

Ulrich Maidowski

Trybunał Konstytucyjny Niemiec, Druga Izba

umaidowski@bundesverfassungsgericht.de

Dialogue des Juges bez „ostatniego słowa”? **Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Niemczech dotyczące „Public Sector Purchase Programme” (PSPP) w kontekście europejskiej debaty na temat praworządności**

Słowa kluczowe: Federalny Trybunał Konstytucyjny, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, wyrok w sprawie PSPP, Unia Europejska, zasada pierwszeństwa prawa unijnego, działania *ultra vires*

Streszczenie. Orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie PSPP wywołała silne reakcje, a nawet wszczęcie – umorzonego w międzyczasie – postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Niemcom. W debacie na temat zachowania – lub przywrócenia – unijnych standardów praworządności orzeczenie zostało nawet zinterpretowane jako dowód na uzasadnienie fundamentalnej krytyki, zwłaszcza ze strony polskiego rządu, roli instytucji europejskich w ich relacjach z państwami członkowskimi. Niniejszy artykuł formułuje natomiast tezę, że taka instrumentalizacja orzeczenia zmienia treść wyroku z 5 maja 2020 r. w jego przeciwieństwo. Na tle zwięzłego przeglądu podstawowych stwierdzeń niemieckiego prawa konstytucyjnego dotyczących relacji Niemiec z Unią Europejską, jednym z głównych celów orzeczenia jest wzmocnienie – a nie osłabienie – Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej; krytyka Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie jest skierowana przeciwko nadmiernemu, ale wręcz odwrotnie, przeciwko niewystarczającemu wykonywaniu mandatu kontrolnego spoczywającego na ETS. Mając na uwadze połączenie różnorodności pojęciowej i otwartości z jednej strony oraz konieczności ścisłego utrzymywania „czerwonych linii” z drugiej, co jest charakterystyczne dla zasady praworządności w prawie Unii Europejskiej, pojawia się pytanie, czy debata o „ostatnim słowie” w Europejskim Dialogu Sprawiedliwości może ostatecznie pozostawić niewykorzystany potencjał twórczy konfliktu dotyczącego relacji między sądami najwyższymi państw członkowskich a europejskimi sądami najwyższymi.

A Dialogue des Juges without the ‘final say’? **A ruling of the Federal Constitutional Court in Germany concerning the ‘Public Sector Purchase Programme’ (PSPP) in the context of the European debate on the rule of law**

Key words: Federal Constitutional Court, Court of Justice of the European Union, PSPP judgment, European Union, Primacy of European Union Law, acts *ultra vires*

Summary. The PSPP decision of the German Federal Constitutional Court has triggered strong reactions and even an infringement procedure against Germany, which has been terminated in the

meantime. In the debate on the preservation – or re-establishment – of Union law standards of the rule of law, it has even been interpreted as evidence of the justification of a fundamental critique, especially by the Polish government, of the role of the European institutions in their relationship to the member states. In contrast, this article formulates the thesis that such an instrumentalisation of the decision turns the content of the judgment of 5 May 2020 into its opposite. Against the background of a concise overview of the core statements of German constitutional law on Germany's relationship with the European Union, one of the main objectives of the decision is to strengthen – not weaken – the Court of Justice of the European Union; the criticism of the Federal Constitutional Court is not directed against an excessive, but on the contrary against an insufficient exercise of the control mandate incumbent on the ECJ. With a view to the combination of conceptual diversity and openness on the one hand and the necessity of strictly maintaining „red lines” on the other, which is characteristic of the principle of the rule of law under European Union law, the question arises whether the debate about „the final say” in the European „Dialogue des Juges” may ultimately leave the creative potential of the conflict about the relationship between the supreme courts of the Member States and the European supreme courts unexploited.

I. Fałszywi przyjaciele

Orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 5 maja 2020 r. w sprawie „Public Sector Purchase Programme” (PSPP) Europejskiego Banku Centralnego (EBC)¹ wywołało znaczny odzew – z jednej strony wiele krytyki, łącznie z wszczęciem postępowania przeciwko Niemcom w sprawie naruszenia zobowiązań, a z drugiej strony wiele pochwał, aczkolwiek często z zupełnie odmiennych kierunków i opartych na odmiennych motywach i liniach argumentacji. Wszystko to osadzone w częściowo zróżnicowanej, częściowo dość zażyłej debacie o praworządności w Europie i o tym, czy w europejskim sporze o praworządność niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny swoim orzeczeniem nie wzmocnił przypadkiem „niewłaściwe” strony, w tym zwłaszcza pozycję polskiego rządu. Niczym w soczewce skupiły się tu zacięte spory o bardzo różne rozumienie praworządności w Unii Europejskiej i jej państwach członkowskich – ze skrajnymi stanowiskami zwłaszcza w Polsce i na Węgrzech – oraz o podział ról między Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości a sądami najwyższymi państw członkowskich, zwłaszcza niemieckim Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym. Zarówno krytyka, jak i pochwały wyczerpały skalę retorycznej ekspresji we wszystkich kierunkach, a i samo orzeczenie z 5 maja 2020 r. nie stroni od mocnych słów, o czym będzie jeszcze mowa poniżej.

Fakt, że premier RP Mateusz Morawiecki zaraz po ogłoszeniu orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego chwalił je jako „jeden z naj-

¹ Wyrok z dnia 5.05.2020 r. oparty na postępowaniu ustnym z dnia 30 i 31.07.2019 r., sygn. 2 BvR 859, 1651 i 2006/15, a także 980/16 -, zbiór najważniejszych decyzji FTK: BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), t. 154, s. 17 i nast.

ważniejszych wyroków w historii Unii Europejskiej”², jest już wystarczającym powodem, by przyjrzeć się mu bliżej. Nawiązując do owej niepożądanego aprobaty, w decyzji, której głównymi tematami są polityka Europejskiego Banku Centralnego oraz podział ról między Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości a niemieckim Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym, upatruje się zajęcia merytorycznego stanowiska w sporze o praworządność w prawie unijnym, które w rzeczywistości jednak wcale nie znajduje oparcia w orzecznictwie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Spór nasilił się od czasu, gdy polski Trybunał Konstytucyjny w dniu 7 października 2021 r. w sprawie K 3/21 przypuścił ostry atak na zasadę pierwszeństwa prawa unijnego oraz na właściwość Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości do dokonywania wykładni prawa unijnego w sposób ostatecznie wiążący³. Nawet jeśli trudno jest bronić się przed „objęciem niewłaściwych przyjaciół”, to ze względów zarówno politycznych, jak i w kontekście prawa unijnego oraz konstytucyjnego należy bardzo dokładnie zbadać, czy zachwyt polskiego sądu nad decyzją z Karlsruhe znajduje faktyczne podstawy w tym orzeczeniu, czy też polega na niezrozumieniu zawartych w nim stwierdzeń, a więc ostatecznie na politycznym myśleniu życzeniowym.

Orzeczenie z 5 maja 2020 r. można jednak w pełni zrozumieć tylko wtedy, gdy na wstępie opiszemy krótko niektóre podstawy, na których przez dziesięciolecia budowano orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego (zob. II). W orzecznictwie tym zawarte są bowiem odpowiedzi na dwa fundamentalne dla omawianego problemu pytania: Jakie rozumienie demokracji i praworządności leży u podstaw niemieckiej konstytucji? oraz: Jak niemiecka Ustawa Zasadnicza konstruuje stosunek Niemiec do Unii Europejskiej i jej systemu prawnego? Dopiero wówczas te elementy decyzji z 5 maja 2020 r., które na pierwszy rzut oka mogą wywoływać kontrowersje (zob. III), staną się zrozumiałe i możliwa będzie próba odpowiedzi na zasadnicze pytania o znaczenie europejskiego dyskursu na te-

² List premiera RP Mateusza Morawieckiego do gazety FAS („Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung”) z dnia 10.05.2020 r.; por. www.dw.com/de/polen-lobt-erb-urteil-des-bundesverfassungsgerichts/a-53383909 [dostęp: 15.11.2023]. Por. też Sangi, [w:] „Anwaltsblatt” (AnwBl) Online 2020, s. 443-445; F. Brantner, *Europa geht vor*, [w:] „Frankfurter Allgemeine Zeitung” (FAZ) z 27.07.2021 r.; www.faz.net/aktuell/politik/europa-geht-vor-17457430.html [dostęp: 15.11.2023]. Zob. też komunikat prasowy polskiego Ministerstwa Sprawiedliwości z 12.05.2020 r.: The Judgement of the German Constitutional Court confirms Poland's Position in the dispute with the European Commission, <https://www.gov.pl/web/justice/the-judgement-of-the-german-constitutional-court-confirms-polands-position-in-the-dispute-with-the-european-commission> [dostęp: 15.11.2023].

³ Podstawą tej oceny jest sentencja orzeczenia oraz komunikat sądu o jego treści. To, że decyzja ta nie jest „wyjątkiem”, lecz częścią – przerażającej – koncepcji, powinno być jasne najpóźniej od czasu porównywalnego orzeczenia z 24.11.2021 r. – K 6/21 skierowanej przeciwko systemowi Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

mat państwa prawa w obecnym kontekście oraz o znaczenie „ostatniego słowa” w *Dialogue des Juges* (zob. IV).

II. Podstawy

Niemiecka Ustawa Zasadnicza (Grundgesetz – GG) ustanawia Republikę Federalną Niemiec jako demokratyczne, socjalne i federalne państwo prawa. Spośród owych przymiotów przede wszystkim demokracja i praworządność są również najważniejszymi czynnikami, które mogą decydować o rozpadzie lub konsolidacji Europy. Oczywiście czynniki te są złożone i nie da się ich szczegółowo i dokładnie opisać w kilku zdaniach. Nie chodzi tu jednak o pełny opis wszystkich charakterystycznych aspektów wspomnianych wyżej dwóch podstawowych zasad konstytucyjnych. Jeśli przyjrzymy się typowej inscenizacji populistycznej delegitymizacji i demontażu tych zasad, dojdziemy do przerażającej konkluzji, że aby przejść od pokusy autorytaryzmu do autokratycznego zwrotu przy pozornym zachowaniu zasad demokratycznych i konstytucyjnych, wystarczy podjąć dość ograniczone działania. Jednak to właśnie elementy demokracji i praworządności, które są szczególnie narażone na interwencje populistów, nadają niemieckiemu porządkowi konstytucyjnemu, a także prawu unijnemu opartemu na zasadzie *ever closer union among the peoples of Europe*, swój definiujący, nieodzowny charakter, swoją tożsamość. Nieprzypadkowo właśnie to sformułowanie z art. 1 ust. 2 TUE odgrywa pierwszoplanową rolę we wspomnianym orzeczeniu polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 7 października 2021 r. To na te elementy musi być skierowana uwaga prawa konstytucyjnego i to właśnie one należą do fundamentów całego orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego.

(1) Demokracja to rządy większości, ale to jednocześnie coś więcej niż formuła „50% plus jeden głos”. Może ona legitymizować sprawowanie władzy państwowej tylko wtedy, gdy istnieje zawsze *realna możliwość*, że dotychczasowa mniejszość stanie się większością. Decydujące znaczenie mają tu, oprócz równowagi instytucjonalnej w ramach i pomiędzy parlamentem, rządem i trzecią władzą, przede wszystkim również systemy wyborcze stosowane w danym państwie, rola, niezależność i siła mediów oraz funkcjonujące prawa podstawowe. Jeśli te czynniki zostaną osłabione lub wręcz zanikną – a wyżej wymieniane są rzeczywiście najistotniejszym celem typowych działań populistycznych – demokracja traci swoją moc.

(2) Praworządność to zobowiązanie każdej władzy państwowej stworzonymi demokratycznie normami prawa. Praworządność umiera, gdy znika możliwość *skutecznej kontroli* władzy państwowej. Kontrola jest skuteczna tylko wtedy, gdy sprawują ją niezależne, bezstronne i kompetentne sądy. Centralną troską państwa prawa musi być zatem utrzymanie funkcji kontrolnej sądów nawet i szczególnie wtedy,

gdy czasy stają się trudne, społeczeństwo jest podzielone, a podstawa społecznego konsensusu zawęża się – także i to jest częścią niezbywalnej tożsamości konstytucji. Dla nas sędziów – niezależnie od tego, w którym państwie członkowskim Unii funkcjonujemy – oznacza to, że: „Musimy kierować się etyką zawodową właśnie wtedy, gdy chcą nas przekonać, że znajdujemy się w wyjątkowej sytuacji” (Timothy Snyder, *O tyranii*)⁴. W momencie bowiem, gdy sądy nie spełniają już swojego zadania kontrolnego, prawo i władza stają się monolitem, a obywatele stają się poddanymi. Zatem jedno z wielkich pytań, które decyduje o sukcesie rządów prawa, brzmi: Kto kontroluje kontrolerów?

(3) Na temat stosunku Republiki Federalnej Niemiec do Unii Europejskiej istnieje niezwykle bogate orzecznictwo niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Z pewnością nacechowane jest ono wzlotami i upadkami⁵. Ale podstawowa zasada wyznaczona przez Konstytucję i traktaty europejskie jest prosta: Unia Europejska opiera się na traktacie prawa międzynarodowego, który stanowi autonomiczne, ponadnarodowe źródło prawa. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego traktat ten w pełni odpowiada niemieckiemu prawu konstytucyjnemu. Oznacza to, że elementy składowe Unii Europejskiej są również konstytucyjne i, abstrahując od drogi procedury zmiany traktatu, nie mogą być kwestionowane. Oznacza to, że *prymat stosowania* prawa Unii dotyczy prawa państw członkowskich na każdym poziomie, w tym na poziomie prawa konstytucyjnego. Tylko bowiem w ten sposób Unia Europejska może być w ogóle skonstruowana jako unia prawna. A prymat stosowania prawa unijnego – nawet jeśli w traktatach założycielskich został określony jedynie wstępnie, a jego

⁴ T. Snyder, *Über Tyrannei. Zwanzig Lektionen für den Widerstand*, wyd. 3, München 2017, rozdział 5, s. 39.

⁵ Wybór orzecznictwa FTK: postanowienie z 29.05.1974 r. – sygn. 2 BvL 52/71 –, zbiór najważniejszych decyzji FTK: BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 37, 271 (hasło „Solange I”); postanowienie z 25.07.1979 r. – sygn. 2 BvL 6/77 –, BVerfGE 52, 187 (hasło „Vielleicht”); postanowienie z 22.10.1986 r. – sygn. 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339 (hasło „Solange II”); postanowienie z 8.04.1987 r. – sygn. 2 BvR 687/85 –, BVerfGE 75, 223 (hasło: „Vorlagepflicht”); wyrok z 12.10.1992 r. – sygn. 2 BvR 2134, 2159/92 –, BVerfGE 898, 155 (hasło „Maastricht”); wyrok z 30.06.2009 r. – sygn. 2 BvE 5/08 i in. –, BVerfGE 123, 267 (hasło „Lissabon”); postanowienie z 6.07.2010 r. – sygn. 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (hasło „Honeywell”); wyrok z 7.09.2011 r. – 2 BvR 987, 1485, 1099/10 –, BVerfGE 129, 124 (hasło „Griechenlandhilfe”); wyrok z 24.04.2013 r. – sygn. 1 BvR 1215/07 –, BVerfGE 133, 277 (hasło „Antiterrordatei”); postanowienie z 14.01.2014 r. – sygn. 2 BvR 2728–2731/13 i in. –, BVerfGE 134, 366 (hasło „Vorlage OMT”), odpowiedź TSUE: wyrok z 16.06.2015 r., C-62/14; postanowienie z 15.12.2015 r. – sygn. 2 BvR 2735/14 –, BVerfGE 140, 317 (hasło „Identitätskontrolle”); wyrok z 21.06.2016 r. – sygn. 2 BvE 13/13 i in. –, BVerfGE 142, 123 (hasło „OMT Hauptsache”); postanowienie z 18.07.2017 r. – sygn. 2 BvR 859/16 i in. –, BVerfGE 146, 216 (hasło „Vorlage EAPP, PSPP”), odpowiedź TSUE: wyrok z 11.12.2018 r., C-493/17; postanowienia z 6.11.2019 r. – sygn. 1 BvR 16/13 oraz 1 BvR 276/17 –, BVerfGE 152, 152 i BVerfGE 152, 216 (hasło „Recht auf Vergessen I i II”); postanowienie z 13.02.2020 r. – sygn. 2 BvR 739/17 –, BVerfGE 153, 74 [hasło „Einheitliches Patentgericht (formelle Übertragungskontrolle)”]; postanowienie z 1.12.2020 r. – sygn. 2 BvR 1845, 2100/18 –, BVerfGE 156, 182 (hasło „Rumänien II”).

konsekwencje nie były wówczas w pełni zrozumiałe – został włączony do DNA Unii przez orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na tyle długo przed pierwszym rozszerzeniem Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej (rozszerzenie północne), że – zgodnie z treścią odpowiedniego traktatu akcesyjnego – nie może być kwestionowany przez żadne nowe państwo członkowskie, bowiem *pacta sunt servanda*. W tym kontekście wykładnia prawa unijnego należy do wszystkich sądów w Unii, ale ostatecznie do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Natomiast wykładnia prawa państw członkowskich jest zadaniem wyłącznie sądów państw członkowskich, przy czym ostateczną moc wiążącą ma odpowiedni sąd najwyższy. Koordynacja pomiędzy tymi dwoma szczeblami odbywa się poprzez procedurę złożenia pytania prejudycjalnego do TSUE. Zasadniczo sądy państw członkowskich mają prawo wnieść pytanie prejudycjalne do Trybunału Europejskiego w każdym momencie, jak również *obowiązek uczynić to* raz w tokudanej instancji.

Daleko idące i pod względem historycznym jedyne w swoim rodzaju skutki ponadnarodowości natrafiają jednak w Niemczech – zakres odpowiednich zastrzeżeń w innych państwach członkowskich nie będzie tu omawiany – na dwa ograniczenia, bez których uczestnictwo Niemiec w Unii Europejskiej nie byłoby konstytucyjnie dopuszczalne, ale które mają zastosowanie tylko w rzadkich przypadkach.

Po pierwsze: jeśli Unia działa poza przyznanymi jej kompetencjami (*ultra vires*), akty jej nie mogą być stosowane w Niemczech, ponieważ ze względu na ograniczającą zasadę przyznania poszczególnych kompetencji państwa członkowskie pozostają „panami traktatów”. Rozszerzenie kompetencji UE nie jest więc wykluczone, ale nie leży wyłącznie w rękach instytucji unijnych. Kontrola *ultra vires* musi być jednak przeprowadzana z umiarem i w sposób przyjazny dla Europy, a w jej procedurze należy w szczególności uwzględnić Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Działanie poza zakresem kompetencji (*ultra vires*) można stwierdzić tylko wtedy, gdy chodzi o zachowanie, które jest *ewidentnie* sprzeczne z przyznanymi kompetencjami i prowadzi do *strukturalnie istotnej zmiany* na korzyść UE.

Po drugie: ani przekazanie kompetencji na rzecz Unii Europejskiej, ani wykonywanie kompetencji unijnych przez publiczne organy europejskie lub niemieckie nie może w „codziennym działaniu” prowadzić w Niemczech do naruszenia tych wartości i zasad niemieckiej konstytucji, których nie można naruszyć nawet przez zmianę konstytucji, czyli nie może prowadzić do naruszenia *tożsamości konstytucji*. Gdyż to, czego zmiana w samym państwie jest konstytucyjnie niedopuszczalna, nie może też podlegać zmianie przez Unię Europejską. Kontrola tożsamości chroni więc konstytucję przed utratą niezbywalnej substancji konstytucyjnej. Elementarne zasady stanowiące podstawę konstytucji, które z powodu tak zwanej „gwarancji wieczności” zgodnie z art. 79 ust. 3 Ustawy zasadniczej, czyli konstytucji niemieckiej, nie mogły być ograniczone nawet większością dwóch trzecich głosów

w parlamencie, nie mogą być niszczone w sposób pośredni przez prawo unijne. Również w tym przypadku konstytucja wymaga postępowania przyjaznego dla prawa europejskiego znajdującego swoje źródło w zasadniczej postawie przychylności wobec prawa międzynarodowego i europejskiego, przy czym nawet zmiana europejskiego prawa pierwotnego nie zmieniałaby tu stanu rzeczy, inaczej niż w przypadku zarzutu *ultra vires*.

W odniesieniu do kontroli *ultra vires*, jak również do kontroli tożsamości można zauważyć takie samo zjawisko, jakie często obserwuje się w strukturach prawnych: nawet jeśli jakaś zasada stanowi regułę i z tego względu kształtuje codzienne stosowanie prawa, czyli radzi sobie z niemal wszystkimi problemami praktycznymi, to mniej dyskutuje się o jej treści, a znacznie więcej i intensywniej o jej granicach. Charakteryzuje to również orzecznictwo Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, które jest oczywiście odzwierciedleniem odpowiednich pytań skierowanych do trybunału: skarżący i strony postępowania nie wnoszą postępowań w celu potwierdzenia reguły, lecz w celu zaznaczenia wyjątków. Nie zmienia to jednak faktu, że debata o kontroli *ultra vires* i reprimendzie na rzecz zachowania tożsamości konstytucyjnej toczy się wyłącznie w zakresie – rzadkich – wyjątków.

III. Orzeczenie w sprawie PSPP z dnia 5 maja 2020 r.

Skarżący chcieli zapewnić, że Niemcy, a w szczególności Federalny Bank Centralny Niemiec (Deutsche Bundesbank), nie będą mogły uczestniczyć w programie PSPP Europejskiego Banku Centralnego. Ich głównym argumentem było to, że program PSPP nie podlega polityce monetarnej, ale polityce gospodarczej, za którą odpowiadają głównie same kraje członkowskie, a zatem przekracza on kompetencje Unii Europejskiej. Ponadto program ten narusza pod względem merytorycznym zakaz pieniężnego finansowania państwa. W 2017 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny skierował do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości liczne pytania dotyczące wykładni odpowiednich przepisów prawa unijnego, na które Europejski Trybunał Sprawiedliwości odpowiedział pod koniec 2018 r.⁶ Federalny Trybunał Konstytucyjny zakwalifikował decyzję Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w części dotyczącej odpowiedzi na dwa z postawionych pytań jako akt *ultra vires* i w związku z tym sam dokonał przeglądu programu PSPP, nie czując się związanym ustaleniami Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Federalny Trybunał Konstytucyjny Niemiec uznał przy tym, że decyzje leżące u podstaw uchwał Europejskiego Banku Centralnego – z powodu braku wystarczającego wyważenia

⁶ BVerfG, Postanowienie z 18.07.2017 r., BVerfGE 146, 216; BVerfG, Postanowienie Drugiego Senatu z 6.07.2010 r. - 2 BvR 2661/06 -, pkt. 1-116, http://www.bverfg.de/e/rs20100706_2bvr266106.html [dostęp: 15.11.2023]; TSUE, wyrok z 11.12.2018 r. - C-493/17 -.

względów proporcjonalności między kompetencją w zakresie polityki pieniężnej Europejskiego Banku Centralnego a jego jedynie pomocniczą kompetencją w zakresie polityki gospodarczej państw członkowskich – nie są wystarczająco uzasadnione. Na tej podstawie stosunkiem głosów 7:1 FTK stwierdził, że rząd federalny i niemiecki parlament (Bundestag) nie podjęły odpowiednich środków wobec faktu, że Rada Prezesów Europejskiego Banku Centralnego ani nie zbadała, ani nie wykazała, że uchwalone środki są zgodne z zasadą proporcjonalności. Niemieckie podmioty odpowiedzialne za integrację zostały zatem – zdaniem FTK – zobowiązane do podjęcia działań na rzecz (późniejszej lub wykazanej) oceny proporcjonalności przez Europejski Bank Centralny w wymaganym dla procesów koordynacyjnych w Systemie Europejskich Banków Centralnych terminie trzech miesięcy.

Decyzja ta, licząca ponad 40 tys. słów, czyli około 135 stron tekstu, wywołała kontrowersyjną dyskusję z prawnego-dogmatycznego punktu widzenia. Z politycznego punktu widzenia, jak wspomniano na początku, ściągnęła ona na siebie również płynące z różnych stron zarzuty, że Federalny Trybunał Konstytucyjny wskazał eurosceptykom, populistom i neonacjonalistom łatwą drogę do ignorowania Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości poprzez powoływanie się na przykład niemiecki, a tym samym do legitymizowania rosnącej tendencji do łamania prawa również w kontekście zasady praworządności. Mając na względzie przywołane już reakcje, zarzut ten wymaga odpowiedzi. Cztery aspekty, które mają ogromne znaczenie dla zrozumienia decyzji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 5 maja 2020 r., prowadzą bowiem do wniosku, że stawiany przedmiotowemu orzeczeniu zarzut wzmocnienia w Europie tendencji eurosceptycznych lub wrogich Unii nie jest prawdziwy.

(1) Wzmocnienie TSUE

Oczywiście można się albo zgadzać z treścią orzeczenia z 5 maja 2020 r., albo też odnieść się do niego krytycznie. Dotyczy to zarówno wypowiedzi Federalnego Trybunału Konstytucyjnego na temat Europejskiego Banku Centralnego, jak i wypowiedzi na temat Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Niezależnie jednak od tego, czy przyłączymy się do obozu „merytorycznych” krytyków, czy też do obozu zwolenników, trzeba podkreślić, że jednym z bardzo istotnych celów tego orzeczenia nie jest osłabienie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, a wręcz przeciwnie – jego *wzmocnienie*. Nie można zatem upatrywać w tej decyzji wsparcia dla stanowiska polskiego rządu. W tym przypadku jest wręcz odwrotnie.

Orzeczenie celowo umieszcza już na samym początku, w pierwszym zdaniu rozstrzygnięcia stwierdzenie, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości ma oczywiście wyłączną kompetencję do dokonywania wiążącej wykładni prawa Unii. To nie są

to gołosłowne deklaracje, lecz – w nawiązaniu do decyzji Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie „Honeywell” – wynik stałego orzecznictwa Federalnego Trybunału Konstytucyjnego i orzeczenie to zostało sformułowane z całą rangą powagi. Nieporozumienie, że decyzja zmniejsza lub atakuje rolę Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, bazuje na wspomnianym wyżej rozróżnieniu między zasadą a wyjątkiem. W przypadku decyzji w sprawie „PSPP” Federalny Trybunał Konstytucyjny porusza się w zakresie rzadkiego wyjątku. Już samo to pokazuje, że orzeczenie to nie może być wykorzystywane do uzasadnienia oderwania się od autorytetu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sposób dowolny, przedmiotowy czy nawet ogólny. Ocenę tę potwierdza bardzo długie i trudne postępowanie, który Federalny Trybunał Konstytucyjny prowadził przez pięć lat, aby przeanalizować wszystkie możliwe rezultaty podniesionego sporu.

(2) Główny zarzut: zbyt mała ochrona prawna przez TSUE

Z uwagi na główną rolę TSUE, jaką jest ochrona prawna, orzeczenie FTK zawiera jednak też ostrą krytykę Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, choć nie w kategoriach ogólnych, w odniesieniu do jego roli instytucjonalnej, ale w odniesieniu do *poszczególnej sprawy*, która miała być rozstrzygnięta: w rozumieniu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, Europejski Trybunał Sprawiedliwości nie spełnił swojej roli *jako sąd* w części orzeczenia, która została zakwalifikowana jako *ultra vires*. FTK wyraża w swojej decyzji opinię, że Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyjął za podstawę fakty bez dostatecznej weryfikacji ich zgodności, ujmując je dokładnie tak samo, jak Europejski Bank Centralny przedstawił je opinii publicznej w swoich komunikatach prasowych (!). Niezależne badanie sądowe, krytyczna analiza podstaw faktycznych rozgraniczenia między polityką gospodarczą a pieniężną powinny były stworzyć podstawę ochrony prawnej, co i tak jest trudne ze względu na niezależność Banku Centralnego. To jest chyba istota niepokoju, który Federalny Trybunał Konstytucyjny próbuje wyrazić w swojej decyzji: *zbyt mała ochrona prawna*. Zatem zarzut nie może brzmieć: Europejski Trybunał Sprawiedliwości był zbyt aktywny i wyszedł poza granice swoich kompetencji. Podkreślenie tego faktu ukazuje, że w odniesieniu do europejskiej debaty o praworządności orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Polski ewidentnie nie należą do kategorii zarzutu niedostatecznie skutecznej ochrony prawnej. W rzeczywistości jest wręcz odwrotnie. Zarzut stawiany Europejskiemu Trybunałowi Sprawiedliwości o nadmierny *aktywizm sędziowski* (*judicial activism*) w reagowaniu na deficyty w zakresie praworządności opiera się w rzeczywistości na przeciwieństwie tego, co jest treścią i celem orzeczenia FTK w sprawie PSPP i dlatego nie może być formułowany na podstawie tej decyzji.

(3) Mocne słowa jako ochrona przed nieuzasadnioną krytyką

Jeden z głównych zarzutów wobec Federalnego Trybunału Konstytucyjnego dotyczy języka orzeczenia w sprawie PSPP. Krytycy zadają pytanie, dlaczego orzeczenie jest tak szorstko sformułowane i czy konieczne było użycie w nim pewnych sformułowań, m.in. że wykładnia traktatów dokonywana przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości była „trudna do zrozumienia”, a zatem „obiektywnie arbitralna”. Zarzuty te są całkiem zrozumiałe, ale nie można wykluczyć, że prowadzą jednak w złym kierunku. Opierają się bowiem na założeniu, że sąd może swobodnie dobierać język, na wzór debaty pozaprawnej, i korzystać przy tym z całej gamy środków językowego wyrazu. Zarzuty te powstają przede wszystkim na podstawie wyobrażenia, że można było też użyć bardziej „dyplomatycznych”, być może mniej raniących sformułowań. Odpowiedź na te wątpliwości jest z pewnością zaskakująca i niewątpliwie spotka się z pewną dozą sceptycyzmu. Ale to właśnie w tych miejscach, gdzie język orzeczenia wydaje się szorstki i nieprzyjazny, jest on sygnałem wynikającym z opisanej powyżej konstrukcji relacji między krajami członkowskimi a Unią, która *ma chronić* Europejski Trybunał Sprawiedliwości *przed nieuzasadnioną krytyką*. Wszystko, co nie osiąga progu „obiektywnej arbitralności”, czyli jest jeszcze „zrozumiałe”, musi być przyjęte jako wiążące – jako „ostatnie słowo” Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie wykładni prawa unijnego zarówno przez zainteresowanych, jak i sądy państw członkowskich. Jedynie dobór szorstkich słów wyznacza zewnętrzną granicę, która oddziela duży obszar kompetentnego działania od rzadkich, wyjątkowych przypadków, czyli od obszaru, który nie został przekazany instytucjom Unii.

Oczywiście osoby zainteresowane i środowisko naukowe nie muszą podzielać powodów, dla których Federalny Trybunał Konstytucyjny określa decyzję jako „niezrozumiałą”, a więc „obiektywnie arbitralną”. Ale to jest zwyczajna krytyka orzeczeń i od czasu do czasu należy się jej spodziewać. Nie podważa ona funkcji mocnego i niedyplomatycznego języka jako wyraźnego sygnału zaistnienia rzadkiego, wyjątkowego przypadku.

(4) Metodologia i nieporozumienia

Zarzut wadliwej podstawy faktycznej zawarty w orzeczeniu w sprawie PSPP nie ma zresztą źródła w tym, co krytycy nazywają „typowo niemieckim” rozumieniem prawa procesowego. FTK przyjął raczej, że nawet zgodnie z europejskim rozumieniem praw podstawowych – opartym m.in. na wspólnych tradycjach konstytucyjnych państw członkowskich – *skuteczna* ochrona prawna zależy od tego, czy sąd nie tylko wyda opinię, ale czy dokona także dogłębnej oceny konkretnej sprawy. Dotyczy to między innymi wymogu wszechstronnego wyjaśnienia wszystkich

faktów. Przyjęcie twierdzeń strony (w szerszym znaczeniu) na temat sprawy, które nie są badane bardziej szczegółowo lub tylko w ograniczonym zakresie, wymaga solidnej podstawy w prawie procesowym, co jest obce funkcji orzekania w trybie prejudycjalnym zgodnie z art. 267 TFUE.

Fakt, że decyzja w sprawie PSPP została wykorzystana – zwłaszcza przez polski rząd – jako argumentacyjne wsparcie dla skrajnych stanowisk w sporze o europejską praworządność, uzmysławia dobitnie problem nieporozumień błędnej interpretacji w związku z orzeczeniami sądowymi w omawianej tu dziedzinie. To samo dotyczy chwili, w której ta decyzja została opublikowana. Skuteczność ochrony prawnej polega również na tym, że sprawy muszą być rozstrzygane wtedy, gdy są gotowe do rozstrzygnięcia. Celowe umiejscawianie decyzji w czasie nie wchodzi jednak w niniejszym przypadku w grę, choćby dlatego, że zmiany w obecnym programie skupu obligacji Europejskiego Banku Centralnego, jak również odpowiednie reakcje na okoliczności związane z pandemią, zostały zapowiedziane lub były spodziewane. Zarówno wykorzystanie decyzji do niepożądanych celów politycznych (czego naturalnie należy się obawiać), jak i specyficzny czas jej ogłoszenia wymagają z pewnością chęci zmierzenia się z dyskusją o tym orzeczeniu.

IV. Kontekst: praworządność w Europie

Orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 5 maja 2020 r. wykorzystywano w sporze o praworządność w Unii Europejskiej jako argument przeciwko stanowisku Unii. Jak widać, czyni się to niesłusznie, gdyż intencją orzeczenia nie jest osłabienie instytucji europejskich, lecz wzmocnienie ochrony prawnej. Argument skierowany przeciwko Unii jest błędny także z drugiego powodu: istota unijnego wymogu ochrony prawnej nie stoi w sprzeczności z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, lecz polega na jego ciągłości. Konstytucyjne rozumienie praworządności, które leży u podstaw orzecznictwa w Niemczech, harmonijnie wpisuje się w unijną koncepcję praworządności jako podstawowej zasady Unii Europejskiej. Spojrzenie z perspektywy Unii, ukształtowanej przez wspólne tradycje konstytucyjne wszystkich państw członkowskich, a także przez różnorodność poszczególnych kultur prawnych, ukazują to w czterech prostych sentencjach.

(1) Państwo prawa to my wszyscy

Państwo prawa, a więc także niezależność sądów, wymaga nie tylko zaangażowania sędziów, prokuratorów, władz i rządu, ale także zaufania społeczeństwa i poczucia wartości konstytucyjnych w mediach klasycznych i społecznych oraz w środowisku akademickim. Wszystkie te czynniki muszą bowiem podjąć się zadania mo-

nitorowania funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Oznacza to gotowość do konstruktywnej krytyki i akceptacji ostatecznie wiążących (prawomocnych) decyzji niezależnych sądów, nawet jeśli uważa się je za błędne. Państwo prawa powstaje dopiero we współdziałaniu wymienionych grup. Oznacza to jednak również, że ochrona praworządności nie może być efektem oddzielnego działania poszczególnej grupy, lecz musi być zawsze współdziałaniem wszystkich czynników.

(2) Państwo prawa toleruje różnorodność

Praworządność nie musi być rozumiana i praktykowana literalnie w ten sam sposób we wszystkich państwach Unii Europejskiej lub w obszarze stosowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Ponadto dochodzi jeszcze jedno zjawisko: regulacje, które na pierwszy rzut oka lub w odniesieniu do pewnych elementów wydają się porównywalne, w jednym modelu państwa prawa mogą dobrze funkcjonować, ale mogą być wysoce problematyczne w innym. Jednym z przykładów jest wybór sędziów: wybory sędziów konstytucyjnych w Niemczech, podobnie jak w innych państwach UE, zawierają pierwiastek polityczny, ponieważ to partie polityczne formułują propozycje personalne dla komisji wyborczej. Okoliczność ta może być – oczywiście – postrzegana krytycznie lub odwrotnie – jako element demokratycznej legitymacji sądu. Co ważniejsze jednak, sam wybór wymaga szerokiej większości kwalifikowanej, czyli większości dwóch trzecich głosów wszystkich członków Bundesratu lub w Bundestagu większości dwóch trzecich oddanych głosów, ale co najmniej większości głosów wszystkich członków Bundestagu (§§ 6 i 7 Ustawy o Federalnym Trybunale Konstytucyjnym). Jak dotąd zapobiegało to skutecznie jednostronnym propozycjom lub wyborom kandydatów, którzy nie byli wystarczająco kompetentni. Dlatego przy porównywaniu trybów wyborczych różnych państw należy zawsze brać pod uwagę wszystkie szczegóły. Jest to złożone zagadnienie, w przypadku którego odważny zarzut *tu quoque* w żaden sposób nie jest uzasadniony. Ci, którzy chcą chronić państwo prawa, muszą zachować tę elastyczność i różnorodność, nie rezygnując ze wspólnych podstaw.

(3) Państwo prawa potrzebuje „czerwonych linii”

Mimo całej różnorodności, państwo prawa nie jest arbitralne. Istnieją bowiem rzeczy podstawowe, które muszą być zagwarantowane i w zasadzie identyczne w każdym systemie. Dotyczy to przede wszystkim centralnego miejsca, w którym państwo prawa musi się sprawdzić, a jest nim sąd, w tym pozycja sędziów. Jeśli jednym z najważniejszych merytorycznych aspektów praworządności jest potrzeba *niezależnej i bezstronnej kontroli suwerennej władzy*, to jest to czerwona linia, której nigdy nie wolno przekroczyć – niezależnie od wszystkich uzasadnionych

różnic w szczegółach. Jednak to właśnie tego dotyczy aktualny spór negocjowany częściowo w licznych aspektach pod myślącym hasłem „reforma”. „Prawo dyscyplinarne”, „wybór i odwoływanie sędziów”, „limity wiekowe”, „składanie pytań prejudycjalnych do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości” – to choćby niektóre z drażniących pojęć w tym sporze, które nie dotyczą obszarów peryferyjnych czy szczegółów administracji personalnej, ale obszaru zasadniczego, podstaw niezawisłości sędziowskiej.

(4) Niezależność sędziowska może być zagrożona z zewnątrz i od wewnątrz

Rząd i większość parlamentarna, jednostronny, a nawet wrogi „krajobraz medialny” czy utrata zaufania wśród ludności to oczywiście ważne czynniki demontażu niezależnego sądownictwa. Uregulowania prawa procesowego, przyznawanie lub odbieranie kompetencji, wybór sędziów oraz kształt prawa zawodowego i dyscyplinarnego sędziów są – jak już wyżej podkreślono – czynnikami kluczowymi. Ale erozja praworządności i niezawisłości sędziowskiej może mieć miejsce także niezależnie od tych czynników, w samym środowisku sędziowskim, i może się to dziać niepostrzeżenie i na co dzień, jeśli sędziowie pozostaną obojętni na wrogą wobec wymiaru sprawiedliwości politykę, ale także jeśli niektórzy z nich niezawisłość sędziowską rozumieją jako przywilej, a nie jako zobowiązanie. Jednak toczący się dyskurs na temat etyki sędziowskiej w państwach członkowskich Unii i pomiedzy nimi wyraźnie pokazuje, że nie ma powodu, aby ktokolwiek w sądownictwie któregośkolwiek z państw członkowskich był arogancki lub przypisywał sobie rolę nauczyciela: niebezpieczeństwo erozji niezależności sądownictwa ma tyle twarzy, ile jest państw członkowskich Unii. Tylko wzajemna kolegialna uwaga i troska wszystkich zainteresowanych może pomóc w walce z tym niebezpieczeństwem.

V. Dialogue des Juges bez „ostatniego słowa”?

Jednoczesna obecność licznych sądów najwyższych (i reprezentujących je sędziów) we Wspólnym Domu Europejskim jest powodem do radości, choć nie zawsze łatwym. Rozwiązanie tego problemu – jeśli jest to problem – leży w stałej, otwartej i wzajemnej komunikacji. W Europie nie powinno być *gouvernement des juges*, ale też nie powinno być *guerre des juges*, zgodnie z *dictum* pochodzącego ze środowiska francuskiego Conseil d'État z 1978 r.⁷ Rozwiązanie leży w *dialogue des juges*,

⁷ Conseil d'État, 22.12.1978 r., Cohn-Bendit, Recueil Dalloz 1979, 155 <161>, Conclusions de M. Genevois, VI: „Nie może być ani rządu sędziów, ani wojny między sędziami. Musi być miejsce na dialog między sędziami” (w oryg.: „Il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges”).

co jednak niezwłocznie rodzi pytanie, kto w tym dialogu powinien mieć „ostatnie słowo”. Ale może to pytanie jest niewłaściwie postawione? Może idea autorytetu ostatniego słowa nie pasuje do struktury dialogu? Sensowną wskazówką wydaje się być poniższa dykteryjka.

Dwóch starych przyjaciół wybiera się na wspólną wędrowkę. W jej trakcie natrafiają na ciekawy, choć nieco tajemniczy budynek. Przyjaciele postanawiają go zbadać. Pierwszy przyjaciel – jest to Europejski Trybunał Sprawiedliwości – patrzy na wygląd zewnętrzny i dostrzega jego harmonię i piękno. Drugi – jest to niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny – odkrywa zróżnicowane i atrakcyjne wnętrze budynku. Przyjaciele spotykają się ponownie przed budynkiem i rozmawiają o swoich wrażeniach. Dziwią się, że nie mogą uzgodnić *dokładnego i pełnego* opisu całego budynku – może dlatego, że każdy z nich widział tylko jego część i nie do końca chce wierzyć w to, co mówi drugi?

Być może prawidłowy obraz problemu można dostrzec tylko wtedy, gdy dostrzega się opinie pochodzące z różnych źródeł *oraz* gdy się wychodzi z założenia, że nie tylko własne osądy są prawidłowe. W dialogu sądów nie ma łatwych rozwiązań: Europejski Trybunał Sprawiedliwości podejmuje ostateczną wiążącą decyzję w sprawie wykładni prawa unijnego, Federalny Trybunał Konstytucyjny podejmuje ostateczną wiążącą decyzję w sprawie wykładni prawa państw członkowskich – są to *dwa* „ostatnie słowa”. Powyższe staje się trudne, gdy zaczyna brakować zgody obu partnerów dialogu co do obowiązujących w ich pracy *miar*, zwłaszcza metodologicznych. W takiej, bardzo rzadkiej, sytuacji dochodzi do konfliktu między tymi dwoma podmiotami, których słuszne zadanie obejmuje wzajemną kontrolę, jak również wspólną odpowiedzialność za zapewnienie skutecznej ochrony prawnej. Poszukiwanie wszechogarniającej hierarchii, autorytetu, który miałby „ostatnie słowo” w każdej sytuacji, także w takiej jak przedmiotowa, może zaprzepaścić szansę na wykorzystanie twórczego potencjału nawet takiego konfliktu. Celem w takim dialogu powinna być raczej *wspólna praca nad tym*, aby w przyszłości nie doszło do sytuacji, w której ktoś mógłby odczuwać chęć posiadania przez władzę „ostatniego” słowa.

Literatura

Orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec

- Postanowienie FTK z 29.05.1974 r. – sygn. akt 2 BvL 52/71 –, BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 37, 271 (hasło „Solange I”)
 Postanowienie FTK z 25.07.1979 r. – sygn. akt 2 BvL 6/77 –, BVerfGE 52, 187 (hasło „Vielleicht”)
 Postanowienie FTK z 22.10.1986 r. – sygn. akt 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339 (hasło „Solange II”);
 Postanowienie FTK z 08.04.1987 r. – sygn. akt 2 BvR 687/85 –, BVerfGE 75, 223 (hasło: „Vorlagepflicht”)
 Wyrok FTK z 12.10.1992 r. – sygn. akt 2 BvR 2134, 2159/92 –, BVerfGE 89, 155 (hasło „Maastricht”)

Wyrok FTK z 30.06.2009 r. – sygn. akt 2 BvE 5/08 i in. -, BVerfGE 123, 267 (hasło „Lissabon”)
Postanowienie FTK z 6.07.2010 r. – sygn. akt 2 BvR 2661/06 - BVerfGE 126, 286 (hasło „Honeywell”)
Wyrok FTK z 7.09.2011 r. – sygn. akt 2 BvR 987, 1485, 1099/10 -, BVerfGE 129, 124 (hasło „Griechenlandhilfe”)
Wyrok FTK z 24.04.2013 r. – sygn. akt 1 BvR 1215/07 -, BVerfGE 133, 277 (hasło „Antiterrordatei”)
Postanowienie FTK z 14.01.2014 r. – sygn. akt 2 BvR 2728-2731/13 i in. -, BVerfGE 134, 366 (hasło „Vorlage OMT”)
Postanowienie FTK z 15.12.2015 r. – sygn. akt 2 BvR 2735/14 -, BVerfGE 140, 317 (hasło „Identitätskontrolle”)
Wyrok FTK z 21.06.2016 r. – sygn. akt 2 BvE 13/13 i in. -, BVerfGE 142, 123 (hasło „OMT Hauptsache”)
Postanowienie FTK z 18.07.2017 r. – sygn. akt 2 BvR 859/16 i in. -, BVerfGE 146, 216 (hasło „Vorlage EAPP, PSPP”)
Postanowienia FTK z 6.11.2019 r. – sygn. akt 1 BvR 16/13 oraz 1 BvR 276/17 -, BVerfGE 152, 152 i BVerfGE 152, 216 (hasło „Recht auf Vergessen I, Recht auf Vergessen II”)
Postanowienie FTK z 13.02.2020 r. – sygn. akt 2 BvR 739/17 -, BVerfGE 153, 74 [hasło „Einheitliches Patentgericht (formelle Übertragungskontrolle)”]
Postanowienie FTK z 1.12.2020 r. – sygn. akt 2 BvR 1845, 2100/18 -, BVerfGE 156, 182 (hasło „Rumänien II”)

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)

Wyrok z 16.06.2015 r., sygn. akt C-62/14
Wyrok z 11.12.2018 r., sygn. akt C-493/17

Trybunał Konstytucyjny RP

Wyrok z 07.10.2021 r., sygn. akt K 3/21
Wyrok z 24.11.2021 r., sygn. akt K 6/21