preferencyjnego traktowania i konkretnych korzyści, odpowiadających poczynionemu przez nie postępowi w zakresie reform politycznych i gospodarczych²⁷.

Podobnie jak polityka rozszerzenia, nowa polityka sąsiedzka miała opierać się zatem na mechanizmie warunkowości, jednakże bez obietnicy członkostwa w Unii. W Komunikacie Komisji wyraźnie podkreślono, że: „w zamian za konkretne postępy w realizacji wspólnych wartości oraz skuteczne wdrażanie reform politycznych, gospodarczych i instytucjonalnych, w tym dostosowanie ustawodawstwa do *acquis*, sąsiedztwo UE powinno skorzystać z perspektywy ściślejszej integracji gospodarczej z UE”²⁸. Stąd też w literaturze wskazywano, że Europejska Polityka Sąsiedztwa miała służyć „zewnętrznej europeizacji, czyli przyjmowaniu reguł UE przez państwa nie będące jej członkami”²⁹.

Potwierdził to także Komunikat Komisji Europejskiej z 2004 r., inaugurujący Europejską Politykę Sąsiedztwa³⁰. W wielu miejscach odnosił się on do wartości unijnych, akcentując ich szczególne znaczenie dla rozwoju dalszej bliższej współpracy z państwami sąsiadującymi, do których zaliczono: Algierię, Egipt, Izrael, Jordanię, Liban, Libię, Maroko, Autonomię Palestyńską, Syrię, Tunezję, Białoruś, Ukrainę, Mołdawię, Gruzję, Armenię i Azerbejdżan³¹. Komunikat wskazywał m.in., że „uprzywilejowane

²⁴ Por. szerzej <https://www.europarl.europa.eu/news/pl/headlines/eu-affairs/20121012ST053551/ue-laureatem-pokojowej-nagrody-nobla-2012> [dostęp 14.06.2021].

²⁵ M. Cremona, *The ENP and Multilateralism*, [w:] S. Poli (ed.), *The European Neighbourhood Policy – Values and Principles...*, s. 82.

²⁶ COM (2003) 104 final, Bruksela, 11.11.2003, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0104:FIN:EN:PDF> [dostęp 22.06.2021].

²⁷ *Ibidem*, s. 9.

²⁸ *Ibidem*, s. 4.

²⁹ Por. A. Magen, *The Shadow of Enlargement: Can the European Neighbourhood Policy Achieve Compliance?*, „Columbia Journal of European Law” 2006, vol. 12, s. 386.

³⁰ Communication from the Commission: European Neighbourhood Policy. Strategy Paper, COM (2004) 373 final, Brussels, 12.05.2004.

³¹ Warto jednak zauważyć, że w Komunikacie z 2004 r. zastrzeżono, iż pełne korzyści, płynące z uczestnictwa w Europejskiej Polityce Sąsiedztwa, nie obejmują swym zasięgiem takich państw, jak:

stosunki z sąsiadami będą opierać się na wzajemnym przywiązaniu do wspólnych wartości, głównie w dziedzinie rządów prawa, dobrego rządzenia, poszanowania praw człowieka, w tym praw mniejszości, promowania dobrych stosunków sąsiedzkich oraz zasad gospodarki rynkowej i zrównoważonego rozwoju”³². Europejska Polityka Sąsiedztwa promowała przywiązanie do wspólnych wartości, a zakres i tempo rozwoju relacji Unii z każdym z państw sąsiadujących miały zależeć od stopnia jego zaangażowania w tym zakresie. Wierzano, że w ten sposób dojdzie do powstania partnerskich relacji z sąsiedzkim obszarem, opartych na unijnych wartościach³³.

Widać zatem wyraźnie, że Europejska Polityka Sąsiedztwa od samego początku realizowała założenia art. 8 ust. 1 TUE, dodanego przez traktat lizboński i stanowiącego obecnie wyraźną podstawę traktatową dla tej polityki. Przepis ten przewiduje, że „Unia rozwija szczególne stosunki z państwami z nią sąsiadującymi, dążąc do utworzenia przestrzeni dobrobytu i dobrego sąsiedztwa, opartej na wartościach Unii i charakteryzującej się bliskimi i pokojowymi stosunkami opartymi na współpracy”. Podstawą współpracy z państwami sąsiedzkimi są zatem wartości, stanowiące niezbędny fundament dla osiągnięcia głównego celu, jakim jest stworzenie i funkcjonowanie „przestrzeni dobrobytu i dobrego sąsiedztwa”. Z tego wynika zarazem, że UE nie będzie musiała rozwijać „szczególnych stosunków” z państwami z nią sąsiadującymi, które nie będą przestrzegać unijnych wartości³⁴.

Relacje między UE a poszczególnymi krajami objętymi Europejską Polityką Sąsiedztwa regulują umowy dwustronne – w przypadku krajów basenu Morza Śródziemnego są to układy eurośródziemnomorskie, a ze wschodnimi sąsiadami zawarte zostały układy stowarzyszeniowe. Ich postanowienia zwracają szczególną uwagę na to, że stosunki między stronami oparte są na przestrzeganiu podstawowych wartości. Na przykład w Układzie stowarzyszeniowym zawartym przez Unię z Ukrainą w 2014 r. na pierwszym miejscu wśród celów stowarzyszenia wymieniono „propagowanie stopniowego zbliżenia między Stronami w oparciu o wspólne wartości oraz bliskie i uprzywilejowane związki [...]”. Następnie zaś w art. 2 wskazano, że „poszanowanie zasad demokratycznych, praw człowieka i podstawowych wolności [...] oraz poszanowanie zasady praworządności są podstawą wewnętrznej i zewnętrznej polityki Stron oraz stanowią istotne elementy niniejszego Układu [...]”³⁵. Zbliżone regulacje zostały zawarte w układach stowarzyszeniowych z Mołdawią i Gruzją. Warto przy tym zwrócić uwagę na to, że poszanowanie wspólnych wartości jest uznawane za tzw. istotny element układów zawartych z państwami objętymi polityką sąsiedzką. Stąd też ich naruszenie może spotkać się z natychmiastową re-

Białoruś, Syria i Libia. Por. szerzej P. Marcinkowska, *Europejska Polityka Sąsiedztwa. Unia Europejska i jej sąsiedzi – wzajemne relacje i wyzwania*, Wydawnictwo UW, Warszawa 2011, s. 21.

³² Komunikat z 2004 r., s. 3.

³³ Por. S. Lehne, *Time to Reset the European Neighbourhood Policy*, Carnegie Europe, Brussels 2014, s. 4.

³⁴ A. Kalicka-Mikołajczyk, *Europejska Polityka Sąsiedztwa...*, s. 62.

³⁵ Układ stowarzyszeniowy pomiędzy Unią Europejską, Europejską Wspólnotą Energii Atomowej i państwami członkowskimi z jednej strony a Ukrainą z drugiej strony, Dz. Urz. UE L 161/3 z 29.05.2014 r. Jego pełne wprowadzenie w życie nastąpiło 1 września 2017 r.

akcją ze strony UE, np. w postaci zamrożenia funduszy, i w tym zakresie nie obowiązuje zasada zróżnicowania, ale środki te stosowane są w jednolity sposób wobec południowych i wschodnich sąsiadów³⁶.

Wsparcie finansowe dla krajów objętych Europejską Polityką Sąsiedztwa od 2014 r. odbywa się przy pomocy Europejskiego Instrumentu Sąsiedztwa (EIS). W rozporządzeniu stanowiącym podstawę jego funkcjonowania³⁷ podkreślono, że ma on służyć budowaniu przestrzeni wspólnego dobrobytu i dobrego sąsiedztwa poprzez rozwijanie szczególnych stosunków opartych na współpracy, pokoju i bezpieczeństwie, wzajemnej rozliczalności oraz wspólnym zaangażowaniu na rzecz uniwersalnych wartości: demokracji, praworządności i poszanowania praw człowieka zgodnie z TUE (art. 1 ust. 1). Nie ma zatem wątpliwości, że inicjatywy finansowane z EIS muszą być zgodne z tymi wartościami i zasadami (art. 1 ust. 4 rozporządzenia). Z kolei wśród szczegółowych celów unijnego wsparcia na pierwszym miejscu wymieniono „propagowanie praw człowieka i podstawowych wolności, rządów prawa, zasad równości i walkę w wszelkimi formami dyskryminacji, ustanowienie głębokiej i trwałej demokracji, propagowanie dobrych rządów, walkę z korupcją, wzmacnianie zdolności instytucjonalnych na wszystkich szczeblach oraz rozwój dobrze prosperującego społeczeństwa obywatelskiego z udziałem partnerów społecznych” (art. 2 ust. 2a rozporządzenia). Warto dodać, że całkowity budżet EIS na lata 2014-2020 wynosił 15,4 mld EUR.

Poza pomocą finansową państwa sąsiedzkie mogą liczyć również na wsparcie techniczne. W tym zakresie już w komunikacie Komisji z 2004 r. przewidziano wykorzystanie mechanizmów, które okazały się pomocne w przypadku krajów kandydujących do członkostwa, takich jak: wsparcie ekspertów (TAIEX), *twinning* czy udział w programach unijnych. TAIEX (Biuro Wymiany Informacji o Pomocy Technicznej) ma zapewniać pomoc w procesie zbliżania systemów prawnych państw objętych Europejską Polityką Sąsiedztwa do standardów unijnych. Polega to zwykle na wysłaniu ekspertów z państwa członkowskiego do danego kraju partnerskiego z misją wykonania określonego zadania reformatorskiego. Podobnie *twinning* umożliwia wysłanie przedstawicieli administracji państw członkowskich do krajów partnerskich w celu podjęcia współpracy służącej ich przygotowaniu do implementacji dorobku unijnego w konkretnym sektorze. Ta forma wsparcia technicznego jest jednak bardziej skomplikowana niż TAIEX, wymaga też przygotowania i trwałego zaangażowania kraju partnerskiego³⁸.

Mimo funkcjonowania tych różnych instrumentów i mechanizmów Europejska Polityka Sąsiedztwa okazała się mało skuteczna również w odniesieniu do rozwijania i promowania wartości Unii w jej najbliższym sąsiedztwie. Powolny postęp w zakresie realizacji głównych założeń tej polityki połączony z dynamicznymi zmianami zachodzącymi w państwach sąsiedzkich sprawił, że Komisja Europejska

³⁶ Por. szerzej: S. Poli, *The European Neighbourhood Policy: Differentiation without Political Conditionality?*, „Yearbook of Polish European Studies” 2015, vol. 18, s. 156-160.

³⁷ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 232/2014 z 11 marca 2014 r. ustanawiające Europejski Instrument Sąsiedztwa, Dz. Urz. UE L 77/27 z 15.03.2014 r.

³⁸ Por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, *Europejska Polityka Sąsiedztwa – cele i instrumenty*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 3, s. 63-76.

starła się modyfikować swoje podejście, wydając kolejne komunikaty. W komunikacie z 2011 r. *Nowa odpowiedź na zmieniające się sąsiedztwo*³⁹ wskazała na potrzebę sformułowania nowego podejścia, którego celem jest: zapewnienie większego wsparcia dla partnerów zaangażowanych w budowę „głębokiej demokracji”; wsparcie rozwoju gospodarczego, zapewniającego zrównoważony wzrost w wielu dziedzinach życia; wzmocnienie dwóch regionalnych wymiarów Europejskiej Polityki Sąsiedztwa, obejmujących Wschodnie Partnerstwo oraz Unię dla Śródziemnomorza; zapewnienie mechanizmów oraz instrumentów odpowiednich do osiągnięcia tych zamierzeń. W odniesieniu do pierwszego z celów wskazano, że dobrze funkcjonująca demokracja, poszanowanie praw człowieka i rządy prawa to podstawowe filary partnerstwa UE z jej sąsiadami. Podkreślono, że budowanie głębokiej i trwałej demokracji wymaga silnego zaangażowania ze strony rządów. Jej najważniejszymi elementami pozostają zaś: wolne i uczciwe wybory; swoboda zrzeszania się, wypowiedzi i zgromadzeń oraz wolna prasa i media; rządy prawa wymagające niezawisłych sądów i prawa do rzetelnego procesu sądowego; walka z korupcją; reforma sektora bezpieczeństwa i organów ścigania (w tym policji) oraz ustanowienie demokratycznej kontroli nad siłami zbrojnymi i siłami bezpieczeństwa⁴⁰.

Z kolei w komunikacie z 2015 r. *Przegląd Europejskiej Polityki Sąsiedztwa*⁴¹ Komisja dokonała swoistego podsumowania jej funkcjonowania. Stwierdziła m.in., że „podejście oparte na zachęcie («więcej za więcej») odniosło sukces we wspieraniu reform w dziedzinie dobrych rządów, demokracji, praworządności i praw człowieka, jedynie w tych krajach, które były zaangażowane w takie reformy. Jednak nie okazało się ono wystarczająco silnym bodźcem do zaangażowania się w reformy tam, gdzie nie ma woli politycznej. W takich przypadkach UE poszuka skuteczniejszych sposobów zachęty do przeprowadzenia zasadniczych reform, w tym poprzez zaangażowanie podmiotów cywilnych, gospodarczych i społecznych”⁴². W rezultacie Komisja potwierdziła zaangażowanie UE w promowanie dobrego rządzenia, demokracji, rządów prawa i praw człowieka. Natomiast należy szukać bardziej skutecznych sposobów promowania reform, uzgodnionych z poszczególnymi państwami uczestniczącymi w Europejskiej Polityce Sąsiedztwa oraz w szerszym zakresie wspierać społeczeństwo obywatelskie.

Doświadczenia w funkcjonowaniu Europejskiej Polityki Sąsiedztwa potwierdzają zatem, że mechaniczne podejście do promowania wartości unijnych nie przynosi spodziewanych efektów, a warunkowość nie powinna być jedynym istotnym instrumentem w tym zakresie, ale należy też sięgać po inne, np. o charakterze dyplomatycznym⁴³. Niezbędne jest również wypracowanie zindywidualizowanych rozwiązań, uwzględniających specyfikę sytuacji w poszczególnych państwach sąsiedzkich oraz ich zróżnicowane aspiracje do posiadania bliskich relacji z UE i tzw. europeizacji. Zwłaszcza ten ostatni element należy uwzględnić w rozważaniach nad

³⁹ COM (2011) 303 final, Brussels, 25.03.2011.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 3.

⁴¹ JOIN (2015) 50 final, Brussels, 18.11.2015.

⁴² *Ibidem*, s. 5.

⁴³ Por. szerzej S. Lehne, *Time to Reset...*, s. 10.

skutecznością Europejskiej Polityki Sąsiedztwa w zakresie promowania wartości unijnych, której nie da się porównać z polityką rozszerzenia.

4.4. Współpraca na rzecz rozwoju i wspólna polityka handlowa

Artykuł 208 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁴ (TFUE) przewiduje, że „polityka w dziedzinie współpracy na rzecz rozwoju jest prowadzona zgodnie z zasadami i celami działań zewnętrznych Unii”. Podobne sformułowanie odnajdziemy w art. 207 ust. 1 zd. 2 odnoszącym się do wspólnej polityki handlowej. Oznacza to, że także w ich ramach niezmiernie ważną rolę odgrywa wspieranie i promowanie wartości unijnych. Potwierdzają to postanowienia umów zawieranych zarówno z krajami rozwijającymi się, jak i pozostałymi państwami trzecimi, np. w celu zapewnienia wolnego handlu.

Najczęściej przywoływanym w literaturze przedmiotu przykładem umowy, w którym w szerokim zakresie odwołano się do wartości unijnych, jest umowa o partnerstwie między członkami grupy państw Afryki, Karaibów i Pacyfiku z jednej strony a Wspólnotą Europejską i jej państwami członkowskimi z drugiej strony⁴⁵. Została ona zawarta w Kotonu (Cotonou) 23 czerwca 2000 r. na okres dwudziestu lat⁴⁶. Jednak w związku z tym, że jej postanowienia dotyczące podstaw współpracy, w tym jej zasadniczych elementów, nie ulegną zmianie, warto się do nich odwołać. Dotyczy to w szczególności art. 9 umowy z Kotonu, który zwraca uwagę na to, że „poszanowanie wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności, w tym podstawowych praw socjalnych, demokracji opartej na zasadzie państwa prawnego oraz przejrzystych i odpowiedzialnych rządów, stanowi integralną część stałego rozwoju” (ust. 1 zd. 2). Jest ono również podstawą partnerstwa AKP-UE, polityki krajowej i międzynarodowej stron umowy oraz jej istotnym elementem (ust. 2).

Strony umowy potwierdzają zatem swoje przywiązanie do godności ludzkiej i praw człowieka, które wspierają i chronią także równość mężczyzn i kobiet. „Każde państwo rozwija własną kulturę demokratyczną w oparciu o powszechnie uznawane zasady. Strukturę rządu oraz przywileje korzystania z różnych uprawnień ustala się w oparciu o zasadę państwa prawnego obejmującą w szczególności skuteczne i łatwo dostępne prawne środki odwoławcze, niezależny system prawny gwarantujący równość wobec prawa oraz władzę wykonawczą w pełni podlegającą prawu” (art. 9 ust. 2 zd. 8 i 9 umowy). Zgodnie z umową z Kotonu dobre rządy są podstawą partnerstwa AKP-UE, polityki krajowej i międzynarodowej stron umowy oraz jej istotnym elementem. Wiążą się one „z przejrzystym i odpowiedzialnym zarządzaniem zasobami ludzkimi, naturalnymi, gospodarczymi i finansowymi do celów sprawiedliwego i stałego rozwoju. Obejmują jasne procedury decyzyjne na poziomie władz państwowych, jawne i odpowiedzialne instytucje, nadrzędność

⁴⁴ Dz. Urz. UE C 326/47 z 26.10.2012 r. (wersja skonsolidowana).

⁴⁵ Dz. Urz. UE L 317/3 z 15.12.2000 r.

⁴⁶ Obecnie trwają prace nad nową umową, a obowiązywanie dotychczasowej przedłużono do 30 listopada 2021 r., o ile przed tym terminem nie zacznie być tymczasowo stosowana ani nie wejdzie w życie nowa umowa o partnerstwie między UE a państwami AKP.

prawa w zarządzaniu i rozdziale zasobów oraz tworzenie możliwości opracowywania i realizacji środków mających w szczególności na celu zapobieganie i zwalczanie korupcji” (art. 9 ust. 3 umowy). Celem partnerstwa UE-AKP jest aktywne wspieranie oraz promowanie praw człowieka, procesów demokratyzacji, konsolidacji państwa prawnego i dobrych rządów. W ramach strategii ustalonych wspólnie między zainteresowanymi państwami a Unią, ta ostatnia „wspiera reformy instytucjonalne i prawne oraz tworzenie możliwości dla podmiotów państwowych i prywatnych, a także społeczeństwa obywatelskiego” (art. 9 ust. 4 umowy).

Istotne znaczenie mają także postanowienia zapewniające przestrzeganie przez państwa-strony umowy tych podstawowych wartości. Zasadnicze znaczenie we wzajemnych relacjach ma mieć dialog polityczny. Jeśli jednak on zawiedzie, wówczas w art. 96 umowy przewidziano dalsze działania, jakie mogą być podjęte. Należą do nich: procedura konsultacyjna oraz tzw. środki właściwe w odniesieniu do praw człowieka, zasad demokratycznych i państwa prawnego. Konsultacje są prowadzone na poziomie i w formie uznanej za najodpowiedniejszą dla znalezienia rozwiązania. Jeśli jednak nie doprowadzą one do rozwiązania zadowalającego obie strony, jeśli odmówiono udziału w konsultacjach lub w nagłych przypadkach, mogą zostać przyjęte właściwe środki, czyli „zgodne z prawem międzynarodowym, a przy tym adekwatnie do naruszenia. Przy wyborze tych środków należy przede wszystkim uwzględnić środki w najmniejszym stopniu zakłócające stosowanie niniejszej umowy. Przyjmuje się, że zawieszenie byłoby środkiem ostatecznym” (art. 96 ust. 2 lit. c). Procedura związana z niewykonywaniem zobowiązań wynikających z art. 9 umowy stanowi dla Unii istotny instrument prawny, który pozwala jej uzależniać korzyści związane ze wspieraniem rozwoju i relacji handlowych z państwami AKP od tego, jakie postępy czynią one w zakresie realizacji jej podstawowych wartości⁴⁷.

Przykładem umowy handlowej, która zawiera zbliżone do wyżej wskazanych regulacje dotyczące wartości unijnych i ich przestrzegania, jest umowa między UE a Kolumbią, Ekwadorem i Peru⁴⁸. Już w art. 1 przewidziano, że poszanowanie zasad demokratycznych, podstawowych praw człowieka i zasady rządów prawa stanowi podstawę polityki krajowej i międzynarodowej stron umowy oraz jej istotny element. Z kolei art. 8 ust. 3 umowy handlowej przewiduje, że w przypadku gdy zawiedzie dialog polityczny, a zostanie stwierdzone naruszenie tego istotnego elementu umowy, strony mogą bezzwłocznie podjąć właściwe środki zgodne z prawem międzynarodowym. Mają być one proporcjonalne do naruszenia i w jak najmniejszym możliwym stopniu zakłócać funkcjonowanie całej umowy.

Przedstawione przykłady porozumień potwierdzają, że warunkowość odgrywa istotną rolę także w przypadku środków podejmowanych w ramach wspólnej polityki handlowej oraz współpracy na rzecz rozwoju. Warto także zauważyć, że poszanowanie najważniejszych wartości unijnych (prawa człowieka, demokracja

⁴⁷ T.P. Holterus, *The Legal Dimensions...*, s. 105.

⁴⁸ Umowa ta pierwotnie została zawarta z Kolumbią i Peru (26.06.2012 r.), a następnie przystąpił do niej Ekwador.

i rządy prawa) należy do tzw. istotnych elementów umowy (*essential elements*). W rezultacie ich nieprzestrzeganie pociąga za sobą możliwość zastosowania mechanizmu konsultacji bądź też szczególnego sposobu rozstrzygania sporu między stronami, ale jeśli one zawiodą, mogą zostać podjęte tzw. właściwe środki (*appropriate measures*), do których należy również zawieszenie niektórych postanowień umowy (choć to rozwiązanie uznaje się za ostateczne). Wydaje się zatem, że Unia wypracowała swoisty model postępowania w relacjach z państwami trzecimi, z którymi zawiera umowy handlowe lub o partnerstwie. Ma on na celu wzmocnienie i promowanie przestrzegania jej podstawowych wartości przez te kraje⁴⁹.

4.5. Polityka zagraniczna i spraw bezpieczeństwa

W ramach tej polityki wartości odgrywają szczególną rolę – stanowią rodzaj wytycznych, jakimi ma kierować się Unia, przyjmując akty prawne lub podejmując konkretne działania dotyczące spraw zagranicznych i bezpieczeństwa. Potwierdzają to ogólne regulacje traktatowe odnoszące się do tej polityki. Z art. 23 TUE wyraźnie wynika, że opiera się ona na zasadach i zmierza do osiągnięcia celów wskazanych w postanowieniach ogólnych dotyczących zewnętrznych działań Unii⁵⁰. Wartości stanowią punkt odniesienia dokumentów strategicznych przyjmowanych w ramach polityki zagranicznej i spraw bezpieczeństwa. Podkreśla się w nich rolę Unii jako promotora wartości na arenie międzynarodowej. Najlepszym tego przykładem są postanowienia Globalnej strategii na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa Unii Europejskiej⁵¹. Dokument ten w samej nazwie wskazuje, że mamy do czynienia z podejściem kompleksowym, nie tylko odnoszącym się do wszystkich działań zewnętrznych UE, ale także dostrzegającym powiązania, jakie zachodzą między nimi a politykami wewnętrznymi, np. w zakresie zwalczania terroryzmu i przestępczości zorganizowanej⁵². Strategia podkreśla znaczenie wartości dla realizacji interesów UE na arenie międzynarodowej: „Nasze interesy i wartości idą w parze. W naszym

⁴⁹ Por. M. Niezen, *The EU as an external promoter of its internal values. A Master Thesis in European Studies*, March 2017, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, s. 28, https://essay.utwente.nl/72022/1/Niezen_MA_BMS.pdf [dostęp 27.06.2021].

⁵⁰ Chodzi o zasady wyrażone w art. 21 (1) TUE, a zatem demokrację, rządy prawa, powszechność i niepodzielność praw człowieka i podstawowych wolności, poszanowanie godności ludzkiej, zasady równości i solidarności, poszanowanie zasad Karty Narodów Zjednoczonych oraz prawa międzynarodowego, a także o cele wskazane w art. 21 (2) TUE, czyli m.in.: ochronę unijnych wartości, podstawowych interesów, bezpieczeństwa, niezależności i integralności; umacnianie i wspieranie demokracji, rządów prawa, praw człowieka i zasad prawa międzynarodowego, utrzymanie pokoju, zapobieganie konfliktom i umacnianie bezpieczeństwa międzynarodowego zgodnie z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych, jak również z zasadami Aktu końcowego z Helsinek oraz celami Karty Paryskiej, w tym z celami i zasadami dotyczącymi granic zewnętrznych.

⁵¹ *Wspólna wizja, wspólne działanie: Silniejsza Europa. Globalna strategia na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa Unii Europejskiej 2016*, s. 3, https://eeas.europa.eu/archives/docs/top_stories/pdf/eugs_pl.pdf [dostęp 23.09.2021].

⁵² Por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, *Żałożenia globalnej strategii na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa – przełom czy stagnacja w strategicznym podejściu Unii Europejskiej?*, „Sprawy Międzynarodowe” 2017, nr 2, s. 46-62.

interesie jest promowanie naszych wartości w świecie. Jednocześnie nasze podstawowe wartości są zakorzenione w naszych interesach”⁵³. W omawianym dokumencie odnajdziemy deklarację, że Unia „pozostanie wierna wartościom”, które legły u podstaw jej utworzenia i rozwoju. Należą do nich poszanowanie oraz upowszechnianie praw człowieka i podstawowych wolności, rządy prawa, sprawiedliwość, równość, pluralizm i poszanowanie różnorodności. Strategia uznaje, że konsekwentne przestrzeganie wartości przez samą Unię zdecyduje o jej zewnętrznej wiarygodności i wpływie⁵⁴. Trudno nie zgodzić się z tym stwierdzeniem. Nadal jednak brakuje w tym dokumencie wyraźnego zestawu środków i zasobów, które należałoby uruchomić dla realizacji wskazanych w nim priorytetów, w tym związanych z rolą UE jako globalnego aktora promującego i zapewniającego przestrzeganie istotnych dla niej wartości.

Podobny, dość ogólny charakter mają deklaracje wydawane w ramach polityki zagranicznej i spraw bezpieczeństwa. W doktrynie wyróżnia się pięć ich zasadniczych typów: wspierające instytucje międzynarodowe, „uzupełniające” (UE koncentruje się w nich na sytuacji w państwach trzecich, wymagając od nich podjęcia specyficznych działań), wyrażające ograniczony krytycyzm (UE wyraża swoją troskę w zakresie zachowania państw albo szczególnych wydarzeń), bardzo krytyczne (UE wyraża w nich swój negatywny stosunek wobec konkretnych sytuacji, takich jak naruszenie praw człowieka), wreszcie nakładające sankcje na państwa trzecie⁵⁵. Wszystkie deklaracje odnoszą się do przestrzegania praw człowieka, pomocy humanitarnej oraz demokracji. Unia stara się przy tym odnosić do regulacji Organizacji Narodów Zjednoczonych lub innych międzynarodowych forów⁵⁶.

Należy zatem zauważyć, że w ramach polityki zagranicznej i bezpieczeństwa UE systematycznie podkreśla znaczenie czy wręcz nieodzowność przestrzegania podstawowych wartości, na których sama się opiera. Jednocześnie jednak zarówno w Globalnej strategii na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa Unii Europejskiej, jak i w deklaracjach nie doprecyzowano środków mających służyć realizacji tego założenia. W pierwszym ze wskazanych dokumentów wskazuje się ogólne cele i rodzaje działań, jakie UE zamierza podjąć w najbliższym czasie. Natomiast deklaracje często służą po prostu wyrażeniu opinii Unii odnośnie do sytuacji czy wydarzeń, jakie mają miejsce na arenie międzynarodowej, w tym w państwach trzecich. Daleko idącym zamierzeniom nie towarzyszą zatem konkretne środki wspierające ich realizację (*enforcement measures*).

⁵³ *Globalna strategia...*, s. 11-12.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 13.

⁵⁵ P.J. Cardwell, *Values in the European Union's foreign policy: an analysis and assessment of CFSP Declarations*, „European Foreign Affairs Review” 2016, vol. 21(4), s. 606 i n.

⁵⁶ M. Niezen, *The EU as an external promoter...*, s. 30.

5. Wnioski końcowe

Analiza przeprowadzona w niniejszym opracowaniu pozwala na uznanie trafności wstępnych założeń badawczych. Po pierwsze, samo pojęcie wartości nie zostało doprecyzowane w prawie unijnym. Nie wydaje się jednak, aby odbiegało ono od sposobu jego rozumienia na gruncie nauk społecznych. Wymienione w art. 2 TUE wartości stanowią wspólny rdzeń aksjologiczny państw członkowskich i podstawę dla przyszłych działań UE w różnych obszarach, także na arenie międzynarodowej. W tym zakresie bardziej szczegółową podstawę prawną stanowią art. 3 (5) oraz 21 (1) TUE. Pierwszy z nich doprecyzowuje cele Unii w zakresie stosunków zewnętrznych, a drugi potwierdza, że wartości leżące u podstaw funkcjonowania Unii są podstawą jej działania na arenie międzynarodowej.

Unia Europejska ma nie tylko zapewnić przestrzeganie wartości, ale także je promować na zewnątrz. Mamy zatem do czynienia z ich swoistym eksportem do państw trzecich. Odbywa się to jednak przy pomocy zróżnicowanych środków prawnych. Można zatem pozytywnie zweryfikować hipotezę postawioną we wstępie, że wspieranie i promowanie wartości unijnych jest ważnym zadaniem w ramach wszystkich działań podejmowanych przez Unię na arenie międzynarodowej, różnią się one jednak skutecznością. Niewątpliwie najdalej idącym, a zarazem najbardziej efektywnym środkiem jest mechanizm warunkowości stosowany w ramach polityki rozszerzenia. Decyduje on o skuteczności wzmacniania i promowania wartości unijnych w najbliższym sąsiedztwie. Mechanizm ten „nie zdał jednak egzaminu” w ramach Europejskiej Polityki Sąsiedztwa, być może z tego względu, że był stosowany w sposób zbyt mechaniczny, nieuwzględniający przy tym zróżnicowania najbliższych sąsiadów UE. W przypadku niektórych państw sąsiedzkich istotne znaczenie mogło mieć także to, że nie połączono go z obietnicą członkostwa w Unii. Należy zatem opracować bardziej indywidualne rozwiązania, w większym stopniu uwzględniające specyfikę sąsiadów.

Warunkowość odgrywa istotną rolę także w przypadku środków podejmowanych w ramach wspólnej polityki handlowej oraz współpracy na rzecz rozwoju. Przestrzeganie podstawowych wartości unijnych stanowi istotny element umów zawieranych z państwami trzecimi, a ich naruszanie pociąga za sobą istotne skutki, w tym podjęcie tzw. właściwych środków, do których należy również zawieszenie niektórych postanowień umowy (choć to rozwiązanie uznaje się za ostateczne). Taki model postępowania można uznać za względnie skuteczny. Na tym tle najslabiej prezentuje się zatem polityka zagraniczna i spraw bezpieczeństwa, w ramach której trudno odnaleźć jakiegokolwiek mechanizmy służące zapewnieniu przestrzegania wartości unijnych. Raczej mamy tu do czynienia z różnego rodzaju działaniami o deklaracyjnym i niewiążącym charakterze. Warto byłoby rozważyć przyjmowanie w tym obszarze bardziej skutecznych środków promujących wartości unijne, zwłaszcza jeśli Unia aspiruje do bycia globalnym aktorem na arenie międzynarodowej.

W sprawie tożsamości europejskiej

Wprowadzenie

Tożsamość w ujęciu psychologicznym oznacza „poznawcze ujmowanie przez człowieka samego siebie we wszelkich możliwych relacjach z samym sobą oraz światem zewnętrznym”¹. Pojęcie to najbliższe jest nauce filozofii i odnosi się do sfery psychologicznej człowieka. W naukach społecznych pojęcie tożsamości będzie przede wszystkim obejmować odniesienia do wszelkich doświadczeń jednostki, w tym takich, które są związane z uczestnictwem jednostki w różnorodnych grupach. Tożsamość może określać pozycję jednostki w grupie i przynależność do niej, co prowadzi do posiadania świadomości wspólnych cech i poczucia jedności². W związku z wykształceniem się pojęcia zbiorowej tożsamości w naukach społecznych pojawia się wiele określeń odnoszących się do grupy w różnych aspektach jej istnienia. Można spotkać się z terminem: tożsamość narodowa, tożsamość religijna czy wreszcie tożsamość europejska. Zgodnie z przyjętymi założeniami tożsamości grupowe oddziałują na siebie wzajemnie. W opinii niektórych tożsamość nie jest osobista czy psychologiczna, ale co do podstaw jest to więź społeczna, definiowana przez interakcje podmiotowe w stosunkach i związkach z innymi, dlatego tożsamość może być kumulacją różnych cech, uzależnionych od relacji jednostki z innymi i umiejscowiona w pewnych ramach instytucjonalnych³.

Gdy po II wojnie światowej podjęto próbę zbudowania w Europie wspólnoty opartej na integracji gospodarczej państw członkowskich, szczególne miejsce przypisano jednostce. Wyraźnie podkreślono to zarówno w treści traktatu, jak i w samej preambule do umowy, w której wyraźnie stwierdzono, że należy zerwać z wielowiekową rywalizacją i „[...] stworzyć, poprzez ustanowienie wspólnoty gospodarczej, podstawę dla szerszej i głębszej wspólnoty między ludami, długo podzielonymi przez krwawe konflikty”⁴. W ślad za tymi deklaracjami przyjmowane były akty prawne,

* Dr hab. Barbara Mielnik, prof. Uniwersytetu Wrocławskiego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, ORCID: 0000-0002-2620-3987.

¹ *Encyklopedia PWN*, <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/tozsamosc;3988536.html> [dostęp 15.11.2021].

² S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003, s. 96.

³ M. Barnett, *Culture, Strategy and Foreign Policy Change: Israel's Road to Oslo*, “European Journal of International Relations” March 1999, s. 9.

⁴ Treaty Establishing the European Coal and Steel Community and Annexes I-III, Paris, 18 kwietnia 1951 r., <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:11951K:EN:PDF> [dostęp 11.11.2015].

których celem stało się budowanie poczucia przynależności jednostki do Wspólnot, a następnie do Unii Europejskiej. Zaliczane do nich są dokumenty dotyczące swobody przemieszczania i osiedlania się pracowników, regulacje wskazujące warunki wykonywania wolnych zawodów czy prowadzenie szeroko rozumianej działalności gospodarczej. Obok nich podejmowane były także inne inicjatywy, mające wzmacnić wśród obywateli państw członkowskich odczucie bezpośredniego wpływu na realizację projektu europejskiego. Stało się tak dzięki decyzji o przeprowadzeniu powszechnych i bezpośrednich wyborów do Parlamentu Europejskiego⁵. Obywatele państw członkowskich korzystają także z ujednoliconych wzorów paszportów⁶ i praw jazdy⁷. Te wszystkie instrumenty zapewniały nie tylko jednolity katalog praw dla obywateli państw członkowskich, których gwarantem była i jest Unia Europejska, ale także wyposażały osobę fizyczną w możliwość ochrony uprawnień ustanowionych w ramach organizacji zarówno w drodze sądowej, jak i poza nią⁸. Kulminacją procesu budowania poczucia jednolitej tożsamości europejskiej stało się wprowadzenie do traktatu z Maastricht instytucji obywatelstwa Unii Europejskiej.

Obywatelstwo Unii Europejskiej w obecnym kształcie uregulowane jest w traktacie z Lizbony w części II Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁹ zatytułowanej: „Niedyskryminacja i obywatelstwo Unii Europejskiej” w artykułach od 18 do 25. To podkreślenie roli obywateli państw członkowskich w ramach organizacji ma na celu przybliżenie idei zjednoczeniowych obywatelom i stworzenie poczucia więzi między nimi a Unią. Czy obywatelstwo Unii Europejskiej może prowadzić do wykształcenia się tożsamości europejskiej? Wydaje się, że tak, tym bardziej że w traktatach na tożsamość Unii jej twórcy się kilkakrotnie powołują. Na plan pierwszy wysuwa się sama preambuła do Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰, gdzie wyraźnie stwierdzono, że organizacja będzie: „realizować wspólną politykę zagraniczną i bezpieczeństwa, w tym stopniowo określać wspólną politykę obronną, która mogłaby prowadzić do wspólnej obrony, zgodnie z art. 17, wzmacniając w ten sposób tożsamość i niezależność Europy w celu wspierania pokoju, bezpieczeństwa oraz postępu w Europie i na świecie”. Potwierdzeniem założeń zawartych w Preambule jest także

⁵ Pierwsze wybory odbyły się w 1979 r. na podstawie decyzji Rady 76/78/EEC dotyczącej bezpośrednich wyborów do Parlamentu Europejskiego, Dz. Urz. WE L 287/1.

⁶ Rezolucja przedstawicieli rządów Państw Członkowskich obradujących w ramach Rady z 8 czerwca 2004 r. uzupełniająca rezolucje z dnia 23 czerwca 1981 r., 30 czerwca 1982 r., 14 lipca 1986 r. i 10 lipca 1995 r., dotyczące wprowadzenia jednolitego paszportu, Dz. Urz. UE C 245/01.

⁷ Dyrektywa 2006/126/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie praw jazdy (przekształcenie) (Tekst mający znaczenie dla EOG) (jest to tekst przekształcający m.in. dyrektywę Rady 91/439/EWG z dnia 29 lipca 1991 r.), Dz. Urz. UE L 403/18.

⁸ Skargi na działalność instytucji europejskich w drodze petycji do PE, a następnie po roku 1992 do Ombudsmana Europejskiego.

⁹ Tekst dokumentu w wersji skonsolidowanej opublikowano 26 grudnia 2012 r., Dz. Urz. UE C 326/47.

¹⁰ Tekst dokumentu w wersji skonsolidowanej opublikowano 7 czerwca 2016, Dz. Urz. UE C 202/13.

artykuł 2 TUE¹¹. Pomimo tych deklaracji organizacja ma jednak problem związany z brakiem jednoznacznego wskazania celów politycznych integracji. Obywatelstwo UE miało wypełnić jedną z tych luk, tworząc podstawy dla powstania europejskiego *demos*, korzystającego ze wspólnych praw. Zdawać by się mogło, że twierdzenie „ja mam prawa” powinno być zastąpione zwrotem „my mamy prawa”. Użycie zaimka „my” świadczyłoby o utożsamianiu się z grupą i przyjęcia przynajmniej w pewnym zakresie wspólnej tożsamości. Zaznaczyć należy, że ta zbiorowa, wspólna tożsamość nie ma na celu zastąpienia tożsamości narodowych osób fizycznych. Dowodem na to jest art. 6, gdzie podkreślono, że Unia to organizacja międzynarodowa szanująca tożsamość narodową państw członkowskich.

Oprócz samych traktatów pojęcie tożsamości europejskiej pojawia się także w wielu dokumentach wydawanych przez instytucje unijne¹². Rozumiane jest więc ono wielopłaszczyznowo, gdyż odnosi się zarówno do samej organizacji, jak i państw, co ma także przełożenie na wtórny¹³, dodatkowy charakter samego obywatelstwa unijnego.

1. Tworzenie tożsamości na poziomie krajowym – uwagi ogólne

Celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowe przedstawienie procesów, dzięki którym dochodzi do wykształcenia się tożsamości narodowej. Pewne mechanizmy można jednak zaobserwować jako typowe dla różnych zbiorowości. Analizując zjawiska społeczne zachodzące w różnych grupach, można zauważyć, że długoletnie starania zmierzające do ukształtowania społeczeństwa funkcjonującego w oparciu o wartości, prawa czy kulturę może doprowadzić do wykształcenia się wspólnej, grupowej tożsamości. Niejednokrotnie przyczynia się to do zacieśnienia czy wręcz powstania więzi narodowych w różnych środowiskach. Zjawiska, z którymi mamy do czynienia, mogą być czasem sztucznie indukowane lub wynikać z naturalnych procesów i zdarzeń wynikających ze wspólnych wyzwań stających przed grupą zamieszkującą określony obszar.

Przedstawiając w ogromnym uproszczeniu zjawiska, do jakich doszło w Europie na gruncie tworzenia się tożsamości narodowych, przyjmuje się, że po upadku cywilizacji starożytnych i w początkach kształtowania się struktur feudalnych istniało silne poczucie przynależności do rodu i grupy jako plemienia. Relacje te zostały mocno

¹¹ Artykuł 2: „Unia stawia sobie następujące cele: [...] – potwierdzanie swej tożsamości na arenie międzynarodowej, zwłaszcza poprzez realizację wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, w tym stopniowe określanie wspólnej polityki obronnej, która zgodnie z artykułem 17 mogłaby prowadzić do wspólnej obrony [...]”.

¹² Szerzej zob.: J. Plaňavová-Latanowicz, *National and European Identity – Opposing or Complementary Concepts in Czech, Polish and EU Law?*, „Studia Europejskie – Studies in European Affairs” 2019, nr 1, s. 78 i n.

¹³ B. Mielnik, *Charakter obywatelstwa Unii Europejskiej*, [w:] eadem (red.), *Status prawny obywatela RP po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005, s. 159.

nadwyreżone, gdy terytoria zaczęły być przedmiotem transferów, zabiegów dynastycznych i podbojów odbywających się poza wolą jednostek zamieszkujących dane obszary. Kształtowanie się nowych struktur społecznych, opartych bardziej na poddaństwie i zależnościach lennych, osłabiło wcześniejsze, pierwotne więzi. Jakkolwiek by nie przedstawiać społeczeństw feudalnych, większość osób zamieszkujących konkretne terytorium w myśl prawa lennego była pozbawiona wielu praw, z których z kolei w pełnym wymiarze mogła korzystać grupa uprzywilejowana. Trudno było doszukiwać się w tak skonstruowanym społeczeństwie poczucia przynależności do jednej grupy narodowej. Gdy porządek feudalny zaczął ulegać erozji w całej Europie (ogromną rolę w tym procesie odegrała rewolucja francuska i reformy ustrojowe XIX w. będące jej następstwem), pojawiły się tendencje do wprowadzenia na stałe zarówno do prawa krajowego, jak i obrotu międzynarodowego pojęcia narodu i obywatela. Głównie z powodów politycznych grupy świadomych obywateli zaczęły propagować ideę istnienia tożsamości narodowej. W tym celu odwoływano się do szerokiego grona jednostek zamieszkujących dane terytorium. Wyraźnie zachęcano nie tylko pojedynczych przedstawicieli, ale i całe grupy do uczestniczenia w różnorodnych przedsięwzięciach, od inicjatyw podkreślających wspólną kulturę i przeszłość, aż do świadomego udziału w wydarzeniach politycznych, co doprowadziło do ich upodmiotowienia. Przyczyniło się to do wykształcenia się nowożytnego pojęcia obywatelstwa jako wyrazu politycznej więzi między jednostką a państwem. Cechą szczególną tej konstrukcji było uznanie za obywateli wszystkich osób zamieszkujących określone terytorium lub jednostek utożsamiających się z daną grupą. W pierwszym przypadku powstała tożsamość państwowa (konstytucyjna – gromadzimy wokół dokumentu zasadniczego), zaś w drugim tożsamość narodowa (mamy wspólną przeszłość i kulturę).

Obywatelstwo państwowe jest definiowane jako wzajemna więź prawna między osobą fizyczną i państwem¹⁴. Obywatelstwo jednak to nie tylko stosunek prawny, ale także czynnik wspomagający identyfikację osoby przy jednoczesnym potwierdzeniu, kto jest, a kto nie jest członkiem grupy. T.H. Marshall, odnosząc się do kształtowania społeczeństwa obywatelskiego, dostrzega kilka etapów powstawania więzi między osobą a państwem po zerwaniu z zależnościami feudalnymi¹⁵. Częścią składową tego procesu jest wyposażenie osoby w podmiotowość prawną, czyli przyznanie jej praw cywilnych i uczynienie z niej elementu obrotu prawnego. Kolejny etap to wyposażenie osoby w prawa polityczne, dzięki którym jednostka uzyskuje wpływ na kształtowanie się ustroju politycznego państwa. Ostatnim elementem jest roztoczenie nad obywatelem opieki socjalnej. Dopiero po spełnieniu tych warunków osoba staje się obywatelem w nowoczesnym znaczeniu tego słowa. Jednak samo obywatelstwo bez świadomości bycia członkiem określonej grupy będzie tylko pewną formą przynależności. W relacjach tych potrzebna jest swoista równowaga opierająca się

¹⁴ B. Banaszak, A. Preisner, *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1993, s. 120; J. Jagielski, *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1998, s. 9.

¹⁵ T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, [w:] J. Manza, M. Sauder (eds.), *Inequality and Society*, W.W. Norton & Company, New York 2009, s. 149.

na relacjach prawnych i odczuciach osobistych. O ile ten pierwszy warunek formalny jest dość prosty do osiągnięcia, o tyle już sfera, w której odnosimy się do więzi emocjonalnej jednostki z daną zbiorowością, jest o wiele trudniejsza do jednoznacznej oceny. Nowo powstające państwa często stosują następujący zabieg. Przyznają mianowicie jednostkom jednakowe prawa, aby na ich podstawie zbudować wspólną tożsamość. Tworzone są wówczas wspólne i akceptowane przez większość mity założycielskie, czy też odpowiednio nagłaśniane wydarzenia historyczne. Promowane są również wspólne wartości często zawarte w konstytucjach czy w aktach określających prawa obywatelskie. To wszystko z czasem przyczynia się do wykształcenia poczucia tożsamości narodowej i powstaje jeden wspólny polityczny mianownik.

Nieco inaczej proces ten przebiega w państwach narodowych, gdyż to właśnie poczucie przynależności jednostki do grupy przyczynia się do ich powstania. W tym przypadku to społeczność posiada walory sprzyjające wykształceniu się odrębnej od innych tożsamości, a jest to możliwe dzięki określonej obszarowi, który jest przez nią zamieszkany, wspólnej przeszłości, kulturze czy wyznaniu. Sama wola osoby fizycznej przyłączenia się do tak ukształtowanej grupy narodowej może się okazać niewystarczająca, jeśli nie zostaną spełnione przesłanki podstawowe, do których można zaliczyć przynależność etniczną, religijną czy kulturową. Stąd też pojęcie tożsamości może mieć także kontekst geograficzny. Elementem koniecznym do uznania statusu jednostki staje się obok samej chęci danej osoby także akceptacja ze strony grupy, czego wyrazem jest przyznanie pozycji członka grupy, co także może mieć swój wyraz w nadaniu obywatelstwa.

Podobne procesy zachodzące we wszystkich niemal wspólnotach dostrzega Anthony D. Smith, zauważając¹⁶, że liderzy polityczni kładą nacisk na istnienie historycznego terytorium (ojczyzny), z którego członkowie grup się wywodzą. Kolejnym elementem ważnym dla społeczności jest stworzenie lub przywołanie wspólnych mitów czy pamięci historycznej. Tworzone są podstawy dla zaistnienia wspólnej kultury masowej, aby wreszcie przedstawić jednakowe prawa i obowiązki dla członków grupy oraz zbudować wspólną gospodarkę i pełną mobilność terytorialną na obszarze kontrolowanym przez wspólnotę. Połączenie tych wszystkich elementów powoduje, że jednostki zaczynają odczuwać przynależność do grupy, przez co pojawia się samoidentyfikacja jako jej członka.

Tożsamość narodowa jest szczególnym rodzajem wspólnej tożsamości, gdyż stanowi o społecznej i kulturalnej charakterystyce narodu pozwalającej na integrację jakiejś grupy jako podmiotu¹⁷. Jej charakter, specyfika i spuścizna kulturowa będąca ważnym zasobem narodu nie pozostaje bez znaczenia dla życia społecznego, politycznego i gospodarczego¹⁸. Ta swoista konsolidacja ma charakter zarówno

¹⁶ A.D. Smith. *National Identity*, Penguin, Harmondsworth 1991, s. 14.

¹⁷ M. Apostolovska-Stepanoska, H. Runceva-Tasev, *National Identity vs. European Identity: Partners or Rivals*, "Iustinianus Primus Law Review" 2017, vol. 8, no. 1, s. 1.

¹⁸ M. Wódka, *Naród według A.D. Smitha i jego znaczenie dla katolickiej nauki społecznej / Nation according to A.D. Smith and its significance for Catholic social teaching*, „Rozprawy Społeczne / Social Dissertations” 2020, nr 14(1), s. 1-14, <https://doi.org/10.29316/rs/119123> [dostęp 10.01.2022].

wewnętrzny (my), jak i zewnętrzny (oni). Biorąc pod uwagę zmieniające się czynniki, można dojść do wniosku, że w ten sposób postrzegana tożsamość narodowa nie zawsze będzie stabilna i podlega licznym zmiennym w zależności nie tylko od społeczeństw i etapu ich rozwoju, ale również wpływ na nią będą miały procesy i zdarzenia zachodzące poza nią, np. globalizacja. W przełożeniu na poziom krajowy niejednokrotnie będzie miała swoje odzwierciedlenie w obywatelstwie. Wydaje się, że w tym duchu wypowiada się polski Trybunał Konstytucyjny, odnosząc się do kwestii narodu i obywatelstwa oraz poniekąd tożsamości narodowej. Stwierdził on, że pojęcie naród określa wspólnotę, którą są obywatele Rzeczypospolitej. Mogłoby to oznaczać, że o przynależności do narodu świadczy samo obywatelstwo. Niemniej jednak w sprawie z 2015 r., choć podtrzymał generalnie swoje stanowisko¹⁹, to jednak uzupełnił wcześniejsze wywody, dodając w dalszej części uzasadnienia tego wyroku, że „dobra kultury są źródłem tożsamości narodu polskiego, jego trwania i rozwoju”. Wynika stąd, że „ustrojodawca traktuje naród polski jako wspólnotę nie tyle etniczną (w ścisłym znaczeniu «wspólnoty krwi», co byłoby bezprzedmiotowe wobec migracji i mieszania się różnych narodowości zarówno w wielonarodowej I i II Rzeczypospolitej, jak i w wyniku wojen i przemarszów obcych armii), ile kulturową”. Ta zdefiniowana jako trwająca przez pokolenia wspólnota związana jest różnorodnymi więzami – m.in. krwi, języka, kultury, religii²⁰. W dalszej analizie Trybunał odwoływał się do tego, co ma znamiona tożsamości (choć sam nie używał tego określenia), a przejawia się w istnieniu trwałej wspólnoty, posługującej się jednym językiem, mającej wspólną przeszłość i kulturę, wspólne interesy polityczne i gospodarcze, żywiącą poczucie odrębności od innych oraz nacechowaną istnieniem poczucia państwowego urzeczywistnienia przez posiadanie polskiego obywatelstwa²¹. Innymi słowy, narodowość jest powiązana z obywatelstwem, ale samo obywatelstwo nie jest czymś, co automatycznie otwiera nam dostęp do tożsamości grupy²².

Opierając się na dwóch bardzo ogólnikowo przedstawionych procesach powstawania tożsamości narodowej, samo obywatelstwo może być postrzegane w dwóch perspektywach. Pierwszej, liberalnej, odnoszącej się do indywidualnej tożsamości, i drugiej, wspólnotowej, na którą składają się aspekty historyczne, kulturalne czy solidarność etniczna²³. Niejednokrotnie wykształca się także podwójna tożsamość oparta na posiadaniu praw identycznych z resztą grupy i więzi etnicznej. Współcześnie

¹⁹ Wyroki TK: z 31 maja 2004 r., K 15/04, OTKA 2004, nr 5, poz. 47; z 12 stycznia 2005 r., K 24/04, OTKA 2005, nr 1, poz. 3; z 21 września 2015 r., K 28/13, OTKA 2015, nr 8, poz. 120.

²⁰ Trybunał w tym zakresie odwołał się do poglądów Pawła Winczorka, P. Winczorek, *Nauka o państwie*, Liber, Warszawa 2011, s. 14.

²¹ J. Sobczak, *Tożsamość narodowa jako zagadnienie konstytucyjne*, [w:] R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2018, s. 169-167.

²² J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen – Eros and Civilization*, "Working Paper Series in European Studies Special Edition" Spring 1998, <http://aei.pitt.edu/8990/1/weiler.pdf> [dostęp 10.01.2022], s. 29.

²³ J. Habermas, *Obywatelstwo a tożsamość narodowa. Rozważania nad przyszłością Europy*, przeł. B. Markiewicz, IFIS PAN, Warszawa 1993, s. 12-16.

niemal każda wspólnota społeczna opiera się na obywatelach, którzy ze sobą współdziałają i ufają sobie nawzajem nawet wtedy, gdy nie znają się wzajemnie. Dodatkowo tożsamość narodowa przyczynia się do wykształcenia się poczucia odrębności wobec innych narodów²⁴. Tożsamość narodowa oznacza w pewnym sensie polityczną afiliację, niezależnie czy poziom samoświadomości jest w danej grupie wysoki czy niski. Wspólnota polityczna składa się zaś ze wspólnych instytucji i kodeksu praw i obowiązków dla wszystkich członków żyjących na określonym terytorium²⁵.

Zjawiska zachodzące na gruncie relacji państwo–jednostka możemy odnieść do próby przeniesienia niektórych procesów na płaszczyznę unijną. Chęć dotarcia do osoby fizycznej jako świadomego elementu społeczeństwa europejskiego, z którym by się ona utożsamiała, składa się z kilku faz i co należy zauważyć, nie jest to proces skończony. Dla celu, jakim jest budowanie tożsamości europejskiej, wykorzystywane są różne elementy mające swe korzenie we wspólnych wartościach wykształconych w cywilizacjach starożytności oraz religii chrześcijańskiej. Niezaprzeczalnie dynamika tego procesu jest uzależniona od zmian, jakim poddawana jest sama Unia Europejska, i już na wstępnym etapie tworzenia tożsamości unijnej czy europejskiej podkreśla się jej dodatkowy, uzupełniający charakter względem tożsamości narodowej.

2. Procesy wpływające na powstanie tożsamości europejskiej

Wielu autorów odnosi się do istnienia jednej tożsamości europejskiej występującej na starym kontynencie. Źródeł tego zjawiska dopatrują się w przeszłości i wspólnej dość zresztą skomplikowanej historii. Wspólne cechy tożsamości europejskiej według Ilony Grądzkiej skupiają się wokół trzech podstaw²⁶: filozofii greckiej wprowadzającej do wspólnego dziedzictwa pojęcia abstrakcyjne, prawie rzymskim i rzymskich instytucjach, których śladów możemy dopatrzeć w każdym europejskim prawie krajowym, oraz chrześcijaństwie będącym przez wiele stuleci dominującą religią na kontynencie, co przyczyniło się do przyjęcia przez znaczną część narodów europejskich wspólnych wartości moralnych. Odnosiły się one zarówno do warstwy wyznaniowej i korzystania z jednego języka liturgicznego i podobnych obrządków, jak i do rozumienia pewnych pojęć filozoficznych. Stąd też nastąpiło połączenie tożsamości narodowej państw europejskich z szeroko rozumianą tożsamością europejską²⁷. Niektórzy, zastanawiając się nad najnowszą przeszłością Europy i jej szansą na zbudowanie ściślejszej integracji, poruszają także problem wspólnej traumy, jaką była II wojna światowa. Taka tożsamość zbudowana wokół tragicznych doświadczeń ma

²⁴ I. Grądzka, *Rule of Respecting the National Identities of the Member States*, [w:] G. Dammacco, B. Sitek, A. Uricchio (ed.), *Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie*, Cacuccio, Bari 2012, s. 498.

²⁵ M. Apostolovska-Stepanoska, H. Runceva-Tasev, *National Identity...*, s. 1.

²⁶ M. Sitek, *Tożsamość narodowa (europejska) a obywatelstwo Unii Europejskiej*, "Journal of Modern Science" 2015, vol. 4, no. 27, s. 118.

²⁷ I. Grądzka, *Rule of Respecting...*, s. 498.

swoje korzenie również w pojmowaniu chrześcijaństwa i z jednej strony prowadzi do wykształcenia poczucia ogromnej krzywdy, a z drugiej do nieustającego poczucia winy w związku z wydarzeniami z tego okresu²⁸.

Europa jest na tle innych regionów dość niewielkim kontynentem, na którym zamieszkuje wiele narodów różniących się od siebie pod wieloma względami. Wspólna historia pełna jest wojen i rywalizacji oddziałujących nie tylko na sąsiadujące ze sobą społeczności, ale na cały świat. Choć na tym małym terenie występują elementy mogące być podwaliną dla powstania poczucia solidarności, to w praktyce wykorzystanie tego potencjału jest dość ograniczone. Niejednokrotnie prezentowane są deklaracje mające świadczyć o tym, że mieszkańcy państw europejskich są Europejczykami, gdyż zamieszkują jeden region geograficzny, ale również uznają i szanują wspólne wartości. Gdy jednak zaczynamy analizować to, co czyni z nas tę swoistą wspólnotę, pojawiają się daleko idące rozbieżności. Zauważyć można, że w Europie kierunki budowania wspólnej tożsamości są niejako dwutorowe. Z jednej strony mamy do czynienia z odwoływaniem się do wspólnej historii, tradycji i kultury, z drugiej zaś obserwujemy swoisty eksperyment, jaki podjęła Unia Europejska, usiłując czerpać zarówno z tego nurtu tradycyjno-historycznego, jak i kładąc nacisk na pomysł integracji przez ekonomię i prawo.

Pierwsza ze wspomnianych inicjatyw zmierzająca do podkreślania wspólnych europejskich korzeni historycznych oraz tradycji kultury to przyjęta w roku 1950 europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁹. Oczywiście dążenie do odbudowania wiary w godność jednostki wraz z chęcią zbudowania solidnych podstaw dla ponownego wszczęcia poprawnych relacji między narodami wydają się najważniejszymi podstawami dla nowej inicjatywy. Pomocne okazało się w związku z tym przywołanie tego, co łączyło narody europejskie. Ze wstępu do konwencji wynika, że dokument ten miał stanowić swoistego rodzaju akt wykonawczy do Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, jednak jego autorzy wskazali wprost, że państwa europejskie posiadają: „[...] wspólne dziedzictwo ideałów i tradycji politycznych, poszanowania wolności i rządów prawa [...]”, podkreślając przy tym rolę i doniosłe znaczenie kierowania się zasadami demokratycznymi przez państwa sygnatariuszy. Konwencja stanowi najbardziej kompleksowy dokument z dziedziny ochrony praw podstawowych na świecie. Prawa w niej wskazane wraz z efektywnym systemem ich międzynarodowej ochrony są wspólne dla większości narodów europejskich.

Obecnie, gdy przeanalizowana zostałaby zarówno część merytoryczna Konwencji oraz dorobek Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, oczywiste jest, że dokument ten niewątpliwie oddziałuje i niezaprzeczalnie stanowi element wzmacniający poczucie tożsamości europejskiej³⁰. Jednocześnie ma ogromne znaczenie dla obywateli całej

²⁸ B. Giesen, *The Collective Identity of Europe: Constitutional Practice or Community of Memory*, [w:] W. Spohn, A. Triandafyllidou (eds.), *Europeisation, National Identities and Migration – Changes in Boundary Constructions between Western and Eastern Europe*, Routledge, London 2003, s. 22.

²⁹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, tekst polski: Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

³⁰ J.H.H. Weiler, *To be a European Citizen...*, s. 17.

Europy, gdyż podkreśla znaczenie wspólnych praw i wolności, które powinny być przestrzegane przez władze państwowe na starym kontynencie. Konwencja niejako „wrosła” w systemy prawne państw członkowskich Rady Europy i prawa podstawowe w niej zawarte zdecydowanie wzmacniają gwarancje regulacji wewnętrznych. To, że Konwencja i wskazane w niej prawa istnieją, wydaje się czymś oczywistym dla Europejczyków, zwłaszcza gdy dojdzie do sporu pomiędzy jednostką a państwem nadużywającym swojej silniejszej pozycji. Ostatnio jednak wydaje się, że wartość tego dokumentu przyjętego w latach 50. nie jest odpowiednio akcentowana. Zdawać by się mogło, że trochę zbyt spowszedniał, zaś państwa, korzystając z tego, wykorzystują sytuację i dopatrują się w orzecznictwie Trybunału niebezpiecznych i zbyt liberalnych dla niektórych rządów skłonności, a w konsekwencji odchodzą mniej lub bardziej świadomie od pełnego zaangażowania w wykonywanie jego postanowień. Co ciekawe, negocjowanie wspólnych wartości będących podstawą europejskiego dorobku prawnego oraz ograniczanie wpływu organów międzynarodowych na ochronę praw jednostki, a przez to nawrót do postrzegania państwa jako jedyne go strażnika praw człowieka, stanowi niebezpieczny powrót do tych ideologii, które doprowadzały w przeszłości do krwawych i wyczerpujących konfliktów zbrojnych. Konieczne wydaje się, aby Rada Europy, wykorzystując dostępne jej środki, kładła coraz większy nacisk na edukację i promowanie wartości demokratycznych i praw jednostki, gdyż niestety ponownie zaczynają one być postrzegane przez niektóre państwa jako elementy ograniczające je w wykonywaniu praw suwerennych. Przyjmując jednak, że kwestia wspólnych wartości wykształcona na gruncie religii i pojęć filozoficznych przyczyniła się do opracowania europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, można dojść do wniosku, że europejskie narody i jednostki pomimo wszystko więcej łączy, niż dzieli.

Drugim pomysłem na budowanie tożsamości europejskiej są inicjatywy podejmowane w ramach Unii Europejskiej. Wielu autorów zwraca uwagę na to, że im silniejsza i bardziej skonsolidowana organizacja będzie w przyszłości, tym większy wpływ będzie miała na kształtowanie się tożsamości europejskiej³¹. Gdy wśród sześciu państw zachodniej Europy zrodziła się myśl rozpoczęcia procesu integracji skupionej początkowo wokół współpracy gospodarczej, oczywiste było, że chodzi o zakończenie konfliktów między narodami i zbudowanie nowych podwalin dla przyszłego bezpieczeństwa w regionie. Od momentu powstania pierwszej Wspólnoty twórcy projektu mieli ambicje, aby w przyszłości przekształcić go w wyjątkową organizację międzynarodową. Kompetencje powierzone wspólnym instytucjom od samego początku wykraczały poza to, co było znane w prawie międzynarodowym. Jednym z jego celów było uczynienie z jednostki centrum integracji. Ona i jej uprawnienia miały w szczególności sposób być chronione przez wspólnotowy system prawny. Jednak pojawiały się także pewne wątpliwości co do zdolności Wspólnoty do zbudowania organizacji, która będzie wprost opierać się na obywatelach. Tradycyjna postawa i rola państw w obrocie międzynarodowym przypisywała rządowi, a nie ludowi podstawowe

³¹ S. Luhmann, *A Multi-Level Approach to European Identity: Does Integration Foster Identity*, "Journal Common Market Studies" 2017, vol. 55, issue 6, s. 1360.

kompetencje do tworzenia prawa. Ten stan rzeczy nie uległ zmianie po dziś dzień, choć wyłączna rola państwa jako kreatora praw jednostki przynajmniej w Europie jest już trochę ograniczona.

Początek samego procesu przybliżania idei integracji obywatelom przez wieki jest wskazywany na lata 70. Przykładem na poważne podejście do tych kwestii jest powierzenie politykowi belgijskiemu opracowanie raportu znanego pod roboczą nazwą *Raport Tindemansa*³². Odniesiono się wówczas do konieczności pogłębiania wiedzy i jej rozpowszechnienia w dziedzinie kultury i historii narodów europejskich oraz położono nacisk na konieczność ochrony i zachowania europejskiego dziedzictwa kulturowego wśród obywateli państw członkowskich. Przyjęto wówczas wstępny plan działania, obejmujący przeprowadzenie bezpośrednich wyborów do PE. Pojęcie tożsamości pojawiło się również w konkluzjach Rady Europejskiej ogłoszonych po spotkaniu w Fontainebleau w czerwcu 1984 r.³³ W części 6. zatytułowanej *A People's Europe* postanowiono, że odpowiadając na oczekiwania ludów Europy, organizacja będzie dążyć do podjęcia działań wzmacniających tożsamość europejską zarówno w wymiarze wewnętrznym (między obywatelami), jak i wobec reszty świata. Aby ten cel osiągnąć, organizacja wzywała do podjęcia prac nad ułatwieniami w swobodzie przepływu towarów i osób oraz wzajemne uznawanie dyplomów. Chciano także wprowadzić wspólne symbole, jak flaga i hymn, utworzyć wspólną sportową reprezentację, rozpowszechniać ideę wspólnej waluty i ułatwić przekraczanie granic wewnętrznych. Działania podejmowane od lat 70. miały swoje źródła w zbyt małym poparciu dla inicjatyw integracyjnych wśród obywateli państw członkowskich³⁴.

Próba bardziej intensywnego zaangażowania jednostek w proces budowania wspólnej tożsamości europejskiej wiąże się z powstaniem w 1992 r. Unii Europejskiej. Reformy zapoczątkowane traktatem z Maastricht z jednej strony stały się źródłem większej konsolidacji i budowy podmiotu aktywniej działającego na scenie międzynarodowej, z drugiej strony postanowiono powołać instytucję obywatelstwa Unii Europejskiej. Nie dla wszystkich samo ustanowienie obywatelstwa było wystarczające dla uznania, że stworzono podstawy dla budowy wspólnej tożsamości europejskiej. Wyraz temu dał prezydent Czech Vaclav Havel podczas swojego wystąpienia w roku 1994, zaznaczając, że Unia Europejska nie może być tylko postrzegana jako „biurokratyczny potwór” i dlatego obywatele muszą stać się integralną częścią projektu, lecz aby było to możliwe, muszą zostać wskazane wspólne wartości jako cele, do których organizacja ma dążyć³⁵. W samej niewiążącej Karcie przyjętej poza strukturami

³² Raport Leo Tindemansa, *Die Europäische Union*, „Bulletin der Europäische Gemeinschaften” 1975, B. 1/76.

³³ European Council Meeting at Fontainebleau, Conclusions of the Presidency, https://www.consilium.europa.eu/media/20673/1984_june_-_fontainebleau_eng_.pdf [dostęp 10.01.2022].

³⁴ W. Jedlecka, *Prawnopolityczny wymiar europejskiej tożsamości*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3458, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. XC, s. 51.

³⁵ Zob. szerzej: Charter of European Identity, Approved by 41st Ordinary Congress in Lubeck October 28th 1995, Europa-Union – Deutschland, https://www.europa-union.de/fileadmin/files_eud/PDF-Dateien_EUD/Allg._Dokumente/Charter_of_European_Identity.pdf [dostęp 11.12.2021].

organizacji znajdują się odwołania do wspólnego przeznaczenia, wspólnych wartości, demokracji i chrześcijaństwa, praw człowieka, praworządności i wspólnej odpowiedzialności. Niektórym obywatelom projekty wspólnotowe i unijne wydawały się więc zbyt asekuracyjne, nie zmienia to jednak faktu, że innym grupom nawet takie ostrożne działania wydawały się zbyt daleko idące³⁶.

Po wejściu w życie nowego dokumentu wszyscy obywatele państw członkowskich stali się z mocy prawa obywatelami Unii Europejskiej. Początkowo wywołało to pewną konsternację, nie tylko wśród samych obywateli wyrażających obawę, że Unia teraz będzie decydowała o obywatelstwie narodowym, ale nawet wśród instytucji unijnych. Świadczyć o tym mogą chociażby orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w zasadzie po raz pierwszy na pojęcie obywatelstwa unijnego jako źródła prawa osoby fizycznej powołał się dopiero w roku 1998 w sprawie *Martinez Sala*³⁷. Dzięki przyjęciu w tym samym roku traktatu amsterdamskiego wspólne działania organów unijnych skupiły się także na wielu inicjatywach mających na celu pogłębienie i poszerzenie wiedzy o kulturze i historii narodów europejskich oraz zachowaniu wspólnego dorobku kulturalnego. Jednak polityka Unii w tym zakresie okazała się niewystarczająca, na co dowodem jest przyjęcie w formie wspólnej deklaracji w roku 2000 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej³⁸. Dopiero w traktacie z Lizbony dokument ten został włączony do unijnego porządku prawnego. Karta charakteryzuje prawa podstawowe uznawane w ramach organizacji i może także przyczynić się z czasem do zidentyfikowania europejskiej tożsamości politycznej. W przyszłości może stać się kamieniem milowym dla utrwalenia w państwach członkowskich podobnych politycznych wartości³⁹. Podkreśla się również, że Karta definiuje własny obszar wartości Unii Europejskiej⁴⁰.

³⁶ Dania jednak odrzuciła traktat z Maastricht w I referendum, obawiając się m.in. zbyt daleko idących kompetencji UE w zakresie praw obywatelskich. Zob. szerzej: P. Svensson, *The Danish Yes to Maastricht and Edinburgh. The EC Referendum of May 1993*, "Scandinavian Political Studies" 1994, vol. 17 (New Series), issue 1, s. 71-72.

³⁷ Wyrok TS z 12 maja 1998 r., *María Martínez Sala vs. Freistaat Bayern*, C85/96, ECLI:EU:C:1998:217. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Bayerisches Landessozialgericht - Niemcy, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A61996CJ0085> [dostęp 31.12.2021]. „[...] obywatel Unii Europejskiej, który tak jak [osoba] skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym zamieszkuje zgodnie z prawem na terytorium przyjmującego państwa członkowskiego, może powoływać się na art. 6 traktatu we wszystkich sytuacjach objętych zakresem stosowania *ratione materiae* prawa wspólnotowego, w tym także w sytuacji, gdy dane państwo członkowskie opóźnia lub odmawia przyznania mu świadczenia, które przysługuje wszystkim osobom zamieszkującym zgodnie z prawem na terytorium tego państwa, ze względu na to, że nie posiada on dokumentu, który nie jest wymagany od obywateli tego państwa, a którego wydanie przez administrację może być opóźnione lub którego wydania administracja może odmówić”.

³⁸ Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, proklamowana w dniu 7 grudnia 2000 r., następnie po dostosowaniu została opublikowana jako część traktatu z Lizbony w dniu 26 października 2012 r., Dz. Urz. UE C 326/391.

³⁹ M. Poirares Maduro, *How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Inter-governmentalism and Constitutionalism in the European Union*, [w:] J.H.H. Weiler, Ch.L. Eisgruber (eds.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.html> [dostęp 10.01.2022].

⁴⁰ W. Jedlecka, *Prawnopolityczny wymiar...*, s. 48.

Dokument znany jako traktat z Nicei został przyjęty przez państwa jako następny kolejny krok na drodze do wzmocnienia integracji, ale Konstytucja dla Europy mająca być już ostatecznym potwierdzeniem wspólnej woli w zakresie budowania bardziej zjednoczonej Europy okazała się fiaskiem tym dotkliwszym, że została odrzucona w drodze referendum narodowych we Francji i Holandii. Nie oznacza to, że dla wszystkich projekt budowania ściślejszej Unii i dzięki niej wykształcenia podstaw dla wspólnej tożsamości był zakończony. Nieco bardziej wyważony traktat z Lizbony lepiej aktywizuje obywateli, przyznając im prawo do wszczęcia inicjatywy obywatelskiej. Jednak wydaje się, że o ile instytucje unijne chciałyby się opowiadać po stronie praw obywatelskich i pogłębiania współpracy wokół wspólnych wartości, na co dobitnym przykładem jest przeforsowanie podczas szczytu w grudniu 2020 r. mechanizmu praworządności, o tyle w państwach odżyły na pewien czas trochę zapomniane tendencje narodowościowe czy wręcz nacjonalistyczne. Zupełnie jakby cały kontynent zapomniał, do jakich tragedii powrót do takiej polityki może doprowadzić.

Zauważyć można, że budowa tożsamości europejskiej, wspomnianej zresztą w traktatach, skupiona jest wokół idei obywatelstwa Unii Europejskiej, którego powstanie było swoistym celem dla państw zrzeszonych w organizacji⁴¹. Z powodów politycznych początkowo ograniczano się tylko do aspektu ekonomicznego, co miało na celu stworzenie platformy dla powiązań gospodarczych. Dopiero w późniejszym okresie stopniowo rozszerzano dziedzinę, na których to poczucie tożsamości europejskiej mogłoby się opierać. Na obecnym etapie integracji konstrukcja praw obywatela Unii Europejskiej opiera się na kwestiach gospodarczo-bytowych, swobodzie przemieszczania się, prawach politycznych i prawie do informacji. Wewnątrz organizacji o właściwą ochronę tych praw mają dbać zarówno instytucje unijne⁴², jak i sądy krajowe, którym przyznano status sądów unijnych. Wyrazem zewnętrznym ma także być ochrona obywateli poza granicami państw członkowskich, dzięki rozwiniętej sieci współpracy w zakresie wspierania obywatela i przyjęciu odpowiednich porozumień, zwłaszcza na gruncie prawa konsularnego. W wymiarze ogólnostanowowym tożsamość europejska powinna być wzmocniona dzięki działaniom podejmowanym w ramach wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, gdzie wartości wspólne obywatelom europejskim powinny być prezentowane.

Zapoznając się z przyjętymi założeniami, można dojść do wniosku, że do powstania tożsamości europejskiej konieczne jest zastosowanie czynników analogicznych do tych, jakie wykorzystano początkowo przy tworzeniu państw wielonarodowych. W obecnej sytuacji taka polityka zdaje się być właściwa. Elity polityczne państw członkowskich Unii powinny zatem promować ten pomysł i kierować do szeroko pojętej opinii publicznej, tak aby z czasem społeczeństwo zostało przekonane o jego doniosłym znaczeniu i niewątpliwie pozytywnym oddziaływaniu na ich życie⁴³. Gdy zostaną do

⁴¹ V. Naumovski, *Europeanization of the Balkans, Or Balkanization of Europe?*, "Georgetown Journal of International Affairs" 2019, vol. 20, s. 129.

⁴² E.G. Hebert, *Citizenship, Welfare, and National Sovereignty in Modern Europe*, "University of Baltimore Journal of International Law" vol. 6, issue 1, s. 67.

⁴³ S. Luhmann, *A Multi-Level Approach...*, s. 1362.

tego przekonani „zwykli obywatele”, to wówczas sami zaczną się utożsamiać z wartościami Unii, co będzie krokiem milowym dla stworzenia poczucia przynależności do jednej grupy – obywateli Unii Europejskiej. Same instytucje Unii powinny wzmacniać te działania, odpowiednio akcentując już istniejące wspólne symbole, takie jak flaga UE, dzień Europy, hymn i waluta⁴⁴ oraz system gwarantujący obywatelom wspólne prawa oparte na uznawanych przez nich wartościach. Dzięki temu zjednoczeniu wokół tego, co wspólne w wymiarze prawnym, mogłoby dojść do wykształcenia się tzw. tożsamości konstytucyjnej⁴⁵. Te elementy obecne w życiu codziennym wraz z poczuciem bycia chronionym przez unijny system prawny odzwierciedlający te same wartości przyczynić się mogą czy powinny do powstania tożsamości unijnej. Jest to oczywiście koncepcja oparta na idei, że grupa ludzi będzie akceptowała podstawowe podobieństwo, co prowadzi do pojawienia się poczucia solidarności między jej członkami. Następstwem tej konsolidacji wewnątrz grupy będzie też koncepcja obcych/innych, nienależących do nowej wspólnoty⁴⁶. Świadcami tego podejścia byliśmy od chwili dużego rozszerzenia Unii w 2004 r., gdy obywatele nowych państw członkowskich zostali z czasem w mniejszym lub większym stopniu zaakceptowani jako „swoi”, i potężny sprzeciw dla „obcych”, czyli migrantów masowo przybywających do Europy od 2015 r.⁴⁷

Unia Europejska obecnie nie ewoluje tak, jak można się było spodziewać na początku XXI w. Pomimo wyraźnych korzyści wynikających z przyjętego modelu integracji dla wszystkich państw członkowskich rozpoczęła się walka nie tylko o reformowanie organizacji, ale także jej przetrwanie. Problemy Unii są powiązane z sytuacją w państwach członkowskich, które niestety, reagując na głosy niewielkiej części opinii publicznej, obawiają się utracić poparcie polityczne, stąd też stają się ostrożniejsze w popieraniu działań wspólnych instytucji. Z jednej strony występuje chęć wyposażenia Unii w dodatkowe kompetencje, np. w zakresie ochrony zdrowia, co jest wynikiem pandemii i uzmysłowieniem sobie, że jako członkowie organizacji państwa uzyskują więcej, z drugiej jest to obawa przed wyraźnym poparciem głębszej politycznej integracji. Oczywiście jest także, że nie tylko państwa członkowskie mogą nieprzychylnie odnosić się do projektu Unii, ale niemały wpływ ma także to, co dzieje się poza samą organizacją. Stanowisko prezentowane przez byłego prezydenta USA Donalda Trumpa czy konsekwentna polityka Federacji Rosyjskiej wyraźnie obnażają obawy przed dalszą konsolidacją państw członkowskich, gdyż jako poważny i potężny gracz na arenie międzynarodowej Unia stanowi dla tych państw może nie bezpośrednio zagrożenie, ale podmiot, z którego stanowiskiem trzeba się liczyć. To dla wielkich mocarstw, przyzwyczajonych do decydowaniu o sprawach regionalnych,

⁴⁴ R. Capello, *Cohesion Policies and the Creation of a European Identity: The Role of Territorial Identity*, „Journal Common Market Studies” 2018, vol. 56, issue 3, s. 490.

⁴⁵ M. Apostolovska-Stepanoska, H. Runceva-Tasev, *National Identity...*, s. 3.

⁴⁶ R. Capello, *Cohesion Policies...*, s. 492.

⁴⁷ Ch. Tomuschat, *Individual and Collective Identity: Factual Givens and their Legal Reflection in Public International Law. Words in Commemoration of Krzysztof Skubiszewski*, „Polish Yearbook of International Law” 2017, vol. 37, s. 31.

w tym europejskich, nie jest łatwe do przyjęcia. Do problemów wewnętrznych organizacji należy dodać także coraz realniejszy projekt Europy dwóch prędkości, opartej na istniejącym już mechanizmie ściślejszej współpracy.

Biorąc pod uwagę te wszystkie kłopoty wewnętrzne i zewnętrzne, zasadne wydaje się pytanie, czy w ogóle w obecnej sytuacji jest możliwe zbudowanie europejskiego *demos* i na jego podstawie wykształcenie się tożsamości europejskiej. Przecież utożsamianie się przez obywateli państw członkowskich z własnym suwerenem nie stoi na przeszkodzie w uznaniu Unii jako tworu, który reprezentuje to, co wspólne w przestrzeni międzynarodowej⁴⁸. Taka swoiście rozumiana podwójna tożsamość jest możliwa i nie musi oznaczać konkurencyjności w tym, co jest osiągnięte na poziomie krajowym i organizacyjnym. Ponadto kształtowanie się tożsamości europejskiej/unijnej raczej nie powinno stanowić zagrożenia dla istniejącej tożsamości narodowej. Samo hasło Unii „zjednoczeni w różnorodności” podkreśla występujące różnice między państwami. Z całą pewnością przy zastosowaniu odpowiednich środków socjotechnicznych Unia jest w stanie w procesie budowania wspólnej tożsamości odnieść pewien sukces. Osiągnąć to można między innymi dzięki zaktywizowaniu obywateli wokół wspólnych celów, poprzez zmiany w modelu integracji europejskiej zorientowanej tylko na rynek wewnętrzny oraz przyjęcie instrumentów prawnych mających wyraźniej kształtować pozycję jednostki. Ostatecznym instrumentem wydaje się podjęcie daleko idących środków, które pozwalałyby na podejmowanie działań „siłowych” przez instytucje europejskie, a miałyby się one przejawiać w ścisłym kontrolowaniu wszystkich władz – europejskich i państwowych w taki sposób, aby przyjmowały jak najdalej idące proobywatelskie interpretacje⁴⁹. Obywatelstwo Unii Europejskiej jako instytucja wspierająca integrację stanowi solidną podstawą dla przyszłej tożsamości europejskiej. Jej uzupełniający względem obywatelstwa krajowego charakter wyraźnie stanowi o komplementarnym wymiarze⁵⁰. Pomimo to spotkać można dość naturalne obawy, czy w związku z tym nie będzie postrzegane jako konstrukcja zagrażająca idei suwerenności narodowej. O ile zostaną zastosowane odpowiednie narzędzia, w ostatecznym rozrachunku obywatelstwo unijne i wykształcenie się na ich podstawie odrębnej europejskiej tożsamości może doprowadzić do powstania nowego europejskiego społeczeństwa, a państwo narodowe przestanie być wyłącznym kreatorem praw jednostki⁵¹.

Obserwując zachowanie europejskich grup narodowych, zauważyć można, że w Unii najczęściej mamy do czynienia z podwójnym poczuciem tożsamości. Europejski dualizm tożsamości polega na pokusie nacjonalizmu z jednej strony i pragnieniu zjednoczenia z drugiej⁵². W omawianym nurcie myślenia europejska tożsamość postrzegana jest jako odmiana tożsamości narodowej, która odniesiona jest do szerzej

⁴⁸ V. Perju, *Double Sovereignty in Europe: A Critique of Habermas's Defense of the Nation-State*, "Texas International Law Journal" 2018, vol. 53, s. 50.

⁴⁹ E.G. Hebert, *Citizenship...*, s. 67.

⁵⁰ W. Jedlecka, *Prawnopolityczny wymiar...*, s. 58.

⁵¹ E.G. Hebert, *Citizenship...*, s. 56.

⁵² J. Sobczak, *Tożsamość narodowa...*, s. 166.

rozumianej populacji. Przyjęcie takiego wyznacznika może jednak prowadzić donikąd. Unia jest przecież organizacją międzynarodową i jeśli nie dojdzie do pogłębienia procesów integracyjnych, czy nawet przekształcenia jej w państwo federacyjne, obywatele państw członkowskich nie będą pełnić w jej ramach bardziej istotnych funkcji, gdyż decyzje podejmowane w Unii zawsze będą podlegać filtrom stosowanym przez państwa członkowskie. Doskonałym przykładem na możliwość zburzenia poczucia jakiegokolwiek jedności między jednostkami a Unią jest *brexit*. Niestety podobne działania podejmowane są także w innym państwach pod pozorem dążenia do ochrony własnej suwerenności. Można tylko ubolewać nad tym, jak łatwo jest stworzyć wśród obywateli poczucie zagrożenia i budować sztuczne wrażenie, że tylko państwo narodowe jest w stanie zadbać we właściwy sposób o interesy jednostki.

Niejednokrotnie zwraca się także uwagę na to, że budowanie tożsamości europejskiej wokół wspólnie przyjętych traktatów powinno się opierać się na unii pomiędzy ludami, która doprowadzi do stworzenia jednej kultury prawnej, czego następstwem powinno stać się osiągnięcie poziomu podobnego do tożsamości narodowej. Ta nowa tożsamość ma się opierać nie na związkach etnicznych, ale politycznych i obywatelskich⁵³. Wielu autorów twierdzi, że jeśli poszukujemy tożsamości europejskiej, to powinniśmy się skupić na pogłębieniu integracji i jasno postanowionym celu, jakim jest budowa państwa europejskiego. Temu pomysłowi sprzeciwiają się jednak zarówno rządy państw członkowskich, jak i większość obywateli. Niemniej jednak jeśli za podstawowy budulec tożsamości europejskiej uznamy tożsamość narodową lub dzielenie tożsamości między państwa narodowe i Unię, to na obecnym etapie zupełnie niechcący dokonamy kroku w tył. Organizacja jest bowiem w tym starciu na przegranej pozycji, nie dysponując instrumentami mogącymi ją chronić, czy wręcz wymuszać poszanowanie dla tego, co kryje się pod pojęciem wspólnych wartości, a służy także ochronie praw jednostek. W konsekwencji doprowadzi to do zarzucenia wspólnego projektu integracji i odbudowania wielu słabych i konkurujących ze sobą państw narodowych, niemających szans na ochronę własnych interesów w procesie globalizacji i nowych wyzwań w dziedzinie ochrony środowiska czy nowoczesnych technologii. Kapitał będzie szukał bezpiecznych miejsc do inwestycji oraz rynków zbytu niepodzielonych granicami.

Podsumowanie

Badanie istnienia tożsamości europejskiej jest procesem dość skomplikowanym. Wymaga bowiem analizy wielu czynników pod różnym kątem na podstawie odrębnych dziedzin nauki, stosujących różnicowane metody badawcze. Gdy weźmiemy pod uwagę wspólną tradycję i kulturę, czego odzwierciedleniem są konwencja praw człowieka i Karta praw podstawowych, to odniesiono na tym polu pewien znaczący sukces. Budowanie Unii Europejskiej jako bytu politycznego opartego na

⁵³ W. Jedlecka, *Prawnopolityczny wymiar...*, s. 48.

jednolitym porządku prawnym i ścisłej współpracy między państwami może być zakończone sukcesem, o ile znaczenie pojęcia obywatel Unii będzie wiązało się z rzeczywistym poczuciem związku między organizacją i jednostką. Dążąc do tego, należy pamiętać, że tożsamość europejska jest pewnym wspólnym projektem i musi opierać się na wspólnych ustaleniach i wynegocjowanych prawach i wartościach.

Aby wzmocnić tożsamość europejską, należy podjąć działania na płaszczyźnie wewnątrzunijnej poprzez wzmocnienie unii gospodarczej, promowanie wspólnych wartości i jasnej wizji Unii przyszłości niepodzielonej granicami. Ostatnim elementem wskazywanym jako niezmiernie ważny jest kreowanie Unii jako wiarygodnego i silnego bytu międzynarodowego. Łączyć by się to musiało ze wzmocnieniem wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa. Te kwestie tymczasem pozostawiają najwięcej do życzenia, a obserwując działania państw członkowskich podzielonych nie tylko z powodów zaszłości historycznych, ale także wzrastającej niechęci między nimi samymi z powodu nieprzestrzegania traktatów czy ograniczania przez niektóre rządy swobód obywatelskich, trudno jest oczekiwać jakiegoś spektakularnego sukcesu na tym polu. Jeśli Unia Europejska i państwa nie stworzą mocnych fundamentów realizacji wspólnych celów wewnętrznych i międzynarodowych, za kilka lat będziemy mogli obserwować kilka procesów. Pierwszym z nich może być rozpad samej organizacji, a wtedy państwa kontynentu staną się łatwymi do zdominowania przez wielkie mocarstwa łupami. Być może z wyjątkiem Francji (jako stałego członka Rady Bezpieczeństwa) i Niemiec (posiadających w Europie najsilniejszy potencjał gospodarczy) pozostałe państwa mogą się pogrążyć w wieloletnich sporach i pretensjach bez dostępu do większych rynków. Druga opcja to z kolei zbudowanie Unii opartej na bliższej współpracy. To rozwiązanie będzie prowadziło do sytuacji, w której to państwa rozumiejące współczesne i przyszłe wyzwania stworzą coś na kształt europejskiego państwa federacyjnego, a pozostali członkowie organizacji zostaną na własne życzenie poza strukturami politycznymi i będą mogli korzystać tylko z niektórych wolności rynku wewnętrznego.

Współczesny pleban między biskupem a wójtem, czyli o prawie duchownego do rzetelnego procesu sądowego w rozumieniu art. 6 EKPC

1. Wprowadzenie

W licznych wyrokach Europejski Trybunał Praw Człowieka określił, jakie warunki muszą być spełnione, by można było mówić¹ o prawie do rzetelnego procesu sądowego w rozumieniu art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC). Taki proces ma się toczyć przed niezawisłym i bezstronnym sądem ustanowionym ustawą. Istnieje także bogata literatura dotycząca art. 9 EKPC, gwarantującego wolność myśli, sumienia i wyznania. Niniejszy artykuł dotyczy punktu, gdzie spotykają się prawa wynikające z art. 6 i 9, czyli o prawie duchownego (tytułowego plebana) do rzetelnego procesu sądowego.

Nazwisko Nagy zapewne kojarzy się polskim czytelnikom z nazwiskiem Imre Nagya, politykiem, czołową postacią węgierskiego października 1956 r. Nazwisko to jest dość popularne na Węgrzech i oznacza „duży”. Ale Nagy to także bardzo interesująca sprawa pastora Károly Nagya², rozstrzygnięta dwukrotnie przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC): najpierw przez izbę (1 grudnia 2015 r.), następnie przez Wielką Izbę (14 września 2017 r.). O ile w głośnej sprawie *Lautsi*³, dotyczącej krucyfiksu w salach lekcyjnych we włoskiej szkole w charakterze interwenientów wystąpiło kilka innych państw-stron konwencji, o tyle niniejsza sprawa nie wzbudziła międzynarodowego zainteresowania. Wcale to nie oznacza, że przypadek pastora Nagya jest mniej interesujący⁴ – na stronie internetowej ETPC figuruje jako *key case*.

Teoretycznie sprawa dotyczy jednej osoby: duchownego (pastora) węgierskiego Kościoła Reformowanego, czyli Kalwińskiego, ale tak naprawdę może mieć

* Dr hab. Michał Rynkowski, były adiunkt na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, obecnie urzędnik Komisji Europejskiej. Opinie przedstawione w niniejszym artykule stanowią prywatne poglądy autora i w żaden sposób nie wyrażają opinii Komisji Europejskiej.

¹ Zamieszczony na stronie internetowej ETPC przewodnik/komentarz do art. 6 EKPC, w szczególności jego część IV, *Procedural requirements*, punkt: *Fairness*, strony 69-90, *Guide on Article 6 – Right to a fair trial (civil limb) (coe.int)* [dostęp 1.08.2022]. Strona Trybunału zawiera również przewodnik/komentarz w języku polskim, ale jest on skrócony w porównaniu do wersji angielskiej.

² *Károly Nagy p. Węgrom*, skarga nr 56665/09.

³ Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 18 marca 2011 r. w sprawie *Lautsi p. Włochom*, skarga nr 30814/06.

⁴ Skomentował ten wyrok znany brytyjski ekspert spraw wyznaniowych, Frank Cranmer: <https://lawandreligionuk.com/2017/09/15/karoly-nagy-v-hungary-the-grand-chamber-judgment/> [dostęp 10.12.2021].

znaczenie dla większości duchownych, jeśli zdarzy im się popaść w konflikt z własnym Kościołem. Wreszcie sprawa *Nagy* jest szczególnie ważna dla tych, którzy z takiego czy innego powodu przestali być duchownymi i musieli dochodzić swoich praw od swojego byłego pracodawcy (choć tu słowo „pracodawca” jest użyte w sensie potocznym lub przenośnym).

Zanim zostanie przedstawione w szczegółach całe postępowanie sądowe, najpierw tzw. *spoiler alert*: pastor Nagy poinformował w mediach o nieprawidłowościach finansowych, a mianowicie o tym, że jego Kościół otrzymywał od państwa węgierskiego środki, których nie powinien był otrzymywać. Teoretycznie państwo węgierskie powinno go było pochwalić za tę obywatelską postawę (i powstałe w ten sposób oszczędności Skarbu Państwa), ale tak się nie stało. Wręcz przeciwnie, państwo ukarało pastora, odmawiając mu rozstrzygnięcia sprawy przez państwowy sąd. Pastor Nagy został sam na sam ze swoim pracodawcą⁵ i zależnym od niego sądem kościelnym. Co więcej, ukarany został nie tylko sam pastor, ale również jego rodzina, której był jedynym żywicielem, gdyż duchownym kalwińskim wolno zakładać rodziny, mieć żonę i dzieci.

2. Przebieg krajowego postępowania sądowego

Niezbędne jest krótkie przedstawienie stanu faktycznego i postępowań sądowych. Pastor Károly Nagy został mianowany pastorem przez probostwo parafii Kościoła Reformowanego w Gödöllő w 2003 r., na podstawie listu mianowania. Po udzieleniu wywiadu (w którym opowiedział o nieprawidłowościach finansowych) w czerwcu 2005 r. został ukarany przez kościelny sąd dyscyplinarny tymczasowym zawieszeniem, co skutkowało ograniczeniem jego wynagrodzenia do 50%. We wrześniu 2005 r. kościelny sąd dyscyplinarny pierwszej instancji usunął pastora ze służby, a w marcu 2006 r. kościelny sąd dyscyplinarny drugiej instancji podtrzymał ten wyrok.

W czerwcu 2006 r. pastor Nagy zwrócił się do (państwowego) sądu pracy powiatu Pest, domagając się wypłaty zaległej części wynagrodzenia⁶, argumentując, że sytuacja duchownego jest analogiczna do zatrudnienia. Powołując się na węgierski kodeks postępowania cywilnego i węgierską ustawę o stosunkach państwo–Kościół z 1990 r.⁷, sąd pracy orzekł, że w przypadku pastora nie obowiązuje prawo pracy. Orzeczenie to podtrzymał sąd drugiej instancji. Pastor Nagy nie odwołał się do Sądu Najwyższego, co zamknęło postępowanie w sądach pracy.

We wrześniu 2007 r. pastor złożył sprawę cywilną w Sądzie Rejonu Pest (Pest Central District Court). Nagy argumentował, że Kościół nadal nie wypłacił mu części należnych pieniędzy, i domagał się wypłaty tych świadczeń na podstawie umowy zlecenia, która może zostać zawarta w formie ustnej. W styczniu 2008 r. sąd w Peszcie

⁵ Termin użyty ponownie w potocznym znaczeniu tego słowa.

⁶ Szczegóły roszczeń finansowych pastora Nagya są dość trudne do przedstawienia.

⁷ Ustawa określana jako ustawa IV z 1990 r.

oddalił pozew, uznając, że do umowy zlecenia potrzebne są negocjacje i obustronna zgoda, a pastor został powołany listem mianowania, czyli jednostronnym aktem parafii. Sąd argumentował, że działalność pastora nie ma żadnej wartości ekonomicznej, co samo w sobie jest ciekawym stwierdzeniem. Wreszcie sąd podniósł także kolejny problem prawny: list mianowania był sformułowany przez probostwo parafii, podczas gdy stroną postępowania (pozwanym) jest inna osoba prawna, a mianowicie Kościół Reformowany (Kalwiński) jako całość. Pastor Nagy niezwłocznie złożył apelację do Sądu Regionalnego w Budapeszcie, która to apelacja została oddalona w październiku 2008 r., a wyrok pierwszej instancji utrzymany. Tym razem sąd zaakcentował głównie fakt, że list mianowania został sporządzony przez probostwo parafii w Gödöllő, a pozwany był Kościół Reformowany, czyli inna osoba prawna.

W czerwcu 2009 r. pastor Nagy zwrócił się Sądowi Najwyższego, podnosząc, że wykonywał także inne obowiązki i zadania niż te określone w liście mianowania, i że z tego tytułu należy mu się wynagrodzenie. Sąd Najwyższy zauważył, że ten wątek został podniesiony przez pastora dopiero w piśmie do Sądu Najwyższego, a zatem nie ma mowy o żadnym przeoczeniu czy niestaranności niższych instancji. Wreszcie Sąd Najwyższy przypomniał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy numer IV z 1990 r. istnieje rozdział Kościoła od państwa, a zgodnie z art. 15 ust. 2 tej ustawy władza państwowa nie może zostać użyta do egzekwowania wewnętrznych praw i reguł Kościołów. O ile jednak Sąd Najwyższy zgodził się, że stosunek między pastorem a parafią nie miał charakteru cywilnoprawnego, to zdaniem SN co do zasady sąd państwowy w ogóle nie powinien się wypowiedzieć w tej sprawie. Ostatecznie Sąd Najwyższy uchylił poprzednie wyroki sądów państwowych i umorzył postępowanie.

3. Skarga do ETPC

3.1. Wyrok Izby i zdania odrębne

Niewątpliwie rozczarowany pastor Nagy zdecydował się zwrócić do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W skardze, złożonej w październiku 2009 r., zarzucił naruszenie art. 6 i art. 14 EKPC. W tym miejscu wypada przypomnieć, że wyrok Izby zapadł ponad 6 lat później, w grudniu 2015 r., a wyrok Wielkiej Izby we wrześniu 2017 r. W tym kontekście można by zadać pytanie, czy sześć lat postępowania przed Izbą samo w sobie nie stanowiło naruszenia art. 6 EKPC (przewlekłość postępowania) – wszak chodziło o jedyne źródło utrzymania (jak wydaje się) jedyne go żywiciela rodziny.

Pastor Nagy podnosił – i trudno się z nim nie zgodzić – że wynagrodzenie nie jest tylko wewnętrzną sprawą między Kościołem a jego duchownym, ponieważ jest opodatkowane, a ponadto od jego wysokości (lub jego braku) zależy emerytura, wypłacana duchownym przez państwo ze specjalnego funduszu. Pastor przytoczył opinię prawną nr 1997/151 ministerstwa finansów i władz podatkowych, z której wynika, że miesięczne wynagrodzenie otrzymywane przez duchownych należy

traktować jako dochód wynikający z zatrudnienia (pkt 20 wyroku Izby). Nagy podkreślił, że nie żąda, aby węgierskie sądy respektowały wewnętrzne prawo kościelne, ale domaga się, aby sądy węgierskie respektowały węgierskie prawo państwowe. Z kolei rząd węgierski argumentował, że potencjalne naruszenie konwencji nie może zostać przypisane państwu, a stając się duchownym Kościoła Reformowanego, pastor Nagy wiedział o istnieniu sądów kościelnych i tym samym świadomie zrezygnował z prawa dostępu do sądów państwowych. Rząd podkreślił także, że pastor nie wyczerpał drogi sądowej w postępowaniu przed sądami pracy, a zatem skarga jest niedopuszczalna. Istotnie ETPC uznał, że w zakresie postępowania przed tymi sądami droga sądowa nie została wyczerpana.

Co ciekawe, jedynie interwenant w tej sprawie, Alliance Defending Freedom (ADF), odniósł się do dyrektywy 2000/78/WE⁸, bardzo mocno podkreślając obowiązek lojalności duchownego w stosunku do Kościoła i wyraźnie negatywnie odnosząc się do jakiegokolwiek ingerencji ETPC w wewnętrzne sprawy Kościoła. Ta interwencja zasługuje na uwagę, ponieważ pozostałe strony nie nawiązały do tej dyrektywy ani prawodawstwa unijnego w ogólności. ADF bronił jednak Kościoła i jego autonomii, a nie pastora.

Izba ETPC⁹ w wyroku z 1 grudnia 2015 r. uznała, że nie miało miejsca naruszenie art. 14 konwencji, ponieważ trudno porównywać duchownych, znajdujących się w szczególnej sytuacji prawnej, z resztą obywateli mających regularne stosunki zatrudnienia. Skarga pastora została uznana za dopuszczalną tylko w zakresie postępowania przed sądami cywilnymi, ale i tak Izba zadecydowała, większością 4 głosów do 3, że nie miało miejsca naruszenie art. 6 EKPC. Izba uznała, że Sąd Najwyższy rozpatrzył meritum sprawy (pkt 74 wyroku). To rozstrzygnięcie nie było jednak jednoznaczne: trzech sędziów (Raimondi, Keller i Kjølbros) napisało do wyroku zdanie częściowo zgodne, a częściowo odrębne, podczas gdy trzech innych sędziów (Sajó, Vučinić i Kūris) sformułowało wspólnie zdanie odrębne. W zasadzie tylko sędzia Lemmens nie wyraził swoich wątpliwości i, jak podkreślili sędziowie Sajó, Vučinić i Kūris, wobec *de facto* 6 zdań odrębnych paradoksalnie to on był jednoosobową większością.

Sędziowie Sajó, Vučinić i Kūris zgodzili się, że choć pastor Nagy powinien być lojalny wobec swojego Kościoła, to nie mógł jednak całkowicie zrzec się prawa do procesu przed sądem państwowym (pkt 20 zdania odrębnego). Sędziowie nie ukrywali swojego rozczarowania: podkreślili, że ETPC na własne życzenie stworzył formę prawnej „czarnej dziury”, czyli dziurę w systemie ochrony prawnej jednostek (pkt 27 zdania). Wyrazili też obawę, do rezygnacji z jakich innych praw pastor (czy inni duchowni) może zostać zmuszony – prawa do ubezpieczenia społecznego, praw zdrowotnych, praw majątkowych (pkt 30). Podkreślili też, że nie rozumieją, dlaczego

⁸ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz. Urz. WE L 303 z 2.12.2000 r., s. 16.

⁹ Druga Izba, przewodniczył jej Guido Raimondi, sędzia włoski, ówczesny prezes ETPC (2015-2019).

czysto finansowa skarga pastora ma naruszać autonomię Kościoła (pkt 25), i zauważyli, że biblijna mądrość „oddajcie więc Cezarowi, to co należy do Cezara, a Bogu to, co należy do Boga” (Mt 22;21) jest już nieaktualna – skoro nawet sprawy pieniężne nie należą już do Cezara. Sędziowie ci podali także pastorowi Nagyowi pomocną dłoń: przeanalizowali przesłanki wymagane, aby jego sprawa trafiła przed Wielką Izbę, i wyrazili nadzieję, że Wielka Izba naprawi tę sytuację. Istotnie, sprawa pastora trafiła przed Wielką Izbę.

3.2. Wyrok Wielkiej Izby i zdania odrębne

Wielka Izba, obradująca pod przewodnictwem Angeliki Nußberger, w wyroku z 14 grudnia 2017 r. podkreśliła błędy prawne w postępowaniu pastora: że kończąc postępowanie przed sądami pracy, nie zwrócił się do Sądu Najwyższego i że uczynił to dopiero po postępowaniu cywilnym. Wielka Izba nie zgodziła się także, że fakt opodatkowania wynagrodzenia przez państwo musi oznaczać, iż państwo ma prawo się wypowiadać w sprawie wynagrodzenia (pkt 73). Wreszcie Wielka Izba doszła do wniosku, że pastor Nagy nie miał żadnego „prawa” w rozumieniu art. 6 ust. 1 konwencji, a zatem art. 6 nie odnosi się do niniejszej sprawy. Stwierdziła to już wcześniej Izba: prawo jednostki musi istnieć w prawie państwa-członka konwencji, a ETPC nie może tworzyć nowych praw¹⁰.

O ile we wspomnianej głośnej sprawie *Lautsi* Wielka Izba zmieniła o 180 stopni orzeczenie Izby, pozwalając na pozostawienie krzyży w klasach włoskich szkół, o tyle w sprawie *Nagy* wyrok Wielkiej Izby utrzymuje wyrok Izby, jest krótki i nie wnosi wiele do sprawy. Można mieć wrażenie, że sędziowie (głównie ci przegłosowani) odczuli niedosyt i dlatego zdecydowali się napisać obszerne zdania odrębne, o czym będzie poniżej.

Ujmując to w największym uproszczeniu, sprawa pastora Nagya to przede wszystkim wyważenie dwóch praw:

- prawa Kościołów do autonomii, którą to europejskie państwa (w swojej ogromnej większości) zobowiązały się szanować w konstytucjach, a na poziomie unijnym jest respektowana poprzez artykuł 17 TFUE. Prawo to jest ściśle związane z zasadą rozdziału Kościoła od państwa, obowiązującą w większości państw-stron konwencji,
- prawa do procesu przed niezależnym sądem, jak tego wymaga art. 6 EKPC.

O autonomii Kościołów i związków wyznaniowych ETPC orzekał w kilku sprawach, ale głównie dotyczyły one bałkańskich Kościołów prawosławnych czy mniejszych wspólnot wyznaniowych, by wspomnieć sprawę *Serif p. Grecji*¹¹, *Hasan i Chaush p. Bułgarii*¹² czy *Metropolita Innokentiy p. Bułgarii*¹³. Jak dotąd do ETPC nie miał okazji wypowiedzieć się w sprawach autonomii wielkich Kościołów, takich jak Kościół katolicki

¹⁰ „The Court may not create by way of interpretation of Article 6(1) a substantive right which has no legal basis in the State concerned”, pkt 61 wyroku.

¹¹ Wyrok ETPC z 14 grudnia 1999 r., skarga nr 38178/97.

¹² Wyrok ETPC z 26 października 2000 r., skarga nr 30985/96.

¹³ Wyrok ETPC z 22 stycznia 2009 r. w połączonych sprawach 412/03 i 35677/04.

czy północnoeuropejskie Kościoły protestanckie. W sprawach rozstrzygniętych ETPC stał na stanowisku daleko idącej autonomii Kościołów i minimalistycznych ingerencji ze strony państwa czy też samego Trybunału.

Wyważenie dwóch praw to niemalże stały dylemat prawników i sądów. W zakresie szeroko rozumianego prawa wyznaniowego TSUE zmierzył się z podobnym problemem, m.in. w sprawie C-336/19¹⁴. Wobec konfliktu: dobro zwierząt (prawo do ogłuszenia zwierząt przed zabiciem) a prawa wspólnot religijnych dotyczące uboju rytualnego Trybunał przyznał pierwszeństwo dobrostanowi zwierząt, zgodnie z art. 13 TFUE, a zatem przed art. 10 Karty praw podstawowych UE (wolnością myśli, sumienia i religii).

Jak wspomniano, wyroki ETPC w sprawie Nagya zapadły w obu przypadkach większością głosów: w Izbie 4 do 3 (czyli możliwie najmniejszą większością), w Wielkiej Izbie 10 do 7. Rozstrzygnięcia te były zatem kontrowersyjne dla samych sędziów. W obu przypadkach został przegłosowany sędzia węgierski András Sajó, który znał najlepiej węgierskie stosunki i węgierskie prawo, ale wbrew większości kolegów-sędziów uważał, że doszło do naruszenia art. 6 ETPC. Także pozostali sędziowie Wielkiej Izby, którzy napisali zdania odrębne (samodzielnie albo wspólnie z kolegami sędziami), poświęcili pastorowi Nagyowi sporo czasu i uwagi¹⁵. Złożono cztery zdania odrębne:

- zdanie odrębne sędziego Linosa-Alexandra Sicilianosa,
- wspólne zdanie odrębne sędziów Andrása Sajó, Luisa Lópeza Guerry, Nony Tsotsorii i Julii Laffranque,
- zdanie odrębne sędziego Paula Pinto de Albuquerque,
- zdanie odrębne sędziego Aleša Pejchala.

Sędzia Sicilianos uznał, że ETPC nie rozróżnił w wystarczający sposób kwestii dopuszczalności (*admissibility*) i rozstrzygnięcia co do meritum (*merits*). W swoim zdaniu odrębnym sędzia Sicilianos podkreślił, że prawa pastora Nagya były co najmniej sporne (*arguable*) i dlatego artykuł 6 EKPC powinien zostać przywołany. Sędzia Sicilianos jako jedyny nawiązał do art. 13 EKPC (prawo do skutecznego środka odwoławczego). Sędzia Sajó, pisząc już drugie zdanie odrębne, powtórzył swoje uwagi z 2015 r., podkreślając, że odmowa rozpatrzenia sprawy przez sąd państwowy może wręcz stanowić zachętę dla swobodnego kształtowania stosunków z duchownymi, skoro wiadomo, że państwo i tak nie będzie ingerować w te stosunki. Potencjalnie może to prowadzić do utraty przez duchownych różnych praw (prawa do ubezpieczenia społecznego, zdrowotnego, kwestii majątkowych). Sędziowie Sajó,

¹⁴ Wyrok TSUE z 17 grudnia 2020 r., *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e.a. and Others*, C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031.

¹⁵ Jako doktorant prof. Krzysztofa Wójtowicza w roku akademickim 1999/2000 studiowałem w Europa-Institut w Saarbrücken, gdzie uczęszczałem na wykłady z ochrony praw człowieka prof. Georga Ressa, sędziego i przewodniczącego sekcji w ETPC. Prof. Ress co tydzień zadawał nam do przeczytania kilka wyroków, ale ze względu na bardzo bogaty i napięty kalendarz zajęć w Europa-Institut zwykle mieliśmy czas przeczytać tylko zdania odrębne, bo z reguły są krótsze, a przedstawiają sprawę z obu stron, dając materiał do dyskusji. Ta teoria nie sprawdza się w przypadku sprawy *Nagy*, gdzie zdania odrębne są dłuższe niż sam wyrok.

López Guerra, Tsotsoria i Laffranque zauważyli z niepokojem, że z logiki wyroku Wielkiej Izby wynika, iż gdziekolwiek władze kościelne ustanawiają swoje sądy, sądy państwowe tracą swoje kompetencje do rozpatrywania sporów.

Niezmiernie ciekawy jest także sposób sformułowania zdań odrębnych sędziego Paulo Pinto de Albuquerque i sędziego Aleša Pejchala, którzy zrobili to zupełnie odmiennie. Obaj uznali, że doszło do naruszenia art. 6 ETPC. Sędzia Pinto de Albuquerque w swoim 25-stronicowym zdaniu odrębnym (z 94 starannymi i rozbudowanymi przypisami) dokonał starannej analizy orzecznictwa ETPC odnośnie do duchownych, przywołując wcześniejsze orzeczenia, takie jak *Dudová i Duda*, *Ahtinen*, *Baudler*, *Reuter* i *Müller*¹⁶. Sędzia Albuquerque przeprowadził także rodzaj studium, jak wygląda sytuacja duchownego (pastora) w 39 różnych państwach i jurysdykcjach (ponieważ każdy szwajcarski kanton ma swoje odrębne regulacje w tej mierze), z której wynika, że tylko 7 z 39 przebadanych jurysdykcji wyklucza możliwość rozstrzygnięcia sporów pieniężnych przez władze państwowe. Wreszcie tylko sędzia Albuquerque podniósł, że o składzie kościelnego sądu decydował dziekan Kościoła Reformowanego, ten sam, który nałożył pierwsze sankcje na pastora Nagya. Z oczywistych względów podaje to w wątpliwość bezstronność i niezależność sądu, co stanowi naruszenie art. 6 EKPC. Podsumowując, zdanie odrębne sędziego Albuquerque to znakomita, chłodna analiza orzecznictwa strasburskiego i sytuacji w innych państwach-stronach konwencji.

Sędzia A. Pejchal zaprezentował odmienne podejście: jego zdanie odrębne jest wyrażnie pełne emocji, czyta się je jak wystąpienie na wielkim wiecu. Sędzia Pejchal zadał wręcz dramatyczne pytanie: „Czy jest możliwe, że obywatel państwa-członka Rady Europy jest poza jurysdykcją państwa członkowskiego (a tym samym poza jurysdykcją Konwencji) w odniesieniu do sprawy dotyczącej jedyne go dochodu jego i jego rodziny, tylko i wyłącznie dlatego, że drugą stroną sporu jest kościół? [...] Czy ten wyrok rzeczywiście ma miejsce we współczesnej cywilizacji europejskiej?”.

Przegłosowani sędziowie Izby wyrazili nadzieję, że być może Wielka Izba naprawi sytuację. Przegłosowani sędziowie Wielkiej Izby nie mogli już mieć takiej nadziei.

4. A gdyby sprawa pastora Nagya trafiła przed Trybunał Sprawiedliwości UE?

Po analizie wyroku ETPC (a zwłaszcza zdań odrębnych do tego wyroku) można zadać inne pytanie: co powiedziałyby w tej lub bardzo podobnej sprawie TSUE? Z jednej strony, jak zasygnalizowano wcześniej, przedmiotem sporu jest autonomia Kościołów i związków wyznaniowych, którą UE zobowiązała się szanować w art. 17 TFUE. Z drugiej strony to kwestia dyskryminacji pracowników (lub szeroko rozumianych

¹⁶ Decyzja ETPC z 30 stycznia 2001 r., *Dudová i Duda p. Republice Czeskiej*, skarga nr 40224/98; wyrok ETPC z 23 września 2008 r., *Ahtinen p. Finlandii*, skarga nr 48907/99; decyzja ETPC z 6 grudnia 2011 r., *Baudler p. RFN*, skarga nr 38254/04; decyzja ETPC z 6 grudnia 2011 r., *Reuter p. RFN*, skarga nr 39775/04 i decyzja ETPC z 20 maja 2008 r., *Hanna i Peter Müller p. RFN*, skarga nr 12986/04.

osób zatrudnionych). Przed laty ETS był wyrozumiały dla duchownych i starał się im pomóc, jak to zrobił w sprawie księdza-misjonarza van Roosmalen¹⁷, który lata spędził na misjach, a którego ETS uznał za osobę samozatrudnioną, aby na emeryturze pozwolić mu skorzystać z praw socjalnych. Jak dziś TSUE rozstrzygnąłby kwestię pracownika (lub niepracownika) pastora Nagya pod kątem dyskryminacji pracowników, w kontekście organizacji opartych na etosie, jak to formułuje art. 4 ust. 2 wspomnianej dyrektywy 2000/78/WE? Zdanie drugie ustępu drugiego nakazuje osobom pracującym dla Kościołów i związków wyznaniowych „działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki organizacji”. Pastor Nagy, informując o nieprawidłowościach finansowych, był lojalny wobec etyki swojej organizacji (Kościoła), mimo że akurat w tym momencie nie był lojalny wobec samego Kościoła. To stwierdzenie brzmi jak temat na potencjalnie interesujące zdanie odrębne sędziego TSUE – choć prawo unijne nie przewiduje zdań odrębnych sędziów.

Nie można też nie zauważyć, że w ostatnich latach granice między orzecznictwem ETPC i ETS stają się coraz mniej wyraźne, a nawet zacierają się. We wspomnianej wcześniej sprawie dotyczącej uboju rytualnego, w 2000 r., skargę organizacji żydowskich (*Cha'are Shalom Ve Tsedek p. Francji*¹⁸) rozpatrzył ETPC w świetle konwencji. Jednak w ostatnich latach w sprawach uboju rytualnego kilkakrotnie wypowiedział się także ETS, w tym ostatnio we wspomnianej sprawie C-336/19¹⁹, orzekając na gruncie prawa unijnego, konkretnie art. 13 TFUE. Podobnie jest z kwestią ubioru (znaków religijnych i nakryć głowy, w tym chust noszonych przez kobiety muzułmańskie): po głośnych wyrokach ETPC w połączonej sprawie *Eweida i in.*²⁰, w ostatnich kilku latach ETS wypowiedział się na ten temat trzykrotnie, a mianowicie w sprawach C-157/15, *Samira Achbita vs. G4S Secure Solutions NV*²¹, w sprawie C-188/15, *Ms Asma Bougnaoui i Association de défense des droits de l'homme (ADDH, Stowarzyszenie Ochrony Praw Człowieka) p. Micropole SA*, wreszcie w wyroku w połączonych sprawach (odesłaniach prejudycjalnych) C-804/18 i C-341/19²², odpowiednio w sprawie *IX vs. WABE e.V.*, przedłożonej przez sądy pracy (Arbeitsgericht) w Hamburgu i sprawie *MH Müller Handels GmbH vs. MJ* C-341/19, przedłożonej przez Bundesarbeitsgericht. W orzeczeniach tych ETS analizował wątek chust z punktu

¹⁷ Wyrok ETS z 23 października 1986 r., *A.J.M. van Roosmalen vs. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen*, C-300/84, ECLI:C:1986:402.

¹⁸ Wyrok ETPC z 27 czerwca 2000 r. *Cha'are Shalom Ve Tsedek p. Francji*, skarga nr 27417/95.

¹⁹ Ta ostatnia sprawa jest interesująca także dlatego, że jako strona skarżąca przeciwko rządowi flamandzkiemu i walońskiemu (w samej Brukseli ubój rytualny nie jest zabroniony) wystąpiły ramie w ramie organizacje islamskie i żydowskie: Centraal Israëlitisch Consistorie van België and Others, Unie Moskeeën Antwerpen VZW, Islamitisch Offerfeest Antwerpen VZW, JG, KH, Executief van de Moslims van België and Others, Coördinatie Comité van Joodse Organisaties van België, Section belge du Congrès juif mondial et Congrès juif européen VZW, a z drugiej strony: LI, rząd Flandrii, rząd Walonii, Kosher Poultry BVBA and Others, Global Action in the Interest of Animals VZW (GAIA).

²⁰ Wyrok ETPCz z 15 stycznia 2013 r., *Eweida i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, sprawy połączone 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10.

²¹ Wyrok TSUE (Wielka Izba) z 14 marca 2017 r., *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding p. G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203.

²² ECLI:EU:C:2021:594.

widzenia dyskryminacji, tj. czy pracodawca jest uprawniony do żądania, aby pracownice – zwłaszcza te mające kontakt z klientami firmy – nie ujawniały poprzez swój ubiór swoich poglądów religijnych.

5. (Nie)śmiałe wnioski

Kończąc, można zauważyć, że życie się toczy, duchowni różnych Kościołów w różnych państwach UE kontynuują swoją pracę (czy też wypełniają swoje powołanie). W dobie rozlicznych i głębokich konfliktów w obrębie Kościołów istnieje jednak duże prawdopodobieństwo, że kolejny duchowny (kolejni duchowni) rozstaną się ze swoim Kościołem i będą musieli stoczyć walkę o swoje prawa, w tym prawa materialne, tak jak to uczynił pastor Nagy. Co stanie się, gdy do ETPC wpłynie kolejna podobna sprawa? Trudno powiedzieć, ale z pewnością ETPC nie będzie mógł się posłużyć metodą „kopiuj-wklej”. Po pierwsze, ze względu na złożoność stosunków państwo–Kościół (inne prawa każdego Kościoła w każdym innym państwie członkowskim, co oznacza fascynującą dwupoziomą mozaikę: Kościół katolicki we Włoszech czy w Niemczech jest w innej sytuacji prawnej niż mniejsze wspólnoty religijne w tych krajach, ale nie można porównać włoskiego Kościoła katolickiego do sytuacji prawnej Kościoła katolickiego we Francji). Po drugie, ETPC z nie do końca znanych przyczyn nie przywołuje w sprawach duchownych swojego własnego orzecznictwa, w tym przypadku zrobił to tylko sędzia Pinto de Albuquerque w swoim zdaniu odrębnym. Po trzecie – co może być przedmiotem oddzielnego artykułu – nawet w tym samym dniu w podobnych sprawach – Trybunałowi (tej samej izbie) zdarza się wydać odmienne wyroki, jak to się stało w sprawach *Obst* i *Schüth*²³. W olbrzymim uproszczeniu: ETPC uznał, że cudzołóstwo mormona należy ukarać bardziej surowo niż cudzołóstwo katolika, gdyż w zwolnieniu z pracy katolickiego organisty ETPC dopatrzył się jednomyślnie naruszenia art. 8 konwencji, natomiast zwolnienie z pracy duchownego mormońskiego nie zostało zakwalifikowane jako naruszenie art. 8 (dodajmy, że oba wyroki zapadły jednomyślnie, tego samego dnia w tej samej Izbie Trybunału).

Ironią sprawy *Nagy* jest to, że sądy państwowe, argumentując, iż nie mogą zostać wykorzystane do egzekwowania decyzji sądów kościelnych, nie podważają decyzji sądów kościelnych, *de facto* je autoryzowały.

Tak więc współczesny pleban pozostaje między biskupem (swoim Kościołem, jego sądami) a wójtem (państwem i jego sądami). Pastor Nagy, po trwającym 11 lat postępowaniu, obejmującym 7 różnych sądów/7 składów orzekających (dwa sądy pracy, dwa sądy cywilne, węgierski Sąd Najwyższy, dwie Izby ETPC) został pozostawiony samemu sobie. Jednocześnie, nie po raz pierwszy i z pewnością nie po raz ostatni, sędziowie ETPC w fascynujący sposób pokazali swoje zdanie, swoje rozumowanie, swoją wizję świata i sprawiedliwości.

²³ Dwa wyroki ETPC, oba z 23 września 2010 r. w sprawach 425/03, *Obst p. RFN* i 1620/03, *Schüth p. RFN*.

Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej – *think tank* czy *watchdog*?

Z wdzięcznością przyjąłem zaproszenie do udziału w księdze poświęconej prof. Krzysztofowi Wójtowiczowi. Łączą nas nie tylko podobne zainteresowania badawcze, ale również przyjaźń ugruntowana przynależnością do tzw. Columbijczyków¹.

Z wielkim uznaniem od lat śledzę dorobek Profesora, a zwłaszcza jego teksty poświęcone prawu Unii Europejskiej. Dlatego w tym eseju chciałbym zająć się dorobkiem, niestety stosunkowo mało u nas znanej, instytucji unijnej, jaką jest Agencja Praw Podstawowych UE (Fundamental Rights Agency).

1. Geneza Agencji

Unia Europejska jest wspólnotą państw członkowskich wyznających wspólne wartości. Wartości te sformułowane zostały w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE). Zgodnie z jego brzmieniem Unia opiera się na wartościach poszanowania godności ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawa, jak również poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te winny być wspólne dla państw członkowskich w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz na równości kobiet i mężczyzn.

Wszystkie organy unijne zobowiązane są do działania w duchu tych wartości oraz monitorowania przestrzegania ich przez państwa członkowskie. Zarazem dostrzegano potrzebę czuwania nad przestrzeganiem praw podstawowych, czyli innymi słowy praw człowieka. Na obecny kształt systemu monitorującego w postaci Fundamental Rights Agency (FRA) złożyło się kilka zdarzeń, które miały miejsce w okresie dyskusji nad jej powołaniem. Po pierwsze, Karta praw podstawowych Unii

* Prof. zw. dr hab. Roman Wieruszewski, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie, ORCID: [0000-0001-8602-7594](https://orcid.org/0000-0001-8602-7594).

¹ Wydaje się, że jest to właściwe miejsce i czas, aby ujawnić, kim są tajemniczy Columbijczycy. Jest to grupa prawników, którzy latem 1980 r. uczestniczyli w kursie prawa amerykańskiego organizowanym corocznie przez Uniwersytet Columbia oraz Uniwersytety w Amsterdamie i Leyden. W roku 1980 kurs odbywał się w Leyden, a w polskiej grupie oprócz Jubilata i niżej podpisanego uczestniczyli: Hanna Suchocka, Hanna Gronkiewicz-Waltz, Małgorzata Bogomińska-Król oraz tragicznie zmarły kolega z UAM Marek Sokołowski. Od tego czasu grupa ok. 20 uczestników kursu z Holandii, Francji, Włoch, Niemiec, Irlandii, Austrii, Wlk. Brytanii, Szwajcarii, Hiszpanii i Polski spotyka się regularnie w różnych krajach Europy i utrzymuje stały kontakt.

Europejskiej została proklamowana 7 grudnia 2000 r. na szczycie europejskim w Nicei. Zainspirowana prawami podstawowymi uznanymi przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości za należące do ogólnych zasad prawa, Karta zapewniała poszanowanie praw podstawowych wynikających z ogólnych zasad prawa oraz międzynarodowych instrumentów praw człowieka wiążących państwa członkowskie UE. Karta przedstawiała się jako autorytatywny zapis dorobku prawnego Unii w dziedzinie praw podstawowych. Jednak jej główny wpływ nie polegał na tym, że była dokumentem prawnym. W rzeczywistości Karta, kiedy została proklamowana, nie miała nawet mocy wiążącej. Jej wpływ polegał na przemianie, jaką wywołała w kulturze i praktyce instytucji unijnych. Przykładowo na podstawie Karty stało się możliwe, aby Parlament Europejski mógł systematycznie sprawdzać, czy wnioski legislacyjne, nad którymi obraduje, są zgodne z prawami, wolnościami i zasadami, które zostały określone w Karcie.

Również Komisja ogłosiła w 2001 r. zamiar sprawdzenia zgodności swoich wniosków z Kartą². W ostatnich latach praktyka ta znacznie się poprawiła³. Powoływanie się na prawa podstawowe w ramach UE stało się rutyną w pracy instytucji, ponieważ istniał dokument, w którym wymienione są wspomniane prawa, przygotowany w warunkach, które gwarantowały mu wysoki stopień legitymizacji.

Drugą okolicznością było wejście w życie, 1 maja 1999 r., traktatu z Amsterdamu. Traktat ten nie tylko sformułował (w ówczesnym art. 6 ust. 1 TUE) wartości, na których opiera się Unia, w tym prawa człowieka i podstawowe wolności, a także poparł to stwierdzenie mechanizmem przewidzianym w art. 7 TUE, pozwalającym na przyjęcie sankcji przeciwko państwu dopuszczającemu się poważnego i stałego naruszania tych wartości.

W związku z wprowadzeniem takiego mechanizmu szybko pojawiło się pytanie, czy te postanowienia Traktatu o Unii Europejskiej powinny prowadzić do stałego monitorowania sytuacji w zakresie praw podstawowych w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Parlament Europejski, za pośrednictwem Komisji Wolności Obywatelskich, Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych (komisja LIBE), przejął wiodącą rolę w tej sprawie. Jak zauważono, traktat z Nicei „uznaje szczególną rolę Parlamentu jako rzecznika dla obywateli europejskich”, przyznając Parlamentowi Europejskiemu prawo do wzywania Komisji do wszczęcia procedury w przypadku wyraźnego ryzyka poważnego naruszenia prawa⁴. Jednak jeszcze przed wejściem w życie tego traktatu Parlament Europejski zainaugurował praktykę przyjmowania

² SEC (2001) 380/3.

³ Por. O. de Schutter, *The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU Institutional Framework*, Study prepared for the Committee on Constitutional Affairs of the European Parliament, PE 571.397 (Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2016); *idem*, *The Implementation of the Charter by the Institutions of the European Union*, [w:] S. Peers, T. Hervey, J. Kennerand, A. Ward (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon 2014, s. 1627-1655.

⁴ Por. Report on the Commission communication on Article 7 of the Treaty on European Union: *Respect for and promotion of the values on which the Union is based* (COM(2003) 606 – C5-0594/2003–2003/2249(INI)) (rapp. J. Voggenhuber), przyjęty 20 kwietnia 2004 r.

rocznych sprawozdań na temat sytuacji praw podstawowych w Unii. Przyjęcie Karty praw podstawowych ułatwiło tę praktykę, czyniąc ją zarówno łatwiejszą, jak i bardziej uzasadnioną dzięki zapewnieniu przejrzystej siatki analitycznej, według której można analizować praktykę państw członkowskich UE⁵.

Rola kontrolna Parlamentu była uzasadniona tym, że po proklamowaniu Karty obowiązkiem instytucji UE było podjęcie wszelkich inicjatyw, które umożliwią im wykonywanie swojej roli w monitorowaniu poszanowania praw podstawowych w państwach, pamiętając o zobowiązaniach, które przyjęły na siebie, podpisując traktat z Nicei, ze szczególnym uwzględnieniem nowego art. 7(1). Parlament stwierdził, że „należy to do szczególnych obowiązków Parlamentu Europejskiego (na mocy roli przyznanej mu na mocy nowego art. 7 ust. 1 traktatu nicejskiego) oraz jego właściwej komisji [komisji LIBE – R.W.] zapewnienie [...], że zarówno instytucje UE, jak i państwa członkowskie przestrzegają praw określonych w poszczególnych rozdziałach Karty”⁶.

Stawało się oczywiste, że w ramach UE należy wzmocnić system monitorowania sposobu przestrzegania praw człowieka. Załączki takich instytucji już istniały. Były to: Europejskie Centrum Monitorowania Rasizmu i Ksenofobii (EUMC), a także agencja Unii Europejskiej (UE)⁷, której zadaniem było gromadzenie obiektywnych, rzetelnych i porównywalnych danych oraz prowadzenie badań dotyczących rasizmu, ksenofobii i związanych z nimi zjawisk w państwach członkowskich UE. Dzięki gromadzeniu i analizowaniu danych EUMC stwarzało Unii Europejskiej lepsze warunki do opracowywania polityki i praktyk, podejmowania działań poprzez narodowe i europejskie mechanizmy oraz angażowania odpowiednio zainteresowanych stron w zwalczanie rasizmu w UE. W celu gromadzenia stosownych danych i informacji z całej Unii EUMC stworzyło Sieć Informacji o Rasizmie i Ksenofobii RAXEN, skupiającą organizacje partnerskie ze wszystkich państw członkowskich UE. EUMC miało siedzibę w Wiedniu. Właśnie Centrum przekształcone zostało w Agencję.

Funkcję monitorującą pełniła również Sieć niezależnych ekspertów UE ds. praw podstawowych. Została ona utworzona w 2002 r. przez Komisję Europejską na wniosek Parlamentu Europejskiego. Celem było monitorowanie sytuacji w zakresie praw podstawowych w państwach członkowskich i w Unii na podstawie Karty praw podstawowych. Prezentowała ona coroczne sprawozdania na temat sytuacji w zakresie praw podstawowych w państwach członkowskich i w Unii, a także opinie w konkretnych kwestiach związanych z ochroną praw podstawowych w Unii.

Jak wspominałem wyżej, wzmocnienie funkcji monitorującej stało się oczywiste głównie za sprawą przyjęcia Karty praw podstawowych. Tym niemniej brak

⁵ Por. przykładowo: *Report on the situation as regards fundamental rights in the European Union* (2000) (rapp. Th. Cornillet), PE 302.216/DEF, EP doc. A5-0223/2001 (2000/2231(INI)).

⁶ Resolution of 5 July 2001 on the situation of fundamental rights in the European Union (2000) (rapp. Thierry Cornillet) (2000/2231(INI)) (OJ C 65 E, 14.3.2002, s. 177-350), § 2-3.

⁷ EUMC zostało ustanowione rozporządzeniem Rady (WE) nr 1035/97 z dnia 2 czerwca 1997 r. (Dz. Urz. L 151 z 10.06.1997 r.), zmienionym rozporządzeniem Rady (WE) nr 1652/2003 z dnia 18 czerwca 2003 r.

było jasnych koncepcji, na czym to wzmocnienie ma polegać. Kiedy Rada Europejska zwróciła się do Komisji Europejskiej o przedstawienie wniosku w sprawie utworzenia „Agencji Praw Człowieka” dla UE, Komisja nie miała z góry założonej opinii na temat struktury, jak taka Agencja ma wyglądać ani jaki ma być jej mandat. W tej sytuacji Komisja postanowiła, przed złożeniem formalnego wniosku, zorganizować szeroko zakrojone konsultacje w celu dokładniejszego określenia, w jakich obszarach utworzenie Agencji będzie stanowiło wartość dodaną, jaka ma być jej struktura i zadania. W tym celu Komisja przedstawiła dokument dotyczący konsultacji publicznych w dniu 25 października 2004 r.⁸

Komisja w odpowiedzi na ten apel otrzymała liczne opinie. W celu omówienia warunków funkcjonowania proponowanej instytucji w dniu 25 stycznia 2005 r. odbyło się wysłuchanie publiczne⁹. Wnioski przedstawione przez Komisję w dniu 30 czerwca 2005 r.¹⁰ odzwierciedlały zatem wynik ponad rocznej debaty, w której uczestniczyła wyjątkowo duża liczba zainteresowanych stron.

2. Mandat Agencji

W efekcie licznych dyskusji uznano za konieczne powołanie instytucji, której mandat określono w następujący sposób: „dostarczać pomocy i wiedzy fachowej w zakresie praw podstawowych odpowiednim instytucjom, organom, biurom i agencjom Wspólnoty oraz jej państw członkowskich przy wdrażaniu przez nie prawa wspólnotowego; wsparcie to służy pełnemu poszanowaniu praw podstawowych przez te instytucje i organy przy podejmowaniu przez nie środków lub określaniu kierunków działań w dziedzinach należących do ich kompetencji”¹¹.

Sama Agencja tak się przedstawia: „Jesteśmy niezależnym ośrodkiem referencyjnym i ośrodkiem doskonałości na rzecz promowania i ochrony praw człowieka w UE. Pomagamy uczynić z Europy lepsze miejsce do życia i pracy. Pomagamy w obrobie praw podstawowych wszystkich ludzi mieszkających w UE”¹².

Na czym ta pomoc polega? Agencja nie jest bynajmniej organem monitorującym, lecz czymś w rodzaju *think tanku*. Wykluczenie jakiejkolwiek roli Agencji w monitorowaniu państw członkowskich w dużej mierze wynikało z bardzo aktywnej roli Rady Europy w debacie na temat utworzenia Agencji Praw Podstawowych. Poprzez różne kanały Rada Europy wyraziła obawę, że grozi jej marginalizacja, jeśli Agencja Praw Podstawowych UE miałaby powielać monitoring prowadzony przez organy Rady Europy.

⁸ COM(2004) 693 final.

⁹ Szerzej na ten temat P. Alston i O. de Schutter (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publ., Oxford 2005.

¹⁰ COM(2005)280, 30.6.2005.

¹¹ Council Regulations (EC) Nr 168/2007, z dnia 17 lutego 2007 r. ustanawiające – European Union Agency for Fundamental Rights, OJ L, 22.2.2007, p. 1 (Art. 2).

¹² www.fra.europa.eu [dostęp 3.09.2022].

Początkowa reakcja Rady Europy na decyzję Rady Europejskiej o utworzeniu „Agencji Praw Człowieka” dla Unii Europejskiej nie była otwarciem wroga, ale miała wyraźnie defensywny charakter¹³.

W efekcie FRA stworzyła pole wiedzy specjalistycznej, z której mogą korzystać instytucje Unii Europejskiej i państwa członkowskie, aby poprawić przestrzeganie praw podstawowych jako części prawa UE. Jak twierdzi wybitny znawca mechanizmów UE Olivier de Schutter: „określenie mandatu Agencji Praw Podstawowych raczej jako bieguna eksperckiego niż «instytucji rzecznika praw obywatelskich» – raczej jako ośrodka analitycznego niż organu monitorującego – wydaje się być wynikiem dwóch potężnych sił: inercji i strachu. Dziesięć lat później duch EUMC przestał nas jednak prześladować. A obawy wyrażane przez instytucje Rady Europy można teraz przedstawić w odpowiedniej perspektywie”¹⁴.

Od momentu powołania Agencja wypełniała swoją misję, publikując liczne sprawozdania i opinie, w większości oparte na porównawczym przeglądzie sytuacji w zakresie praw podstawowych w państwach członkowskich UE, łącząc w swojej ocenie analizę prawną z ustaleniami empirycznymi, opartymi na metodologii nauk społecznych. Jednakże mandat Agencji wydawał się wykluczać jakąkolwiek jej rolę w zapewnianiu, że państwa członkowskie UE przestrzegają zasad demokracji, praworządności i praw podstawowych – wszystkich wartości wymienionych w obecnym art. 2 TUE. Czy te ograniczenia są nadal uzasadnione dziś? Czy rozporządzenie ustanawiające powinno zostać zmienione, aby rozszerzyć mandat Agencji? Odpowiedź na te pytania należy poprzedzić omówieniem struktury FRA.

3. Komitet Naukowy i inne organy FRA

W celu zapewnienia jak najlepszego poziomu naukowego prac FRA powołany został Komitet Naukowy (Scientific Committee). W skład Komitetu wchodzi 11 niezależnych osób, posiadających wysokie kwalifikacje w dziedzinie praw podstawowych¹⁵. Ich mandat jest gwarantem naukowej jakości pracy agencji. Jak pisze Morten Kjaerum, pierwszy dyrektor FRA: „Wewnętrznie szybko zdaliśmy sobie sprawę, że potrzebujemy wewnętrznej kontroli jakości, aby nie być zawstydzonym krytyką ze strony Komitetu Naukowego. W związku z tym stworzyliśmy wewnętrzny mechanizm opinii FRA (FRACO), w ramach którego wszystkie projekty publikacji były omawiane, czasami w dwóch lub trzech rundach. Początkowo pracownicy uważali, że jest

¹³ Szerzej na ten temat por. O. de Schutter, *The Genesis of the EU Fundamental Rights Agency*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (eds.), *Human Rights Law and Evidence-Based Policy. The Impact of the EU Fundamental Rights Agency*, Routledge, London and New York 2020, s. 19-25.

¹⁴ O. de Schutter, *The Genesis...*, s. 25-26. Tłum własne.

¹⁵ Komitet powoływany jest przez Management Board na okres 5 lat i składa się z 11 ekspertów z dziedziny praw człowieka. Mandat jest nieodnawialny.

to dość zniechęcające. Jednak FRACO, w połączeniu z Komitetem Naukowym, w znacznym stopniu przyczyniły się do wysokiej jakości pracy FRA¹⁶.

Rola i sposób działania Komitetu początkowo budził wątpliwości, o czym miałem okazję przekonać się w rozmowach z niektórymi członkami Komitetu pierwszej kadencji. Pierwszy Komitet odnosił początkowo wrażenie, że powinien być organem niezależnym od Agencji, który na własną rękę powinien przedstawiać uwagi na temat prawodawstwa, polityki i strategii UE. Poszczególni członkowie Komitetu byli w tej kwestii mocno popierani przez niektórych posłów do Parlamentu Europejskiego. M. Kjaerum zauważa, że: „Spowodowało to napięcia między pierwszym Komitetem a codziennymi działaniami FRA, ponieważ zgodnie z naszym założeniem Komitet powinien krytykować i komentować projekty prac FRA bez bycia uprawnionym do wydawania Agencji wiążących zaleceń lub kontaktowania się w swoim własnym imieniu ze światem zewnętrznym”¹⁷. Ostatecznie ukształtowała się rola doradcza Komitetu. Każdy raport opublikowany przez FRA jest przypisywany członkowi Komitetu, czyli swoistemu „sprawozdawcy”, który sporządza szczegółową opinię na temat tego raportu. Opinia ta jest następnie omawiana i przyjmowana na posiedzeniu plenarnym Komitetu. Osoba kontaktowa we FRA dba o ścisłą współpracę z Komitetem Naukowym oraz o to, by opinie Komitetu były odpowiednio brane pod uwagę.

Kwestia pozycji Komitetu była też przedmiotem debat w rozważaniach na temat roli, jaką Agencja mogłaby odgrywać w odniesieniu do dyskusji na temat praworządności w ramach UE. W dyskusjach w Parlamencie Europejskim pojawił się nawet pomysł przekształcenia Komitetu naukowego w swego rodzaju „komisję wenecką UE”. Wymagałoby to jednak zmiany rozporządzenia założycielskiego i ostatecznie ten pomysł został zarzucony.

Byłem członkiem Komitetu drugiej kadencji w latach 2013-2018 i mogę stwierdzić, że w tym okresie współpraca z Agencją układała się wzorowo. Członkostwo to pozwoliło mi na dość dogłębne poznanie metod oraz efektów pracy FRA. Daliśmy temu wyraz, wraz z grupą innych ekspertów, w cytowanej wyżej pracy pod redakcją dwojga byłych przewodniczących Komitetu – Rosemary Byrne i Hana Entzinger¹⁸.

4. Tworzenie sieci powiązań

Agencja przyczyniła się do stworzenia ogólnoeuropejskiej sieci praw człowieka, w którą zaangażowane są osoby ze wszystkich obszarów życia społecznego. Powołano Platformę Praw Podstawowych (Fundamental Rights Platform). Stworzono

¹⁶ M. Kjaerum, *A new agency, and so what?*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 32. Tłum. własne.

¹⁷ *Ibidem*, s. 32.

¹⁸ Książka została zadedykowana dr Kristine Krumie – sędzi Łotewskiego Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku i profesorowi Riga Graduate School of Law, członkini Komitetu w latach 2013-2016, zmarłej przedwcześnie w 2016 r. Była wybitną profesjonalistką i wspaniałą Koleżanką.

w ten sposób podstawę do dalszego budowania europejskiej architektury praw człowieka, łącząc większość, jeśli nie wszystkie punkty na europejskiej mapie praw człowieka¹⁹. Dzięki temu urzędnicy z ministerstw sprawiedliwości i spraw wewnętrznych mogą spotykać się i nieformalnie omawiać interesujące ich kwestie. Często w tych spotkaniach uczestniczą urzędnicy z Komisji UE, Rady Europy, a także przedstawiciele społeczeństwa obywatelskiego i eksperci. Nieformalny status tych sieci stworzył możliwość poruszania trudnych kwestii w niezobowiązującym i niekonfrontacyjnym otoczeniu w Wiedniu²⁰. Problemy, które były omawiane podczas tych spotkań, to np. zbadanie roli UE w rozwiązywaniu problemów dotyczących: praworządności, zatrzymania nielegalnych migrantów, przestępstw z nienawiści popełnianych przez młodzież muzułmańską wobec Żydów, praw osób LGBT itp.

Platforma wraz z doroczną konferencją na temat praw podstawowych stały się dwoma sztandarowymi wydarzeniami Agencji. Doprowadziło to do powstania przy wsparciu miasta Wiedeń i rządu austriackiego dorocznego Forum Praw Podstawowych. Forum jest miejscem, gdzie spotykają się wszystkie podmioty zajmujące się kwestiami związanymi z prawami człowieka oraz demokracją i gdzie prowadzi otwartą, niczym nieskrępowaną dyskusję. Forum dynamicznie się rozwija. W 2021 r. brało w nim udział – w wersji hybrydowej – ponad trzy tysiące osób, w tym także uczestnicy z Rosji, Chin, Afganistanu.

Podsumowując Forum 2021, dyrektor FRA, wybitny irlandzki prawnik Michael O’Flaherty powiedział: „Pozwólcie mi na kilka osobistych uwag końcowych w odpowiedzi na pytanie: «Jaki jest mój stan ducha na koniec tych dwóch dni?»». Wczoraj powiedziałem, że jestem oburzony. Nadal jestem oburzony. Jestem oburzony sposobem, w jaki my, ludzie, możemy mieszać w życie naszych bliźnich. To sprawia, że jestem naprawdę zdenerwowany. To nie zniknęło. Ale oprócz tego mam silne poczucie, że nie jestem sam. Mam poczucie, że społeczność praw człowieka jest silną społecznością. Jest to duża, pełna pasji, zaangażowana i zdeterminowana grupa ludzi na całym świecie. I razem możemy coś zmienić, więc nikt z nas nie jest sam, gdy idziemy naprzód. Innym wymiarem mojego stanu ducha jest to, że czuję się na nowo umocniony dzięki obradom, które odbyły się w ciągu ostatnich dwóch dni. Czuję się lepiej przygotowany do wykonywania mojej pracy. Mam poczucie, że moja nadzieja, ponieważ jestem i pozostaję pełny nadziei, że moja nadzieja na przyszłość zbudowana na poszanowaniu praw człowieka jest nadzieją dobrze ułożoną. Dziś jest to nadzieja bardziej zniuansowana niż wczoraj, ale jest to nadzieja całkowicie uzasadniona”²¹.

¹⁹ Por. M. Kjaerum, G.N. Toggenburg, *The Fundamental Rights Agency and Civil Society: Reminding the Gardeners of their Plants’ Roots*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP 02/2012.

²⁰ Formuła udziału w tych spotkaniach była bardzo otwarta. Jednakże z uwagi na udział często przeciwstawnych grup na platformie nalegano na pełen szacunek i godności ton. Przykładowo w związku z tym jedna organizacja została wykluczona, ponieważ nalegała na nazwanie osób LGBTI „wyrazem ludzkiej degeneracji”. Ta organizacja pozarządowa złożyła skargę do Rzecznika Praw Obywatelskich UE, który nie znalazł powodów, by krytykować decyzję Agencji.

²¹ Fra. Europa. Eu, *Fundamental Rights Forum closing speech*, 12 października 2001 r.

5. Efekty badań

Znaczna część działalności FRA poświęcona była analizie, jak prawo funkcjonuje w praktyce. Przeprowadzone analizy wykazały przykładowo, że niektóre społeczności mniejszościowe nie mogą być w stanie w pełni korzystać z przysługujących im praw, ponieważ prawo jest wdrażane w sposób selektywny lub nawet dyskryminujący. FRA poświęciła również wiele uwagi konkretnym przeszkodom napotykanym przez funkcjonariuszy, których zadaniem jest wdrażanie i egzekwowanie prawa i procedur prawnych. Bardzo typowe dla pracy FRA jest to, że stara się ona uzupełnić tradycyjne odgórne podejście do praw człowieka, charakterystyczne dla większości prawników, przez podejście oddolne, które jest bardziej powszechne w naukach społecznych. FRA np. przeprowadziła wywiady z urzędnikami imigracyjnymi na granicach lądowych, morskich i powietrznych, aby dowiedzieć się, jakie konkretne trudności i problemy napotykają w swojej pracy, próbując przestrzegać praw podstawowych obywateli państw trzecich przybywających do UE. FRA przeprowadziła również wywiady z tak różnymi funkcjonariuszami, jak opiekunowie dzieci, strażnicy więzienni czy pracownicy ośrodków przyjmujących osoby ubiegające się o azyl, aby dowiedzieć się, z jakimi konkretnymi problemami w zakresie praw podstawowych się spotykają i jak można je przezwyciężyć. We wszystkich tych przypadkach celem było osiągnięcie bardziej skutecznego stosowania praw podstawowych na podstawie danych empirycznych – czy to ankiet, wywiadów osobistych, dyskusji grupowych lub systematycznej analizy dokumentów – zebranych w trakcie codziennej praktyki²².

Dostarczanie empirycznych dowodów na łamanie praw podstawowych w oparciu o badania z zakresu nauk społecznych, opracowywanie konkretnych propozycji poprawy prawa i opartej na nim polityki, informowanie ludzi o ich prawach, a także wymiana doświadczeń i obiecujących praktyk – to wszystko to są działania, które znajdują się w programie FRA i które przyczyniają się do lepszego stosowania praw podstawowych. Mogą jednak wystąpić sytuacje, w których naruszenie praw jest tak rażące, że konieczne jest podjęcie bardziej zdecydowanych środków. Takie sytuacje stawiają Agencję przed prawdziwym dylematem, co uwidoczniło się m.in. podczas obecności FRA w niektórych „punktach zapalnych” w Grecji i we Włoszech podczas „kryzysu migracyjnego” w 2015 r.

Biorąc pod uwagę swój mandat, FRA powinna powstrzymać się od aktywnego angażowania się w debaty polityczne i procesy decyzyjne dotyczące praw podstawowych, aby nie stracić wiarygodności w oczach swoich licznych interesariuszy. W przypadku „punktów zapalnych” w dziedzinie azylu FRA ograniczyła się do udzielania porad odpowiedzialnym władzom. Jednak sama obecność Agencji w tych „punktach zapalnych” w tak politycznie wrażliwych warunkach mogła być interpretowana przez niektórych jako akt polityczny. Jednakże gdyby FRA całkowicie zignorowała przerażającą sytuację w zakresie praw człowieka w „punktach zapalnych”, mogłaby

²² Por. H. Entzinger, G. Quinn, *FRA as a meeting place of law and social sciences*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 111 i n.

zostać łatwo oskarżona o odwracanie wzroku od poważnych naruszeń praw człowieka i ukrywanie się w swojej „wieży z kości słoniowej”.

W doktrynie zwraca się uwagę, że podobne dylematy pojawiają się, gdy weźmie się pod uwagę postawę FRA wobec domniemyanych naruszeń praw podstawowych w państwach członkowskich, takich jak Polska i Węgry²³. Z jednej strony z takimi dylematami trudno sobie poradzić instytucji takiej jak FRA, która łączy niezależność z silnym osadzeniem instytucjonalnym. Z drugiej jednak strony siłą FRA jest osadzanie opinii Agencji na analizie faktów. Jak podkreśla się w literaturze: „Przed wszystkim wyzwaniem w nadchodzącym dziesięcioleciu są różne krytyki istoty praw człowieka i konieczność ich ponownej obrony jako niezbędnych fundamentów porządku demokratycznego w Europie. Krytyka ta jest artykułowana w okresie, w którym «fałszywe» wiadomości wydają się dość łatwo wpływać na agendę polityczną, a polityka pozbawiona faktów zdaje się zyskiwać popularność. Istnienie agencji UE, która opiera swoje opinie i zalecenia wyłącznie na faktach wygenerowanych w wyniku rzetelnych naukowo badań interdyscyplinarnych może być postrzegane jako korekta tej tendencji. Podsumowując, interdyscyplinarne podejście uosabiane w dotychczasowych pracach FRA dobrze przysłużyło się Europie i prawdopodobnie w następnej dekadzie stanie się jeszcze ważniejsze i bardziej znaczące, w miarę pojawienia się tych i innych, jeszcze niezidentyfikowanych, wyzwań”²⁴.

5.1. Zwalczanie nienawiści, ksenofobii i rasizmu²⁵

Antysemityzm, ksenofobia, rasizm są nadal obecne w państwach członkowskich UE pomimo istnienia precyzyjnych standardów prawnych ich zakazujących. Dlatego FRA podjęła szereg badań nad tymi zjawiskami.

Badanie dotyczące dyskryminacji i przestępstw z nienawiści wobec Żydów w ośmiu państwach członkowskich (Belgia, Francja, Niemcy, Węgry, Włochy, Łotwa, Szwecja i Włochy), w których mieszka 90% ludności żydowskiej, pozwoliły na wszechstronną analizę przeżyć antysemityzmu i jego wpływu na życie codzienne²⁶. Badanie to objęło: percepcję stopnia rozpowszechnienia antysemityzmu w sferze publicznej; postrzeganego zagrożenia stania się ofiarą antysemickich ataków; doświadczeń związanych z postrzeganiem zagrożenia stania się ofiarą antysemickich ataków; doświadczenia związane z przestępstwami motywowanymi antysemityzmem, takich jak wandalizm, napaść fizyczna lub groźby; doświadczenia konkretnych form nękania, na przykład poprzez e-maile, wiadomości tekstowe lub w Internecie i mediach społecznościowych; oraz zgłaszanie incydentów antysemickich na policję lub do innych organizacji, a w przypadku niezgłaszania, przyczyny tego stanu rzeczy. To

²³ H. Entzinger, G. Quinn, *FRA as a meeting...*, s. 114.

²⁴ *Ibidem*, s. 116.

²⁵ W tym paragrafie wykorzystano informacje zawarte w: F. Tulkens, *Combating hatred, xenophobia and racism*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 143-157.

²⁶ FRA, *Discrimination and Hate Crime against Jews in EU Member States: Experiences and Perceptions of Antisemitism*, Luxembourg, Publications Office, 2013. Rezultaty drugiego przeglądu opublikowano 10 grudnia 2018 r.

opracowanie opierało się na ankiecie internetowej, w której wzięło udział około 5 800 respondentów. Badanie to dostarczyło informacji pozwalających ocenić skuteczność ochrony zapewnianej przez dyrektywę o równości rasowej z 2000 r.

Badanie Agencji dotyczące dyskryminacji i wiktymizacji lesbijek, gejów, biseksualistów i transseksualistów (LGBT) w państwach członkowskich UE dostarczyło dobrze udokumentowanych danych na temat szeregu kwestii, w tym przestępstw i wypowiedzi o charakterze homofobicznym i transfobicznym²⁷. W badaniu przedstawiono dane dotyczące zgłaszania i niezgłaszania incydentów oraz powodów niezgłaszania, poziomu zaufania do władz, zachowania funkcjonariuszy publicznych oraz typów sprawców. Badanie opierało się na ankiecie internetowej z udziałem około 93 000 respondentów. Interesujące jest również to, że badanie to udokumentowało polityczną mowę nienawiści: 44% respondentów stwierdziło, że obraźliwy język używany przez polityków w stosunku do osób LGBT jest szeroko rozpowszechniony, co powoduje szkody nie tylko dla pojedynczych osób, ale także dla całych grup. Jest to rzeczywistość, która zasługuje na coraz większą uwagę. Odbiło się to echem w wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 2007 r. w sprawie *Bączkowski i inni przeciwko Polsce*, dotyczącej publicznych homofobicznych wypowiedzi burmistrza²⁸.

W szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości FRA, stosując interdyscyplinarne podejście łączące nauki społeczne i analizę prawną, swoje działania ukierunkowuje głównie na wyniki w dwóch obszarach operacyjnych: pozycji i praw ofiar oraz dostępu do organów ścigania, w tym do wymiaru sprawiedliwości. „Dać ofiarom twarz i głos”, ten podtytuł konferencji FRA w 2013 r. oddaje wspomniane intencje²⁹.

W dziedzinie nienawiści, rasizmu i ksenofobii oczywiste jest, że działania UE mogą i powinny poprawić sytuację ofiar. Pamiętając o tym, że oficjalne statystyki są niekompletne i prawdopodobnie niedokładne z powodu dużej „ciemnej liczby” przestępstw, które nie są ujawniane, zbieranie informacji od samych ofiar od połowy lat 60. ubiegłego wieku stało się użyteczną metodą. To właśnie w Stanach Zjednoczonych w 1967 r., z inicjatywy Prezydenckiej Komisji ds. Administracji Wymiaru Sprawiedliwości (Komisja Katzenbacha), przeprowadzono pierwsze krajowe badanie wiktymizacyjne³⁰.

Dzięki znajomości problematyki wiktymologicznej FRA, dysponująca doskonałą wiedzą specjalistyczną w dziedzinie wiktymologii, bardzo często korzysta z badań wiktymizacji przestępstw, aby rzucić światło na naturę i zakres zjawiska niezgłaszanych przestępstw, przyczyn niezgłaszania przestępstw oraz doświadczenia ofiar w kontaktach z organami ścigania.

²⁷ FRA, *EU LGBT Survey, European Union Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Survey. Results at a Glance*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013. Przegląd powtórzone w 2019. Por. FRA, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey – Questionnaire 2016*, EU-MIDIS II, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2017.

²⁸ Wyrok ETPC z 3 maja 2007 r., w sprawie *Bączkowski i inni p. Polsce*.

²⁹ Fundamental Rights Conference 2013, *Combating Hate Crime in the EU – Giving Victims a Face and a Voice*, odbyła się w Wilnie na Litwie w dniach 12-13 listopada 2013 r.

³⁰ Por. P.H. Ennis, *Criminal Victimization in the United States: A Report on a National Survey*, Washington DC, US Government Printing Office 1967.

W 2010 i 2012 r. FRA przeprowadziła pierwsze zakrojone na szeroką skalę unijne badania na temat dyskryminacji grup imigrantów i mniejszości etnicznych w 27 krajach członkowskich UE³¹. Badania te pokazały, że „znaczny odsetek członków mniejszości i grup imigrantów w UE uważa się za ofiary wiktymizacji przestępczej na tle rasowym. Większość z nich nie zgłosiła przestępstw, których padli ofiarą, żadnej organizacji, instytucji lub organowi. Dwa najczęściej wymieniane powody niezgłaszania przestępstw był brak wiary w to, że policja jest w stanie coś zrobić w tej sprawie oraz przekonanie, że incydenty są zbyt błahe, by warto było je zgłaszać”³².

Trafna jest teza, że w rezultacie prowadzonych przez FRA badań ujawnia się bulwersujący fakt, że „niezależnie od tego, jak bardzo ludzie różnią się między sobą pochodzeniem etnicznym, przekonaniami, stylem życia i narodowością, są wyraźnie dotknięci strachem przed takimi przestępstwami, strachem przed byciem postrzeganym jako przynależący do pewnej grupy, obawy, że to, co zdarzyło się raz, powtórzy się i obawy, że ucierpią na tym członkowie rodziny i przyjaciele”³³.

5.2. Sytuacja Romów

Dyskryminacja Romów stanowi wyzwanie dla prawa antydyskryminacyjnego Unii Europejskiej, ponieważ ma charakter trwały, strukturalny i obejmuje wszystkie dziedziny życia. Dyskryminacja ta jest zakorzeniona w strukturach społecznych, zarówno w praktykach instytucji społecznych, w tym edukacji i władz publicznych, jak i w działaniach i postawach społeczeństwa obywatelskiego. Europejskie przepisy antydyskryminacyjne tradycyjnie skoncentrowane są na jednostce, co utrudnia podejmowanie działań w przypadku systemowych lub strukturalnych problemów dyskryminacji³⁴.

Od 2012 r. ważną częścią pracy FRA w odniesieniu do Romów jest rozwój działań monitorujących. Prace te służą realizacji krajowych strategii integracji Romów (NRIS). Narzędzia monitorowania opracowane przez FRA obejmują różnorodne wskaźniki i mechanizmy, które pozwalają na ciągłe śledzenie postępów i wyników. Podobnie jak wskaźniki opracowane przez Biuro Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka (OHCHR), środki monitorowania FRA rozróżniają wskaźniki strukturalne, wskaźniki związane z procesami i wskaźniki dotyczące wyników.

W 2015 r. FRA, wspólnie z Komisją Europejską, rozpoczęła zbieranie informacji na temat wskaźników procesu wyrównywania szans ze wszystkich państw

³¹ FRA, *EU-MIDIS Data in Focus Report 6: Minorities as Victims of Crime*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012.

³² FRA, *Making Hate Crime Visible in the European Union: Acknowledging Victims' Rights*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2012, s. 46. Por. również zaktualizowany raport: FRA, *Hate Crime Recording and Data Collection Practice across the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

³³ I.N. Dimitrakopoulos, *Hate Crime in the European Union*, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, speech at a meeting of the Civil Liberties, Justice and Home Affairs Committee of the European Parliament (LIBE) on the issue of hate crime, 23 January 2014.

³⁴ Obszerna analiza tej problematyki w: J.M. Fresno, J. Niemi, *Promoting equality. FRA's work on Roma*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 158-171.

członkowskich UE w zakresie czterech obszarów tematycznych: edukacji, zatrudnienia, zdrowia i mieszkalnictwa. Badania te umożliwiają ciągłe monitorowanie postępów na drodze do równości Romów w państwach członkowskich. Informacje te pozwalają tworzyć bazę dowodową do pomiaru rzeczywistych postępów w państwach członkowskich w realizacji ich strategii na rzecz Romów.

Przez wiele lat FRA była raczej ostrożna w swoich opiniach na temat poprawy praw Romów. Było to zapewne związane z mandatem FRA, a także z ogólnymi kompetencjami UE. Obecnie, gdy prawa podstawowe znalazły swoje miejsce jako zasadnicza część prawa UE, Agencja może formułować swoje opinie w bardziej śmiały sposób. Pewne zmiany były już widoczne w ostatnim sprawozdaniu FRA, w którym powiązано zjawisko anty-cyganizmu z utrzymującą się dyskryminacją i niekorzystną sytuacją Romów w zakresie edukacji, zatrudnienia, mieszkalnictwa i zdrowia.

W pełni podzielam następującą konkluzję: „FRA już teraz przyczyniła się do włączenia kwestii integracji Romów do europejskiej agendy poprzez poprawę wiedzy na temat sytuacji Romów. Wiele jest jeszcze do zrobienia. Romowie żyją w Europie od co najmniej 500 lat; to, jak są traktowani, jest miarą naszego człowieczeństwa”³⁵.

5.3. Przemoc wobec kobiet³⁶

Przemoc wobec kobiet (VAW) należy do najbardziej haniebných i powszechných naruszeń praw człowieka. Dosłownie nie ma ani jednego kraju na świecie, który może twierdzić, że jest wolny od tego przestępstwa. VAW stanowi ogromne wyzwanie dla międzynarodowego systemu praw człowieka. Dla UE jest to szczególnie poważny problem, ponieważ jej istnienie narusza najbardziej podstawowe zasady, na których opiera się Unia. Jeśli Karta praw podstawowych UE ma być traktowana poważnie, zarówno UE, jak i jej państwa członkowskie muszą udowodnić, że nie szczędzą wysiłków, aby wykorzenić przemoc domową z życia społecznego. Jak dotąd jednak efekty są bardzo rozczarowujące.

W marcu 2014 r. ogółośnoeuropejskie badanie na temat przemocy skierowanej przeciwko kobietom zostało opublikowane przez FRA³⁷. Badanie opierało się na wywiadach z 42 000 losowo wybranymi kobietami w wieku od 18 do 74 lat we wszystkich krajach UE. Wszystkie respondentki były przepytywane osobiście przez wyszkolone ankieterki, które przeprowadzały wywiady. Aby ocenić potencjalny wpływ trybu wywiadu na wyniki, niektóre wrażliwe pytania zadawano w papierowych kwestionariuszach do samodzielnego wypełnienia, dołączanych na końcu wywiadu. Warto zauważyć, że ankieta została przedstawiona respondentom jako ankieta dotycząca dobrobytu i bezpieczeństwa kobiet, bez bezpośredniego

³⁵ J.M. Fresno, J. Niemi, *Promoting equality...*, s. 171.

³⁶ W tym paragrafie wykorzystano informacje zawarte w: R. Wieruszewski, K. Sękowska-Kozłowska, *Violence against women. Policy impact and FRA's evidence-based research*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 172-184.

³⁷ FRA, *Violence against women: an EU-wide survey. Main results report*, 5 March 2014, <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> [dostęp 3.09.2022].

odniesienia do VAW. Pytania opierały się na szczegółowych opisach szerokiego zakresu czynów i zachowań, które stanowią przejaw VAW.

Główne wnioski z badania były alarmujące: jedna na trzy kobiety w UE doświadczyła jakiejś formy przemocy fizycznej lub seksualnej od 15. roku życia. Mapa przedstawiona w raporcie z badania pokazała, które kraje UE wydają się być najbezpieczniejszymi miejscami do życia dla kobiet (np. Włochy, Hiszpania, Słowenia i Polska – wskaźnik przemocy domowej 10-19%) i najbardziej niebezpieczne (Szwecja i Dania – wskaźnik przemocy domowej 30-39%) pod względem przemocy ze strony partnera. Podobną obserwację można poczynić w odniesieniu do niektórych innych form VAW, takich jak molestowanie seksualne. Jednak analiza raportu na podstawie tych liczb jest błędna.

Na przykład w Polsce dane te były szeroko wykorzystywane w debacie parlamentarnej, której celem było uniemożliwienie przystąpienia Polski do konwencji stambulskiej³⁸. Twierdzono, że są one dowodem na to, że przeciwdziałanie przemocy domowej w Polsce jest znacznie skuteczniejsze niż w wielu innych państwach-stronach konwencji stambulskiej. Jednakże jeżeli wziąć pod uwagę również dowody z innych części badania – np. w odniesieniu do przemocy psychicznej ze strony partnera – wówczas Polska ma wskaźnik 41% kobiet doświadczających przemocy psychicznej ze strony poprzedniego partnera.

Badanie ujawniło występowanie tzw. nordyckiego paradoksu. Okazało się, że w krajach skandynawskich, które najbardziej zaawansowane są w procesie zrównywania praw kobiet i mężczyzn, zarazem procent kobiet, które uważają, że były ofiarami jakiejś formy przemocy jest wyższy niż w innych. Jedną z przyczyn tego paradoksu może być fakt, że świadomość kobiet w tych krajach jest wyższa niż w innych.

Należy podkreślić przełomowy charakter tego badania. Po raz pierwszy udokumentowano zakres, charakter i konsekwencje przemocy domowej w całej UE. Badanie ujawniło, że zjawisko to jest niedostatecznie zgłaszane, co oznacza, że krzywdy kobiet figurujące w policyjnych bazach danych i aktach sądowych to tylko wierzchołek góry lodowej. Ponadto FRA podjęła wyzwanie zaprojektowania metodologii, która pozwoli na porównanie danych pomiędzy poszczególnymi krajami. Każdy kraj ma swój własny kontekst kulturowy, który może wpływać na wskaźniki przemocy domowej³⁹. Na przykład w przypadku molestowania seksualnego subiektywne doświadczenia kobiet na temat tego, jakie zachowania wobec nich są dla nich pożądane, a które nie, są do pewnego stopnia kształtowane przez czynniki społeczne i kulturowe.

Ankieta okazała się wiarygodnym i bogatym źródłem ważnych informacji na temat różnych aspektów tego tragicznego zjawiska. FRA należy się zasłużone uznanie za to przedsięwzięcie. Największym wyzwaniem i zadaniem dla FRA jest jednak zapewnienie szerokiego rozpowszechnienia tych wyników. Jeśli dalsza dyskusja nad

³⁸ Konwencja o ochronie praw człowieka opracowana przez Radę Europy w celu zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Weszła w życie 1 sierpnia 2014 r. Polska ratyfikowała Konwencję 13 kwietnia 2015 r.

³⁹ Zob. np. komentarz G. Tishevy do wyników badania dotyczącego Bułgarii, „European Gender Law Equality Review” 2014, no. 1, s. 43-45.

wynikami badań FRA ograniczy się do czasopism naukowych, dane przedstawione w badaniu tracą na znaczeniu i, jak to już miało miejsce w przypadku Polski, mogą zostać wykorzystane raczej przeciwko niż na rzecz równości płci. Obecny Dyrektor FRA Michael O’Flaherty przy różnych okazjach zwracał uwagę, że ustalenia FRA muszą dotrzeć nie tylko do przywódców politycznych czy decydentów, powinny trafić też do szerokiej opinii publicznej, mediów i tzw. ludzi z ulicy. Oczywiście FRA powinna otrzymać wszelkie niezbędne wsparcie i pomoc w tym zakresie.

5.4. Kontrola granic, uchodźcy i migracje⁴⁰

Azyl i migracja pozostają obszarami, w których FRA opracowała największą liczbę raportów i dokumentów. Agencja przez lata prowadziła ważne badania i oferowała znaczące doradztwo w kwestiach prawnych związanych z kontrolą granic zewnętrznych, zarówno na granicach morskich⁴¹, jak i lądowych⁴² oraz w portach lotniczych⁴³. Niektóre z tych badań dostarczyły cennych spostrzeżeń i dokumentacji w postaci sprawozdań obywateli państw trzecich i ich osobistych doświadczeń w kontaktach z organami kontroli granicznej niektórych państw członkowskich. Zawierają one wyjątkowo ciekawe ustalenia empiryczne bardzo przydatne dla osób zaangażowanych w politykę UE i ustanawianie norm w zakresie kontroli granic zewnętrznych, jak również dla organów państw członkowskich odpowiedzialnych za politykę i praktyki w tym zakresie. Sprawozdania te dostarczają też ważnych dowodów interesujących dla szerszej społeczności akademickiej zajmującej się teoretycznymi zagadnieniami dotyczącymi tej szczególnej cechy suwerenności państwowej oraz skutków harmonizacji UE w tym obszarze regulacyjnym.

Sprawozdanie dotyczące kwestii praw podstawowych w odniesieniu do kontroli na południowych zewnętrznych granicach morskich wydaje się szczególnie interesujące zarówno z teoretycznego, jak i praktycznego punktu widzenia⁴⁴. W oparciu o dane zebrane w pięciu państwach członkowskich (Cypr, Grecja, Włochy, Malta i Hiszpania) oraz trzech państwach trzecich (Turcja, Tunezja i Maroko) w 2011 r. sprawozdanie i zawarte w nim zalecenia polityczne (określane jako „opinie FRA”) okazały się tragicznie istotne, zarówno pod względem polityki kontroli granicznych, jak i w kolejnych przypadkach, w których przeprowadzono operacje poszukiwawcze i ratunkowe. Wystarczy tu wspomnieć o katastrofie statku migrantów na Lampedusie w październiku 2013 r., która spowodowała rozpoczęcie przez Włochy operacji Mare Nostrum (kontrola morska), jak również gwałtowny wzrost liczby łodzi

⁴⁰ W tym paragrafie wykorzystano informacje zawarte w: J. Vedsted-Hansen, *Borders and migration control: FRA’s research at protection block spots*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (red.), *Human Rights...*, s. 185-196; oraz R. Byrne, *Embedded EU research on refugee protection: FRA’s work on asylum and irregular migration*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (eds.), *Human Rights...*, s. 197-206.

⁴¹ FRA, *Fundamental Rights at Europe’s Southern Sea Borders*, 27 March 2013.

⁴² FRA, *Fundamental Rights at Land Borders: Findings from Selected European Union Border Crossing Points – Summary*, 19 June 2014.

⁴³ FRA, *Fundamental Rights at Airports: Border Checks at Five International Airports in the European Union*, 10 November 2014.

⁴⁴ FRA, *Fundamental Rights at Europe’s Southern Sea Borders...*

migrantów przybywających na środkowy szlak śródziemnomorski w latach 2016-2017, w szczególności od czasu zamknięcia szlaku przez Bałkany Zachodnie i wdrożenia porozumienia UE-Turcja z dnia 18 marca 2016 r.

Ostatnie wydarzenia związane z europejskim kryzysem azylowym i migracyjnym od 2015 r., jak wynika z raportów organizacji międzynarodowych, organizacji pozarządowych i mediów oraz w relacjach poszczególnych osób ubiegających się o azyl, dowodzą, że nasiliły się zjawiska uciekania się do restrykcyjnych środków kontroli granicznej w niektórych państwach członkowskich, w tym „odsuvanie” (*push back*) na granicach lądowych do niebezpiecznych krajów sąsiadujących i odmowa dostępu do procedury azylowej dla obywateli państw trzecich poszukujących ochrony międzynarodowej. Praktyki takie odnotowywano na graniach Węgier⁴⁵, Bułgarii⁴⁶. Obecnie mamy do czynienia z takimi zjawiskami na wschodniej granicy Polski z Białorusią.

Wydaje się zatem, że nie ma wątpliwości, iż istnieje pilna potrzeba przeprowadzenia podobnych badań w najbliższej przyszłości przez FRA w celu poznania i opisanie obecnych realiów kontroli granicznej na zewnętrznych granicach UE, chociaż jest wyraźnie określone w rozporządzeniu ustanawiającym Agencję, że raporty FRA nie mogą dotyczyć kwestii, czy państwo członkowskie nie wypełniło obowiązku wynikającego z prawa UE. Jednak ogólne wyniki takich badań naukowych nadal będą stanowić użyteczny materiał dla instytucji UE i państw członkowskich w ich wysiłkach na rzecz wdrażania prawa UE, nawet w przypadku braku wniosków na temat zgodności działań podejmowanych przez którekolwiek z państw członkowskich z normami prawa UE dotyczącymi wspólnego europejskiego systemu azylowego lub dorobku Schengen. Takie dowody mogą być istotne nie tylko dla społeczeństwa obywatelskiego, w tym dla środowisk akademickich i szerokiej opinii publicznej, ale z pewnością także dla Komisji, która jest odpowiedzialna za egzekwowanie zobowiązań wynikających z prawa UE.

W nowszej analizie Agencji Praw Podstawowych dotyczącej zakresu zasady *non-refoulement* w zarządzaniu granicami zewnętrznymi szerzej omówiono kwestie związane z prawami podstawowymi, łącząc przegląd odpowiednich norm prawnych – w tym tego, co określono mianem „rozwijających się dziedzin prawa” – ze sformułowaniem bardziej konkretnych wskazówek dla organów UE i państw członkowskich na temat podejść i metod pracy, które wydają się istotne i konieczne w celu zminimalizowania ryzyka wydalenia w ramach zarządzania granicami zewnętrznymi, w szczególności podczas współpracy z organami kontroli granicznej lub organami ścigania państw trzecich⁴⁷.

⁴⁵ Por. Council of Europe: Committee for the Prevention of Torture, *Report to the Hungarian Government on the visit to Hungary carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 21 to 27 October 2015*, CPT/Inf (2016) 27, Strasbourg, 3 November 2016; AIDA, *Country Report: Hungary*, 2016 Update (Brussels: ECRE, 2017).

⁴⁶ UNHCR, *Press Release on the plight of refugees and migrants at Bulgaria borders*, Sofia, 28 January 2016; AIDA, *Country Report: Bulgaria*, 2016 Update (Brussels: ECRE, 2017).

⁴⁷ FRA, *Scope of the Principle of Non-Refoulement in Contemporary Border Management: Evolving Areas of Law*, 5 December 2016; w raporcie zawarty jest dokument *Guidance on how to reduce the risk of refoulement in external border management when working in or together with third countries*, zob. s. 7-9.

Choć z pewnością kontrowersyjne, badanie na temat zakresu i wpływu zasady *non-refoulement* w zarządzaniu granicami może potencjalnie zwiększyć prawdopodobieństwo, że prawa podstawowe, zapisane w art. 18 i 19 Karty UE, dla obywateli państw trzecich potrzebujących ochrony międzynarodowej staną się skuteczne i rzeczywiste, niezależnie od złożonych warunków eksterytorialnej kontroli migracji, która jest ważnym i wysoce problematycznym elementem egzekwowania prawa ponadnarodowego.

Ze względu na konsekwencje, jakie wynikają ze sposobu sprawowania kontroli migracji, dla dostępu do ochrony międzynarodowej w państwach członkowskich, a tym samym na faktyczne korzystanie z praw podstawowych w dziedzinie azylu zagwarantowanych w Karcie praw podstawowych Unii Europejskiej, można sobie wyobrazić, że niektóre sytuacje lub decyzje wynikające z porozumień z państwami trzecimi mogą być rozpatrywane pod względem prawnym jako kwestie wykładni instrumentów w ramach wspólnego europejskiego systemu azylowego. Tytułem przykładu można wskazać, że funkcjonowanie porozumienia UE-Turcja z dnia 18 marca 2016 r., niezależnie od tego, czy stanowi ono prawnie wiążący lub inny formalny środek przyjęty przez UE, czy też nie, w praktyce prowadzi do stosowania kryteriów odnoszących się do „pierwszego kraju azylu” i „bezpiecznego państwa trzeciego” zgodnie z dyrektywą w sprawie procedur azylowych w konkretnych przypadkach. Takie decyzje podejmowane przez organy państw członkowskich będą bezsprzecznie stanowiły kwestię wdrażania prawa UE, w tym Karty praw podstawowych. Tym samym wchodzi one w zakres mandatu Agencji Praw Podstawowych.

Warto również zwrócić uwagę, że FRA w swoich badaniach nie pomija kwestii nieregularnych migrantów i ich praw. W sprawozdaniu *Prawa podstawowe migrantów o nieuregulowanym statusie* (2011) lub zaktualizowanym podsumowaniu uprawnień do opieki zdrowotnej przysługujących migrantom o nieuregulowanym statusie w UE 28 (2015) Agencja ujawnia dynamikę, która prowadzi do poważnych i potencjalnie zagrażających życiu naruszeń związanych z odmową dostępu do opieki zdrowotnej. W analizie kosztów ekonomicznych i skutków ograniczenia dostępu do opieki zdrowotnej FRA dokonała przeglądu polityki państw członkowskich wobec osób ubiegających się o azyl i nielegalnych migrantów. FRA zapewniła, że prawa nielegalnych migrantów nie są pominięte.

6. Uwagi końcowe

Główną kwestią, która kładzie się cieniem na Agencji od momentu jej utworzenia, jest ciągła debata na temat tego, czy powinna ona zajmować się przede wszystkim prowadzeniem badań i gromadzeniem danych dotyczących praw człowieka w celu „doradztwa”, czy też powinna ona służyć jako swoista instytucja interwencyjnistyczna, która „monitoruje” wypełnianie przez UE i państwa członkowskie ich zobowiązań w zakresie przestrzegania praw człowieka. Czy FRA powinna być postrzegana jako „agencja informacyjna”, „think tank” czy raczej jako „watchdog”?

Rada Europejska wyraźnie ograniczyła mandat FRA do pierwszego z wymienionych obszarów. Rada Europy, w okresie debat nad ukształtowaniem mandatu FRA, starała się zagwarantować, że agencja będzie zajmować się jedynie „monitorowaniem doradczym”. Panowała bowiem obawa, że gdyby pozwolono na „monitoring normatywny”, czyli ocenę zgodności z normami praw człowieka, stanowiłoby to ingerencję w rolę Rady Europy.

Ta dyskusja trwa nadal. W marcu 2019 r. Parlament Europejski przyjął rezolucję w sprawie wdrożenia Karty praw podstawowych. Wezwał w niej do zmiany mandatu FRA, tak aby obejmował on „kompetencję do wydawania niewiążących opinii w sprawie projektów prawodawstwa UE z własnej inicjatywy, a także do promowania systematycznych konsultacji z agencją przez Komisję, Radę i Parlament”⁴⁸.

Historia FRA pokazuje zarazem, w jaki sposób można dostosować badania, aby poruszać się w narzuconych granicach mandatu, oferując zarazem studium przypadku adaptacyjnej natury i dostarczając dowodów w dziedzinie praw człowieka. Monitorowanie jest podstawowym elementem ochrony praw człowieka, a mimo to, a może właśnie dlatego, pozostaje dla wielu państw członkowskich słowem-kluczem. Dlatego też FRA nie przedstawia się jako organ monitorujący prawa człowieka.

Agencja od początku swojego istnienia konsekwentnie zwracała szczególną uwagę na swój mandat oraz na ograniczenia w zakresie swoich uprawnień w kontekście prawnym i politycznym UE. Jednakże zarazem była również skłonna naciskać tam, gdzie jest to możliwe w granicach opartego na zebranych dowodach doradztwa w zakresie polityki praw człowieka. Tę tendencję można znaleźć nie tylko w tematyce podejmowanych badań, ale i w instytucjonalnej roli, jaką FRA odgrywa zarówno za kulisami, jak i na scenie publicznej.

Pomimo swojej względnej niezależności FRA prowadzi „badania osadzone”. Wiele napięć związanych z pracą Agencji wynika z faktu, że badania nad prawami człowieka z definicji mają na celu ochronę jednostek przed praktykami i zaniechaniami państwa. Zarazem jako ciało badawcze FRA jest finansowana i odpowiada przed władzami, które obrońcy praw starają się ograniczyć i często krytykują.

W dziedzinie praw człowieka niezależność instytucjonalna i intelektualna jest często postrzegana jako będąca w sprzeczności z zaangażowaniem w praktykę i politykę państwa⁴⁹. FRA w swoich raportach opierała się na próbach osiągnięcia strategicznej równowagi między uzyskaniem wpływu na politykę, spełnieniem często sprzecznych oczekiwań zainteresowanych stron (od Komisji po społeczeństwo obywatelskie), przy jednoczesnym zachowaniu wiarygodności instytucjonalnej.

⁴⁸ Zob. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 lutego 2019 r. w sprawie stosowania Karty praw podstawowych Unii Europejskiej w ramach instytucjonalnych UE (2017/2089(INI)); (2020/C 449/05); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019IP0079&from=EN> [dostęp 3.09.2022].

⁴⁹ Por. R. Byrne, *Refugee Advocacy Scholarship*, „Canadian Journal of Human Rights” 2019, vol. 8, no. 1.

Ostatnio FRA bardziej aktywnie zaangażowała się w działalność organizacji zawodowych takich jak Stowarzyszenie Instytutów Praw Człowieka (AHRI)⁵⁰. Jednak większa obecność i wpływ w wiodących sieciach badawczych nadal pozostaje wyzwaniem. Dzięki decyzji FRA o umieszczeniu swoich baz danych w domenie publicznej, jej badania są teraz lepiej dostępne dla uniwersytetów i innych badaczy zewnętrznych. Bliższe zaangażowanie społeczności akademickiej w prace Agencji oraz włączenie badań i ankiet FRA do dyskursu akademickiego powinno jeszcze bardziej zwiększyć świadomość istnienia Agencji w szerszych debatach politycznych na szczeblu regionalnym, krajowym i lokalnym.

Ustanowienie wewnętrznej instytucji UE zajmującej się dostarczaniem dowodów na potrzeby polityki w zakresie praw człowieka jest historyczną innowacją. Jednak innowacja ta wiąże się również z koniecznością nowego spojrzenia na rolę, jaką wyniki tych badań powinny odgrywać w kształtowaniu polityki UE w zakresie praw człowieka.

Konkludując, chciałbym przytoczyć ważną opinię redaktorów szeroko omawianej tu pracy, którą w pełni podzielają współautorzy tej książki w tym także niżej podpisany: „FRA oraz europejskich działaczy i naukowców zajmujących się prawami człowieka łączy wspólny cel pogłębiania i rozwijania ochrony praw człowieka w UE. Pierwsza dekada działalności FRA stanowiła projekt pilotażowy w zakresie badań nad prawami człowieka i ich metodologii. W drugim dziesięcioleciu, podczas gdy agencja nadal pracuje w ramach instytucji UE, jeśli będzie w stanie w coraz większym stopniu integrować się z sieciami akademickimi i społeczeństwem obywatelskim, będzie miała znacznie większy potencjał, aby poszerzyć opartą na dowodach debatę na temat praw człowieka w krytycznym momencie historii Europy”⁵¹.

⁵⁰ Stowarzyszenie Instytutów Praw Człowieka (AHRI) to założona w 2000 r. sieć ponad 100 (ta liczba rośnie) instytutów członkowskich, które prowadzą działalność badawczą i edukacyjną w dziedzinie praw człowieka. Instytuty członkowskie pochodzą z ponad 30 różnych krajów na wszystkich kontynentach. Celem AHRI jest zgromadzenie badaczy praw człowieka z różnych dyscyplin, ułatwienie wymiany pomysłów i współpracy oraz promowanie badań, edukacji i dyskusji w dziedzinie praw człowieka. AHRI wspiera doktorantów i ułatwia wymianę między różnymi instytutami członkowskimi.

⁵¹ R. Byrne, H. Entzinger, *Concluding reflections on human rights law and evidence – based policy*, [w:] R. Byrne, H. Entzinger (eds.), *Human Rights...*, s. 120.

Trybunał Konstytucyjny na początku walki o niewykonywanie wyroków Trybunału Sprawiedliwości UE (orzeczenia U 2/20 i Kpt 1/20)

1. Wprowadzenie

Jednym z ważniejszych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie polskich reform sądownictwa mających miejsce po 2015 r.¹ jest wyrok (wydany w składzie wielkiej izby) z 19 listopada 2019 r. w sprawach połączonych *A.K. i inni*². W wyroku tym Trybunał Sprawiedliwości dokonał interpretacji fundamentalnych przepisów prawa UE – art. 2 Traktatu o UE³, art. 19 ust. 1 zd. 2 oraz art. 47 Karty praw podstawowych UE⁴.

Artykuł 2 TUE odnosi się do poszanowania przez państwa członkowskie wartości stanowiących fundament UE, wśród których wymienione są praworządność i poszanowanie praw podstawowych jednostki. Artykuł 19 ust. 1 zd. 2 formułuje obowiązek państw członkowskich zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem Unii. Artykuł 47 KPP z kolei zapewnia każdemu, czyje prawa i wolności zagwarantowane przez prawo UE zostały naruszone, prawo do skutecznego środka prawnego przed sądem oraz prawo do sprawiedliwego rozpatrzenia jego sprawy przez sąd ustanowiony ustawą, niezawisły i bezstronny. W wyroku Trybunał Sprawiedliwości stwierdził m.in., że sądy, które zadały w tej sprawie pytania prejudycjalne, powinny w świetle tych przepisów ocenić niezawisłość i bezstronność nowo powołanej Krajowej Rady Sądownictwa⁵, a także nowej

* Prof. dr hab. Anna Wyrozumska, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, ORCID: [0000-0002-3310-6675](https://orcid.org/0000-0002-3310-6675).

¹ Reformy te były krytykowane przez instytucje europejskie, były także przedmiotem kilku orzeczeń, w których TSUE stwierdził naruszenie przez Polskę prawa UE. Dotyczyły one m.in. obniżenia wieku przejścia w stan spoczynku sędziów: z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja Europejska vs. Rzeczypospolita Polska (Niezależność Sądu Najwyższego)*, ECLI:EU:C:2019:531; z 5 listopada 2019 r., C-192/18, *Komisja Europejska vs. Rzeczypospolita Polska (Niezależność sądów powszechnych)*, ECLI:EU:C:2019:924. Zob. też postanowienie TSUE z 8 kwietnia 2020 r., C-791/19 R, *Komisja vs. Polska*, ECLI:EU:C:2020:277, zarządzające środki tymczasowe w skardze Komisji dotyczącej Izby Dyscyplinarnej SN, nakazujące Polsce m.in. zawieszenie stosowania przepisów ustawy o Sądzie Najwyższym stanowiących podstawę właściwości Izby Dyscyplinarnej w sprawach dyscyplinarnych sędziów.

² Wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., w sprawach połączonych *A.K. vs. Krajowa Rada Sądownictwa*, (C-585/18), oraz CP (C-624/18), DO (C-625/18) vs. *Sąd Najwyższy*, ECLI:EU:C:2019:982.

³ Dalej TUE.

⁴ Dalej KPP.

⁵ Dalej KRS.

Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego⁶, a zasada pierwszeństwa prawa UE upoważnia je do niezastosowania prawa krajowego, m.in. przepisów dotyczących właściwości ID SN. Wyrok TSUE miał znaczenie także dla sytuacji wielu innych sędziów mianowanych przez nowo powołaną KRS. Różnice w sposobie jego wykonywania przez sądy doprowadziły do wydania w dniu 23 stycznia 2020 r., przez trzy Izby Sądu Najwyższego, uchwały wykładniczej⁷.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE i jego implementowanie spotkało się z ostrą reakcją Marszałek Sejmu, Premiera, Prokuratora Generalnego i Prezydenta RP. Organy te wszczęły postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym⁸, aby zablokować działanie uchwały SN z 23 stycznia 2020 r. W sprawie U 2/20 – Trybunał Konstytucyjny badał legalność uchwały SN (uznając ją za akt prawa krajowego), a w sprawie Kpt 1/20 rozstrzygał o istnieniu rzekomych sporów kompetencyjnych między Sądem Najwyższym, który uchwałę wydał, a Sejmem i Prezydentem⁹. W sprawie Kpt 1/20 orzeczenie jest o dzień późniejsze, chociaż postępowanie zostało wszczęte wcześniej, i to jeszcze zanim uchwała SN została wydana, a pierwsze działania wykonano zanim ukazało się uzasadnienie do uchwały. W dniu 28 stycznia 2020 r. Trybunał Konstytucyjny wydał bowiem postanowienie o zastosowaniu środków tymczasowych¹⁰. Była to ewidentna próba szybkiego zablokowania wykonania uchwały.

Sekwencja orzeczeń nie jest przypadkowa, najpierw 20 kwietnia 2020 r. orzeczenie U 2/20 łagodniejsze w tonie, ustalające rzekomo prawotwórczy charakter uchwały SN i jej niezgodność z prawem UE, także z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE, dzień później drugie, Kpt 1/20, ustalające, że uchwała jest zgodna z wyrokiem TSUE – ale sam wyrok jest niegodny z prawem. Warto przyjrzeć się tym orzeczeniom, chociaż przyćmiły je kolejne wyroki TK, jeszcze ostrzejsze w swojej wymowie.

Orzeczenia z 2020 r. są pierwszym elementem układanki stanowiącej bezprecedensową w UE próbę sądu państwa członkowskiego sprzeciwienia się wyrokowi TSUE i jego kompetencji do interpretowania prawa UE w sprawach fundamentalnych.

⁶ Dalej ID SN.

⁷ Uchwała składu połączonych Izb SN: Cywilnej, Karnej oraz Pracy i Ubezpieczeń Społecznych Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r., BSA I 4110 1/20. Dalej uchwała SN.

⁸ Dalej TK.

⁹ Na temat tych orzeczeń m.in.: S. Biernat, *Trybunał Konstytucyjny wypowiada posłuszeństwo prawu Unii Europejskiej*, [w:] A. Bodnar, A. Płoszka (red.), *Wokół kryzysu demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 817-834; A. Wyrozumska, *Wyrok FTK z 5.05.2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 9, s. 47-70; A. Wyrozumska, *Odwracanie kota ogonem bez żadnego trybu, czyli o orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego w sprawach Kpt 1/20 i U 2/20*, [w:] J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (wstęp, wybór i red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Wydawnictwo Elipsa, Warszawa 2021, s. 488-528.

¹⁰ TK nakazał SN wstrzymać stosowanie uchwały z 23 stycznia 2020 r. ze skutkiem od dnia jej wydania oraz powstrzymać wydawanie uchwał, jeżeli miałyby dotyczyć zgodności z prawem krajowym, międzynarodowym oraz orzecznictwem sądów międzynarodowych ukształtowania KRS, trybu przedstawiania Prezydentowi RP kandydatur sędziowskich, powoływania sędziów przez Prezydenta oraz kompetencji do pełnienia urzędu sędziego (postanowienie TK z 28 stycznia 2020 r. w sprawie Kpt 1/20 o tymczasowym uregulowaniu kwestii spornych, M.P. z 2020 r. poz. 103).

Ponadto stanowią one istotne dowody uzależnienia TK od polityków¹¹ oraz dokonywanych przez niego manipulacji prawem, tak krajowym, jak i europejskim. Skupimy się na prawie europejskim, aby pokazać wątpliwe stwierdzenia dotyczące prawa UE – m.in. podstawowych zasad prawa UE, charakteru prawnego Karty praw podstawowych UE, wyroków TSUE i standardów EKPC.

We wspomnianych wyżej orzeczeniach Trybunał Konstytucyjny opiera się na tezie kilkakrotnie powoływanej nie tylko przez polski rząd w sprawach przed TSUE, że organizacja i ustrój wymiaru sprawiedliwości w państwach członkowskich należą do ich wyłącznych kompetencji¹². TSUE zaś konsekwentnie, także w wyroku w sprawie *A.K. i inni* to potwierdza, ale jednocześnie wskazuje, że nawet przy wykonywaniu kompetencji wyłącznych państwa członkowskie mają obowiązek dotrzymywać zobowiązań wynikających dla nich z prawa Unii¹³. Takim zobowiązaniem jest przewidziany w art. 19 ust. 1 zd. 2 – obowiązek zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem UE, w tym niezależności i bezstronności sądów.

Obowiązek ten wynikał w sprawie *A.K. i inni* nie tylko z art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, ale także z art. 9 ust. 1¹⁴ dyrektywy Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającej ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy oraz art. 47 KPP. W postępowaniach głównych przed Izłą Pracy i Ubezpieczeń Społecznych SN powodowie (którzy są sędziami) zarzucali naruszenie zakazu niedyskryminacji przez obniżenie do 65 lat wieku przejścia ich w stan

¹¹ Na temat zmiany pozycji Trybunału Konstytucyjnego pod przewodnictwem Julii Przyłębskiej, przekształcenia go w strażnika prawa stanowionego przez rządzącą większość zob. m.in. M. Pyziak-Szafnicka, *Trybunał Konstytucyjny à rebours*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5, s. 25-45. Gdy chodzi o interesujące nas postępowania, poważne wątpliwości budził skład TK, m.in. niezależność i bezstronność sędziów sprawozdawców w tych sprawach – K. Pawłowicz i S. Piotrowicz, którzy brali czynny udział w pracach nad ustawą o SN oraz ustawą dotyczącą KRS, byli członkami nowej KRS i jako parlamentarzyści dokonali wyboru członków KRS. K. Pawłowicz wielokrotnie wyrażała publicznie pogardę dla UE i deklarowała się jako przeciwniczka członkostwa Polski w UE. Dwóch członków składu TK w sprawie Kpt 1/20 ubiegało się o stanowisko sędziego SN na zasadach przewidzianych w znowelizowanej ustawie – jeden sędzia został powołany na stanowisko sędziego Izby Karnej SN, a drugi sędzia wycofał swoją kandydaturę do Izby Dyscyplinarnej SN (M. Muszyński). Do tego trzeba dodać zastrzeżenia dotyczące powołania tzw. sędziów dublerów, wybranych na już obsadzone miejsca w TK (M. Muszyńskiego, J. Piskorskiego, J. Wyrębaka). W wyroku z 7 maja 2021 r. w sprawie *Xero Flor vs. Poland* (skarga nr 4907/18) ETPC potwierdził wyrok TK z 3 grudnia 2015 r. w sprawie K 34/15 (OTK-A 2015, nr 11, poz. 185) i stwierdził, że wybór sędziego dublera (M. Muszyńskiego) był „dotknięty poważnymi nieprawidłowościami” skutkującymi w ten sposób, że skład sądu nie może być uznany za zgodny z art. 6 EKPC. Zob. także krytycznie na ten temat S. Biernat, *op. cit.*, s. 832–833.

¹² Zob. np. wyrok TSUE z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja v. Polska*, pkt 52 i powoływane tam orzecznictwo.

¹³ Wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. i inni*, pkt 75.

¹⁴ Art. 9 ust. 1 dyrektywy 2000/78/WE (Dz. Urz. WE L 303/16 z 2.12.2000 r.) stanowi: „Państwa Członkowskie zapewnią, aby procedury sądowe i/lub administracyjne oraz, w przypadku gdy uznają to za właściwe, procedury pojednawcze, których celem jest doprowadzenie do stosowania zobowiązań wynikających z niniejszej dyrektywy, były dostępne dla wszystkich osób, które uważają się za pokrzywdzone w związku z naruszeniem wobec nich zasady równego traktowania, nawet po zakończeniu związku, w którym przypuszczalnie miała miejsce dyskryminacja”.

spoczynku i powoływali m.in. Kartę praw podstawowych i ww. dyrektywę, także w odniesieniu do prawa do skutecznej ochrony sądowej¹⁵.

Przed sądem odsyłającym pojawił się problem jego właściwości, zasadnicze pytanie, czy do rozpatrzenia sporów dotyczących sędziów i ich pracodawców – Naczelnego Sądu Administracyjnego i Sądu Najwyższego – właściwa jest na podstawie nowych przepisów nowo tworzona Izba Dyscyplinarna, czy jeśli nie spełnia ona wymogów niezależności – Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych, która dotychczas orzekała w takich sprawach. Wątpliwości Sądu Najwyższego dotyczyły niezależności od polityków Krajowej Rady Sądownictwa powołanej na podstawie nowych przepisów przez skrócenie kadencji i przy znaczącym udziale władzy ustawodawczej (wg nowych przepisów członków KRS będących sędziami wybiera Sejm, poprzednio wybierali ich sędziowie)¹⁶. Upolitycznienie KRS ograniczało, zdaniem SN, zdolność Rady do wykonywania jej konstytucyjnego zadania polegającego na gwarantowaniu niezależności sądów i niezawisłości sędziów i podawało w wątpliwość dokonywane przez nią nominacje kandydatów na sędziów przedstawianych Prezydentowi RP, w tym do Izby Dyscyplinarnej SN.

TSUE potwierdził, że prawo do skutecznego środka prawnego wskazane w art. 9 dyrektywy i określone w art. 47 KPP wymaga, by spory dotyczące stosowania prawa Unii były rozpatrywane przez niezawisły i bezstronny sąd, oraz sformułował szczegółowe przesłanki, jakie powinny zostać spełnione w świetle prawa Unii, aby uznać organ za niezależny od władzy politycznej. W przypadku gdyby Izba Dyscyplinarna lub KRS nie spełniały takich wymogów, zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa UE, sąd odsyłający (czyli SN) zobowiązany został „do odstąpienia od stosowania przepisu prawa krajowego zastrzegającego dla takiego organu właściwość do rozpoznania sporów w postępowaniu głównym, ażeby spory te mogły zostać rozpatrzone przez sąd, który spełnia wyżej wskazane wymogi niezawisłości i bezstronności i który byłby właściwy w danej dziedzinie, gdyby ów przepis nie stał temu na przeszkodzie”¹⁷. Ostateczną ocenę niezależności Izby Dyscyplinarnej i nowej KRS Trybunał pozostawił zatem sądowi odsyłającemu¹⁸.

¹⁵ Wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. i inni*, pkt 42, zob. także pkt 40-47.

¹⁶ Krajowa Rada Sądownictwa w kształcie wyłonionym na podstawie ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r. poz. 3).

¹⁷ Wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. i inni*, pkt 171.

¹⁸ Na temat konsekwencji wyroku *A.K. i inni* zob. np. *Skutki wyroków Trybunału Sprawiedliwości i Sądu Najwyższego dotyczących Izby Dyscyplinarnej Sądu Najwyższego i Krajowej Rady Sądownictwa* (debata w redakcji „Europejskiego Przeglądu Sądowego” w dniu 17 grudnia 2019 r.), „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 1, s. 4 i n., a także artykuły zamieszczone w numerze specjalnym miesięcznika „Palestra” 2020, nr 5, dotyczące konsekwencji orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 19.11.2019 r. dla polskiego porządku prawnego; A. Grzelak, A. Sakowicz, *Wymóg niezależności sądu krajowego jako element skutecznej ochrony sądowej (uwagi na tle wyroku TS z 19.11.2019 r. dla polskiego wymiaru sprawiedliwości)*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5, s. 59-77.

2. Wykonywanie wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE przez Sąd Najwyższy

Wykonując orzeczenie w sprawie *A.K. i inni*, Sąd Najwyższy uznał w wyroku z 5 grudnia 2019 r.¹⁹, że nowa KRS nie daje wystarczających gwarancji niezależności od organów władzy ustawodawczej i wykonawczej w procedurze powoływania sędziów oraz że Izba Dyscyplinarna SN, jako utworzona od podstaw z szeroką autonomią i kompetencjami, a nadto obsadzona wyłącznie osobami wyłonionymi przez nową KRS, która nie działa w sposób niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej, nie jest sądem w rozumieniu art. 47 KPP oraz art. 6 EKPC i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE miał nie tylko znaczenie dla spraw, których dotyczyły pytania prejudycjalne SN. Pojawiły się kolejne sprawy, w których kwestionowano udział sędziów powołanych przez nową KRS. Wyrok TSUE zaczął być różnie rozumiany przez różne sądy²⁰. W tej sytuacji Pierwsza Prezes SN uruchomiła 15 stycznia 2020 r. procedurę przewidzianą w art. 83 ust. 1 ustawy o SN²¹. Zwróciła się do trzech Izb Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej, Izby Karnej oraz Izby Pracy i Ubezpieczeń Społecznych (z wyłączeniem sędziów SN powołanych przez nową KRS, w tym Izby Dyscyplinarnej i Izby Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych) o rozstrzygnięcie rozbieżności w wykładni prawa występującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego dotyczącej udziału w składzie orzekającym SN albo sądu powszechnego lub wojskowego sędziego powołanego przez nową KRS.

W odniesieniu do nowych sędziów Sądu Najwyższego, w tym Izby Dyscyplinarnej SN, uchwała trzech Izb SN z 23 stycznia 2020 r.²² stwierdza w sposób ogólny, że sąd jest „nienależycie obsadzony” lub „skład sądu jest sprzeczny z przepisami prawa”, gdy w jego skład wchodzi osoba wybrana przez nową KRS. Natomiast w przypadku sądów powszechnych i wojskowych – jeśli wadliwość procesu powołania sędziego prowadzi, w konkretnych okolicznościach, do naruszenia standardu niezawisłości i bezstronności²³.

¹⁹ Wyrok SN z 5 grudnia 2019 r. (III PO 7/18, OSNP 2020, nr 4, poz. 38). SN oddalił wniosek prezesa ID SN z 10 października 2018 r. o przekazanie sprawy według właściwości do Izby Dyscyplinarnej oraz uchylił uchwałę KRS z 27 lipca 2018 r. dotyczącą dalszego zajmowania stanowiska sędziego NSA. Na temat tego wyroku zob. m.in. M. Ziółkowski, *Niezależność jako istota prawa do sądu? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 3, s. 82-96.

²⁰ Na temat rozbieżności w orzecznictwie i wątpliwości szeregu sądów zob. uzasadnienie uchwały SN z 23 stycznia 2020 r., pkt I.1.

²¹ Przepis ten stanowi podstawę kompetencyjną podejmowania przez SN uchwał wyjaśniających zagadnienia prawne, których wykładnia rodzi poważne wątpliwości lub stanowi źródło rozbieżności w orzecznictwie sądów (tzw. uchwał wykładniczych).

²² Wniosek Pierwszej Prezes SN sprowadzał się do pytania, czy udział w wydaniu orzeczenia osoby powołanej przez nową KRS skutkuje (w postępowaniu karnym) nienależytą obsadą sądu w rozumieniu art. 439 ust. 1 pkt 2 k.p.k. albo (w postępowaniu cywilnym) sprzecznością składu sądu z przepisami prawa w rozumieniu art. 379 pkt 4 k.p.c.

²³ Uchwała składa się z czterech tez i obszernego uzasadnienia. W tezie trzeciej wskazano, że wykładnia dokonana przez SN nie ma zastosowania przez sądy przed dniem jej podjęcia oraz do orzeczeń, które zostaną wydane w toczących się w tym dniu postępowaniach na podstawie Kodeksu postępowania karnego przed danym składem sądu. Natomiast czwarta stwierdza, że wykładnia ma

3. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 kwietnia 2020 r. (U 2/20) – podważanie uchwały Sądu Najwyższego wykonującej wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE

W sprawie U 2/20 Trybunał Konstytucyjny rozpatrywał wniosek Prezesa Rady Ministrów o zbadanie zgodności uchwały SN z 23 stycznia 2020 r. z wieloma przepisami Konstytucji, a także z art. 6 EKPC oraz z art. 47 KPP UE. Zdaniem Premiera uchwała tworzy nowe prawo, daje bowiem sądom nową kompetencję do badania prawidłowości powołania sędziego przez Prezydenta RP i przez KRS, tworzy także „nową” instytucję sędziego w stanie spoczynku *ab initio*. Pozbawia bowiem sędziego wskazanego przez nową KRS możliwości orzekania. Ponadto uchwała wprowadza do systemu prawnego reguły intertemporalne, różnicując konsekwencje orzeczeń wydawanych przez sądy, w których składach bierze udział taki sędzia. Wtórząc Premierowi, Prokurator Generalny dodawał, że Sąd Najwyższy nie uszanował dwóch wyroków TK potwierdzających legalność nowej KRS²⁴.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego jest w istocie zgodny z wnioskiem Premiera i stanowiskiem Prokuratora Generalnego. Trybunał Konstytucyjny uznał za podstawę swojej kompetencji do badania zgodności uchwały SN z prawem UE, a także z EKPC – art. 188 pkt 3 Konstytucji, który stanowi, że TK orzeka w sprawach „zgodności przepisów prawa, wydawanych przez centralne organy państwowe, z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami”. Orzekając na tej podstawie, Trybunał musiał przyjąć, że uchwała wykładnicza SN z 23 stycznia 2020 r. zawiera „przepisy prawa”, jest aktem stanowienia prawa²⁵. W przeciwnym wypadku postępowanie podlegałoby umorzeniu ze względu na niedopuszczalność wydania orzeczenia. Przyjęcie takiej konstrukcji oznaczało odejście od dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego uznającego uchwały SN za akty stosowania prawa²⁶ i spotkało się ze zdecydowaną krytyką²⁷.

zastosowanie do orzeczeń Izby Dyscyplinarnej bez względu na datę ich wydania. Na temat uchwały m.in. A. Kapes, J. Skrzydło, *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, „Palestra” 2020, nr 5.

²⁴ Wyroki TK z 25 marca 2019 r., K 12/18, OTK ZU A/2019, poz. 17 oraz z 4 marca 2020 r., P 22/19, OTK-A 2020/31.

²⁵ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, OTK-A 2020/6, pkt III.1.1, III.1.2; zob. także III.2.4. TK odrzucił stanowisko SN (pkt I.2) i Rzecznika Praw Obywatelskich (pkt I.3), że zaskarżona uchwała mająca moc zasady prawnej nie tworzy norm generalnych i abstrakcyjnych, ponieważ wiąże tylko składki orzekające SN, z woli ustawodawcy (art. 87 i art. 88 ustawy o SN).

²⁶ W orzeczeniu z 27 października 2010 r., K 10/08 (OTK ZU 8/A/2010, poz. 81) TK stwierdził: „należy podkreślić, że uchwała Sądu Najwyższego, jak również inne orzeczenia sądowe czy też akty stosowania prawa nie mogą być przedmiotem kontroli Trybunału Konstytucyjnego. Trybunał Konstytucyjny jest bowiem sądem prawa, a nie sądem faktów. Konstytucyjna kognicja Trybunału Konstytucyjnego w pierwszej kolejności obejmuje orzekanie w sprawie hierarchicznej zgodności aktów normatywnych (zob. art. 188 i art. 193 Konstytucji). Należy zatem podkreślić, że Trybunał Konstytucyjny nie ma kompetencji do weryfikowania orzeczeń sądowych, w tym uchwał wykładniczych Sądu Najwyższego”. Cytowane w pkt 2 (stanowisko SN) komentowanego orzeczenia.

²⁷ Opinia Zespołu Ekspertów Prawnych Fundacji im. Stefana Batorego jest druzgocąca. Zespół stwierdził dobitnie, że pogląd prawny przedstawiony przez TK jest błędny z punktu widzenia przepisów

Krytycznie trzeba także odnieść się do sposobu wskazania w uzasadnieniu wyroku jako wzorców kontroli – art. 2 i art. 4 TUE, art. 45 ust. 1 Konstytucji i art. 6 EKPC oraz odrzucenia art. 47 KPP UE jako wzorca. Gdy chodzi o art. 2 TUE (wartości UE) i 4 TUE (zasada kompetencji przyznanych, równości państw członkowskich i poszanowania ich tożsamości narodowej, zasada lojalnej współpracy) wybór ich jako wzorców jest niejasny. W przypadku art. 2 TUE Trybunał Konstytucyjny odnosi się tylko do praworządności, łącząc ją z prawem do sądu, a zatem i kolejnym wzorcem. Wypowiedź TK jest tu szersza. Trybunał odwołuje się do „tożsamości normatywnej” standardów konstytucyjnych prawa do rozpoznania sprawy przez „niezależny, bezstronny i niezawisły sąd” określonego w art. 45 ust. 1 Konstytucji oraz prawa do sądu określonego w art. 6 ust. 1 EKPC²⁸. Zbieżność standardów Trybunał ustalił jednak tylko na podstawie treści przepisów, wybiórczo powołując tezy orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej ETPC), i tylko po to, aby udowodnić, że prerogatywa Prezydenta do powoływania sędziów, określona w art. 179 Konstytucji, nie podlega kontroli. Trybunał Konstytucyjny pominął milczeniem orzeczenie Izby ETPC z 12 marca 2020 r. w sprawie *Guðmundur Andri Ástráðsson vs. Iceland*, które w momencie wydawania wyroku, tj. 20 kwietnia 2020 r., a tym bardziej w momencie przygotowywania uzasadnienia (ponad pół roku później), musiało być Trybunałowi Konstytucyjnemu znane. Orzeczenie ETPC jest zbieżne z ustaleniami TSUE.

Wyrok ETPC odnosi się do pojęcia „sądu ustanowionego ustawą” zawartego w art. 6 ust. 1 EKPC. Wskazuje, że musi ono być interpretowane jako oznaczające, że sąd został powołany w procesie zgodnym z prawem (na podstawie prawa), co oznacza możliwość badania prawidłowości procesu powoływania sędziów. ETPC podkreślił, że „wymóg ustanowienia sądu ustawą jest ściśle powiązany z innymi ogólnymi wymogami artykułu 6 ust. 1, dotyczącymi niezawisłości i bezstronności sądownictwa, które są również integralną częścią fundamentalnej zasady praworządności w społeczeństwie demokratycznym. Krótko mówiąc, „stawką jest

i norm Konstytucji, a także dorobku orzeczniczego Trybunału Konstytucyjnego zgromadzonego do 2015 r. Przyjęty w wyroku sposób interpretacji przepisów Konstytucji dotyczących kompetencji (zakresu kognicji) TK oraz przepisów stanowiących w tej sprawie tzw. wzorce kontroli „wprost pomija zarówno przepisy Konstytucji, jak i wszelkie dopuszczalne w teorii prawa metody wykładni przepisów. Wskazuje także na oczywistą nieznajomość roli organów wymiaru sprawiedliwości i praktyki ich funkcjonowania, będących konsekwencją ich usytuowania w systemie organów państwa. W sytuacji gdy Trybunał Konstytucyjny opiera swoje rozstrzygnięcie na – oczywiście błędnej, ale użytecznej politycznie – tezie, że uchwała Sądu Najwyższego stanowi akt prawa wewnętrznego, głębsza analiza merytoryczna treści tego rozstrzygnięcia staje się niemożliwa. Z ubolewaniem obserwujemy kolejne orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, których jakość stanowi obrazę dla polskiego konstytucjonalizmu”. *Stanowisko Zespołu Ekspertów Prawnych Fundacji Batorego dotyczące rozstrzygnięcia TK z 20.04.2020*, <https://archiwumosiatsynskiego.pl/wpis-w-debacie/stanowisko-zespolu-ekspertow-prawnych-fundacji-batorego-dotyczace-rozstrzygnięcia-tk-z-20-04-2020/> [dostęp 16.02.2020]. Zob. także zdania odrębne do wyroku w sprawie U 2/20 sędziów: L. Kieresa (Kieres nazywa je „rewolucja o ustrojowo istotnych i sprzecznych z Konstytucją skutkach” (pkt 1.3 *in fine*), P. Pszczółkowskiego (pkt 2-7) oraz J. Wyrembaka (pkt I-VII).

²⁸ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, pkt III.3.

zaufanie, które sądy w społeczeństwie demokratycznym muszą wzbudzać w społeczeństwie”²⁹.

Podobnie w sprawie *A.K. i inni* Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdza, że spory dotyczące stosowania prawa Unii nie mogą należeć do wyłącznej właściwości organu niestanowiącego niezawisłego i bezstronnego sądu. Do takiej sytuacji dochodzi wówczas, gdy obiektywne okoliczności, w jakich został utworzony dany organ, oraz jego cechy, a także sposób, w jaki zostali powołani jego członkowie, mogą wzbudzić w przekonaniu jednostek uzasadnione wątpliwości co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych, w szczególności od bezpośrednich lub pośrednich wpływów władzy ustawodawczej i wykonawczej, oraz jego neutralności względem ścierających się przed nim interesów. Powyższe elementy mogą bowiem prowadzić do braku przejawiania przez ten organ oznak niezawisłości lub bezstronności, co mogłoby podważyć zaufanie, jakie sądownictwo powinno budzić w tych jednostkach w społeczeństwie demokratycznym³⁰.

Trybunał Konstytucyjny te standardy wypacza i dochodzi do odmiennych wniosków, argumentując przy tym, wyjątkowo obszernie, dlaczego musi odrzucić art. 47 KPP jako wzorzec kontroli. Stwierdzenia TK są chaotyczne i w dużej części fałszywe.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego:

- Karta nie może być wzorcem kontroli, ponieważ jest w świetle prawa międzynarodowego tzw. aktem okołotraktatowym. *Nieprawda*. Z faktu, że KPP nie jest częścią Traktatów nie można wnosić, że art. 47 KPP nie może być wzorcem kontroli. Status KPP wynika z art. 6 ust. 1 TUE, który stanowi, że ma ona taką samą moc jak Traktaty,
- Karta jest aktem instytucji, nie jest jednak rozporządzeniem lub dyrektywą, nie stanowi także odrębnie ratyfikowanej umowy międzynarodowej ani części traktatu podlegającego procedurze ratyfikacyjnej. *Nieprawda*. KPP przestała być aktem instytucji (została proklamowana przez Parlament Europejski, Radę i Komisję) w momencie wejścia w życie traktatu z Lizbony i art. 6 ust. 1 TUE. Stała się prawem pochodzącym od państw członkowskich (prawem pierwotnym UE),
- Karta „(n)ie figuruje w oficjalnym spisie protokołów i załączników do Traktatu z Lizbony”. *Prawda, ale nie wynika z tego skutek przypisany jej przez TK*. Ten oficjalny spis, o którym mówi TK, to, jak można przypuszczać, Akt

²⁹ Wyrok Izby ETPC z 12 marca 2019 r., *Guðmundur Andri Ástráðsson vs. Iceland* (skarga nr 26374/18), pkt 99, zob. także pkt 97-103 (wyrok został utrzymany orzeczeniem wielkiej izby ETPC w tej sprawie z 1 grudnia 2020 r.). W wyroku ETPC odwołuje się m.in. do orzeczenia TSUE w sprawie *A.K. i inni* oraz formułuje trzystopniowy test mający na celu ustalenie, czy nieprawidłowości w procedurze powołania sędziego miały taką wagę, że pociągały za sobą naruszenie prawa do sądu. Trybunał badał: czy doszło do oczywistego naruszenia prawa krajowego; czy naruszenia prawa krajowego dotyczyły podstawowej zasady procedury powołania sędziego; czy domniemane naruszenia prawa do „sądu ustanowionego ustawą” zostały skutecznie zbadane i naprawione przez sądy krajowe.

³⁰ Wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r. C-585/18, C-624/18, C-625/18 *A.K. i inni*, pkt 171, zob. także pkt 143-151, 154.

końcowy konferencji przedstawicieli rządów państw członkowskich³¹. Akt ten zawiera jednak deklarację nr 1 konferencji (wszystkich państw członkowskich) w sprawie Karty, która potwierdza, że Karta jest prawnie wiążąca. W Akcie końcowym znajduje się także protokół (nr 30) polsko-brytyjski w sprawie stosowania KPP. W wyroku wielkiej izby w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, N.S. i M.E., TSUE jasno stwierdził, że Karta wiąże Polskę³²,

- Karta nie jest źródłem powszechnie obowiązującego w Polsce prawa – z uwagi na protokół polsko-brytyjski³³. *Nieprawda*. Trybunał Konstytucyjny ma tu na myśli, jak można przypuszczać, skutek, jaki przypisuje zastosowaniu do art. 47 KPP art. 2 protokołu polsko-brytyjskiego. Zgodnie z art. 2, jeżeli dane postanowienie Karty odnosi się (*refer, fait référence*) do ustawodawstw i praktyk krajowych, ma ono zastosowanie do Polski wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznane przez ustawodawstwo lub praktykę³⁴. Zdaniem TK zagwarantowane w art. 47 KPP prawo do sądu i do skutecznego środka prawnego należy do tej kategorii³⁵. Jest to błędny pogląd. Artykuł 47 KPP nie odsyła do prawa krajowego, stanowi bowiem wyraźnie o prawie przysługującym zgodnie z warunkami w nim przewidzianymi. Przepisy Karty, o które chodzi w art. 2 Protokołu, to takie, które stwierdzają, że dane prawa są gwarantowane zgodnie z prawem krajowym, jak np. art. 9 KPP – prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Wynika z tego, że gdy państwo członkowskie

³¹ Akt końcowy Konferencji przedstawicieli rządów Państw Członkowskich, Lizbona, Dz. Urz. UE C 306/231 z 17.12.2007 r.

³² Wyrok TSUE (wielka izba) z 21 grudnia 2011 r. w sprawach połączonych C-411/10 i C-493/10, *N. S. p. Secretary of State for the Home Department (C-411/10) i M.E. i inni p. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform (C-493/10)*, ECLI:EU:C:2011:865, pkt 116-122, zwłaszcza pkt 119 i 120: „protokół (nr 30) nie podważa zastosowania karty wobec Zjednoczonego Królestwa czy wobec Polski, co znajduje potwierdzenie w motywach tego protokołu. Tak więc zgodnie z motywem 3 protokołu (nr 30) art. 6 TUE stanowi, że karta jest stosowana i interpretowana przez sądy Polski i Zjednoczonego Królestwa w ścisłej zgodności z wyjaśnieniami, o których mowa w tym artykule. Ponadto zgodnie z motywem 6 wspomnianego protokołu karta potwierdza prawa, wolności i zasady uznawane w Unii oraz sprawia, że są one bardziej widoczne, nie tworzy jednak nowych praw ani zasad. W takiej sytuacji art. 1 ust. 1 protokołu (nr 30) potwierdza treść art. 51 karty dotyczącego jej zakresu stosowania, a nie ma na celu zwolnienia Rzeczypospolitej Polskiej i Zjednoczonego Królestwa z obowiązku przestrzegania postanowień karty ani uniemożliwienia sądom i trybunałom w tych państwach członkowskich czuwania nad przestrzeganiem tych postanowień”. Podobnie, Rzecznik Generalna Juliane Kokott w wydanej w dniu 15 grudnia 2011 r. opinii w sprawie C-489/10 *Prokurator Generalny p. Łukaszowi Marcinowi Bondzie* (ECLI:EU:C:2011:845) stwierdza, że „protokół nie zawiera dla obu wspomnianych krajów odstępstwa od karty, lecz że ma charakter precyzujący i ma być pomocny przy wykładni” pkt 23. Zob. także wyrok TSUE z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja vs. Polska*, pkt 53.

³³ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, pkt III.3. Zob. zbieżne stanowisko Prokuratora Generalnego, pkt I.4.

³⁴ Art. 2 Protokołu potwierdza jedynie to, co wynika z art. 52 ust. 6 KPP, który stanowi, że „ustawodawstwa i praktyki krajowe uznaje się w pełni, jak przewiduje to niniejsza Karta”.

³⁵ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, pkt III.5.1.

- stosuje prawo UE, musi gwarantować prawo do sądu i do skutecznego środka prawnego zgodnie ze standardem unijnymi, a nie krajowym. Artykuł 47 KPP jest więc w Polsce źródłem powszechnie obowiązującego prawa,
- Karta jednak obowiązuje na terytorium RP w zakresie określonym przepisami TUE oraz protokołem nr 30, ponieważ została ogłoszona przez Prezydenta w Dzienniku Ustaw z 2009 r.³⁶ *Nieprawda*. KPP nie obowiązuje w Polsce z powodu ogłoszenia w Dzienniku Ustaw, obowiązywałaby nawet, gdyby nie była ogłoszona. Powtórzony w tym miejscu argument, że KPP nie jest ratyfikowaną umową międzynarodową, pokazuje, że TK nie rozpoznaje skutku prawnego odesłania zawartego w umowie międzynarodowej, tj. w art. 6 ust. 1 TUE.

Konkludując, Trybunał Konstytucyjny zdyskwalifikował Kartę praw podstawowych, odchodząc od dotychczasowego orzecznictwa. Jest to niebezpieczny precedens i może osłabić działanie Karty w Polsce³⁷.

Przechodząc do meritum rozstrzygnięcia, wyrok TK stwierdza, że uchwała SN jest niezgodna: po pierwsze, z art. 2 TUE (wartościami UE, w tym zasadą państwa prawnego) oraz art. 4 ust. 3 TUE (zasadą lojalnej współpracy), po drugie zaś z art. 6 ust. 1 EKPC (prawem do sądu). Uzasadnienie istoty naruszeń wskazanych przepisów gubi się w długim wywodzie dotyczącym kompetencji Trybunału Konstytucyjnego do kontrolowania zgodności aktów prawa krajowego z prawem UE, relacji między prawem polskim a prawem UE, prymatu Konstytucji określonym w jej art. 8 ust. 1 czy roli TK jako „sądu ostatecznego słowa”. Wydają się one zbędne, skoro Trybunał wywiódł swoją kompetencję z art. 188 ust. 3 Konstytucji i stwierdził także, że nie musi w tej sprawie zwracać się z wnioskiem prejudycjalnym do TSUE na podstawie art. 267 TFUE, ponieważ interpretacja przepisów prawa UE jest oczywista³⁸. (Na marginesie, zauważmy, że TK musiał zatem uznać, że jest sądem w rozumieniu tego przepisu³⁹).

³⁶ *Ibidem*, pkt III.5.1.

³⁷ W zdaniu odrębnym sędzieja L. Kieres zwraca uwagę, że Karta była już powoływana jako wzorzec kontroli w ponad dwudziestu sprawach, ale zarzuty, jakie przedstawiano na jej tle nie były, z różnych powodów, rozpoznane merytorycznie. Przyczyną tego nie był jednak w żadnym przypadku charakter Karty – zdanie odrębne do wyroku w sprawie U 2/20 L. Kieresa, pkt 4.5. Sędzia zauważa także, że Trybunał oparł się w tej części na argumentacji przedstawionej w stanowisku Prokuratora Generalnego. „Poglądy tego organu w postępowaniach przed Trybunałem nie były jednak dotychczas konsekwentne, a raczej uwarunkowane sytuacyjnie – na przykład w sprawie o sygn. P 19/14 (zakończonych postanowieniem z 15 grudnia 2016 r., OTK ZU A/2016, poz. 95) wniósł on o stwierdzenie zgodności zaskarżonego przepisu z art. 20 Karty. Ani w pismach złożonych w niniejszej sprawie, ani w wypowiedziach ustnych podczas rozprawy nie odnalazłem wyjaśnienia tej zmiany poglądów”. P. Pszczółkowski (zdanie odrębne, pkt 8) nie akceptuje tezy, że „Karta praw podstawowych UE nie jest w Polsce źródłem prawa powszechnie obowiązującego (teza nie do pogodzenia z brzmieniem art. 6 ust. 1 TUE, który przyznaje tej Karcie moc prawną równą Traktatom)”. M. Muszyński z kolei stwierdza, że „Trybunał słusznie zwrócił uwagę, że Karta Praw Podstawowych nie jest ratyfikowaną umową międzynarodową i nie może stanowić wzorca konstytucyjnego zgodnie z art. 188 Konstytucji RP. Nie jest jednak poprawny wywód przeprowadzony w tej kwestii w pkt III. 5 uzasadnienia” (zdanie odrębne, pkt 5).

³⁸ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r. U 2/20, pkt III.4.2.

³⁹ Karci TK za to stwierdzenie M. Muszyński Zob. *ibidem*, zdanie odrębne M. Muszyńskiego, pkt 5.

Trybunałowi chodzi jednak o podkreślenie nadrzędności Konstytucji w polskim porządku prawnym i uczynienie z niej tarczy ochronnej przed wyrokami TSUE. Dlatego Trybunał stwierdza dobitnie, że art. 8 ust. 1 Konstytucji jednoznacznie gwarantuje postanowieniom Konstytucji status „najwyższego prawa Rzeczypospolitej Polskiej”, także w stosunku do prawa UE⁴⁰. Na poparcie tej tezy przywołuje poprzednie orzecznictwo dotyczące integracji europejskiej, zwłaszcza wyrok TK w sprawie SK 45/09⁴¹ (w której Trybunał kontrolował zgodność z Konstytucją rozporządzenia UE) oraz postanowienie TK w sprawie P 37/05⁴². Wybiera pewne elementy tych orzeczeń, żeby zaakcentować, że zachowanie pierwszeństwa Konstytucji w warunkach integracji europejskiej musi być uznane za równoznaczne z zachowaniem suwerenności państwa (teza z wyroku w sprawie traktatu z Lizbony – K 32/09) oraz że role Trybunału Konstytucyjnego i TSUE są odmienne: TK strzeże Konstytucji i w sprawach zasadniczych, o wymiarze konstytucyjno-ustrojowym, zachowa pozycję „sądu ostatniego słowa” (teza z postanowienia P 37/05)⁴³. Dalej jednak wypacza wydźwięk postanowienia TK w sprawie 37/05⁴⁴. W 2006 r. Trybunał Konstytucyjny uchylił się bowiem od rozpatrywania zgodności aktu prawa krajowego z prawem UE, pozostawiając to innym sądom krajowym, a rolę strażnika traktatów pozostawił Trybunałowi Sprawiedliwości. W obecnym orzeczeniu TK uznaje, że do jego wyłącznych kompetencji należy kontrola hierarchicznej zgodności aktów prawnych tworzących konstytucyjny system źródeł prawa. Przepisy TUE są częścią polskiego porządku prawnego i każdy akt prawa wewnętrznego, w rozumieniu art. 93 Konstytucji, nie wyłączając uchwały SN, musi pozostawać z nimi w zgodzie. W wypadku odwołania w treści aktu prawa wewnętrznego do treści aktu prawa UE (tak jak miało to miejsce w uchwale SN) Trybunał Konstytucyjny „pozostaje sądem «ostatniego słowa» w sprawie zachowania hierarchicznej spójności konstytucyjnego systemu źródeł prawa, stojąc nie tylko na straży Konstytucji, ale również na straży traktatów konstytuujących Unię Europejską, do czego podstawę daje wyrażona dyspozycja konstytucyjna w art. 188 Konstytucji”⁴⁵.

Trybunał wskazuje, że relacje między poszczególnymi częściami wieloskładnikowego konstytucyjnego systemu źródeł prawa są skomplikowane, a z art. 8 Konstytucji wynika nie tylko nadrzędność Konstytucji, ale i obowiązek ciążyący na wszystkich organach państwa, polegający na poszukiwaniu możliwości „bezkonfliktowej kooperacji Konstytucji i prawa Unii Europejskiej”. W tym miejscu dochodzimy do naruszenia art. 4 ust. 3 TUE – zasady lojalnej współpracy. Obowiązek ten jest zbieżny,

⁴⁰ *Ibidem*, pkt III.4.2.

⁴¹ Wyrok TK z 16 listopada 2011 r., SK 45/09, OTK-A 2011, nr 9, poz. 97.

⁴² Postanowienie TK z 19 grudnia 2006 r., P 37/05, OTK ZU 2006, seria A, nr 11, poz. 177, pkt II i III.4.2.

⁴³ W ten sposób TK w postanowieniu z 19 grudnia 2006 r., P 37/05, pkt II. Ale dalej w tym postanowieniu: „O tym, czy ustawa koliduje z prawem wspólnotowym, rozstrzygać będą bowiem Sąd Najwyższy, sądy administracyjne i sądy powszechne, a o tym, co znaczą normy prawa wspólnotowego, rozstrzygać będzie ETS, wydając orzeczenia wstępne” (pkt III.4.2).

⁴⁴ Zob. na temat tej części wyroku uwagi sędziego Kieresa (zdanie odrębne, pkt 3.4).

⁴⁵ Wyrok TK z 20 kwietnia 2020 r., U 2/20, pkt III.4.3.

stwierdza TK, z „istotną treścią” art. 4 ust. 3 TUE. Wynika z niej „obowiązek poszukiwania przez organy krajowe rozwiązań prawnych, które umożliwiają bezkonfliktowe funkcjonowanie regulacji ukształtowanych przez różne ośrodki prawodawcze w ramach charakterystycznego dla Unii Europejskiej multicentrycznego systemu prawnego”⁴⁶. Uchwała SN naruszyła konstytucyjną regulację procesu powoływania sędziów w RP, przez co także naruszyła art. 8 Konstytucji i art. 4 ust. 3 TUE.

Zasada lojalnej współpracy oznacza zatem dla TK tylko lojalność wobec Konstytucji, w szczególności chodzi o zapewnienie niepodważalności aktom Prezydenta o powołaniu sędziów (art. 179 Konstytucji). Trybunał Konstytucyjny ignoruje zatem tezy orzeczenia *A.K. i inni*. Odwraca także sens unijnej zasady lojalnej współpracy, która wymaga od SN wykonania wyroku TSUE.

Również odwrotnie, niż wynikałoby to z prawa UE i wyroku TSUE, Trybunał Konstytucyjny uznał sprzeczność uchwały SN „podważającej prawo sędziego do orzekania, pomimo jego powołania zgodnego z konstytucyjną procedurą i kompetencjami” z zasadą państwa prawnego (art. 2 Konstytucji i art. 2 TUE), w tym z prawem do sądu. Uchwała SN wprowadziła bowiem „stan niepewności” realizacji tego prawa. Argumentacja jest przewrotna, do tego oparta na górnolotnym stwierdzeniu, z którego jednak nic nie wynika – że zasada demokratycznego państwa prawnego należy do wspólnego dorobku konstytucyjnego państw członkowskich UE (*acquis constitutionnel*), a treść art. 2 TUE, „wywodząc się z treści konstytucji państw narodowych, czerpie w znacznym stopniu z treści i wykładni art. 2 Konstytucji RP jako jednego z największych państw członkowskich Unii Europejskiej, mającego przeszło tysiącletnią kulturę prawną”⁴⁷.

Dalej Trybunał Konstytucyjny wyraźnie łączy naruszenie przez uchwałę SN zasady praworządności z naruszeniem prawa do sądu (art. 45 ust. 1 Konstytucji, art. 6 ust. 1 EKPC), ale rozumie je swoiście. „Podstawową i wyjściową” przesłanką niezawisłości sędziego i bezstronności sądu jest powołanie sędziego zgodnie z przepisami Konstytucji – przez Prezydenta na wniosek KRS i konstytucyjna gwarancja jego nieusuwalności⁴⁸. Sąd Najwyższy naruszył dwa elementy zasady niezależności i bezstronności sędziów – zewnętrzny, tj. niezawisłość sędziego, oraz – wewnętrzny, tj. bezstronność, czyli jednakowy dystans do stron sporu. Pierwszy, gdyż przyznaje „jednym sędziom prawo decydowania o faktycznym orzeczeniu, iż inni sędziowie powoływani przez Prezydenta mają, *de facto*, status sędziów w stanie spoczynku *ab initio*”⁴⁹. Drugi, ponieważ „wyklucza procedurę kwestionowania generalnego prawa sędziego do orzekania dokonywanego przez innych sędziów oraz weryfikowania przez sędziów prawidłowości postępowania poprzedzającego powołanie sędziego przez Prezydenta, jako podstawę generalnego zakwestionowania prawa takiego

⁴⁶ *Ibidem*, pkt III.4.3.

⁴⁷ *Ibidem*, pkt III.4.3.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt III.4.3. „Konstytucyjne i traktatowe prawo do sądu wyklucza zatem zmianę statusu sędziego przez akt podustawowy, w szczególności modyfikację jego statusu konstytucyjnego skutkującą powstaniem instytucji sędziego w stanie spoczynku *ab initio*”.

⁴⁹ *Ibidem*, pkt III.4.3.

sędziego do orzekania”⁵⁰. To zdanie nie grzeszy jasnością, Trybunał spieszy więc z wyjaśnieniem, że jednakowy dystans sędziego do sporu możliwy jest wyłącznie dzięki oparciu wszelkich wniosków sądu w danej sprawie na poszanowaniu Konstytucji⁵¹.

Jeszcze raz zatem standardy EKPC i unijny zostały zniekształcone, a standard przyjęty przez Trybunał Konstytucyjny wyklucza jakąkolwiek formę kontroli przesłanek obiektywnych niezależności sędziego (wad jego powołania wynikających np. z naruszenia prawa przez organy władzy)⁵².

Podsumowując, w wyroku w sprawie U 2/20 Trybunał Konstytucyjny, w sposób sprzeczny z dotychczasowym orzecznictwem i stanowiskiem doktryny, uznał uchwałę wykładniczą SN za akt stanowienia prawa, co pozwoliło mu na zbadanie jej zgodności m.in. z prawem UE i z EKPC. Inaczej niż Trybunał Konstytucyjny w 2006 r. w sprawie P 37/05, nie uchylił się od rozpatrywania zgodności aktu prawa krajowego z prawem UE, nie pozostawił tego innym sądom. Wszedł wyraźnie w rolę TSUE – strażnika traktatów unijnych. Dokonana przez Trybunał interpretacja podstawowych przepisów unijnych – zasady lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TUE), wymogów państwa prawnego (art. 2 TUE), a także art. 47 KPP i art. 6 ust. 1 EKPC – prawa do sądu, nie jest zgodna ze standardami unijnymi i międzynarodowymi. Co więcej TK celowo nie zwrócił się z wnioskiem prejudycjalnym do TSUE. Rzekome naruszenie przez uchwałę SN art. 4 ust. 3 TUE, art. 2 TUE oraz art. 6 ust. 1 EKPC Trybunał sprowadził do naruszenia przede wszystkim art. 179 Konstytucji, czyli naruszenia pierwszeństwa Konstytucji (art. 8 ust. 1).

Wyrok w sprawie U 2/20 jest przewrotny – w pozornym postępowaniu kontroli uchwały wykładniczej jako aktu stanowienia prawa TK stwierdza, że uchwała SN, wykonująca wyrok TSUE, źle go wykonała, a zatem jest z tym wyrokiem sprzeczna, jest także sprzeczna z prawem UE. Postępowanie ma charakter pozorny, kontrola konstytucyjności powinna bowiem dotyczyć ustaw stanowiących podstawę spornej sytuacji. Ten sam zarzut dotyczy postępowania w sprawie Kpt 1/20.

4. Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r. w sprawie Kpt 1/20 – pozorne postępowanie w sprawie sporów kompetencyjnych

W wydanym 21 kwietnia 2020 r. postanowieniu w sprawie Kpt 1/20 Trybunał Konstytucyjny powtórzył swoje zasadnicze ustalenia – uchwała Sądu Najwyższego z 23 stycznia 2020 r. jest aktem prawotwórczym (aktem stanowienia prawa), sądy nie mogą kwestionować niezależności sędziów z powodu wad procesu ich powołania. Tezy te stanowią podstawę również spornej konstatacji o istnieniu sporów

⁵⁰ *Ibidem*, pkt III.4.3.

⁵¹ *Ibidem*, pkt III.4.3.

⁵² *Ibidem*, pkt III.4.1. „Z art. 179 Konstytucji nie można zatem pogodzić procedury, w której inny, niż Prezydent, organ państwa (sąd) dokonuje weryfikacji powołania sędziego i kwestionuje wydane przez niego orzeczenia”.

kompetencyjnych między Sądem Najwyższym a Sejmem oraz Sądem Najwyższym a Prezydentem.

W sentencji postanowienia w sprawie Kpt 1/20 Trybunał Konstytucyjny orzekł, że Sąd Najwyższy – również w związku z orzeczeniem sądu międzynarodowego – nie ma kompetencji do dokonywania prawotwórczej wykładni przepisów prawa, prowadzącej do zmiany stanu normatywnego w sferze ustroju i organizacji wymiaru sprawiedliwości, dokonywanej w drodze uchwały. Należy to do wyłącznej kompetencji ustawodawcy – tak więc powołanie sędziego jest wyłączną kompetencją Prezydenta RP, którą wykonuje na wniosek Krajowej Rady Sądownictwa „osobiście, definitywnie, bez udziału i ingerencji Sądu Najwyższego”. Konstytucja nie przewiduje dla Sądu Najwyższego kompetencji do sprawowania przez ten organ nadzoru nad wykonywaniem przez Prezydenta RP kompetencji, w tym dokonywania wiążącej wykładni przepisów prowadzącej do określenia warunków skuteczności wykonywania przez Prezydenta RP tej kompetencji.

Uzasadnienie do postanowienia ukazało się, tak jak i w sprawie U 2/20, z kilkumiesięcznym opóźnieniem⁵³ i niestety nie jest bardziej przejrzyste. Jego ton jest jednak znacznie ostrzejszy, przede wszystkim w odniesieniu do oceny wyroku *A.K. i inni*. Wyrok TSUE zostaje uznany za sprzeczny z prawem UE (TSUE przekroczył kompetencje) i polskim porządkiem konstytucyjnym.

Grzechem pierworodnym postanowienia w sprawie Kpt 1/20 jest oparcie go na co najmniej kontrowersyjnym ustaleniu istnienia sporów kompetencyjnych⁵⁴. Artykuł 85 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym określa spór kompetencyjny jako przypadek, gdy co najmniej dwa centralne konstytucyjne organy państwa uznają się za właściwe do rozstrzygnięcia tej samej sprawy lub wydały w niej rozstrzygnięcia⁵⁵. Mająca rzekomo charakter aktu stanowienia prawa uchwała SN, zdaniem TK, wkroczyła w materie ustawowe, w wyłączne kompetencje Sejmu⁵⁶, „rozstrzygnęła tę samą sprawę”. Trybunał Konstytucyjny także i w tej kwestii odchodzi od dotychczasowego orzecznictwa, swoiście interpretuje pojęcie „rozstrzygnięcia tej samej sprawy”, „tożsamości sprawy” czy „tożsamości kompetencji”. Logicznie można ewentualnie przyjąć, że kompetencja SN do wydawania uchwał prawotwórczych (gdyby rzeczywiście SN ją posiadał) może kolidować z prawotwórczymi kompetencjami Sejmu. Trudniej jednak wskazać konflikt między kompetencją prawotwórczą SN a kompetencją Prezydenta do nominowania sędziów. Nie jest to kompetencja o tym samym charakterze. Przede wszystkim jednak SN nie ma kompetencji prawotwórczej, sprawuje jedynie wymiar sprawiedliwości oraz nadzór nad działalnością sądów powszechnych i wojskowych

⁵³ Zob. na ten temat zdania odrębne do postanowienia TK z 21 kwietnia 2020 r. w sprawie Kpt 1/20, OTK-A 2020/15, sędziów L. Kieresa, pkt 3.5, P. Pszczółkowski, pkt 3.5.

⁵⁴ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt III.2. Zob. także zdanie odrębne sędziego L. Kieresa, pkt 4.2.

⁵⁵ Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz. U. z 2016 r. poz. 2072.

⁵⁶ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt III.2.2.

w zakresie orzekania. W istocie zatem spory zostały sztucznie wykreowane. Także przez zniekształcenie konstrukcji przesłanek „realności” i „aktualności” sporu.

W chwili zainicjowania postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym „spór” nie mógł istnieć, ponieważ nie było jeszcze uchwały SN (wniosek wszczynający postępowanie w sprawie Kpt 1/20 datowany jest na 22 stycznia 2019 r.)⁵⁷. Trybunał widzi to jednak inaczej. Jego zdaniem rzekomy spór między SN a Sejmem został zapoczątkowany już w 2018 r. pytaniami prejudycjalnymi kierowanymi przez SN do TSUE, podważającymi w ich treści konstytucyjność składu KRS oraz status sędziów powoływanych przez Prezydenta na wniosek KRS. „W działaniach swych, SN od 2018 r. przypisuje sobie prawo «rozstrzygania» o «sprawach» z obszaru właściwości polskiego ustawodawcy, prawo do uznawania lub pomijania ustaw, ich «niezauważania» lub arbitralnego modyfikowania znaczeń (rozumień) przepisów umiejscowionych w aktach powszechnie obowiązujących”⁵⁸. Co do sporu między SN a Prezydentem TK zauważy, że nie tylko pytania prejudycjalne SN, ale i „wdrożenie przez SN już 5 grudnia 2019 r. ustaleń wyroku *A.K. i inni* były formą wkroczenia przez SN w kompetencje Prezydenta dotyczące powołania sędziów, o którym mowa w art. 179 w związku z art. 144 ust. 3 pkt 17 Konstytucji”⁵⁹. W ten sposób Trybunał Konstytucyjny zaprzecza także kompetencji TSUE, który w sprawie *A.K. i inni* jednoznacznie uznał, że pytania sędziów SN wchodzą w zakres prawa UE i wyjaśnił, że kwestie niezależności i bezstronności sędziów krajowych orzekających w dziedzinach prawa UE nie dotyczą organizacji i funkcjonowania sądownictwa. Przypomnijmy, że pytania dotyczyły interpretacji art. 9 ust. 1 dyrektywy unijnej 2000/78, art. 47 KPP, art. 2 TUE i art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE. Trybunał Konstytucyjny nie zauważa także, że w sprawie dotyczącej niezawisłości polskiego Sądu Najwyższego (C-619/18, *Komisja vs. Polska*), TSUE podobnie interpretował obowiązek wynikający z art. 2 i art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE i gwarancje niezależności i bezstronności sędziów⁶⁰, a wyrok stwierdzający naruszenie został przez Polskę wykonany.

Z wywodów TK w obecnej sprawie wynika, że było to sprzeczne z Konstytucją. Trybunał uznał, że SN błędnie powołał art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE, albowiem sprawy ustroju, organizacji, funkcjonowania i sprawy proceduralne dotyczące wymiaru sprawiedliwości państwa członkowskiego – „nie są objęte traktatową właściwością UE i pozostają w wyłącznej kompetencji państwa członkowskiego”⁶¹.

W związku z tym Trybunał Konstytucyjny kilkakrotnie zakwestionował w uzasadnieniu do swojego orzeczenia:

⁵⁷ Uzasadnienie wniosku Marszałek Sejmu, wszczynającego postępowanie, odnosi się jedynie do obaw związanych z perspektywą wydania przez SN uchwały. Por. zdanie odrębne do postanowienia Kpt 1/20 sędziego L. Kieresa, pkt 4.2.

⁵⁸ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r. Kpt 1/20, pkt III.2.2. Podobnie pkt III.3.2.

⁵⁹ *Ibidem*, pkt III.3.4.

⁶⁰ Wyrok TSUE z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja vs. Polska*, pkt 42-59. Podobnie wyrok TSUE z 5 listopada 2019 r., C-192/18, *Komisja vs. Polska*, pkt 98-107.

⁶¹ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt III.2.6.

- uprawnienie SN do zwracania się ww. materiach z wnioskami prejudycjalnymi. Uprawnienie to przysługuje każdemu polskiemu sądowi orzekającemu w sprawach prawa UE na podstawie z art. 267 TFUE (przepisu traktatu będącego, zgodnie z art. 91 Konstytucji, częścią prawa polskiego). Zdaniem TK, wbrew wyjaśnieniom TSUE⁶², chodzi o kwestie z zakresu organizacji i ustroju sądownictwa, które nie zostały przekazane TSUE, należą one do kompetencji wyłącznych państw członkowskich⁶³,
- uprawnienie TSUE do udzielenia odpowiedzi na takie wnioski, a szerzej do decydowania, co wchodzi w zakres prawa UE, a co należy do kompetencji państwa członkowskiego. Zdaniem TK Sąd Najwyższy powinien zwrócić się w tych sprawach z pytaniami prawnymi do TK, skoro „bezpośrednią” przyczyną rozbieżności w orzecznictwie były regulacje wprowadzone ustawą z dnia 8 grudnia 2017 r. dotyczącą KRS⁶⁴,
- oczywiste zasady wynikające z prawa UE, związane wyrokiem TSUE wszystkich organów państwa, zasadę lojalnej współpracy, zasadę skuteczności prawa UE. TK bowiem podkreślił, że Sąd Najwyższy błędnie przyjął, że „dokonana przez TSUE wykładnia prawa Unii Europejskiej o charakterze abstrakcyjnym i generalnym wiąże wszystkie Państwa Członkowskie, a w nich wszystkie sądy i inne organy państwowe”⁶⁵. Ponadto, że obowiązek podjęcia uchwały, a więc wykonania wyroku TSUE, wynika z zasady lojalnej współpracy i zasady efektywności⁶⁶. Trybunał Konstytucyjny ewidentnie pominął, że sam jest związany orzeczeniem TSUE,
- zasadę pierwszeństwa prawa UE: „Tezą wiodącą uzasadnienia uchwały SN z 23 stycznia 2020 r. jest założenie o całkowitym pierwszeństwie prawa unijnego przed polskim oraz o odmowie stosowania przy podejmowaniu uchwały z 23 stycznia 2020 r. wszelkiego prawa polskiego uniemożliwiającego wdrożenie do polskiego systemu prawa tzw. unijnego standardu bezstronności i niezawisłości sądów. SN odpowiednio «pomijał» i «ignorował» więc przepisy Konstytucji oraz orzecznictwo TK (zob. wyroki TK z: 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, OTK ZU nr 5/A/2005, poz. 49; 24 listopada 2010 r., sygn. K 32/09, OTK ZU nr 9/A/2010, poz. 108), wprowadzając wprost do polskiego systemu prawnego tezy i sugestie TSUE oczywiście sprzeczne z polskim porządkiem konstytucyjnym”⁶⁷.

Uzasadnienie do postanowienia Kpt 1/20 nie jest spójne. Niemniej jego sens sprowadza się do odrzucenia możliwości zastosowania w Polsce unijnego standardu

⁶² Zob. wyrok TSUE z 24 czerwca 2019 r., C-619/18, *Komisja vs. Polska*, pkt 52; wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K. i inni*, pkt 73-86.

⁶³ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt III.2.6.

⁶⁴ *Ibidem*, pkt III.2.6.

⁶⁵ TK cytuje tu wniosek Pierwszej Prezes SN z 15 stycznia 2020 r. (postanowienie z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt 2.6). W ten sam sposób co SN – wyrok TSUE z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, pkt 112.

⁶⁶ W ten sposób wyrok TS z 19 listopada 2019 r., C-585/18, C-624/18, C-625/18, pkt 166.

⁶⁷ Postanowienie TK z 21 kwietnia 2020 r., Kpt 1/20, pkt III.2.6.

niezależności i bezstronności sędziów. Wykonanie bowiem wyroku TSUE, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, narusza art. 8 ust. 1 Konstytucji, a także art. 91 Konstytucji. Sąd Najwyższy nie tylko zlekceważył Konstytucję RP, ale także zignorował to, że „sędziowie w Rzeczypospolitej Polskiej wydają wyroki jako polscy sędziowie w imieniu Rzeczypospolitej i z jej symbolem na piersi, to jest wizerunkiem polskiego orła, a nie jako «sędziowie unijni» oznaczeni emblematami Unii Europejskiej”⁶⁸.

Tylko jednak pozornie chodzi o sposób wykonania wyroku *A.K. i inni* przez SN. Początkowo rzeczywiście Trybunał Konstytucyjny zarzuca SN błędne jego wykonanie, przede wszystkim zignorowanie głównej tezy TSUE, z której – zdaniem TK – wyraźnie wynika, że „wskazane przez TSUE wzorce i standardy powinny być oceniane odrębnie w indywidualnych toczących się sporach, i to na wniosek strony tego sporu”⁶⁹. Dalej TK uznał, że TSUE działał poza granicami swoich kompetencji, aczkolwiek sformułowanie *ultra vires* nie pojawia się w uzasadnieniu. Co więcej, „pozabawił” wyrok TSUE mocy wiążącej.

Trybunał Konstytucyjny stwierdził dobitnie, że „tezy wyroku TSUE dotyczące materii nienależącej do kompetencji Unii, a więc i do kompetencji TSUE, nie mogą nakładać na sąd odsyłający, tj. SN, «obowiązku» podejmowania przez ten sąd działań prawotwórczych w wykonaniu wyroku TSUE z 19 listopada 2019 r., który pomija polski porządek prawny i wprost jest z nim sprzeczny. Wyroki TSUE wykraczające poza jego traktatowe kompetencje – określone w TUE i TFUE – nie mają mocy wiążącej na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”⁷⁰.

5. Konkluzje i *post scriptum*

Wyrok U 2/20 i postanowienie Kpt 1/20 zmieniają linię orzecniczą Trybunału Konstytucyjnego w kilku obszarach, m.in. charakteru uchwał wykładniczych Sądu Najwyższego, sporów kompetencyjnych między centralnymi organami państwa czy relacji między prawem krajowym a prawem Unii. Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego w tej ostatniej kwestii mają charakter *obiter dictum*, znika w nich jednak ostrożny i przyjazny prawu Unii ton wyroków TK np. w sprawie traktatu akcesyjnego czy traktatu z Lizbony. Ma natomiast miejsce przekraczanie znaczenia norm prawa UE i art. 6 EKPC pod pretekstem obrony nadrzędności Konstytucji. TK ma niezaprzeczalne kompetencje do badania zgodności z Konstytucją prawa krajowego. Traci jednak wiarygodność, gdy usiłuje wykreować z uchwały wykładniczej akt prawotwórczy czy sztuczny spór kompetencyjny. Nie dziwi więc, że te dwa orzeczenia przeszły w doktrynie prawa międzynarodowego prawie bez echa. Trybunał zrobił bowiem wszystko, żeby nie traktować ich poważnie. Naruszył wyraźnie Konstytucję po to tylko, żeby zakwestionować podstawowe zasady prawa UE. To

⁶⁸ *Ibidem*, pkt III.2.6 *in fine*.

⁶⁹ *Ibidem*, pkt III.2.6.

⁷⁰ *Ibidem*, pkt III.2.6 *in fine*.

w zdecydowany sposób różni te orzeczenia od orzeczeń sądów innych państw członkowskich, które także usiłowały sprzeciwić się interpretacji prawa UE dokonywanej przez TSUE. Co więcej, po raz pierwszy zakwestionowany został wyrok TSUE w kwestiach o tak doniosłym ciężarze gatunkowym jak praworządność czy niezależność i bezstronność sądów krajowych jako organów stosujących prawo UE.

Wypowiedzi Trybunału Konstytucyjnego w sprawach U 2/20 i Kpt 1/20 okazały się dla wnioskodawców i rządowych uczestników postępowań chyba zbyt słabe, skoro wnieśli oni do TK kolejne sprawy, doprowadzając w ten sposób do kontroli konstytucyjności prawa pierwotnego UE. W wyroku z 14 lipca 2021 r. w sprawie P 7/20⁷¹ Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 4 ust. 3 zd. 2 TUE w związku z art. 279 TFUE w zakresie, w jakim TSUE „nakłada ultra vires zobowiązania” na RP, wydając środki tymczasowe odnoszące się do ustroju i właściwości polskich sądów oraz trybu postępowania przed polskimi sądami, jest niezgodny z szeregiem przepisów Konstytucji RP i nie może być objęty zasadami pierwszeństwa oraz bezpośredniego stosowania określonymi w art. 91 ust. 1-3 Konstytucji. W wyroku z 7 października 2021 r. w sprawie K 3/21⁷² Trybunał Konstytucyjny orzekł, na wniosek Prezesa Rady Ministrów, niegodność z Konstytucją podstawowych przepisów TUE: art. 1, art. 2, art. 4 ust. 3 oraz art. 19 ust. 1 zd. 2 TUE w zakresie, w jakim m.in. wynika z ich zastosowania przyznanie sądom polskim kompetencji do kontroli legalności procedury powołania sędziego, w tym badania zgodności z prawem aktu powołania sędziego przez Prezydenta, kontroli legalności uchwały KRS zawierającej wniosek do Prezydenta o powołanie sędziego, stwierdzenia przez sąd krajowy wadliwości procesu nominacji sędziego i w jego efekcie odmowy uznania za sędziego osoby powołanej na urząd sędziowski zgodnie z art. 179 Konstytucji⁷³.

Poglądy Trybunału Konstytucyjnego wyrażone w omawianych sprawach nie znajdują uzasadnienia ani w orzecznictwie TSUE, ani w dominującej doktrynie prawa Unii. Są sprzeczne z niezakwestionowanym przez inne państwa członkowskie rozumieniem obowiązku państwa członkowskiego zapewnienia skutecznej ochrony sądowej w dziedzinach objętych prawem UE, obowiązku polegającego m.in. na zapewnieniu sądom warunków, w których mogą orzekać w sposób niezależny. Naiwnością jest sądzić, że kwestie zgodności z prawem powoływania sędziów pozostaną poza kontrolą TSUE.

⁷¹ Wyrok TK z 14 lipca 2021 r., P 7/20, OTK-A 2021/49.

⁷² Wyrok TK z 7 października 2021 r., K 3/21, Dz. U. z 2021 r. poz. 1852; w momencie oddawania tego artykułu (tj. 16 lipca 2022 r.) nie ogłoszono jeszcze uzasadnienia do wyroku.

⁷³ Zob. poświęcony ocenie tego wyroku numer 12 „Europejskiego Przeglądu Sądowego” z 2021, artykuły M. Florczak-Wątor, *(Nie)skuteczność wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2021 r., K 3/21. Ocena znaczenia orzeczenia z perspektywy prawa konstytucyjnego*, s. 4-11; N. Półtorak, *Kilka uwag o skutkach wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 dla stosowania prawa unijnego przez polskie sądy*, s. 12-18; W. Wróbel, *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, s. 19-26; A. Wyrozumska, *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, s. 27-38; J. Łacny, *Pieniądze nerwem wojny? – czyli o możliwych skutkach finansowych wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 z 7.10.2021 r.*, s. 39-50.

Seria orzeczeń polskiego Trybunału Konstytucyjnego zmierzających do niewykonywania wyroków TSUE ma bezprecedensowy charakter, równie unikatowy charakter ma odpowiedź Komisji – wszczęcie przeciwko Polsce w dniu 22 grudnia 2021 r. postępowania w sprawie uchybienia w związku z naruszeniami prawa UE przez Trybunał Konstytucyjny⁷⁴.

Komisja uważa, że wyroki TK naruszają ogólne zasady autonomii, pierwszeństwa, skuteczności i jednolitego stosowania prawa Unii oraz zasadę wiążącego skutku wyroków TSUE. „W szczególności w swoim lipcowym wyroku Trybunał Konstytucyjny zanegował wiążący skutek wszelkich postanowień dotyczących środków tymczasowych wydanych przez Trybunał Sprawiedliwości na podstawie art. 279 TFUE w celu zagwarantowania skutecznej kontroli sądowej przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony na mocy ustawy. W swoim październikowym wyroku Trybunał Konstytucyjny naruszył również swoje obowiązki wynikające z prawa UE, uznając za niezgodną z Konstytucją – a tym samym pozbawioną skuteczności w polskim porządku prawnym – wykładnię art. 19 ust. 1 TUE dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości, zgodnie z którą sądy krajowe mogą dokonywać kontroli legalności procedury powołania sędziego oraz wypowiadać się na temat ewentualnej wadliwości procesu powołania w celu sprawdzenia, czy sędzia lub sąd, w którym ten sędzia orzeka, spełnia wymogi art. 19 ust. 1 TUE. Ponadto Komisja uważa, że wyroki te naruszają art. 19 ust. 1 TUE, który gwarantuje prawo do skutecznej ochrony sądowej, poddając go nadmiernie zawężającej wykładni. Jednostki uczestniczące w postępowaniach przed polskimi sądami zostały tym samym pozbawione pełnych gwarancji przewidzianych w tym artykule. Ponadto Komisja ma poważne wątpliwości co do niezawisłości i bezstronności Trybunału Konstytucyjnego i uważa, że nie stanowi on już niezawisłego i bezstronnego sądu ustanowionego uprzednio na mocy ustawy, jak przewiduje wymóg zawarty w art. 19 ust. 1 TUE”⁷⁵.

⁷⁴ Komunikat Prasowy Komisji Europejskiej z dnia 22 grudnia 2021 r., IP/21/7070.

⁷⁵ *Ibidem*.

Funkcjonowanie europejskiej inicjatywy obywatelskiej na przykładzie *Minority SafePack*

1. Unia Europejska jest specyficzną organizacją międzynarodową, w której od lat podejmowane są wysiłki na rzecz zwiększenia demokratyzacji procesu podejmowania decyzji oraz maksymalnego włączenia obywateli do dyskusji na temat kierunku prowadzenia wspólnych polityk. W aspekcie obywateli kluczowym instrumentem wpływu na procesy polityczno-prawne na szczeblu unijnym miała być europejska inicjatywa obywatelska (EIO)¹. W sposób ramowy instrument ten określono w art. 11 ust. 4 TUE, zaś szczegółowe wymogi proceduralne zostały doprecyzowane w aktach prawa wtórnego. Obecnie podstawowe znaczenie ma rozporządzenie Parlamentu i Rady (UE) nr 2019/788 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej², które z dniem 1 stycznia 2020 r. zastąpiło poprzednio obowiązujące rozporządzenie w tej sprawie (tj. rozporządzenie 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r.).

Europejska inicjatywa obywatelska w założeniu miała być innowacyjnym sposobem kształtowania sposobu funkcjonowania Unii Europejskiej przez obywateli państw członkowskich. Stanowi ona formę wezwania Komisji Europejskiej (dalej KE) do przedstawienia wniosku legislacyjnego, przy czym to KE decyduje ostatecznie o podjęciu (lub nie) dalszych działań w przedmiocie przygotowania projektu legislacyjnego.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie funkcjonowania instrumentu europejskiej inicjatywy obywatelskiej na przykładzie inicjatywy *Minority SafePack*.

* Dr hab. Mieczysława Zdanowicz, prof. Uniwersytetu w Białymstoku, Wydział Prawa, ORCID: [0000-0003-2028-7152](https://orcid.org/0000-0003-2028-7152).

** Dr hab. Anna Doliwa-Klepacka, prof. Uniwersytetu w Białymstoku, Wydział Prawa, ORCID: [0000-0002-1452-3668](https://orcid.org/0000-0002-1452-3668).

¹ A. Doliwa-Klepacka, *Stanowienie aktów ustawodawczych w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza Aspra-JR, Warszawa-Białystok 2014, s. 135; J.W. Pichler, B. Kaufmann, *It's the practice, stupid!*, [w:] J.W. Pichler, B. Kaufmann (red.), *The Next Big Thing. Making Europe ready for the Citizen's Initiative*, Intersentia Publishers, Wien-Graz 2011, s. 10; E. Kuźelewska, *Europejska inicjatywa obywatelska skutecznym narzędziem legitymizacji władzy w Unii Europejskiej?*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Temida 2, Białystok 2015, s. 336.

² Zob. szerzej uzasadnienie modyfikacji rozporządzenia EIO – A. Doliwa-Klepacka, *Zmiany proceduralne w zakresie wykorzystania instrumentu europejskiej inicjatywy obywatelskiej*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, J. Nowakowska-Małusecka, W.Sz. Staszewski (red.), *W jakiej Unii Europejskiej Polska – jaka Polska w Unii Europejskiej: instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 157-167.

Inicjatywa ta została złożona w okresie obowiązywania poprzedniego rozporządzenia w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej, stąd odniesienia proceduralne dotyczą uchylonego obecnie rozporządzenia 211/2011.

2. Rozporządzenie w sprawie EIO określa kluczowe wymogi formalne do zarejestrowania inicjatywy³. Europejska inicjatywa obywatelska może dotyczyć każdej dziedziny, w której Komisja Europejska ma uprawnienia do przedłożenia wniosku legislacyjnego. Jednym z kluczowych warunków rejestracji inicjatywy jest zatem wskazanie konkretnego postanowienia Traktatów, które stanowi podstawę kompetencyjną do działania na poziomie UE i przedłożenia przez KE projektu nowego aktu prawnego. W pierwszym okresie funkcjonowania EIO Komisja rygorystycznie podchodziła do tej kwestii i odmawiała rejestracji inicjatywy, nawet jeśli tylko częściowo wykraczałaby ona poza kompetencje UE. Po 2015 r. podejście to zostało w praktyce złagodzone. Przede wszystkim zmieniono praktykę indywidualnego podejmowania decyzji przez komisarzy w przedmiocie rejestracji proponowanych inicjatyw obywatelskich na podejmowanie decyzji w gronie kolegium KE, z obowiązkiem publikacji stosownych komunikatów prasowych (co zwiększa przejrzystość i poziom wysłuchania głosu obywateli na etapie rejestracji). Po drugie Komisja wprowadziła praktykę częściowej rejestracji inicjatyw – w odniesieniu tylko do tych postulatów, które nie wykraczają poza kompetencje KE do przygotowania projektu aktu ustawodawczego UE. Ostatecznie praktyka ta została usankcjonowana w nowym rozporządzeniu 2019/788, które wprost dopuszcza możliwość częściowej rejestracji inicjatywy.

Kolejnym niezbędnym wymogiem jest powołanie w odpowiednim składzie komitetu obywatelskiego (minimum siedem osób z różnych państw członkowskich w wieku uprawniającym do popierania inicjatywy obywatelskiej, tj. posiadania czynnego prawa wyborczego w wyborach do Parlamentu Europejskiego). W rozporządzeniu 211/2011 nie przewidziano jednak nadania temu komitetowi osobowości prawnej – jego członkowie ponoszą osobistą odpowiedzialność za podejmowane działania, co może być czynnikiem zniechęcającym do angażowania się w taką aktywność.

Warunkiem rejestracji inicjatywy przez Komisję jest dostarczenie przez organizatorów (w jednym z języków urzędowych UE) następujących danych⁴:

- tytuł proponowanej inicjatywy obywatelskiej,
- przedmiot inicjatywy,
- opis celów proponowanej inicjatywy obywatelskiej, w odniesieniu do której wzywa się KE do działania,
- wskazanie postanowień Traktatów uznanych przez organizatorów za istotne dla proponowanych działań,

³ Zob. szerzej analiza wymogów proceduralnych EIO: A. Doliwa-Klepacka, *Uwarunkowania prawne europejskiej inicjatywy obywatelskiej: od pierwotnych założeń do postulowanych zmian*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2, s. 87-103.

⁴ Rozporządzenie 211/2011, załącznik II.

- imiona i nazwiska, adresy pocztowe, obywatelstwa i daty urodzenia siedmiu członków komitetu obywatelskiego, ze wskazaniem przedstawiciela i zastępcy oraz ich adresów e-mail,
- wszystkie źródła wsparcia i finansowania proponowanej inicjatywy obywatelskiej w momencie rejestracji o wartości od 500 EUR rocznie na jednego sponsora,
- oraz ewentualnie dodatkowo – projekt postulowanego aktu prawnego.

W ciągu dwóch miesięcy od otrzymania spełniającego ww. wymogi wniosku o rejestrację Komisja Europejska podejmuje decyzję o zarejestrowaniu danej inicjatywy (nadając indywidualny numer rejestracyjny) lub o odmowie rejestracji.

Komisja może odmówić rejestracji (stosownie do postanowień art. 4 ust. 2 rozporządzenia 211/2011), jeżeli zaistniałby którykolwiek z następujących przypadków:

- wadliwe utworzenie komitetu obywatelskiego lub niewyznaczenie osoby upoważnionej do kontaktu,
- oczywiste wykroczenie proponowanej inicjatywy poza kompetencje Komisji w zakresie przedkładania wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów,
- oczywiście niepoważny lub dokuczliwy charakter (ewentualnie oczywiste nadużycie) proponowanej inicjatywy obywatelskiej,
- oczywista sprzeczność proponowanej inicjatywy z wartościami UE określonymi w art. 2 TFUE.

Komisja zobowiązana jest szczegółowo uzasadnić decyzję o odmowie rejestracji europejskiej inicjatywy obywatelskiej ze wskazaniem organizatorom wszystkich dostępnych sądowych i pozasądowych środków odwoławczych. Jest to w szczególności wniesienie sprawy do Trybunału Sprawiedliwości UE lub złożenie skargi (dotyczącej niewłaściwego administrowania) do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich.

3. Inicjatywa *Minority SafePack* od samego początku wzbudzała duże emocje i zróżnicowane podejście do kwestii przez nią proponowanych. Komisja w dniu 13 września 2013 r. odmówiła rejestracji inicjatywy⁵. Jako powód odmowy podano, iż inicjatywa wykracza w sposób oczywisty poza kompetencje Komisji w zakresie przedkładania wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów. W krótkim wyjaśnieniu wskazano, iż poszanowanie praw osób należących do mniejszości jest jedną z wartości Unii Europejskiej, o których mowa w art. 2 TUE, jednak ani Traktat o Unii Europejskiej, ani Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej nie upoważnia do przyjęcia aktów prawnych mających na celu promowanie praw osób należących do mniejszości. Podobnie, niezależnie od obszaru działania, instytucje Unii są zobowiązane do przestrzegania „różnorodności

⁵ European Commission Secretariat General C(2013) 5969 final, Brussels, 13.09.2013.

kulturowej i językowej” (art. 3 ust. 3 TUE) oraz powstrzymywania się od dyskryminacji opartej na „przynależności do mniejszości narodowej” (art. 21 ust. 1 Karty). Jednak żadne przepisy nie dają podstawy prawnej takich działań instytucji. Komisja co prawda przyznała, że niektóre z przedstawionych propozycji mogą wchodzić w zakres uprawnień Komisji do przedłożenia wniosku aktu prawnego Unii w celu wykonania Traktatów, jednakże rozporządzenie w sprawie inicjatywy obywatelskiej nie przewiduje rejestracji części proponowanej inicjatywy.

Dotychczasowa praktyka pokazuje, że kryterium wskazane w tym wypadku przez Komisję jako podstawa odmowy rejestracji jest często wykorzystywane przez Komisję⁶. Jak podkreśla A. Śledzińska-Simon, jest to najtrudniejsze do spełnienia kryterium⁷. M. Marczevska-Rytka⁸ stwierdza, iż kryterium to jest ograniczeniem dla europejskiej inicjatywy obywatelskiej⁹. J. Barcz wskazuje, że zakres dziedzin, w których możliwe jest podejmowanie inicjatywy obywatelskiej, jest węższy niż zakres kompetencji Unii Europejskiej. Może dotyczyć jedynie tych dziedzin, w których Komisja ma inicjatywę legislacyjną i jest wątpliwe, czy inicjatywa obywatelska będzie mogła dotyczyć obszaru Wspólnej Polityki Zagranicznej i Bezpieczeństwa¹⁰.

Zgodnie z art. 4 ust. 3 rozporządzenia 211/2011¹¹ Komisja poinformowała organizatorów o możliwych dostępnych dla nich sądowych i pozasądowych środkach prawnych, wskazując na postępowanie wynikające z art. 263 TFUE oraz 228 TFUE. W konsekwencji jeden z organizatorów inicjatywy dnia 25 listopada 2013 r. wniósł do Sądu skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji odmawiającej rejestracji inicjatywy. Skarżący podniósł dwa zarzuty: pierwszy dotyczy naruszenia obowiązku uzasadnienia decyzji określonego w art. 296 akapit drugi TFUE oraz w art. 4 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia nr 211/2011, drugi zaś – naruszenia art. 11 TUE, art. 24 akapit pierwszy TFUE i art. 4 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 211/2011. Skarżący wspierany przez Węgry zauważył, że Komisja powinna wskazać, które konkretne propozycje wymienione w załączniku do proponowanej inicjatywy wykraczają w sposób oczywisty poza jej kompetencje, oraz powinna podać powody, dla których doszła do takich ustaleń. Sąd w wyroku z dnia 3 lutego 2017 r. stwierdził nieważność

⁶ M. Zdanowicz, *Europejska inicjatywa obywatelska. Nieefektywnie wykorzystane pokłady społecznej aktywności*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2, s. 107-112.

⁷ A. Śledzińska-Simon, *Europejska inicjatywa obywatelska, czyli fiasko demokratycznego telos?*, [w:] A. Gliszczyńska-Grabias, G. Baranowska, A. Bodnar (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat – osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 56.

⁸ M. Marczevska-Rytka, *Europejska inicjatywa obywatelska jako wyraz implementacji instytucji demokracji bezpośredniej na poziomie Unii Europejskiej*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Wpływ standardów międzynarodowych na rozwój demokracji i ochronę praw człowieka*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2013, s. 406.

⁹ Szerzej o zagrożeniach i ograniczeniach demokracji bezpośredniej w: W. Kulesza, *Instytucje demokracji bezpośredniej w państwach autorytarnych w międzywojennej Europie*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. 15 (2), s. 127-141.

¹⁰ J. Barcz, *Inicjatywa obywatelska – aspekty prawne i instytucjonalne*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 10, s. 20-21.

¹¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 211/2011 z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie inicjatywy obywatelskiej, Dz. Urz. UE L 65/1 z 11.03.2011 r.

decyzji Komisji odmawiającej rejestracji inicjatywy *Minority SafePack*. W uzasadnieniu Sąd wyjaśnił, iż zaskarżona decyzja nie zawiera wystarczającej argumentacji umożliwiającej skarżącemu poznanie uzasadnienia odmowy rejestracji¹².

Komisja zobowiązana była do wykonania wyroku Sądu i w tym celu w dniu 29 marca 2017 r. podjęła nową decyzję, dokonując rejestracji wniosku¹³. W uzasadnieniu decyzji Komisja (stosownie do uwag zawartych w wyroku Sądu) wskazała, iż art. 25 i art. 20 ust. 2 TFUE nie mogą stanowić podstawy prawnej dla przyjęcia aktu prawnego „w celu wzmocnienia w Unii miejsca obywateli należących do mniejszości narodowej w zamiarze zadbania o to, by zostały uwzględnione ich uzasadnione obawy przy wyborach posłów do Parlamentu Europejskiego” (motyw 7). Podobnie Komisja podkreśliła, że art. 19 TFUE stanowi podstawę prawną do przyjęcia środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji. Lista przyczyn dyskryminacji zawarta w tym artkule jest wyczerpująca i nie obejmuje przynależności do mniejszości narodowej (motyw 8). W związku z powyższym Komisja nie jest upoważniona do przedkładania w tych kwestiach wniosku dotyczącego unijnego aktu prawnego w celu wprowadzenia w życie Traktatów.

Zgodnie z art. 1 ust. 1: Można zbierać deklaracje poparcia dla proponowanej inicjatywy obywatelskiej w oparciu o założenie, że celem inicjatywy jest wniosek Komisji dotyczący:

- zalecenia Rady „w sprawie ochrony i wzmocnienia różnorodności kulturowej i językowej w Unii”;
- decyzji lub rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady, mającego za przedmiot dostosowanie „programów finansowania w celu ułatwienia dostępu do nich dla małych języków regionalnych i mniejszościowych”;
- decyzji lub rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady, mającego za przedmiot stworzenie ośrodka różnorodności językowej, który przyczyni się do wzmocnienia świadomości znaczenia języków regionalnych i mniejszościowych, a także będzie wspierać różnorodność na wszystkich poziomach oraz zasadniczo będzie finansowany przez Unię;
- rozporządzenia dostosowującego zasady ogólne mające zastosowanie do zadań, celów priorytetowych i organizacji funduszy strukturalnych w taki sposób, by wzięta została pod uwagę ochrona mniejszości oraz wspieranie różnorodności kulturowej i językowej, pod warunkiem że finansowane działania prowadzą do wzmocnienia spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej Unii;
- rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady, mającego za przedmiot zmianę rozporządzenia dotyczącego programu „Horyzont 2020” dla celów

¹² Wyrok Sądu (pierwsza izba) z 3 lutego 2017 r., *Bürgerausschuss für die Bürgerinitiative Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe p. Komisji Europejskiej*, T-646/13, ECLI:EU:T:2017:59.

¹³ Decyzja Komisji (UE) 2017/652 z dnia 29 marca 2017 r. w sprawie proponowanej inicjatywy obywatelskiej „Minority SafePack – one million signatures for diversity in Europe”, Dz. Urz. UE L 92/100 z 6.04.2017 r.

- usprawnienia badań nad wartością dodaną, do której mogą przyczyniać się mniejszości narodowe oraz różnorodność kulturowa i językowa w odniesieniu do rozwoju społeczno-gospodarczego w regionach Unii;
- zmiany ustawodawstwa Unii w celu zagwarantowania równego traktowania obywateli Unii;
 - rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w celu wprowadzenia jednolitego prawa autorskiego, które pozwoliłoby uznać całą Unię za rynek wewnętrzny w dziedzinie praw autorskich;
 - zmiany dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE w celu zapewnienia swobody świadczenia usług i odbioru treści audiowizualnych w regionach, w których zamieszkują mniejszości narodowe;
 - rozporządzenia lub decyzji Rady w celu objęcia wyłączeniem kategorii projektów wspierających mniejszości narodowe i ich kulturę z procedury przewidzianej w art. 108 ust. 2 TFUE.

Zatem Komisja dokonała, wbrew wcześniejszemu stanowisku, częściowej rejestracji inicjatywy.

Dnia 28 czerwca 2017 r. Rumunia wniosła do Sądu skargę o unieważnienie Decyzji Komisji 2017/652, na podstawie której dokonano rejestracji europejskiej inicjatywy obywatelskiej *Minority SafePack*. Komisja podważyła dopuszczalność skargi, wskazując, że została ona wniesiona po terminie, a ponadto zaskarżona decyzja nie podlega, zdaniem Komisji, zaskarżeniu. W wyroku z dnia 24 września 2019 r.¹⁴ Sąd zdecydował (ze względów ekonomii procesowej) od razu zbadać zarzuty podniesione przez Rumunię, bez uprzedniego orzekania o dopuszczalności tej skargi. Stwierdził bowiem na wstępie, iż skarga jest w każdym wypadku bezzasadna (motyw 20). Rumunia zarzuciła naruszenie przez Komisję zasady przyznania kompetencji (czyli art. 5 ust. 2 TUE i art. 4 ust. 2 lit. b) rozporządzenia (WE) nr 211/2011) oraz naruszenie obowiązku uzasadnienia określonego w traktacie (czyli art. 296 ust. 2 TFUE).

Sąd oddalił oba zarzuty, a tym samym oddalił skargę w całości. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż zgodnie z celami europejskiej inicjatywy obywatelskiej, które polegają na zachęcaniu obywateli do udziału w życiu demokratycznym, dokonana przez Komisję wykładnia warunku rejestracji inicjatywy powinna ułatwiać obywatelom takie projekty (motyw 39). Zdaniem Sądu z brzmienia art. 4 ust. 2 lit. b) rozporządzenia nr 211/2011 wynika, że przed rejestracją Komisja powinna dokonać wstępnego i pierwszego zbadania przedmiotu i celu proponowanej inicjatywy. Na podstawie informacji przesłanych przez organizatorów ma jedynie upewnić się, że środki przewidziane w propozycji EIO nie wykraczają w sposób oczywisty poza jej kompetencje. Natomiast dogłębna analiza propozycji zawartych w inicjatywie zostanie przeprowadzona po rejestracji propozycji. W związku z powyższym Sąd przypomniał, że decyzja Komisji o zarejestrowaniu propozycji EIO, która wymaga

¹⁴ Wyrok Sądu (druga izba) z 24 września 2019 r., *Rumunia p. Komisji Europejskiej*, T-391/17, ECLI:EU:T:2019:672.

pierwszej oceny tej inicjatywy pod kątem prawnym, nie przesądza o treści komunikatu, jaki przyjmie Komisja na podstawie art. 10 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 211/2011 i który określi ostateczne stanowisko tej instytucji o przedstawieniu bądź nieprzedstawianiu wniosku dotyczącego aktu prawnego w odpowiedzi na EIO (motyw 41).

W uzasadnieniu Sąd wskazał, że akty prawne wymienione w załączniku do propozycji EIO zmierzą w sposób oczywisty, z jednej strony, do realizacji ogólnego celu Unii polegającego na zapewnieniu przestrzegania praw osób należących do mniejszości, a z drugiej strony, w sposób bezpośredni, do realizacji ogólnego celu zapewnienia poszanowania i wspierania różnorodności kulturowej i językowej w Unii (motyw 46, 50).

W tym względzie Sąd uściślił, że z decyzji Komisji nie wynika, aby Komisja uznała ogólną kompetencję prawodawczą Unii w dziedzinie ochrony praw osób należących do mniejszości narodowych, lecz jedynie to, że poszanowanie praw mniejszości oraz wzmocnienie różnorodności kulturowej i językowej, jako wartości i cele Unii, należy uwzględniać w ramach działań Unii w dziedzinach, których dotyczy propozycja EIO. W tym zakresie Sąd zauważył, że nic nie powinno stać na przeszkodzie Komisji w przedstawianiu wniosków dotyczących konkretnych aktów, które – jak ma to miejsce w niniejszym przypadku – mają uzupełniać działania Unii w zakresie jej kompetencji, aby zapewnić poszanowanie wartości określonych w art. 2 TUE oraz bogatej różnorodności kulturowej i językowej, o której mowa w art. 3 ust. 3 akapit czwarty TUE (motyw 50-53).

4. Po zarejestrowaniu inicjatywy rozpoczyna się okres zbierania deklaracji poparcia – w formie papierowej lub *online*. Ten etap trwa 12 miesięcy od potwierdzenia rejestracji inicjatywy. W przypadku zbierania deklaracji poparcia w formie *online* przed rozpoczęciem tego etapu organizatorzy zobowiązani są stworzyć i udostępnić za pośrednictwem swojej strony internetowej system gromadzenia danych, który będzie spełniał odpowiednie wymogi techniczne oraz wymogi w zakresie bezpieczeństwa danych. Konieczne jest tutaj uzyskanie certyfikacji systemu gromadzenia danych *online* ze strony właściwych organów krajowych. Organizatorzy mogą otrzymać ten certyfikat zarówno przed zarejestrowaniem inicjatywy, jak i po rejestracji, jednak musi to nastąpić przed rozpoczęciem zbierania deklaracji poparcia *online*¹⁵.

Warunkiem przedłożenia inicjatywy do rozpatrzenia Komisji jest zebranie co najmniej miliona deklaracji poparcia od obywateli UE (z minimum siedmiu państw członkowskich), przy czym liczba sygnatariuszy z poszczególnych państw musi spełniać wymogi minimalne określone w Załączniku I do rozporządzenia 211/2011 (od minimum 4500 sygnatariuszy na Maltę i Cyprze, do minimum 74 250 sygnatariuszy w Niemczech). Warunki te są bardzo trudne do spełnienia, a praktyka pokazuje, że szansę na powodzenie mają tylko takie projekty, których przedmiot jest odpowiednio

¹⁵ Szerzej o głosowaniu elektronicznym (*e-voting*) w: E. Kuzelewska, *Partycypacja w wyborach do Parlamentu Europejskiego: od bezpośredniej do głosowania elektronicznego*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. 12, s. 381-398.

uniwersalny i ważny dla szerokiego kręgu osób oraz które są popierane przez zorganizowane struktury społeczeństwa obywatelskiego, np. organizacje pozarządowe.

Po zakończeniu 12-miesięcznego okresu zbierania deklaracji poparcia organizatorzy zobowiązani są do ich przedłożenia odpowiednim władzom krajowym celem ich zweryfikowania i certyfikacji. Poszczególne państwa członkowskie określają dane, które będą konieczne do późniejszej weryfikacji i poświadczenia ważności deklaracji poparcia oraz potwierdzenia liczby ważnych deklaracji złożonych w każdym państwie¹⁶. Ten etap może trwać maksymalnie do trzech miesięcy. Po weryfikacji deklaracji poparcia sprawdza się, czy wszystkie wymogi odnośnie do minimalnych progów poparcia zostały osiągnięte.

Jeśli inicjatywa obywatelska uzyskała wymagany poziom poparcia, organizatorzy przedkładają ją Komisji Europejskiej wraz z certyfikatami uzyskanymi od właściwych organów krajowych (poświadczającymi osiągnięcie wymaganej liczby deklaracji poparcia). W dalszej części procedury przeprowadzane jest spotkanie organizatorów ze służbami Komisji Europejskiej odpowiedniego szczebla dla szczegółowego wyjaśnienia i uzasadnienia zgłaszanych postulatów oraz wysłuchanie publiczne w Parlamencie Europejskim.

Następnie (w ciągu 3 miesięcy od przedłożenia EIO) Komisja przyjmuje stanowisko w sprawie działań następnych. Stanowisko to ma postać specjalnego komunikatu, który zawiera wszelkie prawne i polityczne wnioski Komisji w sprawie przedłożonej inicjatywy obywatelskiej wraz z uzasadnieniem. Komunikat podlega obowiązkowej publikacji, a jednocześnie jest przesyłany organizatorom inicjatywy, Parlamentowi Europejskiemu i Radzie. W przeciwieństwie do decyzji dotyczącej rejestracji inicjatywy decyzja w sprawie działań następnych nie podlega procedurze odwoławczej. Komisja ma obowiązek rozważenia propozycji obywateli, co nie oznacza bezwzględnej konieczności wypełnienia ich postulatów¹⁷.

5. W dniu 24 marca 2021 r. Komitet obywatelski europejskiej inicjatywy obywatelskiej „Minority SafePack – milion podpisów za różnorodnością w Europie” wniósł do Sądu skargę¹⁸ o stwierdzenie nieważności komunikatu Komisji z dnia 14 stycznia 2021 r. w sprawie europejskiej inicjatywy obywatelskiej „Minority SafePack – milion podpisów za różnorodnością w Europie”, C(2021)171 final. Wnoszący skargę wskazują dwa zarzuty: po pierwsze – naruszenia przez Komisję Europejską obowiązku uzasadnienia zgodnie z art. 296 ust. 2 TFUE; po drugie – popełnienia przez Komisję Europejską oczywistego błędu w ocenie europejskiej inicjatywy obywatelskiej „Minority SafePack – milion podpisów za różnorodnością w Europie”. Błąd miał polegać na odmowie przyjęcia wniosku ustawodawczego w następstwie

¹⁶ M. Góra, W. Burek, P. Filipek, *Europejska inicjatywa obywatelska*, MSZ, Warszawa 2011, s. 15.

¹⁷ M. Zdanowicz, *Europejska inicjatywa obywatelska...*, s. 105-122.

¹⁸ Sprawa T-158/21, *Komitet obywatelski europejskiej inicjatywy obywatelskiej „Minority SafePack – milion podpisów za różnorodnością w Europie” p. komisji Europejskiej*.

skutecznego przedstawienia europejskiej inicjatywy obywatelskiej. Na obecnym etapie postępowanie w tej sprawie nie zostało jeszcze zakończone.

6. Wprowadzenie do prawa Unii Europejskiej instrumentu europejskiej inicjatywy obywatelskiej było uzasadniane koniecznością wzmocnienia demokratyzacji procesu tworzenia unijnego prawa oraz poziomu włączenia obywateli do tego procesu. Europejska inicjatywa obywatelska wpisywała się także w dotychczasowe standardy dialogu instytucji i organów unijnych z obywatelami państw członkowskich (realizowane dotychczas poprzez np. Komitet Regionów UE)¹⁹. Bezspornie EIO pobudziło transgraniczną debatę na temat zagadnień dotyczących różnych obszarów polityki UE, jednak praktyka pokazuje niewielki realny wpływ tego instrumentu na unijne regulacje²⁰. Oczywiście istotną rolę odgrywają takie czynniki, jak chęć zaangażowania się obywateli Unii Europejskiej w sprawy europejskie czy też stopień mobilizacji²¹. Jednak równie ważnym problemem wydaje się bardzo duża swoboda Komisji w zakresie działań następczych w przypadku inicjatyw, którym udało się uzyskać wymagany poziom obywatelskiego poparcia²². Skutki inicjatywy *Minority SafePack* (a raczej ich brak) są tego wyraźnym przykładem. Wydaje się, że dopóki nie zostaną zmienione przepisy w kierunku zobowiązania Komisji do przedłożenia wniosku legislacyjnego w przypadku zebrania dostatecznej liczby deklaracji poparcia dla danej inicjatywy, rola tego instrumentu nie tylko nie wzrośnie, ale wręcz zmaleje²³. Ogromny wysiłek organizatorów włożony w mobilizację obywateli i „sukces” zebrania deklaracji poparcia, który nie przekłada się nawet na wszczęcie postępowania ustawodawczego, jest długofalowo demotywujący.

¹⁹ T. Truskolaski, K. Waligóra, *Komitet Regionów Unii Europejskiej. Instytucjonalizacja międzynarodowej aktywności samorządów*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2012, z. 12, s. 23.

²⁰ A. Doliwa-Klepacka, *Praktyka wykorzystania Europejskiej Inicjatywy Obywatelskiej jako instrumentu demokracji przedstawicielskiej w Unii Europejskiej*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis, Sectio A: Nauki humanistyczne, społeczne i techniczne” 2018, nr 2(12), s. 220-221.

²¹ D. Ashiagbor, N. Countouris, I. Lianos, *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, s. 142.

²² M. Zdanowicz, *The European citizens' initiative: over one million support, and what next?*, „Przegląd Europejski” 2019, nr 4, s. 33-44.

²³ Zob. też E. Kuźlewska, *Europejska inicjatywa obywatelska: wyzwanie czy zmarnowana szansa?*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2020, nr 14, s. 249-257.

Bibliografia

- Abi-Saab G., *The Legal Formulation of a Right to Development*, [w:] R.J. Dupuy (ed.), *Le droit au développement au plan international*, Académie de droit international de La Haye, La Haye 1981.
- Ackerman B., *We the People*, vol. I. *Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1991.
- Adamczak-Retecka M., *Ekoprawo w ochronie klimatu*, [w:] J. Ciechanowicz-McLean (red.), *Ekoprawo. Prawo środowiskowe*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019.
- Adamczak-Retecka M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza za szkody klimatyczne z perspektywy prawa Unii Europejskiej*, Wyd. Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk-Sopot 2017.
- Adamczak-Retecka M., *Udział Unii Europejskiej w paryskim szczycie klimatycznym*, Komentarz dla Centrum Stosunków Międzynarodowych, 2016, <http://www.csm.org.pl/pl/component/phocadownload/category/61-2016?download=725:csm-komentarz-adamczak-retecka-szczyt-klimatyczny-26-01-2016>.
- Adamczyk A., *Kryzys imigracyjny w UE i sposoby jego rozwiązania*, „Przegląd Politologiczny” 2016, nr 3.
- Adamski D., *Pakt Fiskalny a prawo europejskie i polska konstytucja*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 12.
- Ahmed A., *Ethics, Morals, Principles, Values, Virtues, and Beliefs. What is the difference?*, <https://values.institute/ethics-morals-principles-values-virtues-and-beliefs-what-is-the-difference>.
- Albi A., *Erosion of Constitutional Rights in EU Law: A Call for ‘Substantive Co-operative Constitutionalism’*, “Vienna Journal on International Constitutional Law” 2015, nr 3.
- Allain J., *The Jus Cogens. Nature of Non-Refoulement*, “International Journal of Refugee Law” 2001, vol. 13, no. 4.
- Alston P., Schutter O. de (eds.), *Monitoring Fundamental Rights in the EU. The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publ., Oxford 2005.
- Alvarez J.E., *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Amerasinghe C.F., *An Assessment of the ILC’s Articles on Responsibility of International Organizations*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations*, Martinus Nijhoff, Leiden 2013.
- Amttenbrink F., *Observing the Rule of Law in the European Union – Selected Issues*, “Erasmus Law Review” 2009, nr 1.
- Anderson B., *Wspólnoty wyobrażone. Rozważania o źródłach i rozprzestrzenianiu się nacjonalizmu*, Znak, Kraków 1997.

- Anghie A., *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Anghie A., *The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities*, "Third World Quarterly" 2006, vol. 27, no. 5.
- Anker H.T., Olsen B.E. (eds.), *Sustainable Management of Natural Resources, Legal Instruments and Approaches*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018.
- Antonowicz L., *Podręcznik prawa międzynarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Antonowicz L., *Rzecz o państwach w prawie międzynarodowym*, Innovatio Press, Lublin 2012.
- Antonowicz L., *Zagadnienie podmiotowości prawa międzynarodowego*, „Annales UMCS” 1997, vol. 17.
- Antoszewski A., *Forma rządu*, [w:] A. Antoszewski, R. Herbut (red.), *Demokracje Europy Środkowo-Wschodniej w perspektywie porównawczej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1997.
- Apostolovska-Stepanoska M., Runceva-Tasev H., *National Identity vs. European Identity: Partners or Rivals*, "Iustinianus Primus Law Review" 2017, vol. 8, no. 1.
- Arcioni E., *Excluding Indigenous Australians From the People: A Reconsideration of Sections 25 and 127 of the Constitution*, "Federal Law Review" 2012, vol. 40.
- Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I., *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Aspremont J. d', *International Law as a Belief System*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- Aspremont J. d', *The Collective Security System and the Enforcement of International Law*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Atkinson J., *Trauma Trails, Recreating Song Lines: The Transgenerational Effects of Trauma in Indigenous Australia*, Spinifex Press, North Geelong 2002.
- Augustyniak Ł., *Podmiotowość organizacji międzynarodowych jako przesłanka przypisania im odpowiedzialności*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 4.
- Aust A., *Modern Treaty Law and Practice*, 3rd ed., Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Aust A., *Pacta Sunt Servanda*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1449?print=pdf>.
- Avilés L.A., *Sustainable Development and the Legal Protection of the Environment in Europe*, "Sustainable Development Law & Policy" 2012, vol. 12, no. 3.
- Bach-Golecka D., *Zaangażowanie ONZ na rzecz poszanowania demokratycznej formy rządów. Próba refleksji teoretycznej*, [w:] J. Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa Profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. R. Łazarskiego, Warszawa 2006.
- Backer L.C., *From Moral Obligation to International Law: Disclosure Systems, Markets and the Regulation of Multinational Corporations*, "Georgetown Journal of International Law" 2008, vol. 39.
- Bainczyk M., *Glosa do wyroku FTK z 5 maja 2020 r. w sprawie obligacji EBC*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2020, nr 2(27).

- Bainczyk M., *Polski i niemiecki Trybunał Konstytucyjny wobec członkostwa państwa w Unii Europejskiej*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2017.
- Balicki R., *Relacje między organami władzy wykonawczej – na drodze do systemu kanclerskiego*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński (red.), *Konieczne i pożądane zmiany Konstytucji RP z 2 kwietnia 1997 roku*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Balicki R., *Uprawnienia Prezydenta w nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Zagadnienia podstawowe*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 2079, „Przegląd Prawa i Administracji” 1998, t. XL.
- Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Banaszak B., Preisner A., *Prawo konstytucyjne. Wprowadzenie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1993.
- Banaszak B., *Prezydentura w projektach nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1850, „Przegląd Prawa i Administracji” 1996, t. XXXIV.
- Banaszczyk Z., *Stosunek cywilnoprawny*, [w:] Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. I. *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- Barak A., *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press 2015.
- Baran M., *Dostęp do wymiaru sprawiedliwości w obszarze ochrony środowiska w państwach członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 11.
- Baratta R., *Rule of Law ‘Dialogues’ Within the EU: A Legal Assessment*, “Hague Journal on the Rule of Law” 2016, nr 8.
- Barcik J., *Ochrona praworządności w Radzie Europy i Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem niezależności sądów i niezawisłości sędziów*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Barcik J., *Skuteczność procedur ochrony praworządności w Radzie Europy i jej państwach członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 6.
- Barcik J., *Tożsamość konstytucyjna państw członkowskich UE a perspektywa kreacji wspólnej obrony europejskiej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.) *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Barcik J., *Wielopoziomowy konstytucjonalizm Unii Europejskiej a stosowanie praw podstawowych*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2.
- Barcz J. (wprowadzenie, wybór i opracowanie), *Podstawy prawne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2010.
- Barcz J., [w:] J. Barcz, A. Grzelak, P. Szyndlauer (wstęp, wybór i opracowanie), *Problem praworządności w Polsce w świetle dokumentów Komisji Europejskiej. Okres „dialogu politycznego” 2016-2017*, Przedstawicielstwo Komisji Europejskiej w Polsce, Warszawa 2020.
- Barcz J., Grzelak A., Szyndlauer R. (Wstęp, wybór i redakcja), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2021.

- Barcz J., Grzeszczak R., Nowak-Far A., Truszczyński J., *Praworządność a unijne fundusze (prawne i praktyczne aspekty interpretacji ustaleń Rady Europejskiej z 11.12.2020 r.)*, „Państwo i Prawo” 2021, nr 11.
- Barcz J., *Inicjatywa obywatelska – aspekty prawne i instytucjonalne*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 10.
- Barcz J., *Instytucjonalne uwarunkowania strategii rozszerzenia Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, nr 2.
- Barcz J., Kranz J., *Reparacje od Niemiec po drugiej wojnie światowej w świetle prawa międzynarodowego. Aspekty prawa i praktyki*, Elipsa, Warszawa 2019.
- Barcz J., *Od lizbońskiej do postlizbońskiej Unii Europejskiej. Główne kierunki reformy ustrojowej procesu integracji europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Barcz J., *Unia Europejska wobec niepraworządnego państwa członkowskiego*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 1.
- Barcz J., Zawidzka-Łojek A. (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2018.
- Barnett M., *Culture, Strategy and Foreign Policy Change: Israel's Road to Oslo*, “European Journal of International Relations” March 1999.
- Bartsch K., Elberling B., *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. vs. Greece and Germany Decision*, “German Law Journal” 2003, vol. 4.
- Bayertz K., *Begriff und Problem der Solidarität*, [w:] K. Bayertz (Hrsg.), *Solidarität: Begriff und Problem*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt 1998.
- Bazylińska-Nagler J., *The right to a clean environment: A warrant of sustainable development?*, “Ekonomia. Wrocław Economic Review” 2018, vol. 24, no. 3.
- Bazylińska-Nagler J., *Zrównoważony rozwój w tradycji prawnej Chińskiej Republiki Ludowej*, „Studia nad Autorytaryzmem i Totalitaryzmem” 2021, vol. 43, no. 2.
- Beaulac S., *An Inquiry into the International Rule of Law*, “European University Institute Working Papers” 2007/14.
- Bedjaoui M., *The Right to Development*, [w:] M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, UNESCO, Paris 1991.
- Benoit-Rohmer F., Klebes H., *Prawo Rady Europy. W stronę ogólnoeuropejskiej przestrzeni prawnej*, przeł. M.A. Nowicki, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006.
- Berezowski C., *Prawo międzynarodowe publiczne*, t. II, Polskie Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969.
- Bergeau O., *“La crise des solidarités”: La politique migratoire de l'Union Européenne sous l'angle de la solidarité*, [w:] D. Sidjanski, F. Saint-Ouen, C. Stephanou (éds.), *Union de valeurs? La mise en oeuvre des valeurs et des principes fondamentaux de l'Union Européenne – Union of Values? Implementing the values and fundamental principles of the European Union*, Global Studies Institute de l'Université de Genève, Genève 2018.
- Bergkamp L., Hanekamp J.C., *Climate Change Litigation against States: The Perils of Court-Made Climate Policies*, “European Energy and Environmental Law Review” 2015, vol. 24, no. 5.
- Bernaczyk M., *„Dokument wewnętrzny” jako ograniczenie konstytucyjnego prawa do informacji. Rozstrzygnięcie kolizji w teorii i praktyce prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

- Besselink L.F.M., *National and constitutional identity before and after Lisbon*, "Utrecht Law Review" 2010, vol. 6, no. 3.
- Bieber R., *Gegenseitige Verantwortung – Grundlage des Verfassungsprinzips der Solidarität in der Europäischen Union*, Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 84, 24.09.2012, https://www.jura.fu-berlin.de/forschung/europarecht/bob/berliner_online_beitraege/Paper84-Bieber/Paper84---Roland-Bieber---Gegenseitige-Verantwortung---Grundlage-des-Verfassungsprinzips-der-Solidaritaet-in-der-Europaeischen-Union.pdf.
- Bielska-Brodziak A., *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legislacyjne jako narzędzie wykładni prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Biernat S., *Czy konieczne są zmiany w Konstytucji przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej?*, [w:] J. Barcz (red.), *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, ISP, Warszawa 2002.
- Biernat S., Łętowska E., *Komentarz do oświadczenia sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021 r.*, <https://konstytucyjny.pl/s-biernat-e-letowska-komentarz-do-oswiadczenia-sedziow-trybunalu-konstytucyjnego-w-stanie-spoczynku-z-10-pazdziernika-2021-r>.
- Biernat S., Łętowska E., *Komentarz do oświadczenia sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021 r.*, Monitor Konstytucyjny <https://monitorkonstytucyjny.eu/archiwa/20015>
- Biernat S., Łętowska E., *Komentarz do oświadczenia sędziów Trybunału Konstytucyjnego w stanie spoczynku z 10 października 2021*, „Rzeczpospolita” 26.10.2021 r., <https://www.rp.pl/sady-i-trybunaly/art19049161-letowska-i-biernat-wyjasniaja-falszywe-stwierdzenia-zawarte-w-wyroku-tk>.
- Biernat S., *Obywatelstwo Unii Europejskiej*, [w:] S. Biernat (red.), *System prawa Unii Europejskiej*, t. 1, Podstawy i źródła prawa, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Biernat S., *Polska jako państwo członkowskie w Unii Europejskiej*, [w:] J. Barcz (red.), *Czy zmieniać konstytucję? Ustrojowo-konstytucyjne aspekty przystąpienia Polski do Unii Europejskiej*, ISP, Warszawa.
- Biernat S., *Trybunał Konstytucyjny wypowiada posłuszeństwo prawu Unii Europejskiej*, [w:] A. Bodnar, A. Płoszka (red.), *Wokół kryzysu demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, LexisNexis, Warszawa 2005.
- Bierzanek R., Symonides J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1994.
- Bilkova V., *La succession aux traités internationaux suite à la dissolution des fédérations ex-socialistes après 1990*, [w:] G. Distefano, G. Gaggioli, A. Hêche (dir.), *La Convention de Vienne de 1978 sur la succession d'États en matière de traité. Commentaire article par article et études thématiques*, vol. 2, Éditions Bruylant, Bruxelles 2016.
- Blockmans S., *L'Union fait la Force: Making the Most of the Solidarity Clause (Art. 222 TFEU)*, [w:] I. Govaere, S. Poli (eds.), *EU Management of Global Emergencies*, Brill, Leiden 2014.
- Błaszczuk M., *Problematyka czynów przepołowionych*, [w:] M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vachev (red.), *Węzłowe problemy prawa wykroczeń – czy potrzebna jest reforma?*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2016.
- Bodnar A., *Obywatelstwo Unii Europejskiej a ochrona praw podstawowych obywateli państw członkowskich*, „Zeszyty OIDE” 2008, nr 9.

- Bodnar A., *Polish Road toward an Illiberal State: Methods and Resistance: Addison C. Harris Lecture, Indiana University, Maurer School of Law*, "Indiana Law Journal" 2021, vol. 96, no. 4.
- Bodnar A., *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Bogdandy A. von, Schill S., *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, "Common Market Law Review" 2011, vol. 48.
- Bogdanowicz P., *Opinia prawna na temat skutków prawnych orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie o sygn. akt K 3/21 dotyczącego niezgodności przepisów Traktatu o Unii Europejskiej z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej w świetle prawa Unii Europejskiej*, Fundacja im. Stefana Batorego, Forum Idei, Warszawa 2021.
- Boisson de Chazournes L., Gadkowski A., *The External Relations of the OSCE*, [w:] N. Steinbrück Platise, C. Moser, A. Peters (eds.), *The Legal Framework of the OSCE*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Bojarski M., *W sprawie ostatecznego uregulowania kwestii tzw. czynów przepełowionych*, [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
- Borneo N., *On Democratic Backsliding*, "Journal of Democracy" 2016, vol. 27.
- Bosek L., Żmij G., *Uwarunkowania prawne procesu powoływania sędziów w świetle wyroku ETPCz z dnia 12.03.2019 r.*, "Europejski Przegląd Sądowy" 2019, nr 7.
- Bosselmann K., *Grounding the rule of law*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law for nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Brady A.D.P., *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act. An Institutionally Sensitive Approach*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Branco de Castelo R.S., *The history and relevance of model tax conventions*, [w:] T. Ecker, G. Ressler (eds.), *History of tax treaties. The relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties*, Linde, Wien 2011.
- Brimelov L., *English as a language of diplomacy. A story of steady expansion and displacement*, "The Commonwealth Journal of International Affairs" 1976, vol. 66, issue 261.
- Brown P.M., *The Legal Effects of Recognition*, "American Journal of International Law" 1950, no. 44.
- Brown Weiss E., *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, "American Journal of International Law" 1990, vol. 84.
- Brown Weiss E., *The Future of the Planetary Trust in a Kaleidoscopic World*, "Environmental Policy and Law" 2020, vol. 50, no. 6.
- Brown Weiss E., *The Planetary Trust: Conservation and Intergenerational Equity*, "Ecology Law Quarterly" 1984, vol. 11, no. 4.
- Brownlie I., *A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection*, "Natural Resources Journal" 1973, vol. 13, no. 2, <https://digitalrepository.unm.edu/nrj/vol13/iss2/3>.
- Brölmann C., *The Institutional Veil in Public International Law, International Organizations and the Law of Treaties*, Hart Publishing, Oxford 2007.
- Brzeziński B., *O wątpliwościach wokół zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść podatnika*, "Przegląd Podatkowy" 2015, nr 4.

- Brzeziński M., *Stany nadzwyczajne w polskich konstytucjach*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2007.
- Budyn-Kulik M., *Wykroczenia – małe przestępstwa czy czyny o charakterze administracyjnym*, [w:] T. Grzegorzczuk, R. Olszewski (red.), *Verba volant, scripta manent. Proces karny, prawo karne skarbowe i prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015-2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2017.
- Bui N.S., *Beyond Judicial Review: The Proposal of Constitutional Academy*, "The Chinese Journal of Comparative Law" 2012, vol. 2, no. 1.
- Burns M., *The „Natural” Law of Nations: Society and the Exclusion of First Nations as Subjects of International Law*, [w:] I. Watson (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Routledge, London-New York 2018.
- Buza L., *The Trend of Development of International Law. Questions of International Law*, Budapest 1964.
- Byrne R., Entzinger H. (eds.), *Human Rights Law and Evidence-Based Policy. The Impact of the EU Fundamental Rights Agency*, Routledge, London-New York 2020.
- Byrne R., *Refugee Advocacy Scholarship*, "Canadian Journal of Human Rights" 2019, vol. 8, no. 1.
- Callies Ch., „Tous pour un, un pour tous” – Die Solidaritätsklausel des Art. I-43 der Europäischen Verfassung als Ausdruck eines allgemeinen europäischen Solidaritätsprinzips?, [w:] A. Epiney et al. (Hrsg.), *Die Herausforderung von Grenzen. Festschrift für Roland Bieber*, Nomos, Baden-Baden 2007.
- Calliess Ch., *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon: Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
- Cała-Wacinkiewicz E., *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Capello R., *Cohesion Policies and the Creation of a European Identity: The Role of Territorial Identity*, "Journal Common Market Studies" 2018, vol. 56, issue 3.
- Cardwell P.J., *Values in the European Union's foreign policy: an analysis and assessment of CFSP Declarations*, "European Foreign Affairs Review" 2016, vol. 21(4).
- Carlowitz H.C. von, *Sylvicultura oeconomica, oder haußwirthliche Nachricht und Naturmäßige Anweisung zur wilden Baum-Zucht* (ang.: *Sylvicultura oeconomica or the instructions for wild tree cultivation*), Braun. Leipzig 1713.
- Caron D.D., *The ILC Articles on State Responsibility: The Paradoxical Relationship between Form and Authority*, "American Journal of International Law" 2002, vol. 96.
- Carter B.E., Trimble P.R., *International Law, 3rd edition*, Aspen Law & Business, New York 1999.
- Cassese A., *International Law*, Oxford University Press, Oxford 2001.
- Cassese A., *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dedoublement fonctionnel) in International Law*, "European Journal of International Law" 1990, vol. 1.
- Cepelka C., *The Dispute over the Gabčíkovo-Nagymaros Systems of Locks is Drawing to a Close*, "Polish Yearbook of International Law" 1993, vol. 20.
- Chamberlin J.E., *If this is your land, where are your stories?: reimagining home and sacred space*, Pilgrim Press, Cleveland: Ohio 2004.

- Chang W.-C., *Constitutional Reform of Taiwan in a New Century: On the Abolishment of Control Yuan, Examination Yuan and the National Assembly*, "Taiwan Law Review", no. 115.
- Chesterman J., *Settling on a National Indigenous Australian 'voice'*, "Australian Journal of Public Administration" 2021, vol. 80.
- Chesterman S., *An International Rule of Law*, "The American Journal of Comparative Law" 2008, vol. 56, no. 2.
- Chiu H.D., Fa J.P., *Taiwan's legal system and legal profession*, "Occasional Papers/Reprints Series in Contemporary Asian Studies" 1994, no. 5.
- Chmaj M., *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 61, 62*, Difin, Warszawa 2020.
- Chojnowska M., *Przepisy dotyczące praw człowieka znikają z planów Komisji*, OPZZ, 3.12.2021, <https://www.opzz.org.pl/aktualnosci/swiat/przepisy-dotyczace-praw-czlowieka-znikaja-z-planow-komisji>.
- Chorążewska A., *Model prezydentury w praktyce politycznej po wejściu w życie Konstytucji RP z 1997 r.*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008.
- Choudhry S., *Migration as a new metaphor in comparative constitutional law*, [w:] S. Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006.
- Chybalski P., Teza 20 do art. 118, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Cianetti L., Dawson J., Hanley S. (ed.), *Rethinking 'Democratic Backsliding' in Central and Eastern Europe*, Routledge, London 2019.
- Ciapała J., *Prezydent w systemie ustrojowym Polski (1989-1997)*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1999.
- Coleman N., *Non-Refoulement. Revised Renewed Review of the Status of the Principle of Non-Refoulement as Customary International Law*, "European Journal of Migration and Law" 2003, no. 5.
- Collie D., *Strategic trade policy and retaliation*, "Japan and the World Economy" 1994, vol. 6.
- Collins R., *The Rule of Law and the Quest for Constitutional Substitutes in International Law*, "Nordic Journal of International Law" 2014, vol. 83, issue 2.
- Complak K., Uwaga 2 do art. 228, [w:] M. Haczkowska (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Conceição-Heldt E. da, Meunier S. (eds.), *Speaking with a Single Voice: The EU as an effective actor in global governance?*, Taylor & Francis Ltd., Abingdon 2015.
- Cooney S., *A Community Changes; Taiwan's Council of Grand Justices and Liberal Democratic Reform*, [w:] K. Ayasuriya (ed.), *Law, Capitalism and Power in Asia: The Rule of Law and Legal Institutions*, Routledge, London 1999.
- Cordonier Segger M.-C., Szabo M., Harrington A. (eds.), *Intergenerational Justice in Sustainable Development Treaty Implementation: Advancing Future Generations Rights through National Institutions (Treaty Implementation for Sustainable Development)*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.
- Cordonier Segger M.-C., Weeramantry Ch. (eds.), *Sustainable Development Principles in the decisions of International Courts and Tribunals 1992-2012*, Routledge, New York 2017.
- Cordonier Segger M.-C., Khalfan A., *Sustainable Development Law: Principles, Practices, and Prospects*, Oxford University Press, Oxford 2011.

- Costa Pinto A., Pequito Teixeira C., *Portugal Before and After the "Great Recession": A Resilient Democracy?*, [w:] A. Costa Pinto, C. Pequito Teixeira (eds.), *Political Institutions and Democracy in Portugal Assessing the Impact of the Eurocrisis*, Palgrave Macmillan, Cham 2019.
- Costello C., *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, "Human Rights Law Review" 2012, vol. 12, no. 2.
- Cranmer F., *Károly Nagy v Hungary: the Grand Chamber judgment*, <https://lawandreligionuk.com/2017/09/15/karoly-nagy-v-hungary-the-grand-chamber-judgment/>.
- Crawford J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford 2012.
- Crawford J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford University Press, Oxford 2019.
- Crawford J., *Chance, Order, Change: The Course of International Law*, The Hague Academy of International Law, The Hague 2014.
- Crawford J., Nicholson R., *The Continued Relevance of Established Rules and Institutions Relating to the Use of Force*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Crawford J., *The Creation of States in International Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2008.
- Cremona M., *The ENP and Multilateralism*, [w:] S. Poli (ed.), *The European Neighbourhood Policy – Values and Principles*, Routledge, New York 2016.
- Cunningham F., *Entertainment Licensing*, "Licensing Journal" 2019, vol. 39, no. 5.
- Czaplińska A., *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych jako element uniwersalnego systemu odpowiedzialności międzynarodoprawnej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2014.
- Czapliński W., *Członkostwo w Unii Europejskiej a suwerenność państwowa*, [w:] E. Popławska (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000.
- Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Czapliński W., Wyrozumsk A., *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, wyd. 3, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Czapliński W., *Zmiany terytorialne w Europie Środkowej i Wschodniej i ich skutki międzynarodoprawne (1990-1992)*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1998.
- Czarny P., *Federalny Trybunał Konstytucyjny w Niemczech*, [w:] M. Florczak-Wątor, P. Czarny (red.), *Oddziaływanie sądu konstytucyjnego na porządek prawny Austrii, Niemiec i Polski*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2019.
- Czarny P., Florczak-Wątor M., *Precedents and Case-Based Reasoning in the Case-Law of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland*, [w:] M. Florczak-Wątor (red.), *Constitutional Law and Precedent: International Perspectives on Case-Based Reasoning*, Routledge, London 2022.
- Czarny P., *Oddziaływanie niemieckiego FTK na treść norm konstytucyjnych*, [w:] M. Florczak-Wątor, P. Czarny, *Oddziaływanie sądu konstytucyjnego na porządek prawny Austrii, Niemiec i Polski*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2019.

- Czarny P., *Opinia prawna w sprawie projektu ustawy o zmianie Konstytucji RP (wersja z 12 marca 2010 r.)*, [w:] P. Radzewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu – Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Czubik A., *Równouprawnienie języków dyplomatycznych na forum organizacji międzynarodowych*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2015, vol. 13.
- Czuczai J., *The Principle of Solidarity in the EU Legal Order – Some Practical Examples after Lisbon*, [w:] J. Czuczai, F. Naert (eds.), *The EU as a Global Actor – Bridging Legal Theory and Practice. Liber Amicorum in honour of Ricardo Gosalbo Bono*, Brill, Leiden 2017.
- Daillier P., Forteau M., Pellet A., *Droit international public*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris 2009.
- Dale G., *Double Movements and Pendular Forces: Polanyian Perspectives on the Neoliberal Age*, „Current Sociology” 2012, vol. 60(1).
- Dann P., *The Global Administrative Law of development cooperation*, [w:] A. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2016.
- Davis M., Lemezina Z., *Indigenous Australians and the Preamble: Towards a More Inclusive Constitution or Entrenching Marginalisation?*, „University of New South Wales Law Journal” 2010, vol. 33(2).
- Davison-Vecchione D., *Beyond the Forms of Faith: Pacta Sunt Servanda and Loyalty*, „German Law Journal” 2015, vol. 16, no. 5.
- Dąbrowski M., *Konstytucyjny aspekt zrzeszania się cudzoziemców w partiach politycznych w Polsce*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 2.
- Dąbrowski M., *Zrzeszanie się obywateli UE w partiach politycznych w Polsce*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 4.
- De Baere G., Roes R., *EU Loyalty as Good Faith*, „International and Comparative Law Quarterly” 2015, vol. 64.
- De Pooter H., *The Civil Protection Mechanism of the European Union: A Solidarity Tool at Test by the COVID-19 Pandemic*, „American Society of International Law Insights” 2020, vol. 24, no. 7.
- De Schutter O., *The Implementation of the Charter of Fundamental Rights in the EU Institutional Framework*, Study prepared for the Committee on Constitutional Affairs of the European Parliament, PE 571.397 (Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, 2016).
- De Sena P., Vitucci M.C., *The European Courts and the Security Council: Between Dédoublement Fonctionnel and Balancing of Values*, „European Journal of International Law” 2009, vol. 20.
- Deva S., *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies*, „European Company Law” 2012, vol. 9, no. 2.
- Deva S., Hopenhaym F., Karska E., Ramasastry A., *The coronavirus disease pandemic: lessons learned and moving forward*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40 (2022).

- Deva S., Karska E., Muigai G., Pesce D., Ramasastry A., *Guiding Principles on Business and Human Rights at 10: taking stock of the first decade*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 47th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Anita Ramasastry), UN Doc. A/HRC/47/39 (2021).
- Dixon R., Ginsburg T., *Comparative Constitutional Law in Asia*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham 2014.
- Dobkowski J., *Pozycja ustrojowa służb, inspekcji i straży*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.
- Dobosz P., *Czas w ustrojowym prawie administracyjnym*, [w:] J. Zimmermann (red.), *Czas w prawie administracyjnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Dobrowolski M., *W sprawie trybu ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską traktatu fiskalnego*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 6.
- Doliwa-Klepacka A., *Praktyka wykorzystania Europejskiej Inicjatywy Obywatelskiej jako instrumentu demokracji przedstawicielskiej w Unii Europejskiej*, „Acta Scientifica Academiae Ostroviensis, Sectio A: Nauki humanistyczne, społeczne i techniczne” 2018, nr 2(12).
- Doliwa-Klepacka A., *Stanowienie aktów ustawodawczych w Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza Aspra-JR, Warszawa–Białystok 2014.
- Doliwa-Klepacka A., *Uwarunkowania prawne europejskiej inicjatywy obywatelskiej: od pierwotnych założeń do postulowanych zmian*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2.
- Doliwa-Klepacka A., *Zmiany proceduralne w zakresie wykorzystania instrumentu europejskiej inicjatywy obywatelskiej*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, J. Nowakowska-Małusecka, W.S. Staszewski (red.), *W jakiej Unii Europejskiej Polska – jaka Polska w Unii Europejskiej: instytucjonalizacja współpracy międzynarodowej*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Domurath I., *The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach*, „Journal of European Integration” 2013, vol. 35.
- Dresner S., *Principles of Sustainability*, Routledge, London 2008.
- Dubiński K., *Magdalena: transakcja epoki. Notatki z poufnych spotkań Kiszczał-Wałęsa*, Polska Oficyna Wydawnicza „BGW”, Warszawa 1990.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 4, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2003.
- Dudek D., *Autorytet Prezydenta a Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2013.
- Dudzik I., Nowak S., *Rola wartości w życiu współczesnego człowieka, Na podstawie przeprowadzonych badań własnych*, [w:] I. Dudzik, B. Czuba, K. Rejman (red.), *Rola wartości etycznych we współczesnym świecie. Wartości etyczne współczesnego człowieka (cz. I)*, Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Techniczno-Ekonomicznej im. ks. Bronisława Markiewicza w Jarosławiu, Jarosław 2017.
- Dudzik S., *Konstytucyjna pozycja samorządu terytorialnego a perspektywy integracji europejskiej*, [w:] C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 1999.
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, vol. 3, 2^e éd., Fontemoing, Paris 1923.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, przeł. T. Kowalski, Aletheia, Warszawa 1998.

- Dynia E., *Legitymizm demokratyczny i uznanie rządu*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar (red.), *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2003.
- Dynia E., *Unia Europejska jako wspólnota wartości*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Dynia E., *Uznanie państwa w prawie międzynarodowym. Zarys problematyki*, Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego, Rzeszów 2017.
- Dynia E., *Uznanie rządu w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1997.
- Dynia E., *Zasada demokracji, praworządności i poszanowania praw człowieka jako warunek członkostwa w Radzie Europy*, „Stosunki Międzynarodowe” 2020, t. 56, nr 4.
- Działocha K., Komentarz do art. 228, 229, 231, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.
- Działocha K., Teza 7 do art. 228, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005.
- Działocha K., *Zgodność zmian w prawie wyborczym z Konstytucją RP (w związku z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 11.
- Eckhardt K., *Stan nadzwyczajny jako instytucja polskiego prawa konstytucyjnego*, Wyższa Szkoła Prawa i Administracji, Przemyśl-Rzeszów 2012.
- Economides S., Ker-Lindsay J., ‘Pre-Accession Europeanization’: The Case of Serbia and Kosovo, “Journal of Common Market Studies” 2015, vol. 53.
- Ehrlich L., *Interpretacja traktatów*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957.
- Ehrlich L., *Prawo międzynarodowe*, wyd. 4, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958.
- Ehrlich L., *Suwerenność a morze w prawie międzynarodowym*, Warszawa 1961.
- Emberland M., *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press, Oxford 2006.
- Faracik B., *Korporacje nie mogą bezkarnie szkodzić ludziom i planecie!*, „Rzeczpospolita”, 25.03.2021 r., <https://www.rp.pl/biznes-odpowiedzialny-w-polsce/art210221-korporacje-nie-moga-bezkarnie-szkodzic-ludziom-i-planecie>.
- Fasciglione M., *A Binding Instrument on Business and Human Rights as a Source of International Obligations for Private Companies: Utopia or Reality?*, [w:] M. Buscemi, N. Lazzzerini, L. Magi, D. Russo (eds.), *Legal Sources in Business and Human Rights*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2020.
- Fedtke J., *Drittwirkung in Germany*, [w:] D. Oliver, J. Fedtke (eds.), *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Routledge, New York 2007.
- Feinäugle C.A., *The UN Declaration on the Rule of Law and the Application of the Rule of Law to the UN: A Reconstruction from an International Public Authority Perspective*, “Goettingen Journal of International Law” 2016, vol. 7, no. 1.
- Fila K., *Porównanie struktury dogmatycznej występku i wykroczenia w kontekście użyteczności czynów przepełnionych*, „Palestra” 2020, nr 2.
- Filipek P., *Rozproszona europejska kontrola przestrzegania prawa do rzetelnego procesu sądowego w świetle zasady wzajemnego zaufania i wyroku C-216/18 PPU, LM*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 2.

- Fitzmaurice G., *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, "Recueil des Cours" 1957, vol. 92.
- Fitzmaurice G., *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points*, "British Yearbook of International Law" 1951, vol. 28.
- Fitzmaurice M., *Some Reflections on Legal and Philosophical Foundations of International Environmental Law*, "Polish Yearbook of International Law" 2012, vol. 32, no. 6.
- Florczak A., Paczeński A., *Unia Europejska – strażniczka wartości czy (własnych) interesów?*, [w:] M. Klimowicz, A. Paczeński (red.), *Procesy integracyjne i dezintegracyjne w Europie. Podręcznik akademicki*, OTO, Wrocław 2014.
- Florczak-Wątor M., *(Nie)skuteczność wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7.10.2021 r., K 3/21. Ocena znaczenia orzeczenia z perspektywy prawa konstytucyjnego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Florczak-Wątor M., Czarny P. (red.), *Oddziaływanie sądu konstytucyjnego na porządek prawny Austrii, Niemiec i Polski*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2019.
- Florczak-Wątor M., Grabowski A. (red.), *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, Wydawnictwo Księgarnia Akademicka, Kraków 2021.
- Florczak-Wątor M., *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2014.
- Fojcik-Mastalska E. (red.), *Prawo bankowe w zarysie*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2004.
- Frankiewicz A., *Kontrasygnata aktów urzędowych Prezydenta*, Zakamycze, Kraków 2004.
- Frąckowiak J., *Stosunek prawny a norma prawa stosowanego*, [w:] M. Tomalak (red.), *Ius est a iustitia appellatum. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Wiśniewskiemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Frąckowiak-Adamska A., *Granice wzajemnego zaufania w Przestrzeni Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 2.
- Frąckowiak-Adamska A., *Następstwa wyroku w sprawie LM (Celmer) i postępowania na podstawie art. 7 TUE dla funkcjonowania sądów polskich w ramach wspólnoty prawnej UE*, [w:] J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszych orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2018.
- Friedmann W., *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London 1964.
- Frischut M., *The Ethical Spirit of EU Law*, Springer, Cham 2019.
- Fromageau E., *The Global Water Partnership: Between Institutional Flexibility and Legal Legitimacy*, "International Organizations Law Review" 2011, vol. 8, no. 2.
- Fuller L.L., *The Morality of Law*, wyd. poprawione, Yale University Press, New Haven 1969.
- Fulton S., Benjamin A., *Foundation of Sustainability*, "The Environmental Forum" 2011, vol. 28.
- Fundowicz S., *Decentralizacja administracji publicznej w Polsce*, KUL, Lublin 2005.
- Gadkowski A., *Treaty – Making Powers of International Organizations*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2018.
- Gadkowski T., *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa organizacji międzynarodowych a ich zdolność traktatowa*, Wydawnictwo Naukowe Silva Rerum, Poznań 2019.

- Gallo D., *The Right of Access to Justice for the Staff of International Organizations*, [w:] R. Virzo, I. Ingravallo (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2015.
- Galster J., Lis-Staranowicz D., *Doktryna point of no return w prawie Unii Europejskiej. Ratione materiae wobec ratione temporis*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 7.
- García-Valdecasas Dorrego M.J., *El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia Asociación Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP)*, „Revista Española de Derecho Europeo” 2019, no. 72.
- Gardiner-Garden J., *From Dispossession to Reconciliation*, Research Paper No. 27, Department of the Parliamentary Library 1999.
- Gardos-Orosz F., *Challenges to constitutional adjudication in Hungary after 2010*, [w:] M. Belov (ed.), *The Role of Constitutional Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven, The Hague 2019.
- Garlicki L., *Astradsson a sprawa polska*, [w:] R.M. Czarny, Ł. Baratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak (red.), *Ustroje – prawa człowieka – bezpieczeństwo – integracja europejska. Księga Jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Jerzego Jaskierni*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2019.
- Garlicki L., *Cooperation of courts. The role of supranational jurisdictions in Europe*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 6, no. 3-4.
- Garlicki L., Derlatka M., *Nowa ustawa o Trybunale Konstytucyjnym*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 11-12.
- Garlicki L., *Disabling the Constitutional Court in Poland?*, [w:] A. Szmyt, B. Banaszak, *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr. dres. H. C. Rainer Arnold*, Gdańsk 2016.
- Garlicki L., *Konstytucja a „sprawy zewnętrzne”*, „Przegląd Sejmowy” 2007, t. 15, nr 4.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Garlicki L., Teza 13 do art. 118, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. II, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2001.
- Garlicki L., *Trybunał strasburski a kryzys polskiego sądownictwa. Uwagi na tle wyroku ETPCz z 1.12.2020, Astradsson p. Islandii*, „Przegląd Sądowy” 2021, nr 4.
- Garlicki L., Uwaga 20 do art. 4, [w:] K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, M. Wyrzykowski, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1995.
- Garlicki L., Uwaga 6 do art. 194, [w:] L. Garlicki (red.), *Konstytucja RP. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.
- Garlicki L., Zubik M., *Idea parlamentaryzmu zrationalizowanego w praktyce ustrojowej III RP*, [w:] A. Łabno, E. Zwierzchowski (red.), *Księga pamiątkowa profesora Marcina Kudeja*, Oficyna Wydawnicza Wacław Walasek, Katowice 2009.
- Gatmayan D.B., *Illusion of Intergenerational Equity: Oposa v. Factoran as Pyrrhic Victory*, „Georgetown International Environmental Law Review” 2003, vol. 15(459).
- Geiger R., Khan D.E., Kotzur M. (eds.), *European Union Treaties, Treaty on European Union, Treaty on the Functioning of the European Union*, C.H. Beck-Hart, München 2015.

- Gensikowski P., [w:] P. Daniluk (red.), *Reforma prawa wykroczeń*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- George A., Smoke R., *Deterrence and Foreign Policy*, "World Politics" 1989, vol. 41.
- Geremek B., Żakowski J., *Rok 1989. Bronisław Geremek opowiada, Jacek Żakowski pyta*, Plejada, Warszawa 1990.
- Ghai Y.P., *Whose Human Right to Development?*, Commonwealth Secretariat, London 1989.
- Giesen B., *The Collective Identity of Europe: Constitutional Practice or Community of Memory*, [w:] W. Spohn, A. Triandafyllidou (eds), *Europeisation, National Identities and Migration – Changes in Boundary Constructions between Western and Eastern Europe*, Routledge, London 2003.
- Gilowska Z., Płoskonka J., Prutis S., Stec M., Wysocka E., *Model ustrojowy województwa (regionu) w unitarnym państwie demokratycznym. Raport końcowy*, „Samorząd Terytorialny” 1997, nr 7-8.
- Gilowski P., *Podstawy prawne Unii Europejskiej*, [w:] A. Kuś (red.), *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, Wydawnictwo KUL, Lublin 2010.
- Glas L.R., *The European Court of Human Rights Use of Non-Binding and Standard-Setting Council of Europe Documents*, "Human Rights Law Review" 2017, no. 1.
- Glennon M.J., *The Limitations of Traditional Rules and Institutions Relating to the Use of Force*, [w:] M. Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Gohin O., *Conseil constitutionnel et Traité de Lisbonne: vite, clair et bien*, "La Semaine Juridique. Administrations et Collectivités territoriales" 14.01.2008, no. 3.
- Gotsova B., *Rules Over Rights? Legal Aspects of the European Commission Recommendation for Resumption of Dublin Transfers of Asylum Seekers to Greece*, "German Law Journal" 2019, vol. 20(5).
- Góra M., Burek W., Filipek P., *Europejska inicjatywa obywatelska*, MSZ, Warszawa 2011.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wydawnictwo Prawnicze PWN, Warszawa 2006.
- Góralczyk W., Sawicki S., *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2011.
- Grabbe H., *Six Lessons of Enlargement Ten Years On: The EU's Transformative Power in Retrospect and Prospect*, "Journal of Common Market Studies" 2014, vol. 52.
- Grądzka I., *Rule of Respecting the National Identities of the Member States*, [w:] G. Dammacco, B. Sitek, A. Uricchio (red.), *Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie*, Cacucci, Bari 2012.
- Granat M., *Dobro wspólne w pojmowaniu Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] W. Arndt, F. Longchamp de Berier, K. Szczucki (red.), *Dobro wspólne. Teoria i praktyka*, Warszawa 2103.
- Granat M., *Godność człowieka z art. 30 Konstytucji RP jako wartość i jako norma prawna*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 8.
- Granat M., *Tożsamość Konstytucji*, [w:] D. Dudek (red.), *Zmieniać Konstytucję Rzeczypospolitej czy nie zmieniać?*, KUL, Lublin 2017.
- Granat M., *Uwagi o pojmowaniu art. 90 Konstytucji RP przez Trybunał Konstytucyjny*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 22.
- Grant Th., *Annexation of Crimea*, "American Journal of International Law" 2015, vol. 109, no. 1.

- Grant Th., *The Budapest Memorandum of 5 December 1994: Political Engagement or Legal Obligation?*, "Polish Yearbook of International Law" 2014, vol. 34.
- Grądzka I., *Rule of Respecting the National Identities of the Member States*, [w:] G. Dammacco, B. Sitek, A. Uricchio (red.), *Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie*, Cacucci, Bari 2012.
- Grimm D., *A Long Time Coming*, "German Law Journal" 2020, vol. 21.
- Grimmel A. (Hrsg.), *Die neue Europäische Union. Zwischen Integration und Desintegration*, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Gronkiewicz-Waltz H., *Bank centralny – od gospodarki planowej do rynkowej. Zagadnienia administracyjnoprawne*, Centrum Edukacji i Rozwoju Biznesu Olympus, Warszawa 1994.
- Gronkiewicz-Waltz H., *Europejska Unia Gospodarcza i Walutowa*, LexisNexis, Warszawa 2011.
- Gronkiewicz-Waltz H., *Gwarancje niezależności krajowego banku centralnego – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 26.02.2019 r., sprawy połączone C-202/18 i C-238/18, Ilmārs Rimšēvičs i Europejski Bank Centralny przeciwko Republice Łotewskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 9.
- Gronowska B., Jasudowicz J., Mik C. (przekł. i opr.), *Prawa człowieka. Dokumenty międzynarodowe*, Wyd. „Comer”, Toruń 1993.
- Gruszczyński K., *Odpowiedzialność odszkodowawcza NRF w XXI wieku – próba opisu*, „Humanum. Międzynarodowe Studia Społeczno-Humanistyczne” 2017, nr 27(4).
- Grzebyk P., *Aneksja Krymu przez Rosję w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2014, nr 1.
- Grzegorzczak P., *Immunitet państwa w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Grzelak A., Sakowicz A., *Wymóg niezależności sądu krajowego jako element skutecznej ochrony sądowej (uwagi na tle wyroku TS z 19.11.2019 r. dla polskiego wymiaru sprawiedliwości)*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5.
- Grzeszczak R., *Dylematy ustrojowe Unii Europejskiej jako ambitnego eksperymentu prawnomiędzynarodowego*, [w:] B. Krzan (red.), *Ubi ius, ibi remedium. Księga dedykowana pamięci Profesora Jana Kolasy*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Grzeszczak R., *Kilka uwag o demokracji w stosunkach międzynarodowych*, [w:] A. Przyborska-Klimczak, W.S. Staszewski (red.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Studia i Materiały*, t. I, Wydawnictwo KUL, Lublin 2006.
- Grzeszczak R., *Refleksje nad tendencjami rozwoju prawa Unii Europejskiej. Od unifikacji i konstytucjonalizacji do fragmentacji i renacjonalizacji prawa*, [w:] K. Karski (red.), *Kierunki rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego*, Bellona, Warszawa 2015.
- Grzeszczak R., *Skuteczność unijnych procedur ochrony praworządności w stosunku do państwa członkowskich*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 6.
- Grzeszczak R., *Teorie integracji europejskiej*, [w:] A. Wróbel (red.), *System Prawa Unii Europejskiej*, t. I. Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Grzeszczak R. (red.), *Renationalisation of the Integration Process in the Internal Market of the European Union*, Nomos, Baden-Baden 2018.
- Grzeszczak R., Terrett S., *The EU's role in policing the rule of law: reflections on recent Polish experience*, "Northern Ireland Legal Quarterly" 2018, vol. 69, no. 3.

- Grzeszczak R., *Z perspektywy przeszłości o przyszłości prawa UE*, [w:] A. Wróbel (red.), *System Prawa Unii Europejskiej*, t. I. *Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Habermas J., *Obywatelstwo a tożsamość narodowa. Rozważania nad przyszłością Europy*, przeł. B. Markiewicz, IFIS PAN, Warszawa 1993.
- Haczkowska M., *Zmiana Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej „w czasach zarazy”*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 3996, „Przegląd Prawa i Administracji” 2020, t. CXXIII.
- Halicki P., *Były sędzia Trybunału Konstytucyjnego kwestionuje wyrok w sprawie Bodnara*, Onet.pl, 16.04.2021, <https://wiadomosci.onet.pl/warszawa/byly-sedzia-trybunalu-konstytucyjnego-kwestionuje-wyrok-w-sprawie-bodnara/bhcyhyc>.
- Haliżak E. (red.), *Tajwan w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Scholar, Warszawa 1997.
- Halmai G., *National(ist) constitutional identity? Hungary's road to abuse constitutional pluralism*, „EUI Working Papers. LAW” 2017, vol. 8.
- Halmai G., *The use of foreign law in constitutional interpretation*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Hamant H., *Démembrement de l'URSS et problèmes de succession d'États*, Éditions Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2007.
- Handl G., *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration), 1972 and the Rio Declaration on Environment and Development, 1992*, „UN Audiovisual Library of International Law” 2012, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/dunche/dunche_e.pdf.
- Harasimiuk D.E., *Tożsamość narodowa i konstytucyjna V Republiki Francuskiej*, [w:] A. Wróbel, M. Ziółkowski (red.), *Tożsamość konstytucyjna w wybranych państwach członkowskich Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Hart H.L.A., *Pojęcie prawa*, przeł. J. Woleński, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford 2012.
- Hartley T.C., *European Union Law in a Global Context. Text Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Hartwig I., Nicolaides Ph., *Ein knappes Gut? Solidarität in der erweiterten EU*, „Osteuropa” 2004, vol. 54, no. 5/6.
- Hebert E.G., *Citizenship, Welfare, and National Sovereignty in Modern Europe*, „University of Baltimore Journal of International Law” vol. 6, issue 1.
- Hedling N., *The Fundamentals of a Constitution*, „International IDEA Constitution Brief” April 2017.
- Hees S.R.W. van., *Sustainable Development in the EU: Redefining and Operationalizing the Concept*, „Utrecht Law Review” 2014, vol. 10, no. 2.
- Higgins R., *The General International Law of Terrorism*, [w:] R. Higgins, M. Flory (eds.), *International Law and Terrorism*, Routledge, London 1997.
- Hillion C., *A powerless court? The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy*, [w:] M. Cremona, A. Thies (eds.), *The European Court of Justice and External Relations: Constitutional Challenges*, Hart Publishing, Oxford 2016.

- Hilpold P., *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in Article 222 TFEU*, "Legal Issues of Economic Integration" 2015, vol. 42.
- Hilpold P., *Solidarität als Rechtsprinzip – völkerrechtliche, europarechtliche und staatsrechtliche Betrachtungen*, „Jahrbuch des öffentlichen Rechts” 2007, Bd. 55.
- Hilpold P., *Solidarität im EU-Recht: Die „Inseln der Solidarität” unter besonderer Berücksichtigung der Flüchtlingsproblematik und der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, „Europarecht” 2016, Bd. 54/4.
- Hilpold P., *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the ‘Islands of Solidarity’ with Particular Regard to Monetary Union*, "Yearbook of European Law" 2015, vol. 34.
- Hirschl R., *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, "Annual Review of Political Science" 2008, vol. 11.
- Hofmann H., Micheau C. (eds.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2016.
- Hofmański P., Wróbel A., [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Holterhus T.P., *The History of the Rule of Law*, "Max Planck Yearbook of United Nations Law" 2017, vol. 21.
- Holterhus T.P., *The Legal Dimensions of Rule of Law Promotion in EU Foreign Policy: EU Treaty Imperatives and Rule of Law Conditionality in the Foreign Trade and Development Nexus*, "Goettingen Journal of International Law" 2018, vol. 9, no. 1 (edycja specjalna).
- Hopenhaym F., Karska E., Ramasastry A., Yeophantong P., *Implementing the third pillar: lessons from transitional justice guidance by the Working Group*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40/Add.4 (2022).
- Hopenhaym F., Karska E., Ramasastry A., Yeophantong P., *Tenth anniversary of the Guiding Principles on Business and Human Rights: a roadmap for the next decade of business and human rights – raising the ambition, increasing the pace*, Report of the United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises to the 50th Session of the United Nations Human Rights Council (Chair-Rapporteur: Elżbieta Karska), UN Doc. A/HRC/50/40/Add.3 (2022).
- Hsieh P.L., *An Unrecognized State in Foreign and International Courts: The Case of China on Taiwan*, "Michigan Journal of International Law" 2007, vol. 28, no. 4.
- Hsu T.-L. (ed.), *Leading Cases of the Taiwan Constitutional Court. Judicial Yuan*, t. I -III, Judicial Yuan, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=5253>.
- Hsu T.-L., *How Does the Judicial Activism of the TCC Shape the Liberal Democratic Constitutional Order*, [w:] T.-L. Hsu (ed.), *Celebration of the 70th Anniversary of Constitutional Interpretation. 2018. International Conference, Taiwan Constitutional Court, Judicial Yuan (Conference Proceedings)*, <https://cons.judicial.gov.tw/en/docdata.aspx?fid=2178&id=310062>.
- Human Rights Watch, *Hungary: Media Law Endangers Press Freedom, Problematic Legislation Part of Wider Concern About Country's Rights Record*, January 7, 2011.
- Humphreys M., *Sustainable development in the European Union. A general principle*, Routledge, London-New York 2020.

- Huq A., Ginsburg T., *How to Lose a Constitutional Democracy*, "UCLA Law Review" 2018, vol. 65.
- Huq A., Ginsburg T., *How we lost constitutional democracy in America*, [w:] C. Sunstein (ed.), *Can it Happen Here? Authoritarianism in America*, Dey St. William Morrow, New York 2018.
- Hyland R., *Pacta sunt servanda: a meditation*, "Virginia Journal of International Law" 1994, vol. 34.
- Ilcan S., *Border harms of human displacement: harsh landscapes of human rights violations*, "Social Sciences" 2021, vol. 10, no. 4.
- Isiksel T., *Corporate Human Rights Claims Under the ECHR*, "The Georgetown Journal of Law & Public Policy" 2019, vol. 17.
- Iwańska B., *Zróżnicowanie i ograniczenia w dostępie do wymiaru sprawiedliwości w sprawach ochrony środowiska. Uwagi na tle implementacji konwencji z Aarhus w prawie unijnym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2020, nr 10.
- Izdebski H., *Doktryny polityczno-prawne: fundamenty współczesnych państw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Izdebski H., *Konstytucja Trzeciego Maja wśród konstytucji swojego wieku*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 5.
- Jabłoński M., Radziszewski T., *Bezpieczeństwo fizyczne i teleinformatyczne informacji niejawnych*, Presscom, Wrocław 2012.
- Jabłoński M., *Udostępnienie informacji publicznej w formie wglądu do dokumentu*, Presscom, Wrocław 2013.
- Jabłoński M., Wygoda K., *Legalność pozyskiwania i przetwarzania danych osobowych w przestrzeni publicznej. Aspekty praktyczne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Jabłoński P., *Dwa sposoby respektowania prawa. Rzecz o możliwości aplikacji perspektywy Frommowskiej do badań filozoficznoprawnych*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3603, „Przegląd Prawa i Administracji” 2014, t. XCVI.
- Jacobs F., *The Sovereignty of Law. The European Way*, Cambridge University Press, Cambridge 2007.
- Jacobsohn G.J., *Constitutional Identity*, „The Review of Politics” 2006, nr 68.
- Jagielski J., *Obywatelstwo polskie. Zagadnienia podstawowe*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1998.
- Jakubowski A., *Immunitet państwa: ius cogens a ochrona dziedzictwa kultury – uwagi krytyczne w świetle wyroku MTS z 3.2.2012 r. w sprawie Niemcy vs. Włochy*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2012, R. XII, nr 4.
- Janczewski S., *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*, Trzaska, Evert i Michalski, Warszawa 1946.
- Janiszewska A., Klima E., *Ludność rdzenna – Aborygeni australijscy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Geographica Socio-Oeconomica” 2008, vol. 9.
- Janse R., *The UNGA Resolutions on the Rule of Law at the National and International Levels, 2006-Post 2015*, "Max Planck Yearbook of United Nations Law" 2014, vol. 18.
- Jasica R., *Wybór ważniejszych rezolucji Zgromadzenia Ogólnego Organizacji Narodów Zjednoczonych*, Uniwersytet Śląski, Katowice 1976.
- Jaskiernia J., *70 lat Rady Europy. Nowe wyzwania w obszarze demokracji, praworządności i ochrony praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 2020, z. 3.

- Jaskiernia J., *Istota i charakter prawny związania suwerennego państwa polskiego międzynarodowymi standardami demokratycznymi*, [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Dwa dziesięcia lat obowiązywania Konstytucji RP. Polska myśl konstytucyjna a międzynarodowe standardy demokratyczne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2017.
- Jaskiernia J., *Konstytucja RP jako efekt kompromisu politycznego*, [w:] Z. Maciąg (red.), *Stosowanie Konstytucji RP z 1997 roku – doświadczenia i perspektywy. Międzynarodowa konferencja naukowa*, Krakowskie Towarzystwo Edukacyjne – Oficyna Wydawnicza AFM, Kraków 2006.
- Jaskiernia J., *Prawo Rady Europy a prawo krajowe – granice i wspólne obszary*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo międzynarodowe, europejskie i krajowe – granice i wspólne obszary. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Genowefie Grabowskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 2009.
- Jaskiernia J., *Rada Europy jako organizacja międzynarodowa kreująca i oddziałująca na implementację standardów demokratycznych*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989-2009*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2010.
- Jasudowicz T., *Konstrukcja normatywna międzynarodowo chronionych praw człowieka*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski (red.), *Prawa człowieka i ich ochrona*, Wydawnictwo TNOiK, Toruń 2010.
- Jedlecka W., *Prawnopolityczny wymiar europejskiej tożsamości*, *Acta Universitatis Wratislaviensis* No. 3458, „Przegląd Prawa i Administracji” 2012, t. XC.
- Jones P., *Human Rights, Group Rights, and Peoples’ Rights*, „Human Rights Quarterly” 1999, vol. 21, no. 1.
- Jonge A. de, *Transnational Corporations and International Law: Accountability in the Global Business Environment*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2011.
- Joseph S., *The Howard Government’s Record of Engagement with the International Human Rights System*, „Australian Yearbook of International Law” 2008, vol. 45.
- Jóźwicki W., *Ochrona wyższego niż unijny konstytucyjnego standardu prawa jednostki i tożsamości konstytucyjnej, Trybunał Konstytucyjny a Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej: ku sekwencji a nie hierarchii orzekania*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2019.
- Jóźwicki W., *Ultra vires and Constitutional identity control – apples and oranges or two drops of water? Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the “sequential” model of adjudication on art. 4(2) TUE*, *Verfassungsblog*, 15 June 2020, <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/>.
- Kakouris C.N., *La Mission de la Cour de Justice des Communautés Européennes et l’ethos du Juge*, „Revue des Affaires Européennes” 1994, no. 4.
- Kalicka-Mikołajczyk A., *Europejska Polityka Sąsiedztwa. Konstrukcja i charakter prawny*, E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2021.
- Kałduński M., *Immunitet państwa w prawie międzynarodowym w kontekście zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości*, „Zeszyty Prawnicze BAS Kancelarii Sejmu” 2018, nr 2(58).
- Kałduński M., *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kamińska I., Rozbicka-Ostrowska M., *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

- Kamiński I.C., *Gdzie i jak mogą się skarżyć uczestnicy konfliktu na Ukrainie?*, „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 2 (62).
- Kamiński I.C., *Wymiar sprawiedliwości we Wspólnocie Europejskiej. Praktyczny komentarz i przepisy*, LexisNexis, Warszawa 2004.
- Kandzia-Poźdźiał A., *Aborygeni australijscy – zatraceni w cywilizacji*, „Athenaeum. Polskie Studia Politologiczne” 2015, vol. 46.
- Kanetake M., Nollekaemper A., *The Rule of Law at the National and International Levels: Contestations and Deference*, Hart Publishing, Oxford 2016.
- Kania M., *Wpływ konfucjanizmu na kształtowanie się prawa w Chinach*, „Acta Erasmiana” 2012, t. II. *Prace z myśli polityczno-prawnej oraz prawa publicznego*.
- Kapelańska-Pręgowska J., *Czynniki ryzyka a ochrona uchodźców przed wydaleniem w świetle art. 3 EKPC*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 5.
- Kapes A., Skrzydło J., *Czy wyroki neo-sędziów są ważne? – rozważania na tle uchwały trzech połączonych Izb Sądu Najwyższego z 23.01.2020 r. (BSA I-4110-1/20)*, „Palestra” 2020, nr 5.
- Karska E., *Drafting an International Legally Binding Instrument on Business and Human Rights: The Next Step towards Strengthening the Protection of Human Rights*, „International Community Law Review” 2021, vol. 23, no. 5.
- Karska E., *Wytyczne ONZ dotyczące biznesu i praw człowieka*, [w:] M. Kilanowski (red.), *Biznes i prawa człowieka: 10 lat wdrażania Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka*, UN Global Compact Network Poland, Warszawa 2021.
- Karski K., *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2009.
- Karski K., *Rozpad Związku Radzieckiego a prawo międzynarodowe*, Bellona, Warszawa 2015.
- Karski K., Ziemblicki B., *Commercial Companies as Applicants before the European Court of Human Rights*, „International Community Law Review” 2021, vol. 23, no. 5.
- Kawka I., *Problem pierwszeństwa prawa Unii Europejskiej w orzecznictwie francuskiej Rady Konstytucyjnej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Keith K.J., *The International Rule of Law*, „Leiden Journal of International Law” 2015, vol. 28, issue 3.
- Keleman R.D., Pech L., *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, Working paper No. 2, September 2018, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-WorkingPaper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf>.
- Kelemen R.D., Scheppele K.L., *Defending Democracy in the EU Member States. Beyond Article 7 TEU*, [w:] Bignami F. (ed.), *EU Law in Populist Times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, przeł. R. Szubert, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Kenig-Witkowska M., *The concept of Sustainable Development in the European Union Policy and Law*, „Journal of Comparative Urban Law and Policy” 2017, vol. 1, no. 1.
- Kenig-Witkowska M.M., *Porozumienie Paryskie w sprawie zmian klimatu – refleksje ze stanowiska prawa międzynarodowego*, [w:] B. Krzan (red.), *Ubi ius, ibi remedium. Księga dedykowana pamięci Profesora Jana Kolasy*, C.H. Beck, Warszawa 2016.

- Kenig-Witkowska M.M., *Unia Afrykańska ze stanowiska prawa międzynarodowego*, „Państwo i Prawo” 2003, z. 9.
- Kilanowski M., *Od Krajowego Planu Działania na rzecz wdrażania Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka na lata 2017-2020 do nowej wizji ekonomii opartej na człowieku*, [w:] M. Kilanowski (red.), *Biznes i prawa człowieka: 10 lat wdrażania Wytycznych ONZ dotyczących biznesu i praw człowieka*, UN Global Compact Network Poland, Warszawa 2021.
- Kirchheimer O., *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, New Jersey 1961.
- Kirste S., Puntscher-Riekmann S., Schmalenbach K., Wydra D., *Introduction to the Special Issue “Transnational Solidarity — An Interdisciplinary Approach”*, „Archiv des Völkerrechts” 2014, Bd. 52.
- Kjaerum M., Toggenburg G.N., *The Fundamental Rights Agency and Civil Society: Reminding the Gardeners of their Plants’ Roots*, European Diversity and Autonomy Papers, EDAP/02/2012.
- Klabbers J., *An Introduction to International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Klabbers J., *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, “Netherlands Yearbook of International Law” 2001, vol. 30, no. 3.
- Kłafkowski A., *Umowa międzynarodowa a ustawa*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1965, nr 4.
- Kleczkowska A., *Użycie siły między państwami w świetle międzynarodowego prawa zwyczajowego*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2018.
- Klein A., *Elementy zobowiązaniowego stosunku prawnego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław 1964.
- Klein E., *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, “Neue Juristische Wochenschrift” 1989, no. 27.
- Klosko G., *Political Constructivism in Rawl’s Political Liberalism*, “The American Political Science Review” 1997, vol. 91, no. 3.
- Kmiecik R., *Sprawa o wykroczenie a proces karny*, „Prokurator” 2002, nr 3-4.
- Knodt M., Tews A., *European Solidarity and Its Limits: Insights from Current Political Challenges*, [w:] A. Grimm, S. My Giang (eds.), *Solidarity in the European Union: A Fundamental Value in Crisis*, Springer, Berlin 2017.
- Kobylarz N., *The European Court of Human Rights, an Underrated Forum for Environmental Litigation*, [w:] H. Tegner Anker, B. Egelund Olsen (eds.), *Sustainable Management of Natural Resources, Legal Instruments and Approaches*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2018.
- Koch S., *A Typology of Political Conditionality Beyond Aid: Conceptual Horizons Based on Lessons from the European Union*, “World Development” 2015, vol. 75.
- Kochenov D., *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked About “Dead” Provision*, “Polish Yearbook of International Law” 2018, vol. 38.
- Kochenov D., *The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion*, “Erasmus Law Review” 2009, nr 1.
- Kocot K., *Nowe tendencje w dziedzinie źródeł prawa narodów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Wrocławskiego” 1961, t. 8.

- Kocot K., *Organizacje międzynarodowe. Systematyczny zarys zagadnień prawa międzynarodowego*, Ossolineum, Wrocław 1971.
- Kocot K., Wolfke K., *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, wyd. IV uzupełn., Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Wrocław-Warszawa 1978.
- Koffas S., *Principles and Values as Essential Elements that Shape Social Policy*, "Sociology and Anthropology" 2017, vol. 5(8).
- Kokkoris I., Shelanski H., *EU Merger Control: An Economic and Legal Analysis*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Kolanko M., *Konstytucja jako test*, „Rzeczpospolita” 23.09.2021 r.
- Kolanko M., *Tusk wyznacza nowy kierunek PO*, „Rzeczpospolita” 20.09.2021 r.
- Kolasa J., *Pojęcie współczesnej organizacji międzynarodowej*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1981, nr 2-3.
- Kołodziejczak M.E., *Status prawny sędziego w Republice Chińskiej (Tajwanie)*, [w:] B. Przywora, A. Wróbel (red.), *Status prawny sędziego. Państwa pozaeuropejskie*, t. 1, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2020.
- Komorek E., *The Problem Which Refuses to Go Away. Recent Developments in the EU Approach to Media Pluralism*, "Communications Law: Journal of Computer, Media & Telecommunications Law" 2014, vol. 19, no. 2.
- Konarska-Wrzosek V., *Nowo przyjęte kryteria przepoławiania czynów zabronionych skierowanych przeciwko mieniu na przestępstwa oraz wykroczenia i ich materialnoprawne oraz procesowe konsekwencje*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, zeszyt specjalny.
- Koncewicz T.T., *De la justice constitutionnelle à la justice politique*, "Revue des droits et libertes fondamentaux" 2020, vol. 79, <http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/de-la-justice-constitutionnelle-a-la-justice-politique-quest-ce-que-les-polonais-ont-perdu-en-2015-etquont-ils-obtenu-en-retour/>.
- Koncewicz T.T., *European Union and Democratic Backsliding, Constitutional design and change*, [w:] X. Contiades, A. Fotiadou (ed.), *Routledge Handbook of Constitutional Change*, Routledge, London 2020.
- Koncewicz T.T., *Filozofia europejskiego wymiaru sprawiedliwości. O ewolucji podstaw unijnego porządku prawnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Koncewicz T.T., *L'Etat de droit supranational comme premier principe de l'espace public européen. Une union toujours plus étroite entre les peuples d'Europe mise à l'épreuve?*, Collection débats et documents, Fondation Jean Monnet pour l'Europe, Lausanne 2021.
- Koncewicz T.T., *Of institutions, democracy, constitutional self-defence and the rule of law*, "Common Market Law Review" 2016, vol. 53, issue 6.
- Koncewicz T.T., *POLEXIT. Myth and Reality*, "Czas Kultury" 2020, nr 4, <https://www.eurozine.com/spectres-of-polexit/>.
- Koncewicz T.T., *Polish Counter – Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities*, "Jahrbuch des öffentlichen Rechts" 2020, vol. 68.
- Koncewicz T.T., *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, "Review of Central and East European Law" 2018, vol. 43, issue 2.

- Koncowicz T.T., *The Existential Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. An essay on the judicial incrementalism in defence of European First Principles*, [w:] K. Szczepanowska-Kozłowska (red.), *Profesor Marek Safjan znany i nieznany. Księga jubileuszowa z okazji siedemdziesiątych urodzin*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Koncowicz T.T., *The Politics of Resentment and First Principles in the European Court of Justice*, [w:] F. Bignami (ed.), *The EU in populist times. Crises and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge 2019.
- Koncowicz T.T., *Unconstitutional Capture and Constitutional Recapture. Of the Rule of Law, Separation of Powers and Judicial Promises*, "NYU Jean Monnet Working Paper" 2017, no. 3.
- Koncowicz T.T., *Understanding the Politics of Resentment. Of The Principles, Institutions, Counter-Strategies and... the Habits of Heart*, "Indiana Journal of Global Legal Studies" 2019, vol. 27, issue 2.
- Koncowicz T.T., *Unijny etos sądownictwa. O fundamentach, metapolityce i POLEXIT*, [w:] A. Bodnar, A. Płoszka, (red.), *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Mirosława Wyrzykowskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Koncowicz T.T., *When Legal Fundamentalism Meets Political Justice*, „Israel Law Review” 2022, <https://www.cambridge.org/core/journals/israel-law-review/article/when-legal-fundamentalism-meets-political-justice-the-case-of-poland/99F9CFE7FE8196B568D4A1464D811890>.
- Koncowicz T.T., *W Puszczu PiS robi pierwszy wielki krok do polexitu*, <https://wyborcza.pl/7,75968,22227617,w-puszczu-pis-robi-pierwszy-wielki-krok-do-polexitu.html>.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo bankowe*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1999.
- Kotoulas I.E., Pusztai I.E., *Migration as a Weapon Turkey's Hybrid Warfare against the European Union*, Foreign Affairs Institute, Report no. 1, June 2020.
- Kotzé L.J., *Sustainable development and the rule of law for nature. A constitutional reading*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law for nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Kotzur M.T., Schmalenbach K., *Solidarity Among Nations*, „Archiv des Völkerrechts” 2014, Bd. 52.
- Kowalik-Bańczyk K., *Bezpośrednie stosowanie Karty Praw Podstawowych w krajowym postępowaniu sądowym gwarancją skuteczności prawa UE*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 3.
- Kowalik-Bańczyk K., *Skuteczna ochrona prawna w działalności Sądu Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 8.
- Kowalik-Bańczyk K., *Znaczenie (nie)przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dla ochrony praw podmiotów gospodarczych*, [w:] A. Bodnar, A. Płoszka, *Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na funkcjonowanie biznesu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kowalski M., *Wnioski o ochronę międzynarodową składane na granicy – uwagi na tle środków tymczasowych zarządzonych wobec Polski przez Europejski Trybunał Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” marzec 2018.
- Kranz J., *Pojęcie suwerenności we współczesnym prawie międzynarodowym*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2015.

- Krastev I., *Is East-Central Europe Backsliding? The Strange Death of The Liberal Consensus*, "Journal of Democracy" 2007, vol. 18.
- Kriesberg L., *Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2012.
- Kruk M., *Tryb przystąpienia Polski do Unii Europejskiej i konsekwencje członkostwa dla funkcjonowania organów państwa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Kruk M., *Wstęp. Między konstytucją a konstytucją*, [w:] M. Kruk (red.), *„Mała konstytucja” w procesie przemian ustrojowych w Polsce*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1993.
- Krzan B., *Klauzula solidarności: art. 222*, [w:] A. Wróbel et al. (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. 2. Art. 90-222, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Krzan B., *Odpowiedzialność państwa członkowskiego z tytułu działalności organizacji międzynarodowej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013.
- Krzan B., *Solidarität mit und durch Osteuropa*, [w:] P. Hilpold et al. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit, Grundrechte und Solidarität in Österreich und in Europa: Festgabe zum 85. Geburtstag von Professor Heinrich Neisser, einem europäischen Humanisten*, Facultas, Wien 2021.
- Krzysztofek M., *Ochrona danych osobowych w Unii Europejskiej po reformie. Komentarz do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Kubuj K., *Decyzja francuskiej Rady Konstytucyjnej w sprawie Traktatu z Lizbony w świetle wcześniejszych orzeczeń dotyczących integracji europejskiej*, „Studia Prawnicze KUL” 2011, nr 2(46).
- Kubuj K., *Europeizacja konstytucji w świetle zmian Konstytucji V Republiki Francuskiej*, [w:] K. Kubuj, J. Wawrzyniak (red.), *Europeizacja konstytucji państw członkowskich Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010.
- Kubuj K., *Implementacja prawa wspólnotowego na tle doświadczeń Francji*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2006.
- Kukułka J., *Historia współczesna stosunków międzynarodowych 1945-2000*, wyd. IV, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2001.
- Kukulski Z., *Konwencja Modelowa OECD i Konwencja Modelowa ONZ w polskiej praktyce traktatowej*, LEX a Wolters Kluwer business, Warszawa 2016.
- Kulesza M., *Budowanie samorządu*, Municipium, Warszawa 2008.
- Kulesza M., *Zrównoważony rozwój z perspektywy historycznej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Zarządzania i Marketingu im. J. Długosza w Częstochowie” 2010, z. IV.
- Kulesza W., *Instytucje demokracji bezpośredniej w państwach autorytarnych w międzywojennej Europie*. „Miscellanea Historico-Iuridica” 2017, t. 15 (2).
- Kustra A., *„Euronowelizacja” w projektach ustaw o zmianie Konstytucji RP. Próba oceny*, „Przegląd Sejmowy” 2011, nr 3.
- Kustra A., *Kelsenowski model kontroli konstytucyjności prawa a integracja europejska. Studium wpływu*, UMK, Toruń 2015.
- Kustra A., *Sądy konstytucyjne a ochrona tożsamości narodowej i konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, [w:] S. Dudzik, N. Półtorak (red.), *Prawo Unii Europejskiej a prawo konstytucyjne państw członkowskich*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

- Kuźniak B., Marcinko M., Inglevič-Citak M., *Organizacje międzynarodowe*, wyd. 5, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kuźlewska E., *Europejska inicjatywa obywatelska skutecznym narzędziem legitymizacji władzy w Unii Europejskiej?*, [w:] M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak (red.), *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, Temida 2, Białystok 2015.
- Kuźlewska E., *Europejska inicjatywa obywatelska: wyzwanie czy zmarnowana szansa?*, „Rocznik Integracji Europejskiej” 2020, nr 14.
- Kuźlewska E., *Partycypacja w wyborach do Parlamentu Europejskiego: od bezpośredniej do głosowania elektronicznego*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2013, t. 12.
- Kwaymullina A., *Aboriginal Nations, the Australian nation-State and Indigenous International Legal Traditions*, [w:] I. Watson (ed.), *Indigenous Peoples as Subjects of International Law*, Routledge, London-New York 2018.
- Kwiecień R., *Legitymizacja rządu państwa w prawie międzynarodowym w świetle problemu regime change*, „Państwo i Prawo” 2016, z. 7.
- Kwiecień R., *Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2000.
- Kwiecień R., *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego. Problemy wybrane*, Difin, Warszawa 2011.
- Landau D., *Abusive Constitutionalism*, “University of California Davis Law Review” 2013, vol. 47.
- Lang K.-O., *Rückzug aus der Solidarität? Die Visegrád-Länder und ihre Reserviertheit in der Flüchtlingspolitik*, „Stiftung Wissenschaft und Politik-Aktuell” Oktober 2015, Nr. 84.
- Lang T., *The Principle of Loyal Cooperation and the Role of the National Judge in Community, Union and EEA Law*, “ERA Forum” 2006, vol. 7.
- Lapradelle A. de, *La question chinoise*, „Revue Generale de Droit International Public” 1901, vol. 8.
- Laskowska M., *Dostosowanie prawa do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Lassalle F., *O istocie konstytucji*, przeł. J. Nowacki, M. Sobolewski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1960.
- Latos B., *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008.
- Lauterpacht H., *Chapter 8 – Private Law Sources and Analogies of International Law*, [w:] E. Lauterpacht (ed.), *International Law – Collected Papers – 2. The Law of Peace – Part I. International Law in General*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Lavranos N., *The MOX Plant and IJzeren Rijn Disputes: Which Court Is the Supreme Arbiter?*, “Leiden Journal of International Law” 2006, vol. 19.
- Lehne S., *Time to Reset the European Neighbourhood Policy*, Carnegie Europe, Brussels 2014.
- Lenaerts K., *EU Values and Constitutional Pluralism: The EU System of Fundamental Rights Protection*, “Polish Yearbook of International Law” 2014, vol. XXXIV.
- Lenaerts K., Gutiérrez-Fons J.A., *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, “Common Market Law Review” 2010, vol. 47.
- Lenaerts K., *How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy*, “Fordham International Law Journal” 2013, vol. 36.

- Lenaerts K., *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, "Common Market Law Review" 2017, vol. 54, issue 3.
- Lenaerts K., Maselis I., Gutman K., *EU Procedural Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Lennard M., *The Purpose and Current Status of the United Nations Tax Work*, "Asia-Pacific Tax Bulletin" 2008.
- Lepard B.D., *Customary International Law – A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- Leszczyńska C., *Zarys historii polskiej bankowości centralnej*, NBP. Departament Edukacji i Wydawnictw, Warszawa 2010.
- Levitzky S., Ziblatt D., *How democracies die*, Crown, New York 2018.
- Lewandowski W., *Pomiędzy Scyllą zawieszenia wzajemnego zaufania i Charybdą fragmentaryzacji standardu ochrony prawa podstawowego – dylematy Trybunału Sprawiedliwości w wyroku C-216/18 PPU, LM, „Europejski Przegląd Sądowy”* 2019, nr 2.
- Lewis M.K., Cohen J.A., *How Taiwan Constitutional Court Reined in Police Power; Lessons for the People's Republic of China*, "Fordham International Law Journal" 2014, vol. 37, no. 4.
- Lis E., *Kodyfikacja odpowiedzialności międzynarodowej organizacji międzynarodowych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, nr 21.
- Lis E., *The rule of law w opiniach doradczych i wyrokach Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 2018, nr 2.
- Lis E., *Zasada dobrej wiary w prawie międzynarodowym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, vol. 25, no. 1.
- Liżyńska K., *Z problematyki czynów przepołowionych*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2013, t. 29.
- Lo Ch.-F., *The legal culture and system in Taiwan*, The Netherlands: Kluwer Law International 2006.
- Lopez C., *The Third Revised Draft of a Treaty on Business and Human Rights: Modest Steps Forward, But Much of the Same*, "Opinio Juris", 3.09.2021, <http://opiniojuris.org/2021/09/03/the-third-revised-draft-of-a-treaty-on-business-and-human-rights-modest-steps-forward-but-much-of-the-same/>.
- Lucarelli S., *Introduction: Values, Principles, Identity and European Union Foreign Policy*, [w:] S. Lucarelli, I. Mannes (eds.), *Values and Principles in European Foreign Policy*, Routledge, London-New York 2006.
- Luchaire F., *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, "Revue du droit public" 1991.
- Luhmann S., *A Multi-Level Approach to European Identity: Does Integration Foster Identity*, "Journal Common Market Studies" 2017, vol. 55, issue 6.
- Lukashuk I.I., *The Principle Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law*, "American Journal of International Law" 1989, vol. 83.
- Łachacz O., *Zasada non-refoulement w międzynarodowym prawie uchodźczym – zwyczaj międzynarodowy czy też peremptoryjna norma prawa międzynarodowego?*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2017, vol. 15.

- Łacny J., *Pieniądze nerwem wojny? – czyli o możliwych skutkach finansowych wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 z 7.10.2021 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Łazowski A., Zawidzka A., *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2001.
- Łętowska E., *Między Scyllą i Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem i Luksemburgiem*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2005, nr 1.
- Łętowska E., *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo” 2005, z. 4
- Łukaszuk L., *Charakter podstawowych zasad prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1988, nr 11.
- Łukaszuk L., *Wkład ONZ w rozwój norm regulujących współzycie międzynarodowe*, [w:] J. Ku-kułka, J. Popiuk-Rysińska, *Wkład ONZ w rozwój współzycia narodów*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 1997.
- M'Baye K.M., *Le droit au développement comme un droit de l'homme*, „Revue des droits de l'homme” 1972, vol. 5.
- MacGibbon I.C., *Customary International Law and Acquiescence*, „British Yearbook of International Law” 1957, vol. 33.
- MacGibbon I.C., *Some observations on the Part of Protest in International Law*, „British Yearbook of International Law” 1953, vol. 30.
- Machińska H., *Refleksje dotyczące Raportu Sekretarza Generalnego Rady Europy w sprawie stanu demokracji, praw człowieka i rządów prawa jako europejskiego imperatywu bezpieczeństwa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 2.
- Magen A., *The Shadow of Enlargement: Can the European Neighbourhood Policy Achieve Compliance?*, „Columbia Journal of European Law” 2006, vol. 12.
- Mahlmann M., *Constitutional Identity and the Politics of Homogeneity*, „German Law Journal” 2005, nr 6.
- Maiani F., Miglionico A., *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, „Common Market Law Review” 2020, issue 57.
- Majkowska-Szulc S., *Opinia nt. zgodności z prawem UE ustawy o zmianie ustawy o radiofonii i telewizji (druk senacki nr 482)*, Kancelaria Senatu, Warszawa 2021, https://www.senat.gov.pl/gfx/senat/pl/senatekspertyzy/5990/plik/oe-355_ost.pdf.
- Makarewicz A., *Rządy prawa w stosunkach międzynarodowych*, [w:] J. Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe. Księga pamiątkowa prof. Renaty Szafarz*, Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, Warszawa 2007.
- Makłakow W.W., *Konstytucyjnyj kontrol w zarubieżnych stranach. Uczenoje Posobije*, Norma Infra-M 2010.
- Maliawicz W.W., *Kitajska cywilizacja*, Moskwa 2001.
- Malinowski B., *Aborygeni australijscy. Socjologiczne studium rodziny i inne prace przedterenowe*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Europejska Polityka Sąsiedztwa – cele i instrumenty*, „Sprawy Międzynarodowe” 2007, nr 3.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Założenia globalnej strategii na rzecz polityki zagranicznej i bezpieczeństwa – przełom czy stagnacja w strategicznym podejściu Unii Europejskiej?*, „Sprawy Międzynarodowe” 2017, nr 2.

- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zasada rządów prawa w Unii Europejskiej*, „Sprawy Międzynarodowe” 2008, nr 4.
- Marchuk I., *Powerful States and International Law: Changing Narratives and Power Struggles in International Courts*, “University of California Davis Journal of International Law” 2019, vol. 26, no. 1.
- Marcinkowska P., *Europejska Polityka Sąsiedztwa. Unia Europejska i jej sąsiedzi – wzajemne relacje i wyzwania*, Wydawnictwo UW, Warszawa 2011.
- Marcisz P., Taborowski M., *Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umocnienia praworządności (analiza krytyczna)*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 12.
- Marczewska-Rytko M., *Europejska inicjatywa obywatelska jako wyraz implementacji instytucji demokracji bezpośredniej na poziomie Unii Europejskiej*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Wpływ standardów międzynarodowych na rozwój demokracji i ochronę praw człowieka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013.
- Marek A., *Kierunki postulowanych zmian prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 2.
- Mariański A., *Rozstrzyganie wątpliwości na korzyść podatnika. Zasada prawa podatkowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Marias E.A., *Solidarity as an Objective of the European Union and the European Community*, “Legal Issues of European Integration” 1994, vol. 21.
- Markert T., *The role of the Venice Commission in the process of the preparation of the constitutions of the countries of Central and Eastern Europe*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1.
- Marshall T.H., *Citizenship and Social Class*, [w:] J. Manza, M. Sauder (eds.), *Inequality and Society*, W. W. Norton & Company, New York 2009.
- Mason R., *The Transformation of International Tax*, “American Journal of International Law” 2020, vol. 114, issue 3.
- Masternak-Kubiak M., *Odesłania do prawa międzynarodowego w Konstytucji RP*, Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa, Wrocław 2013.
- Masternak-Kubiak M., *Stosunek prawa krajowego do umów międzynarodowych w projektach nowej Konstytucji RP*, [w:] K. Działocha, A. Preisner (red.), *Prawo, źródła prawa i gwarancje jego zgodności z ustawą zasadniczą w projektach Konstytucji RP*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995.
- Mavroghenis S., Pedro F., *The Canal+ Judgment: Your Favourite Domestic Channels, in Luxembourg (Take 2) – Absolute Territorial Protection*, “Journal of European Competition Law & Practice” 2019, vol. 10, no. 4.
- Mavroidis L., *Trade in Goods*, Oxford University Press, Oxford 2008.
- Mälksoo L., *Russian Approaches to International Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Mendelson M., *The definition of ‘International Organization’ in the International Law Commission’s Current Project on the Responsibility of International Organizations*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Honour of Oscar Schachter*, Kluwer Law International, The Hague 2005.
- Menkes J., *Odpowiedzialność organizacji międzynarodowych w pracach Komisji Prawa Międzynarodowego*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2007, R. V.
- Menkes J., *Państwo a prawo międzynarodowe (wybrane problemy)*, [w:] J. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2015.

- Menkes J., *Podmiotowość pozarządowej organizacji międzynarodowej*, [w:] B. Mielnik, A. Wnukiewicz-Kozłowska (red.), *Podmiotowość w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2013.
- Menkes J., *Polska przeciwko „wspólnym europejskim wartościom”*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes (red.), *Wspólne wartości prawa międzynarodowego, europejskiego i krajowego*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Menkes J., Wasilkowski A., *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2017.
- Menkes J., Wasilkowski A., *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Oficyna a Wolters Kluwer business, Warszawa 2010.
- Menkes M., *Governance gospodarczy. Studium prawnomiędzynarodowe*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Mestelman S., *General Equilibrium Modelling of Industries with Production Externalities*, "The Canadian Journal of Economics" 1986, vol. 19.
- Mélin-Soucramanien F., *Konstytucyjne gwarancje stosowania prawa międzynarodowego i wspólnotowego we Francji*, [w:] M. Granat (red.), *Stosowanie prawa międzynarodowego i wspólnotowego w wewnętrznym porządku prawnym Francji i Polski*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2007.
- Mężykowska A., *Prawa i odpowiedzialność korporacji transnarodowych w świetle międzynarodowego prawa praw człowieka*, [w:] J. Menkes, T. Gardocka (red.), *Korporacje transnarodowe – jeden temat, różne spojrzenia*, Wydawnictwo Szkoły Wyższej Psychologii Społecznej „Academica”, Warszawa 2010.
- Miąsik D., [w:] A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. I, wyd. 2, Zakamycze, Kraków 2010.
- Miąsik D., *Sprawa wspólnotowa przed sądem krajowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 9.
- Mielnik B., *Charakter obywatelstwa Unii Europejskiej*, [w:] B. Mielnik (red.), *Status prawny obywatela RP po przystąpieniu do Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2005.
- Mielnik B., *Kształtowanie się podmiotowości w prawie międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2008.
- Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2000.
- Mik C., *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Mik C., *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. I. *Teoria i praktyka regionalnej integracji państw*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Mik C., *Fenomenologia regionalnej integracji państw. Studium prawa międzynarodowego*, t. II. *Regionalne organizacje integracyjne z perspektywy analitycznej prawa międzynarodowego*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Mik C., *Komentarz do art. 7*, [w:] C. Mik, W. Czapliński, *Traktat o Unii Europejskiej. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2005.
- Mik C., *Opinia w sprawie zgodności tzw. traktatu fiskalnego z prawem Unii Europejskiej oraz trybu jego ratyfikacji*, „Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu” 2012, nr 1(33).

- Mik C., *Państwo i prawo wobec procesów internacjonalizacji, integracji i globalizacji*, t. 1. *Wpływ internacjonalizacji i integracji na klasyczny paradygmat państwa i prawa*, TNOiK, Toruń 2021.
- Mik C., *Realizm w polityce międzynarodowej w świetle nauki stosunków międzynarodowych i prawa międzynarodowego w dobie globalizacji*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz (red.), *Prawo międzynarodowe – idee a rzeczywistość*, C.H. Beck, Warszawa 2018.
- Mik C., *Solidarność w prawie Unii Europejskiej. Podstawowe problemy teoretyczne*, [w:] C. Mik (red.), *Solidarność jako zasada działania Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 2009.
- Mik C., *Unia Afrykańska wobec zagadnienia pozakonstytucyjnej zmiany rządów*, [w:] B. Mikołajczyk, J. Nowakowska-Małusecka (red.), *Prawo organizacji międzynarodowych wobec problemów współczesnego świata. Księga Jubileuszowa dedykowana Pani Profesor Genowefie Grabowskiej*, Oficyna Wydawnicza Edward Mitek, Bydgoszcz-Katowice 2014.
- Mik C., *Zasada przestrzegania prawa międzynarodowego przez Wspólnotę Europejską w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji*, [w:] C. Mik (red.) *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, TNOiK, Toruń 2001.
- Mikulska-Jolles M., *Migranci, uchodźcy i ksenofobia w kampanii wyborczej 2018 – raport z monitoringu* Helsińska Fundacja Praw Człowieka 2018, https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2018/12/Kampania_raport_2.pdf.
- Misztal M., *Problematyka wartości w socjologii*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980.
- Mojak R., *Instytucja Prezydenta RP w okresie przekształceń ustrojowych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1995.
- Monteskiusz, *O duchu praw*, przeł. T. Boy-Żeleński, Vis-à-vis/Etiuda, Kraków 2022.
- Moser P.T., *Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to Jus Cogens Violations: The Human Rights Answer to the ICJ Decision on the Ferrini Case*, "Goettingen Journal of International Law" 2012, vol. 4.
- Mounk S., *The People vs Democracy*, Harvard University Press, Cambridge 2018.
- Muijsenbergh W.H.A.M. van den, Rezai S., *Corporations and the European Convention on Human Rights*, "Global Business & Development Law Journal" 2012, vol. 25.
- Müller A.Th., *Solidarität als Rechtsbegriff im Europarecht*, [w:] C. Sedmak (Hrsg.), *Solidarität: Vom Wert der Gemeinschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2010.
- Müller J.-W., *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, "European Law Journal" 2015, vol. 21.
- Nahlik S.E., *Kodeks prawa traktatów*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1976.
- Nahlik S.E., *Wstęp do nauki prawa międzynarodowego*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1967.
- Nahlik S.E., *Zwyczaj międzynarodowy*, [w:] A. Klafkowski (kom. red.), *Encyklopedia prawa i stosunków międzynarodowych*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1976.
- Nahlik S.E., *Źródła prawa międzynarodowego*, [w:] A. Klafkowski (kom. red.), *Encyklopedia prawa międzynarodowego i stosunków międzynarodowych*, Wiedza Powszechna, Warszawa 1976.
- Nałęcz D., *Relacje prezydenta Jaruzelskiego z ZSRR jako element wschodniej polityki Polski w latach 1989–1990*, „Myśl Ekonomiczna i Polityczna” 2018, nr 1(60).

- Naumovski V., *Europeanization of the Balkans, Or Balkanization of Europe?*, "Georgetown Journal of International Affairs" 2019, vol. 20.
- Nettesheim M., *Konzeptionen und Dimensionen von Solidarität im Recht der Europäischen Union*, [w:] P. Becker, B. Lippert (Hrsg.), *Handbuch Europäische Union*, Springer online 2018.
- Nick S., *Use of Language in Diplomacy*, [w:] J. Kurbalija, H. Slavik (eds.), *Language and Diplomacy*, Academic Training Institute, Malta 2001.
- Niezen M., *The EU as an external promoter of its internal values. A Master Thesis in European Studies*, March 2017, Westfälische Wilhelms-Universität Münster, https://essay.utwente.nl/72022/1/Niezen_MA_BMS.pdf.
- Nollkaemper A., Burges L., *Introductory Note to the State of the Netherlands v. Urgenda (Neth. Sup. Ct.)*, "International Legal Materials" 2020, vol. 59.
- Nollkaemper A., *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Noortmann M., Reinisch A., Ryngaert M.J. (eds.), *Non-State Actors in International Law*, Hart Publishing, Oxford 2015.
- Nowacki J., *Rzeczy prawa. Dwa problemy*, Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1995.
- Nowakowska-Małusecka J., *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, R. Podgórska, D. Wacinkiewicz (red.), *Encyklopedia zagadnień międzynarodowych*, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Nowicki M., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Nowicki M.A., *Moja spółka moja twierdzi. Przeszukania i zajęcie dokumentów*, "Rzeczpospolita", 21.05.2002, nr 117.
- Obama B., *Ziemia obiecana*, przeł. D. Żukowski, Agora, Warszawa 2021.
- Ochmann P., Wojas J., *Ukryta inwazja jako część wojny hybrydowej w świetle prawa międzynarodowego*, "Przegląd Prawa Publicznego" 2018, nr 5.
- Olejniczak A., *Przedmowa*, [w:] A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 13, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Opalek M., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969.
- Opaliński B., *Stan wojenny we współczesnym porządku prawnym*, "Przegląd Prawa Publicznego" 2011, nr 7-8.
- Opinia Rady Legislacyjnej dotycząca interpretacji art. 11 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i możliwości ewentualnej nowelizacji ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o partiach politycznych*, "Przegląd Legislacyjny" 2012, nr 4.
- Opinia z 26 maja 1999 r., o zgodności prawa wspólnotowego z Konstytucją RP*, "Przegląd Legislacyjny" 1999, nr 2.
- Orłowski T., *Protokół dyplomatyczny. Ceremoniał & etykieta*, Państwowy Instytut Spraw Międzynarodowych, Warszawa 2006.
- Osiecki G., Żółciak T., *Wysyp pomysłów na gwarancję członkostwa*, "Dziennik Gazeta Prawna" 21.09.2021 r.
- Özden M., *Transnational Corporations' Impunity*, Europe-Third World Centre (CETIM), Geneva 2016.

- Palombella G., *The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory*, "International Journal of Constitutional Law" 2009, nr 3.
- Paprocka A., *Argument komparatystyczny w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo” 2017, nr 7.
- Parcu P.L., *New Digital Threats to Media Pluralism in the Information Age*, "Competition & Regulation in Network Industries" 2020, vol. 21, no. 2, EBSCOhost, doi: [10.1177/1783591719886101](https://doi.org/10.1177/1783591719886101).
- Parzymies S., Symonides J., *Rola prawa międzynarodowego w rozwoju nauki o stosunkach międzynarodowych*, „Przegląd Strategiczny” 2012, nr 1.
- Patek A., Rydel J., Węc J.J., *Najnowsza historia świata, t. II. 1963-1979*, Wydawnictwo Literackie, Kraków 1997.
- Paterson W., *The Reluctant Hegemon? Germany Moves Centre Stage in the European Union*, "Journal of Common Market Studies" 2011, vol. 9.
- Patrzałek A., Szmyt A., *Warunki prawne wniesienia projektu ustawy*, [w:] J. Trzcíński (red.), *Postępowanie ustawodawcze w polskim prawie konstytucyjnym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1994.
- Patyra S., *Prawnoustrojowy status Prezesa Rady Ministrów w świetle Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r.*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2002.
- Paulsson J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005.
- Pech L., *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, "European Constitutional Law Review" 2010, vol. 6.
- Pech L., Kochenov D., *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice A Casebook Overview of Key Judgments since The Portuguese Judges Case*, Swedish Institute of European Policy Studies, Stockholm 2021.
- Pech L., Platon S., *A Court of Justice Judicial Independence under Threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, "Common Market Law Review" 2018, vol. 55, no. 6.
- Pech L., Platon S., *Menace systémique envers l'Etat de droit en Pologne: entre action et procrastination*, Fondation Robert Schuman, "Question d'Europe" no. 451, Novembre 13, 2017.
- Pech L., *Rule of Law as a Guiding Principle of the European Union's External Actions*, "CLEER Working Papers" 2012, vol. 3.
- Pech L., Scheppele K.L., *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, "Cambridge Yearbook of European Legal Studies" 2017, no. 1.
- Pech L., Wachowiec P., Mazur D., *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, "Hague Journal of the Rule of Law" 2021, vol. 13.
- Peers S., Hervey T., Kennerand J., Ward A. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publ., Oxford and Portland, Oregon 2014.
- Perju V., *Double Sovereignty in Europe: A Critique of Habermas's Defense of the Nation-State*, "Texas International Law Journal" 2018, vol. 53.
- Perkowski M., *Podmiotowość prawa międzynarodowego współczesnego uniwersalizmu w złożonym modelu klasyfikacyjnym*, Temida 2, Białystok 2008.
- Pernice I., *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, "Columbia Journal of European Law" 2009, nr 3.

- Peters A., *Regional Orders, Geopolitics, and the Future of International Law*, "Current Legal Problems" 2021, vol. 74, issue 1.
- Piasecki K., *Zarys sądowego prawa procesowego Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Pichler J.W., Kaufmann B., *It's the practice, stupid!*, [w:] J.W. Pichler, B. Kaufmann (red.), *The Next Big Thing. Making Europe ready for the Citizen's Initiative*, Intersentia Publishers, Wien–Graz 2011.
- Piechowiak M., *Aksjologiczne podstawy polskiego prawa*, [w:] T. Guz, J. Głuchowski, M. Pałub-ska (red.), *Synteza prawa polskiego od 1989 roku*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Piechowiak M., *Filozofia praw człowieka*, Lublin 1999.
- Piechowiak M., *Godność jako fundament powinności prawa wobec człowieka*, [w:] P. Morci-niec, S.L. Stadniczenko (red.), *Urzeczywistnienie praw człowieka w XXI wieku. Prawo i etyka*, Opole 2004.
- Piórkowska-Flieger J., [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. VI, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2019.
- Pistone P., *General Report*, [w:] M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Startinger (eds.), *The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Pizzorusso A., *Europejskie dziedzictwo konstytucyjne*, przeł. A. Kaznowski, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2013.
- Plaňavová-Latanowicz J., *National and European Identity – Opposing or Complementary Concepts in Czech, Polish and EU Law?*, "Studia Europejskie – Studies in European Affairs" 2019, vol. 1.
- Platon S., *Court of Justice Preliminary references and rule of law: Another case of mixed signals from the Court of Justice regarding the independence of national courts: Miasto Łowicz*, "Common Market Law Review" 2020, vol. 57.
- Podolska A., *Zasada wzajemnego zaufania państw członkowskich UE do swoich wymiarów sprawiedliwości*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2019.
- Poiares Maduro M., *How Constitutional Can the European Union Be? The Tension Between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union*, [w:] J.H.H. Wei-ler, Ch.L. Eisgruber (eds.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.html>.
- Poli M.D., *Contemporary populism and the economic crisis in western Europe*, "Baltic Journal of Political Science" 2016, no. 5.
- Poli S. (ed.), *The European Neighbourhood Policy – Values and Principles*, Routledge New York 2016.
- Poli S., *The European Neighbourhood Policy: Differentiation without Political Conditionality?*, "Yearbook of Polish European Studies" 2015, vol. 18.
- Popławska E., *Orzeczenie francuskiej Rady Konstytucyjnej w sprawie Traktatu z Lizbony*, „Prawo i Polityka” 2010, nr 1(2).
- Poretti P., *The Regulation of Subsidies Within the General Agreement on Trade in Services of the WTO. Problems and Prospects*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

- Postulski W., Art. 278, [w:] A. Wróbel (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011.
- Postulski W., Art. 279, [w:] A. Wróbel (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011.
- Półtorak N., *European Union rights in national court*, Wolters Kluwer Law & Business, Alphen aan den Rijn 2015.
- Półtorak N., *Imagine – rola prawa i prawników w integracji europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 3.
- Półtorak N., *Kilka uwag o skutkach wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 3/21 dla stosowania prawa unijnego przez polskie sądy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Półtorak N., *Kto jest związany zasadą efektywnej ochrony prawnej – uwagi na tle orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Unión de Pequeños Agricultores*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 3.
- Prechal S., *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What Has the Charter Changed?*, [w:] C. Paulussen, T. Takacs, V. Lazic, B. Van Rompuy (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law, Public and Private Perspectives*, Springer, The Hague 2016.
- Preston B.J., *Climate Change Litigation*, „Carbon and Climate Law Review” 2011, vol. 5, issue 1.
- Preuß U., *The German Drittwirkung Doctrine and its Socio-Political Background*, [w:] A. Sajo, R. Uitz (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht 2005.
- Prokop K., *Stany nadzwyczajne w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Temida 2, Białystok 2005.
- Prokop K., *Uprawnienia nadzwyczajne Prezydenta Rzeczypospolitej w świetle przepisów konstytucji kwietniowej z 1935 r.*, „Miscellanea Historico-Iuridica” 2019, t. XVIII, z. 2.
- Przyborowska-Klimczak A. (oprac.), *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lubelskie Wydawnictwo Prawnicze, Lublin 2005.
- Przyborowska-Klimczak A., Staszewski W.S., *Prawo międzynarodowe publiczne. Studia i Materiały*, t. I, Lublin 2006.
- Puchta R., *Decyzja Rady Stanu z dnia 8 lutego 2007 r. w sprawie badania konstytucyjności aktów wykonawczych implementujących dyrektywy europejskie (nr sprawy 287110)*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 5.
- Puchta R., *Rada Stanu jako organ sądowej ochrony konstytucji we Francji*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2019.
- Pyziak-Szafnicka M., *Trybunał Konstytucyjny à rebours*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5.
- Radajewski M., *Procedura wprowadzania stanów nadzwyczajnych – wybrane problemy*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2015, nr 6.
- Radecki W., [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, wyd. 6, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Ragazzi M., *The Concept of International Obligations ‘erga omnes’*, Oxford University Press, Oxford 1997.
- Raglewski J., *Konstrukcja tzw. czynów przepołowionych*, [w:] A. Michalska-Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska-Flieger (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego*

- prawa karnego. *Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2011.
- Rakowska A., *Kontrasygnata aktów głowy państwa w wybranych państwach europejskich*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2009.
- Rawls J., *Teoria sprawiedliwości*, przeł. M. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, PWN, Warszawa 1994.
- Raz J., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2009.
- Regan D.H., *What are Trade Agreements for? Two Conflicting Stories Told by Economists, With a Lesson for Lawyers*, "Journal of International Economic Law" 2006, vol. 9(4).
- Regulski J., Kulesza M., *Droga do samorządu. Od pierwszych koncepcji do inicjatywy Senatu (1981-1989)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Regulski J., *Samorząd III Rzeczypospolitej. Koncepcje i realizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2000.
- Repetowicz W., *Broń „D” jako zagrożenie asymetryczne*, „Wiedza Obronna” 2018, nr 1-2.
- Rivier A., *Principles de droit des gens*, Arthur Rousseau, Paris 1896.
- Roenne Ch. Freiherr von, *The very beginning-the first tax treaties*, [w:] T. Ecker, G. Ressler (eds.), *History of tax treaties. The relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties*, Linde, Wien 2011.
- Romano R., *A Comment on Information Overload, Cognitive Illusions, and Their Implications for Public Policy*, "Southern California Law Review" 1986, vol. 59.
- Rosenfeld M., *Comparative Constitutional Analysis in United States Adjudication and Scholarship*, [w:] M. Rosenfeld, A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Ross M., *Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?*, [w:] M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Rostworowski M., *Prawo dyplomatyczne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1934.
- Rotfeld A.D., *Dokąd zmierza świat? Determinanty zmian w systemie międzynarodowym*, [w:] A.D. Rotfeld (red.), *Dokąd zmierza świat*, PISM, Warszawa 2008.
- Rotfeld A.D. (red.), *Polska a realizacja uchwał KBWE*, cz. II, PISM, Warszawa 1989.
- Rozgonyi K., *Negotiating New Audiovisual Rules for Video Sharing Platforms: Proposals for a Responsive Governance Model of Speech Online*, "Revista Catalana de Dret Públic" 2020, no. 61, EBSCOhost, doi: [10.2436/rcdp.i61.2020.3537](https://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3537).
- Roznai Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment powers*, Oxford University Press, Oxford 2017.
- Rubini L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Ruggie J., *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, UN Doc. A/HRC/17/31 (2011).
- Runciman D., *How democracy ends*, Basic Books, New York 2018.

- Ruys T., Corten O., Hofer A. (eds.), *The Use of Force in International Law. A Case-based Approach*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- Rye L., Fassone C., Koncewicz T.T., *Ideas of Democracy and the Rule of Law across Time and Space*, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2019/12/D4.1.pdf>.
- Sadurski W., „Rozumność” między teorią prawa a filozofią polityczną, [w:] M. Wyrzykowski (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2008.
- Sadurski W., *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, the EU Enlargement, and Jörg Haider*, „The Columbia Journal of European Law” 2010, vol. 16, no. 3.
- Sadurski W., *European Constitutional Identity?*, „EUI LAW Working Papers” 2006, nr 33.
- Sadurski W., *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, „Sydney Law School Research Paper” 2018, no. 18/01.
- Sadurski W., *Kwestie konstytucyjne*, [w:] L. Kolarska-Bobińska (red.), *Co warto, co należy zmienić? Poprawa jakości demokracji w Polsce*, Fundacja Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2008.
- Safjan M., Bosek L. (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1–86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Safjan M., *Rządy prawa a przyszłość Europy*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 8.
- Salmonowicz W. (red.), *Porozumienia Okrągłego Stołu. Warszawa, 6 lutego – 5 kwietnia 1989 r.*, [s.n.], Olsztyn 1989.
- Sands P., *International Courts and the Application of the Concept of “Sustainable Development”*, „Max Planck Yearbook of UN Law” 1999, no. 3(389).
- Sands P., *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Sangiovanni A., *Solidarity in the European Union*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2013, vol. 33.
- Sarmiento D., Weiler J.H.H., *The EU Judiciary After Weiss. Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice*, Verfassungsblog, 2 June 2020, <https://verfassungsblog.de/the-eu-judiciary-after-weiss/>.
- Sarnecki P., *Dokonania konstytucyjne na drodze ku III Rzeczypospolitej. XXXIV Ogólnopolska Sesja Katedr Prawa Konstytucyjnego*, Jastrzębia Góra 1992 (maszynopis powielony).
- Sarnecki P., *Prezydent jako organ czuwający nad przestrzeganiem konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1990, nr 11.
- Sarooshi P., *International Organizations and State Responsibility*, [w:] M. Ragazzi (ed.), *Responsibility of International Organizations*, Martinus Nijhoff, Leiden 2013.
- Saul B., Kinley D., Mowbray J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Commentary, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Sawicki J., *Nowelizacje Kodeksu wykroczeń – uwagi co do ich zakresu i celowości*, [w:] P. Góralski, A. Muszyńska (red.), *Reforma prawa karnego w latach 2015-2019*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2020.
- Sáenz de Santa María P.A., *The European Union and the Law of Treaties: A Fruitful Relationship*, „European Journal of International Law” 2019, vol. 30.
- Scheller H., *Europejski Bank Centralny. Historia, rola i funkcje*, Europejski Bank Centralny, Frankfurt nad Menem 2004.

- Scheppele K.L., *Autocratic Legalism*, "The University of Chicago Law Review" 2018, vol. 85.
- Scheppele K.L., *The Social Lives of the Constitutions*, [w:] P. Blokker, Ch. Thornhill (ed.) *Sociological constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge 2017.
- Schermers H.G., Blokker N.M., *International Institutional Law*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston 2011.
- Scheuner U., *Solidarität unter den Nationen als Grundsatz in der gegenwärtigen Internationalen Gemeinschaft*, [w:] J. Delbrück et al. (Hrsg.), *Recht im Dienst des Friedens. Festschrift für Eberhard Menzel zum 65. Geburtstag am 21. Januar 1976*, Duncker & Humblot, Berlin 1975.
- Scheuring K., *Ochrona praw jednostek w postępowaniach przed sądami wspólnotowymi*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2007.
- Schild J., *National v. European identities? French and Germans in the European multi-level system*, "Journal of Common Market Studies" 2001, nr 2.
- Schill S., *The European Union's Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization*, "Legal Issues of Economic Integration" 2019, vol. 46(2).
- Schrijver N., *A new Convention on the human right to development: Putting the cart before the horse?*, "Netherlands Quarterly of Human Rights" 2020, vol. 38, no. 2.
- Schrijver N., *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- Schrijver N., *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, "The Pocket Books of The Hague Academy of International Law" 2008, vol. 2.
- Schukking J., *Protection of Human Rights and the Rule of Law in Europe: A shared responsibility*, "Netherlands Quarterly of Human Rights" 2018, nr 2.
- Schwartz H., *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, University of Chicago Press, Chicago 2000.
- Schwarz K.-A., *Solidarität mit Griechenland – eine europäische Tragödie*, [w:] P. Müller-Graf et al. (Hrsg.), *Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel: Festschrift für Dieter H. Scheuing*, Nomos, Baden-Baden 2011.
- Schwarzenberger G., *The Conceptual Apparatus of International Law*, [w:] R.S.J. Macdonald (ed.), *The Structure of International Law*, Nijhoff, The Hague 1983.
- Sedmak C., *Solidaritäten in Europa*, [w:] C. Sedmak (Hrsg.), *Solidarität: Vom Wert der Gemeinschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2010.
- Seminarium „Europejskiego Przeglądu Sądowego”: Fundusz Odbudowy UE – ratyfikacja decyzji Rady (UE, Euratom) 2020/2053 z 14.12.2020 r. w sprawie systemu zasobów własnych Unii Europejskiej*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 5.
- Sen A.K., *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford 1999.
- Sesay A., *The OAU and regime recognition: The case of Liberia*, unpublished mimeograph, Department of International Relations, University of Ife, 1980.
- Shall C., *Public interest litigation concerning environmental matters before human rights courts: A promising future concept*, "Journal of Environmental Law" 2008, vol. 20, no. 3.
- Shaw N.M., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997.
- Shaw M.N., *International Law*, 6th ed., Cambridge University Press, Cambridge 2008.

- Shaw M.N., *Prawo międzynarodowe*, przeł. J.J. Gojło (et al.), Książka i Wiedza, Warszawa 2011.
- Sidi Diallo B., *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. System regulacji sporów międzynarodowych*, Forum Wiedzy, Poznań 2005.
- Sikora A., *Constitutionalisation of Environmental Protection in EU law*, Europa Law Publishing, Zutphen 2020.
- Sikora A., *Sankcje finansowe w razie niewykonania wyroków Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2011.
- Sikora A., *Zagadnienia demokratycznego charakteru Unii Europejskiej*, [w:] S. Biernat (red.), *System prawa Unii Europejskiej*, t. 1. Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Simon H.A., *Models of man: social and rational; mathematical essays on rational human behavior in society setting*, Wiley, New York 1957.
- Sitek M., *Tożsamość narodowa (europejska) a obywatelstwo Unii Europejskiej*, "Journal of Modern Science" 2015, vol. 4, no. 27.
- Skoczylas A., Piątek W., [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Skovgaard Ølykke G., *Exclusive Rights and State Aid*, "European State Aid Law Quarterly" 2017, vol. 2.
- Skupiński J., *Model polskiego prawa o wykroczeniach*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1974.
- Skwarzyński M., *Ochrona praw osób prawnych, zbiorowości i państw w systemie praw człowieka*, [w:] K. Orzeszyna, M. Skwarzyński, R. Tabaszewski (red.), *Prawo międzynarodowe praw człowieka*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Sloss D.L., *Domestic Application of Treaties*, [w:] D.B. Hollis (ed.), *Oxford Guide to Treaties*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford 2020.
- Smith A.D., *National Identity*, Penguin, Harmondsworth 1991.
- Sobczak J., *Tożsamość narodowa jako zagadnienie konstytucyjne*, [w:] R. Balicki, M. Jabłoński (red.), *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, Uniwersytet Wrocławski, Wrocław 2018.
- Sokal U., *Wartości preferowane przez osoby dorosłe pochodzące z rodzin pełnych i rozwiedzionych*, „Roczniki Socjologii Rodziny” 2001, t. 13.
- Sokolewicz W., *Pomiędzy systemem parlamentarno-gabinetowym a systemem prezydencko-parlamentarnym: prezydentura ograniczona, lecz aktywna w Polsce i Rumunii*, „Przegląd Sejmowy” 1996, nr 3(15).
- Sokolewicz W., Zubik M., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. I, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2016.
- Sołtys A., [w:] S. Biernat (red.), *System prawa Unii Europejskiej*, t. 1. Podstawy i źródła prawa Unii Europejskiej, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Sonnenfeld-Tomporek R., *Organizacja międzynarodowa jako strona traktatu*, „Przegląd Stosunków Międzynarodowych” 1994, nr 4.
- Sozański J., *Kategoria rządów prawa w systemie ochrony prawnej Unii Europejskiej z uwzględnieniem zmian wprowadzanych Traktatem Lizbońskim oraz reperkusji dla Polski*, „Rocznik Nauk Prawnych” 2008, t. XVIII, nr 2.

- Spano R., *Zasada rządów prawa jako gwiazda przewodnia w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – trybunał strasburski a niezawisłość sądownictwa*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 5.
- Sperduti G., *Prescrizione, consuetudine e acquiscenza in diritto internazionale*, „Rivista di diritto internazionale” 1961, vol. 42.
- Srogosz T., Barcik J., *Prawo międzynarodowe publiczne*, C.H. Beck, Warszawa 2014.
- Srogosz T., *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa w świetle Third World Approaches to International Law*, [w:] E. Cała-Wacinkiewicz, J. Menkes, J. Nowakowska-Małusecka, W.S. Staszewski (red.), *Podmiotowość prawnomiędzynarodowa i jej współczesne aspekty*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Stanley B., *Backsliding Away? The Quality of Democracy in Central and Eastern Europe*, „Journal of Contemporary European Research” 2019, vol. 15.
- Staszewski W.S., Szarek-Zwijacz A., *Instytucja uznania państwa i jej stosowanie w praktyce polskiej oraz Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej) w stosunku do państw powstałych po rozpadzie ZSRR*, [w:] L. Brodowski, D. Kuźniar-Kwiatkiewicz (red.), *Unia Europejska a prawo międzynarodowe. Księga Jubileuszowa dedykowana prof. Elżbiecie Dyni*, Oficyna Wydawnicza Zimowit, Rzeszów 2015.
- Stec M., *Podział zadań i kompetencji w nowym ustroju terytorialnym Polski (kryteria i ich normatywna realizacja)*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 11.
- Stec M., *Pozycja ustrojowa Pełnomocnika Rządu ds. Reformy Samorządu Terytorialnego i jego delegatów (1989-1992)*, „Samorząd Terytorialny” 2015, nr 3.
- Stec M., *Służby inspekcji i straże w nowym ustroju administracji publicznej*, „Samorząd Terytorialny” 1998, nr 12.
- Stec P., *O anglosaskim i kontynentalnym rozumieniu powiernictwa*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego” 2003, vol. I.
- Stefański R.A., *Przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia przestępstwa (art. 255 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 1.
- Stein L., *Beyond Death and Exile: The Spanish Republicans in France 1939-1955*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1979.
- Steinborn S., Teza 7 do art. 228, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87-243*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Stelmachowski A., *Zarys teorii prawa cywilnego*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1998.
- Stępień M., *Taking the Two-Elements Theory of International Customary Law Seriously – Problems with Double Counting*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2018, vol. 8, no. 2.
- Stępień-Trela A., *Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości*, [w:] J. Symonides, D. Pyć (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. IV. *Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, Warszawa 2014.
- Stockton E., *The Dreaming in Australian Aboriginal Culture*, „The Way” 2000, vol. 40, no. 2.
- Stolarczyk M., *Reparacje wojenne dla Polski od Niemiec w latach 1945-2000*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2020, vol. 17, nr 2.
- Stolleis M., *Wer Solidarität sagt, will etwas haben, Rechtsgeschichte*, „Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte” 2004, no. 5.

- Strauss A., *Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice*, [w:] W.C.G. Burns, H.M. Osofsky (eds.), *Adjudicating Climate Change. State, National and International Approaches*, Cambridge 2009.
- Streinz R., *Europarecht*, Müller, Heidelberg 2001.
- Strelein L., Tran T., *Building Indigenous Governance from Native Title: Moving Away from „Fitting in” to Creating a Decolonized Space*, „Review of Constitutional Studies” 2013, vol. 18, no. 1.
- Subedi S.P., *Declaration on the Right to Development*, UN Audiovisual Library of International Law 2021, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/drd/drd_e.pdf.
- Suchocka H., *Aktualność wartości chronionych przez Konstytucję z 1997 r.*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2018, t. XL.
- Suchocka H., *Polska Konstytucja z 1997 r. jako element europejskiego dziedzictwa konstytucyjnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1.
- Sułkowski J., Komentarz do art. 11 Konstytucji, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Sullivan E.Th., Frase R.S., *Proportionality Principle in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Sutor J., *Immunitet państwa*, Elipsa, Warszawa 2016.
- Sutor J., *Korespondencja dyplomatyczna*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1992.
- Svensson P., *The Danish Yes to Maastricht and Edinburgh. The EC Referendum of May 1993*, „Scandinavian Political Studies” 1994, vol. 17 (New Series), no. 1.
- Symonides J., *Ocena demokratyczności systemu politycznego państwa w prawie międzynarodowym i praktyce międzynarodowej*, [w:] E. Haliżak, D. Popławski (red.), *Demokracja w stosunkach międzynarodowych*, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 1997.
- Symonides J., *Prawo międzynarodowe: kierunki zmian*, [w:] A.D. Rotfeld (red.), *Dokąd zmierzają świat*, PISM, Warszawa 2008.
- Symonides J., Pyć D. (red.), *Wielka encyklopedia prawa*, t. IV. *Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, Warszawa 2014.
- Symonides J., *Terytorium państwowe w świetle zasady efektywności*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Toruń 1971.
- Szafarz R., *Obowiązkowa jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław-Warszawa-Kraków 1991.
- Szajkowski A., *Deklarowana jedność prawa cywilnego*, [w:] A. Dańko-Roesler, M. Leśniak, M. Skory, B. Sołtys (red.), *Ius est ars boni et aequi. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Józefowi Frąckowiakowi*, Wydawnictwo Stowarzyszenia Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej „Rejent”, Wrocław 2018.
- Szmyt A., *Członkostwo i perspektywy jego rozwoju w UE a projekty zmian Konstytucji RP*, [w:] Z. Witkowski, V. Jirásková (red.), *Aktualne problemy współczesnego konstytucjonalizmu. Europeizacja Konstytucji Republiki Czeskiej i Rzeczypospolitej Polskiej*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2014.
- Szmyt A., *Nowe elementy konstytucyjne i regulaminowe postępowania ustawodawczego*, „Przegląd Sejmowy” 1998, nr 3.
- Szmyt A., *W sprawie projektu tzw. ustawy „kooperacyjnej”*, [w:] A. Szmyt, *Prace Sejmu RP VI i VII kadencji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2015.

- Szpunar M., Komentarz do art. 90, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz. Art. 87–243*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Szpunar M., *Wybrane problemy stosowania prawa Unii Europejskiej przed sądami państw członkowskich*, „Palestra” 2020, nr 5.
- Szumski J., *Kontrawencjonalizacja w Polsce (Refleksje krytyczne)*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 9.
- Szwed M., *Orzekanie przez wadliwie powołanych sędziów jako naruszenie prawa do sądu w świetle wyroku ETPCz z 12.03.2019 r.*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2019, nr 7.
- Szwed M., *Wyrok ETPCz w sprawie Xero Flor w Polsce sp. z o.o. przeciwko Polsce*, <https://oko.press/etpcz-trybunal-konstytucyjny-w-skladzie-z-dublerami-nie-jest-sadem/>.
- Szwedo P., *Zasada stałej suwerenności nad zasobami naturalnymi w świetle spraw chińskich w Światowej Organizacji Handlu*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 12.
- Szymczak T., *Instytucja prezydenta (założenia ogólne)*, „Studia Konstytucyjne” 1990, nr 8.
- Śledzińska-Simon A., *Europejska inicjatywa obywatelska, czyli fiasko demokratycznego te-los?*, [w:] A. Gliszczyńska-Grabias, G. Baranowska, A. Bodnar (red.), *Ochrona praw obywateli i obywateli Unii Europejskiej. 20 lat – osiągnięcia i wyzwania na przyszłość*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.
- Śledzińska-Simon A., *Koncepcja tożsamości konstytucyjnej: wymiar indywidualny, relatywny oraz zbiorowy*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 3744, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. CVII.
- T.J., *Cały kraj w zasięgu nowego standardu telewizji cyfrowej. Nadawcy komercyjni protestują*, „Dziennik Gazeta Prawna” 26.06.2022, <https://serwisy.gazetaprawna.pl/media/artykuly/8478998,naziemna-telewizja-cyfrowa-protest-tvn-tvp-zostaje.html>.
- Taborowski M., *Mechanizmy ochrony praworządności państw członkowskich w prawie Unii Europejskiej. Studium przebudzenia systemu ponadnarodowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Taborowski M., *Naruszenie elementów zasady państwa prawa (art. 2 TUE) jako ograniczenie zasady wzajemnego zaufania w prawie Unii Europejskiej (w świetle wyroku LM (Celmmer))*, [w:] J. Barcz, A. Zawadzka-Łojek (red.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2018.
- Talmon S., *Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion*, „European Journal of International Law” 2015, vol. 26.
- Talmon S., *Recognition of governments: An analysis of the new British policy and practice*, „British Yearbook of International Law” 1993, vol. 63, issue 1.
- Tavernier P., [w:] J.-P. Cot, A. Pellet, M. Forteau (coord.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, t. I, Éditions Economica, Paris 2005.
- The Republic of China Constitutional Court Reporter*, The Judicial Yuan, Taipei 2007.
- Thirlway H., *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2014.
- Timmermans Ch., *How Trustworthy is Mutual Trust? Opinion 2/13 Revisited*, [w:] K. Lenaerts, J.C. Bonichot, H. Kanninen, C. Naome, P. Pohjankoski (eds.), *An Ever-Changing Union? Perspectives on the Future of EU law in Honour of Allan Rosas*, Hart Publications, Oxford 2019.

- Tomaszewski W., *Kompromis polityczny w procesie stanowienia Konstytucji Rzeczypospolitej z 2 kwietnia 1997 roku*, Akademia Humanistyczna im. Aleksandra Gieysztora, Pułtusk 2007.
- Tomuschat Ch., *Discussion Following the Presentation by Karel Wellens*, [w:] R. Wolfrum, Ch. Kojima (eds.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Springer, Berlin 2010.
- Tomuschat Ch., *Individual and Collective Identity: Factual Givens and their Legal Reflection in Public International Law. Words in Commemoration of Krzysztof Skubiszewski*, "Polish Yearbook of International Law" 2017, vol. 37.
- Tomuschat Ch., *Solidarität in Europa*, [w:] F. Capotorti et al. (éd.), *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, Baden-Baden 1987.
- Tremmel J.Ch., *Establishing Intergenerational Justice in National Constitutions*, [w:] J.Ch. Tremmel (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2006.
- Triepel H., *Les rapports entre le droit interne et le droit international*, "Recueil des cours" 1923, vol. 1.
- Triepel H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Verlag von C.L. Hirschfeld, Leipzig 1899.
- Trubalski A., *Uprawnienia organów władzy wykonawczej w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa państwa*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 3.
- Truskolaski T., Waligóra K., *Komitet Regionów Unii Europejskiej. Instytucjonalizacja między-narodowej aktywności samorządów*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2012, z. 12.
- Trzciński J., *Glosa do orzeczenia TK z dnia 26 stycznia 1993 r., U 10/92*, „Przegląd Sejmowy” 1993, nr 2.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 11 Konstytucji*, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Tuleja P., *Komentarz do art. 231*, [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Tuleja P., Naleziński P., [w:] P. Tuleja (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Tuleja P., *Pojęcie zasady konstytucyjnej*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1969, „Prawo” 1997, t. CCLVIII.
- Tuleja P. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. II, LEX/el. 2021.
- Tushnet M., *Authoritarian Constitutionalism*, "Cornell Law Review" 2015, vol. 100.
- Tyburcy T., *Świadomość znamienia kwotowego przepołowionego typu czynu zabronionego*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2017, nr 7.
- Ulianova H., *Protection of Intellectual Property Rights in the Field of Television and the Internet. The Notion of Teleformat*, "Ius Humani" 2021, vol. 10, no. 1, EBSCOhost, doi: [10.31207/ih.v9i2.264](https://doi.org/10.31207/ih.v9i2.264).
- UNHCR *Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights. Part 2.1 – Fact Sheet on Article 3*, UNHCR, March 2003.
- Uziębło P., *Kilka uwag o ustawie o partiach politycznych*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2014, nr 2.
- Van Cleynenbreugel P., *Judge-Made Standards of National Procedure in Post-Lisbon Constitutional Framework*, "European Law Review" 2012, vol. 37, no. 1.

- Vandenbogaerde A., *The Right to Development in International Human Rights Law: A Call for its Dissolution*, "Netherlands Quarterly of Human Rights" 2013, vol. 31(187).
- Varga A.Z., *Rule of Law and Constitutional Identities: concurring or complementary European values?*, [w:] S. Granata-Menghini, Z. Caga Tanyar (eds.), *Venice Commission. 30 Years Quest for Democracy Through Law, 1990-2020*, Juristörlaget i Lund, Lund 2020.
- Varol O., *Stealth authoritarianism*, "Iowa Law Review" 2015, vol. 100.
- Verdross A., *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Mohr, Tübingen 1923.
- Verdross A., *Le fondement du droit international*, "Recueil des cours" 1927, vol. 16.
- Vieira A., *Derecho de asilo diplomático*, Universidad de la República, Montevideo 1961.
- Villiger M.E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill/Nijhof, London 2009.
- Virally M., *Definition and Classification of international organizations: A Legal Approach*, [w:] G. Abi-Saab (ed.), *The Concept of International Organization*, UNESCO, Paris 1981.
- Virally M., *Le rôle des 'principes' dans le développement du droit international*, [w:] M. Batelli, P. Guggenheim (éd.), *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Global Studies Institute de l'Université de Genève, Genève 1968.
- Vivian A., Jorgensen M., Reilly A., McMillan M., McRae C., McMinn J., *Indigenous Self-government in the Australian Federation*, "Australian Indigenous Law Review" 2017, vol. 20.
- Voigt C. (ed.), *Rule of Law for Nature: New Dimensions and Ideas in Environmental Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Voigt C., *Sustainable Development as a Principle of International Law*, Brill | Nijhoff 2009.
- Waldron J., *How Law Protects Dignity*, New York University, School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Working Paper 2011, no. 11-83.
- Walker N., *The Philosophy of European Union Law*, [w:] D. Chalmers, A. Arnall (eds.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Walter Ch., *Defining Terrorism in National and International Law*, [w:] Ch. Walter et al. (eds.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty?*, Springer, Berlin 2004.
- Wasilkowski A., *Przestrzeganie prawa międzynarodowego (art. 9 Konstytucji RP)*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Watts A., *The International Rule of Law*, "German Yearbook of International Law" 1993, vol. 36.
- Wägenbaur B., *Court of the Justice of the European Union. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, C.H. Beck, München 2013.
- Weatherill S., *From Myth to reality: The EU's "New Legal Order" and the Place of General Principles Within It*, [w:] S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law, European and Comparative Perspectives*, Studies of Oxford Institute of European and Comparative Law, Oxford and Portland, OR 2017.
- Weiler J., Horowitz H., *The Accidental Constitution*, [w:] D. Benjamin (ed.), *Europe 2030*, Brookings Institution Press, Washington 2010.
- Weiler J.H.H., *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, "International Journal of Constitutional Law" 2005, nr 2-3.

- Weiler J.H.H., *To be a European Citizen – Eros and Civilization*, "Working Paper Series in European Studies Special Edition", Spring 1998, <http://aei.pitt.edu/8990/1/weiler.pdf>.
- Weiler J.H.H., Trachtman J.P., *European Constitutionalism and Its Discontents*, "Northwestern Journal of International Law and Business" 1996-1997, vol. 17.
- Wellens K., *Revisiting Solidarity as a (Re-)Emerging Constitutional Principle: Some Further Reflections*, [w:] R. Wolfrum, Ch. Kojima (eds.), *Solidarity: A Structural Principle of International Law*, Springer, Berlin 2010.
- Wellens K., *Solidarity as a Constitutional Principle: Its Expanding Role and Inherent Limitations*, [w:] R.S.J. MacDonald, D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Brill-Nijhoff, Leiden-Boston 2005.
- Wierzbicki B., *Prawo międzynarodowe. Materiały do studiów*, Temida 2, Białystok 2000.
- Williams A., *The Ethos of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- Winczorek P., *Axiological Foundations of the Constitution of Poland*, „Saint Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal” 1997.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Liber, Warszawa 2000.
- Winczorek P., *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, wyd. drugie – rozszerzone, Liber, Warszawa 2008.
- Winczorek P., *Konstytucja RP a prawo wspólnotowe*, „Państwo i Prawo” 2004, nr 11.
- Winczorek P., *Nauka o państwie*, Liber, Warszawa 2011.
- Winter G., *Ecological proportionality. An emerging principle of law for nature?*, [w:] C. Voigt (ed.), *Rule of law for nature*, Cambridge University Press, Cambridge 2013.
- Wiszowaty M.M., *Relikt monarchii czy filar republiki? Refleksje na temat instytucji Prezydenta III RP na tle polskich i amerykańskich reminiscencji ustrojowych*, [w:] D. Dudek (red.), *Zmieniać Konstytucję Rzeczypospolitej czy nie zmieniać? 58. Ogólnopolski Zjazd Katedr Prawa Konstytucyjnego Zamość, 2-4 czerwca 2016 r.*, KUL, Lublin 2017.
- Wiśniewski A., *Źródła prawa międzynarodowego*, [w:] J. Symonides, D. Pyć (red.), *Wielka Encyklopedia Prawa*, t. IV. *Prawo międzynarodowe publiczne*, Fundacja „Ubi societas, ibi ius”, Warszawa 2014.
- Wittke C., *The Politics of International Law in the Post-Soviet Space: Do Georgia, Ukraine, and Russia 'Speak' International Law in International Politics Differently?*, "Europe-Asia Studies" 2020, vol. 72, no. 2.
- Wojtaszczyk K.A. (red.), *Modernizacja Unii Europejskiej*, Oficyna Wydawnicza ASPRA-JR, Warszawa 2011.
- Wojtyczek K., *Europeizacja Konstytucji V Republiki Francuskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2008, nr 6.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Zakamycze, Kraków 1999.
- Wojtyczek K., *Przekazywanie kompetencji państwa organizacjom międzynarodowym*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2007.
- Wojtyna A., *Szkice o niezależności banku centralnego*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa-Kraków 1998.
- Wolfke K., *Custom in Present International Law*, Wrocław 1964.

- Wolfke K., *Custom in Present International Law*, Springer, Dordrecht 1993.
- Wolfke K., *Międzynarodowe prawo ochrony środowiska (Tworzenie i egzekwowanie)*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław 1979.
- Wolfke K., *Practice of International Organizations and Customary Law*, "Polish Yearbook of International Law" 1966/1967, vol. 1.
- Wolfrum R., *Solidarity amongst States: An Emerging Structural Principle of International Law*, [w:] P.-M. Dupuy et al. (Hrsg.), *Völkerrecht als Weltordnung. Festschrift für Christian Tomuschat*, S.L. Engel, Kehl 2006.
- Wolfrum R., *Solidarity and Community Interests: Driving Forces for the Interpretation and Development of International Law: General Course on Public International Law*, "Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye" 2021, Tome 416.
- Wolny M., Szuleka M., *Narzędzie w rękach władzy. Funkcjonowanie Trybunału Konstytucyjnego w latach 2016–2021*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2021.
- Wouters J. et al., *International Law. A European Perspective*, Bloomsbury, Oxford 2019.
- Wouters J., Ryngaert C., Ruys T., De Baere G., *International Law. A European Perspective*, Hart Publishing, Oxford 2019.
- Wódka M., *Naród według A.D. Smitha i jego znaczenie dla katolickiej nauki społecznej / Nation according to A.D. Smith and its significance for Catholic social teaching*, „Rozprawy Społeczne / Social Dissertations” 2020, vol. 14(1), <https://doi.org/10.29316/rs/119123>.
- Wójtowicz K., *Autonomia prawa Unii Europejskiej w wersji ofensywnej – uwagi na tle wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Kadi*, [w:] B. Banaszak, M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), *Prawo w służbie państwu i społeczeństwu: prace dedykowane profesorowi Kazimierzowi Działosze z okazji osiemdziesiątych urodzin*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2012.
- Wójtowicz K., *Common law*, [w:] B. Banaszak et al., *Główne kultury prawne współczesnego świata*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995.
- Wójtowicz K., *Francuski model kontroli konstytucyjności prawa krajowego implementującego prawo wspólnotowe*, [w:] P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas (red.), *Prawa człowieka. Społeczeństwo obywatelskie. Państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Wójtowicz K., *Glosa do orzeczenia francuskiej Rady Konstytucyjnej z dnia 10 czerwca 2004 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 13.
- Wójtowicz K., *Komentarz do art. 9*, [w:] M. Safjan, L. Bosek (red.), *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz. Art. 1-86*, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Wójtowicz K., Koncewicz T.T. (oprac.), *Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji Wspólnot Europejskich. Wybór aktów prawnych z wprowadzeniem*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2003.
- Wójtowicz K., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej a członkostwo w Unii Europejskiej*, [w:] E. Popławska (red.), *Konstytucja dla rozszerzającej się Europy*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2000.
- Wójtowicz K., *Obywatelstwo a przynależność do partii politycznych*, „Toruńskie Studia Polsko-Włoskie” 2016, t. XII.
- Wójtowicz K., *Ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz (red.), *System ochrony praw człowieka*, Zakamycze, Kraków 2003.

- Wójtowicz K., *Orzeczenie wstępne Trybunału Wspólnot Europejskich*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1850, „Przegląd Prawa i Administracji” 1996, t. XXXIV.
- Wójtowicz K., *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej a kompetencje państw członkowskich*, [w:] J. Galster, A. Szczerba- Zawada (red.), *Polityka zagraniczna Unii Europejskiej. Prawo i praktyka*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa 2016.
- Wójtowicz K., *Poszanowanie tożsamości konstytucyjnej państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Przegląd Sejmowy” 2010, nr 4.
- Wójtowicz K., *Poszanowanie tożsamości narodowej państw członkowskich Unii Europejskiej z perspektywy wspólnych wartości*, [w:] G. Baranowska, A. Gliszczyńska-Grabis, A. Hernandez-Polczyńska, K. Sękowska-Kozłowska, *O prawach człowieka. Księga jubileuszowa Profesora Romana Wieruszewskiego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Wójtowicz K., *Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP*, [w:] M. Granat (red.), *System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Materiały XLII Ogólnopolskiej Konferencji Katedr i Zakładów Prawa Konstytucyjnego, Nałęczów, 1-3 czerwca 2000*, RW KUL, Lublin 2000.
- Wójtowicz K., *Prawo Wspólnot Europejskich a zasada suwerenności w prawie konstytucyjnym państw członkowskich*, [w:] J. Kolasa (red.), *Wspólnoty Europejskie: wybrane problemy prawne*, cz. 1, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1994.
- Wójtowicz K., *Prezydenckie uprawnienia nadzwyczajne (analiza prawno-porównawcza)*, [w:] W. Skrzydło (red.), *Ustrój i struktura aparatu państwowego i samorządu terytorialnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1997.
- Wójtowicz K., *Sądy konstytucyjne wobec prawa Unii Europejskiej*, Wydawnictwo Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2012.
- Wójtowicz K., *Stany nadzwyczajne (Analiza prawno-porównawcza z uwzględnieniem Projektu Konstytucji RP)*, Archiwum Sejmu, Komisja Konstytucyjna Zgromadzenia Narodowego, Ekspertyzy 1995/96, nr 68.
- Wójtowicz K., *The Position of Customary International Law in the Polish Legal System in the Light of Art. 9 of the Constitution of 1997*, “Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2018, vol. 8, no. 2, Special Issue.
- Wójtowicz K., *Uprawnienia nadzwyczajne prezydenta Stanów Zjednoczonych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 1995.
- Wójtowicz K., *Wprowadzenie*, [w:] P. Radziejewicz (red.), *Zmiany w Konstytucji RP dotyczące członkostwa Polski w Unii Europejskiej. Dokumenty z prac zespołu naukowego powołanego przez Marszałka Sejmu*, Kancelaria Sejmu – Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.
- Wójtowicz K., *Wspólnota wartości w Unii Europejskiej z perspektywy art. 90 ust. 1 Konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 1.
- Wójtowicz K., *Zachowanie tożsamości konstytucyjnej państwa polskiego w ramach UE – uwagi na tle wyroku TK z 24.11.2010 r. (K 32/09)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 11.
- Wójtowicz K. (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Wójtowicz K. (red.), *Zasady ustroju Rzeczypospolitej Polskiej w nowej konstytucji. Materiały naukowe XXXVIII Sesji Katedr Prawa Konstytucyjnego, Jamrozowa Polana 7-8 VI 1996 r.*, Acta Universitatis Wratislaviensis No. 1969, „Prawo” 1997, t. 258.

- Wójtowicz K. (red.), *Zmiany konstytucyjne związane z członkostwem w Unii Europejskiej*, Instytut Europejski, Łódź 1998.
- Wrońska I., *Ludność jako element składowy państwa. Uwagi na tle pojęcia tożsamości narodowej i przynależności do narodu*, [w:] I. Menkes, E. Cała-Wacinkiewicz, *Państwo i terytorium w prawie międzynarodowym*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Wrońska I., *Skutek krajowy prawa międzynarodowego w polskim porządku prawnym na przykładzie stosowania instrumentów międzynarodowej ochrony praw człowieka*, Wydawnictwo Prawo i Partnerstwo, Białystok 2017, <https://repozytorium.uwb.edu.pl/jspui/bitstream/11320/8258/1/Umi%C4%99dzynarodowienie%20krajowego%20obrotu%20prawnego%20II.%20Iwona%20Wro%C5%84ska.pdf>.
- Wroński P., Szpala I., Czy warto ruszać konstytucję, „Gazeta Wyborcza” 21.09.2021 r.
- Wróbel A., [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. II, C.H. Beck, Warszawa 2011.
- Wróbel A., *Autonomia proceduralna państw członkowskich. Zasada efektywności i zasada efektywnej ochrony sądowej w prawie Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, R. LXII, z. 1.
- Wróbel A., *Komentarz do art. 47 KPP*, [w:] A. Wróbel (red.), *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, wyd. 2, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Wróbel A., *Tożsamość konstytucyjna, czyli o zapędzaniu pszczoł do ula*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, nr 8.
- Wróbel A. (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, LEX a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011.
- Wróbel W., *Skutki rozstrzygnięcia w sprawie K 3/21 w perspektywie Sądu Najwyższego i sądów powszechnych*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Wyrozumska A., *Czy porozumienie w sprawie rozporządzenia pieniądze za praworządność będzie skuteczne*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 1.
- Wyrozumska A., *Odwracanie kota ogonem bez żadnego trybu, czyli o orzeczeniach Trybunału Konstytucyjnego w sprawach Kpt 1/20 i U 2/20*, [w:] J. Barcz, A. Grzelak, R. Szyndlauer (wstęp, wybór i red.), *Problem praworządności w Polsce w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (2018–2020)*, Wydawnictwo Elipsa, Warszawa 2021.
- Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.
- Wyrozumska A., *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006.
- Wyrozumska A., *Wyrok FTK z 5.05.2020 r. w świetle podobnych orzeczeń sądów innych państw członkowskich UE*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 9.
- Wyrozumska A., *Wyroki Trybunału Konstytucyjnego w sprawach K 3/21 oraz K 6/21 w świetle prawa międzynarodowego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2021, nr 12.
- Wyrozumska A., *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2006.
- Wyrozumska A., *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] K. Wójtowicz (red.), *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006.

- Wyrzykowski M., *Bypassing the Constitution or Changing the Constitutional Order outside the Constitution*, [w:] A. Szmyt, B. Banaszak, *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and Southeastern Europe in 1989–2015. Liber Amicorum in Honorem Prof. dr. dres. H. C. Rainer Arnold*, Gdańskie Wydawnictwo Naukowe, Gdańsk 2016.
- Wyrzykowski M. (red.), *Rozumność rozumowań prawniczych*, Uniwersytet Warszawski, Warszawa 2008.
- Xanthopoulou E., *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, "Common Market Law Review" 2018, vol. 55, issue 2.
- Yeh J.-r., *Presidential Politics and the Judicial Facilitation of Dialogue between Political Actors in New Asian Democracies: Comparing the South Korean and Taiwanese Experiences*, "International Journal of Constitutional Law" 2010, no. 8.
- Youngs R., *Climate Change and European Security*, Routledge, London 2015.
- Zagare F., *Rationality and deterrence*, "World Politics" 1990, vol. 42.
- Zajadło J., Koncewicz T.T., *Martial Law on the Docket. Judging the Past and the Clash of Judicial Narratives*, [w:] P. Auriel, O. Beaud, C. Wellman (eds.), *The Rule of Crisis: Terrorism, Emergency Legislation and the Rule of Law*, Springer, Cham 2017.
- Zakrzewska J., *Spór o konstytucję*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 1992.
- Zalasiński T., *Zasada prawidłowej legislacji w poglądach Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2008.
- Zaleśny J., *Europejski Trybunał Praw Człowieka*, [w:] M. Kruk, M. Olszówka, M. Godlewski, M. Jarosz, M. Laskowska, J. Zaleśny, *Ochrona praw i wolności. System instytucjonalny w Rzeczypospolitej Polskiej*, Difin, Warszawa 2019.
- Zaleśny J., *Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich*, [w:] M. Kruk, M. Olszówka, M. Godlewski, M. Jarosz, M. Laskowska, J. Zaleśny, *Ochrona praw i wolności. System instytucjonalny w Rzeczypospolitej Polskiej*, Difin, Warszawa 2019.
- Zappalà S., *Can Legality Trump Effectiveness in Today's International Law?*, [w:] A. Cassese (ed.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Zaręba S., *Skutki braku uznania państwa w świetle prawa międzynarodowego*, INP PAN, Warszawa 2020.
- Zawadzki S., *Problemy teoretyczne prac nad zmianą konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1987, nr 10.
- Zdanowicz M., *Europejska inicjatywa obywatelska. Nieefektywnie wykorzystane pokłady społecznej aktywności*, „Przegląd Europejski” 2018, nr 2.
- Zdanowicz M., *The European citizens' initiative: over one million support, and what next?*, „Przegląd Europejski” 2019, nr 4.
- Zhang Q., *The Constitution of China. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, London 2012.
- Ziemba Z., *Postulat prawdziwości przesłanki a postulat jej uzasadnienia*, „Studia Logica” 1962, t. 13.
- Zimmermann A., [w:] B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte, A. Paulus (eds.), *The United Nations Charter. A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, Oxford 2012.
- Ziółkowski M., *Niezależność jako istota prawa do sądu? Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 5 grudnia 2019 r., III PO 7/18*, „Przegląd Konstytucyjny” 2020, nr 3.

Zubik M., „*Akt normatywny*” jako przedmiot kontroli Trybunału Konstytucyjnego, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2014, nr 1.

Zubik M. (red.), *Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010.

Trudno o lepszą kompozycję naukową. Doniosła tematyka, plejada znakomitych Autorów i Adresat, który tematykę uosabia. W efekcie powstało Dzieło na miarę Jubilata, któremu je zadedykowano. Na temat praworządności napisano wiele, ale nie ujmując nic dotychczasowym twórcom, takiego Opracowania jeszcze nie było. Znakomita koncepcja redakcyjna i autorskie wykonania poszczególnych tekstów nie pozwalają pozostać wobec nich obojętnym, tak z perspektywy nauki, jak i praktyki prawa. Współczesne realia (lokalne, regionalne i globalne) determinują mimowolny renesans wartości klasycznych i konieczność poszukiwań nowości rokujących klasycznie. Doskonałość prawa zawiera się wszakże w jego nieustannym doskonaleniu...

Prof. dr hab. Maciej Perkowski

Opracowanie zawiera teksty przygotowane przez cenionych znawców z zakresu nauk prawnych, wywodzących się z różnych ośrodków naukowych, a dedykowane są one Panu Profesorowi Krzysztofowi Wójtowiczowi w związku z jubileuszem Jego pracy badawczej. Tematyka tomu jest efektem inspiracji pracami i zainteresowaniami naukowymi Jubilata, jest On bowiem wybitnym specjalistą prawa konstytucyjnego, prawa międzynarodowego i prawa europejskiego.

Redaktorowi udało się połączyć pasje naukowe Uczzonego-Jubilata, ujmując te trzy obszary badawcze pod znamienym tytułem *Rządy prawa jako wartość uniwersalna*.

Dzieło to stanowi bardzo ciekawe i wartościowe opracowanie, które dotyka wielu aktualnych zagadnień natury prawnej. Zawarte w nim rozprawy przyczynią się do refleksji nad rozwojem prawa, jak też skłonią do dyskursu nad aktualnymi problemami zarówno prawa krajowego, prawa międzynarodowego, jak i prawa europejskiego. Bez wątplenia zainteresuje nie tylko specjalistów czy też osoby zajmujące się wspomnianymi obszarami badawczymi, ale wszystkich, którym bliskie są zagadnienia rozwoju prawa i rządów prawa.

Dr hab. Wojciech Staszewski, prof. KUL

ISBN 978-83-66601-85-7 oprawa miękka

ISBN 978-83-66601-86-4 oprawa twarda

ISBN 978-83-66601-87-1 online