

Maria Kruk

Profesor emeritus

Co w Konstytucji „nie jest napisane” i czy być powinno?

Naruszanie, a nawet ostrzej – łamanie Konstytucji, klasycznie odbywa się w ten sposób, że dany jej przepis lub zasadę pomija się lub stosuje się przeciwnie, np. gdyby mimo konstytucyjnej zasady bezpośredniego wyboru głowy państwa, na podstawie zmienionych przepisów ustawowych, albo i bez ich użycia, przeprowadzono wybór przez parlament. Czyli postępuje się inaczej, niż jest to wyraźnie w Konstytucji wskazane. Często jednak, a może nawet częściej, naruszenie Konstytucji polega na fałszywej interpretacji jej przepisu czy zasady, lub na zastosowaniu argumentacji, że skoro coś „nie jest napisane” wyraźnie, to zawsze istnieje swoboda interpretacji: na przykład nie jest napisane, że x nie równa się y , to znaczy, że może się równać, choć z logicznej argumentacji¹ wyraźnie wynika, że nie może się równać i właśnie dlatego nie musiało być „napisane wyraźnie”.

149

Za swego rodzaju motto do takiej interpretacji – całkiem zresztą przypadkowo niedawno dostrzeżone w prasowej relacji w sprawie postępowania wobec Komisji Majątkowej – można by uznać argument oskarżonych, iż „nie było norm prawnych, które nakazywałyby członkom komisji dbać o majątek skarbu państwa”². Abstrahując od trafności czy nietrafności tego argumentu we wspomnianej sprawie, trudno się zgodzić, iż „jeśli nie jest napisane, że coś obowiązuje, to nie obowiązuje” – i to nie w odniesieniu do obywatela kierującego się zasadą, że to dozwolone, co nie zakazane lub nie nakazane, ale do organów władzy publicznej, podmiotów działających w imieniu państwa i administracji państwowej.

¹ A takiej uczy i ją zaleca nauka prawa, zob. *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021; także *Rozumność rozumowań prawniczych*, red. M. Wyrzykowski, Warszawa 2008.

² M. Pietraszewski, *Odsiecz dla Komisji Majątkowej*, „Gazeta Wyborcza”, 17.01.2022, s. 6.

Takich sytuacji, gdy brak w prawie – a szczególnie w Konstytucji, bo tego dotyczą niniejsze rozważania – wyrażonego *expressis verbis* zakazu, nakazu lub regulacji konkretnego postępowania, jest więcej i często, zamiast do działania w duchu Konstytucji, prowadzą do jej obejścia, niezgodnej z nią wykładni, pomijania lub świadomego, może nawet cynicznego, interpretowania jej zasad.

Klasycznym już przykładem takiej fałszywej interpretacji braku wyraźnego przepisu, określającego dane postępowanie, jest ustawowa regulacja sposobu wyboru 15 członków Krajowej Rady Sądownictwa. Że nie czyni tego (czyli wyboru przedstawicieli sądów) Sejm, Senat czy Prezydent – to powinno być oczywiste, bo po ilu członków KRS wybiera (powołuje) każdy z tych podmiotów, to w Konstytucji z 1997 r. właśnie „jest napisane”. Jeśli więc jest napisane, że Sejm wybiera czterech, to znaczy, że nie więcej. Jest też napisane, że wybiera czterech członków KRS spośród posłów, Senat dwóch spośród senatorów (a ponadto wchodzi w skład osoby wymienione w art. 187 ust. 1, p. 1), co wyraźnie wskazuje na to, że izby wybierają – jako swoich przedstawicieli – członków KRS spośród „swoich” członków. Może powstać problem, kto wybiera tych członków KRS, którzy pochodzą spośród sędziów. Najprostsze byłoby uznanie, że skoro Sejm wybiera spośród posłów, Senat spośród senatorów, to tych „spośród sędziów” wybierają sądy (sędziowie). I tak też było to rozumiane do czasu zmiany koncepcji kształtowania składu Rady (zmiany dokonały znaczące słowa art. 9a ust. 1: „Sejm wybiera”³). Nawet jeśli przewidzianą poprzednio metodę dokonywania tego wyboru krytykowano, jako mało reprezentatywną dla określonych rodzajów i szczebli sądów.

Ale na poparcie tego prostego rozumienia, że członków KRS spośród sędziów wybierają sądy (sędziowie), warto się odwołać właśnie do genezy KRS, czyli do przesłanek, jakie prowadziły do jej utworzenia, a zwłaszcza przypomnieć, że chodziło o powołanie organu, który będzie stał na straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów, co w czasie tworzenia KRS (1989) oznaczało konieczność wyjęcia sądów i sędziów spod wpływu władzy politycznej. W tym celu, czyli w intencji odcięcia sędziów i sądów od władzy politycznej – nie tworzono by organu powoływanego w całości przez organy władzy. Nawet gdyby w największym zakresie miała to być władza ustawodawcza czy jej część (Sejm), to w praktyce politycznej zdominowana byłaby przez większość rządzącą, więc w znacznym stopniu – przez wykonawczą. Co przy określonej kulturze politycznej i prawnej pozwala na kompromis, ale przy jej braku – czyni większość sejmową wykonawcą poleceń politycznych rządu i rządzącej partii, a tym samym

³ Ustawa z 8.12.2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2018 r., poz. 3.

oznacza wpływ władzy politycznej na sądy i sędziów. Jak w PRL. Czy to właśnie miało być odwzorowane? Raczej nie i stąd też zastrzeżenie Konstytucji, że Sądy i Trybunały są władzą odrębną i niezależną od innych władz. Samo zresztą umieszczenie regulacji konstytucyjnej KRS w rozdziale poświęconym władzy sądowniczej (a nawet już w Konstytucji z 1952 r. – sądom i prokuraturze⁴) wskazuje też na swoistą klasyfikację i rolę tego organu. Bo organy władzy sądowniczej podlegają zasadzie art. 173 i nie przypadkiem z tą zasadą powiązana też została Krajowa Rada Sądownictwa – jej charakter i rola właśnie jako gwarantki niezależności sądów od innych władz. I nie może tu być argumentem żadna analogia z powoływaniem Trybunału Konstytucyjnego przez Sejm, a zwłaszcza z kontynuacją tego trybu w Konstytucji z 1997 r. Co też zresztą jest kontrowersyjne, ale to już inny temat.

W tych warunkach jeszcze bardziej widoczne jest, że organu, powołanego do strzeżenia niezależności sądów od „innych władz”, nie powinny wybierać właśnie te „inne władze”. I to jeszcze w zdecydowanej większości (w sumie na 25 członków KRS, organy władzy państwowej powołują ich 23, czyli z wyjątkiem Prezesów SN i NSA – wszystkich pozostałych. Po co więc ta Rada? Wydaje się, że wykładnia historyczna, niedoceniana powszechnie w polskiej doktrynie interpretacji prawa, ale przekonująco opisana w literaturze⁵, właśnie na tym przykładzie wyraźnie pokazuje swoje znaczenie. Dlaczego Konstytucja wybór tych członków przemilczała?⁶ Dlaczego nie musiała tego uściślać? Właśnie dlatego, że jeśli stworzono instytucję po to, aby chronić jakiś organ przed zawłaszczeniem przez władzę, to nie można powoływania członków tego organu powierzać tej władzy.

KRS jest więc wymownym przykładem tego, jak wykorzystano to, co „nie jest napisane”, choć wystarczyłaby poprawna wykładnia historyczna, aby stwierdzić, kto powinien wybierać członków KRS spośród sędziów.

I może warto sięgnąć w tym miejscu do jednej z wypowiedzi – zawartej w wykładzie prof. Sławomiry Wronkowskiej, analizującym sentencję *necessitas non habet legem*⁷ – odnoszącej się do problemu: czy w obliczu

⁴ Co – jak wspomniano – miało miejsce już w okresie transformacji i tym bardziej przemawia za określoną koncepcją KRS. Nie budzi to zresztą wątpliwości w literaturze, zob. m.in. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, wyd. 8, Warszawa 2021, s. 393 i n.

⁵ Przekonująco i obszernie A. Bielska-Brodziak, *Śladami prawodawcy faktycznego. Materiały legistyczne jako narzędzie wykładni prawa*, Warszawa 2017.

⁶ Autorka powyższej dysertacji m.in. uwzględnia i rozwija, bardzo wnikliwie i w wielu aspektach, problem milczenia prawa, wskazując jak wiele można z niego wyczytać. Zachęcająco odwołuje się na wstępie do rozumowania Sherlocka Holmesa, którego na ślad rozwiązania kryminalnej zagadki naprowadza milczenie psa („dlaczego pies nie czekał?”), s. 430.

⁷ W znakomitym referacie pt. *Necessitas non habet legem*, wygłoszonym przez prof. Sławomirę Wronkowską na jubileuszowej konferencji 25-lecia Polskiego Towarzystwa Legislacji pt. „Oblicza legislacji”, dn. 9.12.2021 r. w Warszawie.

konieczności zachować się zgodnie z *lex*, która to wypowiedź może się jednak odnosić do szerszego zakresu zjawisk. Bo wskazuje ona, że jeśli nawet brak w Konstytucji wyraźnego stwierdzenia, że przedstawiciele sędziów wybierają oni sami, uznać za regulację niedostatecznie poprawną, to „wobec nieuchronnych niedostatków prawa wyrażonego w ustanowionych przepisach, niezdolnego przewidzieć i wyrazić wszelkich możliwych nadzwyczajnych sytuacji, spełnienie obowiązku w jednej z takich sytuacji zakłócałoby aksjologiczną spójność całego porządku prawnego. Sentencja wyraża bowiem myśl arcyważną: ma istnieć aksjologiczna spójność między zamysłem prawodawcy niedoskonale wyrażonym w przepisach a stosowaniem tych przepisów do rozstrzygania konkretnych przypadków [...] nie jest intencją prawodawcy, by spełnienie wyznaczonego przez niego obowiązku prowadziło do szkodliwego skutku”⁸.

152 To mądre stwierdzenie wskazuje na sytuację, w której prawo może być niedostatecznie precyzyjne, ale wykorzystywanie braku jego precyzji dla rozstrzygnięcia konkretnej sytuacji nie może prowadzić do interpretacji niezgodnej z aksjologią tego prawa i wynikającą z niej intencją prawodawcy. Mowa tu o najprostszym rozumieniu pojęcia „intencji prawodawcy”, co nie oznacza, że nie należy wspomnieć o bardziej złożonym znaczeniu tego pojęcia, np. przedstawionym w filozoficznym traktacie *Imperium tekstu* prof. Marcina Matczaka⁹. Nie wchodząc w szczegóły teoretycznego roztrząsania pojęcia „intencji legislacyjnej”, jeśli przyjąć, że jest nią intencja „spowodowania za pomocą prawa określonych zmian w rzeczywistości”¹⁰, trzeba w sumie skonstatować, że prowadzi to nas, i chyba także Autora, do wniosku, że w efekcie powstaje tekst prawny „projektujący przyszły świat, w którym chce żyć dane społeczeństwo”¹¹. Czy kiedy tworzono Konstytucję z 1997 r. (a nawet gdy tę poprzednią zmieniano w 1989 r., wprowadzając KRS) społeczeństwo chciało żyć w świecie, w którym sądy byłyby podległe władzy, zwłaszcza partyjnej? Czy po to budowano KRS? Gdyby w sprawie KRS prawodawca chciał (miał intencję) przypisać Sejmowi wybór członków Rady reprezentujących nie tylko Sejm, ale też sędziów – to pewnie by to napisał, ale stałoby to w sprzeczności nie tylko z celem powołania KRS, ale też aksjologią wyrażoną w (co najmniej) art. 2, 10 i 173 Konstytucji RP z 1997 r. Interpretując prawo, nawet ten jego fragment, który jest – dla niektórych – niejasny, czy nie dość dosłowny, pamiętać należy także o owej intencji prawodawcy, którą moż-

⁸ S. Wronkowska, *Necessitas...*

⁹ M. Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie urzeczywistnienia świata możliwego*, Warszawa 2021.

¹⁰ *Ibidem*, s. 41 i n. Autor cały rozdział I poświęca analizie krytycznej interpretacji tego pojęcia.

¹¹ *Ibidem*, s. 198.

na odtwarzać przy pomocy wykładni historycznej. Lektura cytowanej wyżej książki prof. Bielskiej-Brodziak uświadamia, jak wiele dla interpretacji przepisu (normy, zasady) prawa może wynikać ze źródeł jego powstawania¹², a więc swoistego wykluwania się intencji prawodawcy i towarzyszących temu okoliczności faktycznych i prawnych.

Wracając jednak do praktyki „tego, co w Konstytucji jest lub nie jest napisane”, można przypomnieć – chociaż to tylko dygresja – niegdysiejszy dylemat z okresu tworzenia obecnej Konstytucji. Na jednym z posiedzeń podkomisji Komisji Konstytucyjnej ZN, w trakcie weryfikacji przepisów o budżecie zawartych w omawianej wówczas wersji projektu jednolitego Konstytucji, zastanawiano się, czy w artykule dotyczącym wyłączności inicjatywy ustawodawczej Rady Ministrów w zakresie ustawy budżetowej (obecny art. 221 Konstytucji) nie wystarczyłoby wskazać tylko, że wyłączność dotyczy ustawy budżetowej, czy potrzebne jest wyliczenie innych ustaw z tej sfery¹³. Uznano wówczas, że co do zasady wskazanie ustawy budżetowej powinno wystarczyć, bo pozostałe akty są pochodne i z racji pozycji Rady Ministrów, zwłaszcza w tych kwestiach, powinny podlegać tej samej zasadzie. Ale jednak pojawiła refleksja, że może bezpieczniej jest pozostawić wyliczenie; bezpieczniej, aby to było wyraźnie „napisane”, bo a nuż jakiś podmiot uzna, że ponieważ „nie jest napisane”, iż tylko Rada Ministrów może wnieść projekt ustawy o zmianie budżetu, to będzie mógł to uczynić jakiś dowolny inny podmiot, kiedy będzie mu to potrzebne, a okoliczności będą temu sprzyjać. Wówczas ta ostrożność wydawała się nadmierna, dziś już widać, że nie była.

Inny przykład związany jest wprawdzie z Trybunałem Konstytucyjnym, ale chodzi nie tyle o ten organ, co o interpretację Konstytucji związaną z regulacją ustawową dotyczącą tego organu. Jak pamiętamy, ustawy, precyzujące postanowienia kolejnych Konstytucji (1952, 1997) w kwestiach związanych z wyborem, składem i funkcjonowaniem TK, nosiły naturalny tytuł „ustawa o Trybunale Konstytucyjnym”¹⁴ i wiadomo było, że jest to ustawa, która reguluje to, co konkretnie poleca ustawie dana Konstytucja, ale także to, co w tej materii niezbędne, nawet jeśli to nie jest konkretnie wyliczone w Konstytucji, czyli „napisane”¹⁵. Kiedy w latach

¹² Interesujące byłoby zatem spojrzenie na kwestię wykładni prawa i intencji prawodawcy z równoczesnego punktu widzenia uwag prof. Matczaka i prof. Bielskiej-Brodziak w przywołanych pracach tych autorów.

¹³ Z doświadczenia własnego autorki, uczestniczącej w tym posiedzeniu.

¹⁴ Ustawy o Trybunale Konstytucyjnym: z 29.04.1985 r., Dz.U. z 1985 r. Nr 22, poz. 98 ze zm. (w tym t.j. z 1991 r.); z 1.08.1997 r., Dz.U. Nr 102, poz. 643 ze zm. (następnie powstały dwie kolejne ustawy o TK – w 2015 i 2016 r.).

¹⁵ Bo jak wynika to z wyższej mocy prawnej Konstytucji jako ustawy zasadniczej – obowiązkiem ustawodawcy zwykłego jest konkretyzacja zasad konstytucyjnych nie

2015–2016 przystąpiono do reformowania TK (zwanego kryzysem konstytucyjnym¹⁶) i zmian ustawy o TK, pomijając wszystkie dokonania w tym celu podejmowane, uchwalono ostatecznie dwie ustawy (a nawet trzy, włączając tę z przepisami wprowadzającymi), w tym jedną z tytułem wiernym poleceniu art. 197, tzn. „o organizacji i trybie postępowania przed TK”, bo „tak jest napisane” w Konstytucji i drugą, a nawet chronologicznie pierwszą – o statusie sędziów TK¹⁷ (choć to akurat „nie jest napisane” – nie zawsze jednak można oczekiwać logiki w takiej argumentacji). I zabrakło ustawowej regulacji trybu wybierania sędziów TK. Ponoć miało to być uregulowane później¹⁸. A na razie – i tak jest dotychczas – tryb ten określa Regulamin Sejmu. Znowu: jeśli w Konstytucji nie jest napisane, że ma być uchwalona ustawa o trybie wyboru TK, to czy może takiej ustawy nie być? I nawet nie chodzi o osobną ustawę, ale o odpowiedni przepis, jak to było w byłych ustawach o TK. Oczywiście, procedura dokonywania wyboru przez Sejm będzie wymagała określonego zakresu regulacji prawa wewnętrznego izby (np. instrukcji: podnieść rękę i nacisnąć przycisk), ale – co do zasady – nie wyłącznej regulacji. I wiedziano o tym, tworząc poprzednie ustawy o TK, zawierały one bowiem przepisy odnoszące się do wyboru członków/sędziów Trybunału. A teraz nie – bo „nie jest napisane”, że ma być? Czy zatem ten tryb może być ustanowiony wyłącznie w Regulaminie Sejmu? W art. 112 Konstytucji tym razem „jest napisane”, że RS określa „tryb powoływania [...] jego organów”. Jego, czyli organów Sejmu. No, ale przecież nie jest napisane, że TK nie jest organem Sejmu! A nawet jeśli jest napisane, że jest organem odrębnym i niezależnym – to gdzieś dalej, w innym rozdziale.

W zakresie interpretacji tego, co nie jest, lub nawet jest, napisane w Konstytucji, mamy też doświadczenie już historyczne – chociaż z niedalekiej historii, bo z okresu transformacji. Dotyczy tego, co w Małej Konstytucji było napisane, ale w sposób nieco dwuznaczny. To znaczy dla tych, którzy rozumieli intencje nowej regulacji systemu rządów w Małej Konstytucji, nie było to niejednoznaczne, ale jak się okazało – interpretacja mogła być inna. Otóż niezależnie od relacji Prezydenta i rządu, w ramach których Prezydent posiadał pewne uprawnienia w zakresie spraw zagranicznych (m.in. ogólne kierownictwo w zakresie stosunków zagranicznych) lub bezpieczeństwa państwa, zaś Prezes Rady Ministrów miał

tylko wtedy, kiedy Konstytucja to *expressis verbis* poleca, ale także wtedy, kiedy to niezbędne, aby mogła być stosowana.

¹⁶ Zob. P. Radziejewicz, P. Tuleja (red.), *Konstytucyjny spór o granice organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego: czerwiec 2015 – marzec 2016*, Warszawa 2017.

¹⁷ Obie z 30.11.2016 r. oraz przepisy je wprowadzające z 13.12.2016 r.

¹⁸ Prawdopodobnie zakładano poszerzenie przepisów samej Konstytucji i „tymczasowe” pozostawienie regulacji w RS.

informować Prezydenta o podstawowych problemach polityki państwa (należącej do Rady Ministrów), jednak w odniesieniu do rządu – kierował nim premier (tylko w odniesieniu do trzech resortów uzgadniał ich obsadę z Prezydentem). Stąd też, jeśli na tym tle sformułowano zasadę, że na wniosek Prezesa RM Prezydent może dokonywać zmian w składzie RM, oznaczało to możliwość udziału Prezydenta w sprawach zmian na poszczególnych stanowiskach ministerialnych, ale tylko w zakresie wniosku szefa rządu, nie oznaczało zaś decyzji Prezydenta o charakterze uznaniowym. Czyli sformułowanie „może dokonać zmiany” oznaczało dopuszczalność takiego działania (jak niegdyś możliwość Rady Państwa, gdy Sejm nie obradował), nie zaś przyznanie głowie państwa prawa swobodnej decyzji. Ówczesny Prezydent nie przychylił się do konkretnego wniosku premiera o odwołanie ministra, bo Prezydent „jak może, to nie musi”, czyli odwoła, jak chce, a akurat nie chciał¹⁹. I chyba nie tyle chodziło o ministra, którego chciał wymienić premier, co o swego rodzaju demonstrację i poszerzenie władzy głowy państwa.

Żeby nie wnioskować stąd, że to tylko w RP możliwe, właśnie okazało się coś podobnego w Republice Czeskiej. Grudzień 2021 r., trwa tworzenie i powoływanie po wyborach nowego rządu koalicyjnego. Nowo kreowany premier proponuje skład wynegocjowanego w pięciopartyjnej koalicji rządu, ale Prezydent na jednego z ministrów (spraw zagranicznych) się nie zgadza (bo za słabo wykształcony, tylko licencjat²⁰). Konstytucja Republiki Czeskiej opiera się na standardach systemu parlamentarnego, może bardziej w duchu parlamentaryzmu dualistycznego, bo przyznaje Prezydentowi Republiki pewne uprawnienia w zakresie kontroli rządu. Mimo prawa do powoływania i odwoływania członków rządu w procesie tworzenia nowego rządu, jego skład (ministrów) powołuje na wniosek szefa rządu. Nie ma uprawnienia do „przebierania” wśród kandydatów na ministrów, bo działają tu zasady kultury prawnej parlamentarnego systemu rządów i akurat w tej sprawie w czeskiej Konstytucji wszystko jest jasno napisane.

Ale oto właśnie wydarzenia bieżące każą nam wrócić do kraju. Dymisja ministra finansów (7 lutego 2022 r.). Rzeczniczka partii PiS, głównej partii rządzącej, przed siedzibą partii informuje, że kierownictwo PiS

¹⁹ Zob. A. Krok-Paszkowska, *Constitutional Powers versus Political Practice in Poland between 1990 and 1997*, [w:] *Konstytucja i władza we współczesnym świecie. Doktryna – prawo – praktyka. Prace dedykowane profesorowi Wojciechowi Sokolewiczowi na siedemdziesięciolecie urodzin*, red. M. Kruk, J. Trzciniński, J. Wawrzyniak, Warszawa 2002, s. 232.

²⁰ Ale jak podaje prasa – wysuwane były także inne „zarzuty”, m.in. proeuropejskość. I także uważa się, że przyczyną rzeczywistą sporu były ambicje Prezydenta, wobec których nie chciał ustąpić premier; zob. m.in. M. Kokot, *Czeski rząd w zawieszeniu*, „Gazeta Wyborcza”, 14.12.2021, s. 10.

przyjęło dymisję ministra. W polskiej Konstytucji rzeczywiście nie jest wprost „napisane”, że minister składa dymisję premierowi, nie zaś kierownictwu partii, ale wynika to z ustrojowego kontekstu. Konstytucja z 1997 r. zawiera kilka przepisów dot. powoływania, odwoływania, dymisjonowania rządu, Prezesa RM i ministrów i wydawało by się, że wynika z nich, iż taka czy inna procedura w tym zakresie przebiega w trójkącie: Sejm, Rada Ministrów i/lub Prezes RM, Prezydent. Nie widać tam KC (kierownictwa centrali partii), ale znowu „nie jest napisane”, że to nie ono przyjmuje dymisję ministra. Mimo to trudno nawet podejrzewać, że pojawi się taka interpretacja, a zwłaszcza, że to właśnie w tym gronie, w siedzibie partii, domyślono się, że minister chciałby złożyć dymisję, przyjęto ją i rzeczniczka prasowa partii ogłosiła decyzję²¹ (tym razem premier nie zwrócił się jeszcze do Prezydenta o dokonanie zmiany w składzie RM, bo być może kierownictwo polityczne nie wybrało jeszcze nowego ministra – zadania ministra powierzono premierowi). Nie ulega wątpliwości, że dymisjom w zakresie obsady rządu towarzyszą motywacje polityczne, decyzje partyjne, ale decyzje należące do organów państwa powinny podejmować organy państwa. Żeby aż tak nie przestrzegać formalnych zasad Konstytucji, potrzeba dużo politycznego ich lekceważenia.

156

Tu, i w wielu podobnych okolicznościach, nie wszystko musi być napisane. Bo jeśli domagamy się, aby wszystko było napisane, to jak powiada Marcin Król: „zastępujemy coraz częściej zasady przyzwoitości regulacjami prawnymi, co jest bardzo niekorzystne. Szerzej sprawy traktując, można powiedzieć, że prawo zastępuje kulturę i obyczajowość konstytucyjną [...]. Nawet zupełnie zimna demokracja proceduralna nie jest w stanie egzystować bez kultury demokratycznej”²².

I przy okazji, skoro o kulturze politycznej mowa, można wspomnieć o pewnym jej braku w przypadku pełnienia np. funkcji Marszałka Sejmu. Bo znowu nie jest w Konstytucji *expressis verbis* napisane, że postawę osoby wykonującej tę funkcję cechować powinna bezstronność. Skoro jednak Marszałek Sejmu „strzeże praw Sejmu i reprezentuje Sejm” – Sejm, a więc całą izbę – tak większość, jak i opozycję, to z racji tych przymiotów (obowiązkowych – a to właśnie jest napisane w Konstytucji) nie może być funkcjonariuszem partii rządzącej czy rzecznikiem większości sejmowej. Czyli jakby było napisane. Ale zdarza się w praktyce, że gdy brak dosłownej zasady i brak odpowiedniego zwyczaju parlamentarnego (jak w Polsce²³), to

²¹ Bukiet wręczono ministrowi już w gmachu ministerstwa. Minister Finansów złożył rezygnację, przyjmując na siebie odpowiedzialność za błędy w Polskim Ładzie.

²² M. Król, *Jaka demokracja?*, Warszawa 2017, s. 15–16.

²³ Zob. M. Zubik, *Organizacja wewnętrzna Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 81.

Marszałek może jawnie i bez żenady strzec interesu swojej partii²⁴. Przeciwwstawiać takiej praktyce można praktykę (zasady prawne lub zwyczaje) niektórych innych państw, zwłaszcza np. Wielkiej Brytanii. Do jej dosłownego naśladowania trudno jednak namawiać we współczesnym państwie niemającym wielowiekowej tradycji w tym zakresie, ale choćby we Francji przynajmniej istnieje świadomość, deklarowanie i próby realizacji takiej zasady. A ponieważ w tytule niniejszego tekstu zapowiedziano, że może czasem coś „powinno być napisane” w Konstytucji, to tu akurat taka sugestia byłaby na miejscu. Nie dlatego, że bez przepisu jest to niemożliwe, bo żeby dostrzec konstytucyjny wymóg bezstronności partyjnej Marszałka Sejmu nie trzeba tego pisać, ale dlatego, żeby przeciąć złą tradycję i złe zwyczaje zastąpić lepszymi.

Skoro o bezstronności mowa, to nasuwa się myśl o sędziach Trybunału Konstytucyjnego. I jak powyżej już wspomniano, nie o sam ten organ chodzi, bo „zawłaszczenie partyjne” tego organu jest już oczywiste (wszyscy sędziowie – po ostatnim akcie powołania – zostali wybrani jako kandydaci prezentowani przez jedną opcję polityczną – większość rządzącą). O tym nie warto już pisać, choć o błędzie Konstytucji pozostawiającej ten wybór wyłącznie w gestii Sejmu już wspomniano. Chodzi jednak o wybór ostatnio dokonany, gdy kandydata większości rządzącej przedstawiał minister Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, który po wyliczeniu zasług kandydata dla prokuratury (bo wybierano prokuratora krajowego) stwierdził w podsumowaniu jego kwalifikacji, jako ich ukoronowanie, że dają pewność, iż jako sędzia TK nie będzie on miał żadnego dylematu, czy Konstytucja polska jest ważniejsza niż prawo wspólnotowe. Wobec częstych ostatnio dylematów tego rodzaju, także kierowanych do rozstrzygnięcia Trybunałowi Konstytucyjnemu, wybierający (czyli posłowie, Sejm) już z góry zostali zapewnieni, jak w razie czego będzie w tych sprawach rozstrzygał ten sędzia.

Ponieważ nieco podobnie z góry było wiadomo, jak w takiej sprawie rozstrzygać może sędzia, która przed powołaniem do TK wypowiedziała się publicznie o „europejskiej szmacie” (flaga UE), to być może wykluwa się powoli zwyczaj (konstytucyjny?) deklarowania przez kandydatów

²⁴ Zagadnienie to nie jest tu szerzej rozwinięte, bo do druku przygotowany jest obszerniejszy tekst autorki na ten temat. Ale ponieważ życie polityczne przynosi coraz to nowe zjawiska, warto dorzucić, że właśnie 10 lutego 2022 r. pojawiła się wypowiedź posła Pawła Kukiza, który przygotował i złożył projekt uchwały o powołaniu komisji śledczej ds. inwigilacji. Odnosząc się do uwagi, że Marszałek Sejmu może przetrzymać uchwałę przez cztery miesiące, zagroził, że jeśli w ciągu miesiąca nie podda jej głosowaniu, on zerwie umowę z PiS o popieraniu partii i rządu w głosowaniach. Ta wypowiedź, wielokrotnie bez zdziwienia powtarzana w mediach, dowodzi, jak postrzegana jest publicznie rola Marszałek Sejmu w kierowaniu pracami Sejmu aktualnej kadencji i jej powiązanie z partią rządzącą.

do TK o sposobie, w jaki będą rozstrzygać w określonych sprawach, np. w kwestiach wynikających z relacji RP, jako państwa członkowskiego, z Unią Europejską. I to dobrze, bo zwyczajnie są potrzebne, gdy coś nie jest w Konstytucji wprost nakazane. A właśnie to, żeby przed wyborem sędziego TK zgłaszający kandydaturę (lub sam kandydat) zapewniał, jak będzie orzekał w sprawach, na których zależy rządzącej opcji politycznej, nie jest.

A mówiąc poważnie, w świetle tego doświadczenia można jednak postawić Konstytucji zarzut, iż nie wymaga od kandydatów do TK określonej karencji, czyli upływu czasu między wejściem w skład sędziów Trybunału a pełnieniem określonych funkcji państwowych, zwłaszcza mandatów posłów (senatorów) czy osób zatrudnionych na określonych, z reguły politycznie zorientowanych, stanowiskach kierowniczych – ministrów, prokuratorów, szefów urzędów itp. Bo wprawdzie konieczność niezależności sędziów TK jest w Konstytucji „nakazana”, ale karencja, jako jedna z jej gwarancji, rzeczywiście nie jest przewidziana. A być powinna²⁵.

158 W ostatniej dekadzie grudnia 2021 życiem politycznym RP wstrząsnęła wiadomość o urządzeniu zwanym *Pegasus* (określanym jako ofensywne urządzenie wywiadowcze, a nawet broń cybernetyczna), a początek roku 2022 wypełniły dywagacje na jego temat. Dramatyczne, jeśli chodzi o jego możliwości techniczne i zastosowanie, a także komiczne, gdy odpowiedzialni za ewentualne związki z rzeczoną *Pegasusem* (np. minister sprawiedliwości) twierdzili, że zapewne chodzi o latającego konia ze skrzydłami, bo w Polsce nikt nie kupił tego urządzenia, a nawet wielu, choćby premier, nie wiedzą o czym mowa. Sprawa się częściowo wyjaśniła, gdy wicepremier ds. bezpieczeństwa potwierdził zakup instrumentu i jego niezbędność. A także fakty, że zakupu dokonano z Funduszu Sprawiedliwości, powołanego dla zgoła innych celów (czyżby stał się Funduszem Prawa i Sprawiedliwości, bo co za problem, że jedno słowo nie jest napisane?) zostały przekazane przez Prezesa NIK badającego sprawę środków finansowania tego zakupu. Nadal niejasne są okoliczności i cele jego zastosowania, choć inwigilowani, w tym szef sztabu wyborczego partii opozycyjnej, pokazują potwierdzenia. Obecnie, czyli w czasie pisania tego tekstu, sprawa „jest w toku”, ale też nie chodzi tu ani o reporterskie informacje, ani nawet o takie czy inne rozwiązanie problemu.

Chodzi o pytanie, czy znowu – jeśli się to formalnie potwierdzi – swoboda postępowania władzy (utajnione nabycie, niewiadome zastosowa-

²⁵ Podejmowana w tej sprawie dyskusja w okresie przygotowywania ustawy o TK z 2015 r. nie przyniosła rezultatu. Zob. M. Kruk, *O sposobie powoływania sędziów Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] *Państwo demokratyczne, prawne i socjalne. Księga Jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Maciągowi*, t. 1, *Studia Konstytucyjne*, red. M. Grzybowski, P. Tu-leja, Kraków 2014, s. 295.

nie, brak kontroli) wynika stąd, że w kolejnym przypadku „nie jest napisane” w Konstytucji, że tak być nie powinno? Co więcej – tu nawet trudno będzie uznać, że prawo tego nie zakazało, bo raczej okazać się może, że prawa w tym zakresie w ogóle nie było.

Tymczasem to prawo, które jednak jest, to art. 7 Konstytucji. Jest w nim przecież „napisane”, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa, zaś w literaturze przedmiotu, orzecznictwie TK i NSA, poświęcono sporo objaśnień, komentarzy, wyroków i ich uzasadnień²⁶, pozwalających wyprowadzić z tej zasady, zwanej zasadą legalizmu, wnioski co do znaczenia określeń „podstawa prawna i granice prawa”, którymi powinna się kierować władza, podejmując konkretne decyzje. Jerzy Jaskiernia bardzo mocno podkreśla, że rozumienie zawartego w art. 7 wskazania „na podstawie prawa” nie oznacza jakiegokolwiek prawa, ale w ślad za wyrokiem NSA „działanie w granicach przyznanej kompetencji”, zaś zadań nie można utożsamiać z kompetencjami²⁷.

W debacie publicznej, w wypowiedziach specjalistów, trwa wciąż dyskusja o charakterze zakupionego urządzenia (technologii, procedurach uruchamiania, konsekwencjach, zakresie inwigilacji itd.), wskazuje się zarazem, że może być ono zakwalifikowane do procedur operacyjnych, jednak innego typu niż dotychczas stosowane, ze względu na jego specyfikę technologiczną i zakres możliwości²⁸. W tej sytuacji stanowi ono instrument dotychczas nieznanymi (co musi też oznaczać, iż nieznanymi obowiązującym prawu²⁹, bo gdyby to prawo istniało, nie byłoby nieznanymi) w zakresie oddziaływania na i wobec obywatela, jego prywatności w odniesieniu do sfery nie mającej znaczenia dla prowadzonego śledztwa czy domniemanego przestępstwa. W tej sytuacji – jeśli zgodnie z wypowiedzią wicepremiera ds. bezpieczeństwa, urządzenie takie powinno być w wyposażeniu polskich służb – pojawienie się i przyjęcie go do serwisu instrumentów śledczych powinno być wcześniej opracowane prawnie. Byłaby tu niezbędna ustawa (wymaga jej art. 31/3 Konstytucji), zawierająca opis, dopuszczalność ogólną i szczegółową, środki kontroli, zastrzeżenia co do depozytu, informacje o okolicznościach i pozyskanych

²⁶ Zob. m.in. najnowsze opracowanie: J. Jaskiernia, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 7, 8, 9*, Warszawa 2021, s. 14–78 (Art. 7).

²⁷ *Ibidem*, s. 60–61 (tamże wskazania cyt. wyroków).

²⁸ Z natury rzeczy w niniejszych rozważaniach opierać się można na stanie debaty publicznej, jaka ma miejsce w czasie pisania tekstu (przełom lat 2021/2022), za kilka tygodni czy miesięcy zapewne będzie to już nieaktualne, bo sprawa się bardziej wyjaśni – zresztą każdy dzień przynosi nowe informacje, ale taki jest skutek podjęcia problemu „na gorąco” – tylko czy można go było nie podjąć?

²⁹ W chaotycznej medialnej dyskusji pojawił się nawet argument, że skoro prawo tego nie przewiduje, to znaczy, że nie zakazuje, a co nie zakazuje, to dozwolone.

informacjach niemających znaczenia dla śledztwa itp. Ustawa określałaby ową niezbędną kompetencję oraz stanowiłaby przyznanie uprawnień do posługiwania się taką procedurą oraz gwarantowała jawność jego posiadania i stosowania, z zastrzeżeniem zakresu niezbędnej niejawności (nie musi nakazywać, jak w stanie wojennym w PRL, uprzedzania „rozmowa kontrolowana”, ale informowania o fakcie inwigilacji *post factum*³⁰).

Osobna ważna kwestia to stworzenie systemu kontroli działania państwa (jego służb) w tym zakresie. I to przy świadomości, że (każda) zbaczająca z drogi demokratycznej władza mogłaby taki czy inny organ kontroli zawłaszczyć, a więc system powinien być zbudowany tak, aby to nie było możliwe. Takiej metody dotychczas w RP nie odkryto, więc w tym przypadku być może należałoby albo wzmocnić Konstytucję, zarówno w zakresie zasad, jak i instytucji, albo rozbudować zasadę wyrażoną w art. 7, bo – jak widać – na razie działanie władzy w zakresie nowej technologii inwigilacji obywateli nie ma ani podstawy prawnej, ani określonych granic, a z debaty publicznej wynika też, że z tą kontrolą, choćby tylko wstępną w formie zgody sądu na dopuszczalne obecnie formy, też może nie być najlepiej³¹. Rząd może się więc bronić, że przecież w Konstytucji nie jest napisane, że *Pegasus* nie może śledzić opozycji w trakcie kampanii wyborczej. A opinii społecznej może się wydawać, że taki zakaz jest w art. 7 (a także w art. 2 i innych) wyraźnie sformułowany. Jest to ważne także na przyszłość, w której postęp technologiczny może spowodować wprowadzenie do systemu jakichś nowych mitologicznych postaci, np. Sfinksa, Cerbera czy Herkulesa (bo Augiasz już chyba jest) i prawo powinno być na ich przyjęcie przygotowane. I okazało się, że tę samą obawę o inwazję mitologii w przyszłości przejawia Adam Bodnar, pisząc: „Obecnie dyskutujemy o Pegasusie. Za chwilę mogą pojawić się Uranie, Hermesy czy inne Zeusy. Skoro technologia pozwala na coraz dalej idącą inwigilację, to służby będą dążyły do ich posiadania [...], ale to nie znaczy, że mogą to robić bez jakiegokolwiek nadzoru. [...] Im więcej technologii, tym mniej zaufania i tym więcej nadzoru”³².

Nie bez powodu przywołano opinię byłego RPO. Nie tylko obawia się on o przyszłość, ale ma na koncie także ważny dokument, opracowany przy współpracy grupy ekspertów, nazwany ostatnio na użytek medialny wymownie: „osiodłać Pegaza” i analizujący problem respektowania

³⁰ O takim postulatcie organizacji społecznych pisze E. Ivanowa w solidnie przygotowanym artykule: *Kontrola nad służbami to fikcja*, „Gazeta Wyborcza”, 13.01.2022, s. 6.

³¹ Zob. m.in. relację w artykule cyt. wyżej, gdzie m.in. z wypowiedzi sędziów wynika, że nie mogli się orientować w kwestiach szczegółowych, zwłaszcza co do stosowanej techniki operacyjnej.

³² A. Bodnar, *PiS wpiszczoney do kurnika*, „Wolna Sobota”, magazyn „Gazety Wyborczej”, 22–23.01.2022, s. 36.

praw obywatelskich w działalności służb specjalnych i policyjnych. Zawierający nie tylko postulat konieczności regulacji prawnej tych kwestii, ale też, co cenne, wskazówki dotyczące charakteru i zakresu tej regulacji. W tym utworzenie niezależnego organu kontroli służb specjalnych. Tak więc z punktu widzenia, czy trzeba coś w Konstytucji zmienić – wydaje się, że tak: właśnie obowiązek (dosłownie napisany) sporządzania takich regulacji prawnych i ustanawiania gwarancji dla ich przestrzegania.

Na tle wspomnianej wyżej historii pojawił się problem powołania komisji śledczej. Opozycja się jej domaga³³, rząd zapowiada, że jej nie będzie. To nie jest przejęzyczenie – bo to właśnie przedstawiciele rządu: premier, minister sprawiedliwości, wicepremier ds. bezpieczeństwa i inni, wypowiadają się przeciw i zapowiadają, że do powołania komisji śledczej nie dopuszczają. A przecież komisja śledcza jest jedną z form parlamentarnej kontroli rządu i byłoby przyzwoicie, gdyby rząd w tej sprawie głosu nie zabierał (na marginesie – rząd, premier, kierownictwo partii, większość parlamentarna, marszałek Sejmu są już tak utożsamione, że nawet na użytek publiczny nie rozdzielają swoich ról). W sukurs przyszedł rządowi jeden z byłych premierów (opinia publiczna uważa, że jego partia przegrała wybory z powodu tzw. komisji Rywina³⁴), który oświadczył „jeśli rządzisz, to nie powołuj komisji śledczej”³⁵. Z punktu widzenia rządu i tym samym partii (koalicji) rządzącej i jej większości w Sejmie, powoływanie komisji śledczej jest korzystne, gdy do wyświetlenia byłaby kwestia szkodliwa dla partii opozycyjnej, w przeciwnym razie rację ma Leszek Miller. I choć konstytucyjnym nieporozumieniem jest wypowiedanie się rządu w tej kwestii, niestety sama Konstytucja się do tego przyczynia, nie określając bliżej warunków powołania komisji, tylko odsyłając procedurę do ustawy (art. 111)³⁶. Tymczasem ustawa wymaga powołania komisji przez Sejm większością bezwzględną, czyli opozycja ma tu małe szanse. Szkoda, że w tym zakresie twórcy Konstytucji nie poszli śladem niektórych innych (może bardziej doświadczonych) państw i nie zdecydowali, że powołanie komisji powinno być możliwe także wtedy, gdy optuje za nią określona mniejszość i powinno to stanowić jeden z warunków konstytucyjnych, jak np. w RFN, gdzie komisja jest powoływana na wniosek co najmniej 1/4 deputowanych izby. Taki pogląd został już w polskiej literaturze prawniczej wyrażony przez Krzysztofa Skotnickiego, który w kontekście rozważań o zmianach w Konstytucji stwierdził: „Dopuszczam również obowiązek

³³ Wniosek PO został złożony w pierwszej połowie stycznia, ale „zamrożony”. Nowy wniosek z inicjatywy Kukiz'15 także został złożony, zob. przyp. 24.

³⁴ Powołanej przez kilka klubów, w tym SLD, w roku 2003.

³⁵ Według TVN 24, 8.01.2022 r.

³⁶ Ustawa z 21.01.1999 r. o sejmowej komisji śledczej, t.j. z 2009 r. Nr 151, poz. 1218.

tworzenia komisji śledczych na wniosek określonej grupy posłów”³⁷. I być może warto jeszcze dorzucić, że dopuszczalna powinna być kontynuacja zaawansowanych prac, gdyby sprawa nie została z powodu upływu kadencji wyświetlona tak, aby mógł być przygotowany raport.

Ale to nie znaczy, że polski parlament nie ma doświadczenia w zakresie komisji śledczych³⁸. Może nie byłoby przesadą powiedzieć, że chodzi głównie o doświadczenie niepowołanych komisji, gdy np. w kadencji IV na 23 wnioski powołano trzy komisje, w VIII na 20 wniosków – dwie, a w IX na 7 wniosków – żadnej³⁹. I chociaż nie zawsze większość rządząca była im przeciwna, to jednak coraz bardziej dla opozycji powołanie komisji było nieosiągalne.

Przekonanie o stanowczości rządu w kwestii komisji śledczej ds. *Pegasusa* spowodowało, że zaktywizował się Senat i choć izba ta nie sprawuje kontroli nad rządem, postanowił powołać komisję nadzwyczajną (ze świadomością braku jej uprawnień śledczych)⁴⁰. Ze wstępnych zapowiedzi wynika, że będzie podejmowała próby nie tylko ustalania faktów, ale i przygotowania projektu recepty na przyszłość. Abstrahując od zalet, wad i przyszłych wyników prac tej komisji, a zwłaszcza kwestionowania jej uprawnień, jest ona nie pierwszym już, ale tym razem wyraźnym sygnałem niedosytu Senatu w zakresie wyposażenia go w jakieś rzeczywiste kompetencje, poza rolą „refleksji” ustawodawczej, mniej znaczącej zwłaszcza wtedy, gdy większość sejmowa arbitralnie odrzuca wszelkie skutki tej senackiej refleksji, bo wystarczy do tego zdyscyplinowana większość sejmowa. Być może w przyszłości konstytucyjna koncepcja dwuizbowości powinna być ponownie przemyślana⁴¹.

I nie musi tu chodzić wyłącznie o rolę drugiej izby w funkcjonowaniu władzy ustawodawczej, ile w szerszym aspekcie: istnienia, w warunkach demokracji większościowej, bezpieczników gwarantujących, że większość nie zawłaszczy wszystkich instytucji i procedur. Jeśli aktualnie w RP przy-

³⁷ *Ankieta konstytucyjna*, red. B. Banaszak, J. Zbieranek, Warszawa 2011, s. 111 (odpowiedź prof. K. Skotnickiego, s. 102).

³⁸ Zob. m.in. M. Stębelki, *Kontrola Sejmowa w polskim prawie konstytucyjnym*, Warszawa 2012, s. 246 i n.

³⁹ Reporterski zestaw komisji śledczych w prasie: S. Szolucha, K. Korzeniowska, *Jak PiS zniechęciło komisje śledcze*, „Gazeta Wyborcza”, 17.01.2022, *Ekonomia*, s. VIII.

⁴⁰ Powołana 13.01.2022 w składzie przewidującym „parytetowy” (a raczej politycznie proporcjonalny) udział senatorów wszystkich klubów i kół, ukonstytuowała się tego samego dnia. Członkowie klubu PiS odmówili wejścia w jej skład.

⁴¹ Bo w literaturze dotychczasowe przemyślenie nie jest dostrzegane, zob. np. K. Skotnicki, *Senat III RP – nieprzemyślany czy niepotrzebny?*, [w:] *Dwadzieścia lat transformacji ustrojowej w Polsce*, red. M. Zubik, Warszawa 2010, s. 203. Ostatnia kadencja wskazuje, że druga izba bywa potrzebna, jeśli nie jako organ refleksji, to pewnej równowagi, i przyszła Konstytucja powinna to uwzględnić.

padkiem pozostał niezależny od władzy rządzącej Prezes NIK, choć przecież był wybrany jako „swój”, a dzięki Senatowi nie udało się wybrać „swojego” RPO, choć kilka prób podjęto i nawet pomagał Trybunał Konstytucyjny, jeśli w składzie Senatu zabrakło jednego senatora z partii rządzącej, a drugi (z jej klubu) stara się nie ulegać każdemu nakazowi, jeśli nie wszystkich sędziów czy prokuratorów udało się już wymienić – to istnieją wciąż te punkty oporu osłabiające w imię demokracji pełny „autorytet”, gdy rządzi jedna opcja polityczna nie zmuszona do respektowania prawa, ponieważ ma pod kontrolą wszystkie instytucje. I chociaż te wymienione wysepki demokracji nie wystarczają do poskromienia rządzącego autorytetu, to jednak pokazują, jak są potrzebne. I wydaje się, że jest to lekcja dla przyszłej Konstytucji, co powinno być w niej „napisane”. Doświadczenie (nie pierwsze w historii demokracji) wskazuje, że w przypadku wielu wersji rządów i układów politycznych, nie wszystko musiałyby być „napisane”, a system i tak pozostałby demokratyczny, ale że czasem trzeba przewidzieć wyraźny przepis (zasadę) na wszelki wypadek.

W planie niniejszego tekstu nie było nawiązywania do negatywnych zjawisk w praktyce parlamentarnej w zakresie legislacji, która od pewnego czasu przyjmuje szczególne „oblicze legislacji” (żeby wykorzystać trafny tytuł wspomnianej konferencji PTL), nie tylko dlatego, że obszerniejszy tekst autorki w tym zakresie znajduje się w druku, ale także dlatego, że w procedurze legislacyjnej więcej jest „napisane” niż nienapisane, a przecież i tak nie jest respektowane. Ale nie można przemilczeć tego, co zaprezentowała władza (zarazem wykonawcza i ustawodawcza), wprowadzając w życie tzw. Polski Ład. Czyli ustawę zmieniającą w sposób zasadniczy system podatkowy, różnicujący w istotny sposób podatkowe korzyści i obowiązki obywateli. Już w toku przygotowywania tej ustawy słyhać było zastrzeżenia, i to ze strony Biura Analiz Sejmowych, że w przypadku ponad 700 stron tekstu samych przepisów, za krótki był czas od wniesienia projektu do przeprowadzenia I czytania. Jeśli za krótki nawet dla BAS, to co dopiero dla posłów, zwłaszcza z opozycji, którym nie jest wszystko jedno. Że uchwalenie ustawy nastąpiło tuż przed upływem ostatecznego terminu (30 listopada) i jeszcze było (i wciąż trwa) nowelizowanie („tych kilku uchybień”) już po jej wejściu w życie (jak donoszą media, w połowie lutego – było już ponad 850 poprawek), czyli ma miejsce zmiana prawa podatkowego już w roku podatkowym, a przy tym brak *vacatio legis*. Że ma miejsce wycofywanie się urzędów z już wypłaconych pensji (niższych tym, którym miały wzrosnąć), szkolenia „w biegu” służb skarbowych, żeby rozumiały nowe prawo itp. Niezależnie od tego dramatycznego nieporządku, obrazującego brak kompetencji i przerost politycznej ambicji nad racjonalnością działania, istotna byłaby też analiza, po co wprowadzono szereg nowych przepisów. Po co w okresie tak wysokiej

inflacji i drożyzny wyjęto spod ochronnego odliczania od podatku 9-proc. składkę na ZUS, która niewyobrażalnie podnosi pierwszy próg podatkowy? Dlaczego zrobiono to teraz, kiedy jednocześnie wymyśla się tarcze przeciw drożyznie np. prądu i gazu? Po co likwidowanie wspólnego rozliczenia samotnych rodziców z dzieckiem i jednocześnie wprowadzanie na to miejsce ulgi, która nie obejmie jednak znacznej liczby tych samotnych, czyli im się podatek podniesie? I szereg innych podobnych działań. Gdyby się wczytać w Konstytucję, to tam zarówno w odniesieniu do procedury (rozwija ją Regulamin Sejmu), jak i pozostałych zasad raczej „jest napisane”, że tak czynić nie można.

Najgorsza w tym jest jednak nieskrywana nawet polityczna intencja, żeby przed wyborami dać swojemu elektoratowi jakiś zysk już w tym roku, to do wyborów w przyszłym o nieładzie w Ładzie zapomni. Czy Konstytucja mogłaby takiemu cynizmowi władzy zapobiec? Co musiałoby być w niej „napisane” więcej, niż jest?

W świetle powyższej kwintesencji obecnego oblicza legislacji, jest już niemal niewinnym potknięciem uchwalenie tzw. Lex TVN, w odniesieniu do ostatniego stadium procedury, czyli rozpatrzenia aktu po podjęciu uchwały przez Senat. Tu akurat pośpiechu nie było (wydaje się, że takie „zamrożone” etapy postępowania w niektórych przypadkach poprawiają statystykę średniego czasu uchwalania ustaw, bo go wydłużają – ale zarówno tryb pilniejszy od pilnego, czyli np. trzy czytania w jeden dzień, jak i odkładanie rozpatrywania aktu na miesiące, świadczy o kompletnym lekceważeniu zasad poprawnej legislacji). Pośpiechu nie było, bo uchwała Senatu nie była po myśli większości sejmowej (odrzucała ustawę uchwaloną przez Sejm) i – jak to szczerze wyznał wicemarszałek Sejmu – czekało na dobry moment, żeby zadziałać z zaskoczenia. Tak właśnie się stało, tylko nie wzięto pod uwagę, że wymagało to zwołania komisji na co najmniej trzy dni wcześniej, ale co ważniejsze – zaproszenia przedstawiciela Senatu – i tu już nie było możliwości pominięcia tego fragmentu procedury. Nie było? No to co? Chociaż tak „jest napisane” w Regulaminie Sejmu, to jak trzeba przepis zignorować, to trzeba. I udało się. Niestety w Konstytucji jest też napisane, że Prezydent może odmówić podpisania ustawy, co właśnie uczynił. Konstytucja przewiduje, że weto Prezydenta rozpatruje Sejm i nawet może je obalić, czyli ponownie uchwalić ustawę, ale o tym fragmencie procedury już dawno zapomniano (może dlatego, że wymaga większości 3/5?). Więc chociaż w Konstytucji jest napisane, że Prezydent zwraca Sejmowi ustawę z umotywowanym wnioskiem do ponownego rozpatrzenia, od dawna żadne weto nie było poddane debacie. A przecież nawet brak ponownego uchwalenia nie przekreśla korzyści z ponownego rozpatrzenia. Czy znowu Konstytucja powinna dosłownie wyrazić taki obowiązek?

Chociaż tych kilka zasygnalizowanych wyżej spraw nie wyczerpuje zagadnienia działania władzy na podstawie Konstytucji niezgodnie z intencją ustrojodawcy, pora uznać, że problem już został wywołany. Choć nie każdego może to przekonywać, że w ogóle jest problem.

A mimo to na zakończenie jeszcze tylko jeden przykład, w którym w Konstytucji coś „jest napisane” nie wprost, ale zarazem nie jest napisane na tyle wyraźnie, aby nie uznać jej błędu. Chodzi o konstytucyjną regulację samorządów⁴². Bo przecież samo użycie pojęcia „samorząd” (tu chodzi o terytorialny) powinno wystarczyć dla odtworzenia jego koncepcji prawnej i społecznej. I na tej podstawie zagwarantowania mu w ustawie zasadniczej podstawowych warunków niezbędnych do praktykowania owej samorządności. I właściwie już samo pojęcie samorząd powinno wystarczyć, aby otrzymał niezbędne kompetencje, żeby był jasny zakres, w jakim ma wykonywać samorządnie te kompetencje i mieć zapewnione środki do ich realizacji. Czyli, aby to nie każdorazowa władza – według własnego swobodnego uznania – je określała, a co więcej – przyznawała i wykonywała. Bo wtedy, jak już zauważono, to nie będzie domena samorządu, ale samego rządu⁴³.

Jak to zatem wygląda w Konstytucji RP? Owszem, używa pojęcia samorządu i odchodzi definitywnie od koncepcji – jak to było w PRL – „rad narodowych”, czyli terenowych organów władzy państwowej. Ta zmiana wskazuje na intencję ustawodawcy konstytucyjnego, aby od koncepcji zarządzania przez organ administracji przejść do koncepcji samorządności danej wspólnoty lokalnej⁴⁴. Rady narodowe zarządzały na określonym terytorium, samorząd jest formą samodzielności danych wspólnot terytorialnych. Czyli sam ten fakt powołania systemu samorządności terytorialnej powinien przesądzić o relacji rząd – samorząd.

Konstytucja już na wstępie rozdziału VII powiada, że samorząd wykonuje zadania publiczne nie zastrzeżone „przez ustawy dla innych władz”. I owa ustawa towarzyszy samorządowi we wszystkich aspektach: tyle on ma samorządności, ile mu przyzna ustawa. Oczywiście ustawa, i taka jest intencja Konstytucji, powinna uwzględnić wszystkie te okoliczności, które

⁴² Zagadnienie to jest obszernie dyskutowane i opracowane w literaturze, zob. m.in. *Konstytucyjne umocowanie samorządu terytorialnego*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2018. Książka zawiera spojrzenie na samorząd terytorialny z różnych punktów widzenia Konstytucji. Nie bez argumentów na rzecz tezy, o której mowa.

⁴³ Zob. M. Kruk, *Samorząd w parlamencie państwa unitarnego*, [w:] *Unitarny charakter państwa a samorząd terytorialny*, red. M. Stec, K. Małysa-Sulińska, Warszawa 2019, s. 15.

⁴⁴ O trudach tego procesu i wcale niełatwym kształtowaniu się świadomości, co jest istotą samorządności terytorialnej, mówi we wspomnieniowej książce *Samorząd wolności jeden z twórców samorządu w Polsce* – zob. *Samorząd wolności. Jerzy Stępień w rozmowie z Renatą Maciejczak*, Warszawa 2020, zwłaszcza s. 154 i n.

definiują samorząd, ale... Ale ustawę uchwała parlament (większość rządząca), najczęściej na wniosek rządu. Jeśli więc Konstytucja nie wskazuje nienaruszalnego zakresu kompetencji (w rozumieniu podziału kompetencji między państwem a wspólnotą samorządową), jeśli nie wskazuje nienaruszalnego źródła dochodów samorządu, ale wszystko odsyła do ustawy, to wtedy samorządność samorządu terytorialnego nie ma gwarancji. I mimo że Konstytucja zastrzega, iż samodzielność jednostek samorządowych podlega ochronie sądowej, to podlega tej ochronie ten zakres samodzielności, jaką dopuszcza ustawa. I mimo nazwy „samorząd” ta jednostka jest zależna od rządu. Co ostatnio nawet daje się w polskiej praktyce bez trudu dostrzec. Czyli w tym zakresie w Konstytucji powinno być i więcej, i inaczej, napisane⁴⁵.

Przykładowe problemy, jakie zostały tu przedstawione, nie wyczerpują oczywiście zagadnienia. Autorka ma też świadomość pewnego specyficznego podejścia do kwestii „okienek”, poprzez które można sięgać do przepisów, czy też „do braku” przepisów po to, aby obejść, naruszyć, złamać Konstytucję. Z reguły – jak z przytoczonych przykładów wynika – ten brak jest brakiem, którego nie ma. Bo jeśli w Konstytucji coś „nie jest napisane”, to jednak – jest wyrażone. Czasem potrzebna jest wykładnia (może nawet historyczna), czasem kultura prawna, czasem odwołanie się do aksjologii ustawy zasadniczej, czasem do jej podstawowych zasad, ich sensu i celu, utrwalonej praktyki...

Ale właśnie analiza praktyki, zwłaszcza tej „świeżej”, aktualnej, bieżącej, zmusza niekiedy do wysunięcia postulatu pod adresem Konstytucji: są sytuacje, zasady, instytucje, co do których powinno być jednak wyraźnie „napisane”, jak mają być rozumiane i stosowane. To nie zawsze daje się w procesie tworzenia ustawy zasadniczej przewidzieć. Tego uczy doświadczenie. I ustawodawca konstytucyjny powinien być na nie otwarty.

⁴⁵ Szerzej M. Kruk, *Samorząd w parlamencie...*