

MACIEJ WOJCIECHOWSKI

ORCID: 0000-0002-3079-4150

Uniwersytet Gdański

POLITYCZNY CHARAKTER WYBORU SĘDZIÓW TRYBUNAŁU KONSTYTUCYJNEGO A ICH DECYZJE O ZŁOŻENIU *VOTUM SEPARATUM* W OKRESIE 2016–2019*

Abstrakt: Przedmiotem badania, którego wyniki przedstawia niniejszy artykuł, jest praktyka składania zdań odrębnych w Trybunale Konstytucyjnym w okresie 2016–2019. Jego celem była próba doprecyzowania, a następnie empirycznej weryfikacji tezy, w myśl której zgłoszenie kandydatury na sędziego TK przez ugrupowanie polityczne zasiadające w parlamencie przekłada się na ewentualne decyzje o złożeniu zdania odrębnego. Teza ta w literaturze została określona skrótowo jako „wierność za wybór”. Metoda, którą wykorzystano w artykule, opiera się na zbudowaniu schematów mogących być wskaźnikami tego rodzaju sytuacji z uwzględnieniem specyfiki polskiego sądu konstytucyjnego, a następnie zestawieniu liczbowym sytuacji spełniających wskazane w nich kryteria. Skonstruowane modele znalazły znikome ilościowe potwierdzenie. Przyczyn można upatrywać w nieadekwatności samych modeli oraz charakterze napięć, jakie we wskazanym okresie powstały wokół Trybunału oraz w samym Trybunale. Czynniki merytoryczne w postaci ustanowienia danego przedmiotu kontroli przez określone ugrupowanie nie miały w analizowanym okresie znaczenia dla decyzji o *votum separatum*. To kontekst wyznacza polityczną charakterystykę rozpoznawanej sprawy oraz każde rozpoznawać w takich kategoriach ewentualne decyzje sędziów TK o złożeniu zdania odrębnego.

Słowa kluczowe: zdania odrębne, *votum separatum*, niezawisłość sędziowska, sędziowie Trybunału Konstytucyjnego

WPROWADZENIE

Spór o to, czy sądy konstytucyjne mają charakter polityczny, czy prawny, nie jest nowy¹. Sytuacja polskiego Trybunału Konstytucyjnego, podobnie jak innych

* Artykuł powstał w ramach grantu Narodowego Centrum Nauki „Zdania odrębne w praktyce orzeczniczej polskich sądów”, numer umowy 2014/13/D/HS5/03399.

¹ „Sprawowanie konstytucyjnego wymiaru sprawiedliwości nie odbiera trybunałom charakteru politycznego” — J. Zakrzewska, *Kontrola konstytucyjności ustaw (we współczesnym państwie burżuazyjnym)*, Warszawa 1964, s. 139.

sądów konstytucyjnych w tej części Europy, do niedawna była jednak odmienna. Trybunał cieszył się wręcz nimbem neutralności przypisywanej całemu sądownictwu². Sytuacja w Polsce zaczęła się zmieniać pod koniec pierwszej dekady XXI wieku, a symbolicznym tego wyrazem była głośna wypowiedź z 2006 roku ówczesnego premiera J. Kaczyńskiego, w której uznał traktowanie Trybunału jako zespół mędrców za nieporozumienie, dodając: „nie jest też tak, żeby to byli ludzie całkowicie neutralni, jeśli chodzi o ich decyzje i stanowiska zajmowane także indywidualnie podczas tzw. *votum separatum*”³. Kryzys z 2015 roku związany z obsadzaniem stanowisk sędziowskich w Trybunale był kolejnym i zdecydowanym punktem zwrotnym, w którym opinia publiczna dostrzegła fakt rozpoznawany wcześniej jedynie przez naukę prawa — polityczny charakter rekomendacji na stanowiska sędziowskie. Obraz neutralnego Trybunału odszedł do przeszłości, pozostawiając nauce prawa opisanie politycznych uwikłań prawa, a szczególnie działalności sądu konstytucyjnego.

Celem tego artykułu jest próba weryfikacji populistycznej wersji tezy, w myśl której fakt zgłoszenia kandydatury na sędziego TK przez ugrupowanie polityczne zasiadające w parlamencie przekłada się na decyzje orzecznicze tej osoby już jako sędziego TK. Analiza będzie ograniczona do decyzji o złożeniu zdania odrębnego w latach 2016–2019 i będzie się opierać na założeniu, że prawo jest tylko jednym z wielu czynników determinujących sędziowskie decyzje i bynajmniej nie tym najważniejszym. Założenie to nie jest podzielane przez autora niniejszego tekstu. Pragnie on jednak „założyć okulary” myślenia właściwego naukom politycznym oraz obcego naukom prawnym. W tym celu zostaną skonstruowane proste modele sytuacji decyzyjnych mające odzwierciedlać populistyczny charakter myślenia o determinantach decyzji sędziów Trybunału. Następnie zostaną przedstawione dane ukazujące, w jakim stopniu znajdują one odzwierciedlenie w praktyce składania zdań odrębnych w TK we wskazanym okresie. Wcześniej zostaną pokazane intelektualne korzenie tego podejścia w postaci bardzo ogólnej charakterystyki nurtu badań *judicial behavior* prowadzonych w Stanach Zjednoczonych, gdzie najwcześniej zaczęto analizować polityczny wymiar decyzji sędziowskich.

² W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, przeł. P. Młeczko, Warszawa 2008, s. 12. Sposób konstruowania tej neutralności przedstawia H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015, s. 136 n.

³ Kaczyński chce dyskutować o TK, <https://www.wprost.pl/88219/kaczynski-chce-dyskutowac-o-tk.html> (dostęp: 28.02.2020).

BADANIA INNYCH NIŻ PRAWNE UWARUNKOWAŃ
ORZECZNICTWA SĄDOWEGO

Polityczne, społeczne czy psychologiczne uwarunkowania orzecznictwa sądowego stały się przedmiotem zainteresowania od początku XX wieku. Należy tu wskazać oczywiście amerykański realizm prawniczy na początku XX wieku, badania prowadzone w ramach *political jurisprudence* w latach sześćdziesiątych XX wieku⁴, *judicial politics* w latach późniejszych czy wreszcie badania dotyczące *judicial behavior*. Wszystkie one na ogół przyjmują sceptyczne założenie co do determinującej roli prawa — trudne do zaakceptowania przez tradycyjną naukę prawa. Zgodnie z nim normy prawne są tylko jednym z wielu czynników mogących wyjaśniać treść podejmowanych rozstrzygnięć sądowych. Podejście, w którym prawo jest głównym czynnikiem uzasadniającym podejmowane przez sądy decyzje, zostało określone jako model prawny.

Obok niego, opierając się głównie na badaniach dotyczących federalnego Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych, zaczęto pisać o modelu postaw (*attitudinal approach*). Według niego to polityczne i światopoglądowe preferencje sędziów najlepiej wyjaśniają decyzje amerykańskiego federalnego Sądu Najwyższego. Próba przezwyciężenia jego jednostronności oraz adekwatności jedynie w odniesieniu do wspomnianego Sądu Najwyższego było analizowanie czynników o charakterze instytucjonalnym, takich jak liczba spraw przypadających na sędziego, wielkość danego sądu, sposób przydziału spraw (*institutional approach*)⁵.

Prowadzone badania mające wyjaśniać decyzje orzecznicze sędziów w odwołaniu do tego rodzaju czynników prowadzone są w USA przede wszystkim przez przedstawicieli nauk politycznych⁶. Wyjaśnia to w pewnym stopniu sceptycyzm co do roli norm prawnych w determinowaniu treści rozstrzygnięć. Metodologia tych badań jest na ogół ilościowa. Wśród zmiennych niezależnych przedmiotem analizy jest przynależność partyjna podmiotu, który mianował danego sędziego (prezydent USA w wypadku federalnego Sądu Najwyższego), partyjna afiliacja

⁴ Określenie *political jurisprudence* zaproponował M. Shapiro, *Political jurisprudence*, „Kentucky Law Journal” 52, 1964, s. 294. Zob. też A. Sarat, *The maturation of political jurisprudence*, „The Western Political Quarterly” 36, 1983, nr 4.

⁵ R. Posner obok nich wylicza jeszcze inne teorie mające wyjaśniać sędziowskie działanie: strategiczną, socjologiczną, ekonomiczną, psychologiczną, organizacyjną, pragmatyczną oraz fenomenologiczną; zob. *idem*, *How Judges Think*, Cambridge 2008.

⁶ Zob. klasyczne artykuły C. Pritchetta, na przykład *Divisions of opinion among justices of the U.S. Supreme Court, 1939–1941*, „The American Political Science Review” 35, 1941, nr 5, w którym szukał tendencji, zgodnie z którą sędziowie byliby skłonni „zgadzać się z sobą w niezgodzie” wobec rozstrzygnięcia większości składu. Zob. też S.N. Nagel, *Political party affiliation and judges’ decisions*, „American Political Science Review” 55, 1961, nr 4. Celem tego ostatniego było ustalenie związku między partyjną afiliacją danego sędziego a sposobem głosowania w wyodrębnionym typie spraw.

samych sędziów, ich płeć czy rasa. Wśród zmiennych przedmiotowych polityczna (ideologiczna) charakterystyka jest przypisywana rodzajom rozstrzygnięć sędziowskim. Dotyczy to oczywiście nie tylko politycznych sporów moralnych, jak aborcja czy eutanazja, lecz także kwestii społeczno-ekonomicznych, jak ochrona środowiska, stosunek do polityki imigracyjnej, wreszcie stosunek do określonej kategorii podmiotów, na przykład oskarżonych, dużych korporacji czy członków mniejszości etnicznych. Podejmowane orzeczenia sądowe są kodowane z punktu widzenia stosunku do tych kwestii jako „liberalne” lub „konserwatywne”. Odpowiednio do tego badany jest stopień liberalizmu/konserwatyzmu poszczególnych sędziów. Wyniki przybierają postać twierdzeń o charakterze statystycznym, w których zauważa się występowanie lub brak istotnego związku statystycznego między rekonstruowanymi poglądami społeczno-politycznymi sędziów a kierunkiem podejmowanych przez nich rozstrzygnięć.

POLITYCZNY CHARAKTER SĄDU KONSTYTUCYJNEGO

W Polsce badań tego rodzaju do tej pory nie podejmowano. Jako możliwą przyczynę można wskazać powoli torującą sobie świadomość, że również polski Trybunał Konstytucyjny pomimo wspomnianej aureoli neutralności ma polityczny charakter. Rodzaje związków sądu konstytucyjnego z polityką jako jeden z pierwszych w polskiej literaturze wskazał M. Smolak. W jego ujęciu sąd konstytucyjny można określać jako mający związek z polityką z powodu: (1) bycia podmiotem władzy sądowniczej lub (2) charakteru podejmowanych decyzji, na podstawie których dokonywany jest podział dóbr, praw i obowiązków; (3) wpływu czynników politycznych na treść decyzji sądowych; (4) postrzegania działalności orzeczniczej jako ścierania się poglądów politycznych sędziów⁷. Ten katalog można uzupełnić o czynnik w postaci (5) wyboru sędziów Trybunału przez ugrupowania zasiadające w parlamencie⁸.

Korzystając z klasycznego teoriopoznawczego podziału sposobu uzasadniania twierdzeń na zależne (aprioryczne) i niezależne od doświadczenia (aposterioryczne), można podobnie dzielić również przywołane twierdzenia dotyczące związków sądu konstytucyjnego z polityką⁹. Na przykład związek z polityką z powodu bycia podmiotem władzy sądowniczej ma charakter aprioryczny, podczas gdy wskazany przez M. Smolaka „wpływ czynników politycznych na treść decyzji sądowych” miałby charakter aposterioryczny (zależny od doświadczenia) i jako taki doma-

⁷ M. Smolak, *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej*, Kraków 2003, s. 204–205.

⁸ A. Sulikowski, *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4, s. 4.

⁹ Na temat podziału na aprioryczne i aposterioryczne źródła poznania zob. np. J. Woleński, *Epistemologia*, t. 2. *Wiedza i poznanie*, Kraków 2001, s. 97.

ga się uzasadnienia empirycznego. Uzasadnienie mogłoby na przykład wskazywać, na czym wpływ ten polega, jakich decyzji dotyczy, w jakim okresie itp.

Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu jest fakt wyboru sędziów Trybunału przez ugrupowania zasiadające w parlamencie, czyli organizacje *ex definitione* polityczne, oraz ewentualne konsekwencje takiego stanu rzeczy dla decyzji o złożeniu zdania odrębnego. Ewentualna zależność pomiędzy tymi dwoma czynnikami może przybrać postać przynajmniej dwojaką.

Pierwsza spełniałaby charakterystykę sposobu podejmowania decyzji, określonego wcześniej jako model postaw. Weryfikacja zasadności twierdzeń tego modelu w odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego napotyka jednak elementarne trudności. Można wśród nich wskazać niejednorodność aksjologiczną polskich partii politycznych, co idzie w parze z o wiele bardziej złożonym obrazem polskiej sceny politycznej w porównaniu do amerykańskiej. Dychotomia „liberalne”/„konserwatywne” byłaby w naszych warunkach niewystarczająca. Wypracowania takich kodów z wykorzystaniem ustaleń politologicznych dotyka dalszy problem. Nie każdemu przedmiotowi kontroli konstytucyjności można bowiem nadać ideową charakterystykę, a nawet jeśli można to uczynić, to istnieją orzeczenia Trybunału, i jest ich całkiem sporo, które można określić jako technicznoprawne¹⁰. Na przeszkodzie stoi również rodzaj wydawanych rozstrzygnięć. W przypadku orzeczeń o niezgodności lub zgodności z wzorcem kontroli konstytucyjności można w niektórych sytuacjach dopatrywać się ideowego lub politycznego wydźwięku. Orzeczeniom tego rodzaju można przypisać pewną aksjologiczną charakterystykę, na przykład: „profiskalne”, „w obronie praw jednostki”, „antyustracyjne”¹¹. Trudno jednak bez dodatkowych przesłanek w ten sposób interpretować rozstrzygnięcia o braku niezgodności lub postanowienia o umorzeniu postępowania.

Druga zależność wpisywałaby się w sytuację określoną przez A. Sulikowskiego jako zawarcie kontraktu według schematu „wierność za wybór”¹². W tym ujęciu sędzia Trybunału w swojej działalności reprezentowałby interesy partii politycznych, na przykład tych, które zgłosiły jego kandydaturę. Jednocześnie autor ten wyraża

¹⁰ Takim przykładem może być większość orzeczeń Trybunału, w których przedmiotem kontroli są przepisy procedury cywilnej lub karnej. Zob. np. wyrok z dnia 13 marca 2012 roku, sygn. P 39/10, dotyczący art 505(30) k.p.k. w zakresie, w jakim upoważniał referendarza sądowego do wydania w elektronicznym postępowaniu upominawczym postanowienia o przekazaniu sprawy sądowi właściwemu w wypadku prawidłowo wniesionego sprzeciwu od nakazu zapłaty.

¹¹ Przykładem orzeczenia Trybunału, które można interpretować jako opowiedzenie się po stronie interesu Skarbu Państwa („profiskalne”), może być wyrok z dnia 11 kwietnia 2000 roku, sygn. K 15/98, w którym Trybunał uznał za zgodne z Konstytucją przepisy ordynacji podatkowej, na podstawie których banki są zobowiązane do udzielenia określonych informacji organom podatkowych. Z kolei przykładem orzeczenia, które można interpretować jako opowiedzenie się „po stronie praw jednostki”, może być wyrok TK z dnia 4 czerwca 2013 roku, sygn. P 43/11, dotyczący terminu złożenia oświadczenia w podatku od spadków i darowizn. Trybunał wydał zakresowy wyrok o niezgodności przepisu wysławiającego normę nakazującą złożyć w ciągu miesiąca wspomniane zgłoszenie, od czego było uzależnione prawo do zwolnienia z podatku.

¹² A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 4.

daleko idący sceptycyzm co do możliwości występowania tego rodzaju sytuacji. Wskazuje długość kadencji sędziego TK przekraczającą kadencję parlamentu, niemożność reelekcji, mocne imperatywy instytucjonalne w postaci trybunalskich habitusów, wewnętrzne zróżnicowanie światopoglądowe polskich partii politycznych oraz zakładaną przez to myślenie stałość i konsekwencję kandydata w przekładaniu poglądów światopoglądowych na działalność orzeczniczą sędziego. W konsekwencji A. Sulikowski wyraża wątpliwość, czy w takim sensie można mówić o zależności sędziów Trybunału od partii politycznych, które zgłosiły ich kandydatury¹³.

Instytucja zdania odrębnego tworząca wyłom od zasady kolegialności daje możliwość — wprawdzie ograniczoną — poznania rozkładu głosów w trakcie głosowania składu sędziowskiego. Jest ona ograniczona, dlatego że nie każdy przegłosowany sędzia składa zdanie odrębne, a zatem liczba zdań odrębnych nie musi odpowiadać liczbie sędziów, którzy zajęli w trakcie głosowania mniejszościowe stanowisko. Niemniej jednak można przyjąć, że przynajmniej autor zdania odrębnego głosował przeciwko danemu rozstrzygnięciu. Daje to pewne możliwości przeprowadzenia analiz inspirowanych badaniami *judicial behavior*. Muszą one jednak uwzględniać prawne oraz instytucjonalne uwarunkowania orzecznictwa Trybunału oraz wymagają spojrzenia nań jako na jeden z podmiotów politycznych sprawujących władzę w państwie. Wśród uwarunkowań prawnych przyjęto zmienne dotyczące rodzaju rozstrzygnięć Trybunału (o zgodności, niezgodności, braku niezgodności, umorzenie) oraz zmienne identyfikujące przedmiot złożonego *votum separatum*, to znaczy — czy było złożone do rozstrzygnięcia o zgodności, o niezgodności itp. Przejawem politycznego spojrzenia na Trybunał jest dostrzeżenie, że przepisy będące przedmiotem jego kontroli są stanowione przez podmiot mający polityczną charakterystykę. Oznacza to najczęściej, że są ustanowione przez rządzącą koalicję.

SCHEMATY SYTUACJI MOGĄCYCH BYĆ WSKAŹNIKIEM POSTAWY „WIERNOŚĆ ZA WYBÓR”

Zmienne te pozwalają na doprecyzowanie skrótowego określenia „wierność za wybór”. Z sytuacją, która mogłaby być wskaźnikiem takiej postawy, możemy mieć do czynienia, gdy przepis ustanowiony w okresie rządów danego ugrupowania X zostaje uznany za zgodny z konstytucją, a sędzia nominowany przez ugrupowanie Y pozostające z X w stanie ostrego konfliktu politycznego lub aksjologicznego składa *votum separatum* do rozstrzygnięcia o zgodności (schemat 1).

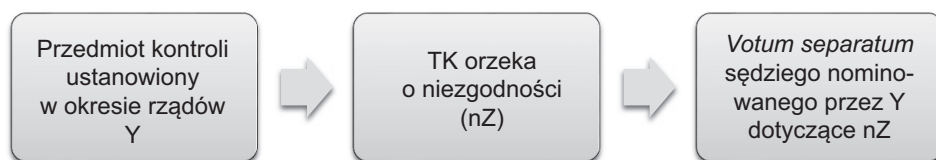
¹³ Trudno nie zauważyć, że powody tego sceptycyzmu są znacznie bardziej uzasadnione w odniesieniu do działalności Trybunału przed kryzysem z 2015 roku. Zob. M. Pyziak-Szafnicka, *Trybunał á rebours*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5, s. 43, która pokazuje, że w okresie 2017–2020 Trybunał podejmował głównie decyzje zgodne z oczekiwaniami wnioskodawców reprezentujących na ogół rządzącą większość, potwierdzając zgodności z Konstytucją aktów prawnych przez nią ustanowionych.

W perspektywie przedstawionej we wprowadzeniu i odzwierciedlonej w schemacie *separatum* sędziego byłoby postrzegane przede wszystkim jako sprzeciw wobec uznania konstytucyjności regulacji ustanowionej przez ugrupowania pozostające w konflikcie z ugrupowaniem desygnującym tego sędziego.



Schemat 1. „Wierność za wybór” — sytuacja 1

W drugiej sytuacji tego typu Trybunał orzeka o niezgodności przepisów ustanowionych w okresie rządów ugrupowania Y, sędzia zaś nominowany przez to ugrupowanie składa zdanie odrębne do rozstrzygnięcia o niezgodności. W perspektywie politycznej sędzia „broni” regulacji ustanowionych w okresie rządów ugrupowania, którego go desygnowało do TK (schemat 2).



Schemat 2. „Wierność za wybór” — sytuacja 2

Warto zauważyć, że wykorzystując te zmienne oraz „logikę” myślenia leżącego u podstaw zaprezentowanych schematów, można skonstruować modele, parafrazując wyjściowe określenie, „niezawisłości mimo wyboru”. W pierwszym wypadku Trybunał orzeka o zgodności przepisów ustanowionych przez to samo ugrupowanie, które nominowało sędziego, w drugim zaś powstrzymuje się od wyrażenia swojego sprzeciwu wobec orzeczenia o niezgodności przepisów ustanowionych w okresie rządów ugrupowania, które nominowało sędziego. Mówiąc kolokwialnie, nie broni przepisów ustanowionych przez ugrupowanie nominujące¹⁴.

¹⁴ Myślenie leżące u podstaw konstruowania tych schematów można określić jako „ludyczne”. Formy jego obecności wymagałyby odrębnych badań społecznych, jednak nawiązanie do niego można znaleźć w rozmowie z M. Zubikiem, wspominającym swoją pierwszą sprawę w roli sprawozdawcy: „akurat ta sprawa dotyczyła ustawy, którą przez Sejm przeprowadziła ówczesna większość parlamentarna”, co przywoływał, „aby odkłamać mit jakoby ówczesnej zależności sędziów od partii, które ich rekomendowały” — *Sędzia, który się nie bije, czyli co się działo w Trybunale*

ZDANIA ODREBNE W TRYBUNALE KONSTYTUCYJNYM W OKRESIE 2016–2019 — WYNIKI ANALIZY

Przedstawienie tego zjawiska prawnego we wskazanym okresie należy poprzedzić przypomnieniem, czego zgodnie z przepisami może dotyczyć *votum separatum*. Przepisy proceduralne, które wysławiają normę kompetencyjną dla sędziego, dającą mu możliwość zgłoszenia zdania odrębnego przez członka składu orzekającego, przewidują, że może ono dotyczyć sentencji rozstrzygnięcia lub uzasadnienia orzeczenia. Nie inaczej jest w wypadku sędziów TK¹⁵. Formuła słowna, służąca sędziom Trybunału do formułowania swojego sprzeciwu, była w jego historii różna. Sędziowie adresowali swoje *vota separata* rozmaicie: do „całości wyroku”¹⁶, „części sentencji i uzasadnienia”¹⁷, „wyroku”, by w kolejnym zdaniu wskazać, że sprzeciw dotyczy „sentencji i uzasadnienia”¹⁸. Spór o obsadę stanowisk sędziowskich w Trybunale, który toczył się od końca 2015 roku, zaowocował jednak pojawieniem się zdań odrębnych, które nie mieściły się w dotychczasowych kategoriach pojęciowych, mimo że sami sędziowie określali je jako złożone do wyroku lub uzasadnienia.

Biorąc pod uwagę zdania odrębne złożone w tym okresie, można je podzielić tradycyjnie: na złożone do sentencji lub do uzasadnienia. Złożone do sentencji można dalej dzielić na merytoryczne lub formalne. Jako formalne traktuję te zdania odrębne, które dotyczą rozstrzygnięć o umorzeniu, oraz inne wiążące się z wspomnianym kryzysem. Zmienna wskazująca polityczne pochodzenie przedmiotu kontroli, jeżeli może mieć jakiegokolwiek znaczenie, to tylko w przypadku zdań odrębnych o charakterze merytorycznym. W latach 2016–2019 złożono ogółem 133 zdania odrębne, z czego w samym 2016 roku — 74. Naturalnie liczba ta nie jest równa liczbie orzeczeń, ponieważ do jednego orzeczenia bywają zgłaszane zdania odrębne przez więcej niż jednego sędziego. Merytorycznych zdań odrębnych — we wskazanym wcześniej rozumieniu — było zaledwie 19, co stanowi 14% zdań odrębnych w tym okresie.

W analizowanym zbiorze tylko jedno orzeczenie podpada pod schemat 1. Był to wyrok dotyczący nowelizacji z grudnia 2016 roku (ustanowionej w okresie rządów Prawa i Sprawiedliwości) prawa o zgromadzeniach, dodającej instytucję

Konstytucyjnym, <https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,25607085,sedzia-ktory-sie-nie-bije-czyli-co-sie-dzialo-w-trybunale.html> (dostęp: 27.02.2020).

¹⁵ Aktualnie reguluje to przepis art. 106 ust. 3 ustawy z dnia 30 listopada 2016 roku o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2393).

¹⁶ Zdanie odrębne T. Liszecz do wyroku TK z dnia 14 września 2009 roku, sygn. 47/07.

¹⁷ Zdanie odrębne M. Kotlinowskiego do wyroku TK z dnia 10 listopada 2009 roku, sygn. P 88/08.

¹⁸ Zdanie odrębne M. Wyrzykowskiego do wyroku TK z dnia 20 października 2009 roku, sygn. SK 15/08. Przy tej okazji można zastanawiać się, czy zgłoszenie *votum separatum* do sentencji nie oznacza tym samym, że sprzeciw dotyczy uzasadnienia, a zatem zbędne byłoby wskazywanie, że ono jest również przedmiotem niezgody.

zgromadzeń organizowanych cyklicznie¹⁹. Trybunał w dwóch punktach sentencji uznał zakwestionowane przepisy za zgodne z Konstytucją, a w pozostałym zakresie umorzył postępowanie. Zdania odrębne złożyli sędziowie: M. Pyziak-Szafnicka, L. Kieres, S. Wronkowska-Jaśkiewicz oraz P. Pszczółkowski. Pierwszych troje sędziów w zakresie merytorycznym odnosiło swój sprzeciw do rozstrzygnięć Trybunału o zgodności; *votum separatum* sędziego Pszczółkowskiego dotyczyło punktu o umorzeniu.

Orzeczenia podpadające pod schemat 2 są dwa²⁰. W obu przypadkach Trybunał orzekł o niezgodności przedmiotu kontroli ustanowionego w okresie rządów Prawa i Sprawiedliwości, natomiast zdania odrębne składali sędziowie nominowani przez to właśnie ugrupowanie. W pierwszym wypadku trójka sędziów odmiennie niż Trybunał oceniła przebieg głosowania w Senacie („w trakcie głosowania nad zaskarżoną ustawą doszło do sytuacji uniemożliwiającej stwierdzenie ze stuprocentową pewnością, że uchwałę przegłosowano”). Autorzy wspólnego zdania odrębnego wyrazili swój sceptycyzm wobec konstytucyjności przepisu uprawniającego Trybunał do badania między innymi trybu wymaganego do wydania danego aktu. W drugim przypadku M. Muszyński sprzeciwiał się uznaniu za niekonstytucyjny przepisu określającego datę wejścia ustawy w życie w taki sposób, że w konsekwencji prezydent nie miałby dwudziestu jeden dni na podpisanie ustawy (art. 122 ust. 2).

Poza tym skromnym wymiarem ilościowym przeciwko myśleniu, którego przejawem są przedstawione we wcześniejszej części tekstu schematy, przemawia również orzeczenie w sprawie K 4/17²¹, w wypadku którego, gdyby patrzeć wyłącznie pod kątem wskazanych zmiennych, można dojść do wniosku, że zdanie odrębne M. Muszyńskiego występuje „w obronie” konstytucyjności przedmiotu kontroli ustanowionego w okresie rządów PO–PSL. Wniosek taki byłby jednak nieadekwatny, ponieważ w rzeczywistości *separatum* to skierowane jest przeciwko stanowisku Trybunału²², przedmiot kontroli zaś w tym przypadku (ustawa z 2011 o działalności leczniczej) nie dziedziczy cech politycznych podmiotu, który ją ustanowił.

¹⁹ Wyrok TK z dnia 16 marca 2017 roku, sygn. Kp 1/17.

²⁰ Wyrok TK z dnia 14 listopada 2018 roku, sygn. Kp 1/18 (łączone zdanie odrębne: J. Przyłębskiej, M. Warcińskiego, Z. Jędrzejewskiego); oraz wyrok TK z dnia 17 lipca 2019 roku, sygn. Kp 2/18 (ze zdaniem odrębnym M. Muszyńskiego).

²¹ Wyrok TK z dnia 20 listopada 2019 roku, sygn. K 4/17.

²² „Trybunał wszedł w rolę, która nie jest mu przypisana w Konstytucji. Badając normę nieadekwatną do podnoszonych problemów konstytucyjnych, dokonał diagnozy działalności leczniczej w kontekście jej finansowania i stwierdził systemową niesprawność mechanizmów finansowania samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej [...]. Odnoszę wrażenie, że Trybunał świadomie przekroczył swoje kompetencje, bo po prostu chciał ten problem rozstrzygnąć i to właśnie w ten, a nie inny sposób. Nie są mi znane powody takiego działania” — zdanie odrębne M. Muszyńskiego do wyroku TK z dnia 20 listopada 2019 roku, sygn. K 4/17. Poza nim w składzie orzekającym zasiadali: S. Rymar, P. Pszczółkowski, M. Pyziak-Szafnicka jako sprawozdawca oraz A. Zielonacki.

Nasuwa się więc refleksja, że w wypadku zdań odrębnych o charakterze merytorycznym polityczny charakter (w rozumieniu *politics*²³) orzeczenia, i w efekcie złożonych do niego zdań odrębnych, rzadko jest konsekwencją faktu ustanowienia regulacji przez konkretny podmiot. Polityczność sprawy (orzeczenia) ma tutaj charakter relacyjny w tym sensie, że wykazuje ona związek z aktywnością lub zainteresowaniem innych podmiotów na scenie politycznej. Tak można określić przyczyny polityczności sprawy K 10/17, w której przedmiotem kontroli konstytucyjności były przepisy k.p.c. w zakresie, w jakim mogłyby się odnosić do wyboru sędziów Trybunału oraz przedstawienia kandydatów na stanowisko prezesa Trybunału. Podobnie jest w sprawie K 9/17 dotyczącej wykładni ustaw z zakresu prawa karnego, w której chodziło o możliwość skorzystania przez prezydenta z prawa łaski wobec osoby skazanej wyrokiem nieprawomocnym (sprawa M. Kamińskiego).

Wśród orzeczeń, w których we wskazanym okresie dochodziło do złożenia merytorycznego zdania odrębnego, można wyodrębnić również spory stwarzające podstawy konstruowania opozycji aksjologicznych zbliżonych do opozycji liberalne/konserwatywne obecnych w amerykańskich badaniach *judicial behavior*. Do tego typu można zaliczyć problem dopuszczalności świadczenia usługi ze względu na wolność sumienia (sprawa K 16/17)²⁴ lub konstytucyjność przepisu procedury karnej nieokreślającego maksymalnego trwania tymczasowego aresztowania (sprawa K 3/16)²⁵. Do tej grupy można także zaliczyć sprawy dotyczące kwestii socjalnych, w których opozycje stanowisk można interpretować w kategoriach rygoryzmu i elastyczności²⁶. O tej grupie sporów można powiedzieć, że

²³ R. Mańko, *Nauki prawne wobec problemu polityczności: zagadnienia wybrane z perspektywy jureksprudenckiej krytycznej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3, s. 41.

²⁴ Orzeczenie zapadło większością głosów 3 : 2. Trybunał wydał wyrok interpretacyjny o niezgodności przedmiotu kontroli. Zdania odrębne złożyli: L. Kieres i W. Sych. Pozostali trzej sędziowie zasiadający w składzie to: A. Zielenacki, Z. Jędrzejewski i M. Muszyński.

²⁵ W sprawie o sygnaturze K 3/16 Trybunał orzekł o zgodności z wzorcem kwestionowanej regulacji. Sprawozdawcą w tej sprawie był L. Kieres, a zdania odrębne złożyli: P. Pszczółkowski i M. Pyziak-Szafnicka.

²⁶ Przykładem stanowiska elastycznego może być zakresowy wyrok TK z dnia 25 września 2019 roku, sygn. SK 31/16, o niezgodności przepisu art 129 ust. 1 ustawy z 17 grudnia 1998 roku o emeryturach i rentach. Trybunał uznał, że „ograniczenie prawa do zabezpieczenia społecznego w postaci terminu początkowego wypłaty renty z tytułu niezdolności jest nieproporcjonalnie duże w stosunku do osiągniętych efektów” (pkt 5.3 uzasadnienia). Zdanie odrębne złożył M. Muszyński, zarzucając Trybunałowi przekroczenie swej kognicji, kończąc swój wywód słowami: „Jako człowiek cieszę się, że Trybunał pomógł skarżącemu, mimo że nastąpiło to przez odwrócenie dominanty kompetencyjnej i bezprawne wejście w rolę sądu powszechnego. Jako sędzia Trybunału zmuszony jednak jestem do złożenia zdania odrębnego i zasygnalizowania powstałej sytuacji” — zdanie odrębne M. Muszyńskiego do wyroku TK z dnia 25 września 2019 roku, sygn. SK 31/16.

są polityczne nie w znaczeniu *politics*, lecz *policy*, czyli zbioru zasad umożliwiających osiągnięcie wybranego celu²⁷.

Wreszcie istnieją podstawy wyodrębnienia sporów technicznoprawnych, w których trudno doszukać się związku z polityką czy to w znaczeniu *politics*, czy *policy*. Przykładem może być orzeczenie dotyczące przepisów procedury administracyjnej, które nie przewidywały możliwości złożenia pisma w postępowaniu administracyjnym w placówce pocztowej operatora na terenie Unii Europejskiej poza Polską²⁸.

Celem przytoczonych uwag nie jest obrona twierdzenia, że czynnik nominacji sędziowskiej nie ma żadnego znaczenia dla przewidywania, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie Trybunału, a przede wszystkim fakt złożenia ewentualnych zdań odrębnych. Przeciwnie, można powiedzieć, że wskazany okres był wyjątkowy pod tym względem. Zdania odrębne o charakterze formalnym i związane z kryzysem konstytucyjnym w tym czasie dają się łatwo podzielić na dwie grupy. Pierwsza to zdania odrębne składane w 2016 roku. Wśród nich jeden sprzeciw miał charakter merytoryczny²⁹. Znakomitą większość zdań odrębnych spośród wszystkich złożonych w tym roku złożyła trójka sędziów: J. Przyłębska, Z. Jędrzejewski i P. Pszczółkowski³⁰. Wszystkie one stanowiły pokłosie wyroku TK z dnia 9 marca 2016 roku (sygn. K 47/15), w którym przedmiotem kontroli konstytucyjności była ustawa z 22 grudnia 2015 roku o zmianie ustawy o Trybunale Konstytucyjnym³¹. Wyrok ten pozostawał nieopublikowany w Dzienniku Ustaw do 5 czerwca 2018 roku³². Trójka wspomnianych sędziów sprzeciwiała się przede wszystkim pominięciu przez Trybunał przepisów ustawy nowelizującej regulują-

²⁷ A. Sulikowski, R. Mańko, J. Łakomy, *Polityczność prawa i ogólnej refleksji nad prawem: wprowadzenie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3, s. 5.

²⁸ Wyrok TK z dnia 30 października 2019 roku, sygn. P 1/19, do którego zdanie odrębne złożyli M. Muszyński oraz S. Rymar (przez przyłączenie się do argumentacji M. Muszyńskiego).

²⁹ Dotyczył rozstrzygnięcia Trybunału z dnia 23 listopada 2016 roku, sygn. K 6/14, w sprawie uchwalonej w okresie rządów koalicji PO–PSL ustawy z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2014 r. poz. 24), popularnie zwanej ustawą o bestiach. Zdanie odrębne złożył do niego sędzia A. Wróbel, który był rekomendowany przez SLD, ale w głosowaniu uzyskał poparcie również innych posłów.

³⁰ Spośród wszystkich orzeczeń wydanych w 2016 roku, do których złożono zdanie odrębne (według Internetowego Portalu Orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego na 14 lutego 2020 roku było ich 51), jedynie dwa nie pochodziły od wspomnianej trójki sędziów — zdanie odrębne sędziego M. Zubika do uzasadnienia wyroku TK z dnia 28 czerwca 2016 roku, sygn. SK 31/14, oraz zdanie odrębne sędziego A. Wróbla do wyroku TK z dnia 23 listopada 2016 roku, sygn. K 6/14.

³¹ Trybunał w wyroku tym wskazał, że „nie jest dopuszczalne, aby te same przepisy były równocześnie podstawą i przedmiotem orzekania”, i za podstawę orzeczenia przyjął bezpośrednio stosowalne przepisy Konstytucji oraz ustawę o TK w brzmieniu nadanym przez ustawę nowelizacyjną z pominięciem tych jej regulacji, które dotyczą trybu postępowania przed Trybunałem (pkt 1.8 uzasadnienia). Na temat tego rozwiązania zob. P. Radziejewicz, *Pominięcie przez Trybunał Konstytucyjny ustawy określającej tryb kontroli konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 10.

³² Dz.U. poz. 1077.

cych tryb postępowania przed TK oraz niewłaściwe obsadzenie składu orzekającego. Zdania odrębne, które następnie ci sami sędziowie składali w innych sprawach, nawiązywały do wyroku o sygnaturze K 47/15 w taki sposób, że zarzucały Trybunałowi oparcie się na niewłaściwym reżimie prawnym, czyli ustawie o TK w kształcie określonym wspomnianym wyrokiem z powodu nieopublikowania go w Dzienniku Ustaw w momencie wydawania orzeczenia, do którego składali zdanie odrębne.

W grudniu 2016 roku zakończyła się kadencja A. Rzeplińskiego jako prezesa TK. Nowa prezes, J. Przyłębska, dopuściła do orzekania w Trybunale M. Muszyńskiego, L. Morawskiego i H. Ciocha, których prezes A. Rzepliński nie dopuszczał do orzekania z powodu sposobu dokonania ich wyboru przez Sejm VIII kadencji³³. W rezultacie w 2017 roku pojawiły się w Trybunale zdania odrębne, również o charakterze formalnym, składane przez sędziów, których kadencja w Trybunale rozpoczęła się wcześniej niż w 2015 roku, podnoszące niewłaściwość składu orzekającego w sytuacji, gdy wskazane osoby zostały wyznaczone do składu orzekającego³⁴. Oprócz nich należy wskazać zdania odrębne, w których sędziowie sprzeciwiali się wyłączeniu ze składu orzekającego konkretnych sędziów³⁵.

³³ Sejm VIII kadencji w dniu 25 listopada 2015 roku podjął uchwały w sprawie braku mocy prawnej uchwał z 8 października, na podstawie których Sejm VII kadencji powołał R. Hausera, A. Jakubeckiego, K. Ślebzaka. Sprawy wyboru sędziów Trybunału a dokładniej przepisu, na podstawie którego zostali wybrani (art. 137 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 roku o Trybunale Konstytucyjnym), dotyczył zakresowy wyrok TK z dnia 3 grudnia 2015 roku, sygn. K 34/15. Na jego temat zob. M. Wiącek, *Glosa do wyroku z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 2; B. Banaszak, *Glosa do wyroku z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 2. Pogląd, że w wyroku tym Trybunał wypowiedział się jedynie o podstawie prawnej pierwszego etapu procedury wyboru i — mówiąc skrótowo — jedynie sędziach „odchodzących”, prezentuje M. Muszyński, *Anatomia spisku. Analiza prawna procesu wyboru sędziów TK jesienią 2015 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 2, s. 96. Przechodzi on do porządku nad budzącymi wiele wątpliwości uchwałami Sejmu VIII kadencji z 25 listopada 2015 roku, stwierdzając jedynie, że „pojawiły się”, stanowisko Trybunału zaś w kluczowej kwestii zdaje się traktować jako sformułowane nieporadnie lub prawniczco niepoprawnie. Chodzi o zajęcie przez Trybunał stanowiska, że podstawa prawna wyboru trzech sędziów nie budzi wątpliwości jedynie w uzasadnieniu jako części nienormatywnej.

³⁴ Wyrok TK z dnia 15 lutego 2017 roku, sygn. K 2/15 (zdanie odrębne M. Pyziak-Szafnickiej); wyrok TK z dnia 16 marca 2017 roku, sygn. Kp 1/17 (zdania odrębne L. Kieresa, M. Pyziak-Szafnickiej, S. Wronkowskiej-Jaskiewicz); wyrok TK z dnia 20 kwietnia 2017 roku, sygn. K 10/15 (zdanie odrębne S. Wronkowskiej-Jaskiewicz); wyrok TK z dnia 5 października 2017 roku, sygn. Kp 4/15 (zdanie odrębne M. Pyziak-Szafnickiej); wyrok TK z dnia 11 października 2017 roku, sygn. K 14/16 (zdanie odrębne P. Tulei); postanowienie TK z dnia 20 kwietnia 2017 roku, sygn. K 23/15 (zdanie odrębne S. Wronkowskiej-Jaskiewicz i P. Tulei); postanowienie TK z dnia 16 maja 2017 roku, sygn./P 115/15 (zdanie odrębne P. Tulei); wyrok TK z dnia 4 kwietnia 2017 roku, sygn. P 56/14 (zdanie odrębne S. Rymara).

³⁵ Chodziło o S. Rymara, P. Tuleję i M. Zubikę, których dotyczył wniosek Prokuratora Generalnego z dnia 11 stycznia 2017 roku, zaskarżającego uchwałę Sejmu z dnia 26 listopada 2010 roku w sprawie wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego (M.P. Nr 93, poz. 1067) z powodu naruszenia „zasady indywidualnego wyboru sędziów sformułowanej w art. 194 ust. 1 Konstytucji RP”. Trybunał postanowieniem z dnia 8 marca 2017 roku, sygn. Kp 1/17, wyłączył tych sędziów

W 2018 roku obraz praktyki zdań odrębnych w Trybunale został uzupełniony przez zdania odrębne M. Muszyńskiego, w których przedmiotem swojego sprzeciwu uczynił nie rozstrzygnięcia Trybunału, ale zdania odrębne innego sędziego TK oraz decyzje procesowe Rzecznika Praw Obywatelskich o wycofaniu wniosku o zbadanie konstytucyjności określonych przepisów ustawowych. W pierwszym przypadku oznaczał je jako zwrócone „do uzasadnienia wyroku TK [...] w zakresie dotyczącym zdania odrębnego p. Sławomiry Wronkowskiej-Jaśkiewicz”³⁶. W drugim zaś jako złożone do uzasadnienia postanowienia Trybunału Konstytucyjnego³⁷.

z postępowania w sprawie o tej sygnaturze, przyjmując, że „sytuacja, w której jeden z tych uczestników (Prokurator Generalny) w sposób formalny zakwestionował legitymację sędziego do orzekania i w której działanie uczestnika postępowania może doprowadzić do pozbawienia mandatu sędziego TK, może wpływać na stosunek takiego sędziego do tego uczestnika postępowania”. Sprzeciw wobec tej decyzji Trybunału wyraziła S. Wronkowska-Jaśkiewicz w zdaniu odrębnym do wyroku TK z dnia 16 marca 2017 roku, sygn. Kp 1/17, uznając to za ograniczenie wykonywania ich konstytucyjnych kompetencji, zauważając, że nie można utożsamiać organu władzy publicznej z piastunem tego organu. W konsekwencji „nie można przyjmować, by domniemana niechęć odnosiła się organu państwa”. Do składu orzekającego w tej sprawie nie został również dopuszczony sędzia S. Biernat z powodu skierowania go na zaległy, przymusowy, urlop. Krytyczną ocenę tego faktu zawiera zdanie odrębne M. Pyziak-Szafnickiej do wyroku w sprawie Kp 1/17 oraz już cytowane *votum separatum* S. Wronkowskiej-Jaśkiewicz. Obie sędzi powróciły do tych zagadnień siedem miesięcy później w zdaniach odrębnych do wyroku TK z dnia 5 października 2017 roku, sygn. Kp 4/15. Zgadzały się z jego sentencją, jednak sprzeciwiały się sposobowi kształtowania składów orzeczniczych. Zwracały uwagę, że wniosek Prokuratora Generalnego z dnia 11 stycznia 2017 roku nie został nadal rozpoznany, „co pozwala [...] wpływać na kształtowanie »pełnego składu«, gdyż pozostawianie trzech sędziów »pod zarzutami« Prokuratora Generalnego stanowi pretekst do wyłączenia ich [...] ze składów orzekających w wybranych sprawach” — zdanie odrębne M. Pyziak-Szafnickiej do wyroku TK z dnia 5 października 2017 roku, sygn. Kp 4/15. Sędzia S. Wronkowska wyraziła „silne zaniepokojenie” nierozpoznanie wspomnianego wniosku. Zwróciła jednocześnie uwagę na konsekwencje w postaci zakwestionowania udziału tych sędziów nie we wszystkich pozostałych sprawach, co „pogłębia stan niepewności co do tego, spośród jakiej grupy sędziów wyznaczane są orzekające składy” — zdanie odrębne S. Wronkowskiej-Jaśkiewicz do wyroku TK z dnia 5 października 2017 roku, sygn. Kp 4/15.

³⁶ Wyrok TK z dnia 10 maja 2018 roku, sygn. U 1/16; postanowienie TK z dnia 27 czerwca 2018 roku, sygn. P 103/15; postanowienie TK z dnia 7 listopada 2018 roku, sygn. P 6/17 (zdanie odrębne M. Muszyńskiego powtarzało twierdzenia o niebyciu sędzią przez S. Wronkowską-Jaśkiewicz, ale również sprzeciwiało się postanowieniu o umorzeniu). W tych przypadkach zdania odrębne składali zarówno S. Wronkowska-Jaśkiewicz i M. Muszyński. Sędzia S. Wronkowska-Jaśkiewicz odsyłała w nich do swego stanowiska przedstawionego w sprawie Kp 1/17. Sędzia M. Muszyński zaś w zdaniach odrębnych złożonych w tych sprawach powtarzał argumenty w sprawie powoływania sędziów Trybunału przez Sejm VII i VIII kadencji przedstawione w cytowanym już (zob. przyp. 44) artykule *Anatomia spisku...* (dotyczy sprawy U 1/16) oraz twierdził, że S. Wronkowska-Jaśkiewicz „nie jest prawidłowo wybranym sędzią” (w odniesieniu do spraw U 1/16, P 103/15, P 6/17), natomiast w jednym przypadku odnosił się do podjętego rozstrzygnięcia TK o umorzeniu (w sprawie P 6/17).

³⁷ Zdanie odrębne M. Muszyńskiego do uzasadnienia postanowienia TK z dnia 22 marca 2018 roku, sygn. K 9/16; zdanie odrębne M. Muszyńskiego do uzasadnienia postanowienia TK z dnia 25 kwietnia 2018 roku, sygn. K 27/16; zdanie odrębne M. Muszyńskiego do uzasadnienia postanowienia TK z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. K 35/16.

O ile już zdania odrębne dotyczące niewłaściwego obsadzenia składu orzekającego są właściwie kategorią *sui generis*, jednak dającą się pod pewnymi warunkami zakwalifikować do grupy sędziowskich sprzeciwów o charakterze formalnym, o tyle ostatnia wskazana grupa odnosząca się faktycznie do wycofywania wniosków przez RPO pozwala zasadnie stawiać pytania, czy wypowiedzi te są jeszcze zdaniem odrębnymi. Dystansują się one bowiem nie wobec decyzji Trybunału ani sposobu jej podjęcia (ukształtowanie składu), lecz decyzji uczestnika postępowania w postaci Rzecznika Praw Obywatelskich o wycofaniu wniosku³⁸.

PODSUMOWANIE

Celem artykułu była próba bardziej precyzyjnego i poddającego się empirycznej weryfikacji ujęcia zarzutów pod adresem sędziów Trybunału. Zaproponowane schematy obejmujące: ustanowienie przedmiotu kontroli Trybunału przez partię polityczną, rodzaj rozstrzygnięcia Trybunału, czynnik w postaci ugrupowania rekomendującego danego sędziego, który zgłasza zdanie odrębne, są próbą oddania uproszczonego, „ludycznego” myślenia o uwikłaniu sędziów TK w politykę. Schematy te są dalekie od podejścia przyjmowanego w polskiej nauce prawa, a znacznie bliższe naukom politycznym. Jednocześnie są jednak obciążone wieloma słabościami³⁹.

Główna wątpliwość sprowadza się do pytania, czy na podstawie tak skonstruowanych modeli, mimo że wydawałoby się *prima facie* dość intuicyjnych, można wykazać zasadność postawy „wierność za wybór”? Czy można byłoby uznać, że postawa taka jest faktem, nawet gdyby częstotliwość opisanych sytuacji zbliżała się do 100% lub gdyby wykazano związek statystyczny pomiędzy wskazanymi zmiennymi? W tym wypadku wraca problem trudności — o ile w ogóle

³⁸ Zasmucenie musi budzić chwilami publicystyczny styl wspomnianych wypowiedzi, w których M. Muszyński *de facto* ocenia działanie piastuna organu (posługuje się konsekwentnie jego imieniem i nazwiskiem, nie zaś nazwą organu, w czym można doszukiwać się formy deprecjacji) jako podważające standard wypełniania przez niego konstytucyjnej roli strażnika „wolności i praw człowieka”, formułuje wątpliwości „co do posiadania wystarczających kompetencji merytorycznych do oceny działania Prezesa TK lub bezstronności jego działania”, określa wywody RPO na temat możliwości wzruszania orzeczeń Trybunału przez pełnomocników stron jako „zawstydzające i bezpodstawne”. Elementem stylu tych wypowiedzi jest kilkukrotnie powtórzona formuła: „przypominam Adamowi Bodnarowi”.

³⁹ Autor dziękuje dr. hab. P. Radziejewiczowi, dr. P. Jabłońskiemu, dr. R. Mańko oraz dr. T. Raburskiemu za inspirujące pytania i wątpliwości zgłoszone po referacie niżej podpisanego *Polityczny charakter wyboru sędziów TK a ich decyzje o złożeniu votum separatum w okresie 1991–2016. Próba weryfikacji modelu postaw w polskim sądzie konstytucyjnym* wygłoszonym w Karpaczu na konferencji „Z zagadnień teorii i filozofii prawa. Polityczność nauki i praktyki prawniczej” we wrześniu 2019 roku.

możliwości — wykazania związku przyczynowego między decyzją orzecniczą a światopoglądem sędziego oraz stanowiskiem ugrupowania politycznego. „Głosowałem(-am) w taki, a nie inny sposób nie dlatego, że mnie wybrano, ale dlatego, że takie mam poglądy” — powiedział autorowi jeden z sędziów Trybunału w stanie spoczynku w trakcie prowadzenia badań nad zdaniami odrębnymi. Nie można wreszcie wykluczyć, że niektórzy sędziowie będą podejmować decyzję niezgodnie ze swoim „prywatnym” światopoglądem, zgodnie zaś z tym, jak odczytują treść norm prawnych. Dodatkowym czynnikiem mogą być wskazywane w literaturze instytucjonalne imperatywy nakazujące wybranym sędziom zachowywać dystans wobec tych, którzy ich kandydaturę zgłosili⁴⁰.

Ponadto wątpliwe jest, by sędziowie „dziedziczyli” światopogląd ugrupowań politycznych, które rekomendowały danego kandydata. Jest tak tym bardziej, że zdarzało się w historii głosowań w sprawie kandydatów na sędziów Trybunału, że danego kandydata w głosowaniu popierali posłowie partii politycznych pozostających z sobą w konflikcie⁴¹. Z czynnikiem tym wiąże się fakt, że kandydaci na sędziów Trybunału wykazywali różny stopień aktywności politycznej w okresie przed zgłoszeniem kandydatury⁴², co może oznaczać, że różny może być poziom zgodności społeczno-politycznego światopoglądu kandydata oraz tego, co składa się na konglomerat stanowiska danej partii.

Należy też odróżnić decyzje sędziego o złożeniu zdania odrębnego motywowane określonymi preferencjami aksjologicznymi od decyzji, których motywacje kryją się właśnie w formule „wierność za wybór”⁴³. Te ostatnie naruszają dworkinowski test odpowiedniości i wykraczają poza obszar sędziowskiego etosu i niezawisłości. Jednocześnie można wątpić, czy możliwe jest wykrycie tego rodzaju motywacji na podstawie oficjalnych dokumentów, takich jak tekst uzasadnienia.

Wreszcie w świetle funkcjonowania instytucji zdań odrębnych w Trybunale w okresie 2016–2019 zmienna dotycząca tego, jakie ugrupowanie miało większość parlamentarną w momencie ustanawiania danego przepisu, nie wydaje się zmienną znaczącą.

⁴⁰ A. Sulikowski, *op. cit.*, s. 5; H. Dębska, *op. cit.*, s. 176–177.

⁴¹ Tak było na przykład w wypadku Leona Kieresa, zgłoszonego w imieniu PO, PSL i SLD, na którego zagłosowało również wielu posłów PiS. Uzyskał on 340 głosów, przeciw było 43, a wstrzymało się 44 — sprawozdanie stenograficzne z 18 posiedzenia Sejmu RP VII kadencji w dniu 13 lipca 2012, s. 207. W dyskusji nad tą kandydaturą krytycznie o niej wypowiadali się głównie posłowie partii Ruch Palikota (głównie poseł R. Biedroń) i można sądzić, że to właśnie posłowie tego ugrupowania głosowali przeciwko tej kandydaturze.

⁴² Można tutaj wskazać na przykład J. Ciemnińskiego, który po 1989 roku, a przed wyborem do Trybunału, był posłem Unii Demokratycznej i Unii Wolności, czy M. Kotlinowskiego, który był prezesem Ligi Polskich Rodzin w latach 2001–2006. Najbardziej jaskrawym przykładem z ostatnich dni jest powołanie na stanowiska sędziów Trybunału K. Pawłowicz i S. Piotrowicza.

⁴³ Odróżnienie to lapidarnie i celnie obecne jest w tytule felietonu J. Zajadło, *Sędzia TK — polityczny nie znaczy partyjny*, [w:] *idem, Felietony gorszego sortu. O Trybunale Konstytucyjnym i nie tylko*, Sopot 2017, s. 69.

Świadomość słabości tych schematów uzyskuje dodatkowe potwierdzenie w uzyskanych wynikach empirycznych, które sprowadzają się do jednostkowych przypadków. Pojawić się jednak może wówczas pytanie, czy w badaniach tego rodzaju istotny jest wymiar ilościowy czy jakościowy. W metodologicznej dyskusji toczony za oceanem między przedstawicielami nauk politycznych i stosującymi metody ilościowe a przedstawicielami nauki prawa, na co ci ostatni zwrócili uwagę, istnieją sprawy (jak słynna sprawa dotycząca aborcji *Roe vs Wade*), których waga wykracza poza jej statystyczną istotność.

Słabością przedstawionych schematów jest jednak to, że nawet gdyby przypadków spełniających ich charakterystykę było o wiele więcej, to nie uprawnialyby do wniosków dalszych niż stwierdzenie, że taka właśnie sytuacja wystąpiła. Wszelkie ekstrapolacje na formuły w rodzaju „wierności za wybór”, które wskazują na motywy psychologiczne, byłyby spekulacją ocierającą się o pomówienie.

Jednocześnie trudno nie twierdzić, że polityka w znaczeniu *politics* wkroczyła do Trybunału w wyraźny sposób w 2015 roku. Jej obecność była dostępna za pośrednictwem właśnie składanych zdań odrębnych, czynnik zaś, które ugrupowanie i kiedy nominowało danego sędziego, pozwalał przewidywać z dużą dozą prawdopodobieństwa, czy zdanie odrębne do danego rodzaju rozstrzygnięcia zostanie złożone. Napięcia, jakie we wskazanym okresie powstały wokół Trybunału oraz w samym Trybunale, miały szczególny charakter. W ich wypadku czynnik merytoryczny w postaci ustanowienia danego przedmiotu kontroli przez określone ugrupowanie stracił na znaczeniu. Równocześnie polityczność zdań odrębnych nie była pochodną wyłącznie tego, które ugrupowanie nominowało kandydata na sędziego, ale „przychodziła” niejako z zewnątrz w tym sensie, że była konsekwencją postrzegania danej sprawy jako właśnie politycznej. Polityczność zdarzeń w Trybunale, jeżeli patrzeć z perspektywy zdań odrębnych, nie była więc w analizowanym okresie rozpoznawalna z powodu stosunku sędziów do danej regulacji, ponieważ większość zdań odrębnych w okresie 2016–2019 związana była z samym Trybunałem, a nie przedmiotem kontroli konstytucyjności. Miała charakter „punktowy”, a punktami zapalnymi były określone sprawy, jednak powodów takiej charakterystyki należy szukać poza sądem konstytucyjnym. W takim zakresie potwierdzenie znajduje pogląd, że to kontekst czyni dany rodzaj działania działaniem politycznym⁴⁴.

⁴⁴ G. Woroniecka, *Działanie polityczne. Próba socjologii interpretatywnej*, Warszawa 2001, s. 59.

THE POLITICAL NATURE OF THE ELECTION OF THE JUDGES OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL AND THEIR DECISIONS TO SUBMIT A DISSENTING OPINION DURING THE 2016–2019 PERIOD

Summary

The subject of the study, the results of which are presented in this article, is the practice of submitting dissenting opinions in the Constitutional Tribunal during the period 2016–2019. Its purpose is to clarify and eventually empirically verify the thesis that the submission of a candidacy for a judge of the Constitutional Tribunal by a political group sitting in parliament, translates into possible decisions to submit a dissenting opinion. This behaviour has been abbreviated in the literature as “faithfulness for choice”. In order to verify the occurrence of this behaviour, models of such situations were constructed, taking into account the specificity of the Polish constitutional court. Situations meeting the model’s criteria were then analysed. The constructed models found little quantitative confirmation. The reasons can be seen in the inadequacy of the models themselves and the nature of the tensions that arose around the Tribunal and in the Tribunal itself in the indicated period. The substantive factor in the form of establishing a given subject of control by a specific political group did not determine the decision to submit *votum separatum* in the indicated period. It is the context that determines the political characteristics of the case being examined, and makes it possible to recognise in such categories the possible decisions of the Constitutional Tribunal’s judges to submit a dissenting opinion.

Keywords: dissenting opinions, judges, Polish Constitutional Tribunal, the political, judicial independence

BIBLIOGRAFIA

- Banaszak B., *Glosa do wyroku z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 2.
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Warszawa 2015.
- Fischman J., Law D., *What is judicial ideology, and how should we measure it*, „Washington University Journal of Law and Policy” 2009, nr 33.
- Kaczyński *chce dyskutować o TK*, <https://www.wprost.pl/88219/kaczynski-chce-dyskutowac-o-tk.html>.
- Mańko R., *Nauki prawne wobec problemu polityczności: zagadnienia wybrane z perspektywy jurisprudencki krytycznej*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3.
- Muszyński M., *Anatomia spisku. Analiza prawna procesu wyboru sędziów TK jesienią 2015 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 2.
- Nagel S.N., *Political party affiliation and judges’ decisions*, „American Political Science Review” 55, 1961, nr 4.
- Opalek K., *Zagadnienia teorii prawa i teorii polityki*, Warszawa 1983.
- Posner R., *How Judges Think*, Cambridge 2008.
- Pritchett C., *Divisions of opinion among justices of the U.S. Supreme Court, 1939–1941*, „The American Political Science Review” 35, 1941, nr 5.
- Pyziak-Szafnicka M., *Trybunał à rebours*, „Państwo i Prawo” 2020, nr 5.
- Radziewicz P., *Pominięcie przez Trybunał Konstytucyjny ustawy określającej tryb kontroli konstytucyjności prawa*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 10.

- Sadurski W., *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w postkomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, przeł. P. Młeczko, Warszawa 2008.
- Sarat A., *The maturation of political jurisprudence*, „The Western Political Quarterly” 36, 1983, nr 4.
- Sędzia, który się nie bije, czyli co się działo w Trybunale Konstytucyjnym, <https://wyborcza.pl/duzy-format/7,127290,25607085,sedzia-ktory-sie-nie-bije-czyli-co-sie-dzialo-w-trybunale.html>.
- Shapiro M., *Political jurisprudence*, „Kentucky Law Journal” 52, 1964.
- Smolak M., *Uzasadnienie sądowe jako argumentacja z moralności politycznej*, Kraków 2003.
- Stambulski M., *Polityczność w polskiej analitycznej teorii prawa. Zarys problematyki*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3.
- Sulikowski A., *Trybunał Konstytucyjny a polityczność. O konsekwencjach upadku pewnego mitu*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 4.
- Sulikowski A., Mańko R., Łakomy J., *Polityczność prawa i ogólnej refleksji nad prawem: wprowadzenie*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2018, nr 3.
- Wiącek M., *Glosa do wyroku z dnia 3 grudnia 2015 r., K 34/15*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 2.
- Woleński J., *Epistemologia*, t. 2. *Wiedza i poznanie*, Kraków 2001.
- Woroniecka G., *Działanie polityczne. Próba socjologii interpretatywnej*, Warszawa 2001.
- Zajadło J., *Sędzia TK — polityczny nie znaczy partyjny*, [w:] idem, *Felietony gorszego sortu. O Trybunale Konstytucyjnym i nie tylko*, Sopot 2017.
- Zakrzewska J., *Kontrola konstytucyjności ustaw (we współczesnym państwie burżuazyjnym)*, Warszawa 1964.